



Association Tunisienne  
de Défense des Libertés  
Individuelles

[www.adltn.org](http://www.adltn.org)

# LES CIRCULAIRES LIBERTICIDES

*Un Droit souterrain  
dans un État de Droit !*

Ouvrage collectif  
sous la direction du professeur

Wahid FERCHICHI

*With English synthesis*





Association Tunisienne  
de Défense des Libertés  
Individuelles  
www.adlitn.org

# LES CIRCULAIRES LIBERTICIDES :

*Un Droit souterrain  
dans un État de Droit !*

Ouvrage collectif  
sous la direction du professeur :

**Wahid FERCHICHI**

Avec la contribution de :

**M. Ahmed ALAOUI, Pre. Nouha CHAOUACHI,  
Pre. Hafidha CHEKIR, Dr. Mohamed-Amine JELASSI,  
M. Abdelkarim LAAOUITI, Mme. Rabeb MOKRANI,  
Dre. Hanene TURKI, Dr. Aymen ZAGHDOUDI  
et M. Mohamed-Anoir ZAYANI**

Avec le soutien de :

■■■ HEINRICH BÖLL STIFTUNG  
شمال إفريقيا تونس

Tunis 2018

*/ Caractéristiques techniques /*

**Format :** 155 x 235 mm

**Papier :** OFFSET 100 gr / 300 gr couché mat

**Volume :** 332 pages

**Edition :** 1<sup>ère</sup> Edition Décembre 2018 / Impression Offset - *Heidelberg*

**Conception graphique :** Anis Menzli / ALPHAWIN STUDIO - 2018

**Nombre de tirage :** 300 exemplaires

**ISBN :** 978-9973-9821-7-9

© ADLI. *Tous les droits d'auteurs sont réservés à l'Association Tunisienne de défense des libertés individuelles*

**Au doyen**

*Mohamed Salah Ben Aïssa*



## SOMMAIRE /

### **Préface de l'Association Tunisienne de Défense des Libertés Individuelle : Des fantômes dans l'ombre : en quête des circulaires liberticides ! P 6.**

.....

**Wahid FERCHICHI** (professeur en droit public, Université de Carthage)

Les circulaires liberticides : Un droit souterrain nous gouverne ! P 12.

**Nouha CHAOUACHI** (maître de conférences en droit public, Université de Carthage)

Les circulaires « liberticides », notion et valeur juridique P 22.

**Mohamed-Anoir ZAYANI** (doctorant en droit public, Université de Carthage)

Ecrire la loi selon les termes des circulaires : Le potentiel liberticide de la légistique ! P 38.

**Aymen ZAGHDOUDI** (maître-assistant en droit public, Université de Carthage)

Les circulaires et le droit d'accès à l'information (synthèse) P 54.

**Abdelkarim LAAOUI** (assistant en droit public, Université de Kairouan)

Circulaires et libertés religieuses en Tunisie (synthèse) P 59.

**Hafidha CHEKIR** (professeure en droit public, Université de Tunis El Manar)

Les circulaires et le mois de Ramadhan (synthèse) P 64.

**M. Mohamed-Amine JELASSI** (docteur en droit public)

Quand l'Etat choisit les prénoms de nos enfants P 70.

**Ahmed ALAOUI** (doctorant en droit public, Chargé des droits humains au HCDH, Tunis)

La liberté vestimentaire entre la circulaire et la Constitution (synthèse) P 114.

**Rabeb MOKRANI** (doctorante en droit public, Université de Sousse)

« Circulaires fantômes et droit de quitter le territoire tunisien » P 118.

**Hanène TURKI** (maître-assistante en droit public, Université de Tunis, E lManar)

Circulaires et accès aux services de santé P 140.

### **Les annexes :**

**Tableau des circulaires utilisées dans cet ouvrage P 156.**

### **English synthesis**

**Liberticidal Circulars: An underground law that governs us! P 163.**



بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ



**Des fantômes dans l'ombre :**

***en quête des circulaires liberticides !***

دستور

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ

مؤرخ في 25  
تور الجمهورية

المجلس القومي

نحو الجديد في رئاسة الجمهورية

على قرار المجلس القومي التونسي المؤرخ في 14 جمادى الأولى 1375 ( 29 ديس  
والأعضاء والعضوات

25 جويلية 1957) في قصر المجلس القومي المؤرخ في 26 ذي الحجة

أصدرنا وبعده  
المجلس القومي التونسي المؤرخ في 26 ذي الحجة



Ce nouvel ouvrage de l'Association tunisienne de défense des libertés individuelles (ADLI) s'inscrit dans le cadre des efforts fournis par cette dernière, depuis sa création en 2011, en matière de suivi, d'observation et de documentation des violations des droits de l'Homme et des libertés individuelles, de facto ou de jure, afin de contribuer à la conception des réformes nécessaires à l'ancrage d'un véritable État de droit en Tunisie.

Après avoir focalisé son attention sur les inconstitutionnalités entachant un certain nombre de lois dans l'ouvrage intitulé « Les fiches d'inconstitutionnalité » paru fin 2017<sup>1</sup>, l'ADLI continue à explorer les zones d'ombres de l'ordre juridique tunisien et ce, en mettant en exergue, cette fois-ci, une autre catégorie de « règles juridiques », à savoir les circulaires, qui présentent, elles aussi, un danger pour les droits humains, au même titre qu'une atteinte au principe de sécurité juridique et à l'État de Droit.

En fait, la Tunisie a connu au cours des années précédentes un débat sur l'existence et la teneur de ces textes « de l'ombre », à la fois « occultes » et « secrets », dont certains sont anodins et faciles à consulter, tandis que d'autres, justement les moins « accessibles », empêchent parfois les citoyens et citoyennes d'exercer leurs libertés intellectuelles et physiques, sans qu'ils/elles s'en rendent compte. Ces circulaires représentent des zones grises dans l'ordre juridique, dont le contenu est inaccessible aux usagers des services publics, entravant de ce fait tout effort visant à prouver leur existence et toute tentative de modification ou d'abrogation.

Notons que les circulaires sont des textes internes édictés par les administrations publiques, essentiellement les départements ministériels, visant à organiser leurs propres services, interpréter et clarifier des textes juridiques, ainsi que leurs modalités d'application par les agents publics. Toutefois, sous couvert d'organisation des services ou d'explication de la bonne application des textes, ces documents à usage interne peuvent parfois introduire des limites à l'exercice des libertés individuelles, qui ne figurent ni dans la Constitution, ni dans les lois en vigueur.

D'ailleurs, l'un des paradoxes de ces circulaires tient au fait qu'en dépit de leur rang inférieur dans la hiérarchie des normes et leur portée a priori purement interne aux services administratifs, elles représentent un véritable cadre juridique organisant l'administration publique, vu que les agents publics ne peuvent appliquer directement ni la Constitution, ni la loi et attendent toujours de leurs supérieurs hiérarchiques une circulaire venant leur expliquer comment appliquer ces textes.

L'accès aux circulaires liberticides a constitué un défi considérable tout au long de l'élaboration de cet ouvrage. Depuis toujours, ces circulaires sont considérées comme des documents « fantômes » auxquels l'accès est très difficile, voire impos-

1 Disponible sur le lien suivant : [http://www.adlitn.org/sites/default/files/publication\\_fiches\\_web.pdf](http://www.adlitn.org/sites/default/files/publication_fiches_web.pdf)

sible. Dans ce sens, l'effort déployé par tous les chercheurs et chercheuses qui ont contribué à cet ouvrage est très important, vu qu'ils/elles ne se sont pas uniquement contenté(e)s d'analyser la nature purement juridique de ces circulaires, mais ont entrepris de nombreux déplacements sur le terrain pour tenter d'obtenir ces documents secrets ou au moins pour les consulter.

De son côté, l'ADLI a engagé une démarche visant à obtenir ces circulaires ou à y accéder afin de faciliter leur étude et pour les mettre à la portée de tous et de toutes, vu qu'elles touchent les droits et libertés de toute personne. A cet effet, l'association a présenté plusieurs demandes pour accéder à ces circulaires sur la base de la loi n°2016 22 du 24 mars 2016 relative à l'accès à l'information, et ce, comme suit :

Organisme	Objet de la demande	Réponse	Résultat et suivi
<b>Présidence du Gouvernement</b>	- Les circulaires relatives à la fermeture des cafés et restaurant durant le mois de Ramadan	Pas de réponse. La demande a été transférée par la présidence du gouvernement au ministère de l'intérieur	Néant
<b>Ministère de l'intérieur</b>	- Les circulaires relatives à la fermeture des cafés et restaurants durant le mois de Ramadan, - Les circulaires relatives à la vente d'alcool, - Les circulaires relatives aux procédures de voyage, - Les circulaires relatives à la gestion des lieux de culte non musulmans et - Les circulaires relatives à la situation des étrangers.	Le ministère a donné suite à une seule demande relative aux documents de voyage, mais en remettant une loi et un arrêté, alors que notre demande portait sur les circulaires.	L'ADLI a déposé le 17 août 2018 un recours auprès de l'instance d'accès à l'information. Elle a reçu la réponse du ministère le 12 novembre 2018 et a déposé sa réponse le 15 novembre. L'affaire est en cours devant l'instance (15 nov.2018).

<b>Ministère des affaires Religieuses</b>	Les circulaires relatives à la gestion des lieux de culte	Le ministère a donné suite à notre demande.	Circulaires obtenues
<b>Ministère de la femme et de l'enfance</b>	Les circulaires réglementant la situation des enfants nés hors du cadre du mariage.	L'organisme a donné suite à travers des documents autres que les circulaires.	Néant
<b>Ministère de la culture</b>	Les circulaires relatives à la création artistique	Pas de réponse	Néant
<b>Ministère de l'éducation</b>	Les circulaires relatives à la tenue vestimentaire et l'apparence au sein des établissements éducatifs	L'organisme a délivré les circulaires demandées	Circulaires obtenues

Suite à cette démarche, nous avons découvert plusieurs éléments d'ordre pratique qui contribuent à la nature quasi confidentielle de ces documents auxquels l'accès est presque impossible et au maintien de leur caractère « souterrain ».

Tout d'abord, nous avons été confrontés à une exigence exprimée par chacune des administrations sollicitées lors de la réception de notre requête par les services concernés, à savoir celle de mentionner dans la demande d'accès à l'information l'intitulé complet, l'objet et le numéro de la circulaire réclamée, affirmant que dans le cas contraire, aucun document ne pourrait nous être fourni faute de précisions suffisantes ! Or, la loi n°2016-22 du 24 mars 2016 relative à l'accès à l'information ne mentionne pas cette exigence dans ses articles 10 et 12 relatifs aux informations nécessaires à fournir lors de la présentation de la demande. De même, la loi oblige, dans son article 6, chaque organisme étatique à publier de manière automatique et proactive : « tous les textes législatifs, réglementaires et explicatifs régissant son activité », ce qui fait de la demande d'accès à l'information une requête visant à obtenir des documents non accessibles par ailleurs et dont le ou les requérants ignorent, justement, l'intitulé, le numéro, la date, etc., soit toutes les mentions permettant d'identifier le document, exigées en pratique par l'administration !

Ensuite, nous avons constaté que les agents publics chargés de l'accès à l'information ne semblaient pas réellement saisir l'importance de l'accès aux documents administratifs, ni celle de la consécration de ce droit par la Constitution, telle que

mise en œuvre par la loi relative à l'accès à l'information. En effet, hormis l'accueil favorable des personnes responsables de l'accès à l'information au sein des ministères chargés des affaires religieuses et de l'éducation, que l'association tient à saluer, nous avons constaté parmi les agents responsables de ces questions auprès des autres départements sollicités une certaine nonchalance, qui s'est manifestée soit à travers une absence fréquente de leurs bureaux lorsque nous venions les rencontrer, soit à travers les réponses fournies ou les documents remis, qui ne correspondaient pas à nos demandes.

En troisième lieu, malgré les efforts considérables de l'Instance d'accès à l'information dans la gestion des dossiers et la notification de ses décisions aux parties, nous avons constaté une quasi-absence de réactivité de la part des organismes administratifs. Sous réserve du ministère en charge de l'éducation et dans une moindre mesure, de celui chargé des affaires religieuses, les autres départements ministériels n'ont fourni aucun effort pour nous remettre les circulaires demandées et nous ont délivré des copies de lois et de règlements tout à fait accessibles par ailleurs, au moyen d'une simple compilation du Journal officiel, ce qui témoigne, à notre sens, de l'absence de volonté de l'administration de nous fournir les circulaires liberticides en sa possession afin d'occulter, tout en la maintenant « dans l'ombre », une certaine forme de résistance, voire une résistance certaine, aux changements apportés par la Constitution et la loi en la matière.

Finalement, l'ADLI réitère ses remerciements à toute personne qui a contribué à l'élaboration de cet ouvrage, surtout les chercheurs et chercheuses pour la qualité de leurs contributions et le respect des délais d'édition. L'association tient aussi à présenter ses remerciements les plus sincères à Madame la professeure Leïla Chikhaoui-Mahdaoui, qui a accepté de réviser tous les textes rédigés en langue française. L'association n'oublie pas de remercier les responsables chargés de l'accès à l'information des ministères chargés des affaires religieuses et de l'éducation, qui ont accepté d'appliquer la loi relative au droit d'accès à l'information en répondant favorablement à nos demandes d'accès aux circulaires.

Nous tenons enfin à réitérer nos remerciements à la fondation allemande Heinrich Böll pour tout le soutien qu'elle apporte à nos activités et publications.

### ***Pour l'association Tunisienne de défense des libertés individuelles***

**La présidente Jinan Limam**



## Les circulaires liberticides :

*Un droit souterrain nous gouverne !*

Pr. Wahid Ferchichi<sup>1</sup>

<sup>1</sup> Professeur en droit public, Université de Carthage, Faculté des sciences juridiques, politiques et sociales de Tunis, Membre du bureau de l'ADLI, chargé des études et recherches, [www.adlitn.org](http://www.adlitn.org)  
Président de la Legal Agenda, Tunis, [www.legal-agenda.com](http://www.legal-agenda.com)

Les circulaires, ces documents administratifs internes adressés par un supérieur hiérarchique à ses subalternes, n'ont en principe qu'un rôle explicatif d'une loi ou d'un règlement et reflètent le point de vue technique/pratique dudit supérieur à propos de l'exécution ou de la gestion d'un service, d'une activité, etc.

Ainsi, les circulaires, documents administratifs internes à l'Administration, ne s'adressent en principe qu'à ses agents et ne sont en aucun cas destinées aux administrés.

Toutefois, dans certains cas, les supérieurs hiérarchiques (principalement les ministres) saisissent cette occasion pour s'arroger un pouvoir réglementaire dont ils ne bénéficient pas a priori, afin d'ajouter (parfois suspendre ou supprimer ...) des règles non prévues par les lois et décrets, dont les circulaires sont uniquement censées expliquer les modalités concrètes d'application.

Cette dérive transforme les circulaires en une arme très dangereuse entre les mains de l'Administration, faisant courir de graves risques aux administrés, notamment lorsqu'elles touchent les droits fondamentaux des personnes et portent ainsi atteinte à l'État de droit (1), ce qui nous amène à nous interroger sur les modalités permettant de faire face à ce danger et d'éradiquer les circulaires liberticides (2).

## 1. Le grand danger des circulaires liberticides

Le danger des circulaires est lié à leur objet et à leur forme. D'une part, elles interviennent dans un domaine très étendu (1.1) et d'autre part, leur forme affecte les règles de Droit d'une forte insécurité juridique (1.2).

### 1.1. Un domaine d'intervention très étendu :

#### *l'usurpation des pouvoirs*

Au niveau de leur objet, les circulaires touchent à tous les domaines couverts par les lois et règlements, dans la mesure où elles sont censées être interprétatives et explicatives des textes normatifs. Ainsi, la recherche engagée au sein de l'ADLI<sup>2</sup>, visant à collecter les circulaires ayant trait aux libertés individuelles, a révélé que ces documents touchaient toutes les libertés, et ce, de la manière suivante :

- Remise en cause de la liberté de conscience, notamment à travers les circulaires édictées par le ministre en charge des affaires religieuses réglementant l'ouverture et la fermeture des mosquées, l'architecture des mosquées et la forme des minarets<sup>3</sup>... ou encore l'organisation des fêtes religieuses ou autres dans les mosquées<sup>4</sup>....

2 Voir, l'Association Tunisienne de défense des libertés individuelles, « Des fantômes dans l'ombre : en quête des circulaires liberticides, pp. 6 - 10».

3 Circulaire du ministre des affaires religieuses n°138 de 28 mars 20114, relative à la forme des minarets. Voir à ce propos le tableau des circulaires en annexe, pp. 152 - 156.

4 Circulaire du ministre des affaires religieuses n°577 du 28 janvier 2014. Voir le tableau des circulaires en annexe.

Les circulaires adoptées par les ministres chargés de l'éducation et de l'enseignement, portant interdiction du port du voile islamique<sup>5</sup> (qualifié d'habit sectaire) et de la barbe portent également atteinte à cette liberté fondamentale, au même titre que les prétendues circulaires (du ministre de l'Intérieur) relatives à l'ouverture et à la fermeture des cafés et restaurants durant le mois de Ramadhan<sup>6</sup>... ou encore les circulaires du Premier ministre (avant le 16 décembre 2011) et actuellement le Chef du Gouvernement et des ministres de la justice, des affaires étrangères et celui de l'intérieur limitant le libre choix du conjoint, en interdisant aux officiers d'état civil de célébrer les mariages de femmes tunisiennes avec des non musulmans !<sup>7</sup>

- Menace du libre choix du mode de vie et de la liberté vestimentaire à ce niveau, les circulaires interviennent pour dicter la forme de nos habits, et ce, aussi bien pour les adultes (agents publics ou non)<sup>8</sup> que pour les enfants (tenue vestimentaire au sein des écoles et lycées publics). Ainsi, les circulaires du ministre en charge de l'Éducation imposent une forme bien déterminée pour les élèves et opèrent une discrimination entre filles et garçons, puisqu'elles imposent le port du tablier aux filles (à partir du collège) et non aux garçons<sup>9</sup> ! Il en est de même, d'un très grand nombre de circulaires édictées par les différents ministères (mais aussi les collectivités locales et les établissements publics) ayant des contacts avec les usagers des services publics, qui imposent le port de tenues vestimentaires «décentes» aux citoyens et citoyennes afin qu'ils puissent accéder aux locaux de l'administration, en précisant souvent l'interdiction du port du « short » pour les hommes<sup>10</sup> !

- Atteinte à la différence culturelle : souvent les circulaires se prétendent les garantes d'une harmonie (imaginaire) de la culture dominante ou majoritaire. Il en est ainsi des circulaires qui imposent des normes pour le choix des prénoms des enfants, en limitant le choix à une conception étroite de la culture arabo-musulmane, occultant ainsi, les différentes autres composantes de l'identité tunisienne : amazigh, juive, chrétienne, méditerranéenne, africaine...<sup>11</sup> Ceci porte atteinte à la diversité et surtout à la dignité des personnes appartenant ou se réclamant d'autres cultures, alors que la civilisation arabo-musulmane de par le monde reflète un métissage certain et ne peut que cultiver l'ouverture culturelle...

- Entrave à la libre circulation des personnes : depuis 2014, la douane tunisienne et la police des frontières imposent aux tunisiennes et tunisiens âgé-e-s de moins de 35 de présenter une autorisation parentale (avec signature légalisée) leur permet-

5 Circulaire du ministre de l'éducation nationale n° 108 du 18 septembre 1981.

6 Circulaire du premier ministre datant de 1981 relative à la fermeture des cafés et restaurants durant le mois de ramadan. Circulaire non disponible.

7 Circulaire du secrétaire d'Etat de l'intérieur n°23 du 17 mars 1962. Voir le tableau des circulaires en annexe.

8 Voir (A.) Aloui « La liberté vestimentaire entre la Constitution et la circulaire ». (Synthèse), pp. 114 - 117.

9 Circulaire du ministre de l'éducation nationale n° 108 du 18 septembre 1981. Voir le tableau des circulaires en annexe.

10 Circulaire non disponible.

11 Voir (M-A.) Jelassi, « Quand l'Etat choisit les noms de nos enfants ». pp. 70 - 112.



tant de voyager vers des destinations que les autorités estiment être des destinations à risque en matière de terrorisme<sup>12</sup> ! Or, il s'agit là d'une limite inconstitutionnelle, anti-conventionnelle et quelquefois absurde d'un point de vue pratique. Voir des adultes de 35 ans être autorisé-e-s par leurs parents à voyager, ne fait que renforcer l'image d'une société sous tutelle et de libertés individuelles entravées !

- Un contrôle de la vie culturelle et artistique: alors que la création artistique est libre et ne fait l'objet d'aucun contrôle préalable, la projection de films dans les salles nécessite un visa de projection imposé par des circulaires du ministre en charge de la culture<sup>13</sup>.
- Des limites au droit d'accès aux soins : l'un des principaux droits fondamentaux reconnus et consacrés par la Constitution est le droit de toute personne à la santé et aux soins, un droit qui a été clairement reconnu en matière de maladies transmissibles par la loi du 27 juillet 1992 ; toutefois, les circulaires du ministre chargé de la santé, limitent ce droit aux seuls citoyens tunisiens<sup>14</sup> !

Nous pourrions multiplier les exemples en la matière, car les circulaires sont très nombreuses et diversifiées, couvrant tous les aspects de la vie et des activités... affectant les droits fondamentaux et les libertés ... Nous pouvons donc imaginer les centaines, voire les milliers de circulaires qui nous gouvernent qui ne sont pas accessibles ni, quelquefois, visibles<sup>15</sup> !

## **1.2. Une forme opaque et dangereuse :**

### *l'insécurité juridique<sup>16</sup>*

L'une des caractéristiques des circulaires est leur aspect interne à l'administration. En effet, conçues pour être un moyen de communication entre le supérieur hiérarchique et ses agents, les circulaires ne font pas l'objet d'une publication systématique et, le plus souvent, ne sont pas accessibles.

Ceci en fait des documents « cachés » ou « occultes », alors qu'ils affectent les situations juridiques des agents publics, des usagers du service public et des tiers, donc de toute personne.

- Des textes à usage interne mais très influents : cette caractéristique fait que les circulaires ne sont souvent pas faciles à distinguer des notes de service, des instructions, des recommandations... formulées par le chef hiérarchique. En effet,

12 Cet abus se motive pas l'existence d'une procédure dite « S17 ». Voir (R.) Mokrani, « Les circulaires fantômes et le droit de quitter le territoire tunisien », pp. 118 - 139..

13 Circulaire non disponible.

14 Voir (H.) Turki, « Les circulaires et les droits d'accès aux services de santé », pp. 140 - 155.

15 Voir à ce propos, l'Association Tunisienne de défense des libertés individuelles, «Des fantômes dans l'ombre : en quête des circulaires liberticides» ainsi que le tableau des circulaires en annexe.

16 A propos de l'ambiguïté des circulaires, voir (M-A.) Zayani, « Écrire la loi selon les termes des circulaires : le potentiel liberticide de la légistique ! », pp. 38 - 52.

« les circulaires sont souvent insérées dans le cadre des mesures d'ordre intérieur, en ce sens que ces dernières mesures constituent un fourre-tout d'actes administratifs, d'instructions, de directives, de notes de service et de circulaires. Dans cette nomenclature nébuleuse, la singularité de la circulaire n'est pas assurée »<sup>17</sup>. Toutefois, une certaine doctrine pense que les circulaires ne s'inscrivent pas dans le cadre du fonctionnement interne des services, mais qu'elles ont pour objet d'informer les fonctionnaires et agents publics sur l'état du droit positif et de guider leur conduite. Elles expriment, en fin de compte : « la conception ministérielle ou hiérarchique des circuits d'implication des normes juridiques »<sup>18</sup>.

Ainsi, les circulaires reflètent la politique de l'administration, la véritable politique des autorités en place, qui n'est pas forcément celle des décideurs (les titulaires des pouvoirs législatif et exécutif) ni toujours en conformité avec les textes juridiques tels que la Constitution, les lois, les décrets... Ainsi, pour appliquer sa politique, l'administration préfère agir par ses propres moyens, en recourant notamment aux divers documents à usage interne (incluant les circulaires) et s'adresser à ses agents qui sont tenus d'appliquer ses instructions, puisque soumis à l'obligation d'obéissance !

Les circulaires bénéficient ainsi, de facto, de la capacité de changer la norme et d'imposer une vision d'application des textes supérieurs. Il arrive donc que les circulaires ne se contentent pas d'explicitier ou d'appliquer la règle de droit en vigueur, mais que « l'interprétation par l'autorité administrative des lois et règlements méconnaît le sens et la portée des prescriptions législatives et réglementaires qu'elle tend à expliciter »<sup>19</sup> ou édicte de nouvelles normes non prévues par les textes législatifs et réglementaires. Ainsi, l'agent public qui n'applique la loi et le règlement qu'à travers les circulaires a le sentiment, voire la certitude d'appliquer la loi, alors qu'il s'agit de la loi telle que diffusée par son supérieur hiérarchique. Et les administrés ne peuvent pas comprendre une telle démarche qui résulte d'une application déformée de la loi, surtout qu'ils n'ont pas accès aux circulaires !

- Des textes invisibles et inaccessibles : en tant que documents à usage interne, les circulaires ne sont généralement pas publiées, bien que l'on puisse en trouver quelques unes sur les sites Web de certains ministères. La plupart du temps, elles sont simplement notifiées aux agents concernés ou, quelquefois, affichées au siège de certaines administrations. Ainsi, les administrés ne sont pas informés de leur existence, puisqu'ils n'en sont, en principe pas les destinataires. Ce caractère « secret » des circulaires leur a conféré pendant longtemps une certaine immunité.

---

17 Voir (N.) Chaouachi, « Les circulaires liberticides, notion et valeur juridique », pp. 22 - 36.

18 (G.) KOUBI, *Les circulaires administratives*, Paris, Economica, 2003, p.8.

19 *Ibid.*

Toutefois, la promulgation de la Constitution du 27 janvier 2014 a entraîné un changement radical dans l'accès à l'information et aux documents administratifs. En effet, en application de l'article 32 de la Constitution consacrant le droit d'accès à l'information, la loi organique n°2016-22 du 24 mars 2016 est venue organiser l'exercice de ce droit et son article 6 a notamment précisé ce qui suit : « les organismes assujettis aux dispositions de la présente loi sont tenus de publier, d'actualiser, de mettre périodiquement à la disposition du public, dans une forme utilisable, les informations suivantes : [.....] - les textes juridiques, réglementaires et explicatifs régissant son activité ».

L'on pouvait ainsi s'attendre à ce qu'il y ait progressivement publication de toutes les circulaires, d'autant plus qu'une circulaire explicative des dispositions de la loi n°2016-22 a été édictée par le Chef du gouvernement, invitant notamment les organismes publics à les respecter<sup>20</sup>.

Or, selon les observateurs, on a pu constater « une contradiction flagrante entre le contenu de la circulaire, qui est en faveur du droit d'accès à l'information et l'attitude de la présidence du gouvernement elle-même à l'égard dudit droit »<sup>21</sup>, puisque la présidence du gouvernement n'a pas procédé à la publication de toutes ses propres circulaires et que le Chef du Gouvernement lui-même a publié en janvier 2017 une circulaire allant à l'encontre du droit d'accès à l'information. En effet, la circulaire n°4 du 16 janvier 2017 a limité le droit d'accès à l'information, en obligeant les agents publics de s'abstenir de « publier ou divulguer des informations ou des documents officiels dans la presse ou d'autres médias sur des sujets relatifs à leur travail ou la structure publique dans laquelle ils travaillent sans l'autorisation préalable et expresse de leur supérieur hiérarchique ».

La mise en application de la loi de 2016 a mis l'administration face à ses vieux réflexes et à ses mauvaises habitudes, dévoilant certaines pratiques complètement inadmissibles dans le cadre d'un État de Droit :

En premier lieu, l'administration peine à se soumettre à cette nouvelle législation, elle manifeste une résistance à dépasser son réflexe du secret administratif. Ainsi, malgré les demandes claires formulées par l'ADLI à ce sujet, empruntant la voie légale de l'accès aux circulaires des différents ministères, les réactions des divers départements, même les plus coopératifs d'entre eux, ont été mitigées, voire réticentes. En effet, hormis les ministères en charge de l'éducation et des affaires religieuses, les autres départements (justice, intérieur et culture) ont refusé nos demandes sur la base de l'absence d'un objet clair, ou nous ont fourni les lois et décrets, alors que notre demande portait sur des circulaires ; ce qui nous a amené

20 Circulaire du président du gouvernement n°19 du 18 mai 2018.

21 Voir (A.) Zaghdoudi, « Les circulaires et le droit d'accès à l'information ». (Synthèse), pp. 54 - 58.

à saisir l'Instance d'Accès à l'Information<sup>22</sup>.

En second lieu, l'obligation de publier les circulaires, a révélé que certaines circulaires n'avaient jamais existé ! En effet, qu'il s'agisse de circulaires anciennes, mais toujours en vigueur, telles que la circulaire Mzali de 1981 relative à la fermeture des cafés et restaurants durant le mois de Ramadhan<sup>23</sup>, ou de la récente circulaire sur le droit de voyager<sup>24</sup>, le ministère concerné (intérieur) ne les a pas communiquées, parce qu'à notre sens, elles n'existent pas. S'agit-il alors de simples instructions orales ? D'une politique non écrite du ministère ? Le ministère n'arrive même pas à prouver leur existence ! Une situation juridique très dangereuse, qui remet en cause les fondamentaux d'un État de droit : l'existence d'une norme claire, accessible et légale ; nous nous trouvons donc face à une situation de non droit, renforcée par une situation d'insécurité juridique grave !

Ainsi, en présence de ces textes administratifs dont l'application peut entraîner des effets liberticides, quelles pourraient être les solutions et les pistes de travail pour faire apparaître au grand jour ce droit « souterrain » et en supprimer tous les éléments contraires à la loi au sein d'un État de droit ?

## 2. Éradiquer les circulaires liberticides !

Les circulaires sont dangereuses pour le libre exercice des droits et libertés, notamment celles individuelles. En effet, des circulaires normatives constituent une violation manifeste de l'État de droit et des libertés fondamentales des personnes. Tant par leur caractère interne que par leur application directe par les agents publics, ces textes traduisent une usurpation de pouvoir et une méconnaissance de l'ordre juridique, engendrant une instabilité des situations et une remise en cause des fondamentaux d'un État de droit.

Suite à l'entrée en vigueur de la Constitution du 24 janvier 2014 et à la promulgation de lois régissant l'exercice des droits et libertés proclamés et garantis par ses dispositions, telles que la loi sur l'accès à l'information<sup>25</sup>, la loi sur la prévention contre la traite des personnes<sup>26</sup>, la loi sur la lutte contre la violence contre les femmes<sup>27</sup>... ; il n'est plus admissible que des libertés fondamentales soient remises en cause par des textes administratifs n'ayant aucune place dans la hiérarchie des normes juridiques. Ainsi, il est prioritaire que toutes ces circulaires soient publiées, que l'admi-

22 Voir, l'Association Tunisienne de défense des libertés individuelles, « Des fantômes dans l'ombre : en quête des circulaires liberticides », pp. 6 - 10.

23 Voir (H.) Chekir, « Les circulaires et le mois de Ramadhan », synthèse pp. 64 à 68 ; et la contribution de M. Abdelkarim Laaouiti, *Circulaires et libertés religieuses en Tunisie*, (Synthèse), pp. 114 - 116.

24 Voir (R.) Mokrani, « Circulaires fantômes et droit de quitter le territoire tunisien », pp. 118 - 138.

25 Loi organique n°22 de l'année 2016 du 24 mars 2016 relative au droit de l'accès à l'information.

26 Loi organique n°61 de l'année 2016 du 3 août 2016 relative à la traite des personnes.

27 Loi organique n°58 de l'année 2017 du 11 août 2017 relative à l'élimination de la violence à l'égard de la femme.

nistration opère un travail interne pour supprimer les circulaires liberticides, ou à la limite leurs aspects liberticides, et que les nouvelles dispositions soient appliquées.

## **2.1. L'urgente publication des circulaires**

En application de la Constitution et de la loi n°2016-22, l'administration est tenue de publier, de sa propre initiative, tous « les textes juridiques, réglementaires et explicatifs régissant son activité ». Ainsi, il serait pertinent que chaque administration procède à la collecte des textes qui la concernent, qu'elle les numérise (notamment pour les plus anciens) et les mette à la disposition des administrés.

Cette démarche exige « une infrastructure morale qui consiste en une volonté politique et administrative d'ouverture et de bonne gouvernance, d'une part, et d'une infrastructure matérielle en développant par exemple une plateforme contenant toutes les circulaires et les notes administratives ou préparant des salles pour la consultation des documents, de l'autre part »<sup>28</sup>. En effet, la volonté politique partiellement, mais fermement exprimée dans les textes juridiques (la Constitution et la loi de 2016), doit être tout aussi ferme au niveau de chaque administration. Ainsi, un plan de mise en œuvre du droit d'accès à l'information doit être élaboré et de contrôle, ainsi que le suivi, doivent être assurés d'une part par les services du Chef du Gouvernement, qui doit donner l'exemple en la matière, et par l'Instance d'Accès à l'Information, complétés par une veille vigilante de la part de la société civile.

## **2.2. Le diagnostic des circulaires**

Une fois collectées et rassemblées, les circulaires doivent faire l'objet d'un diagnostic à la lumière de la Constitution, des conventions internationales, des lois et des règlements. Ce diagnostic devrait s'assurer du caractère uniquement explicatif des circulaires et non pas normatif, ainsi que de leur conformité aux normes qui leur sont supérieures.

En cas de doute relatif à certaines circulaires, les administrations concernées peuvent demander l'avis du tribunal administratif qui, par le biais de son rôle consultatif, peut contribuer à préciser le caractère explicatif ou normatif de la circulaire.

Il convient enfin que les administrés et les organisations de la société civile n'hésitent pas à attaquer les circulaires liberticides devant les tribunaux administratifs et veillent à l'application des décisions de justice.

28 Voir la contribution de (A.) ZAGHDOUDI, « Les circulaires et le droit d'accès à l'information », (synthèse), pp. 54 - 58.

## 2.3. Une veille continue

Les vieux réflexes administratifs ont tendance à se cristalliser et à perpétuer les mêmes pratiques, reflétant la résistance de l'administration au changement, notamment s'il a pour ambition de toucher à un ordre administratif interne qui règne depuis au moins 150 ans !

Ainsi, même lorsque les circulaires changent ou lorsqu'elles sont abrogées, l'administration ou les autorités chargées de les appliquer résistent à les exécuter. A ce niveau, les exemples ne manquent pas. En effet, le 8 septembre 2017, le Chef du Gouvernement a abrogé la circulaire du 5 novembre 1973 interdisant aux officiers d'état civil d'établir des contrats de mariage entre des tunisiennes et des non-musulmans. Toutefois, durant de longues semaines, les différentes municipalités de la République n'ont pas donné suite à cette abrogation, en avançant le fait que sur le plan procédural, elles n'avaient pas reçu la notification de cette abrogation par la voie administrative (hiérarchique). Ce n'est que vers la fin de l'année 2017 que les officiers d'état civil des différentes municipalités ont commencé à appliquer la nouvelle circulaire et certains maires refusaient encore de s'y plier en 2018 (voir la déclaration du maire de la municipalité du Kram, dans la Banlieue de Tunis, qui a ordonné aux officiers d'état civil de sa circonscription de ne pas célébrer ces mariages)<sup>29</sup>. Rappelons aussi, que les notaires refusent jusqu'à ce jour de rédiger les contrats de mariage des tunisiennes avec des non musulmans<sup>30</sup>.

En matière d'accès aux services de santé, nous pouvons citer le cas de la circulaire relative au certificat médical initial pour les femmes victimes de violence. En effet, la circulaire n°39 de 2014 du ministre de la santé permet à toute femme victime de violence d'obtenir gratuitement auprès des établissements publics de santé un certificat médical initial relatif à son état. Saluée par la société civile, cette circulaire n'a pu être appliquée que progressivement, puisque de nombreux établissements de santé ont affirmé qu'ils n'avaient jamais reçu notification de la nouvelle circulaire et les agents ont continué à appliquer l'ancienne procédure.

Ainsi, une bonne application des procédures respectueuses des droits et libertés passe principalement par une large diffusion de l'information. Il ne suffit pas d'abroger des circulaires liberticides ou d'en adopter d'autres plus respectueuses des droits fondamentaux, mais il faut encore informer, sensibiliser et former direc-

---

29 Le président du conseil municipal d'El Kram a refusé de célébrer le mariage d'une tunisienne avec un non musulman. Pour plus d'informations :

[https://www.huffpostmaghreb.com/entry/le-maire-fathi-laayouni-un-objecteur-de-conscience-ou-un-hors-la-loi\\_mg\\_5b76c292e4b0ef9091f95ac5](https://www.huffpostmaghreb.com/entry/le-maire-fathi-laayouni-un-objecteur-de-conscience-ou-un-hors-la-loi_mg_5b76c292e4b0ef9091f95ac5)

30 L'ordre des huissiers notaires a refusé de célébrer les mariages des tunisiennes avec des non musulmans. Pour plus de détails : [https://www.huffpostmaghreb.com/entry/refus-de-huissiers-notaires-de-marier-une-tunisienne-a-non-musulman-latsmdenonce\\_mg\\_5b6846fee4b0b15abaa53062](https://www.huffpostmaghreb.com/entry/refus-de-huissiers-notaires-de-marier-une-tunisienne-a-non-musulman-latsmdenonce_mg_5b6846fee4b0b15abaa53062)

tement les personnes de première ligne. Il s'agit là d'une responsabilité de l'Administration elle-même, qui est tenue de diffuser une telle information et de dispenser une formation à ses agents, tandis qu'il incombe à la société civile de poursuivre ses activités de veille et d'alerte en cas de dépassements et de violations des droits et des libertés.

De même, il serait pertinent que les cinq nouvelles Instances constitutionnelles indépendantes (Instance de la communication audiovisuelle - Instance des droits de l'homme - Instance supérieure des élections - Instance de la bonne gouvernance et de la lutte contre la corruption et Instance des droits des générations futures et du développement durable) chargées d'œuvrer au « renforcement de la démocratie » par l'article 125 de la Constitution, une fois mises en place, engagent un travail de diagnostic et d'alerte vis-à-vis des circulaires liberticides.

Quant aux médias, véritable pouvoir de contrôle et d'alerte, ils peuvent diligenter des enquêtes et reportages sur les agissements administratifs fondés sur les circulaires, enrichissant ainsi l'analyse, les commentaires et les débats.

Enfin, le juge « garant des droits et des libertés » (articles 49 et 102 de la Constitution du 27 janvier 2014) est l'autorité de première ligne qui a vocation à déclarer l'illégalité des circulaires liberticides. Une accélération des procédures en la matière ne saurait qu'améliorer la qualité de notre système judiciaire et contribuer à empêcher qu'un droit souterrain ne continue à gouverner un État de droit.

En effet, un État de droit où « nul n'est censé ignorer la loi » ne peut pas coexister avec un droit souterrain, occulte et dangereux : un État de droit doit garantir l'accès de tous et de toutes aux normes et celles-ci doivent être claires, compréhensibles, accessibles et justes.

## Les circulaires « liberticides »

### *notion et valeur juridique*

Mme Nouha CHAOUACHI<sup>1</sup>

<sup>1</sup> Maître de conférences agrégée en droit public, Université de Carthage, Faculté des sciences juridiques, politiques et sociales de Tunis.



« Les circulaires traduisent l'activité de réflexion des décideurs, la volonté des autorités administratives, l'idéologie qui sous-tend leurs prises de position. Elles introduisent donc, à bon escient, le miasme du doute dans le droit ».

Geneviève KOUBI<sup>31</sup>

Nous entreprenons cette étude par un questionnement : le droit peut-il être caché, secret, voire clandestin ? Les interrogations du doyen Carbonnier à propos de l'existence d'un infra-droit montrent que la question n'est pas nouvelle<sup>32</sup>. Elle a cependant rebondi sous le prisme du « droit souterrain », formule consacrée en 2006 par le rapport du Conseil d'Etat sur la sécurité juridique<sup>33</sup>. Dans son appréhension du droit souterrain, cette étude s'est focalisée sur les circulaires administratives.

Sous le nom de circulaire ou instruction de service, la doctrine désigne « des communications, des recommandations ou des explications par lesquels un supérieur hiérarchique, normalement le ministre, fait connaître à ses subordonnés ses intentions sur un point relatif à l'exécution du service ou à l'interprétation d'une loi ou d'un règlement »<sup>34</sup>. La circulaire est ainsi un pur acte interne<sup>35-36</sup>. Il s'agit donc de prescriptions que les chefs de service adressent aux agents placés sous leur autorité dans le cadre de l'interprétation et de l'application desdits textes<sup>37</sup>. Cette voie reconnue aux chefs de service se justifie par le fait que les ministres qui en sont les grands producteurs, sont dépourvus du pouvoir réglementaire général et ne peuvent exercer un pouvoir réglementaire spécial qu'en se fondant sur un texte législatif ou réglementaire exprès ou en tant que chefs de service pour assurer le bon fonctionnement de leurs administrations respectives<sup>38</sup>, conformément à la jurisprudence administrative comparée (CE, Jamart, 7 février 1963<sup>39</sup>) et tunisienne (TA, 10 juin 1987, H. Bakkay c./ ministre de l'éducation<sup>40</sup> et TA, 3 juin 1998, Ahmed Cheikhrouhou c./

31 Les circulaires administratives, Paris, Economica, 2003.

32 Jean CARBONNIER, *Sociologie juridique*, PUF, édition 2004.

33 Conseil d'Etat, rapport public, *Sécurité juridique et complexité du droit*, Paris, EDCE, n°57, La Documentation française, 2006.

34 Jean WALINE, *Droit administratif*, Paris, Dalloz, 2012, 2<sup>ème</sup> édition, p. 412, Jean-Jacques CHEVALLIER, *L'instruction de service et le recours pour excès de pouvoir*, Thèse, Nancy, 1924 ; Jean RIVERO, *Les mesures d'ordre intérieur administratives : essai sur les caractères juridiques de la vie intérieure des services publics*, Thèse, Paris, Sirey, 1934 ; Geneviève KOUBI, *Les circulaires administratives*, Paris, Economica, 2003, p. 391 ; Xavier Domino et Aurélie Bretonneau, « Une décennie de contentieux des circulaires », *AJA*, 2012, p.691, Chr.JP.

35 René CHAPUS, *Droit administratif général*, tome 1, Paris, éditions Montchrestien, 2001, p.512.

36 TA., REP., affaire n°15424 du 15 juillet 1998, Hela Chérif c/ministre des finances « وحيث استقر فقه القضاء أن المنشور وثيقة إدارية داخلية ليست لها صيغة ترتيبية بل إن أحكامها لا تكون إلا تفسيرية و تأسيسية و تأسيسا على ذلك يكون المنشور غير ملزم للغير و متعين الإلغاء إذا تجاوز حدود دوره التفسيري و أقر أحكاما ترتيبية لم يأت بها النص المفسر »

37 Mohamed Ridha JENAYAH, *Droit administratif*, Tunis, CPU, 2<sup>ème</sup> édition, n°370, (en langue arabe).

38 René CHAPUS, *Droit administratif général*, tome 1, Paris, éditions Montchrestien, 2001, p.512.

39 Conseil d'Etat, Section, 7 février 1936, arrêt Jamart, recueil Lebon.

40 Recueil, p.370.

ministre de l'éducation<sup>41</sup>).

La circulaire est ainsi un document qui permet au supérieur hiérarchique (ministre, directeur, préfet, maire...) d'informer ses services. Le plus souvent, elle est édictée à l'occasion de l'adoption d'une loi ou d'un décret afin de le présenter aux agents qui vont devoir l'appliquer<sup>42</sup>. La circulaire se déploie au sein de l'administration et s'oppose au droit administratif « officiel et extérieur » que l'on connaît mieux dans le sens où il concerne les relations entre l'administration et l'administré<sup>43</sup>. Mais, est-il aisé de repérer la circulaire administrative et de la distinguer des mesures d'ordre interne?

Souvent, les circulaires sont insérées dans le cadre des mesures d'ordre intérieur, en ce sens que ces dernières constituent un « fourre tout » d'actes administratifs, d'instructions, de directives, de notes de service et de circulaires. Dans cette nomenclature nébuleuse, la singularité de la circulaire n'est pas assurée. Il sied dès lors de discerner la circulaire parmi l'ensemble des mesures d'ordre intérieur.

Bien que les circulaires s'insèrent formellement au sein de cette catégorie, elles se distinguent de celle-ci du fait qu'elles ne s'inscrivent pas dans le cadre du fonctionnement interne des services et de l'activité administrative, mais elles informent les fonctionnaires et agents publics sur l'état du droit positif et guident leur conduite. Elles ne véhiculent pas d'instructions, quand bien même elles contiennent parfois des prescriptions, émettent des recommandations et proposent des explications sur les modalités d'application des textes juridiques. Ces prescriptions expriment en fin de compte « la conception ministérielle ou hiérarchique des circuits d'implémentation des normes juridiques »<sup>44</sup>.

Par ailleurs, compte tenu de leur potentiel « informatif », les circulaires obéissent normalement à des techniques et à des méthodes de rédaction afin que l'autorité administrative ne procède pas à un « simple recopiage »<sup>45</sup> des dispositions législatives ou réglementaires, ni à un ajout de normes non prévues par lesdits textes. Elles doivent être « porteuses d'éclaircissements linguistiques ou de précisions de forme, elles sont au demeurant indispensables au maintien de la cohérence juridique »<sup>46</sup>.

Or, les ministres ne sont-ils pas tentés d'inclure, dans les circulaires, éloquentes et volubiles<sup>47</sup>, des règles qu'ils n'étaient pas compétents pour édicter par voie régle-

41 Recueil. p. 381. Voir aussi Yadh BEN ACHOUR, *Droit administratif*, CPU., 3<sup>ème</sup> édition, 2010, p. 91, note n°2.

42 Conseil d'Etat, *De la sécurité juridique*, Paris, EDCE, Rapport public n°43, La Documentation française, 1991.

43 *Ibidem*

44 Geneviève KOUBI, *Les circulaires administratives*, Paris, Economica, 2003, p.8.

45 *Ibidem*, p.3.

46 *Ibidem*, p.3.

47 Voir aussi, Geneviève KOUBI, De la circularité des circulaires, méthodes de rédaction et de lecture des textes, in Bourcier (D.) et Thomasset (C.) (dir.), *L'écriture du droit*, Paris, Diderot, 1996, p.205.

mentaire? Les ministres ne profitent-ils pas de cette compétence pour procéder à la création de nouvelles normes non prévues par la loi ni par le décret ? Il arrive que sous la forme d'une circulaire, un ministre entende modifier la situation des administrés en édictant une norme, du moins attentatoire, sinon restrictive de liberté. D'où l'intérêt de s'arrêter sur la notion de circulaire liberticide.

La circulaire « liberticide » est d'abord un texte interne qui comporte des recommandations ou des explications par lesquelles un supérieur hiérarchique, normalement le ministre, fait connaître à ses subordonnés ses intentions sur un point relatif à l'interprétation d'une loi ou d'un règlement. Néanmoins, il arrive que ce document ne se contente pas d'expliquer ou d'appliquer la règle de droit en vigueur, mais que « l'interprétation par l'autorité administrative des lois et règlements méconnaisse le sens et la portée des prescriptions législatives et réglementaires qu'elle tend à expliciter », ou édicte de nouvelles normes non prévues par les textes législatifs et réglementaires. La circulaire modifie ainsi l'ordonnancement juridique de son destinataire, car elle n'est plus interprétative, mais acquiert désormais un caractère réglementaire<sup>48</sup>. Une qualification qui demeure importante en dépit de l'avancée substantielle que représente la distinction entre circulaire impérative et circulaire non impérative qui ressort de la jurisprudence comparée depuis 2002 (CE, arrêt Mme Duvignères)<sup>49</sup> et de celle du Tribunal administratif depuis 2011<sup>50</sup>.

Partant de cette jurisprudence, la doctrine opère une distinction au sein de la catégorie des « circulaires impératives » entre les circulaires impératives interprétatives et les circulaires impératives réglementaires. Dans le premier cas, l'interprétation que l'autorité administrative donne des lois et règlements présente un caractère impératif, elle est considérée comme faisant grief et se trouve, par conséquent, susceptible d'un recours pour excès de pouvoir, au même titre que si l'interprétation qu'elle prescrit méconnaît le sens et la portée des dispositions législatives ou réglementaires qu'elle entend expliciter.

Dans le second cas, la circulaire fixe, par exemple dans le silence des textes, une règle nouvelle entachée d'incompétence. De même, sont qualifiées de dispositions

48 Cette distinction a été dégagée par la doctrine à partir de l'arrêt du Conseil d'Etat du 29 janvier 1954, Institution Notre Dame du Kreisker, RDP, 1955, 175, note Waline ; voir aussi TA., REP, première instance, décision n° 19636, 17 avril 2004, Belakhal Khaled c./ ministre des Finances (inédit), TA., première instance, REP, aff., n°10976, du 9 décembre 2006, Saida Addali c./ ministre de l'Education et de la Formation.

49 CE., sect., 18 décembre 2002, Mme Duvignères. Dans cet arrêt, le Conseil d'Etat fixe un nouveau critère de recevabilité du recours pour excès de pouvoir dirigé contre une circulaire. Ce critère réside dans le caractère impératif ou non de la circulaire. Désormais, la jurisprudence distingue entre les circulaires impératives, considérées comme faisant grief et les circulaires dénuées de caractère impératif ne faisant pas grief.

50 TA., première instance, REP, Aff. n° 19899 du 30 novembre 2011, chambre régionale des conseillers fiscaux c./ministre de la justice (inédit). Mais force est de souligner que TA a rendu un jugement de première instance le 28 mars 2008, Abdelmajid c./ministre de l'enseignement supérieur, dans lequel le juge a considéré que la circulaire objet du recours ne contenait pas de dispositions impératives, ni de normes modifiant l'ordonnancement juridique de ses destinataires, d'où le caractère interprétatif de la circulaire. Il a ainsi rejeté le recours en annulation.

impératives d'une circulaire celles réitérant une règle contraire à une norme juridique supérieure, c'est le cas par exemple, d'une circulaire qui reprend la teneur d'un texte réglementaire illégal ou celle d'une loi incompatible avec une convention internationale<sup>51</sup>.

L'étude de la notion de circulaire « liberticide », d'une grande actualité, présente un grand intérêt. En effet, le Chef de l'Etat, a annoncé, à l'occasion de la fête nationale de la femme, le 13 août 2017, le démantèlement de l'arsenal des circulaires interdisant le mariage des tunisiennes avec des non musulmans<sup>52</sup>. Ce qui a permis à la question des textes administratifs internes occultes, dépourvus en principe de valeur normative, mais comportant des prescriptions limitatives des libertés, de surgir à nouveau sur la scène publique, obligeant ainsi l'administration à les retirer de l'ordonnancement juridique.

Compte tenu des effets de ces circulaires sur les droits et les libertés des citoyens, force est de jeter en pleine lumière la notion de circulaire liberticide afin de dévoiler son identité, sa valeur juridique ainsi que l'ensemble des règles permettant de protéger les administrés contre toute atteinte à leurs droits et libertés fondamentaux et de sanctionner l'administration.

Ainsi, l'examen de la notion de circulaire liberticide nous permet de retenir que l'identité de cette circulaire est normative, bien que cette caractéristique soit généralement occultée (I) ; mais que son régime juridique est désormais évolutif (II).

## **I. La circulaire liberticide, une identité normative occultée**

René CHAPUS a pu écrire ce qui suit : « Les vraies circulaires sont celles qui sont de nature interprétative. Elles restent dans l'administration car leur but essentiel est de régler la marche du service administratif »<sup>53</sup>. D'autres sont édictées pour appliquer les lois et règlements en vigueur. Dans cette limite précise, le ministre ne peut donc qu'interpréter la loi sans y ajouter d'autres dispositions puisque, constitutionnellement il ne dispose pas du pouvoir réglementaire initial. Si elle ajoute une nouvelle disposition à la loi, la circulaire perd son caractère interprétatif et se transforme en circulaire réglementaire, voire impérative. Nous essayerons de

51 Geneviève KOUBI, *Les circulaires administratives*, op.cit., p.319321-.

52 Circulaire du 17 mars 1962 du Secrétaire d'Etat à l'Intérieur ordonnant aux officiers d'état civil de mener des enquêtes approfondies en cas de mariage entre des tunisiennes musulmanes et des non-musulmans et de refuser de rédiger de tels contrats, considérant ceux-ci comme contraires au code de statut personnel expressément ou implicitement.

Circulaire n° 606 du 19 octobre 1973 du Premier Ministre, interdisant le mariage entre les Tunisiennes musulmanes et les non-musulmans, sauf en cas de conversion de l'époux à la religion musulmane.

Circulaire n° 81 du 21 août 1974 du Ministre de l'Intérieur.

Circulaire n° 20 du 30 mars 1987 du Ministre de l'Intérieur.

Circulaire n° 39 du 14 mai 1988 du Premier Ministre aux officiers d'état civil, concernant les certificats de conversion à l'islam des étrangers non-musulmans souhaitant épouser des Tunisiennes musulmanes.

53 René Chapus, *Droit administratif général*, t1, op.cit., p.513.

démontrer que la circulaire liberticide est d'abord un acte administratif décisoire, voire une circulaire impérative (A), et que sa portée est désormais considérable à l'égard de ses destinataires (B).

### **La circulaire « liberticide » :** *une circulaire impérative*

Est interprétative la circulaire qui n'ajoute rien à l'ordre juridique en vigueur ; ni les administrés ni les agents de l'administration ne peuvent l'attaquer car elle ne constitue pas un acte normatif, c'est-à-dire une décision administrative. Ainsi, le Tribunal administratif (T.A) a déclaré que la circulaire du ministre de la justice interprétant les textes relatifs aux honoraires des huissiers de justice était interprétative car elle n'ajoutait aucune nouvelle règle<sup>54</sup>. En revanche, si le juge détecte l'existence d'une nouvelle règle, il qualifie circulaire de réglementaire. C'est ce qui a été retenu par la juridiction administrative dans l'arrêt Khodja (3 mars 1978)<sup>55</sup>. Cette position est similaire à celle du Conseil d'Etat français retenue dans sa décision Institution Notre-Dame du Kreisker rendue en 1954<sup>56</sup>.

Le raisonnement du juge administratif a permis, dans un premier temps, d'opérer une distinction entre deux catégories de circulaires : les circulaires interprétatives et les circulaires réglementaires<sup>57</sup>. Puis dans un second temps entre les circulaires impératives et les circulaires non impératives<sup>58</sup>. En effet, la circulaire interprétative n'est pas toujours dépourvue de tout caractère impératif, J.-F. LACHAUME retient, en ce sens, la distinction entre « interprétation stricte, neutre » et « interprétation active » (qui ajoute au texte) dans laquelle la circulaire peut glisser<sup>59</sup>. La détermination du caractère impératif d'une circulaire repose sur un faisceau d'indices tels que sa formulation, son objet, la marge de manœuvre qu'elle laisse aux agents, son contexte, etc...<sup>60</sup>

S'attardant sur la signification de l'impérativité, la doctrine estime que l'impératif ne peut pas être assimilé à l'obligation de faire ou de ne pas faire. L'impérativité renvoie en réalité à deux expressions de la normativité d'un acte. La circulaire est impérative lorsque « l'autorité administrative vise soit à créer des droits et des obligations, soit à imposer une interprétation du droit applicable en vue de l'édition

54 TA., REP, 12 juin 1990, arrêt Toumi C/ministre de la Justice, recueil 1990.

55 TA., REP, Aff., 133 du 3 mars 1978 Mustapha Khodja c/ Premier ministre, Recueil 1978, p.44

56 Conseil d'Etat, Assemblée, du 29 janvier 1954, 07134, publié au recueil Lebon

57 La jurisprudence Institution Notre Dame de Kreisker 29 janvier 1954.

58 TA., première instance, REP, aff.n°119899/ du 20 novembre 2011, chambre régionale des conseillers fiscaux c/ministre de la Justice (inédit).

59 J.-F. LACHAUME, *Droit administratif*, PUF, Thémis, coll. Les grandes décisions de la jurisprudence, 13<sup>ème</sup> édition, 2002, p.200.

60 Xavier DUPRE DE BOULOIS, « Les actes administratifs unilatéraux », in *Traité de droit administratif*, Tome 2, Paris, Dalloz, 2011, p. 160.

de décisions »<sup>61</sup>. L'interprétation peut se manifester de plusieurs manières : la circulaire peut élargir le cadre d'application des lois et règlements. Ou bien, réduire la portée et l'effet d'une norme juridique. Ou encore interpréter les dispositions illégales du texte juridique auquel elles se conforment.

Les circulaires « liberticides » s'insèrent parfaitement dans les cas précités de normativité. Ainsi, l'ensemble des circulaires qui interdisent le mariage entre des Tunisiennes et des non-musulmans, sauf en cas de conversion de l'époux à la religion musulmane, et qui exigent les certificats de conversion à l'islam des étrangers non-musulmans qui veulent épouser des tunisiennes musulmanes, constituent une interprétation que l'administration veut imposer de l'article 5 du code du statut personnel dans sa version arabe. Ledit article prévoit que les deux futurs époux ne doivent pas se trouver dans l'un des cas d'empêchements légaux, ce que l'administration et le juge aussi, interprètent comme étant des empêchements charaïques, au mariage en se basant sur la formule en langue arabe *الموانع الشرعية* qui peut effectivement désigner des empêchements légaux ou des empêchements charaïques (par référence à la charia).

Considérant que la différence de religion est l'un des empêchements au mariage consacré par le droit musulman, le ministre de l'Intérieur, interprétant d'une manière extensive ledit article, a édicté une circulaire interdisant aux officiers d'état civil de célébrer les mariages des tunisiennes musulmanes avec des non musulmans.

De même, la circulaire n°102-1986 du 18 décembre 1986, qui a interdit le port du foulard islamique dans les établissements d'enseignement primaire et secondaire, a élargi le cadre d'application de la loi relative au statut général de la fonction publique du 12 décembre 1983. Cette interprétation extensive a donné lieu à l'édition d'une nouvelle norme qui n'a point été fixée par le texte législatif<sup>62</sup>. Le juge administratif a par la suite déclaré la circulaire inconstitutionnelle, car elle porte atteinte à la liberté de conscience garantie par la Constitution de 1959.

En somme, on peut retenir que la circulaire liberticide est incontestablement une circulaire impérative. Autrement, qu'elle soit impérative interprétative, ou impérative réglementaire, elle a désormais un caractère décisoire et modifie l'ordonnement juridique de ses destinataires. Il n'en demeure pas moins que même si son contenu est étroitement lié à un droit ou à une liberté fondamentale, cet aspect n'est que sous-jacent au caractère impératif de la circulaire. En effet, hormis la

61 P. FOMBEUR, concl. Sur CE 18 décembre 2002, *RFDA*, 2003.

62 « و حيث تضمن المنشور قاعدة جديدة تتعلق بالهندام وردت في صيغة مبهمه لم يسبق التعرض لها بنص تشريعي ».

TA., REP., première instance, aff. N°109761/ du 9 décembre 2006, Saida Addali c/ ministre de l'éducation et de la formation.

décision du TA du 9 décembre 2006<sup>63</sup> dans laquelle le juge administratif a considéré que la circulaire n°102 du 18 décembre 1986 du ministre de l'éducation édictant une nouvelle règle, était inconstitutionnelle, car portant atteinte à la liberté de croyance garantie par la Constitution de 1959, la juridiction administrative s'est contentée, dans les autres affaires, de qualifier la circulaire allant au-delà de l'interprétation comme étant réglementaire et, récemment, comme impérative car faisant grief et par conséquent de la sanctionner à ce titre.

Force est de souligner, en outre, que la circulaire liberticide est discriminatoire, en ce sens que lorsqu'elle restreint un droit ou une liberté, suite à une certaine interprétation d'un texte juridique (loi ou décret), ou en édictant une nouvelle norme, elle engendre une catégorisation de certaines personnes, voire une stigmatisation de celles-ci, ce qui peut aboutir à la rupture du principe d'égalité au sein d'une même catégorie<sup>64</sup>.

Mais peut-on soutenir que toute circulaire est liberticide ? La réponse pourrait être positive si l'on estime que toute norme nouvellement édictée est limitative d'un droit ou d'une liberté. On pense ici non seulement aux circulaires qui limitent la liberté de croyance ou celle de choisir son conjoint, telle que la circulaire du 17 mars 1962 du Secrétaire d'État à l'intérieur ordonnant aux officiers d'état civil de mener des enquêtes approfondies à l'occasion des mariages de Tunisiennes avec des non-musulmans et de refuser de rédiger de tels contrats, en considérant ceux-ci comme contraires au code de statut personnel expressément ou implicitement ; mais également à d'autres circulaires qui ne semblent pas liberticides de prime abord, mais qui le sont néanmoins car limitatives de l'exercice d'un droit. C'est le cas de la circulaire édictée par l'Inspecteur général du ministère de la justice le 31 mai 2007, adressé aux premiers présidents des Cours d'appel et aux présidents des tribunaux de première instance, les invitant à ne pas accepter la représentation des conseillers fiscaux devant la justice dans les affaires fiscales dépassant le montant de 25 000 dinars. Or, cette circulaire ajoute une condition qui n'a pas été prévue par la loi n°34-60 du 14 décembre 1960 habilitant lesdits conseillers à représenter les contribuables indépendamment du montant objet du litige, d'où une limitation du droit de ces conseillers d'exercer leur droit de représenter les contribuables en matière de contentieux fiscal.

---

63 Plusieurs arrêts rendus par le TA concernent des décisions disciplinaires prises par les chefs d'établissements sur la base de circulaires ministérielles n°1021986- du 29 octobre 1986 : TA., 1<sup>er</sup> juillet 1998 Amel Belkhir c/ministre de l'Education, TA., 16 février 2000, Youssef c/ ministre de l'Education, Rec 2000, p.61, TA., REP, première instance, affaire n° 1/ 10976, du 9 décembre 2006, Saida Addali (inédit).

64 Hormis les circulaires relatives à l'interdiction de conclure les contrats de mariage des Tunisiennes musulmanes avec les non-musulmans, on peut recenser la circulaire relative à la sortie du territoire tunisien, la circulaire interdisant le port du foulard dans les administrations publiques, les circulaires relatives à la pratique des cultes, la circulaire interdisant l'ouverture des cafés pendant le mois de Ramadan...

Les choses paraissent dès lors plus claires: il suffit que la circulaire édicte une nouvelle obligation d'une manière initiale pour déroger à la loi ou au règlement hiérarchiquement supérieur(e) et restreindre un droit ou une liberté. Toutes ces nouvelles normes affectent et modifient l'ordonnement juridique des destinataires et les empêchent d'exercer pleinement leurs droits et libertés. Mais qu'en est-il de la portée de ces circulaires ?

### *La portée des circulaires liberticides*

En principe et en tant que prescriptions générales interprétatives ou explicatives édictées pour les besoins de la vie interne de l'administration, la portée juridique de tels documents est différente selon qu'on envisage sa portée à l'égard des fonctionnaires ou à l'égard des administrés.

Etant un texte lié à la vie interne de l'administration, la circulaire n'a aucune force obligatoire à l'égard des particuliers, elle leur est inopposable (car elle est par définition interprétative), elle ne peut être invoquée par eux. Cette position a été expressément retenue par la jurisprudence administrative tunisienne dans l'affaire Hela Chérif<sup>65</sup>. Le juge administratif a considéré, en effet, que : « la circulaire est un document interne, elle est dépourvue de tout caractère réglementaire et les prescriptions qu'elle contient ne sont qu'interprétatives »<sup>66</sup>. Partant de cette affirmation, les circulaires ne valent pas règlement vis-à-vis des tiers. De même, les instructions ministérielles, à la différence des règlements, ne font pas partie de la légalité au sens de violation de la loi et n'ont aucun caractère obligatoire à l'égard des tiers. Elles ne leur sont pas opposables. Dans la même lignée, le TA a jugé que la compétence du Tribunal ne s'étendait pas aux actes administratifs ayant pour vocation d'expliquer ou d'interpréter ou encore de préciser les modalités d'application des lois et règlements en vigueur. Ces actes ne peuvent avoir d'effets juridiques à l'égard des administrés, car ils ne modifient pas leur ordonnancement juridique qui est fixé par les textes réglementaires les concernant<sup>67</sup>.

Or, une interprétation a contrario de la position du TA nous conduit à retenir que lorsqu'une circulaire est normative, voire liberticide, elle acquiert une force obligatoire à leur égard et devient opposable.

A l'inverse, la circulaire a un caractère obligatoire à l'égard des fonctionnaires, ce qui signifie qu'ils doivent tenir pour exacte l'interprétation de la loi qui y est donnée, et qu'ils sont tenus de s'y conformer<sup>68</sup>. Ce caractère obligatoire résulte du devoir

«وحيث استقر فقه القضاء ان المنشور وثيقة إدارية: Hela Chérif c/ministre des Finances, REP, aff. n° 15424, 15 juillet 1998, «داخلية ليس لها صبغة ترتيبية بل ان أحكامها لا تكون إلا تفسيرية و تأسيسا على ذلك يكون المنشور غير ملزم للغير و متعين الإلغاء إذا تجاوز حدود دوره التفسيري و أقر أحكاما ترتيبية لم يأت بها النص المفسر»

66 C'est nous qui traduisons.

67 TA., REP., Aff., 284, 24 novembre 1993, Agence internationale de commerce c/ Directeur général des douanes, recueil 1993, p.579580-.

68 René Chapus, *Droit administratif général*, op.cit. p. 515.



d'obéissance hiérarchique vis-à-vis des supérieurs<sup>69</sup>. Or, une question s'impose : le fonctionnaire n'est-il pas recevable à attaquer une circulaire impérative, voire liberticide ? La réponse donnée par la jurisprudence française dans l'arrêt Dame Cochet d'Hattecourt du 22 février 1918 a permis à la doctrine de distinguer les recours formés par les fonctionnaires et ceux formés par les particuliers : les fonctionnaires étant liés par les circulaires étaient recevables, d'une part, à attaquer une circulaire illégale, d'autre part, à attaquer pour illégalité les mesures contraires à une circulaire.

Commentant la décision Dame Cochet d'Hattecourt, Maurice Hauriou a pu écrire ce qui suit : « Les instructions ministérielles au regard des fonctionnaires, valent règlement, et, si les règles ont été violées par quelque décision particulière du ministre, cette décision sera annulée pour violation de la loi »<sup>70</sup>.

En résumé, la circulaire n'apporte aucun élément nouveau à la légalité tant qu'elle n'est pas impérative, elle n'est pas une source de légalité, mais seulement une source d'obligation hiérarchique à l'intérieur de l'administration. Mais la portée de la circulaire liberticide est différente, car elle impose aux particuliers des sujétions nouvelles et de ce fait, apporte un élément nouveau à la légalité, alors qu'elle n'est pas censée le faire. Dès lors, elle est susceptible de recours pour excès de pouvoir en vue de son annulation.

La circulaire administrative a connu récemment une évolution de son régime juridique suite à l'adoption de la loi relative au droit d'accès à l'information qui vient mettre en œuvre l'article 32 de la Constitution de 2014 et après le démantèlement des circulaires relatives au mariage des tunisiennes avec des non-musulmans. Cette avancée qu'a connue le droit positif nous propulse au cœur du régime juridique des circulaires liberticides.

## II. Un régime juridique évolutif

Le régime juridique des circulaires est en train d'évoluer vers davantage de protection des droits et libertés des administrés. Cette évolution se vérifie au niveau de la consécration de garanties constitutionnelles et législatives (A), ainsi qu'à celui du contrôle juridictionnel du juge administratif (B).

### *Des garanties constitutionnelles et législatives*

Les règlements ne peuvent être édictés que dans la mesure où leur auteur détient un pouvoir réglementaire et dans les formes selon lesquelles s'exerce cette compétence. Or, les ministres ne disposent pas d'un pouvoir réglementaire en dehors des habilitations législatives ou réglementaires. D'où le caractère illégal des circulaires liberticides.

69 René Chapus, *Droit administratif général*, op.cit. p. 515.

70 Maurice Hauriou, Note sous Conseil d'Etat, 22 février 1918, Cochet d'Hattecourt, S. 1921.3.9.

En effet, l'article 65 de la Constitution détermine le domaine de la loi organique qui englobe les droits de l'Homme et les libertés, alors que les matières autres que celles qui sont du domaine de la loi relèvent du domaine du pouvoir réglementaire général. Ce dernier est attribué au Chef du gouvernement conformément à l'article 94 du texte fondamental. Ceci étant, il est totalement interdit aux ministres d'empiéter sur les domaines respectifs de la loi et de la compétence réglementaire générale.

D'autre part, l'article 49 de la Constitution fixe les conditions des limitations susceptibles d'être apportées par le législateur, seul habilité à intervenir en la matière, aux droits et libertés constitutionnellement garantis<sup>71</sup> ; étant précisé qu'il est possible d'étendre la portée de cet article au pouvoir normatif administratif général si le législateur accorde à son titulaire une habilitation juridique expresse, ce qui ne saurait être le cas des ministres. L'article 49 constitue donc une balise contre toute loi liberticide ou même État contre toute décision administrative attentatoire aux droits et libertés.

Sur un autre plan, il convient de souligner l'impact de l'évolution du droit tunisien sur les circulaires, suite à la reconnaissance constitutionnelle du droit d'accès à l'information par l'article 32 du texte suprême<sup>72</sup>.

En effet, l'importance de l'article 32 est indéniable en ce sens qu'il permet de mettre fin au caractère occulte et clandestin des circulaires, et ce, en obligeant les administrations à obtempérer soit aux demandes d'accès aux circulaires, soit en procédant à la publication proactive. En effet, afin de mettre en œuvre ce droit fondamental, l'article 6 de la loi organique n°2016-22 du 24 mars 2016 dispose que « les organismes assujettis aux dispositions de la présente loi, sont tenus de publier, d'actualiser, de mettre périodiquement à la disposition du public, dans une forme utilisable, les informations suivantes (suit une liste) : les textes juridiques, réglementaires et explicatifs régissant son activité ». Il est dès lors obligatoire de publier non seulement les textes législatifs et réglementaires, mais également les textes explicatifs ou interprétatifs. Ainsi, « la jouissance du pouvoir des bureaucrates trouve ses limites dans l'objectif aujourd'hui affiché de l'accès au droit, à toutes les lois, à tous les décrets, et à toutes les circulaires...publiés. Et en théorie, toutes les circulaires interprétatives doivent en vertu de la loi, être publiées »<sup>73</sup>.

71 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 ».

72 L'article 32 de la Constitution dispose que « L'État garantit le droit à l'information et le droit d'accès à l'information(...) ».

73 Geneviève KOUBI, *Les circulaires administratives*, op.cit., p. 375.

Ce droit est d'autant plus garanti que la loi de 2016 offre une protection supplémentaire à toute personne désirant accéder à l'information, il s'agit de la possibilité de recourir à l'instance d'accès à l'information, en cas de refus d'accès par l'organisme public. L'instance statue sur la question et rend un jugement en la matière, susceptible d'appel devant le Tribunal administratif, conformément à la loi du 24 mars 2016 relative au droit d'accès à l'information.

La publicité des circulaires demeure une garantie considérable de la transparence de la vie interne, voire souterraine, de l'administration. Ainsi les circulaires et instructions de services seront à la disposition du public et les administrés pourront se prévaloir de leur caractère impératif et en demander l'abrogation ou l'annulation. D'où l'intérêt de s'arrêter sur le régime contentieux des circulaires liberticides.

### ***Le régime contentieux des circulaires liberticides***

La jurisprudence administrative tunisienne et française a confirmé depuis longtemps, que l'interprétation donnée par les autorités administratives, notamment par voie de circulaire ou d'instruction, des lois et règlements n'était pas susceptible d'être déférée au juge de l'excès de pouvoir, car dénuée de caractère réglementaire et n'étant pas susceptible de modifier l'ordonnement juridique de l'administré. D'où la distinction entre circulaires réglementaires et interprétatives. Il n'en demeure pas moins que le Conseil d'Etat français a introduit une nouvelle distinction fondée sur le caractère impératif de la circulaire.

Depuis la décision Duvignères du 18 décembre 2002, la jurisprudence française distingue les circulaires non impératives des circulaires impératives. Il n'est pas sans intérêt de rappeler le considérant en vertu duquel a été établie cette distinction : « Considérant que l'interprétation que, par voie notamment, de circulaires ou d'instructions, l'autorité administrative donne des lois et règlements qu'elle a pour mission de mettre en œuvre n'est pas susceptible d'être déférée au juge de l'excès de pouvoir lorsque, étant dénuée de caractère impératif, elle ne saurait, quel qu'en soit le bien-fondé, faire grief ; qu'en revanche, les dispositions impératives à caractère général d'une circulaire ou d'une instruction doivent être regardées comme faisant grief »<sup>74</sup>. Seules les circulaires impératives sont donc susceptibles de recours devant le Conseil d'Etat.

Les circulaires liberticides entrent parfaitement dans cette seconde catégorie, dès lors qu'elles produisent des effets de droit à l'égard des personnes concernées.

Ainsi, les dispositions impératives d'une circulaire font grief, tout comme le refus de les abroger. Par sa décision Dame Duvignères, le Conseil d'Etat a clarifié le régime juridique des circulaires, plus conforme à la logique juridique, qui distingue claire-

---

74 Duvignères du 18 décembre 2002

ment la question de la recevabilité des recours dirigés contre les circulaires de celle de leur légalité.

Sans procéder à la distinction entre les circulaires impératives et les circulaires non impératives<sup>75</sup>, le juge administratif tunisien, dans son jugement du 20 novembre 2011, a consacré la catégorie des circulaires interprétatives impératives. Ce jugement n'est pas le premier qui a employé l'expression « dispositions impératives », en ce sens que le TA, depuis le 28 mars 2008, dans l'affaire Abdelmajid c/ministre de l'enseignement supérieur, a considéré que la circulaire objet du recours ne comportait pas de dispositions impératives, ni de normes modifiant l'ordonnancement juridique de ses destinataires, d'où le caractère interprétatif de la circulaire. Il a par conséquent rejeté le recours en annulation.

En revanche, dans son jugement du 20 novembre 2011, le TA procède autrement en jugeant que la recevabilité des recours en annulation contre les circulaires et instructions de services dépend du caractère impératif de ladite circulaire, c'est-à-dire chaque fois qu'elles modifient l'ordonnancement juridique des administrés. La liaison entre les questions de recevabilité et celles de fond disparaît au profit d'une affirmation limpide selon laquelle les dispositions impératives d'une circulaire doivent être regardées comme faisant grief. Le juge ajoute qu'une circulaire « doit être considérée comme impérative dès lors qu'elle a pour objet de dicter aux agents une conduite à tenir et qu'elle modifie l'état de droit »<sup>76</sup>.

Une fois la question de la recevabilité résolue, le juge statue sur la légalité de la circulaire liberticide. Deux éléments qui montrent l'illégalité de cette circulaire quant au fond semblent importants à retenir :

- D'un côté, on est en présence d'une violation structurelle, en ce sens que le ministre qui édicte une nouvelle norme empiète sur la compétence d'une autre autorité administrative ou sur celle du pouvoir législatif. Dans le premier cas, la violation de la règle de compétence administrative donne lieu à l'annulation de la circulaire pour vice d'incompétence. En revanche, en cas de violation d'une compétence constitutionnelle, le juge est enclin à qualifier cette situation d'usurpation de pouvoir «**غصب للسلطة**» compte tenu de la violation du principe constitutionnel

.....  
 وحيث جرى فقه القضاء الإداري على اعتبار أن معيار قابلية المناشير و المذكرات للطعن بدعوى تجاوز السلطة يتوقف على مدى توفرها»<sup>75</sup> لقواعد أمرة موجهة للمخاطبين بها بحيث تمس من المراكز القانونية للمتعاملين مع الإدارة باعتبارها تصبح سند الإدارة وأعوانها في التعامل معهم» (...). «و حيث و لئن تضمنت المذكرة المنتقدة تفسيرا و قراءة من جانب مصدرها لمقتضيات الفصل 57 المذكور فإن الصيغة التي جاءت بها في تحديدها لموجبات ذلك التفسير و فيما تضمنته من دعوة للحرص على تطبيقها وفقا لذلك التفسير و تحديدها جزءا إجرائيا لعدم احترامه، يجعلها تكتسي صيغة أمرة تأثر في الوضعية القانونية للمتعاملين مع المرفق العمومي العدلي الموجهة إليه تلك المذكرة مما يغدو الدفع المائل في غير طريقه «و تعين لذلك رده».

TA., première instance, REP, aff.n°119899/ du 20 novembre 2011, chambre régionale des conseillers fiscaux c/ministre de la justice (inédit)

و فيما تضمنته من دعوة للحرص على تطبيقها وفقا لذلك التفسير و تحديدها جزءا إجرائيا لعدم احترامه، يجعلها تكتسي صيغة أمرة (...). «و تأثر في الوضعية القانونية للمتعاملين مع المرفق العمومي العدلي الموجهة إليه تلك المذكرة مما يغدو الدفع المائل في غير طريقه و تعين لذلك رده»

- de la séparation des pouvoirs et déclare, au demeurant, la circulaire inexistante<sup>77</sup>.
- D'un autre côté, il peut s'agir d'une violation quant à la matière qui est réservée au pouvoir législatif, en ce sens que la matière des libertés n'appartient pas au ministre ni au titulaire du pouvoir réglementaire général mais seulement au législateur.

## Conclusion

Les circulaires s'interposent entre le texte législatif et l'acte juridique qui le concrétise. Cette insertion entre le texte normatif et la décision transforme la lecture du texte dans le sens recherché par l'interprète administratif ; « des déplacements de sens » dérivent ainsi de l'interprétation administrative. La circulaire « libéricide » en est l'exemple patent. Elle a pendant longtemps permis à l'administration d'exercer un pouvoir normatif occulte et souterrain, qui ne disait pas son nom, et a introduit, de surcroît « le miasme du doute dans le droit ».

Il a fallu attendre le bouleversement du 14 janvier 2011 pour franchir le pas. L'abrogation de la circulaire relative au mariage des Tunisiennes avec des non-musulmans constitue une avancée indéniable qui pourrait contribuer à réduire le pouvoir réglementaire innommé des ministres et à le chasser de la clandestinité dans laquelle il s'est longtemps cantonné. En donnant un sens aux textes normatifs, la circulaire ne doit pas perturber la compréhension du système juridique, ni troubler l'application des règles de droit en portant atteinte aux droits et libertés de leurs destinataires, il en va de la survie du principe de sécurité juridique !

م.إ. ابتدائي، تجاوز سلطة، قضية عدد 1/19899 بتاريخ 20 نوفمبر 2011 الغرفة الجهوية للمستشارين الجائين ضد وزير العدل» وحيث و عليه 77 فإن تأويل المتفقد العام بوزارة العدل بوصفه سلطة إدارية ضمن المذكرة المنتقدة لمقتضيات قانونية تتصل بإجراءات التقاضي و الترافع أمام الدوائر الجبائية و دعوته للقضاة الجالسين للحرص على تطبيقها وفقا للمعنى الذي ارتآه لها و بغض النظر عن مدى احترام ذلك التأويل لمقتضيات النص فيه خرق جسيم لمبدأ دستوري هام قوامه الفصل بين السلط و ينطوي على اغتصاب لاختصاص السلطة القضائية و يعتبر حلولا محلها في ما أناطه القانون بعهدتها و هو عيب جسيم ينحدر بتلك المذكرة إلى مرتبة المعدومية التي تفقدها كل اثر قانوني»

## Bibliographie sommaire

### *Ouvrages*

- BEN ACHOUR (Y.), Droit administratif, Tunis, CPU, 3<sup>ème</sup> édition, 2010.
- CHAPUS (R.), Droit administratif général, tome 1, Paris, éditions Montchrestien, 2001
- JENAYAH (M- R.), Droit administratif, Tunis, CPU, 2<sup>ème</sup> édition, n°370, (en langue arabe).
- KOUBI (G.), Les circulaires administratives, Paris, Economica, 2003.
- LACHAUME (J-F.), Droit administratif, Paris, PUF, Thémis, coll. Les grandes décisions de la jurisprudence, 13<sup>ème</sup> édition, 2002, p.200.
- Conseil d'Etat, De la sécurité juridique, Paris, EDCE, Rapport public n°43, La Documentation française, 1991

### *Articles*

- CHALTIEL (F.), « Actualité des circulaires », AJDA., 17 octobre 2011, pp. 1930-1935.
- COMBAU (P.), « Un oubli dans la réforme : l'invocabilité des circulaires et instructions administratives », AJDA., 2000, p. 501.
- De BOULOIS (X-D.), « Les actes administratifs unilatéraux », in Traité de droit administratif, Tome 2, Paris, Dalloz, 2011, p. 157 et s.
- GAUDEMET (Y.), « Remarques à propos des circulaires administratives », Mélanges en l'honneur du professeur Michel Stassinopoulos, LGDJ, Paris 1974, p. 561.
- KOUBI (G.), « De la circularité des circulaires, méthodes de rédaction et de lecture des textes », in BOURCIER (D.) et THOMASSET (C.) (dir.), L'écriture du droit, Paris, Diderot, 1996, p. 205.
- KOUBI (G.), « Circulaires interprétatives et jurisprudence administratives », Petites affiches, 24 janvier 1996, p. 17.
- KOUBI (G.), « vers une définition jurisprudentielle de la circulaire administrative interprétative », in Petites affiches, 4 mars 2003, p.19.
- LESSI (J.) et DUTHEILLET DE LAMOTHE (L.), « L'obligation, le choix, la grâce », chron. sur CE, sect. 4-2-2015, n°383267, ministre de l'intérieur, AJDA., 2015, p. 443.
- PONTIER (J-M.), « L'infra-réglementaire, puissance méconnue », AJDA., 23 juin 2014, p. 1251.



**Ecrire la loi selon**

**les termes des circulaires :**

***Le potentiel liberticide de la légistique !***

**M. Mohamed-Anoir ZAYANI<sup>1</sup>**

<sup>1</sup> Doctorant en droit public à la faculté des sciences juridiques, politiques et sociales de Tunis, chercheur à la Legal Agenda, [www.Legal-agenda.com](http://www.Legal-agenda.com)



« Nous sommes entrés dans un type de société où le pouvoir de la loi est en train non pas de régresser, mais de s'intégrer à un pouvoir beaucoup plus général : celui de la norme. Ce qui implique un système de surveillance, de contrôle tout autre ».

### Michel Foucault, Dits et écrits

En général, la surabondance des choses diminue leur qualité. Concernant les textes juridiques, cette règle a été depuis longtemps vérifiée. D'ailleurs, certains ont remarqué que « la législation est passé du régime de la fabrication artisanale à celui de la grande industrie et des produits faits en série, sans d'ailleurs que la machine ait été perfectionné »<sup>78</sup>. Ce phénomène touche toutes les règles du droit mais c'est à travers les circulaires que l'on assiste à ses manifestations les plus flagrantes.

Pourtant, les circulaires ne relèvent pas, en principe, des règles juridiques d'opposabilité directe aux personnes, sauf aux fonctionnaires en réponse au devoir d'obéissance à leurs supérieurs hiérarchiques. Elles sont considérées comme exposant une « interprétation administrative » des textes juridiques et portent généralement commentaire des lois et règlements, interprétation du droit positif et description des procédures administratives à suivre. En général, elles donnent sens à l'application aux règles de droit et « donnent une légitimité à un certain nombre d'activités administratives »<sup>79</sup>.

En principe, une circulaire n'a pas, par nature, de portée réglementaire dans le sens où elle ne peut pas créer une nouvelle règle de droit. Ainsi, il s'agit d'un document dont la portée n'est pas contraignante en soi<sup>80</sup> sauf pour les subordonnées de l'autorité administrative qui l'édicte<sup>81</sup>.

Toutefois, une partie des circulaires tunisiennes a tendance à comporter des aspects réglementaires. En fait, ces aspects constituent une « anomalie » et se présentent, parfois, à travers la technique de la rédaction des circulaires (expressions, termes utilisés...), que certains désignent par le terme de « légistique », celle-ci devenant progressivement de nos jours une discipline autonome répondant à la nécessité croissante d'une analyse spécifique de la technique législative, à laquelle

78 (G.) RIPERT, *Les forces créatrices du Droit*, LGDJ, Paris, 1955, p. 347.

79 (G.) KOUBI, *Les circulaires administratives : Contribution à l'étude du droit administratif*, Economica, Paris, 2003, p.4.

80 (G.) KOUBI, « Application des lois et règlements et circulaires administratives en droit administratif français » [en ligne], p. 2. Disponible sur : [https://koubi.fr/IMG/pdf/Circulaires\\_d\\_application\\_des\\_lois\\_et\\_des\\_reglements.pdf](https://koubi.fr/IMG/pdf/Circulaires_d_application_des_lois_et_des_reglements.pdf) (page consultée le 03 mars 2018).

81 Pour Vida AZIMI : « En cas de doute, la circulaire doit avoir raison, parce que c'est la nation qui fait la loi et que c'est le chef de bureau qui fait la circulaire ». Cité dans, LOCHAK (D.), « La grammaire juridique des circulaires administratives », In (G.) KOUBI, *La littérature grise de l'administration*, Paris, Berger-Levrault, 2015, pp. 159-170.

n'a cependant pas encore été attribuée une définition définitivement admise<sup>82</sup>.

En fait, la définition la plus répandue de la légistique est celle de « l'art de la rédaction des lois »<sup>83</sup>. Pour sa part, G. CORNU y voit « la science de la composition des lois »<sup>84</sup>. Selon cette définition, la légistique semble davantage relever d'une technique obéissant à règles bien précises, que d'un « art », qui dépend d'une certaine appréhension subjective.

On peut aussi la considérer comme l'équivalent de la notion de « rédaction des lois » qu'emploient les canadiens français et qui correspond plus ou moins en anglais à l'expression « *Legislative drafting* »<sup>85</sup>, qui ne constitue toutefois pas, en tant que telle, un ensemble de normes juridiques, puisqu'elle « a pour objet d'exposer les connaissances et les méthodes qui peuvent être mises au service de la formation de la législation »<sup>86</sup>. Elle comporte, par ailleurs, des dispositions non normatives (affichage, définitions) et des dispositions normatives provisoires ou permanentes qui ne sont pas des normes en soi, mais qui peuvent aider à surmonter les difficultés matérielles dans la rédaction des textes juridiques<sup>87</sup>.

Il faut noter que la légistique, en visant à mieux légiférer, vise, en réalité, un autre but plus général : garantir les droits et les libertés. Un texte mal rédigé, dont les termes et la structure portent à confusion, ne peut être que liberticide dans son application, puisque son interprétation ne peut être uniforme ou constante.

Dans ce sens, les circulaires ne sont pas au-delà de la portée de la légistique et sont, en Tunisie, les règles les plus en relation avec cette discipline. D'un côté, elles fixent les règles de rédaction de tous les textes juridiques. Ainsi, depuis l'indépendance, le premier texte ayant abordé la question de la préparation des textes juridiques date de l'année 1957<sup>88</sup>, suivi par quelques autres circulaires qui ne concernaient pas vraiment les techniques de la rédaction, mais se limitaient plutôt à mettre en place une certaine organisation liée à l'élaboration des projets de textes juridiques<sup>89</sup>.

82 (J-P) DUPRAT, « Genèse et développement de la légistique », in Roland DRAGO (dir.), *La confection du Droit*, Rapport de l'Académie des sciences morales et politiques, mars 2003, p. 13.

83 (G.) BRAIBANT, « Qui fait la loi ? », *Pouvoirs*, n°64, 1993, p. 43. Définition retenue aussi par D. REMY se référant à la définition large de la loi qui s'étend bien au-delà du sens formel. Voir à ce propos (D.) REMY, *Légistique : L'art de faire des lois*, Romillat, Paris, 1994.

84 (D.) REMY, *Légistique : L'art de faire des lois*, Romillat, Paris, 1994, p. 10.

85 (D.) REMY, *op. cit.*, p. 11.

86 (Ch-A.) MORAND, *Légistique formelle et matérielle*, Presses universitaires d'Aix-Marseille, 1999, p. 33.

87 Ces dispositions normatives provisoires, objets de légistique « se distinguent en instantanées ou provisoires... Alors que les dispositions permanentes, renvoient essentiellement pour les compléter à un autre texte de niveau identique ou inférieur ou bien fixent elles-mêmes de nouvelles normes ». (D.) REMY, *op. cit.*, p. 14.

88 Circulaire n°44 du 17 août 1957. La seule mention de cette circulaire figure dans la circulaire n°3 de l'année 1967, citée ci-dessous.

89 Telle que la circulaire n°3 du 3 octobre 1967, adressée par le secrétaire d'Etat à la présidence aux secrétaires d'Etats, relative aux formulaires relatifs aux lois, décrets et arrêtés. Disponible sur : <http://www.legislation.tn/sites/default/files/circulaires/673-.pdf> (page consultée le 27/09/2018).

Ensuite, c'est à travers les circulaires n°35 de 1987<sup>90</sup> et n°10 de 1988<sup>91</sup> que les circulaires ont commencé à fixer quelques techniques liées à la rédaction des projets de textes juridiques. Enfin, ce sont les circulaires du premier ministre n°14 du 27 mai 2011, relative à la qualité de la législation, et n°8 du 17 mars 2017 relative aux règles d'élaboration des projets des textes juridiques et aux procédures de leur présentation, qui mettent en place un ensemble de règles et de procédures concernant l'élaboration des projets de loi.

Les circulaires constituent souvent un vecteur des réformes administratives, ainsi qu'un instrument privilégié par l'Exécutif dans le pilotage de ces réformes, à savoir le rôle des services compétents en matière d'élaboration de projets de textes juridiques<sup>92</sup>. C'est ce que l'on peut d'ailleurs remarquer à propos des circulaires fixant les règles de rédaction des textes juridiques en Tunisie, souvent édictées au début d'un mandat politique, montrant ainsi la volonté du nouveau gouvernement de réviser les règles régissant les travaux d'organismes administratifs très importants, à savoir les services chargés de la législation au sein des différents ministères et de la présidence du gouvernement<sup>93</sup>.

Ces circulaires visent essentiellement à mieux encadrer les procédures juridiques et administratives de l'élaboration des projets de textes juridiques par les services administratifs compétents. Elles constituent des outils encadrant les procédures et les formes de présentation des projets de textes. En réalité, ces circulaires ont un objectif ultime : améliorer la qualité des textes juridiques, sachant que cette opération de rationalisation touche l'intégralité du processus d'élaboration, incluant la forme et le contenu desdits textes.

D'un autre côté, les circulaires constituent, elles aussi, un objet de légistique, puisqu'elles sont également soumises à ses règles dans leur rédaction. Cependant, l'objet de cet article vise à démontrer le rôle que peuvent jouer ces circulaires dans l'élaboration de lois liberticides, pour devenir, elles aussi, indirectement, des circulaires liberticides ; car même si les circulaires peuvent être directement liberticides, il s'agit alors de pratiques manifestement abusives, car contraires à la loi, à la Constitution et à la notion d'Etat de droit au sein duquel elles ne devraient pas

90 La circulaire n°35 du 17 novembre 1989, adressée par le premier ministre aux ministres d'Etat, les ministres et les secrétaires d'Etat, relative à la présentation des projets des décrets. Disponible sur : <http://www.legislation.tn/sites/default/files/circulaires/8735-.pdf> (page consultée le 27/09/2018).

91 La circulaire n°10 du 28 juillet 1988, adressée par le premier ministre aux ministres et secrétaires d'Etat, relative à l'élaboration et la présentation des projets de lois, de décrets-lois et de décrets et d'arrêtés. Disponible sur : <http://www.legislation.tn/sites/default/files/circulaires/8810-.pdf> (page consulté le 27/09/2018).

92 (L.) CLAUZEL-METAYER, « Le sort des circulaires dans la réforme de l'Etat », In (G.) KOUBI (dir.), *La littérature grise de l'administration : La grammaire juridique des circulaires*, Paris, Berger Levrault, octobre 2015, pp. 4445-.

93 « 2017 مصالـح المكلفـة بصياغة مشاريع النصوص القانونية بمختلف الوزارات والهيـاكـل العمومية » حسب المنشور عدد 08 لسنة 2017.

exister<sup>94</sup>.

Pour cela, l'étude se limite aux règles d'élaboration des projets de loi au sens formel, dans la mesure où l'article 65 de la Constitution dispose que les droits et libertés font partie du domaine de la loi.

Dans cette optique, pour analyser l'impact de ces circulaires relatives à la légistique sur la formulation finale des textes, il est pertinent de se demander à quel point ces documents peuvent contribuer à la confection de lois liberticides ?

Pour développer cette hypothèse, il convient d'abord de s'interroger sur l'apport juridique insuffisant de ces circulaires à l'élaboration des projets de loi par l'administration (I), pour se pencher ensuite sur le rôle limité de ces circulaires dans l'encadrement des pratiques administratives liées à la confection des projets de textes de loi et ce à cause du flou qui caractérise ces circulaires (II).

## **I. Un apport juridique insuffisant concernant l'encadrement des agents lors de l'élaboration des projets de loi**

Les deux circulaires essentielles qui fixent les règles d'élaboration des textes juridiques sont la circulaire du premier ministre n°14 du 27 mai 2011 relative à la qualité des législations et n°8 du 17 mars 2017 relative aux règles d'élaboration des projets de textes juridiques et aux procédures de leur présentation. Alors que la deuxième circulaire vise à assurer la sécurité des règles juridiques afin qu'elles ne soient pas inconstitutionnelles ou illégales, la première concerne, sur un plan plus général et comme son titre l'indique, la « qualité de la législation »<sup>95</sup>; ce qui lui donne une portée plus large, bien que son intitulé ne l'indique pas expressément. Toutefois, le contenu de ces deux circulaires dont l'objectif est d'améliorer la qualité des textes juridiques est insuffisant pour assurer cet objectif en vue duquel elles ont été édictées.

Ces deux circulaires ont d'une part, donné aux agents la possibilité d'adopter une interprétation subjective des règles constitutionnelles relatives aux droits et libertés (A) et ont, d'autre part, négligé de préciser les interactions entre la constitution et les conventions internationales à prendre en compte par les agents lors de l'élaboration des textes juridiques (B).

---

94 Voir à ce propos (M.) TROPEZ, « Le concept de l'Etat de Droit », In (M.) TROPEZ (dir.), *L'Etat de Droit, Cahiers de philosophie politique et juridique*, n°24, 1993, pp. 2540-.

95 جودة التشريعات.

## *Une marge d'interprétation subjective des règles constitutionnelles relatives aux droits et libertés*

La circulaire n°8 de 2017 a donné une marge très étendue aux services de l'administration concernant la rédaction des textes touchant les libertés et ce, vu l'absence d'une analyse ou d'une interprétation claire et clarificatrice des dispositions de la constitution, vu qu'elle se contente de rappeler les dispositions constitutionnelles, en invitant les services chargés de l'élaboration des projets des textes juridiques à les respecter.

Dans tout le corps de cette circulaire, on remarque que le chef du gouvernement n'arrête pas de se référer à la constitution<sup>96</sup>, mais sans donner aucune information sur le sens ou la portée de ces articles ou l'interprétation qui en a été faite par la jurisprudence constitutionnelle. Il est vrai que le texte constitutionnel reste un texte général dont l'interprétation officielle fait partie de la compétence de la justice constitutionnelle<sup>97</sup>, mais seule la connaissance de l'interprétation de ce texte peut éviter à l'administration de proposer des textes inconstitutionnels, surtout que la contradiction des projets de textes juridiques avec les textes de rang supérieur constitue un objectif déclaré de manière redondante dans la circulaire de 2017.

Il s'agit donc d'une forme de reproduction « naïve », dépourvue de sens, des dispositions constitutionnelles que tous les agents relevant des services juridiques des différents ministères doivent obligatoirement connaître, alors qu'il n'est pas évident d'en saisir la signification, la portée et l'interprétation qui en a été faite.

Il est alors légitime de se demander s'il incombe alors aux agents administratifs chargés d'élaborer les projets de textes de chercher la bonne interprétation du texte constitutionnel ? La circulaire n'instaure pas à la charge des fonctionnaires une obligation de résultat mais plutôt de moyens<sup>98</sup>. Il peut certes y avoir des agents qui ont des connaissances actualisées et même capables de cerner la signification exacte du texte constitutionnel et de son application, mais on ne peut pas l'espérer de tous.

Prenons à titre d'exemple l'article 49 de la constitution, qui introduit une nouveauté dans le dispositif constitutionnel tunisien sans équivalent dans la constitution de 1959, dont la compréhension est loin d'être simple, vu sa structure composée, voire complexe qui détermine les limites qui peuvent être apportées aux droits et libertés consacrés par la constitution<sup>99</sup>. La circulaire de 2017, oblige les agents à respecter

96 Surtout les articles 49, 62, 65, 70, 92, 94, 129 et 130.

97 L'article 120 de la constitution de 2014 donne à la cour constitutionnelle la compétence exclusive dans l'examen du respect de la constitution par les lois.

98 Et ce, à travers le vocabulaire utilisé, tel que « يتعين الرجوع » ou « السعي ».

99 لمزيد التوسع بخصوص هذا الموضوع، خالد الماجري، ضوابط الحقوق والحريات : تعليق على الفصل 49 من الدستور التونسي، المؤسسة الدولية للديمقراطية والانتخابات، تونس، 2017.

cet article sans pour autant clarifier sa signification<sup>100</sup>.

Dans la pratique, les dispositions de cette circulaire posent un problème majeur, à savoir la possibilité, pour les agents, d'exercer un certain pouvoir discrétionnaire, car tout en étant tenus de respecter une circulaire venant de leur supérieur hiérarchique les obligeant à respecter le texte constitutionnel lors de la rédaction des projets de loi, ils pourraient être amenés à en donner une interprétation erronée, ce qui peut facilement toucher l'étendue de l'application des droits et libertés. Alors, si l'autorité qui a édicté cette circulaire a essayé de fixer les obligations constitutionnelles à respecter, ce respect reste conditionné par la compréhension qu'attribuent les agents au texte constitutionnel !

Cette absence d'indications sur l'interprétation de ces articles de la constitution et de la lecture combinée qui pourrait en être faite, donne une marge étendue aux agents dans la rédaction des projets de loi, sous la forme d'interprétations individuelles et casuistiques des droits et libertés et de leurs limites. Ce problème nécessite une « canalisation » de l'interprétation des règles constitutionnelles relatives aux droits et libertés par les agents publics, ce qui illustre la carence de ces dispositions. En effet, l'application de ces circulaires dépend, malgré les avantages intrinsèques qu'elles présentent, des services administratifs chargés de leur application.

### ***Une négligence des interactions entre les lois et les conventions internationales***

Si la circulaire de 2011 ne vise pas, de manière expresse, à améliorer par ses dispositions un type bien précis de textes juridiques, la formulation utilisée ne donne pas l'impression de vouloir toucher les conventions internationales, tandis que la circulaire de 2017 vise clairement à améliorer uniquement les techniques de rédaction des projets de lois et des actes réglementaires. Dès le début, la circulaire abroge deux autres circulaires qui fixaient les techniques et les méthodes de rédaction de ces types de textes juridiques<sup>101</sup>.

Quant à la méthodologie de rédaction des conventions internationales, elle ne figure dans aucune de ces deux circulaires, mais plutôt dans les circulaires n°86 du 4 novembre 1988 et n°57 du 23 décembre 1989, qui indiquent aux agents de l'administration comment rédiger un projet de convention. En se limitant aux techniques de rédaction des projets de lois et de règlements, les circulaires de 2011 et de 2017 contribuent à une certaine inflation réglementaire concernant la rédaction de cer-

تكتسي أحكام الفصل 49 من الدستور أهمية بالغة باعتبارها تعكس المكانة الرفيعة التي تحظى بها الحقوق والحريات ويتعين بالتالي مراعاتها»<sup>100</sup> والالتزام بها بكل دقة عند صياغة مشاريع النصوص القانونية لتفادي كل تعارض بين أحكامها وبين المقتضيات الدستورية المتعلقة بالحقوق والحريات «وما قد يترتب عن ذلك من التصريح بعدم دستوريتها

101 A savoir les circulaires n°10 du 28 janvier 1988 et n°31 du 9 juin 1992.

taines catégories de textes juridiques, alors qu'elles auraient pu être des circulaires de « référence » pour la rédaction de tous les textes juridiques.

De plus, il faut peut-être rappeler l'énoncé de l'article 20 de la constitution qui dispose ce qui suit : « Les conventions approuvées par le Parlement et ratifiées sont supérieures aux lois et inférieures à la Constitution », d'où la nécessité de respecter les conventions dans la rédaction des projets de lois. Dans la circulaire de 2017, le chef du gouvernement se contente de rappeler la pyramide « kelsénienne » de la hiérarchie des normes<sup>102</sup>, sans pour autant insister sur la nécessité de revenir aux textes des conventions lors de la rédaction des textes de loi.

Il semble peut-être évident qu'un agent se réfère automatiquement à une convention avant de rédiger un texte de loi, alors que certaines conventions internationales ne sont pas publiées et que le souci primordial de cette circulaire est d'éviter l'inconstitutionnalité des projets de lois et l'illégalité des textes réglementaires<sup>103</sup>. Ce problème de publication fait que le juge a tendance à ne contrôler que rarement l'adéquation des conventions avec les normes de rang inférieur et ne déduit leur opposabilité qu'à partir de leur publication, qui s'opère par décret et qui intervient en général après promulgation de la loi autorisant l'adhésion de la Tunisie à un quelconque accord, suivie par l'adoption du décret de ratification, processus qui est parfois rapide, mais qui peut aussi être long, ce qui « sème une confusion entre la régularité et l'opposabilité d'une norme juridique »<sup>104</sup>.

Pour toutes ces considérations, les circulaires de 2011 et de 2017 ne mentionnent pas la nécessité de revenir aux textes des conventions internationales, alors que cette opération pourrait contribuer à garantir la sécurité juridique, puisque la signature d'une convention a des chances d'aboutir, tôt ou tard, à sa ratification, ce qui pourrait contribuer à la promotion des droits et libertés non mentionnés dans les lois en vigueur, outre l'amélioration de la rédaction des projets de lois, vu que les conventions, surtout d'ordre technique, emploient un vocabulaire spécifique pertinent.

Plus encore, les circulaires n'ont pas clarifié les techniques de rédaction des textes en cas de conflit horizontal de normes supérieures<sup>105</sup>. Il s'agit d'un phénomène fré-

102 Pour plus d'informations sur cette théorie, voir (P) AMSELEK, « Une fausse idée claire : la hiérarchie des normes juridiques ». Disponible sur : [https://paul-amselek.com/textes/fausse\\_idee\\_claire.pdf](https://paul-amselek.com/textes/fausse_idee_claire.pdf) (page consultée le 27/2018/09/).

103 Circulaire n°8 de l'année 2017, p. 2.

104 (N.) FELLAH BEN SALEM, « Le juge tunisien, la constitution, le traité international », disponible sur : <http://maitreimennasri.over-blog.com/pages/le-juge-tunisien-la-constitution-le-traite-international-4202565.html>

105 « Un conflit de normes de même niveau apparaît lorsqu'une même situation est susceptible d'entrer dans le champ d'application de deux ou plusieurs normes de même valeur dont la mise en œuvre respective aboutirait à des solutions totalement ou partiellement contraires ». Voir, (S.) CHASSANGNARD-PINET, « L'appréhension des conflits de normes de même niveau par la légistique : Vers une prévention et un traitement méthodiques des antinomies du droit », In (F) PIRALDI LENEUF & (S.) SCHILLER (dir.), *Le traitement légistique et jurisprudentiel des conflits horizontaux de normes*, Recherche réalisée à l'université de Lille 2, 2012, p. 29.

quent dans les ordres juridiques caractérisés par l'insécurité juridique due à un nombre insaisissable de textes juridiques ou à l'absence d'une certaine harmonie. Les articles 1<sup>er</sup> et 2 de la constitution du 27 janvier 2014 semblent être un exemple parfait de ce genre de problème juridique et l'intervention des circulaires précitées dans la clarification de ce type de « malaise juridique » est importante<sup>106</sup>, surtout en ce qui concerne l'utilisation de la technique du renvoi à un texte de même nature<sup>107</sup>.

En l'absence de guides de légistique clarifiant de manière concrète les méthodes de rédaction des textes, ces circulaires mettent en place un ensemble de règles générales en la matière.

Ces circulaires sont liberticides de part la procédure qu'elles mettent en place qui permet aux fonctionnaires d'adopter l'interprétation qu'ils veulent au texte constitutionnel mais aussi en leur donnant une marge d'appréciation très large dans la lecture de l'interaction entre les autres textes juridiques. Cette marge n'est pas le seul élément liberticide de ces circulaires car elle est renforcée par une procédure floue.

## II. Une procédure floue source d'irrespect !

La clarté des procédures, comme celle des termes et des expressions, ne fait que renforcer les droits et les libertés. Dans ce sens, la qualité des textes est assurée par le respect indéfectible des procédures liées au processus de leur confection. Les circulaires de 2011 et de 2017, ainsi que la circulaire n°31 du 30 octobre 2014 relative à l'adoption d'une démarche participative dans l'élaboration des textes juridiques, ont mis en place plusieurs mécanismes procéduraux afin d'assurer la qualité des textes juridiques. La plupart de ces mécanismes sont nouveaux, mais leur application n'est pas évidente, d'où la nécessité de clarifier la procédure d'élaboration des textes juridiques, mis en place par ces circulaires (A) et de renforcer leur accessibilité (B).

### A. La nécessité de clarifier davantage la procédure d'élaboration des textes juridiques

La circulaire de 2011, soucieuse d'assurer une meilleure qualité de la législation, propose une amélioration de la qualité de tout le « processus d'élaboration de la législation »<sup>108</sup>, ainsi que de son contenu, mais envisage aussi de garantir la qualité des textes juridiques déjà en vigueur.

106 (S.) CHASSANGNARD-PINET, « L'appréhension des conflits de normes de même niveau par la légistique : Vers une prévention et traitement méthodique des antinomies du droit », In (F.) PIRALDI LENEUF & (S.) SCHILLER (dir.), *Le traitement légistique et jurisprudentiel des conflits horizontaux de normes*, Recherche réalisée à l'université Lille 2, 2012, p. 29.

107 Voir (N.) MOLFESSIS, « Le renvoi d'un texte à un autre », In (N.) MOLFESSIS (dir.), *Les mots de la loi*, Economica, 1999, p. 58.

108 Circulaire n°14 de l'année 2011, p. 1.



En ce qui concerne la qualité du contenu des textes juridiques ou ce qui est qualifié de légistique matérielle<sup>109</sup>, la circulaire incite les agents à utiliser plusieurs techniques telles que la comparaison des options, les consultations préliminaires et les études d'impact, sauf que la circulaire ne les définit pas, sachant qu'aucun autre document ne le fait, ni ne fixe les outils nécessaires à leur application, alors que chacune d'entre elles constitue un processus à part entière<sup>110</sup>.

Il est important de rappeler qu'aucune des autres circulaires relatives à la rédaction des textes juridiques n'a clairement mentionné les techniques à suivre dans la préparation des projets de lois. La circulaire de 2011, vient combler une grande partie de ce vide et mentionne quelques techniques à suivre en la matière. Ainsi, il s'agit de l'unique circulaire qui mentionne la nécessité d'une étude d'impact préalable, mais en donnant la priorité aux textes d'ordre commercial, financier et social, alors que cette opération gagnerait à toucher la plupart des projets de textes juridiques<sup>111</sup>.

En droit comparé, notamment français, des guides de légistique, actualisés de manière périodique, sont mis à la disposition des agents, afin de les aider à appliquer la loi organique n° 2009-403 du 15 avril 2009 relative à l'application des articles 34-1, 39 et 44 de la constitution, qui prévoient la production de fiches d'impact<sup>112</sup>.

Ces fiches visent à contribuer à l'harmonisation des procédures d'élaboration des études d'impact par tous les services concernés.

Dans ce sens, la circulaire tunisienne de 2011 est d'un apport technique considérable, par rapport aux circulaires précédentes (celles de 1988) et ultérieures (celles de 2017) concernant la rédaction des projets de textes juridiques et l'amélioration de ceux qui sont déjà en vigueur. Cependant, elle pourrait être améliorée, vu qu'elle présente trois insuffisances majeures :

- l'absence de définition des différentes techniques d'élaboration et de rédaction des textes et des outils pratiques permettant de les appliquer ;
- l'absence de règles techniques légistiques formelles et précises liées à la rédaction des textes juridiques, notamment la structure des articles et alinéas, la

---

109 « La « légistique matérielle » (ou « nomologie »), de son côté, concerne le système d'action que représente la création du droit. Elle découpe le processus de formation et de mise en œuvre des textes juridiques en plusieurs étapes<sup>2</sup> et cherche à donner à chacune d'elles des conseils méthodiques pour améliorer l'efficacité ou l'efficience du droit. Mais elle n'entend en aucun instant dire au jurislatureur ce que devrait être le droit ; même « matérielle », la légistique cherche seulement à dire au jurislatureur comment devrait être établi le droit. Dit autrement, la légistique matérielle concerne la manière de rechercher la matière quand la légistique formelle se rapporte à la manière d'exprimer la matière ». BARRAUD (B.), « La légistique », in *La recherche juridique*, L'Harmattan, coll. Logiques juridiques, 2016, p. 221.

110 Voir (A.) FLUECKIGER, « Qu'est-ce que « mieux légiférer » ? Enjeux et instrumentalisation de la notion de qualité législative ». In (A.) FLUECKIGER (dir.), *Guider les parlements et les gouvernements pour mieux légiférer : le rôle des guides de légistique*, Genève, Schulthess, 2008, p. 1132-.

111 Circulaire n°14 de l'année 2011.

112 *Guide de légistique*, Premier ministère & Conseil d'Etat, 3<sup>ème</sup> édition, 2017, p.14.

nature et la méthodologie de rédaction des définitions juridiques, etc.<sup>113</sup> ;

- l'usage d'un vocabulaire incitatif et non impératif, car si la circulaire est contraignante de par sa forme à l'égard des agents publics, elle emploie des termes peu contraignants à savoir les formules d'incitation(السعي) ; ce dont il résulte que l'aboutissement à une bonne qualité de législation demeure une obligation de moyens.

Ce brouillard terminologique et ce flou procédural liés aux techniques d'élaboration des projets de textes juridiques confèrent une marge de manœuvre certaine aux agents chargés de préparer les textes juridiques. S'ils sont tenus de respecter les aspects techniques légaux relatifs à la préparation des textes, vu le contrôle qui s'ensuit, il y a une part du pouvoir qui leur a été octroyé par cette circulaire qui échappe au contrôle juridique, mais aussi politique, et qui peut donc passer entre les mailles du processus d'élaboration des projets de textes législatifs.

Il est important aussi de rappeler que ces circulaires sont destinées « aux services chargés de l'élaboration des projets de textes juridiques relevant des différents ministères et des organismes publics »<sup>114</sup>. Plus connus sous l'appellation de « services de conseil juridique et de législation », ces organes administratifs constituent, lors de l'élaboration d'un projet de loi, le point focal de coordination entre les différents ministères. Ils interviennent dans l'intégralité du processus d'élaboration d'un texte et ont un impact très marquant sur la forme et le contenu du projet de texte juridique lors de la phase préparatoire. Même si des changements peuvent être effectués sur le projet de texte par la suite, l'esprit reste souvent tel qu'il a été imaginé par ces services.

Plus encore, la jurisprudence constitutionnelle a refusé la possibilité de revoir l'esprit d'un projet de loi par une commission législative parlementaire<sup>115</sup>. Et même si cette compétence peut être exercée par les députés en plénière, ces derniers sont

113 La légistique formelle est « La recherche de procédés, de règles et de formules destinés à une rédaction correcte et à une meilleure appréhension des textes normatifs, et s'efforçant de parvenir à cette fin par l'harmonie, la clarté et le rejet des différences non fondées », selon (C.) LAMBOTTE, *Technique législative et codification*, Story Scientia (Bruxelles), 1988, p. 10 (cité par (K.) GILBERT, *La légistique au concret - Les processus de rationalisation de la loi*, thèse, Université Paris II - Panthéon-Sorbonne, 2007).

114 Circulaire n°8 du 17 mars 2017,

115 Instance provisoire de contrôle de la constitutionnalité des projets de loi, décision n°2 de l'année 2015 du 8 juin 2015, relative au projet de loi organique portant sur le conseil supérieur de la magistrature. Considérant qu'il résulte du cas d'espèce la volonté délibérée de soumettre au vote de l'Assemblée plénière de l'ARP un projet de loi organique relatif au CSM sans tenir compte de la nécessité de maintenir (au niveau du contenu de ce projet) la logique de l'auteur de l'initiative législative, à savoir le Gouvernement, conformément à l'article 62 de la Constitution et qu'il n'appartient à aucune partie de violer cette règle constitutionnelle, laquelle est dotée d'une suprématie absolue ; et qu'il convient par conséquent d'admettre ce moyen

وحيث يبدو والحالة ما ذكر بادي الوضوح أن هذا المنحى الواقع توخيه في تعهيد الجلسة العامة لمجلس نواب الشعب للنظر في مشروع القانون» الأساسي المتعلق بالمجلس الأعلى للقضاء لم يراع فيه وجوب المحافظة على عرض مشروع الحكومة بوصفها صاحبة المبادرة التشريعية في هذا الغرض حسب التوجه والتصور المحدد من قبلها تطبيقاً لمقتضيات الفصل 62 من الدستور ولا جواز لآية جهة كانت مناهضة هذه القاعدة الدستورية التي «تحتل بعلاوة مطلقة وأضحى من هذا المنظور الطعن متجه القبول».

matériellement dans l'incapacité de réviser l'intégralité d'un projet de loi, vu les moyens dont ils disposent<sup>116</sup>.

Ces services conçoivent la première version d'un texte juridique, qui est fondamentale dans l'élaboration d'un projet de norme, puisque la dimension formelle se situe à l'origine de la démarche intellectuelle originale<sup>117</sup> qui fixe les choix essentiels du texte.

L'agent chargé de rédiger un projet de texte de loi ne reflète pas uniquement son savoir juridique, mais aussi ses références socioculturelles. Il est illusoire de croire à l'objectivité totale des termes et du référentiel utilisés dans n'importe quel texte, et particulièrement dans un texte juridique<sup>118</sup>.

De plus, les agents chargés de la mission de confection des textes juridiques ont généralement tous la même formation : celle des fonctionnaires issus de l'École Nationale de l'Administration<sup>119</sup>, recrutés souvent parmi les diplômés des facultés de droit, où l'enseignement est encore axé sur un certain formalisme juridique et n'observe que rarement les modalités de production des règles<sup>120</sup>. D'ailleurs, le même constat a été fait en France où « On peut souligner que cette croyance à une compétence technico-politique et largement illusoire, s'agissant du moins de l'aspect technique, si on se réfère aux contenus de la formation et des évaluations à l'École nationale d'administration sur les questions de confection et rédaction de textes juridiques notamment; évidemment, certains se forment après, et c'est heureux et tout à l'honneur de ces individualités; mais le système n'est pas pensé comme devant conditionner l'accès aux postes de décision à des compétences autres que celles tenant à un pedigree préétabli »<sup>121</sup>.

Pour cela, dans un contexte juridique marqué par une terminologie liberticide et une formation des agents chargés de la confection des textes juridiques fortement imprégnée par le formalisme juridique, il est clair que le manquement des circulaires relatives à l'élaboration des textes juridiques à fixer de manière rigoureuse les techniques de légistique formelle et matérielle, ne peuvent que pérenniser une

116 L'apport technique apporté aux députés est relativement faible et ne leur permet pas d'assurer leur fonction législative. Le nombre très faible des propositions de loi en témoigne.

117 DUPRAT (J-P), article précité.

118 (E.) TERRAL, « L'empreinte culturelle des termes juridiques », *Meta*, 49(4), 876-890.

119 Concernant le statut des hauts fonctionnaires, voir (E.) GOBE (M-B.) & AYARI, « Les cadres supérieurs de la fonction publique tunisienne : réalités d'une condition socioprofessionnelle », *Cahiers du GDR Cadres*, n°8, novembre 2004, pp. 8990-.

120 Selon le formalisme juridique « la seule approche scientifiquement concevable du phénomène juridique serait de se limiter à une analyse de la structure et de la cohérence interne des relations entre les règles juridiques, à l'exclusion de toute perspective externe ». (O.) CORTEN, « Le « droit en contexte » est-il incompatible avec le formalisme juridique ? », In *Revue interdisciplinaire d'études juridiques*, 2013/1, Vol. 70, p. 72.

121 (E.) MILLARD, « Les limites des guides de légistique : L'exemple du droit français », In (A.) FLÜCKIGER & (C.) GUY-ECABERT, *Guider les parlements et les gouvernements pour mieux légiférer ? Le rôle des guides de légistique*, Genève, Schulthess, 2008, p. 121.

certaine « architecture » liberticide des textes, tout en contribuant à donner aux agents un certain pouvoir leur permettant de maintenir des aspects liberticides occultes dans notre législation<sup>122</sup>. Ce pouvoir a tendance de prendre de l'ampleur quand ces circulaires sont des documents secrets, non accessibles.

## **B. L'accessibilité des textes juridiques :** *un principe toujours négligé !*

L'accessibilité des textes juridiques est un impératif qui incombe aux autorités. Cette accessibilité se manifeste à deux niveaux : la participation citoyenne à la rédaction des projets de textes juridiques et la publication des textes adoptés. Depuis 2014, la nécessité de concrétiser la démocratie participative est une exigence constitutionnelle<sup>123</sup> ; sachant que dès 2011, une démarche participative dans la rédaction des textes juridiques avait été prévue par circulaire, surtout pour les textes liés aux libertés individuelles, mais sans envisager pour autant une procédure concrète<sup>124</sup>.

Suite à la promulgation de la constitution, la circulaire n°31 du 30 octobre 2014 relative à l'adoption d'une démarche participative dans l'élaboration des textes juridiques a mis en place une démarche concrète visant, comme son titre l'indique, à faire participer les citoyens à l'élaboration des projets de textes juridiques par le biais d'un portail électronique. Toutefois, la démarche mise en place par cette circulaire prévoit de « publier quelques<sup>125</sup> projets de textes législatifs et réglementaires »<sup>126</sup> et permet ainsi aux services administratifs concernés de « choisir les projets<sup>127</sup> de textes qu'ils veulent soumettre au public pour consultation », ce qui donne une marge très importante aux services de la Présidence du gouvernement dans la gestion de ce mécanisme<sup>128</sup>.

A son tour, la circulaire de 2017 rappelle cette exigence en donnant la priorité aux textes liés « à l'économie, le commerce, les libertés et les droits de l'homme ». Cependant, cette circulaire conditionne la consultation publique des projets de textes juridiques par la volonté du Ministère qui les a préparés. Dès lors, le Ministère n'est pas obligé de soumettre le projet de texte à la consultation publique, c'est d'ailleurs le même choix qui a été adopté dans la circulaire de 2014.

122 Qui ne sont pas d'ordre normatif, mais plutôt d'ordre légistique.

123 Préambule de la constitution tunisienne de 2014.

124 Circulaire n°14 de l'année 2011, p. 1.

« القيام باستشارات تهدف إلى تشريك العموم بخصوص مشاريع القوانين التي تكتسي أهمية خاصة بالنظر لتنظيمها لمجالات تتعلق بالصيريات الفردية أو تنظم الهياكل العمومية أو شروط ممارسة الأنشطة الاقتصادية، مع التأكيد على أهمية اعتماد الوسائل الحديثة للاتصال والإعلام من خلال القيام باستشارات على موقع الواب الخاصة بالوزارات والهياكل المعنية بالمشاريع المزمع اتخاذها لتكريس مقاربة تشاركية عند اتخاذ المشروع مع الأطراف المعنية به».

125 C'est nous qui soulignons.

126 Circulaire n°31 du 30 octobre 2014 relative à l'adoption d'une démarche participative dans l'élaboration des textes juridiques, Présidence du gouvernement, alinéa premier.

127 C'est nous qui soulignons

128 *Id.*, point 3.

En ce qui concerne la publication des textes juridiques, le problème de non publication persiste encore et ne touche pas uniquement les circulaires. Une grande partie des conventions n'est pas accessible et seules les lois relatives à leur ratification sont publiées. Ces lois ne mentionnent que l'aspect formel de la ratification de la convention, sans donner plus d'informations sur leur contenu.

Dans ce sens, la loi n° 93-64 du 5 juillet 1993, relative à la publication des textes au Journal Officiel de la République Tunisienne et à leur exécution, dispose au sein de son article premier ce qui suit : « Les lois, les décrets-lois, les décrets et les arrêtés sont publiés au Journal Officiel de la République Tunisienne... ». En fait, cette disposition fait que « La production juridique est atteinte en certaines de ses composantes d'un caractère occulte qui en fait un droit invisible »<sup>129</sup> dans le sens où elle rend une partie du droit non accessible.

La circulaire n°14 de 2011 a imposé aux différents ministères de publier tous les textes juridiques qui les réglementent et se rapportent « aux services qu'ils assurent », même s'ils ne sont pas publiés au Journal officiel. En d'autres mots, selon cette circulaire, chaque ministère est tenu de publier toutes les circulaires se rapportant à leur travail. Ce qui constitue une exigence administrative encore en attente d'application !

Pour conclure, les circulaires relatives à la préparation des textes juridiques sont un outil d'encadrement du travail des services administratifs qui reste à perfectionner. D'une part, les techniques de légistique qui y sont mentionnées devraient avoir plus de sens et inclure des définitions et des procédures plus claires et d'autre part, la marge importante donnée par ces circulaires aux agents gagnerait à être réduite.

En effet, le processus législatif ne devrait pas commencer par le pouvoir bureaucratique de l'administration, mais constituer la traduction de la volonté générale, exprimée par un pouvoir politique élu. Dans ce sens, le rôle des services administratifs dans l'élaboration des textes de loi devrait être limité à ce qui est strictement nécessaire, et ce, à travers la mise en place d'une procédure plus claire et plus contrôlée en matière de confection des projets de textes. En ce qui concerne le domaine des droits et libertés, domaine exclusif de la loi, les services administratifs devraient appliquer les techniques de légistique précédant la rédaction du projet de loi d'une manière rigoureuse. En effet, les droits et libertés ne sont pas de moindre importance par rapport aux lois à vocation économique ou sociale et leur impact ne se limite pas au domaine juridique, sachant qu'ils peuvent même être une locomotive

---

129 BEN ACHOUR (S.), « Production législative et atrophie du sens normatif : des lois sans qualité », in, BEN ACHOUR (R.) (dir.), *Le droit constitutionnel normatif. Développements récents*, Bruxelles, Bruylant, 2009, p. 201.

tive du développement<sup>130</sup>.

De plus, les services administratifs devraient également suivre une procédure moins souple en matière de consultations publiques, lesquelles ne devraient pas demeurer facultatives, mais devenir obligatoires, tout en opérant une distinction entre le rôle individuel des citoyens et celui des organisations citoyennes, en tant que force de proposition constructive.

## Bibliographie sommaire

### *Ouvrages*

- KOUBI (G.), Les circulaires administratives : Contribution à l'étude du droit administratif, Paris, Economica, Paris, 2003, ...p.
- LAMBOTTE (C.), Technique législative et codification, Story Scientia, Bruxelles, 1988, p. 10.
- MORAND (Ch-A.), Légistique formelle et matérielle, Presses universitaires d'Aix-Marseille, 1999, p. 33.
- Guide de légistique, document fait par le Premier Ministre & Conseil d'Etat, 3ème édition, 2017, p.14.
- REMY (D.), Légistique : L'art de faire des lois, Romillat, Paris, 1994, p. 10.
- RIPERT (G.), Les forces créatrices du Droit, LGDJ, Paris, 1955, p. 347.
- خالد الماجري، ضوابط الحقوق والحريات : تعليق على الفصل 49 من الدستور التونسي، المؤسسة الدولية للديمقراطية والانتخابات، تونس، 2017.

### *Thèse*

- GILBERT (K.), La légistique au concret – Les processus de rationalisation de la loi, thèse, Université Paris II - Panthéon-Sorbonne, 2007.

### *Articles*

- AMSELEK (P.), « Une fausse idée claire : la hiérarchie des normes juridiques ». Disponible sur : [https://paul-amselek.com/textes/fausse\\_idee\\_claire.pdf](https://paul-amselek.com/textes/fausse_idee_claire.pdf) (page consultée le 27/09/2018).
- BARRAUD (B.), « La légistique », in La recherche juridique, L'Harmattan, coll. Logiques juridiques, 2016, p. 221.
- BEN ACHOUR (S.), « Production législative et atrophie du sens normatif : des lois sans qualité », in BEN ACHOUR (R.) (dir.), Le droit constitutionnel normatif. Développements récents, Bruxelles, Bruylant, 2009, p. 201.
- BERTIN (A.), « Le Développement par les Libertés : Une lecture critique de Development as

130 La liberté comme moyen de développement est une théorie développée par Amartya SEN. Pour plus d'informations, BERTIN (A.), « Le Développement par les Libertés : Une lecture critique de Development as Freedom d'Amartya Sen », in *Le concept de développement en débat*, Université Montesquieu – Bordeaux IV, 16-17 Septembre 2004, pp. 5-7. Disponible sur : <http://harribey.u-bordeaux4.fr/colloques/bertin.pdf> (page consultée le 28/09/2018).

- Freedom d'Amartya Sen », in *Le concept de développement en débat*, Université Montesquieu – Bordeaux IV, 16-17 Septembre 2004, pp. 5-7. Disponible sur : <http://harribey.u-bordeaux4.fr/colloques/bertin.pdf> [page consultée le 28/09/2018].
- BRAIBANT (G.), « Qui fait la loi ? », *Pouvoirs*, N°64, 1993, pp. 43-46.
  - CHASSANGNARD-PINET (S.), « L'appréhension des conflits des normes de même niveau par la légistique : Vers une prévention et traitement méthodique des antinomies du Droit », In PIRALDI LENEUF (F.) & SCHILLER (S.)(dir.), *Le traitement légistique et jurisprudentiel des conflits horizontaux de normes*, Recherche réalisée à l'université Lille 2, 2012, pp. 27-49.
  - CLAUZEL-METAYER (L.), « Le sort des circulaires dans la réforme de l'Etat », In KOUBI (G.) (dir.), *La littérature grise de l'administration : La grammaire juridique des circulaires*, Berger Levraut, octobre 2015.p 44.
  - CORTEN (O.), « Le « droit en contexte » est-il incompatible avec le formalisme juridique ? », In *Revue interdisciplinaire d'études juridiques*, 2013/1, Vol. 70, pp. 70-76.
  - DUPRAT (J-P.), « Genèse et développement de la légistique », in Roland DRAGO (dir.), *La confection du Droit, rapport de l'académie des sciences morales et politiques*, mars 2003, pp. 11-49.
  - FELLAH BEN SALEM (N.), « Le juge tunisien, la constitution, le traité international », disponible sur : <http://maitreimennasri.over-blog.com/pages/le-juge-tunisien-la-constitution-le-traite-international-4202565.html> [page consultée le 27/09/2018].
  - FLUECKIGER (A.), « Qu'est-ce que « mieux légiférer ? » Enjeux et instrumentalisation de la notion de qualité législative », In Flueckiger(A.) (dir.), *Guider les parlements et les gouvernements pour mieux légiférer : le rôle des guides de légistique*, Genève, Schulthess, 2008, pp. 11-32.
  - GOBE (E.) & AYARI (M-B.), « Les cadres supérieurs de la fonction publique tunisienne : réalités d'une condition socioprofessionnelle », In *Cahiers des Gdr Cadres*, n°8, novembre 2004, pp. 87-100.
  - KOUBI (G.), « Application des lois et règlements et circulaires administratives en droit administratif français » [en ligne], p. 2. Disponible sur : [https://koubi.fr/IMG/pdf/Circulaires\\_d\\_application\\_des\\_lois\\_et\\_des\\_reglements.pdf](https://koubi.fr/IMG/pdf/Circulaires_d_application_des_lois_et_des_reglements.pdf)[page consultée le 20/09/2018].
  - LOCHAK (D.), « La grammaire juridique des circulaires administratives », In KOUBI (G.), *La littérature grise de l'administration*, Berger-Levrault, 2015, pp. 159-170.
  - MILLARD (E.), « Les limites des guides de légistique : L'exemple du droit français », In Flückiger (A.) & GUY-ECABERT (C.), *Guider les parlements et les gouvernements pour mieux légiférer ? Le rôle des guides de légistique*, Genève, Schulthess, 2008, pp. 117-128.
  - MOLFESSIS (N.), « Le renvoi d'un texte à un autre », In MOLFESSIS (N.)(dir.), *Les mots de la loi*, Economica, 1999, p.58.
  - TERRAL (F.), « L'empreinte culturelle des termes juridiques », *Meta*, 49(4), pp. 876-890.
  - TROPEZ (M.), « Le concept de l'Etat de Droit », In TROPEZ (M.) (dir.), *L'Etat de Droit, Cahiers de philosophie politique et juridique*, n°24, 1993, pp. 25-40.

# Les circulaires et le droit d'accès à l'information<sup>1</sup>

M. Aymen ZAGHDOUDI<sup>2</sup>

<sup>1</sup> Il s'agit d'une synthèse de sa contribution opérée par l'auteur, dont la version intégrale figure dans la partie en langue arabe de cet ouvrage, pp. 32 - 43..

<sup>2</sup> Docteur en droit, maître-assistant en droit public, Université de Carthage, Institut supérieur des langues appliquées et d'informatique de Nabeul.



Le droit d'accès à l'information est un droit universel consacré par l'article 19 du Pacte international relatif aux droits civils et politiques<sup>131</sup>. Il est étroitement lié à la démocratie dans la mesure où il constitue un moyen primordial pour que les individus puissent s'exprimer et contrôler les pouvoirs publics<sup>132</sup>.

La Tunisie a consacré le droit d'accès à l'information au niveau de l'article 32 de la constitution du 27 janvier 2014 qui dispose que « L'Etat garantit (...) le droit d'accès à l'information. » Il s'ensuit que la constitution a instauré une obligation de résultat qui incombe à l'Etat, censé prévoir les outils et l'infrastructure nécessaires pour l'exercice de ce droit.

Dans ce sens, une loi organique relative au droit d'accès à l'information a été promulguée en 2016. Elle abrogea le décret-loi n° 2011-41 du 26 mai 2011 relatif à l'accès aux documents administratifs des organismes publics tel que modifié et complété par le décret-loi n° 2011-54 du 11 juin 2011.

Cet arsenal juridique révolutionnaire en matière d'accès à l'information a choqué une administration publique connue par sa profonde opacité, ce qui explique dans une large mesure l'échec partiel de la nouvelle législation.

En effet, les circulaires ont été utilisées depuis 1971 comme moyen pour renforcer l'opacité de l'administration. On peut mentionner, ainsi, la circulaire du premier ministre n°6 du 2 février 1971, où on peut lire ce qui suit « Je rappelle que la déontologie de la fonction publique fait obligation à tout agent public d'observer une totale discrétion professionnelle pour tout ce qui concerne les faits et informations dont il a connaissance dans, ou à l'occasion, de l'exercice de ses fonctions ». Il en résulte que tout agent public devrait observer un absolu devoir de réserve sans aucune exception relative à la recherche scientifique, au journalisme ou autre.

La limitation du droit d'accès à l'information par des circulaires liberticides a continué après 2011, dans la mesure où la présidence du gouvernement a édicté à maintes reprises des textes entravant la jouissance réelle dudit droit.

D'abord, la circulaire n°25 de 2012 est liberticide parce qu'elle a prévu des nouvelles dispositions réglementaires relatives aux agents chargés de l'accès à l'information et à leurs missions, ce qui est contraire à la vocation même des circulaires, définies comme des textes non réglementaires ayant pour but d'expliquer les dispositions législatives ou réglementaires.

.....  
131 Le paragraphe 2 dispose ce qui suit : « Toute personne a droit à la liberté d'expression ; ce droit comprend 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. »

132 Emmanuel AUBIN, « La protection constitutionnelle de la transparence administrative », *Les Nouveaux Cahiers du Conseil constitutionnel*, 2018/2 (N° 59), p. 37.

Ensuite, deux circulaires ont limité davantage le droit à l'information à travers l'obligation mise à la charge des membres du gouvernement, de leurs conseillers et des gouverneurs de notifier au préalable à la présidence du gouvernement les détails relatifs à leurs rencontres médiatiques, tels que le contexte générale, le lieu, l'horaire, les invités, les journalistes, ainsi que le nom du média<sup>133</sup>.

En 2017, une autre circulaire du Chef du gouvernement a limité le droit d'accès à l'information, obligeant les agents publics de s'abstenir de « publier ou divulguer des informations ou des documents officiels dans la presse ou d'autres médias sur des sujets relatifs à leur travail ou à la structure publique dans laquelle ils travaillent sans l'autorisation préalable et expresse de leur supérieur hiérarchique »<sup>134</sup>.

Le syndicat national des journalistes tunisiens a publié un communiqué critiquant cette circulaire liberticide qui est contraire non pas seulement à la loi organique n° 22-2016 relative au droit d'accès à l'information, mais également à l'article 31 de la constitution interdisant tout contrôle préalable à la liberté d'expression<sup>135</sup>.

Récemment, une circulaire a été édictée par le Chef du gouvernement ayant pour objet d'expliquer les dispositions législatives de la loi n°2016-22 et d'inciter les organismes publics à les respecter<sup>136</sup>. Toutefois, on a pu constater une contradiction flagrante entre le contenu de la circulaire, qui est en faveur du droit d'accès à l'information, et l'attitude de la présidence du gouvernement elle-même à l'égard dudit droit. En effet, la circulaire prévoit que les organismes assujettis aux dispositions de la loi n°2016-22 « sont tenus de publier, d'actualiser, de mettre périodiquement à la disposition du public, dans une forme utilisable, les informations suivantes : (...) que les textes juridiques, réglementaires et explicatifs régissant son activité ». Cependant, la présidence du gouvernement n'a pas publié toutes les circulaires édictées, ce qui montre une conscience et volonté politiques insuffisantes quant à l'importance du droit d'accès à l'information.

Ce dilemme risque incontestablement d'avoir des conséquences néfastes sur les autres libertés, telles que la liberté d'expression, la liberté d'information et la liberté de la recherche scientifique.

Par exemple, la marginalisation du droit d'accès à l'information influence d'une manière négative la liberté de la presse, dans la mesure où l'information constitue l'outil principal des journalistes.

---

133 Circulaire du Chef du gouvernement n° 49 du 11 août 2012.

Circulaire du Chef du gouvernement n° 25 du 6 octobre 2014.

134 Circulaire du Chef du gouvernement n° 4 du 16 janvier 2017.

135 Communiqué du SNJT en date du 27 janvier 2017.

136 Circulaire du Chef du gouvernement n° 19 du 18 mai 2018.

Enfin, la consécration du droit d'accès à l'information nécessite une volonté politique et administrative d'ouverture et de bonne gouvernance d'une part, complétée par une infrastructure matérielle d'autre part, incluant, par exemple, une plateforme regroupant toutes les circulaires, instructions et notes administratives, des salles pour la consultation des documents, etc.

# Circulaires et libertés religieuses en Tunisie<sup>1</sup>

M. Abdelkarim LAAOUITI<sup>2</sup>

<sup>1</sup> Il s'agit d'une synthèse de sa contribution, opérée par l'auteur, dont la version intégrale figure dans la partie en langue arabe de cet ouvrage, pp. 44 - 93.

<sup>2</sup> Enseignant à l'Institut supérieur des Etudes juridiques et politiques de Kairouan.

*« Tunis est un pays de liberté, la religion n'y gêne personne, on prie Dieu quand on veut, on jeûne quand on ne peut faire autrement, on boit du vin quand on a de l'argent, on s'enivre quand on en boit trop et qui que ce soit n'y trouve à redire »,* constatait Laurent Chevalier d'Avrieux au XVII<sup>e</sup> siècle<sup>137</sup>.

En Tunisie, le culte des saints jouit d'une triple origine : une origine locale berbère perpétuant le culte des ancêtres, une origine africaine subsaharienne relative au culte des esprits et des dieux païens, et une origine mystique issue des traditions monothéistes, principalement l'islam.

Historiquement, l'évolution constitutionnelle et législative en Tunisie témoigne d'une large ouverture en matière de libertés religieuses. Du Pacte Fondamental de 1857 à la Constitution de 2014, en passant par celles de 1861 et de 1959, la tradition constitutionnelle tunisienne illustre cette ouverture.

La religion est à la fois un référent identitaire et un instrument politique aux mains de l'État et de son administration afin de mieux la contrôler et la gérer.

La liberté religieuse implique une certaine extériorisation, qu'il s'agisse de l'exercice du culte ou simplement de l'expression, individuelle ou collective, d'une croyance religieuse. Il convient dès lors de concilier entre l'intérêt général et l'ordre public d'une part, la liberté de religion et son expression d'autre part.

L'administration est au cœur de la construction et de la pérennisation de cette conciliation, notamment en tenant compte des pratiques religieuses jugées incompatibles avec la politique religieuse de l'État ou considérées trop radicales. De ce fait, étant une affaire publique, la liberté religieuse se trouve encadrée institutionnellement et juridiquement. Cependant, l'administration intervient dans ce domaine par la voie des circulaires qui sont des mesures intérieures supposées ne pas porter grief aux administrés.

Si ce thème est proposé au débat, c'est peut-être que la situation pose un certain nombre de problèmes méritant une réflexion approfondie. Ainsi, il serait inévitablement fastidieux d'effectuer l'analyse commentée des circulaires ministérielles en suivant les alinéas qui les composent. Ces textes nous inspirent des commentaires autour de réflexions de deux ordres. Les premières sont relatives au contenu de ces textes, au sens des caractères qui les définissent, tandis que les secondes concernent leur portée.

137 Laurent Chevalier d'Avrieux, *Voyage en Barbarie*, 1674 - 1675.

## **I. Les circulaires religieuses visent à conserver la spécificité religieuse tunisienne**

L'intervention du politique joue un rôle important en matière religieuse, notamment dans les régimes qui n'ont pas tranché la nature de l'État (religieuse ou laïque), dont la Tunisie. Ainsi, en fonction de l'obédience politique des pouvoirs en place, de la politique intérieure de l'État et de la conjoncture internationale, les libertés religieuses se trouvent encadrées par des circulaires ministérielles. D'un point de vue politique, le contenu des circulaires relatives aux questions religieuses s'explique par le contexte et les circonstances qui sont, soit propres à la Tunisie, soit exogènes, mais ayant un impact sur les affaires religieuses en Tunisie.

La Tunisie est souvent considérée comme étant « atypique » ou « sui generis » et ce caractère tient à un particularisme qui s'est progressivement affirmé au cours des siècles depuis la période beylicale. Le régime politique issu de l'indépendance allait largement cultiver ce particularisme par la mise en œuvre d'une politique obstinément innovatrice de promotion de la modernisation de la société tunisienne, en confrontation directe avec le système religieux.

La limitation de la portée sociale et politique de l'Islam a été marquée par l'adoption de réformes juridiques, juridictionnelles et institutionnelles dans le sens de l'enracinement du positivisme juridique, notamment en matière de statut personnel. Les affaires du culte sont considérées comme faisant partie intégrante des affaires de l'État, leur gestion est attribuée à l'administration. Néanmoins, depuis les années 1970, les relations entre le système politique et le système religieux se sont caractérisées par un rapprochement, et donc, une nouvelle politique religieuse dans le sens de l'encouragement des citoyens à accomplir leurs obligations religieuses. Après la création de l'Association pour la Sauvegarde du Coran, d'autres mesures furent prises, telles que l'interprétation ministérielle de l'article 5 du code du statut personnel par voie de circulaires désormais abrogées.

Dans le cadre de sa gestion des activités religieuses, les pouvoirs politiques tunisiens ont toujours oscillé entre la répression de tout ce qui pouvait être perçu comme étant un signe d'appartenance aux islamistes, et la sanction de tout ce qui était perçu comme susceptible de porter atteinte aux « bonnes mœurs » et aux « valeurs arabo-musulmanes » de la Tunisie, conduisant tour à tour les gouvernants à réagir dans un sens ou dans l'autre, ou dans les deux sens à la fois, en tenant également compte de diverses conjonctures provoquées par des événements extérieurs.

En fait, les circonstances exogènes se résument en des événements qui ont eu lieu vers la fin des années 1970 et le début des années 1980. En effet, en 1979, trois événements marquants dont le caractère religieux est évident, ont eu un impact sur la

politique religieuse de l'État tunisien. Il s'agit de l'insurrection de la Mecque en Arabie Saoudite, de la révolution islamique en Iran et de la colonisation soviétique de l'Afghanistan, entraînant une résistance qui est devenue une guerre sainte contre la propagande occidentale, notamment américaine.

Ensuite d'autres événements dans les pays arabes ou autres ont été imputés à la violence islamiste : l'assassinat du président égyptien en 1981, la guerre en Syrie (Hama), la naissance du Hezbollah suite à l'invasion israélienne du sud Liban, les hostilités de la décennie noire en Algérie et enfin les actes du 11 septembre 2001.

En définitive, ces circonstances semblent renvoyer globalement à une situation de crise structurelle incitant les pouvoirs publics à jouer sur les deux tableaux, mais presque exclusivement dans un sens répressif. Pour ce faire, ils s'appuient sur tout un arsenal de textes juridiques et de règlements administratifs qui visent donner un semblant de légalité à la répression policière. Traduisant une certaine orientation politique, les circulaires régissant des questions religieuses reflètent ainsi la politique religieuse de l'État, qui varie en fonction de la conjoncture intérieure et extérieure.

Conséquemment, plusieurs circulaires émanant des ministères de l'éducation, de l'enseignement supérieur, de la jeunesse et des sports ont expressément interdit le port du foulard islamique, en le considérant comme un « habit sectaire ».

En outre, la prise en charge des affaires du culte par l'État entraîne l'émergence d'un véritable service public religieux. Les pouvoirs publics financent les mosquées et rétribuent les imams. La loi de 1988 sur les mosquées prévoit que ces derniers constituent un domaine public de l'État (y compris les zaouïas maraboutiques). Conséquemment, l'édification des mosquées obéit aux exigences de la politique religieuse de l'État. À cet effet, la circulaire du ministre des affaires religieuses adressée au gouverneur de Gabès lui ordonne de veiller à la construction des minarets conformément à la tradition tunisienne (la mosquée de la Zitouna, etc.).

## **II. Les circulaires religieuses :** *des règlements ministériels soumis au contrôle juridictionnel*

Il ne s'agit pas d'ouvrir un faux débat. Lorsque le juge administratif écrit que le port des signes d'appartenance religieuse peut faire l'objet d'une réglementation, il vise les compétences du chef de l'administration. Juridiquement, les circulaires relèvent de la responsabilité ministérielle dans le cadre de l'organisation du service public ou dans le cadre de l'exercice du pouvoir hiérarchique. Le caractère réglementaire des circulaires ne se pose pas ab initio dans des conditions telles qu'elles seraient

entachées d'illégalité parce qu'elles ajouteraient aux dispositions légales et réglementaires.

Les circulaires sont des instructions du supérieur hiérarchique à ses subordonnés. Traditionnellement, la nature des circulaires ne pose aucun problème, dans toute la mesure où il s'agit de définir les orientations ou donner les indications susceptibles de guider les autorités compétentes.

Ces circulaires s'inscrivent dans le cadre le plus général du « droit souterrain » qui peut être défini comme l'activité juridique interne de l'administration s'exprimant à travers trois pouvoirs internes : l'interprétation, l'orientation et l'organisation du service. Leur juridicité peut se déduire de l'habilitation conférée à leur auteur d'exercer des pouvoirs normatifs, aussi limités soient-ils (car ciblant a priori uniquement les agents administratifs). En droit administratif tunisien, cette juridicité repose en général sur une compétence explicite : une autorité administrative ne peut agir et prendre des actes que si elle a reçu compétence à cet effet, notamment en vertu de la loi.

En cas de silence, la juridicité repose sur l'existence d'une compétence implicite. En ce sens, en prévoyant l'existence des autorités administratives, la loi reconnaît implicitement à celles-ci la possibilité d'exercer différents pouvoirs internes d'organisation de leurs services respectifs.

En 2006, le juge administratif tunisien a considéré que la circulaire du ministre de l'éducation de 1986 était inconstitutionnelle par le biais de l'exception d'illégalité interjetée par la requérante. Cependant, la jurisprudence tunisienne a viré en la matière. En effet, dans le recours intenté directement par la même requérante contre ladite circulaire, le Tribunal administratif a prononcé la légalité de cette dernière, en considérant qu'elle avait pour objectif de mettre en place certaines mesures nécessaires à la sauvegarde de l'ordre public et en précisant que certaines autorités pouvaient imposer des restrictions aux agents publics, y compris concernant leur tenue vestimentaire.

De manière continue, cette jurisprudence a été réaffirmée jusqu'en 2011 en matière contentieuse et jusqu'en 2012 en matière consultative. Ainsi, pour le juge administratif, si la liberté religieuse est affirmée, celle-ci ne peut être exercée par les agents publics dans le cadre des exigences du service public et de l'obligation de réserve.

Toutefois, si la jurisprudence administrative tunisienne admet la possibilité d'encadrer les libertés religieuses par voie de circulaires, cet encadrement est soumis à certaines exigences. Ces dernières consistent à considérer illégale toute interdiction totale d'exercice des libertés religieuses, et à soumettre tout encadrement



aux principes de nécessité et de proportionnalité. Or, le problème le plus épineux à ce sujet reste toujours la publicité et l'accès à ces circulaires, sachant que leur caractère secret porte directement atteinte au principe de la sécurité juridique en permettant que de très délicates questions soient traitées de manière quasi « occulte », ce qui n'est pas satisfaisant pour l'esprit et il conviendrait donc de promouvoir l'accès à ces textes en les faisant sortir de la clandestinité et de l'opacité dans lesquelles ils baignent encore trop largement.

# La fermeture des cafés et restaurants durant le mois de ramadan : *une violation des droits et des libertés?*<sup>1</sup>

Mme. Hafidha CHEKIR<sup>2</sup>

<sup>1</sup> Il s'agit d'une synthèse de sa contribution, opérée par l'auteur, dont la version intégrale figure dans la partie en langue arabe de cet ouvrage, pp. 94 - 105.

<sup>2</sup> Professeure en Droit public, Université de Tunis El Manar, Faculté de droit et des sciences politiques de Tunis.

Il est primordial de se demander si le respect de l'identité arabo-musulmane est réellement conditionné par la fermeture ou l'ouverture des cafés et des restaurants, ou alors par la consécration de pratiques démocratiques et tolérantes qui respectent le droit à la différence et la liberté de conscience...

En Tunisie, les autorités limitent la jouissance de ces droits à travers l'application de textes administratifs internes qui n'ont aucune valeur juridique. Certains de ces textes interdisent l'ouverture des cafés et des restaurants, sauf ceux se trouvant dans les zones touristiques, durant tout le mois de ramadan, et ce, afin d'empêcher les personnes de manger et de boire en public.

L'application de ces textes, dits circulaires, est quasi catégorique de la part du Ministère de l'intérieur. Les agents ne se limitent pas à interdire aux exploitants de cafés et restaurants d'ouvrir leurs établissements, mais n'hésitent pas, de surcroît, à poursuivre en justice les personnes qui y dérogent.

Des personnes ont même été traduites en justice pour avoir osé manger, boire ou même fumer dans des lieux publics. La dernière affaire de ce genre remonte à juin 2017, lorsque quatre individus ont été condamnés à un mois de prison, et ce, pour avoir commis un « outrage public à la pudeur » suite à leur arrestation dans un jardin public en train de manger !

Suite à la déclaration du jugement, le porte-parole du tribunal a déclaré que manger durant le mois de ramadan dans un jardin public représentait un acte provocant, tout en considérant que les « coupables » avaient porté atteinte aux bonnes mœurs dans un État dont la constitution atteste que « l'Islam est sa religion » (art. 1<sup>er</sup>).

## **La base juridique de la fermeture des cafés et des restaurants durant le mois de ramadan et le châtime<sup>n</sup>t des non-jeûneurs**

En se référant au jugement rendu par le tribunal de Bizerte durant le mois de ramadan de l'année 2017, on remarque que le juge s'est appuyé sur les dispositions du Code Pénal, en qualifiant le fait de manger durant ce mois saint comme un comportement incriminé par la loi pénale.

### ***La pénalisation du non-respect du jeûne dans les pays arabes***

L'étude des législations des pays arabes montre une légère différence dans la pénalisation du non-respect du jeûne et des peines qui en résultent.

En Irak, l'article 240 du Code pénal incrimine le non-respect du jeûne durant le mois de ramadan dans les lieux publics, et ce, par une peine de prison ou une

amende. Ceci s'applique également au Koweït, aux Emirats Arabes Unis, au Bahreïn et au Qatar.

En Jordanie, l'article 274 de la loi pénale prévoit un emprisonnement d'un mois et une amende de 25 dinars (35 dollars) pour toute personne qui mange en public durant le mois de ramadan. Toutefois, l'application de ce texte est conditionnée par l'humeur des agents de police, qui peuvent être catégoriques dans certains cas ou faire preuve de souplesse dans d'autres. Plus encore, il est possible de manger et de consommer même des boissons alcoolisées dans les hôtels 5 étoiles et les restaurants 3 étoiles.

Au Maroc, la pénalisation du non-respect du jeûne dans les lieux publics a été introduite dans le Code Pénal depuis 1962 précisément dans son article 222. En Algérie, aucun texte ne pénalise le fait de manger ou de boire pendant le mois de ramadan, mais il arrive que les autorités ordonnent la fermeture des cafés et des restaurants.

En Tunisie : « l'outrage public à la pudeur » pour condamner les non jeûneurs

En Tunisie, aucune disposition spécifique, dans le Code Pénal ou ailleurs, ne pénalise le fait de ne pas jeûner durant le mois de ramadan. Cette absence de texte a ouvert la voie aux juges pour qualifier le non-respect du jeûne durant le mois de ramadan à leur guise, et ce, en se basant sur les dispositions du Code Pénal, notamment l'article 226, placé dans la partie du Code relative à l'atteinte aux bonnes mœurs et au harcèlement sexuel.

En fait, le délit d'outrage public à la pudeur, prévu par cet article, nécessite la présence de trois éléments : un comportement d'atteinte à la pudeur qui soit contraire aux bonnes mœurs, la commission explicite de l'acte en public et l'intention criminelle ou celle de porter préjudice à autrui.

En matière pénale, on ne peut donc pas considérer le fait de manger ou de boire en public pendant la journée durant le mois de ramadan comme étant un outrage public à la pudeur, vu que la liberté de conscience est garantie par la Constitution. Ainsi, jeûner ou ne pas jeûner ne peut en aucun cas être qualifié d' « outrage public à la pudeur », étant donné que ce qualificatif ne concerne en premier lieu que les crimes sexuels.

## ***La fermeture des cafés et des restaurants pendant le ramadan en l'absence d'un texte légal***

L'application d'une circulaire, d'instructions, de notes ou de simples procédures ?

Plusieurs activistes s'interrogent sur l'existence d'une circulaire sur laquelle les autorités policières se basent pour fermer les restaurants et les cafés durant le mois de ramadan. Certains estiment que l'apparition de ce phénomène remonte aux années 1980 lorsque l'ancien premier ministre Mohamed Mzali a édicté une circulaire visant à fermer les cafés et les restaurants et à interdire la vente de boissons alcoolisées durant le mois de ramadan. Or, cette circulaire a rapidement été abrogée, suite à une pétition signée par 177 activistes, qui ont demandé de garantir la liberté de conscience et la libre pratique des cultes.

Après la Révolution de 2011, et suite à l'arrivée des mouvements politiques islamistes au pouvoir, une rumeur selon laquelle le Ministère de l'intérieur aurait édicté une nouvelle circulaire en la matière a circulé.

En 2012, les autorités ont ordonné la fermeture de plusieurs cafés et restaurants ; le porte-parole du Ministère de l'intérieur a alors affirmé que les autorités n'avaient fait qu'appliquer des instructions datant de l'ère de l'ancien Président Ben Ali.

Selon le Ministre des affaires religieuses, l'ouverture des cafés et restaurants durant le mois de ramadan ne serait pas permise dans la religion musulmane car elle « heurte les sentiments du peuple tunisien », ce qui a poussé des organisations de la société civile à dénoncer ces propos, poussant le représentant du Ministère de l'intérieur à remettre en cause l'existence d'une circulaire interdisant l'ouverture des cafés et restaurants durant le mois de ramadan, et à affirmer que les mesures prises à l'encontre des cafés n'étaient que l'application d'instructions préexistantes.

Toutefois, en 2015, un agent de police qui avait tabassé une femme en train de boire son café pendant la journée durant le mois de ramadan, a affirmé qu'il était en train d'exécuter une circulaire du Ministre de l'intérieur. Alors qu'en 2017, le Ministre de l'intérieur a affirmé que le Ministère appliquait des mesures habituelles dans le cadre de sa mission de protection de salubrité et de l'ordre publics, donnant à l'article 15 de la Constitution une interprétation subjective, faussée et très orientée idéologiquement.

## ***Le recours aux textes internes pour légitimer la fermeture des cafés et restaurants durant le mois de ramadan***

Au final, que l'on parle de circulaires, d'instructions ou de procédures internes non-écrites, le Ministère de l'intérieur utilise ces règles pour fermer les cafés et les restaurants qui ouvrent leurs portes durant le ramadan, ce qui porte atteinte à l'exercice des droits et libertés les plus fondamentaux.

Il est donc important de signaler que les instructions émises par le Ministère de l'intérieur, ainsi que par les autorités régionales ou municipales ne peuvent en aucun cas entraîner des poursuites et encore moins le prononcé de peines d'ordre pénal, vu que c'est exclusivement réservé au domaine de la loi. En effet, il n'est possible de punir une personne que sur la base d'une loi antérieure, et ce, en vertu du principe de la légalité des peines et des délits affirmé par l'article 65 de la Constitution et l'article premier du Code Pénal.

Ces documents internes constituent, dans ce sens, une violation manifeste de la Constitution qui garantit dans son article 6 la liberté de conscience et le libre exercice des cultes, ainsi que de l'article 49 qui fixe les limites possibles aux droits et aux libertés.

Ils sont aussi contraires aux conventions internationales ratifiées par la Tunisie, dont l'article 18 du Pacte international relatif aux droits civils et politiques.

Dans le même sens, le comité des droits de l'Homme des Nations Unies, en tant qu'organe compétent pour veiller à la bonne application du Pacte, a affirmé dans son observation n°22 de l'année 1993 relative à la liberté de conscience, la liberté de création et la liberté de penser, que ces droits avaient un domaine d'application très large s'étendant à tous les aspects, notamment la liberté de choisir sa religion, qu'elle soit monothéiste, panthéiste ou autre et même le droit d'être athée et de jouir de la protection de la part de l'Etat.

Pour clore, il est clair que les autorités tunisiennes, à travers ces circulaires ou instructions, ne respectent pas les libertés affirmées par la Constitution et par les conventions internationales. Les spécificités culturelles sont par ailleurs privilégiées au détriment de l'universalité des droits de l'Homme et pour assouvir les désirs de certains mouvements politiques au lieu de mettre en place un mécanisme de protection des libertés les plus fondamentales.



بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ



« Quand l'Etat choisit

les prénoms de nos enfants »

M. Mohamed-Amine JELASSI

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ

نحن الجيدون في رئاسة الجمهورية

والأمة من أبناء تونس وجميع التونسيين،  
وعلينا أن نأخذ بأسر الشعب التونسي ونأخذ بأسر  
تاريخه ونأخذ بأسر ثقافته ونأخذ بأسر لغته وأما  
فعلنا أن نؤسس دولة جمهورية  
تختلف رئيس الحكومة السيد الحبيب  
المراسلة التي كانت لها كحاضر رئيسة يدخل اسمها في  
وتتعلق بغيره رئيس الجمهورية التونسية  
تؤكد الحكومة التونسية بناء على الأمر المؤرخ في  
أصبحت الأنظمة الجديدة للبلاد  
والأمة من أبناء تونس وجميع التونسيين،  
والأمة من أبناء تونس وجميع التونسيين،

وعلی قرار المجلس القومي التأسيسي المؤرخ في 26 ذي الحجة  
(25 جويلية 1957) في تونس  
وعلی قرار المجلس القومي التأسيسي المؤرخ في 26 ذي الحجة  
(25 جويلية 1957) في تونس

أصدرنا  
صادق المجلس القومي التأسيسي،  
أصدرنا



*Le prénom, composante essentielle de notre identité, nous colle à la peau. Il agit sur nous comme un aimant, qui attire les identifications*<sup>138</sup>.

Le nom et le prénom contribuent à déterminer l'identité de la personne<sup>139</sup>. Tout citoyen est tenu de déclarer la naissance de son nouveau-né.

Car, non enregistré à sa naissance, un enfant risque d'être exclu de la société et de se voir refuser le droit à une identité officielle, à un nom, à une nationalité<sup>140</sup>.

La loi réglementant l'état civil précise que «l'acte de naissance énoncera le jour, l'heure et le lieu de naissance, le sexe de l'enfant et les noms et prénoms qui lui sont donnés, les prénoms, et noms des parents, dates et lieux de naissances, professions, domiciles et nationalités du père et de la mère et, s'il y a lieu, ceux du déclarant<sup>141</sup>».

A la naissance, le prénom devient le signe du début de la vie d'un enfant, il «[...] naît avec un prénom et un nom donnés par ses parents. C'est son premier signe d'identité<sup>142</sup>».

Le prénom accordé à l'enfant constitue aussi un droit. Tous les systèmes juridiques nationaux, ainsi que le droit international des droits humains le garantissent dans le cadre des droits de l'enfant.

La Convention des Nations Unies relative aux droits de l'enfant consacre toute une panoplie de droits visant la protection de l'enfant avant et après sa naissance, incluant notamment la protection de son identité, ce qui signifie qu'il existe bien un droit à l'identité.

Ce droit fait partie des normes du Droit international des droits humains relatifs à la protection de l'enfant, énoncées dans la Convention des Nations Unies relative aux droits de l'enfant. Le respect et la protection de ce droit conformément à la Convention présente un des obligations de l'Etat à l'égard de l'enfant.

La Convention relative aux droits de l'enfant reconnaît aussi «que l'enfant, pour l'épanouissement harmonieux de sa personnalité, doit grandir dans le milieu fami-

138 (J.-G.) OFFROY, « Prénom et identité sociale. Du projet social et familial au projet parental », *Spirale*, vol. 19, n° 3, 2001, p. 83.

139 191 محمد كمال شرف الدين، قانون مدني، مطبعة التفسير الفني، تونس، 2004، ص.

Voir aussi (N.) GUEGUEN, (M.) DUFOURCQ-BRANA et (A.) PASCUAL, « Le prénom: un élément de l'identité participant à l'évaluation de soi et d'autrui », In *Les cahiers internationaux de psychologie sociale*, n° 65, vol. 1, 2005, pp. 3344-.

140 « L'enregistrement à la naissance : Un droit pour commencer », *Digest Innocenti*, n° 9, mars 2002, UNICEF, centre de recherche Innocenti. <https://www.unicef-irc.org/publications/pdf/digest9f.pdf>

141 Article 26 de la loi n° 19573- du 1<sup>er</sup> août 1957, réglementant l'état civil.

142 (C.) MAREAU et (A.-V.) DREYFUS, *L'indispensable de la psychologie*, Studyrama, Paris, 2004, p. 97.

lial, dans un climat de bonheur, d'amour et de compréhension<sup>143</sup>». L'épanouissement de sa personnalité commence avec le droit à un prénom.

D'après les articles 7 et 8 de ladite Convention, tout enfant a droit à une identité, ce qui implique la préservation et la sauvegarde de cette dernière.

En effet, cette Convention constitue un cadre utile pour améliorer le bien-être des enfants et énonce les principes qui devraient guider toutes les actions à l'égard des enfants.

En conséquence, les gouvernements doivent veiller à la mise en place de procédures efficaces pour donner aux enfants le droit d'obtenir des papiers d'identité, même quand l'identité est mise en doute ou ne peut être entièrement établie. Ce droit comprend le nom, la nationalité et les liens familiaux dès la naissance<sup>144</sup>.

A cet égard, le prénom joue un double rôle : l'individualisation de la personne et la détermination de ses droits et obligations dans la société. D'après le Doyen CARBONNIER, le prénom est «le discriminant individuel», il fait partie des droits de l'enfant. Ainsi, «chaque enfant a droit à une identité dès sa naissance. L'identité est constituée, du prénom, du nom de famille, de la date de naissance et de la nationalité<sup>145</sup>».

En outre, déclarer la naissance d'un enfant et lui accorder un prénom ne permet pas seulement de porter l'existence des enfants à la connaissance de l'administration, mais constitue la reconnaissance officielle d'un nouveau membre de la société, pouvant légitimement prétendre à tous les droits et à toutes les responsabilités d'un citoyen à part entière.

De plus, l'attribution d'un prénom remplit une fonction symbolique dans la définition de l'identité sociale de l'individu.

Afin de concrétiser le rôle que joue le prénom dans la société, le Code de la protection de l'enfant pose le principe de l'harmonie et de l'équilibre de la personnalité de l'enfant d'une part, complété par celui de la responsabilité de ses parents, de sa famille et de l'ensemble de la société à son égard d'autre part<sup>146</sup>.

Vu que le prénom détermine l'identité sociale des individus, il en résulte que son choix est imprégné de la culture du pays où naît un enfant et reflète les différents éléments de celle-ci, car «il se trouve qu'en dehors du droit, le prénom assure d'autres fonctions pour les parents, il a une valeur symbolique : le choix du prénom

143 Selon le préambule de la Convention des Nations Unies relative aux droits de l'enfant, adoptée et ouverte à la signature, ratification et adhésion par l'Assemblée générale dans sa résolution 4425/ du 20 novembre 1989, entrée en vigueur le 2 septembre 1990, conformément à l'article 49.

144 (B.) GUDBRANDSSON, *Droits des enfants placés et en situation de risque*, Conseil de l'Europe, Strasbourg, 2006, p. 23.

145 Article 5 du Code de la protection de l'enfant.

146 Article 1<sup>er</sup>, alinéa 5) du Code de la protection de l'enfant.

peut être affirmation de foi ou de conviction (acte psychologique ou religieux), signe de mille autres valeurs de fantaisie, de goût, de souvenirs, de joie, de liberté que chacun y investit<sup>147</sup> ».

Il s'avère ainsi que le choix du prénom est libre, mais néanmoins contrôlé, dans toute la mesure où un filtrage est opéré au moment de son enregistrement, afin d'éviter que les parents n'abusent de cette liberté, vu qu'un prénom ne peut pas échapper au regard et au jugement de la société : l'entourage, les amis, les collègues, puis par cercles de plus en plus larges, ainsi que le système sociétal auquel l'individu appartient.

Par ailleurs, le prénom ne relève pas seulement d'un « projet familial », mais aussi d'un « projet social », c'est-à-dire qu'il situe l'individu dans la société et reflète soit l'intégration au sein de ladite société, soit une volonté de s'en distinguer.

Or, cette liberté est remise en question lorsque l'Etat détermine les contours de ce projet social, par exemple en imposant que les musulmans portent des prénoms arabes et en autorisant les juifs à choisir entre un prénom arabe et un prénom non arabe, ce qui laisse penser qu'un prénom détermine au préalable l'appartenance confessionnelle de l'individu.

Le prénom est ainsi révélateur de l'aire linguistique, culturelle et religieuse d'où provient l'individu. Les motivations qui président au choix d'un prénom peuvent puiser leurs sources dans un environnement varié : familial, culturel, social, environnemental, philosophique....

C'est notamment le cas des prénoms des Tunisiens de confession juive dont le choix est motivé par deux désirs dominants : tantôt intégration dans la société majoritaire, tantôt repli sur les valeurs identitaires de la communauté.

Selon Mme Joëlle BAHLOUL : « le prénom des juifs du Maghreb témoigne, comme le nom, de la diversité des langues utilisées par ces communautés dans leur histoire contemporaine. Nous pouvons ainsi recenser six stocks linguistiques de prénoms : les Esther, David, Rachel, Salomon, Deborah et Michaël relèvent de la syntaxe hébraïque très ancienne ; les Makhlof, Saada, H'biba, Messaouda rappellent l'usage du judéo-arabe, tandis que les Perla, Mercedes ou Nino, Umberto et Gilda indiquent que les juifs d'Afrique du Nord ont également parlé, pour certains d'entre eux, l'espagnol et l'italien<sup>148</sup> ». Donc, le prénom inscrit l'individu dans son groupe linguistique et religieux.

Mais cette liberté n'est pas absolue car elle est encadrée par l'Etat. En effet, la liberté du choix des prénoms peut être jugée trop permissive lorsqu'elle institue une liberté de choix quasi totale pour les parents.

147 (G.) CORNU, *Droit civil : introduction : les personnes, les biens*, éditions Montchrestien, Paris, 1994, p. 235.

148 (J.) BAHLOUL, « Noms et prénoms juifs nord-africains », *Terrain*, n° 4, mars 1985, pp. 6269-.

Certes, choisir un prénom pour ses enfants fait partie de la liberté de choix. Mais ce choix doit respecter certaines règles, notamment au nom de l'intérêt de l'enfant<sup>149</sup>.

En Tunisie, le choix des prénoms est réglementé par la circulaire n°85 du 12 décembre 1965 du secrétaire d'Etat à la justice et à l'intérieur, adressée aux officiers d'état civil [ci-après « la circulaire de 1965 »]<sup>150</sup>.

Quoiqu'elle ne prévoie pas explicitement la liberté du choix du prénom, elle l'encadre en posant des restrictions qui respectent d'une façon très modeste l'intérêt de l'enfant.

La circulaire commence par exposer le motif pour lequel ses dispositions s'adressent aux agents des services d'état civil en employant l'expression suivante : « suite aux manquements enregistrés au sein du service de l'état civil ».

Il s'agit bel et bien de faciliter le fonctionnement du service public, à savoir celui de l'état civil, afin de montrer aux agents de cette administration comment il convient de procéder à l'enregistrement des actes d'état civil, tels que les actes de naissance, dans les registres d'état civil. En effet, l'enregistrement constitue toute opération réalisée par l'officier de l'état civil qui consiste à établir pour la première fois l'acte de naissance.

Or, en lisant la circulaire, on remarque que les restrictions posées quant au choix des prénoms sont basées sur la culture en ses deux éléments : langue et religion. En effet, la circulaire interdit les prénoms non arabes pour les musulmans, mais les autorise pour les Tunisiens de confession juive. Ici se pose même un problème quant à la définition des éléments de l'identité nationale. Est-elle basée sur la citoyenneté ou sur l'appartenance confessionnelle ?

L'adoption de la circulaire semble être le reflet d'un attachement exclusif à la civilisation arabo-musulmane. Alors que le Code de la protection de l'enfance s'inscrit dans une autre approche, puisqu'il reconnaît l'ouverture sur la civilisation humaine dans sa diversité culturelle.

Le Code impose à ce que l'enfant soit élevé « dans la fierté de son identité nationale, la fidélité et la loyauté à la Tunisie, terre, histoire et acquis, et le sentiment d'appartenance civilisationnelle, et ce, au niveau national, maghrébin, arabe et islamique tout en s'imprégnant de la culture de la Fraternité Humaine et de l'ouverture à l'autre, conformément aux exigences des orientations éducatives scientifiques<sup>151</sup> ».

149 En se référant à la loi n° 573- du 1<sup>er</sup> août 1957 réglementant l'état civil, le législateur ne pose pas de restrictions quant au choix du prénom, mais pose le devoir parental de déclarer la naissance de leur nouveau-né. Selon l'article premier de ce texte : « La présente loi règle : 1°) - les conditions dans lesquelles seront déclarées les naissances » (JORT n° 23- du 30 juillet au 2 août 1957).

150 Compilation de textes législatifs et réglementaires relatifs à l'état civil, publié par le Centre de formation et d'appui à la décentralisation du Ministère de l'intérieur (en arabe), 2015, p. 122 et s.

151 Article 1 (2) du Code de la protection de l'enfant.

Par conséquent, poser des barrières administratives et législatives face au choix du prénom lors de l'enregistrement des naissances atteste d'une vision restrictive qui limite le choix à l'appartenance arabo-islamique et porte atteinte à la liberté des parents de donner un prénom à leur enfant, car au lieu de protéger l'enfant ou les tiers, ces restrictions ne se soucient que de l'intérêt général, au détriment de l'exercice de certaines libertés.

En outre, ces restrictions peuvent ne plus correspondre aux réalités actuelles, être inadéquates au vu du droit international, trop centralisées et enracinées dans de vieilles habitudes culturelles et patriarcales<sup>152</sup>.

En effet, partant de la loi réglementant l'état civil et de la circulaire de 1965, l'absence de prise en compte des réalités culturelles au nom de la préservation de la culture dominante peut engendrer des problèmes lorsque la culture et les réalités quotidiennes des personnes appartenant à des minorités ne sont pas prises en considération.

On constate, dès lors, que les dispositions de la circulaire ne sont pas en conformité avec la Convention relative aux droits de l'enfant et ce, à travers la réglementation rigide du choix des prénoms.

C'est la raison pour laquelle nous nous demandons si l'encadrement du choix des prénoms respecte le libre choix? Car la classe sociale, la région dans laquelle nous vivons, la religion et la culture jouent un rôle dans l'attribution du prénom.

Certes, la liberté du choix des parents est encadrée par le droit. Mais, ce choix est chargé d'émotion : « le prénom attribué aux enfants reste une photographie du désir des parents au moment de la naissance de l'enfant<sup>153</sup> ».

Puis, en lisant les restrictions posées par la circulaire quant au choix du prénom, on a remarqué que le souci d'encadrer le choix des prénoms relevait davantage de l'intérêt général que de l'intérêt privé.

Néanmoins, le seul espoir quant à la protection de l'intérêt de l'enfant demeure valable avant l'enregistrement du prénom, puisque l'une des restrictions posées par la circulaire de 1965 protège l'enfant en interdisant aux parents de donner des prénoms qui prêtent à la moquerie<sup>154</sup>.

152 « L'enregistrement à la naissance : un droit pour commencer », *Digest Innocenti*, n° 9, Mars 2002, UNICEF, centre de recherche Innocenti. <https://www.unicef-irc.org/publications/pdf/digest9f.pdf>

153 (D.) GUYOT, *Destins métis : contribution à une sociologie du métissage*, KARTHALA Editions, Paris, 2002, p. 208.

154 Mais aussi après l'enregistrement, sachant que l'Etat autorise le changement de prénom, conformément à la loi n° 6420-du 28 mai 1964, autorisant certains tunisiens à changer de nom ou de prénom, telle que modifiée par la loi n° 6629- du 3 mai 1966. C'est sur cette base qu'a notamment été adopté le décret gouvernemental n° 2016 - 444 du 25 mars 2016, relatif à l'autorisation de changement de prénoms à certains tunisiens (JORT n°28 du 5 avril 2016, pp. 1067 - 1077), dont l'article 3 dispose ce qui suit :

« Les personnes dont les noms suivent ayant un prénom qui peut prêter au ridicule sont autorisées à substituer à leur prénom Kacha, helal, naoua, momtaz, mahria, mbarka, asen, aysser, nesyen, masouda, el bouheli, lakhdhar, essebti, alajmi, el oslob, el akri, toumia, thalja, bornia, toufaha, hada, romdhana, harath, chetouia, shaba, chekhima, dhrifa, zaara, aloucha, abes ».

Afin de mettre l'accent sur la liberté du choix des parents, Eric WEIL considère que « le choix du prénom est laissé à l'arbitraire et à la fantaisie des parents, sous réserve de certaines limitations fortuites et historiques : c'est une question d'opportunité. Et, de même (que) les parents n'ont aucunement à justifier devant une quelconque instance le prénom choisi<sup>155</sup> ».

Laisser le choix des prénoms à « l'arbitraire des parents » et ne pas le laisser à l'arbitraire de l'administration fait que le choix est libre mais pas sans limites.

Puisque le principe est celui de la liberté du choix des prénoms, l'exception doit se focaliser sur l'équilibre à atteindre entre cette liberté et l'intérêt de l'enfant et des tiers, afin que le choix ne soit ni abusif ni préjudiciable à l'enfant.

Or, la circulaire de 1965 n'emploie même pas l'expression « liberté du choix du prénom », mais pose directement des limites à cette liberté de choix, laissant entendre qu'il appartient quasiment à l'officier d'état civil de choisir à la place des parents.

Ainsi, « il est interdit de conférer aux nouveaux nés des prénoms non arabes ;

Il est également interdit de leur attribuer comme prénoms les noms des leaders ou leurs noms ou prénoms en même temps ;

Il est interdit, aussi, de donner des prénoms qui prêtent aux moqueries, contraires aux bonnes mœurs ou équivoques ».

Il s'avère que cette circulaire essaye d'aider les parents à choisir un prénom avec deux préoccupations contradictoires : se distinguer de la masse en individualisant leur enfant par le choix d'un prénom original tout en évitant de le ridiculiser en l'affublant d'un prénom trop excentrique. Toutefois, elle limite le libre choix d'attribuer le prénom en imposant l'interdiction d'attribuer des prénoms non arabes<sup>156</sup>.

Plusieurs cas de refus d'enregistrement de prénoms ont été recensés au sein de plusieurs administrations de l'état civil.

L'administration accepte ou refuse selon des critères vagues, ce qui laisse un large pouvoir d'appréciation à l'officier d'état civil, d'où une sorte d'immixtion arbitraire dans la vie privée des citoyens, puisqu'en raccourci, c'est l'Etat qui choisit les prénoms de nos enfants.

---

155 (G.) KIRSCHER et (J.) QUILLIEN, *Sept études sur Éric Weil*, Presses Universitaires Septentrion, Lille, 1982, p. 181.

156 Même en 2016, postérieurement à la Constitution de 2014, l'Etat demeure attaché à la culture arabo-musulmane en facilitant aux citoyens le changement de leurs prénoms lorsqu'ils ne sont pas arabes, conformément aux dispositions de la loi n° 6420- du 28 mai 1964, autorisant certains tunisiens à changer de nom ou de prénom, telle que modifiée par la loi n° 6629- du 3 mai 1966. Voir à ce sujet l'article 4 du décret gouvernemental n° 2016444- du 25 mars 2016, relatif à l'autorisation de changement de prénoms à certains tunisiens selon lequel : « les personnes dont les noms suivent qui ne portent pas un prénom à consonance arabe ou maghrébine sont autorisées à substituer à leur prénom comme Lina, Linda, Izis, Maizer, Azzer, Galanda, Ali Yves... » (JORT n°28 du 5 avril 2016, pp. 10671077-)

Dès lors, l'encadrement du choix du prénom ne respecte pas la liberté de choix, puisque la circulaire de 1965 est très stricte et formelle à ce sujet, ce dont il résulte clairement que le choix du prénom est tributaire de la culture dominante, car l'État impose aux parents des énoncés idéologiques et culturels préétablis, reflétés par les restrictions posées à ce sujet (I).

Or, afin de respecter le libre choix, l'État devrait adopter une politique libérale et se soucier de l'intérêt supérieur de l'enfant afin que les restrictions ne vident pas la liberté de son essence (II).

## **I. Le prénom, marqueur d'une culture dominante**

Chaque pays, parfois même chaque ville, se caractérise par des prénoms qui reflètent des mœurs, coutumes et usages qui diffèrent selon les époques, mais aussi en fonction des diverses régions d'un même pays et même en tenant compte de l'idéologie et de la politique d'un pays.

Le prénom de l'enfant a un lien automatique avec le pays de résidence et avec l'un des géniteurs qui représente l'idéologie de la culture dominante.

L'attribution du prénom cristallise aussi le rapport que toute la famille entretient vis-à-vis des critères de la culture dominante.

En Tunisie, l'influence de la culture dominante (arabo-musulmane) s'est faite sentir sur le choix des prénoms. Or, si le choix appartient aux parents, il convient qu'il soit possible, le cas échéant, d'accepter d'autres prénoms que ceux communément utilisés, car le choix du prénom se rapporte à l'exercice d'autres libertés qui se trouvent limitées lorsque le législateur pose un cadre d'interdiction général (A) et lorsque l'identité des individus dépend des choix politiques et idéologique de l'État (B).

### **A. L'encadrement général du choix du prénom limite l'exercice des libertés**

La recevabilité d'un prénom dépend souvent des connaissances de l'officier d'état civil dans la prise en compte des critères du choix.

La caractère général de l'interdiction de certains prénoms nie la pluralité confessionnelle de la société tunisienne<sup>157</sup> et peut causer des empiètements de l'administration sur les libertés. En ce sens, l'officier d'état civil a la faculté de refuser un prénom choisi par les parents selon la circulaire de 1965, puisque cette dernière interdit l'usage des prénoms non arabes.

---

<sup>157</sup> Sauf pour les Tunisiens de confession juive qui peuvent porter des prénoms conformes à leurs traditions et coutumes.

Dans ce cas, l'Etat s'immisce arbitrairement dans la vie privée des individus, une liberté constitutionnellement protégée (1). L'immixtion dans la vie privée peut aussi toucher les convictions des personnes, puisque le choix du prénom de l'enfant porte un caractère émotionnel (2).

## 1. Irrespect de la vie privée

Le non-respect de la vie privée constitue une immixtion ou une ingérence. Une expression absente dans le texte de la Constitution de 2014 qui parle uniquement de la protection de la vie privée par l'Etat<sup>158</sup>.

En effet, l'Etat doit s'abstenir de toute immixtion arbitraire dans la vie privée des individus.

Rappelons à ce stade l'article 12 de la Déclaration Universelle des Droits de l'Homme, qui prévoit ce qui suit : « nul ne sera l'objet d'immixtions arbitraires dans sa vie privée, sa famille, son domicile ou sa correspondance, ni d'atteintes à son honneur et à sa réputation. Toute personne a droit à la protection de la loi contre de telles immixtions ou de telles atteintes<sup>159</sup> ».

Respecter le principe de non-ingérence dans la vie privée aura un effet de « purification » de certaines lois, ce qui pourra consolider les libres choix de l'individu en ce qui concerne l'intimité de sa vie privée<sup>160</sup>.

Cependant, en s'ingérant dans le choix du prénom, il semblerait que l'Etat choisisse à la place des parents le prénom de leur enfant.

La circulaire de 1965, dont les dispositions limitent le libre choix des individus, touche à leur vie privée et peut engendrer une immixtion qualifiée d'arbitraire. Quoique l'objet de cette circulaire traite des « directives en matière d'état civil ». M. le Professeur Ridha JENEYAH précise que « la circulaire est un acte administratif exclusivement interne, adressée aux agents de l'administration (...) sans effet sur les droits des administrés<sup>161</sup> ».

Or, la circulaire emploie l'expression « directive » qui est une expression différente de circulaire et qui permet à un ministre d'édicter des actes ayant un caractère

158 Article 24 de la Constitution de 2014, « L'État protège la vie privée (...) ».

159 Le 10 décembre 1948, au Palais de Chaillot, à Paris, les 58 Etats membres de l'Assemblée générale des Nations Unies ont adopté la Déclaration universelle des droits de l'Homme.

160 (W.) FERCHICHI, « La constitutionnalisation des libertés individuelles : Les libertés individuelles dans la Constitution du 27 janvier 2014 », in (W.) FERCHICHI (dir.), *Les libertés individuelles approches croisées*, Association Tunisienne de défense des libertés individuelles, Tunis, 2014, p. 62 (en arabe), pp. 1317- (en français).

161 192 محمد رضا جنیح، القانون الإداري، مركز النشر الجامعي، تونس، 2008، ص. 192.

« وحيث استقر الفقه والقضاء الإداريان على إقرار حق الإدارة في إصدار المناشير والأعمال الداخلية التي تراها لازمة لتنظيم سير المؤسسة التي تشرف على شؤونها أو لتفسير النصوص القانونية النافذة من خلال توضيح ما يعتريها من غموض ... شريطة عدم النيل من القوانين والتراتيب المعمول بها ». المحكمة الإدارية، ابتدائي، تجاوز سلطة، 17 أبريل 2004، عدد 19636، خلد بالأكحل / وزير المالية، غير منشور. مذكور في محمد رضا جنیح، القانون الإداري، مركز النشر الجامعي، تونس، 2008، ص. 192.



« para-réglementaire » ou encore « d'orientation » selon Georges VEDEL<sup>162</sup>.

Les administrés peuvent se prévaloir d'une directive pour contester des dérogations injustifiées, comme le fait de limiter le choix des prénoms.

Dans ce cas, on considère que cette circulaire est particulièrement intrusive dans la vie privée des individus, lorsqu'elle prévoit des dispositions qui touchent certains aspects de la vie familiale.

Une vision plus extensive de la vie privée a été présentée par la Cour Européenne des Droits de l'Homme (C.E.D.H.) selon laquelle la vie privée englobe des éléments divers, comme l'identité de genre, le nom, l'orientation sexuelle et la vie sexuelle. Ces éléments sont importants, car ils relèvent de la sphère personnelle<sup>163</sup>.

Dans l'arrêt *Neimietz*<sup>164</sup> qui contient une large définition du droit à la vie privée, la C.E.D.H. affirme que le nom de la personne en relève.

Ainsi dans cet arrêt, « la Cour ne juge ni possible ni nécessaire de chercher à définir de manière exhaustive la notion de «vie privée». Il serait toutefois trop restrictif de la limiter à un «cercle intime» où chacun peut mener sa vie personnelle à sa guise et d'écarter entièrement le monde extérieur à ce cercle. Le respect de la vie privée doit aussi englober, dans une certaine mesure, le droit pour l'individu de nouer et développer des relations avec ses semblables ».

Dans le même sens, la même Cour souligne dans l'arrêt *Burghartz c./ Suisse* du 22 février 1994 qu'« en tant que moyen d'identification personnelle et de rattachement à une famille, le nom d'une personne concerne la vie privée et familiale de celle-ci »<sup>165</sup>.

En tant que moyen d'identification au sein de la famille et de la société, le prénom d'une personne concerne sa vie privée, mais il revêt aussi, « un caractère intime

162 Cf. (G.) VEDEL et (P.) DELVOLVE, *Droit administratif*, collection Thémis, PUF, Paris, 1992.

163 C.E.D.H., Arrêt P.G. et J.H. c./ Royaume-Uni du 25 septembre 2001 §56.

« La 'vie privée' est une notion large, qui ne se prête pas à une définition exhaustive. La Cour a déjà déclaré que des facteurs tels que l'identification sexuelle, le nom, l'orientation sexuelle et la vie sexuelle sont des éléments importants de la sphère personnelle protégée par l'article 8 », Cour (Troisième Section), 25 sept. 2001, n° 4478798/. Lire en ligne : <https://www.doctrine.fr/d/CEDH/HFJUD/CHAMBER/2001/CEDH00164224->. Arrêt cité par (S.) VAN DROOGHENBROECK, « De la défense de l'intime au droit à l'épanouissement. Les contributions de la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'Homme à la cause homosexuelle », in (V.) MARTENS (dir.), *Citoyenneté, discrimination et préférence sexuelle*, Publications Facultés universitaires Saint- Louis, Bruxelles, 2004, p. 20. Voir aussi: *Costello-Roberts c/ Royaume-Uni*, arrêt du 25 mars 1993, paragraphe 36.

164 *Affaire Niemietz c./ Allemagne* (Requête n° 1371088/) Arrêt Strasbourg 16 décembre 1992.

165 C.E.D.H., *Burghartz c. Suisse* - 1621390/. Arrêt du 22 février 1994 : « Contrairement à certains autres instruments internationaux, (...), l'article 8 de la Convention ne contient pas de disposition explicite en matière de nom. En tant que moyen d'identification personnelle et de rattachement à une famille, le nom d'une personne n'en concerne pas moins la vie privée et familiale de celle-ci. Que l'Etat et la société aient intérêt à en réglementer l'usage n'y met pas obstacle, car ces aspects de Droit public se concilient avec la vie privée conçue comme englobant, dans une certaine mesure, le droit pour l'individu de nouer et développer des relations avec ses semblables, y compris dans le domaine professionnel ou commercial (...). En l'occurrence, la conservation, par le requérant, du nom de famille sous lequel, d'après ses dires, il s'est fait connaître des milieux académiques peut influencer sa carrière de manière non négligeable. L'article 8 trouve donc à s'appliquer » (§ 24).

et entre dans la sphère de la vie privée » des individus<sup>166</sup>.

Dans l'affaire Guillot, qui concernait le refus des autorités françaises d'inscrire la fille des requérants sous le prénom « Fleur de Marie » au motif qu'il ne figurait pas dans le calendrier, la C.E.D.H. a précisé que le choix du prénom de l'enfant par ses parents revêtait un caractère intime et affectif et entraînait donc dans la sphère privée de ces derniers<sup>167</sup>.

Parallèlement, en droit international des droits humains, le respect de la vie privée et l'interdiction de l'ingérence des autorités publiques dans la vie privée sont garantis par divers instruments, dont le Pacte international relatif aux droits civils et politiques (P.I.D.C.P.)<sup>168</sup>.

En application de ce Pacte, en 1994, dans l'affaire Coeriel et Aurik c./ Pays-Bas, le Comité des droits de l'Homme des Nations Unies devait déterminer si l'article 17 du Pacte qui interdit l'immixtion arbitraire ou illégale dans la vie privée des individus, protégeait le droit de choisir son nom et d'en changer.

A cet égard : « Le Comité considère que la notion de vie privée renvoie au domaine de la vie de l'individu où il peut exprimer librement son identité, que ce soit dans ses relations avec les autres ou seul. Il estime que le nom d'une personne constitue un élément important de son identité et que la protection contre les immixtions arbitraires ou illégales dans la vie privée comprend la protection contre les immixtions arbitraires ou illégales dans l'exercice du droit de choisir son nom et d'en changer. Ainsi, un Etat qui contraindrait tous les étrangers à changer de nom procéderait à une immixtion au sens de l'article 17 du Pacte<sup>169</sup> ».

Une décision de 2010 prise par le même Comité dans l'affaire Raihman c./ Lettonie a précisé que l'imposition d'un « nom à consonance lettone » à un membre de la minorité juive russe dans ce pays constituait un manquement au Pacte. Qui plus est, l'article 27 du P.I.D.C.P. précise : « Dans les États où il existe des minorités ethniques, religieuses ou linguistiques, les personnes appartenant à ces minorités ne peuvent être privées du droit d'avoir, en commun avec les autres membres de leur groupe, leur propre vie culturelle [...] ». En vertu de l'article 27, ce droit s'étend à la liberté de donner à ses propres enfants un nom minoritaire. Le Comité

166 Cour E.D.H., Affaire Salonen c. Finlande (requête no 2786895/, décision de la Commission du 2 juillet 1997), qui concernait le refus d'inscrire le nom « Ainut Väin Marjaana » (« la Seule et Unique Marjaana ») et qui avait été portée devant l'ancienne Commission européenne des droits de l'Homme en 1995. Cf. Décisions et Rapports - Commission Européenne des Droits de l'Homme : sommaires et index 7694-, Collectif, Conseil de l'Europe, Strasbourg, 2000, p. 89.

167 C.E.D.H., 24 octobre 1996 « Guillot c./ France », n°1577384/15774 ,89/. Cf. Ivana ROAGNA: « La protection du droit au respect de la vie privée et familiale par la Convention européenne des droits de l'Homme », In Série des précisions sur les droits de l'Homme du Conseil de l'Europe, Conseil de l'Europe, Strasbourg, 2012, p. 20. <https://rm.coe.int/16806f1555>

168 Adopté et ouvert à la signature, à la ratification et à l'adhésion par l'Assemblée générale dans sa résolution 2200 A (XXI) du 16 décembre 1966, entrée en vigueur le 23 mars 1976, conformément aux dispositions de l'article 49.

169 A.R. Coeriel et M.A.R. Aurik c. Pays-Bas, Communication No. 4531991/, U.N. Doc. CCPR/C/52/D/4531994) 1991/). Comité des droits de l'Homme Cinquante-deuxième session.

affirme que le droit d'avoir son nom et prénom dans sa propre langue fait partie du droit à la vie privée.

La garantie de certains droits comme la liberté d'expression, l'interdiction de la discrimination et le respect de la vie privée ont amené à faire respecter d'autres libertés dans le choix du prénom, comme c'est le cas de la liberté religieuse.

## 2. Irrespect de la liberté religieuse

Le choix du prénom peut aussi marquer l'appartenance confessionnelle. La circulaire de 1965 prévoit que les Tunisiens de confession juive peuvent choisir un prénom non arabe et même l'écrire en lettres latines<sup>170</sup>.

Alors que pour les autres Tunisiens, la circulaire interdit d'accorder un nom non arabe<sup>171</sup>. On comprend, dès lors, que cette disposition s'adresse aux Tunisiens musulmans.

Cela ne constitue-t-il pas une ingérence dans les confessions ? La circulaire restreint le choix des prénoms sur la base de l'appartenance confessionnelle, comme si l'administration allait s'assurer de la religion de l'individu sur le point de choisir le prénom de son nouveau-né. Rappelons aussi que l'admission des prénoms coraniques s'opère automatiquement.

Cela peut aussi constituer une discrimination sur la base de la religion et de l'origine ethnique.

A ce stade, il faut noter que la liberté religieuse comporte deux aspects<sup>172</sup> : un aspect intérieur, qui consiste en la liberté de croire, d'adhérer à une religion ou d'en changer, et un aspect extérieur qui consiste à manifester ses convictions.

La liberté de croire n'a pas, forcément, un fondement divin ou religieux. Elle peut, aussi, avoir un fondement philosophique. C'est la raison pour laquelle la liberté religieuse se rattache, notamment, à la liberté de conscience et à la liberté de pensée.

S'agissant d'une liberté qui se situe dans la catégorie droit-liberté, l'Etat s'engage de ne pas porter atteinte à son exercice, d'où naît une obligation négative, qui consiste en la non-ingérence dans les convictions. Le choix du prénom fait partie des convictions individuelles, qu'elles soient religieuses ou areligieuses.

170 « تحرر الرسوم باللغة العربية إلا فيما يتعلق بالتونسيين الإسرائيليين والأجانب ممن لا يحملون اسما ولقباعربيا فإن الألقاب والأسماء تكتب زيادة على العربية بالأحرف اللاتينية بإملاء من يهيمه الأمر». المنشور عدد 85 المؤرخ في 12 ديسمبر 1965الموجه لكتابا الدولة للعدل والداخلية إلى السادة ضباط الحالة المدنية. الموضوع: توجيهات في الحالة المدنية. -3 فيما يتعلق بكيفية تحرير الرسوم.

171 «يجرإسنادالأسماءغيرالعربيةللمواليد». المنشور عدد 85 المؤرخ في 12 ديسمبر 1965الموجه لكتابا الدولة للعدل والداخلية إلى السادة ضباط الحالة المدنية. الموضوع: توجيهات في الحالة المدنية. -3 فيما يتعلق بكيفية تحرير الرسوم.

172 (M.-C.) FOGLETS, « Convictions philosophiques et religieuses et Droits positifs: textes présentés au Colloque International de Moncton 2427- août 2008 », Groupe de Boeck, Paris, 2010, p. 524.

Qu'en est-il de l'individu qui ne souhaite pas montrer son appartenance confessionnelle? Peut-il choisir un nom non arabe? Car la plupart des noms arabes portent une consonance religieuse.

Imposer aux Tunisiens « musulmans » de choisir un prénom arabe atteste d'une volonté délibérée d'intégrer un individu dans un groupe ou une communauté (la Umma arabe et musulmane) à laquelle il ne souhaite pas forcément appartenir.

L'individu est alors réduit à une identité « collective » qu'il n'a pas choisie. Cette identité exalte l'individu, après l'avoir fondu dans le groupe<sup>173</sup>. Au Maroc, pays où la culture arabe et musulmane domine, le législateur a promulgué en 2002 la loi n°37-99 relative à l'état civil afin d'éliminer toutes formes de discrimination linguistique, confessionnelle ou ethnique dans le choix des prénoms<sup>174</sup>.

En effet, il a été demandé de retirer les anciennes listes de prénoms autorisés afin de lever l'interdiction du libre choix des prénoms.

La Haute Commission de l'état civil au Maroc a souligné la liberté du citoyen de choisir le prénom de son enfant, à condition qu'il n'attente pas à la morale ni à l'ordre public, sans distinction aucune entre les prénoms d'origine arabe, amazigh, hassanienne et hébraïque et ce, conformément aux dispositions de la loi relative à l'état civil<sup>175</sup>.

De plus, la Haute Commission de l'état civil a fait remarquer que les anciennes listes de prénoms ne pouvaient plus être invoquées pour justifier le refus du choix d'un prénom.

Donc, le Maroc reconnaît d'ores et déjà les prénoms non arabes en mettant en œuvre ainsi le principe de non-discrimination et en garantissant les libertés individuelles se rapportant à l'exercice du libre choix du prénom.

Par ailleurs, les prénoms sont une illustration des éléments qui font la culture d'un peuple (langue, religion).

Le prénom assure une fonction informative, il participe ainsi à l'identification de l'individu dans son milieu social<sup>176</sup>. C'est la raison pour laquelle le choix du prénom par les parents peut ne pas être en harmonie avec la réalité, ce qui justifie parfois par la suite qu'un individu demande à changer de prénom<sup>177</sup>. « Le choix initial du

173 (R.) LIBCHABER, « Aspects du communautarisme : fait et droit religieux au regard du droit », RTD Civ., 2003, p. 575.

174 Le Dahir n°1239-02- du 3 octobre 2002 portant promulgation de la loi n° 3799- relative à l'état civil.

Le décret n° 2665-99- du 9 octobre 2002 pris en application de la loi n° 3799- relative à l'état civil.

La circulaire ministérielle n° 82 du 08 mai 2003 relative à la nouvelle organisation de l'état civil.

175 Communiqué de la Haute commission de l'état civil du 17 mars 2014.

176 (G.) NEYRAND, « Identification sociale, personnalisation et processus identitaires », in (J.) POUSSON-PETIT, *L'identité de la personne humaine, étude de droit français et de droit comparé*, pp. 93 et s.

177 Cf. (V.) FORTIER, « Le juge, gardien du pluralisme confessionnel », In *Revue de la recherche juridique, Droit prospectif*, 2006-3, pp. 1145-1171.

prénom par les parents peut dans certains cas traduire un attachement à une foi et, dans cette perspective, révéler une part d'identité personnelle. Il se peut également qu'à un certain moment de sa vie, l'individu éprouve la nécessité d'une mise en correspondance de sa foi avec son prénom, celui-ci contredisant la religion réellement professée ou gênant son exercice. Cette mise en harmonie fonde alors une demande en changement de prénom à laquelle les tribunaux accèdent fréquemment<sup>178</sup> ».

Un Libanais, par exemple, reconnaît souvent la confession d'un autre Libanais par son prénom (prénoms communs à consonance religieuse). Mais parfois cet individu est appelé par un autre prénom que celui enregistré dans les registres de l'état civil et qui n'indique plus son appartenance confessionnelle.

Dans ce contexte, Bilal Badr, le juge unique d'une ville du Sud du Liban, Jwaya, a confirmé le libre choix du prénom en atténuant le pouvoir attribué à l'officier d'état civil d'imposer un prénom à caractère confessionnel, voire un prénom arabe, musulman ou chrétien<sup>179</sup>. Dans cette affaire, le juge a considéré que l'Etat ne pouvait pas imposer un prénom indiquant l'appartenance confessionnelle de l'individu.

Il a relevé des faits d'espèce que la requérante avait demandé à son entourage de l'appeler par un nouveau prénom, autre que celui qui reflétait son appartenance confessionnelle<sup>180</sup>. Elle souhaitait notamment changer tout ce qui faisait référence à la confession ou à la religion à laquelle elle appartenait et a aussi fait rayer la mention de sa confession du registre de l'état-civil.

Ce jugement souligne que la liberté de croyance implique la possibilité d'exprimer publiquement ses convictions ou de les cacher.

Le juge s'est basé sur l'article 9 de la Constitution libanaise pour déterminer la légitimité du choix, par la requérante, d'un prénom ne montrant pas son appartenance confessionnelle, selon lequel : « la liberté de conscience est absolue. En rendant hommage au Très-Haut, l'Etat respecte toutes les confessions et en garantit et protège le libre exercice à condition qu'il ne soit pas porté atteinte à l'ordre public. Il garantit également aux populations, à quelque rite qu'elles appartiennent, le respect de leur statut personnel et de leurs intérêts religieux<sup>181</sup> ».

La légitimité du choix du nouveau prénom a aussi été justifiée par le changement

178 (V. FORTIER, « Les incertitudes juridiques de l'identité religieuse », In *Revue de Droit de l'Université de Sherbrooke (R.D.U.S.)* », 2008, n°38, p. 390 ; ainsi que V. FORTIER, *Justice, religions et croyances*, coll. CNRS Droit, Paris, 2000 aux pp. 98 et s.

179 *حكم صادر عن القاضي المنفرد في جويبا، الناظر في قضايا الأحوال الشخصية، عدد 41/ 2014 في 24 مارس 2014*. نزار صاغية: «تطور جديد على صعيد الهوية الطائفية» في لبنان: قرار قضائي بتصحيح اسم يؤشر الى انتماء ديني» نشر في العدد الخامس عشر من مجلة المفكرة القانونية، 8 أبريل 2014. <http://www.legal-agenda.com/article.php?id=705>

180 Notons que le Liban est régi par un système confessionnel imposé depuis l'indépendance. Le système de gouvernance confessionnel a été réaffirmé par la suite lors des Accords de Taëf à la fin de la guerre civile libanaise.

181 Constitution du Liban du 23 mai 1926.

opéré dans la vie de la requérante, du fait qu'elle avait demandé à son entourage de l'appeler « Dana » depuis quatre ans et non plus « Zeineb » comme elle avait été enregistré dans le registre de l'état civil. Dès lors, le juge fait appel à « la légitimité de la nouvelle réalité » de la requérante et non pas à la légitimité du droit en lui-même.

Selon le juge « rectifier le prénom de la requérante dans le registre de l'état civil n'induit guère à un déséquilibre dans les rapports sociaux puisque depuis quatre ans elle est connue sous le prénom de 'Dana'. Car, la contradiction entre la réalité, le fait qu'elle soit connue sous le prénom de 'Dana' et ce qui est mentionné dans les registres de l'état civil 'Zeineb' peut poser un danger aux rapports sociaux et peut notamment impacter la crédibilité des extraits de naissance qui doivent refléter la vraie réalité<sup>182</sup> ».

L'avocat Nizar Saghieh a considéré que la requérante « a réussi à arracher la reconnaissance par son entourage de sa nouvelle identité [et que le jugement innove en reconnaissant] le droit de l'individu de s'émanciper de l'identité confessionnelle<sup>183</sup> ».

Par conséquent, l'identité « nouvelle » et choisie l'emporte sur l'identité enregistrée dans le registre de l'état civil et imposée.

Dans la même logique de protection des libertés individuelles, la Cour de cassation libanaise affirme que la liberté d'expression et la liberté de choisir le prénom sont intimement liées, « la liberté d'expression à l'écrit comme à l'oral et prévue à l'article 13 de la Constitution englobe la liberté de l'individu de choisir un prénom qui l'identifie parmi ses pairs et ce en les invitant à l'appeler par ce prénom [...]»<sup>184</sup>.

Interdire certains prénoms pour le fait qu'ils ne soient pas arabes touche aussi à la détermination de l'identité individuelle qui reste tributaire des éléments de la culture dominante.

و حيث أن تصحيح اسم المستدعية في سجل النفوس ليس من شأنه أن يؤدي إلى خلل في العلاقات الاجتماعية طالما ثبت أنها تعرف باسم «دانة»<sup>182</sup> منذ أربع سنوات سبقت تقديمها للدعوى الراهنة، علماً أن الإبقاء على التناقض بين الواقع حيث تعرف المستدعية باسم «دانة» وبين المدون في سجلات النفوس (دفتر الحالة المدنية في تونس) «زينب» من شأنه أن يشكل خطراً على العلاقات في المجتمع، فضلاً عن أنه يؤثر في مصداقية القيود (رسم الولادة «في تونس» التي يجب أن تعكس الواقع الحقيقي في كل حين

حكم صادر عن القاضي المنفرد في جوبا، الناظر في قضايا الأحوال الشخصية، عدد 41/2014 في 24 مارس 2014.

نجحت في انتزاع اعتراف محيطها بحقها بتحديد هويتها الجديدة. ومن هذه الوجهة، يشكل هذا القرار تطوراً أساسياً على صعيد حق الفرد « 183 «في التحرر من الهوية الطائفية

حكم صادر عن القاضي المنفرد في جوبا، الناظر في قضايا الأحوال الشخصية، عدد 41/2014 في 24 مارس 2014.

نزار صاغية: «تطور جديد على صعيد «الهوية الطائفية» في لبنان: قرار قضائي بتصحيح اسم يؤثر إلى انتماء ديني» نشر في العدد الخامس عشر من <http://www.legal-agenda.com/article.php?id=705>مجلة المفكرة القانونية، 8 أفريل 2014.

184 «حرية التعبير قولاً وكتابة المنصوص عنها في المادة 13 من الدستور تنطوي تحتها حرية المرء في اختيار الاسم الذي يعرف به بين أئداده وذلك بدعوتهم لمخاطبته بهذا الاسم أو الشهرة أو للتعامل معه على أساسهما».

قرار صادر في 19-6-1967 عن الغرفة الثالثة لمحكمة التمييز اللبنانية، منشور في مصنف الرئيس شمس الدين الإلكتروني

## B. Détermination de l'identité des individus

L'attribution d'un prénom témoigne aussi bien des conditions sociales, religieuses, politiques ou idéologiques pesant sur les choix personnels, que des réponses des individus ou des groupes sociaux à ces pressions ou à ces sollicitations<sup>185</sup>. Comme le souligne Louis PEROUAS, « le choix du prénom apparaît bien comme un acte culturel qui engage les pratiques familiales et sociales. Aucun doute possible pour l'historien : les transformations de la prénomination constituent à la fois un élément et un indicateur précis, car quantifiable, du changement socioculturel<sup>186</sup> ». Or, il arrive souvent que l'Etat impose des limites qui attestent d'une rigidité quant au choix du prénom, soit pour des raisons idéologiques et politiques (1), soit pour des raisons qui visent la préservation de la culture dominante au détriment de la diversité culturelle (2).

### 1. L'identité individuelle dépend du contexte politique et idéologique

Quand l'Etat intervient dans la détermination de l'identité, il interdit ou impose certains prénoms pour différentes raisons. Dans ce cas, il peut y avoir une discrimination envers des personnes qui appartiennent à des minorités.

Le contexte politique et idéologique est à la base de cette discrimination. De cette manière, le Droit ne répond plus aux caractéristiques de la règle juridique, à savoir la généralité et l'impersonnalité mais plutôt il « traduit la volonté politique de l'idéologie d'une époque, reflète en même temps les valeurs dominantes et protège les intérêts de ceux qui sont au pouvoir<sup>187</sup> ».

Cela est explicitement consacré par la Constitution de 2014 qui comporte plusieurs références à l'identité arabo-musulmane et à l'appartenance à la Umma. Ceci est dû au fait qu'au moment de la rédaction de la Constitution au sein de l'Assemblée Nationale Constituante, des craintes avaient été soulevées quant à la redéfinition de l'identité tunisienne. Plusieurs articles de la Constitution laissent parfois croire qu'il s'agit d'une Constitution pour la société tunisienne arabe et musulmane.

A la première lecture de la Constitution, nous constatons que le choix du prénom est limité par les éléments de l'identité nationale qui constituent la culture dominante. Les éléments de l'identité nationale sont prévus par l'article 1<sup>er</sup> à savoir la religion et la langue.

185 (P) DAUMAS, *Familles en révolution Vie et relations familiales en Île-de-France, changements et continuités (1775-1825)*, Presses universitaires de Rennes, Rennes, 2003, pp. 175-228.

186 (L.) PEROUAS (dir.), Léonard, Marie, Jean et les autres... Les prénoms en Limousin depuis un millénaire, CNRS, Paris, 1984, p. 172. Cité par (P) DAUMAS, *Ibid.*

187 FERCHICHI (W): « Préface : Lorsque la différence tue », in JELASSI (M-A): *Minoré-e-s et discriminé-e-s, le Droit facteur d'inégalité*, l'Association Tunisienne de Défense des Libertés Individuelles (ADLI) et Heinrich Böll Stiftung Afrique du Nord Tunis, Tunis, 2018, p. 5.

[http://www.adltn.org/sites/default/files/2.\\_publication\\_fr\\_web\\_0.pdf](http://www.adltn.org/sites/default/files/2._publication_fr_web_0.pdf)

Il en est ainsi de « l'identité politique de la nation [qui] se définit de manière univoque par sa souveraineté, sa Constitution et son territoire. Les critères de la langue et de l'histoire commune sont moins universels et plus équivoques<sup>188</sup> ».

A ce niveau, on se demande si l'identité nationale passe avant l'identité individuelle ? Est-ce qu'elle permet de jouir et d'exercer les libertés individuelles, à savoir le libre choix du prénom ?

Notons que la loi relative à l'état civil ne pose pas d'interdiction quant au choix des prénoms non arabes et se contente de prévoir que « l'acte de naissance énoncera le jour, l'heure et le lieu de la naissance, le sexe de l'enfant et les nom et prénom qui lui seront donnés [...]»<sup>189</sup> ».

Sachant qu'un texte législatif a une valeur juridique contraignante qui occupe dans la hiérarchie des normes juridiques un rang supérieur à celui d'une circulaire et que dans un Etat de Droit, il faut respecter la hiérarchie des normes, tout officier d'état civil est en principe tenu de respecter le texte de la loi relative à l'état civil qui est censé prévaloir sur celui de la circulaire.

Même si parmi les éléments de l'identité nationale on trouve l'arabité, ce dernier élément ne devrait pas faire obstacle à l'exercice du libre choix du prénom.

D'abord, dans le préambule de la Constitution de 2014, il est prévu que les constituants visent à édifier un régime démocratique « dans le cadre d'un État civil dans lequel la souveraineté appartient au peuple ». Si la loi est votée au nom du peuple, pour le peuple, la circulaire est édictée dans un cadre plus restreint par l'autorité administrative et pour l'administration. Dès lors, on ne peut pas imposer un acte administratif au peuple.

Ensuite, le préambule ajoute que l'unité nationale est fondée sur la citoyenneté. Mais quel type de citoyenneté ?

« Le citoyen n'est pas un individu concret. C'est un sujet de droit. Il dispose à ce titre de droits civils et politiques<sup>190</sup> ».

Cela rappelle un type de citoyenneté défini par Thomas Humphrey MARSHALL selon lequel la citoyenneté civile est « liée aux droits qui définissent la liberté individuelle, la liberté personnelle, la liberté d'expression, la liberté de conscience et de confession, le droit de propriété et la capacité de conclure des contrats<sup>191</sup> ».

188 LAURET (P): « Identité nationale, communauté, appartenance. L'identité nationale à l'épreuve des étrangers », *Rue Descartes*, vol. 66, n° 4, 2009, pp. 2031-.

189 Article 26 de la loi n° 19573- du 1<sup>er</sup> août 1957, réglementant l'état civil.

190 (G.) FERREOL (dir), *Sociologie: cours, méthodes, applications*, Editions Bréal, Rosny, 2004, p. 232. L'auteur cite (D.) SCHNAPPER (avec la collaboration de Christian BACHELIER), *Qu'est-ce que la citoyenneté ?*, Gallimard, Paris, 2001, pp. 911-.

191 Cf. (T-M.) MARSHALL, *Citizenship and social class, and other essays*, Cambridge University Press, Cambridge, 1950. Pour Marshall, la citoyenneté moderne se compose de trois dimensions : La citoyenneté civile, la citoyenneté politique et la citoyenneté sociale. Voir aussi (J-F.) BICKEL, « Significations, histoire et renouvellement de la citoyenneté », In *Gérontologie et société*, vol. 30 / 120, n°1, 2007, pp. 11-28.



Donc, la citoyenneté n'est pas réduite à une langue ou à une religion, « selon la doctrine libérale, l'Etat protège les droits des individus et l'individu, en tant que citoyen, a des obligations à l'égard de la communauté politique<sup>192</sup> ».

La citoyenneté dans ce sens sort du cadre classique de l'Etat-nation. L'Etat protège l'individu non pas parce qu'il partage une religion ou une langue avec la majorité mais parce qu'il est titulaire de droits constitutionnellement garantis, la citoyenneté serait donc « l'individu dont la liberté est protégée par l'Etat auquel il obéit<sup>193</sup>».

**Résultat : l'identité nationale ne devrait pas « opprimer » l'identité individuelle.**

En outre, l'article 49 de la Constitution prévoit que même en cas de restrictions apportées aux libertés, celles-ci ne doivent pas porter atteinte à leur substance.

Le même article prévoit que la loi, et non pas un quelconque acte administratif (tel que la circulaire de 1965), « fixe les restrictions relatives aux droits et libertés garantis par la Constitution et à leur exercice » et que ces restrictions ne peuvent être établies que « pour répondre aux exigences d'un État civil et démocratique », sachant que cette notion d'État civil ne renvoie pas aux éléments de l'article 1<sup>er</sup> de la Constitution, mais aux exigences de l'article 2 du même texte, à savoir « la citoyenneté, la volonté du peuple et la primauté du Droit ».

C'est ainsi que lorsqu'un agent de l'État refuse le prénom choisi par les parents pour des raisons idéologiques ou que l'État impose une liste des prénoms autorisés ou interdits, il choisit à la place des parents et remet en cause le libre choix. De telles dispositions ouvrent la voie aux abus de simples agents administratifs susceptibles de considérer un jour qu'un tel prénom n'est pas conforme à l'identité dominante arabe et musulmane en faisant prévaloir leurs convictions personnelles sur la loi et même sur la Constitution ! De cette manière, l'État s'ingère dans les convictions des individus. Ainsi, un athée, un areligieux ou un Tunisien non musulman qui souhaite choisir un prénom non arabe ou jugé « blasphématoire » par un officier de l'état civil, serait-il dans l'impossibilité de le faire ?

Citons le cas de l'Arabie Saoudite qui a publié en 2014 une liste de 50 prénoms<sup>194</sup> interdits au sein du Royaume car jugés « blasphématoires » ou « inappropriés ». Cette liste diffusée par le ministère de l'Intérieur répertorie des prénoms relativement répandus dans le pays et d'origine tant étrangère comme Alice ou Lauren,

192 Cf. (D.) HELD, *Democracy and the global order: From the modern State to cosmopolitan governance*, Stanford University Press, Stanford, 1995, pp. 66-71. Cite par (S-D.) WING, *Démocratie malienne et dialogue constitutionnel (1991-2007): La quête d'un Etat de choix*, KARTHALA Editions, Paris, 2013, p. 37.

193 (M-A.) THEZA MANRIQUEZ, *Les écueils pour l'exercice de la citoyenneté électorale des jeunes des milieux pauvres au Chili*, Presses universitaires de Louvain, Louvain-la-Neuve, 2010, p. 11.

Voir aussi (E) CONSTANT, *La citoyenneté*, Editions Montchrestien, Paris, 1998, p. 14.

194 Parmi la liste des 50 prénoms bannis figurent les suivants : Malaak, Abdoul Aati, Abdoul Naser, Abdoul Musleh, Nabi, Nabiyya, Amir, Sumuw, Al Mamlaka, Malika, Mamlaka, Tabarak, Nardin, Maya, Linda, Randa, Basmala, Taline, Aram, Narij, Rital, Alice, Sandy, Rama, Maline, Elaine, Inar, Maliktina, Lareen, Kibrial, Lauren, Benyamin, Naris, Yara, Sitav, Loland, Tilaj, Barrah, Abdoul Nabi, Abdoul Rasoul, Jibril, Abdul Mu'in, Abrar, Iman, Bayan, Basil, Wirilam.

ou locale, mais jugés inadéquats, tels qu'Amir (prince) et Malika (reine), ou encore Benjamin (en référence au Premier Ministre israélien Netanyahu) ou Jibril (Gabriel, l'archange) considérés « blasphématoires ».

De même, interdire certains prénoms pour des raisons politiques, comme par exemple sous couvert de la lutte contre le terrorisme, peut constituer une discrimination envers des personnes appartenant à des minorités.

Ainsi, en avril 2017, le gouvernement chinois a publié une liste de prénoms interdits, pour la plupart d'origine islamique, et a exigé que tous les enfants de moins de 16 ans portant ces prénoms en changent, sachant que ces restrictions ont principalement visé la minorité Ouïghour du Xinjiang<sup>195</sup>.

Poser des restrictions quant au choix des prénoms est fait dans un souci de préserver l'identité dominante, ce qui engendre l'occultation de la diversité culturelle.

## 2. Préserver l'identité dominante au détriment de l'identité individuelle

Lorsque l'Etat prend la place des parents dans le choix des prénoms des enfants en vue de préserver l'un des éléments de l'identité dominante, à savoir l'arabité, il occulte la diversité culturelle. L'arabité fait de l'arabe la langue dominante, laquelle devient ainsi un signe d'appartenance et un critère d'identification<sup>196</sup>. Etant donné que l'arabe est la langue dominante en Tunisie, la culture arabe est par déduction mise en avant par rapport à toute autre culture.

Citons l'exemple de citoyens tunisiens qui souhaitent choisir un prénom Amazigh pour leurs enfants, mais qui se heurtent au refus de l'administration sur la base de la non arabité du prénom.

En 2013, la municipalité de Sidi Al Béchir de la ville de Tunis a fini par enregistrer un prénom non arabe d'un nouveau-né, né le 23 août 2013 et enregistré sous le numéro 1570. Se basant sur l'article 1<sup>er</sup> de la Constitution, ladite municipalité avait rejeté au début la demande du père de prénommer son enfant « Amazigh »<sup>197</sup>.

Dans le même ordre d'idée, en 2015, la municipalité de Ksar Helal du gouvernorat de Monastir avait refusé d'inscrire un nouveau-né sous le prénom d'« Aksel » au motif que le prénom n'était pas arabe. Le père du nouveau-né a insisté pour

195 Voir la « liste des noms bannis pour les minorités ethniques » où figurent notamment les prénoms « Mohammed », « Saddam », ou encore « Medina », sous peine que les enfants concernés se voient refuser l'obtention du « Hukou », un passeport qui donne accès aux services de soins ou à l'éducation.

Voir: le Rapport d'Amnesty International 2017/18/, « Chine », p. 155. <https://www.amnesty.org/fr/countries/asia-and-the-pacific/china/report-china/>

196 SIGUAN- SOLER (M): *Bilinguisme et identité personnelle, identités collectives et changements sociaux*, Privat, Toulouse, 1980, p. 365.

197h <https://www.leconomistemaghrebin.com/201331/08//la-municipalite-de-tunis-accepte-denregistrer-un-prenom-amazigh/> publié le 31 août 2013 par l'Economiste Maghrébin.

voir un responsable à la municipalité. Devant la détermination du père, le responsable a fini par accepter sa demande et « Aksel » a été enregistré le 17 octobre 2015 sous le numéro 1053<sup>198</sup>.

A l'occasion de la présentation du rapport périodique de la Tunisie au Comité des Nations Unies pour les droits économiques, sociaux et culturels, le Congrès Mondial Amazigh (C.M.A.), une O.N.G. de défense des droits des Amazighs, a présenté, en 2016, dans son rapport alternatif intitulé « Exclusion économique, sociale et culturelle des Amazighs de Tunisie », les écarts entre la législation tunisienne et sa mise en œuvre et le Pacte International relatif aux Droits économiques, sociaux et culturels (P.I.D.E.S.C.) concernant notamment les Amazighs de Tunisie<sup>199</sup>.

Le rapport commence par constater que l'identité amazighe en Tunisie est occultée en tenant compte du fait que « l'amazighité en Tunisie est complètement prohibée et la seule identité autorisée, proclamée et que doit défendre chaque citoyen, c'est l'identité tunisienne, fondée sur l'islamité et l'arabité. Toute affirmation ou revendication d'une autre identité, notamment de l'identité amazighe, peut être qualifiée par les autorités comme un acte de trahison<sup>200</sup> ».

Il en est de même des pratiques discriminatoires dénoncées par le C.M.A. dans ce rapport, parmi lesquelles :

« Les prénoms amazighs sont frappés d'interdiction, (...) aucune [trace] d'information en langue amazighe dans la presse écrite et les médias audiovisuels publics tunisiens, (...) aucune production culturelle amazighe bénéficiant de moyens publics, les populations amazighes de Tunisie n'ont aucun droit à l'expression culturelle dans leur langue<sup>201</sup> ».

La Tunisie, comme tous les Etats qui ont ratifié un instrument international des droits humains est tenue de présenter à l'organe compétent de l'O.N.U., à intervalles réguliers, des rapports sur la mise en œuvre des droits consacrés dans cet instrument.

Lors de l'échange qui a eu lieu le 22 et 23 septembre 2016 entre les experts onusiens et la délégation du gouvernement tunisien, il a été déclaré que :

198 <http://www.inumiden.com/prenom-aksel-tunisie/> publié le 21 octobre 2015.

Aksel (ou Kusila) Prince amazigh du 7<sup>ème</sup> siècle après J-C, chef de la résistance à la conquête arabe.

<http://www.amazighworld.org/history/personalities/aksel.php>

199 Rapport alternatif présenté par le Congrès Mondial Amazigh concernant le Pacte international relatif aux droits économiques, sociaux et culturels, Comité des droits économiques, sociaux et culturels 59<sup>e</sup> session, 19 septembre - 7 octobre 2016, Palais des Nations, Genève, juin 2016.

200 Rapport alternatif présenté par le Congrès Mondial Amazigh concernant le Pacte international relatif aux droits économiques, sociaux et culturels, Comité des droits économiques, sociaux et culturels 59<sup>e</sup> session, 19 septembre - 7 octobre 2016, Palais des Nations, Genève, juin 2016.

201 Rapport alternatif présenté par le Congrès Mondial Amazigh concernant le Pacte international relatif aux droits économiques, sociaux et culturels, Comité des droits économiques, sociaux et culturels 59<sup>e</sup> session, 19 septembre - 7 octobre 2016, Palais des Nations, Genève, juin 2016.

« Les minorités, notamment Amazighe, jouissent des mêmes droits constitutionnels que le reste de la population... Certes, il y a une identité arabo-musulmane mais la Constitution protège les minorités. Le gouvernement n'a aucun problème avec une communauté quelle qu'elle soit<sup>202</sup> ».

Ce discours ne paraît pas convaincant vu qu'il ne reconnaît pas que la langue amazighe, le patrimoine et la culture amazighe sont marginalisés.

En outre, si le gouvernement n'a aucun problème avec une communauté quelle qu'elle soit, pourquoi certains prénoms amazighs sont-ils rejetés par l'administration au motif qu'ils ne constituent pas de prénoms arabes ?

Il est aussi important de rappeler que parmi ces droits constitutionnels « l'État doit assurer aux enfants toutes les formes de protection sans discrimination et conformément à l'intérêt supérieur de l'enfant »<sup>203</sup>. Alors que la circulaire de 1965 opère une discrimination sur une base linguistique et ne tient pas compte de la diversité culturelle.

En effet, le terme « culture » recouvre les langues à travers laquelle une personne exprime son humanité et les significations qu'elle donne à son existence et à son développement. Culture et langue renvoient à l'identité culturelle, cette dernière « est comprise comme l'ensemble des références culturelles par lequel une personne, seule ou en commun, se définit, se constitue, communique et entend être reconnue dans sa dignité »<sup>204</sup>.

Quand un individu choisit un prénom dans une langue déterminée c'est qu'il exerce son droit culturel. Imposer à un individu un prénom en une langue, comme le fait la circulaire de 1965, c'est non seulement violer ce droit constitutionnellement garanti par l'article 42 du texte suprême, mais c'est encore lui imposer une « identité culturelle » contre son gré. Car, « nul ne peut se voir imposer la mention d'une référence ou être assimilé à une communauté culturelle contre son gré »<sup>205</sup>.

Face au manquement de la Tunisie à s'acquitter de ses obligations internationales vis-à-vis de la promotion de la diversité culturelle, le Comité des droits économiques, sociaux et culturels a présenté des recommandations, tout en précisant que « le Comité recommande à l'État partie de reconnaître la langue et la culture du peuple autochtone amazigh et d'en assurer la protection et la promotion

---

202 Comité des droits économiques, sociaux et culturels, Observations finales concernant le troisième rapport périodique de la Tunisie, 7 octobre 2016, E/C.12/TUN/CO/3, paragraphe 55. La délégation était présidée par M. Mehdi Ben Gharbia, Ministre des relations avec les instances constitutionnelles et la société civile et des droits de l'Homme.

203 Article 47 de la Constitution de 2014.

204 Article 2 b) de la Déclaration de Fribourg, adoptée à Fribourg, le 7 mai 2007. <https://droitsculturels.org/wp-content/uploads/201207/DeclarationFribourg.pdf>

205 Article 4 b) de la Déclaration de Fribourg adoptée à Fribourg, le 7 mai 2007. Voir aussi les articles 1 et 3. <https://droitsculturels.org/wp-content/uploads/201207/DeclarationFribourg.pdf>

comme l'a demandé le Comité de lutte contre la discrimination raciale en 2009<sup>206</sup>. Par ailleurs, l'Etat partie devrait :

Abroger le décret n° 85 du 12 décembre 1962 et permettre l'enregistrement des prénoms amazighs dans les registres de l'état civil<sup>207</sup>.

A ce stade, la Convention sur la protection et la promotion de la diversité des expressions culturelles qui a été ratifiée par la Tunisie oblige les Etats parties à « créer sur leur territoire un environnement encourageant les individus et les groupes sociaux : a) à créer, produire, diffuser et distribuer leurs propres expressions culturelles et à y avoir accès, en tenant dûment compte des conditions et besoins particuliers des femmes, ainsi que de divers groupes sociaux, y compris les personnes appartenant aux minorités et les peuples autochtones<sup>208</sup> ».

Par conséquent, il convient de prendre en considération la diversité culturelle de la société tunisienne comme c'est le cas au Maroc, et de libéraliser le choix des prénoms par les parents et d'assouplir les limites apportées à ce choix en tenant compte de l'intérêt supérieur de l'enfant, et ce, en adoptant une politique libérale et surtout ouverte sur les droits humains.

## II. Le prénom : *marqueur d'une politique libérale* « *souhaitée* »

Une politique libérale en matière de choix du prénom renvoie aux mesures législatives et réglementaires qui mettent en œuvre cette liberté. D'une part, ces mesures visent à limiter le pouvoir de l'administration pour qu'elle ne décide pas à la place des parents, d'autre part, elles consolident la volonté individuelle dans le choix des prénoms en reconnaissant la diversité culturelle, car le prénom marqueur d'une culture dominante nie cette diversité. En revanche, une politique libérale reconnaît que « le prénom ne s'acquiert que par une manifestation de volonté privée postérieure à la naissance<sup>209</sup> ».

206 Comité pour l'élimination de la discrimination raciale, Soixante-quatorzième session, 16 février - 6 mars 2009, examen des rapports présentés par les Etats parties conformément à l'article 9 de la Convention, Observations finales, TUNISIE, CERD/C/TUN/CO/19, 23 mars 2009, paragraphe 11 : « *Le Comité appelle l'Etat partie à prendre en considération la façon dont les Amazighs eux-mêmes se perçoivent et se définissent. Le Comité invite instamment l'Etat partie à reconsidérer la situation des Amazighs à la lumière des accords internationaux relatifs aux droits de l'homme, en vue de garantir aux membres de cette communauté l'exercice des droits qu'ils revendiquent, notamment le droit à leur propre culture et à l'usage de leur langue maternelle, à la préservation et au développement de leur identité* ».

207 Comité des droits économiques, sociaux et culturels, Observations finales concernant le troisième rapport périodique de la Tunisie, 7 octobre 2016, E/C.12/TUN/CO/3, paragraphe 55.

208 Convention sur la protection et la promotion de la diversité des expressions culturelles. UNESCO, Paris, 20 Octobre 2005. Article 7 « *Mesures destinées à promouvoir les expressions culturelles* » : « *Expressions culturelles* » « *sont les expressions qui résultent de la créativité des individus, des groupes et des sociétés, et qui ont un contenu culturel* ».

<http://www.unesco.org/new/fr/culture/themes/cultural-diversity/cultural-expressions/the-convention/convention-text/>

209 (J.) CARBONNIER (J): *Droit civil : Introduction, Les personnes*, Presses Universitaires de France, Paris, 2004, p. 208.

Mais il arrive que l'intervention de l'Etat visant à imposer des limites à ce choix soit excessive, lorsqu'elle fait prévaloir une interprétation trop large de l'intérêt général au détriment des droits individuels, car même si « la circulaire, est sans doute, une réaction à la constatation que certaines personnes portent des prénoms insupportables (.), l'intervention de l'Etat, en instituant des limites au choix des prénoms, montre bien qu'il s'agit là d'un sujet relevant de l'ordre public<sup>210</sup> ».

Ainsi, afin que cette politique soit libérale il faut qu'elle tienne compte de « l'intérêt supérieur de l'enfant » (A) et qu'elle fasse la promotion de la diversité culturelle vers un assouplissement du cadre réglementant le choix des prénoms (B).

## **A. Une politique qui doit se baser sur « l'intérêt supérieur de l'enfant »**

La portée de l'intérêt supérieur de l'enfant se limitait en général à des questions relevant du droit de la famille, concernant des situations particulières, principalement le divorce, la garde des enfants et l'adoption.

A ce niveau, il faut rappeler que la Convention relative aux droits de l'enfant invite les Etats à prendre en considération ce principe dans « toutes » les décisions qui concernent l'enfant et par conséquent, même celles qui se rapportent au choix du prénom. Ainsi, l'intérêt de l'enfant est d'une « considération primordiale » (1)<sup>211</sup>.

Toutefois, notre système juridique ne semble pas instaurer une politique qui prend ce principe en considération, bien qu'il serve de « guide pour la mise en œuvre générale »<sup>212</sup> de tous les droits de l'enfant par les acteurs politiques et non politiques (2).

### **1. L'intérêt supérieur de l'enfant :**

#### ***« considération primordiale » dans le choix du prénom***

La Constitution de 2014 ayant eu à cœur de donner une place à l'enfant, elle consacre la notion d'« intérêt supérieur ». L'article 47 précise que « l'État doit assurer aux enfants toutes les formes de protection sans discrimination et conformément à l'intérêt supérieur de l'enfant ».

Bien avant la Constitution, le Code de la protection de l'enfant avait déjà posé cette obligation en prévoyant ce qui suit : « l'intérêt supérieur de l'enfant doit être une

210 (S.) MEDDEB, « L'attribution du nom », mémoire, diplôme d'études approfondies en droit privé général, sous la direction de M. le Professeur Mohamed Kamal CHARFEDDINE, Faculté de Droit et des sciences politiques de Tunis, 19951996-, p. 102.

211 Article 3 (1) « Dans toutes les décisions qui concernent les enfants, qu'elles soient le fait des institutions publiques ou privées de protection sociale, des tribunaux, des autorités administratives ou des organes législatifs, l'intérêt supérieur de l'enfant doit être une considération primordiale ».

212 « Le principe de l'intérêt supérieur de l'enfant doit guider l'élaboration des lois, la prise de décisions administratives et de toute autre mesure intéressant l'enfant. », (T.) HAMMARBERG, « Le principe de l'intérêt supérieur de l'enfant : ce qu'il signifie et ce qu'il implique pour les adultes », In *Journal du droit des jeunes*, vol. 303, n° 3, 2011, p. 11.

considération majeure dans toutes les mesures prises à l'égard de l'enfant par les tribunaux, les autorités administratives, ou les institutions publiques, ou privées de la protection sociale<sup>213</sup> ».

Mais, s'agissant d'une notion « polymorphe »<sup>214</sup>, l'intérêt supérieur de l'enfant est adaptable à la situation de chaque enfant et à l'évolution de ses connaissances.

« Cette souplesse laisse toutefois la porte ouverte à des manipulations ; le concept d'intérêt supérieur de l'enfant a été utilisé abusivement : par des gouvernements et d'autres pouvoirs publics pour justifier des politiques racistes, par exemple, par des parents pour défendre leurs propres intérêts dans des différends relatifs à la garde(...) ».<sup>215</sup>

Par ailleurs, l'évaluation et la détermination de l'intérêt supérieur de l'enfant doivent être fondées sur des critères objectifs<sup>216</sup>. Car cet intérêt vise à assurer tant la réalisation complète et effective de tous les droits reconnus par la Convention relative aux droits de l'enfant<sup>217</sup> que le développement global de l'enfant.

Selon le Comité des droits de l'enfant (le Comité), parmi les éléments à prendre en compte dans l'évaluation de l'intérêt supérieur de l'enfant figurent l'opinion de l'enfant, l'identité de l'enfant, la préservation du milieu familial et le maintien des relations familiales<sup>218</sup>.

Concernant l'identité, le Comité cite l'exemple de l'identité culturelle ou religieuse, « l'autorité décisionnaire doit prendre en considération ce contexte particulier lors de l'évaluation et de la détermination de l'intérêt supérieur de cet enfant<sup>219</sup> ».

En effet, la Déclaration sur les droits de l'enfant de 1959 a déjà mentionné le principe, dans les termes suivants : « l'intérêt supérieur de l'enfant doit être la considération déterminante dans l'adoption des lois » ainsi que « le guide de ceux qui ont la responsabilité de son éducation et de son orientation »<sup>220</sup>.

Quant à la Convention relative aux droits de l'enfant, elle étend le principe de l'inté-

213 Article 4 du Code de la protection de l'enfant, promulgué par la loi n° 9592- du 9 novembre 1995.

214 (L.) BOURASSA, La parole de l'enfant en matière de garde, LexisNexis Canada, Markham, 2007, p. 53. « La notion d'intérêt constitue une notion cadre, à géométrie variable, polyvalent et polymorphe »

215 (J.) CARDONA LLORENS, « Présentation de l'observation n°14 : forces et limites, les points de consensus et de dissension apparus dans son élaboration », in *L'intérêt supérieur de l'enfant. Un dialogue entre théorie et pratique*, Conseil de l'Europe, Strasbourg, 2017, pp. 1213-.

216 (E.) ROSSI, « Évaluation de l'intérêt supérieur de l'enfant et Convention des droits de l'enfant », *Journal du droit des jeunes*, vol. 221, n°1, 2003, pp. 1841-.

217 Convention relative aux droits de l'enfant, adoptée et ouverte à la signature, ratification et adhésion par l'Assemblée générale dans sa résolution 4425/ du 20 novembre 1989.

218 Comité des droits de l'enfant, Observation générale n° 14 (2013) sur le droit de l'enfant à ce que son intérêt supérieur soit une considération primordiale (art. 3, par. 1), CRC/C/GC/14. Voir paragraphes 50 et 80.

219 Comité des droits de l'enfant, Observation générale n° 14 (2013) sur le droit de l'enfant à ce que son intérêt supérieur soit une considération primordiale (art. 3, par. 1), CRC/C/GC/14. Voir paragraphes 50 et 80.

220 Déclaration des droits de l'enfant Proclamée par l'Assemblée générale de l'Organisation des Nations Unies le 20 novembre 1959 [résolution 1386(XIV)], principe 2.

rêt supérieur de l'enfant à « toutes » les décisions le concernant, puisqu'il doit être « une considération primordiale » pour tous les acteurs, visant non seulement les pouvoirs publics, les assemblées parlementaires et les organes judiciaires, mais aussi les institutions privées<sup>221</sup>.

Dès lors que les pouvoirs publics doivent mettre l'intérêt supérieur de l'enfant en priorité, cela a pour effet de garantir les droits et libertés se rattachant à la vie de l'enfant et d'interdire toute sorte de discrimination à son égard.

L'importance du principe s'est manifestée dans la jurisprudence, abondante surtout en matière de garde. Dans un jugement rendu le 12 décembre 2017, le juge a considéré que prendre en considération l'élément de la religion pour décider de la garde de l'enfant constituait une discrimination niant l'intérêt de l'enfant. Il a ainsi jugé qu'« une telle restriction est à même de priver l'enfant de son droit de choisir sa religion, l'obligeant à suivre un mode de vie et une manière de pensée qu'il pourrait refuser une fois majeur, situation que le tribunal refuse dans l'intérêt de l'enfant mineur afin qu'il ne soit ni endoctriné ni orienté vers une autre religion »<sup>222</sup>.

De même, l'intérêt supérieur de l'enfant est défini par la Cour de cassation en matière de garde comme étant le « pionnier et le seul critère » pour l'attribution de la garde<sup>223</sup>.

Dans une affaire similaire qui se rapporte à la garde de l'enfant, la Cour de cassation a fait prévaloir l'intérêt supérieur de l'enfant, malgré le fait que sa mère était de confession non-musulmane et de père Tunisien de confession musulmane, la Cour a aussi considéré que l'intérêt de l'enfant l'emportait même en cas d'abandon par la mère de son droit de garde.<sup>224</sup>

Cette notion est consacrée en matière de garde par la jurisprudence et le Code du statut personnel<sup>225</sup>

221 Convention relative aux droits de l'enfant du 20 novembre 1989 adoptée par la résolution 4425/ de l'Assemblée générale du 20 novembre 1989, ratifiée par la Tunisie par la loi n°9193- du 29 novembre 1991 (J.O.R.T. n°82 du 3 décembre 1991), publiée par le décret n°911865- du 10 décembre 1991 (J.O.R.T. n°84 du 10 décembre 1991).

222 Jugement n°44801 du 12 décembre 2017, Tribunal de première instance du Kef (non publié). Il résulte des faits d'espèce qu'une femme tunisienne s'est remariée avec un non-musulman et à la suite du remariage de son ancienne femme, l'ex-époux a déposé une requête pour obtenir la garde de ses enfants, obtenue au moment du divorce par la mère, exprimant ses craintes quant à l'éducation, notamment religieuse, qu'auraient ses enfants.

223 « يجب التحري و الحرص على معرفة الاوفق من الطرفين بالحضانة تحقيقا لمصلحة المحضون التي هي الرائد الأساسي و المعيار الوحيد لإستاد الحضانة و فق مقررات الفصل 67 من مجلة الأحوال الشخصية.

تعقيبي مدني عدد 26406 مؤرخ فنشيرية محكمة التعقيب - القسم المدني عدد 1 ، 1991/02/1991.26 ، ص.ص. 142-144.

224 تعقيبي مدني عدد 69523 بتاريخ 04 جانفي 1999 نشرية محكمة التعقيب - القسم المدني عدد 2 ، 1999 ، مؤرخ في 1999/01/04 ص.ص. 334-331.

«إن أولى النساء بحضانة الصغير هي أمه وهي حق للصغير وللأم وللأب ولذلك فهي تضم هذه الحقوق الثلاثة عندما تكون الزوجية قائمة إلا انه يغلب فيها مصلحة الصغير دائما فإذا اسقطت الأم حقها في الحضانة بقي حق الصغير قائما لذا فإنها تجبر عليها إذا لم يوجد غيرها. انه لا يشترط لصحة حضانة الأم اتحادها في الدين مع أب المحضون باعتبار الأماحق بالحضانة ولئن كانت على غير دين الأيلا متى تبين أن في حضانتها خطر على المحضون».

225 Paragraphe 6 de l'Article 56 Code du statut personnel.



Mais, contrairement au législateur français qui a inséré la notion d'« intérêt supérieur de l'enfant » dans le Code civil<sup>226</sup>, le législateur tunisien n'a pas inséré ce principe en matière d'état civil en réglementant le choix des prénoms et plus précisément le libre choix du prénom. D'ailleurs, ni la circulaire de 1965, ni la loi relative à l'état civil de 1957<sup>227</sup>, ne traitent de « l'intérêt supérieur de l'enfant », quoiqu'il soit déjà garanti par le Code de la protection de l'enfant et la Convention relative aux droits de l'enfant ratifiée par la Tunisie en 1992<sup>228</sup>.

L'absence de la mention de l'expression « intérêt supérieur de l'enfant » a fait que l'intérêt général l'emporte sur l'intérêt supérieur de l'enfant.

Selon la circulaire de 1965, il est interdit de « donner des prénoms qui prêtent aux moqueries, contraires aux bonnes mœurs ou équivoques ». Poser ces limites peut paraître comme si l'intérêt supérieur de l'enfant était d'une considération primordiale. Or, ce n'est pas le cas, car, souvent, quand on fait appel à la notion de bonnes mœurs, on le fait au même titre que pour celle d'ordre public, l'intérêt général est primordial ici.

L'intérêt supérieur de l'enfant ne trouve pas sa place entre ces deux notions, même si la circulaire interdit les prénoms ridicules, cette interdiction s'inscrit dans un souci de protéger l'intérêt général et non pas celui de l'enfant.

Puisqu'il s'agit de l'enfant et de son identité pourquoi poser ces limites en même temps que l'intérêt de l'enfant ? Est-ce que l'intérêt de l'enfant est forcément lié aux bonnes mœurs ?

L'intérêt supérieur de l'enfant réside plutôt dans sa naissance, son développement et son éducation au sein de la cellule familiale. En tant que principe, il doit prévaloir dans tous les choix faits en matière d'état civil comme le choix du prénom.

L'intérêt de l'enfant est décidé ou apprécié par d'autres. Puisque l'enfant n'a pas la capacité de décider, il est représenté par ses parents, le juge étant censé jouer un rôle d'arbitre bienveillant, comme c'est le cas en matière de garde des enfants. Or, en matière d'état civil, ce rôle est « confisqué » pour être attribué à l'officier d'état civil. La question qui se pose à ce stade est de savoir qui pourrait être l'acteur de la mise en œuvre d'une politique libérale dans le choix du prénom ?

.....  
226 Selon l'article 57 du Code civil français : « tout prénom inscrit dans l'acte de naissance peut être choisi comme prénom usuel. Lorsque ces prénoms ou l'un d'eux, seul ou associé aux autres prénoms ou au nom, lui paraissent contraires à l'intérêt de l'enfant ou au droit des tiers à voir protéger leur patronyme (...) ».

227 Loi n° 19573- du 1<sup>er</sup> août 1957, réglementant l'état civil.

228 Signée le 26 février 1990 et ratifiée le 30 janvier 1992.

## 2. L'intérêt supérieur de l'enfant sert de « guide pour la mise en œuvre générale »

Si le choix des prénoms dépend normalement des facteurs sociaux et « varie selon les groupes sociaux, le lieu d'habitation, l'âge des parents<sup>229</sup> », et par conséquent relève de la volonté des parents, la circulaire de 1965 ne se préoccupe pas de cette volonté quand elle est contraire à l'intérêt général.

En réglementant le choix du prénom, la circulaire de 1965 confère une marge de manœuvre immense à l'officier d'état civil qui n'est pas guidé par « l'intérêt supérieur de l'enfant » mais plutôt par sa propre conception, elle-même influencée par ses convictions, puisque ce texte lui reconnaît la faculté de refuser certains prénoms en fonction des restrictions posées par ses dispositions.

Le choix du prénom et son attribution au nouveau-né reviennent exclusivement à ses parents. D'ailleurs, « le prénom traduit, plus ou moins consciemment, le rattachement d'une personne à un groupe social (...) mais c'est au chef de famille et non à l'Etat que revient d'abord le droit de fixer ce gendre d'appartenance<sup>230</sup> ».

Dans le cas contraire, le choix des parents se heurte au refus de l'officier de l'état civil quant à l'enregistrement des prénoms au motif qu'ils ne sont pas arabes. Ainsi, la liberté de choix des parents est confisquée, car comment peut-on admettre que les parents soient astreints à prouver le caractère arabe du prénom choisi et selon quels critères ?

Aucun texte ne prévoit de critères qui déterminent le caractère arabe des prénoms, ce qui veut dire que le choix des critères peut varier selon l'officier d'état civil de chaque ville, un même prénom étant alors susceptible d'être accepté par l'un et rejeté par l'autre.

On constate que le pouvoir conféré à l'officier d'état civil ne tient non seulement pas compte de l'intérêt de l'enfant, mais qu'il est aussi contraire aux exigences posées par l'article 49 de la Constitution qui prévoit que les restrictions apportées aux libertés doivent être d'abord prévues par une loi et non pas par une circulaire, et en respectant les principes de la nécessité et de la proportionnalité.

D'abord, les restrictions de la circulaire quant au choix du prénom ne répondent pas au principe de la nécessité, puisque ni la protection des droits d'autrui ni l'intérêt supérieur de l'enfant n'y figurent. Ensuite, rien ne justifie la proportionnalité entre ces restrictions et leurs justifications, puisque les refus et acceptations sont guidés par l'émotion et les convictions personnelles de chaque officier d'état civil,

229 (G.) BUSINO, *La sociologie durkheimienne : tradition et actualité*, à Philippe Besnard in memoriam, Librairie Droz, Genève, 2004, p. 15.

230 (Ph.) MALAURIE, note sous T.G.I. Caen 20 décembre 1965, J.C.P., 1966, éd. G, II, 14626.

portant ainsi atteinte à plusieurs libertés se rapportant au choix individuel du prénom.

En Tunisie, l'officier d'état civil est donc amené à jouer un rôle « décisionnaire » quand l'intérêt général est menacé, alors qu'en France, sa mission se limite à alerter le pouvoir judiciaire lorsque l'intérêt supérieur de l'enfant est menacé.

De ce fait, l'officier d'état civil n'est pas guidé par l'intérêt supérieur de l'enfant en Tunisie.

Or, s'agissant d'une notion changeante et qui s'analyse au cas par cas, le pouvoir d'appréciation de l'intérêt supérieur de l'enfant devrait être laissé au juge, qui devrait être la seule autorité habilitée à décider le maintien ou le refus du prénom. En effet, le rappel du droit est la fonction du juge, alors qu'en matière d'intérêt supérieur de l'enfant, il se trouve privé d'assurer sa mission par la circulaire de 1965 au profit de l'officier de l'état civil.

Le juge est tenu par la neutralité et l'impartialité, il rend un jugement au nom du peuple et garantit la suprématie de la Constitution<sup>231</sup>, alors que l'officier d'état civil est un agent de l'administration qui applique une directive ou une circulaire émanant d'un supérieur hiérarchique de l'administration, tandis que le juge est indépendant et applique la loi, en commençant par la norme suprême : la Constitution.

Toujours dans le souci que les pouvoirs publics soient guidés par l'intérêt supérieur de l'enfant en ce qui concerne la réglementation de la liberté du choix du prénom, la loi a posé d'autres restrictions qui se soucient davantage de l'intérêt de l'enfant.

En effet, parfois les parents peuvent abuser de leur liberté de choix et nuire à l'enfant devenu adulte, surtout si le prénom n'est plus adapté à l'époque ou s'il est ridicule<sup>232</sup>.

Le législateur est ainsi intervenu en autorisant le changement de prénom quand il se prête à des moqueries.

En effet, la loi du 28 mai 1966 permet à toute personne de changer de prénom si elle porte un prénom, ou même un patronyme, qui prête à la moquerie : « tout tunisien, s'il ne porte pas un prénom à consonance arabe ou maghrébine, s'il porte un prénom qui peut prêter par sa signification ou sa prononciation à équivoque ou ridicule (...) peut être autorisé, par décret, à changer de prénom »<sup>233</sup>.

231 Article 102 de la Constitution de 2014.

232 La circulaire de 1965 prévoit qu'« il est interdit de donner des prénoms ridicules (...) ou équivoques. »

233 Article 2 (nouveau) de la loi n°6420- du 28 mai 1964 autorisant certains tunisiens à changer de nom ou de prénom, telle que modifiée et complétée par la loi n° 6629- du 3 mai 1966.

En France, la Cour de cassation a supprimé le prénom « Titeuf » car il faisait référence à un personnage de bande dessinée préadolescent naïf et maladroit, en jugeant que « toute restriction à la liberté de choix du prénom de l'enfant par ses parents ne peut être justifiée que par l'intérêt de l'enfant ; qu'en jugeant que le prénom Titeuf n'était pas conforme à l'intérêt de l'enfant et en ordonnant sa suppression de l'acte de naissance<sup>234</sup> ».

Alors que le prénom « Mégane » a été maintenu pour un enfant ayant « Renaud » pour nom de famille, car les juges ont estimé que le modèle de voiture « est appelé à disparaître et qu'un changement entraînerait pour l'enfant un trouble certain<sup>235</sup> ».

Dès lors, on constate que la liberté de choix du prénom est une liberté « contrôlée », mais que ce contrôle met en œuvre l'intérêt supérieur de l'enfant.

Parallèlement, en Bulgarie, l'article 19 (1) de la loi du 27 juillet 1999<sup>236</sup> sur l'enregistrement des citoyens prévoit que le changement du prénom d'une personne est autorisé par les tribunaux si celui-ci est ridicule, déshonorant ou socialement inacceptable, voire si d'autres raisons sérieuses l'imposent. Dans leur jurisprudence, les tribunaux internes de différents degrés ont estimé que les « raisons sérieuses » au sens de l'article 19 (1) de la loi ne se prêtaient pas à une énumération exhaustive, mais qu'il convenait d'apprécier, au cas par cas, si les circonstances auxquelles se référait l'intéressé étaient de nature à rendre personnellement ou socialement inappropriée l'utilisation du prénom dont le changement était demandé<sup>237</sup>.

Dans une affaire relative à cette loi portée devant la Cour européenne des droits de l'Homme, une dame prénommée « Donka » selon les registres de l'état civil en Bulgarie, mais qui prétendait en réalité être appelée « Maya » par son entourage, ses proches parents, mais également ses voisins, ses maîtres d'école et ses amis, la C.E.D.H a décidé ce qui suit : « le refus de modifier l'état civil pour que, à la demande de l'intéressée, le prénom officiel soit remplacé par le prénom usuel ne viole par l'article 8 (droit au respect de la vie privée et familiale) dès lors que le processus décisionnel a été entouré de suffisamment de garanties procédurales (le fait que l'intéressée démontrait uniquement être connue dans son cercle familial sous le prénom de Maya, et non dans un large cercle social) »<sup>238</sup>

234 Cour de cassation, première chambre civile, 15 février 2012, n° 1027.512- et 1119.963- publié au bulletin.

235 Cour d'appel de Rennes, 4 mai 2000, n° RG 9908141/ ; JCP. éd. G 2001, IV, 2655.

Cité aussi dans (P) VERDIER, « Pour en finir avec l'intérêt de l'enfant », In *Journal du droit des jeunes*, vol. 280, n°10, 2008, p. 37.

236 <https://www.lex.bg/laws/ldoc/2134673409>

237 Cité dans l'affaire de la C.E.D.H., Golemanova c./ Bulgarie (Requête n° 1136904/), arrêt du 17 février 2011, paragraphes 23 et 24.

238 En se basant exclusivement sur l'analyse des dépositions de deux cousins de la requérante, le tribunal de second degré avait estimé que l'intéressée démontrait uniquement être connue dans son cercle familial sous le prénom de Maya, et non dans un large cercle social. La Cour suprême s'est ralliée à ces motifs. Cour européenne des droits de l'Homme, Golemanova c./ Bulgarie (Requête n° 1136904/), arrêt du 17 février 2011.

## B. Vers un assouplissement du cadre du choix du prénom

L'assouplissement incite à miser sur la souplesse et la diversité du cadre du choix du prénom. En effet, la circulaire de 1965 limite l'éventail de choix d'un prénom aux noms arabes et pose un cadre rigide lors de la déclaration du prénom par les parents puisque c'est l'officier d'état civil qui se réserve la décision d'enregistrer ou non le prénom choisi.

Ainsi, les buts de l'assouplissement du cadre peuvent être classés en deux : d'une part, un cadre souple qui sert à faciliter les procédures (1), c'est-à-dire que le fait d'encadrer le choix du prénom en posant des restrictions doit être suffisamment clair et prendre en considération l'intérêt individuel et pas seulement l'intérêt général. D'autre part, ce cadre doit aspirer à la diversité culturelle et non pas imposer des prénoms qui se limitent à refléter une culture dominante (2).

### 1. Faciliter les procédures de choix des prénoms

Faciliter les procédures présente deux avantages : le premier c'est de limiter le pouvoir absolu de l'officier d'état civil (a) et le deuxième, c'est d'alléger les restrictions apportées au choix des prénoms (b).

**a. Limiter le pouvoir absolu de l'officier d'état civil :** *Les parents qui, se voient refuser d'inscrire le prénom choisi pour leur enfant se retrouvent souvent contraints de rassembler et soumettre des documents supplémentaires à l'officier d'état civil (quoiqu'aucune formalité supplémentaire lors de la déclaration de la naissance ne soit requise), de se rendre à plusieurs reprises dans les bureaux de l'administration, de demander le soutien d'organisations non-gouvernementales, d'intenter une procédure au tribunal ou de chercher le soutien de l'opinion publique<sup>239</sup>.*

La première solution pour limiter le pouvoir de l'officier de l'état civil consisterait à confier à un organe autonome qui respecte les libertés la tâche de résoudre les conflits susceptibles de surgir entre les parents et les officiers d'état civil lors de la déclaration de naissance.

Au Maroc, la Haute Commission de l'état civil, qui se compose de l'historiographe du Royaume et de représentants des ministères de la justice et de l'intérieur, tranche sur la légalité des prénoms que l'état civil se refuse ou hésite à accepter. A

---

239 Mme Kalthoum KANNOU (Juge) a estimé, dans un post, lundi 26 février 2018, sur les réseaux sociaux (facebook), qu'il était temps que « cesse cette mascarade car le pays ne peut plus s'en permettre encore une devant le monde ». « La Constitution n'a-t-elle pas consacré la liberté de conscience ? ». Le gendre de Mme Kalthoum Kannou s'était rendu le 26 février 2018 à la municipalité de Tunis, dans la circonscription de la Cité El Khadhra pour enregistrer le prénom « Ilyna » choisi pour sa fille. L'agent a refusé de le faire, prétextant que le prénom n'était pas arabe. Il lui a même proposé de l'enregistrer plutôt sous le prénom Elyne. Voir <http://www.businessnews.com.tn/kalthoum-kannou-appelle-a-lever-les-restrictions-sur-les-prenoms-des-nouveaux-nes,537,78260,3>

cet égard, la circulaire D-3220 du ministère de l'intérieur<sup>240</sup> fait référence au « droit des citoyens à choisir le nom de leurs enfants » et à la nécessité d'empêcher des violations de ce droit et d'« éviter les conflits qui pourraient éclater entre les officiers d'état civil et les citoyens ». Elle précise la procédure que doivent suivre les officiers d'état civil lorsqu'un citoyen leur présente un nom méconnu. Par ailleurs, elle rend publique pour la première fois une définition officielle en deux parties de l'attribut « marocain » dans le contexte des prénoms<sup>241</sup>.

En Tunisie, la souplesse des procédures n'est pas adoptée puisque dès la déclaration de naissance, l'acte de naissance est rédigé immédiatement par l'officier d'état civil<sup>242</sup>, ce qui ne laisse aucune chance à un autre organe de vérifier qu'il a respecté la liberté du choix des parents.

Même si le législateur prévoit ce qui suit : « le procureur de la République près le Tribunal de première instance de la circonscription sera tenu de vérifier l'état des registres lors du dépôt qui en sera fait au greffe, il dressera un procès-verbal sommaire de la vérification, dénoncera les contraventions ou délits commis par les officiers d'état civil et requerra contre eux la condamnation aux amendes », il s'agit d'une vérification a posteriori sans utilité pour l'enfant et ses parents, mais une vérification au service de l'intérêt général.

Une vérification a priori semble plus convenable, plus souple, rapide et dans l'intérêt de l'enfant et plus respectueuse de la liberté du choix. L'officier d'état civil peut aviser le procureur de la République avant d'accepter ou de refuser d'inscrire le prénom choisi. Comme c'est le cas en France, bien que l'officier d'état civil soit tenu d'inscrire dans l'acte de naissance, les prénoms de l'enfant tels que choisis par les parents, sachant que « lorsque ces prénoms ou l'un d'eux, seul ou associé aux autres prénoms ou au nom, lui paraissent contraire à l'intérêt de l'enfant ou au droit des tiers à voir protéger leur patronyme, l'officier d'état civil en avise sans délai le procureur de la République. Celui-ci peut saisir le juge aux affaires familiales<sup>243</sup> ».

La loi française du 8 janvier 1993 relative à l'état civil a institué le juge aux affaires familiales qui est investi d'une compétence large en matière d'état civil. C'est ainsi que « si le juge estime que le prénom n'est pas conforme à l'intérêt de l'enfant ou

---

240 La circulaire du ministère de l'intérieur marocain qui interprète la loi régissant le choix et l'inscription des prénoms, à savoir la loi 3799- de l'état civil, adoptée le 3 octobre 2002.

241 Voir le rapport de l'organisation *HumanRights Watch* « Maroc/Sahara occidental : Davantage de liberté dans le choix des prénoms des enfants. L'État reconnaît un nombre accru de noms amazighs (berbères) mais la liberté de choisir connaît toujours des limites ».

<https://www.hrw.org/fr/news/201014/12/maroc/sahara-occidental-davantage-de-liberte-dans-le-choix-des-prenoms-des-enfants>

242 Articles 22 et 24 de la loi n°19573- du 1<sup>er</sup> août 1957, réglementant l'état civil.

243 Article 57, al. 3, Code civil.

méconnaît le droit des tiers à voir protéger leur nom de famille, il en ordonne la suppression sur les registres de l'état civil. Il attribue, le cas échéant, à l'enfant un autre prénom qu'il détermine lui-même à défaut par les parents d'un nouveau choix qui soit conforme aux intérêts susvisés. Mention de la décision est portée en marge des actes de l'état civil de l'enfant<sup>244</sup> ».

Par conséquent, c'est le juge en France qui se prononce sur le maintien ou la suppression du prénom litigieux, alors qu'en Tunisie c'est l'officier d'état civil qui a cette faculté.

En effet, le motif du refus de l'officier d'état civil en Tunisie est souvent que le prénom ne présente pas un caractère arabe. Or, ce motif n'est pas bien fondé car il n'y a pas une liste exhaustive des prénoms arabes et de ceux qui ne le sont pas. Ce qui peut engendrer un conflit d'intérêts, surtout lorsque le nom refusé a déjà été accepté dans une autre municipalité.

L'on peut notamment citer l'exemple du prénom « Socrate », rejeté par la municipalité de Médenine lorsqu'un père souhaitait appeler son enfant, né le 10 novembre 2013, « Socrate » en mémoire de « Socrate Cherni », tué le 23 octobre 2013 lors des affrontements avec des terroristes<sup>245</sup>.

**Faudra-t-il former les agents des services d'état civil et mettre à leur disposition les consignes qui mettront en œuvre l'intérêt supérieur de l'enfant et le libre choix des parents ?**

Telle est la deuxième solution qui consiste à créer un terrain d'entente entre l'administration et le citoyen, une administration qui oriente et conseille et non pas une administration qui impose un choix aux parents.

Au Maroc, la circulaire du ministère de l'intérieur adopte une politique libérale qui met en œuvre l'intérêt individuel et rétablit l'équilibre entre les parents, partie faible exposée au risque d'arbitraire de l'administration et cette dernière, qui ne doit pas refuser automatiquement un prénom choisi en se basant sur les convictions personnelles de l'agent de l'administration.

En effet, « la circulaire (daouriya) réaffirme que l'état civil ne peut accepter que les noms qui présentent un « caractère marocain », elle demande à ses officiers de « guider, convaincre, dialoguer et faire preuve de souplesse envers le citoyen » et « avant de refuser un nom, de faire des recherches et de mener des enquêtes, ainsi que de tenir compte des décisions de la Haute Commission de l'état civil et

244 Article 57, al. 4, Code civil.

245 <http://www.kapitalis.com/societe/19132-tunisie-societe-le-prenom-socrate-n-est-pas-en-odeur-de-saintete-a-la-municipalite-de-medenine.html>

« Le prénom Socrate n'est pas en odeur de sainteté à la municipalité de Médenine », Kapitalis, 13 novembre 2013.

des tribunaux »<sup>246</sup>.

Faire preuve de souplesse et être à l'écoute des parents contribuerait à alléger les restrictions apportées au choix des prénoms.

**b.** *Alléger les restrictions apportées au choix des prénoms : Faciliter les procédures pour le choix des prénoms doit s'accompagner d'un texte de loi qui, même s'il impose des restrictions quant au choix, doit prévoir des dispositions suffisamment claires et fondées sur un intérêt légitime.*

Par exemple, en Australie, l'Etat de Victoria a décidé en décembre 2016 d'interdire 46 prénoms<sup>247</sup> qu'il estime offensants, obscènes ou indignes pour l'être humain, selon le registre des naissances de l'Etat de Victoria<sup>248</sup> qui, à son tour, renvoie à la loi australienne de 1996 relative à l'enregistrement des naissances, décès et mariages pour rappeler les restrictions en termes clairs et précis.

La loi australienne de 1996 classe notamment les prénoms interdits en trois catégories<sup>249</sup> :

- La première catégorie concerne les prénoms offensants ou obscènes, à savoir ceux qui contiennent des mots grossiers, des descriptions d'actes sexuels ou obscènes, des injures ou des insultes raciales, culturelles ou ethniques, des prénoms ayant pour effet d'insulter, humilier, offenser ou intimider une personne ou un groupe sur la base de la race, du genre, de la sexualité, de la religion, de la capacité ou de tout autre caractère distinctif<sup>250</sup>.

- La deuxième catégorie regroupe les prénoms qui ne remplissent pas les conditions d'honorabilité ou d'usage, ne correspondant pas à l'usage quotidien dans la communauté, à savoir les prénoms très longs, ceux qui contiennent des symboles sans signification phonétique comme « ? » ou « ! », ou des expressions qui expriment des salutations, les prénoms qui font référence à un établissement public ou

---

246 Voir le rapport de l'organisation *Human Rights Watch* « Maroc/Sahara occidental : Davantage de liberté dans le choix des prénoms des enfants. L'État reconnaît un nombre accru de noms amazighs (berbères) mais la liberté de choisir connaît toujours des limites », <https://www.hrw.org/fr/news/2010/12/14/maroc/sahara-occidental-davantage-de-liberte-dans-le-choix-des-prenoms-des-enfants>

247 Admiral, Anzac, Australia, Baron, Bishop, Brigadier, Brother, Cadet, Captain, Chief, Christ, Commodore, Constable, Corporal, Dame, Duke, Emperor, Father, Feneral, God, Honour, Judge, Justice, King, Lady, Lieutenant, Lord, Madam, Majesty, Major, Messiah, Minister, Mister, Officier, Premier, President, Prime Minister, Prince, Princess, Queen, Saint, Satan, Seaman, Sergeant, Sir, Sister.

248 Victoria Registry of Births

249 Voir Section 4 (1) de la loi australienne « *Births, Deaths and Marriages Registration Act 1996* ». <https://www.bdm.vic.gov.au/births/naming-your-child/naming-restrictions>

250 "Swear words, descriptions of lewd or sexual acts, racial, ethnic or cultural slurs or that imply racial, ethnic or cultural slurs, names that might be considered reasonably likely to insult, humiliate, offend or intimidate a person or group on the basis of race, gender, sexuality, religion, ability or other distinguishing characteristic."



ceux exprimés sous forme d'initiales ou d'acronymes<sup>251</sup>.

- Pour la troisième catégorie, un prénom est interdit lorsqu'il est contraire à l'intérêt général. C'est le cas lorsqu'un prénom porte un titre, un grade ou une position officielle susceptible d'induire autrui en erreur. Le prénom peut aussi représenter un intérêt commercial ou un intérêt d'une société, par exemple, le prénom est utilisé pour participer à une promotion de produits commerciaux. Le prénom peut être choisi pour répondre à un but illégitime<sup>252</sup>

Ces restrictions peuvent sembler abusives, mais c'est plutôt le choix des prénoms qui est abusif dans ce cas, car, pour l'exemple australien, si certains choix de prénoms ont été faits en s'inspirant de titres de noblesse, de grades de l'armée, de positions politiques et même de personnes religieuses, cela semble irrationnel et n'est conforme ni à l'intérêt de l'enfant, ni à l'intérêt général.

Afin de freiner les choix « délirants » de certains parents, des prénoms attribués par exemple en fonction de l'ordre d'arrivée des enfants dans la famille ne sont pas autorisés. Cette mesure sert d'éviter aux enfants d'être maltraités par les autres à cause de leur prénom. Car, « le nom n'est pas comme un manteau qui pend autour de lui et que l'on peut arracher ou déchirer, mais c'est une veste parfaitement adaptée, ou comme la peau, que l'on ne peut pas gratter ou écorcher sans faire du mal à la personne<sup>253</sup> ».

Faciliter les procédures du choix des prénoms doit s'accompagner d'un choix « rationnel » du prénom. Ainsi, pour les parents : « le choix des prénoms est généralement le fruit d'une stratégie rationnelle (...) Il faut donc éviter un prénom trop répandu, divulgué, voire vulgaire. Mais, d'un autre côté, ils savent bien qu'un prénom excessivement rare court le risque d'être excentrique, extravagant, à la limite intolérable pour son porteur. C'est dans cet entre-deux, dans cet intervalle entre le commun et l'excentrique, que le choix va s'effectuer<sup>254</sup> ».

Ce choix rationnel se traduit dans les mesures législatives prises par l'Etat afin de garantir un cadre souple dans le choix du prénom.

---

251 "A name that can't be established by repute or usage means a name that is impractical for daily use in the community or for some other reason. This includes names that: Are too long, contain symbols without phonetic significance, like ? or @, are statements or phrases, including words that represent salutations, reference public institutions, are displayed in the form of initials or acronyms."

252 The name might be misleading. For example, the name might contain an official title, position or rank recognized in the community that might mislead others as to whether the person holds that title or rank officially. The name expresses a meaning or has significance that would cause social disharmony. The name might represent commercial or company interests. For example, the name is chosen to participate in a commercial marketing promotion. The name is chosen for a fraudulent or improper purpose. The name is contrary to the public interest for some other reason.

253 (R.) BEN REJEB, « La culture au Maghreb : A propos de sa transmission à travers les contes et les prénoms », In *Revue de l'Institut des belles lettres arabes (IBLA)*, vol. 57, n° 174, 1994, p. 235.

254 (P.) DEMEULENAERE, « Esthétique et rationalité du choix des prénoms », *Revue européenne des sciences sociales*, tome XLII, n°129, 2004, p.106.

Selon Jean CARBONNIER « une législation rationnelle doit s'efforcer de concilier plusieurs intérêts : 1° l'intérêt public, qui demande que les prénoms soient aptes à remplir leur fonction sociale d'individualisation (...) 2° l'intérêt des parents, liberté d'affirmer dans le choix des prénoms leurs sentiments (...)»<sup>255</sup>.

Dans ce cas, lorsque des restrictions sont posées quant au choix des prénoms, il est préférable de préciser les prénoms interdits et pour quel motif, plutôt que de laisser un large pouvoir d'appréciation à l'officier d'état civil qui peut faire preuve de laxisme. Les restrictions doivent aussi répondre à un intérêt légitime. L'exemple australien montre que l'Etat intervient ici non pas pour protéger principalement l'intérêt général, mais plutôt pour protéger l'enfant contre le choix abusif de prénoms par ses parents.

Notons que le choix du prénom par les parents porte une assignation à l'appartenance identitaire de l'enfant. En ce sens que l'Etat ne doit pas occulter la diversité culturelle dans le choix des prénoms.

## 2. Tenir compte de la diversité culturelle dans le choix du prénom

La culture comprend notamment le mode de vie, la langue, la littérature orale et écrite, la musique et la chanson, la communication non verbale, la religion ou les croyances, par lesquels des individus expriment leur humanité et le sens qu'ils donnent à leur existence, et construisent leur vision du monde représentant leurs rapports avec les forces extérieures qui influent sur leur vie<sup>256</sup>.

Un des éléments de la mise en œuvre du droit à la culture est la garantie du droit de participer à la vie culturelle qui consiste en des stratégies, politiques, programmes et mesures adoptés par l'État partie dans chaque domaine de la vie culturelle, qui doivent être respectueux de la diversité culturelle des individus et des communautés.

Le Comité des droits économiques, sociaux et culturels a considéré que le paragraphe 1 a) de l'article 15 du Pacte international relatif aux droits sociaux, économiques et culturels (le droit de participer à la vie culturelle) porte aussi sur le droit des minorités et des personnes appartenant à des minorités de participer à la vie culturelle de la société et de préserver, promouvoir et développer leur propre culture<sup>257</sup>.

---

255 (J.) CARBONNIER, *Droit civil. Les personnes : personnalité, incapacités, personnes morales*, Volume 1, Presses universitaires de France, Paris, 1992, p. 67.

256 Comité des droits économiques, sociaux et culturels, Quarante-troisième session Genève, 2-20 novembre 2009, Observation générale n° 21 « droit de chacun de participer à la vie culturelle », (art. 15, par. 1 a) du Pacte international relatif aux droits économiques, sociaux et culturels). Paragraphe 13. E/C.12/GC/21

257 Comité des droits économiques, sociaux et culturels, Quarante-troisième session Genève, 2-20 novembre 2009, Observation générale n° 21 « droit de chacun de participer à la vie culturelle », (art. 15, par. 1 a) du Pacte international relatif aux droits économiques, sociaux et culturels). Paragraphe 32. E/C.12/GC/21

En Tunisie, d'une part, le droit à la culture est garanti par l'article 42 de la Constitution de 2014, ce qui laisse croire que la diversité culturelle y est rattachée par déduction. D'autre part, d'après l'article 1<sup>er</sup> de la Constitution, la langue arabe est la langue officielle, c'est-à-dire qu'elle est la langue du pouvoir et la langue de l'administration. Elle représente aussi un des éléments de l'unité nationale et politique. C'est ce qui explique le souci des pouvoirs publics d'interdire l'enregistrement des prénoms non-arabes. Mais, en préservant l'unité nationale, peut-on le faire sans nuire à la diversité culturelle ? Il se peut que la diversité culturelle s'efface devant le modèle national ou que l'unité nationale menace la diversité culturelle. Ce que l'on cherche, c'est que la diversité culturelle devienne « le moteur d'un renouveau de l'unité nationale<sup>258</sup> ». Cela est confirmé par la Constitution de 2014 qui prévoit que l'État soutient la culture nationale dans sa diversité et son renouvellement, en vue de consacrer les valeurs d'ouverture sur les différentes cultures et de dialogue entre les civilisations<sup>259</sup>.

Or, l'unité linguistique limite le choix des prénoms et empêche le renouvellement de la culture.

Laisser la liberté de choisir des prénoms non arabes ne risque pas freiner le bon fonctionnement de l'administration, mais plutôt de concrétiser l'ouverture sur les différentes cultures.

S'ouvrir sur d'autres langues « relève (...) d'une promotion de la diversité et d'une identité fondée sur une fierté nationale de la richesse culturelle<sup>260</sup> ».

Pourtant, dans la Constitution tunisienne de 1959, ainsi que dans celle de 2014, on ne trouve aucune trace de l'Amazighité qui fait partie du patrimoine culturel tunisien.

Quoiqu'il soit utile de rappeler que le préambule de la Constitution de 2014 peut servir de base à la reconnaissance de cet élément dans la culture nationale en s'exprimant en ces termes : « s'inspirant de notre patrimoine civilisationnel tel qu'il résulte de la succession des différentes étapes de notre histoire ».

En effet, prendre en considération la diversité culturelle dans le choix des prénoms part du constat que « l'identité arabo-islamique de la Tunisie intègre donc son passé libyen, berbère, punique et romain et n'est en aucun cas irrespectueuse des religions pratiquées dans le pays à des époques diverses. L'identité tunisienne est caractérisée par un esprit d'ouverture.

---

258 *Rapport mondial de l'UNESCO, Investir dans la diversité culturelle et le dialogue interculturel*, UNESCO, 2010, p. 46. <http://unesdoc.unesco.org/images/0018187827/001878/f.pdf>

259 Article 42 de la Constitution du 27 janvier 2014.

260 (Ch.) PARENT, *Le Concept d'Etat Fédéral Multinational: Essai Sur l'Union des Peuples*, Peter Lang, Bruxelles, 2011, p. 327.

Mais, même s'il existe des Tunisiens arabophones et des Tunisiens berbérophones, ethniquement, tous les Tunisiens ont les mêmes racines. Bien que la diversité linguistique reflète l'histoire et l'expérience du pays, on ne peut pas parler d'une race arabe et d'une race berbère en Tunisie<sup>261</sup> ».

Mais, « s'obstiner dans cette politique d'arabisation et d'assimilation forcées des Berbères est non seulement une fuite en avant mais plus grave c'est priver notre pays de ses racines. C'est par ailleurs le patrimoine de toute l'humanité qui sera privée de cet apport millénaire<sup>262</sup> ».

Au Maroc, afin de préserver la diversité culturelle, l'Etat n'impose pas qu'un prénom soit « arabe » mais plutôt « à caractère marocain », comme indiqué par la circulaire D-3220 du 9 avril 2010 du ministre de l'intérieur adressée aux autorités régionales, provinciales et locales, ainsi qu'aux arrondissements disposant d'un bureau d'état civil où les citoyens se rendent pour déclarer les naissances, décès et mariages.

La circulaire D-3220 interprète la loi régissant le choix et l'inscription des prénoms, à savoir la loi 37-99 de l'état civil, adoptée le 3 octobre 2002. En vertu de l'article 21 de ladite loi, le prénom choisi « doit présenter un caractère marocain et ne doit être ni un nom de famille ni un nom composé de plus de deux prénoms, ni un nom de ville, de village ou de tribu, comme il ne doit pas être de nature à porter atteinte aux bonnes mœurs ou à l'ordre public ». La circulaire D-3220 fait référence au « droit des citoyens à choisir le prénom de leurs enfants » et à la nécessité d'empêcher des violations de ce droit et d'« éviter les conflits qui pourraient éclater entre les officiers d'état civil et les citoyens ».

Par ailleurs, la circulaire rend publique pour la première fois une définition officielle en deux parties de l'attribut « marocain » dans le contexte des prénoms. La première partie de la définition est la suivante : « Le caractère marocain désigne les caractéristiques de la société marocaine, du nord au sud et d'ouest en est. Le nom personnel doit être usité au Maroc au point d'y être fréquent ; autrement dit, à tel point que le port de ce nom est entré dans la coutume, et donc que le nom ne sonne étranger ni à l'oreille marocaine ni pour le milieu marocain, avec toutes ses parties constituantes. Il s'agit donc d'un nom répandu, tel que sa reconnaissance n'engendre aucun inconfort ni difficulté ». Cette définition tient compte de la diversité culturelle marocaine en reconnaissant explicitement les noms amazighs

---

261 Comité pour l'élimination de la discrimination raciale, Soixante-quatorzième session. Compte rendu analytique de la 1904e séance. 12 janvier 2010 CERD/C/SR.1904 para. 21 et 22.

262 (I.) WINSEN-AGERZAM, *L'amazighien standard tunisien*, Lulu.com, 2011, s.l, p. 2.

et les noms hébreux pour les juifs marocains<sup>263</sup>.

La diversité culturelle a été réaffirmée par la nouvelle Constitution marocaine adoptée en 2011, qui expose ouvertement dans son préambule que le Maroc est caractérisé par « ses composantes arabo-islamique, amazighe et saharo-hassanie, (qui) s'est nourrie et enrichie de ses affluents africain, andalou, hébraïque et méditerranéen<sup>264</sup> ».

La question de la diversité culturelle et de l'unité nationale s'est également posée en France à l'occasion du rejet des prénoms régionaux par la justice.

Le tribunal de grande instance de Quimper a refusé le 13 septembre 2017, qu'un petit garçon né le 11 mai 2017 porte le prénom breton de « Fañch ». Raison invoquée par la justice : admettre la « tilde » reviendrait « à rompre la volonté de notre État de droit de maintenir l'unité du pays et l'égalité sans distinction d'origine »<sup>265</sup>.

Selon le juge dans l'affaire Fañch, le fait que les langues régionales appartiennent au patrimoine de la France « ne crée ni un droit, ni une liberté que la Constitution garantit ». Le refus d'orthographier le prénom « ne constitue pas une atteinte injustifiée et disproportionnée au droit des parents à une vie privée et familiale, ni une discrimination dès lors que, dans le cercle non public et privé, la famille conserve toute liberté ».

Le tribunal s'est basé sur la circulaire du 23 juillet 2014 relative à l'état civil qui liste les signes diacritiques autorisés par l'administration française<sup>266</sup>.

Pour le même sujet la Cour européenne des droits de l'Homme (C.E.D.H.), saisie en 2008 par un couple de Français qui voulait prénommer son fils Marti, avec un accent aigu sur le « í », la C.E.D.H. a donné gain de cause aux autorités françaises, considérant que « la justification avancée par le Gouvernement, à savoir l'unité linguistique dans les relations avec l'administration et les services publics », s'avérerait « raisonnable »<sup>267</sup>.

---

263 Voir ces informations sur la circulaire du ministre de l'intérieur dans le communiqué de *Human Rights Watch* publié le 14 décembre 2010 et intitulé : « Maroc/Sahara occidental : Davantage de liberté dans le choix des prénoms des enfants. L'État reconnaît un nombre accru de noms amazighs (berbères) mais la liberté de choisir connaît toujours des limites ». <https://www.hrw.org/fr/news/2010/12/12/maroc/sahara-occidental-davantage-de-liberte-dans-le-choix-des-prenoms-des-enfants>

264 La Constitution marocaine promulguée le 29 juillet 2011. Bulletin officiel du Royaume du Maroc, n° 5964 bis, 30 juillet 2011

265 [https://www.lexpress.fr/actualite/societe/fanch-le-prenom-breton-interdit-un-jugement-outrancier\\_1943553.html](https://www.lexpress.fr/actualite/societe/fanch-le-prenom-breton-interdit-un-jugement-outrancier_1943553.html)

Paru dans le journal *l'express* du 13 septembre 2017, « Fañch, le prénom qui fâche », <http://groupe-regionalistes.org/wp-content/uploads/201704/pennad-lexpress.pdf>

266 La circulaire de 2014 précise que « seul l'alphabet romain peut être utilisé » et que « les seuls signes diacritiques admis sont les points, tréma, accents et cédilles ». Et ce tant pour les prénoms, que pour les patronymes.

267 C.E.D.H., (Cinquième Section), 25 sept. 2008, n° 2797704/

### ***Propos conclusifs***

La circulaire de 1965 est dépassée par les événements et n'est plus adaptée à la réalité tunisienne, voire elle ne répond plus aux exigences de la société tunisienne post 14 janvier 2011. Ainsi, la règle de droit n'est pas figée, elle évolue avec la société, « le concept d'Etat de droit est, par conséquent, radicalement opposé à toute idée de règles juridiques transcendant la société. Ces dernières doivent évoluer en fonction de la demande sociale<sup>268</sup> ».

En outre, la Constitution de 2014 a été rédigée pour une société qui aspire aux valeurs de justice, d'égalité, de dignité et de liberté telles que posées par le préambule de la Constitution. Cette circulaire n'est pas conforme à l'esprit révolutionnaire de la Constitution qui édifie un régime basé sur « la neutralité de l'administration (...) dans lequel l'État 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<sup>269</sup> ».

De plus, les dispositions de la circulaire sont rigides et ne permettent pas au juge d'intervenir pour appliquer la Constitution en matière d'état civil, un domaine qui reste subordonné au pouvoir de chaque officier d'état civil.

En définitive, l'analyse du caractère liberticide de ce texte nous a conduits à identifier des outils permettant d'esquisser une politique plus libérale en matière de choix du prénom.

Les limites édictées par la circulaire en matière de choix du prénom des enfants ne tiennent compte ni du droit international en la matière, ni des textes juridiques de rang supérieur.

Respecter l'intérêt supérieur de l'enfant tel que garanti par le Code de la protection de l'enfant et la Convention des Nations Unies relative aux droits de l'enfant est une obligation qui incombe à toutes les institutions publiques et privées, ce qui n'est pas prévu par la circulaire lorsque les parents choisissent le prénom de leur enfant.

Par conséquent, la liberté de choix du prénom est menacée soit par l'administration qui peut refuser le prénom sur la base des convictions personnelles de l'agent de l'administration, soit par les parents qui peuvent abuser de leur liberté.

Dans cette situation, l'intérêt de l'enfant doit prévaloir sur le souci d'originalité des parents. En individualisant leur enfant par le choix d'un prénom original, il convient en effet d'éviter tout choix excessif susceptible de porter préjudice à l'enfant, raison pour laquelle l'intérêt de l'enfant doit être protégé par la loi réglementant l'état civil.

---

268 (Y.) BEN ACHOUR, *La deuxième Fâtiha; l'Islam et la pensée des droits de l'Homme*, CERES, Tunisie, 2011, p. 59.

269 Le Préambule de la Constitution du 27 janvier 2014.

Or, l'intérêt de l'enfant ne figure pas parmi les intérêts protégés par la circulaire de 1965 qui cite uniquement l'intérêt général et les bonnes mœurs.

De plus, « (...) les restrictions apportées au choix d'un prénom peuvent se justifier dans l'intérêt de l'enfant et de la société, et les Etats jouissent d'une ample marge d'appréciation en la matière<sup>270</sup> ».

En règle générale, le refus d'un officier d'état civil d'enregistrer un nouveau-né sous prétexte qu'il ne répond pas aux dispositions de la circulaire, ne devrait pas en principe faire partie de ses prérogatives.

L'officier d'état civil est tenu par une obligation d'enregistrer le prénom choisi par les parents de l'enfant. En cas de restrictions apportées aux libertés, l'autorité habilitée à contrôler ces limites est le juge, conformément à l'article 49 de la Constitution « les instances juridictionnelles assurent la protection des droits et libertés contre toute atteinte ».

Cela est confirmé dans l'article 102 de la Constitution qui dispose que la magistrature garantit la protection des droits et libertés.

L'intérêt de l'enfant doit être la considération déterminante dans toute décision le concernant, qu'elle soit prise par ses parents ou par l'autorité judiciaire.

« [E]n Droit, la référence à des concepts au contenu variable et indéterminé n'est pas exceptionnelle. Le droit connaît ces « notions-cadres à contenu variable » dont l'objectif est d'assurer une certaine flexibilité à la norme juridique, telles que « l'ordre public » ou les « bonnes mœurs ». La loi laisse ainsi aux tribunaux le soin de fixer la norme selon les circonstances ayant donné lieu au litige<sup>271</sup> ».

Afin d'éviter l'arbitraire de l'administration, en France, l'officier d'état civil contrôle le (ou les) prénoms au moment de la déclaration de naissance. Il avertit le procureur de la République s'il estime que :

le prénom nuit à l'intérêt de l'enfant [prénom ridicule, par exemple],

ou si le prénom méconnaît le droit d'un tiers

Même s'ils lui apparaissent contraires aux limites posées par le législateur, l'officier d'état civil est tenu d'inscrire dans l'acte de naissance le ou les prénom(s) choisis par les parents, mais peut informer le déclarant de son intention de saisir le procureur de la République compétent du lieu où l'acte de naissance a été dressé, qui informe le juge aux affaires familiales à qui revient la décision quant au choix final du prénom.

270 C.E.D.H., *L'affaire Salonen c./ Finlande* (requête n° 27868/95, décision de la Commission du 2 juillet 1997), qui concernait le refus d'inscrire le nom « *Aimut Vain Marjaana* » (« *la Seule et Unique Marjaana* ») et qui avait été portée devant l'ancienne Commission européenne des droits de l'Homme en 1995.

271 (C.) LAVALLÉE, *L'enfant, ses familles et les institutions de l'adoption. Regards sur le Droit français et québécois*, Wilson & Lafleur, Montréal, 2005, p. 265.

Au-delà de la liberté de choix du prénom, certains systèmes juridiques comparés ont opté pour une procédure « extra souple ».

On parle même de la formation des « genres non binaires » et des « prénoms non genrés », c'est-à-dire que l'on peut se définir en dehors de la binarité<sup>272</sup>.

Ainsi, le droit anglais autorise chacun, transsexuel ou non, à changer de sexe et à choisir les prénoms qu'il veut et à les utiliser à sa guise<sup>273</sup>.

Pour éviter le doute et la confusion qu'un changement de nom risque de susciter, il arrive très fréquemment aux intéressés de faire une déclaration par un acte unilatéral (deedpoll) qui peut être enregistré au Bureau central de la Cour suprême<sup>274</sup>.

En Suisse, on parle d'un prénom neutre, les personnes transgenres ou transsexuelles ne sont pas obligées de porter un prénom épiciène. Elles ne sont pas non plus obligées de porter un deuxième prénom clairement masculin ou féminin. Les personnes trans ont le droit de choisir librement le prénom qu'elles aimeraient porter<sup>275</sup>.

Afin que l'encadrement du choix du prénom ne soit pas trop restrictif de la liberté, la solution peut être recherchée en droit suisse dans l'article 37 c) 3) de l'Ordonnance sur l'état civil (OEC) du 28 avril 2004, qui prévoit ce qui suit : « l'officier d'état civil refuse les prénoms manifestement préjudiciables aux intérêts de l'enfant ». Auparavant on parlait aussi des prénoms choquants ou absurdes, qui étaient refusés<sup>276</sup>.

De cette manière l'intérêt de l'enfant pourra prévaloir à la fois sur les fantaisies des parents et l'arbitraire de l'administration<sup>277</sup>.

272 (J.) PATINIER et al., « Ré-inventer nos sexualités ? Par les arts, la pornographie et les féminismes... », *Miroir / Miroirs*, n° 5, 2<sup>ème</sup> semestre 2015, p. 138.

273 CEDH, affaire Cossey c. Royaume-Uni, 27 septembre 1990, 1084384/*Halsbury's Laws of England*, 4e éd., vol. 35, paras. 1173117-.

274 M. (J.) SCHERPE, *European Family Law Volume II: The Changing Concept of 'Family' and Challenges for Domestic Family Law*, Edward Elgar Publishing, Cheltenham, 2016, p. 37.

275 Voir particulièrement la décision du Tribunal administratif du canton de Vaud, Arrêt du 18.10.2006, GE.2005.0219, publié dans FamPra.ch 8 (2007) n° 29, pp. 366-369 ; ainsi que la décision de la C.E.D.H qui a rendu un jugement très clair sur cette question, auquel les tribunaux suisses sont tenus de se conformer : les autorités n'ont le droit d'exiger ni traitement hormonal, ni opération chirurgicale, ni aucun autre acte médical de réassignation pour accorder le changement de nom et de sexe officiels, A.P., Garçon et Nicot c. France, arrêt CEDH du 6 avril 2017, Requête n° 7988513/52471 ,12/ et 5259613/.

276 Voir : « La graphie « Djonatan » est absurde et, partant, préjudiciable aux intérêts de l'enfant. « Jonathan » s'écrivant, en français comme en anglais, avec un « j » initial et un « h » après le « t », la graphie insolite choisie par (les parents) ne pourra qu'être une source de désagréments pour leur fils, qui devra constamment préciser l'orthographe de son prénom ou rectifier la manière dont on l'aura écrit ». Arrêt de la IIe Cour civile suisse du 8 juillet 1993 119 II 401 disponible sur le site web du Tribunal fédéral suisse.

[https://www.bger.ch/ext/eurospider/live/fr/php/clir/http/index.php?lang=fr&type=simple\\_similar\\_documents&page=6&from\\_date=&to\\_date=&from\\_year=1954&to\\_year=2017&sort=relevance&insertion\\_date=&from\\_date\\_push=&top\\_subcollection\\_clir=bge&docid=aza%3A%2F%2F125-2017-04-A\\_4552016-](https://www.bger.ch/ext/eurospider/live/fr/php/clir/http/index.php?lang=fr&type=simple_similar_documents&page=6&from_date=&to_date=&from_year=1954&to_year=2017&sort=relevance&insertion_date=&from_date_push=&top_subcollection_clir=bge&docid=aza%3A%2F%2F125-2017-04-A_4552016-)

277 Voir dans le même sens : (M.) JORNOD, *La femme et le nom en droits suisse et français*, Librairie Droz, Genève, 1991, p. 61.



## Bibliographie sommaire

### *Bibliographie en langue française*

- BAHLOUL (J.), « Noms et prénoms juifs nord-africains », *Terrain*, n° 4, mars 1985, pp. 62-69.
- BEN ACHOUR (Y.), *La deuxième Fâtiha; l'islam et la pensée des droits de l'Homme*, CERES, Tunisie, 2011.
- BEN REJEB (R.), « La culture au Maghreb : A propos de sa transmission à travers les contes et les prénoms », *revue de l'Institut des belles lettres arabes (IBLA)*, vol. 57, n° 174, 1994, pp. 219-240.
- BOURASSA (L.), *La parole de l'enfant en matière de garde*, LexisNexis Canada, Markham, 2007.
- BUSINO (G.), *La sociologie durkheimienne: tradition et actualité : à Philippe Besnard in memoriam*, Librairie Droz, Genève, 2004.
- CARBONNIER (J.), *Droit civil : Introduction, Les personnes*, Presses Universitaires de France, Paris, 2004.
- CORNU (G.), *Droit civil : introduction : les personnes, les biens*, Montchrestien, Paris, 1994.
- DAUMAS (P.), *Familles en révolution Vie et relations familiales en Île-de-France, changements et continuités (1775-1825)*, Presses universitaires de Rennes, Rennes, 2003.
- DEMEULENAERE (P.), « Esthétique et rationalité du choix des prénoms », *In Revue européenne des sciences sociales*, tome XLII, n°129, 2004, pp. 105-116.
- FERCHICHI (W.), « La constitutionnalisation des libertés individuelles : Les libertés individuelles dans la Constitution du 27 janvier 2014 », in FERCHICHI (W.) (dir.), *Les libertés individuelles approches croisées*, Association Tunisienne de défense des libertés individuelles, Tunis, 2014, pp. 13-17.
- FERCHICHI (W.), « Préface : Lorsque la différence tue », in JELASSI (M-A): *Minoré-e-s et discriminé-e-s, le Droit facteur d'inégalité*, l'Association Tunisienne de Défense des Libertés Individuelles (ADLI) et Heinrich Böll Stiftung Afrique du Nord Tunis, Tunis, 2018, pp. 4-6.
- FOGLETS (M-C.), « Convictions philosophiques et religieuses et Droits positifs: textes présentés au Colloque International de Moncton 24-27 août 2008 », *Groupe de Boeck*, Paris, 2010.
- FORTIER (V.), « Le juge, gardien du pluralisme confessionnel », *In Revue de la recherche juridique, Droit prospectif*, 2006-3, pp. 1145-1171.
- FORTIER (V.), « Les incertitudes juridiques de l'identité religieuse », *Revue de Droit de l'Université de Sherbrooke (R.D.U.S.)*, 2008, n°38, pp. 385-411.
- GUDBRANDSSON (B.), *Droits des enfants placés et en situation de risque*, Conseil de l'Europe, Strasbourg, 2006, p. 23.
- GUEGUEN (N), DUFOURCQ-BRANA (M) et PASCUAL (A), « Le prénom: un élément de l'identité participant à l'évaluation de soi et d'autrui », *In Les cahiers internationaux de psychologie sociale*, n° 65, vol. 1, 2005, pp. 33-44.

- GUYOT (D.), Destins métis : contribution à une sociologie du métissage, KARTHALA Editions, Paris, 2002.
- HAMMARBERG (T.), « Le principe de l'intérêt supérieur de l'enfant : ce qu'il signifie et ce qu'il implique pour les adultes », In Journal du droit des jeunes, vol. 303, n° 3, 2011, pp. 10-16.
- JORNOD (M.), La femme et le nom en droits suisse et français, Librairie Droz, Genève, 1991
- KIRSCHER (G.) et QUILLIEN (J.), Sept études sur Éric Weil, Presses Universitaires Septentrion, Lille, 1982.
- LAURET (P.), « Identité nationale, communauté, appartenance. L'identité nationale à l'épreuve des étrangers », Rue Descartes, vol. 66, n° 4, 2009, pp. 20-31.
- LAVALLÉE (C.), L'enfant, ses familles et les institutions de l'adoption. Regards sur le Droit français et québécois, Wilson & Lafleur, Montréal, 2005.
- « L'enregistrement à la naissance : Un droit pour commencer », Digest Innocenti, n° 9, Mars 2002, UNICEF, centre de recherche Innocenti. <https://www.unicef-irc.org/publications/pdf/digest9f.pdf>
- MAREAU (C.) et DREYFUS (A-V.), L'indispensable de la psychologie, Studyrama, Paris, 2004.
- MEDDEB (S.), L'attribution du nom, mémoire, diplôme d'études approfondies en droit privé général, sous la direction de M. le Professeur Mohamed Kamal CHARFEDDINE, Faculté de Droit et des sciences politiques de Tunis, 1995-1996.
- OFFROY (J-G.), « Prénom et identité sociale. Du projet social et familial au projet parental », Spirale, vol. 19, n° 3, 2001, pp. 83-99.
- PEROUAS (L.) (dir.): Léonard, Marie, Jean et les autres... Les prénoms en Limousin depuis un millénaire, CNRS, Paris, 1984.
- ROSSI (E.), « Évaluation de l'intérêt supérieur de l'enfant et Convention des droits de l'enfant », Journal du droit des jeunes, vol. 221, no. 1, 2003, pp. 18-41.
- SIGUAN- SOLER (M.), Bilinguisme et identité personnelle, identités collectives et changements sociaux, Privat, Toulouse, 1980.
- VEDEL (G.) et DELVOLLE (P.), Droit administratif, collection Thémis, PUF, Paris, 1992.
- WINSEN-AGERZAM (I): L'amazighien standard tunisien, Lulu.com, 2011, s.l.

## المراجع باللغة العربية

- محمد رضا جنيح، القانون الإداري، مركز النشر الجامعي، تونس، 2008
- محمد كمال شرف الدين، قانون مدني، مطبعة التسفيرالفني، تونس، 2004 .
- نزار صاغية: «تطور جديد على صعيد الهوية الطائفية» في لبنان: قرار قضائي بتصحيح اسم يؤشر الى انتماء ديني» نشر في العدد الخامس عشر من مجلة المفكرة القانونية، 8 أبريل 2014، <http://www.legal-agenda.com/article.php?id=705>



# La liberté vestimentaire entre la circulaire et la Constitution<sup>1</sup>

Ahmed ALOUI<sup>2</sup>

<sup>1</sup> Il s'agit d'une synthèse de sa contribution opérée par l'auteur, dont la version intégrale figure dans la partie en langue arabe de cet ouvrage, pp. 132 - 146.

<sup>2</sup> Doctorant à la faculté des sciences juridiques, politiques et sociales de Tunis, Officier des droits de l'Homme au sein du Haut-Commissariat des Droits de L'Homme, Bureau de Tunis.

Alors que la liberté vestimentaire semble être un choix purement individuel, qui ne dépend que de la volonté de chaque personne, la réalité nous montre que cela n'est pas si simple. En effet, l'Etat intervient en la matière, même si cette question s'inscrit dans le cadre des libertés individuelles, au moyen de textes contraires à la Constitution et aux conventions ratifiées par l'Etat Tunisien, qui touchent en pratique la majorité des citoyens.

Il convient de préciser à ce niveau, que nous n'allons pas aborder des questions d'ordre religieux, c'est-à-dire qu'il ne s'agit pas de discuter de la légitimité du port du foulard ou du niqab, mais d'entamer une analyse fondée sur les droits de l'homme et la liberté de chacun de se vêtir de la manière qui lui convient et de se comporter comme il le souhaite, tant que cela ne constitue pas une infraction à la loi.

Nous allons donc examiner en premier lieu les circulaires qui limitent la liberté vestimentaire et leur conformité à la nouvelle Constitution ainsi que les standards internationaux en la matière (I), pour aborder en second lieu la position du juge administratif face à cette liberté vestimentaire (II).

## **I. la liberté de se vêtir entre les standards internationaux et la loi nationale**

L'article 20 de la Constitution dispose ce qui suit : « Les traités internationaux approuvés par l'assemblée représentative et ensuite ratifiés, ont un rang supra-législatif et infra-constitutionnel » et, sur cette base, nous allons nous interroger sur la conformité des textes nationaux aux standards internationaux (A), ainsi que sur le caractère supra-constitutionnel de certaines circulaires (B).

### **A. Au niveau des standards internationaux**

L'article 12 de la Déclaration universelle des droits de l'homme affirme que « Nul ne sera l'objet d'immixtions arbitraires dans sa vie privée, sa famille, son domicile ou sa correspondance, ni d'atteintes à son honneur et à sa réputation. Toute personne a droit à la protection de la loi contre de telles immixtions ou de telles atteintes ».

Il existe également un autre fondement de la liberté vestimentaire, à savoir l'article 18 du Pacte international des droits civils et politiques, selon lequel : « 1. Toute personne a droit à la liberté de pensée, de conscience et de religion; ce droit implique la liberté d'avoir ou d'adopter une religion ou une conviction de son choix, ainsi que la liberté de manifester sa religion ou sa conviction, individuellement ou en commun, tant en public qu'en privé, par le culte et l'accomplissement des rites, les pratiques et l'enseignement. 2. Nul ne subira de contrainte pouvant porter atteinte à sa liberté d'avoir ou d'adopter une religion ou une conviction de son choix. 3. La

liberté de manifester sa religion ou ses convictions ne peut faire l'objet que des seules restrictions prévues par la loi et qui sont nécessaires à la protection de la sécurité, de l'ordre et de la santé publique, ou de la morale ou des libertés et droits fondamentaux d'autrui... ».

## **B. Quand les circulaires deviennent supra-constitutionnelles !**

Pour les agents de l'administration, les textes qu'il faut appliquer à la lettre sont les circulaires. Il importe peu si ces dernières sont conformes à la Constitution ou aux standards internationaux... Cela nous semble contraire à la nouvelle Constitution, dont l'article 49 exige ce qui suit : « 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 ».

A ce niveau, il existe plusieurs circulaires qui violent le droit de chacun de choisir librement ce qu'il souhaite porter. A titre d'exemple, la circulaire numéro 33-77 invite les instituteurs à se présenter dans les écoles avec « une apparence acceptable » et leur demande d'être « un exemple à suivre au niveau de leur tenue... »

Il faut rappeler aussi que la circulaire 108, la plus connue sous le règne de Ben Ali, interdisant aux femmes fonctionnaires de porter le foulard, considéré à l'époque comme étranger à la culture et aux traditions tunisiennes.

## **II. Le juge administratif et la liberté de se vêtir**

Nous allons examiner la position du juge administratif à deux niveaux, le premier concernant le port du foulard « islamique » (A), et le second qui se rattache au port du niqab (B).

### **A. Le juge administratif et le port du foulard**

Nous pouvons dire que la position du juge administratif a changé, et a même évolué au fil du temps, et ce, depuis l'ancien régime.

En effet, au cours d'une première phase, le juge administratif a fait le choix de ne pas se prononcer sur la légitimité du port du foulard « islamique » dans les administrations publiques et les établissements scolaires, et s'est contenté d'examiner

l'exactitude des faits pour se prononcer à l'encontre ou en faveur de l'administration, qui a révoqué à maintes reprises et dans plusieurs affaires des employées à cause de leur tenue vestimentaire.

Mais la position du juge a évolué, et ce dernier s'est libéré de plus en plus, pour dire clairement, comme dans l'affaire de Saida Adali contre le ministre de l'éducation, que la circulaire numéro 102-86 était inconstitutionnelle, car il n'y avait pas de loi déterminant la notion de « tenue convenable », laquelle s'est alors retrouvée pleinement soumise au pouvoir discrétionnaire de l'administration.

## **B. Le juge administratif et le port du niqab**

En 2012, le ministre de l'enseignement supérieur a demandé l'avis du tribunal administratif sur la question du port du niqab dans les établissements d'enseignement supérieur. Le juge a considéré dans cet avis que les directeurs des établissements avaient la compétence de décider si une tenue (comme le niqab) était considérée comme convenable, et donc tolérée ou pas dans les établissements publics, tout en précisant que l'interdiction touchait uniquement la partie couvrant le visage, et qu'elle ne devrait en aucun cas violer la liberté de conscience de la personne, ni toucher sa liberté de conviction.

Dans une autre affaire, numéro 125265, Maroua Saadi contre le Doyen de la faculté des lettres de Sousse, en date du 3 décembre 2014, le juge a affirmé qu'en l'absence d'un texte interdisant aux porteuses de niqab de s'inscrire dans les facultés, la décision de l'administration n'était pas fondée juridiquement et était donc inconstitutionnelle.

الذي يسمي للجبهه وزينا التونسيين



## « Circulaires fantômes »<sup>1</sup> et droit de quitter le territoire tunisien

Mme. Rabeb MOKRANI<sup>2</sup>

<sup>1</sup> Nous parlons de circulaires fantômes car paradoxalement, malgré l'ampleur de leurs implications sur les bénéficiaires de ce droit, elles demeurent inaccessibles, voire inexistantes !

<sup>2</sup> Doctorante à la faculté de droit et des sciences politiques de Sousse.



La liberté d'aller et de venir est inhérente à la nature humaine. Ainsi, circuler, se déplacer, visiter et découvrir des lieux, voyager, séjourner ou s'installer quelque part figurent parmi les attributs les plus élémentaires qui font de l'homme un être libre. C'est, en quelque sorte « la possibilité pour la personne de se déplacer comme bon lui convient »<sup>278</sup>. Elle se présente comme « le signe extérieur des régimes libéraux »<sup>279</sup>.

Quelle que soit l'appellation retenue par les systèmes juridiques, cette liberté garantit le droit d'aller d'un endroit à un autre sans pour autant être astreint à fournir des explications sur le motif de déplacement.

Elle s'avère en quelque sorte comme la colonne vertébrale de toutes autres libertés. Elle est donc une condition primordiale pour exercer les autres libertés. Comment pouvons-nous nous réunir, manifester, travailler, acquérir la propriété de notre choix, jouir des libertés académiques ... si au préalable la liberté d'aller et de venir n'est pas garantie dans toutes ses composantes<sup>280</sup>?

Il est inéluctable de préciser que cette liberté est amplement consacrée en droit interne, tout comme en droit international. Ainsi, plusieurs textes nationaux et internationaux interviennent pour l'instaurer et pour identifier son champ d'application personnel et territorial.

En Tunisie, cette liberté possède des fondements lointains. L'article 92 de la Constitution de 1861 disposait que les tunisiens désirant revenir en Tunisie ne devaient pas être empêchés de le faire, même après avoir acquis une autre nationalité.

Pour sa part, l'article 100 du même texte proclamait la libre circulation des personnes à des fins commerciales.

Cette liberté a été consacrée expressément par l'article 10 de la Constitution de 1959 et bien que la « pleine application » des dispositions de ce texte soit devenue « impossible » après le 14 janvier 2011 (comme indiqué dans les considérants du décret-loi n° 2011-14 du 23 mars 2011 portant organisation provisoire des pouvoirs publics) et que sa suspension ait été « entérinée » par l'article 27 de la loi organique n° 2011-6 du 16 décembre 2011 portant organisation provisoire des pouvoirs publics (mettant un terme au décret-loi n° 2011-14), la cour d'appel de Tunis a considéré en 2013 que la liberté de circulation des personnes était intangible et que la Constitution de 1959 demeurerait en vigueur concernant les dispositions garantissant les droits et libertés fondamentaux<sup>281</sup>.

278 Jean RIVERO et Hugues MOUTOUH, *Libertés publiques*, tome 1, Paris, PUF, 9<sup>e</sup> éditions, 2003, p. 91.

279 Georges BURDEAU, *Les libertés publiques*, Paris, LGDJ, 4<sup>e</sup> édition, 1972 ; cité par Louis FAVOREU, Patrick GAÏA, Richard GHEVONTIAN, Ferdinand MELIN-SOUCRANIEN, Annabelle PENA, Otto PFERSMANN, Joseph PINI, André ROUX, Guy SCOFFONI et Jérôme TREMEAU, *Droits des libertés fondamentales*, Paris, Dalloz, 7<sup>e</sup> édition, 2016, p. 240.

280 Cf. à ce propos Dominique CHAGNOLLAUD et Guillaume DRAGO (dir.), *Dictionnaire des droits fondamentaux*, Paris, Dalloz-Sirey, 2010.

281 Cour d'appel de Tunis, arrêt rendu en référé le 5 février 2013 (Inédit).

Cf. à ce propos : 2013 أفريل 2، المفكرة القانونية، «استئناف تونس تعلن الحقوق والحريات الأساسية غير قابلة للإلغاء»، *الفرشيشي*.

Cet article est disponible sur le site suivant : <http://www.legal-agenda.com/article.php?id=327>

Cette liberté a d'ailleurs été consolidée par l'article 24, § 2 de la Constitution du 27 janvier 2014 selon lequel : « 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 ».

Cet article est complété par les dispositions de l'article 25 de ladite Constitution, qui dispose ce qui suit : « Aucun citoyen ne peut être déchu de la nationalité tunisienne, ni être exilé ou extradé, ni empêché de revenir dans son pays ».

Sur le plan international, elle est proclamée par plusieurs instruments universels et régionaux.

A titre d'illustration, l'article 12 du Pacte international relatif aux droits civils et politiques dispose ce qui suit : « 1. Quiconque se trouve légalement sur le territoire d'un Etat 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 ».

Il s'ensuit que cette liberté est dûment consacrée dans toutes ses composantes. Elle garantit aux citoyens et aux étrangers en situation régulière le droit de circuler librement à l'intérieur de n'importe quel territoire. Elle leur garantit également le droit de quitter n'importe quel pays, y compris le leur, tout en conservant bien évidemment la possibilité d'y revenir.

Nos propos se concentrent précisément sur le droit de ne pas être empêché de quitter le territoire national et d'y revenir. Ce droit garantit aux bénéficiaires le droit de choisir l'Etat de destination. Rappelons que ce droit de départ, pour les nationaux, doit s'accompagner corrélativement d'un droit de retour. C'est ce qui explique en quelque sorte que les textes juridiques affirment simultanément le droit de partir et celui de revenir. De ce fait, si la personne n'est pas assurée de la possibilité de revenir dans son pays le droit de le quitter perd son sens. Ce droit perd également son sens si le bénéficiaire ne recueille pas les documents nécessaires pour exercer ce droit.

Il s'ensuit donc que « L'exercice de liberté d'aller et de venir n'est pas cantonné à l'intérieur des frontières nationales. [...] un Etat ne peut refuser l'accès à son territoire au national, il ne peut non plus s'opposer par principe à la volonté de celui-ci de le quitter »<sup>282</sup>.

La valeur constitutionnelle de cette liberté ne veut aucunement dire qu'il s'agit d'une liberté absolue. Elle se trouve modulée essentiellement pour des raisons d'ordre public.

Tout le problème se résume dans l'obligation d'établir un équilibre entre ladite liberté et la préservation de la sécurité et de l'ordre public de façon générale. Le

282 Louis FAVOREU, Patrick GAÏA, Richard GHEVONTIAN, Ferdinand MELIN-SOUCRANIEN, Annabelle PENA, Otto PFERSMANN, Joseph PINI, André ROUX, Guy SCOFFONI et Jérôme TREMEAU, *Droits des libertés fondamentales*, op. cit., p. 245.

point de départ critique de ce sujet est donc la question relative à la mise en balance entre les aspirations à la liberté et les contraintes sécuritaires.

En se plaçant dans le contexte actuel de lutte contre le terrorisme et de montée des préoccupations sécuritaires, cette conciliation devient très complexe. Nous passons en quelque sorte du terrain de la recherche d'un équilibre à celui d'un « marchandage » entre liberté et sécurité.

Afin d'assurer ce délicat équilibre, les restrictions à la liberté d'aller et de venir doivent respecter un ensemble de conditions prévues par l'article 49 de la Constitution. Toutefois, ces conditions ne semblent pas toujours observées, notamment lorsque l'administration intervient par voie de circulaires et autres mesures internes pour restreindre ce droit.

Donc, sur un plan purement juridique, aucune possibilité de restriction de cette liberté par voie de circulaire n'est concevable. Cependant, sur le plan des faits, cette liberté est hypothéquée par un droit quasi-invisible, faisant planer un doute sur l'existence même de ces circulaires.

Ces mesures se manifestent par l'obligation de fournir une autorisation parentale pour des adultes âgés de moins de 35. Elles se manifestent également par des interdictions administratives de quitter le territoire, prononcées à l'égard de personnes fichées « S17 ».

Il convient de signaler qu'il existe très peu d'informations sur cette fiche et sur toutes les autres fiches « S ». D'après les informations que nous avons pu obtenir, il s'agirait d'une fiche signalétique des personnes suspectées de migration clandestine, de crime organisé et de terrorisme.

Selon Amnesty international : « La mesure de contrôle frontalier dite S17 (S pour «signalisation », le 17 étant le numéro de la directive) a été mise en place dans le cadre de la «Stratégie nationale de lutte contre l'extrémisme et le terrorisme ». Ces mesures sont décidées par la Direction des frontières et des étrangers du ministère de l'intérieur<sup>283</sup>.

A titre de comparaison, en France, il existe 16 fiches « S », la lettre « S » étant l'abréviation de « Sûreté de l'Etat ». Elles sont établies par la direction générale de la sécurité intérieure. Ces fiches constituent « un outil d'alerte » pour surveiller des

283 Amnesty International, « Restrictions arbitraires de la liberté de circulation en Tunisie. « On ne me disait jamais pourquoi » », Rapport du 24 octobre 2018, p. 12.

Ce rapport est disponible sur le site suivant :

<https://www.amnesty.org/fr/latest/news/201810/tunisia-arbitrary-and-abusive-travel-restrictions-breach-human-rights/>

-Notons que cette définition a été fondée sur une réponse du ministre de l'intérieur à « une communication du tribunal administratif relative à une plainte déposée par une personne demandant la levée de son fichage S17 ». Le ministère a souligné que : « Cette mesure fait partie de la stratégie nationale de prévention qui a été mise en place par le gouvernement pour lutter contre le terrorisme. » Extrait d'une décision du tribunal administratif en date du 13 septembre 2017, cas n° 4101430 (traduction non officielle) ». Cf. ledit rapport d'Amnesty International du 24 octobre 2018, p. 12.

personnes qui peuvent, par leur activité, représenter un risque de trouble à l'ordre public.

Traiter des mesures relatives à la libre circulation, pose un véritable problème lié à ce droit: *comment limiter un droit fondamental par de simples mesures administratives ?*

Nous examinons en premier lieu les aspects liberticides de ces circulaires (I), pour aborder ensuite les mécanismes de protection (II).

## **I. Circulaires et droit de quitter le territoire : « une réglementation en contrebande »<sup>284</sup>**

S'il est admis que législateur peut intervenir pour apporter des limitations aux libertés constitutionnellement garanties, il faut qu'il le fasse en respectant les conditions posées par l'article 49 de la Constitution à cet effet, qui sont à la fois d'ordre formel et matériel. Ce conditionnement des restrictions de la liberté montre qu'elle demeure le principe et que la restriction est l'exception. Cette position a fait l'objet d'une jurisprudence abondante de la part du tribunal administratif<sup>285</sup>.

L'ampleur de ce principe est toutefois relativisée par le nombre important de circulaires liberticides méconnaissant le système constitutionnel de limitation des libertés.

Nous analyserons donc d'abord la méconnaissance des conditions formelles des restrictions apportées à la liberté de quitter le territoire national par les circulaires (A), pour analyser ensuite la méconnaissance des conditions matérielles (B).

### **A. Ignorance des conditions formelles des limitations de la liberté de quitter le territoire**

Comme précisé supra, l'article 49 de la Constitution dispose ce qui suit : « [...], la loi fixe les restrictions relatives aux droits et libertés garantis par la Constitution et à leur exercice ». Cette exigence signifie que la restriction doit être légale.

Il est à souligner que cet article est muet sur la signification de la loi. Ce terme doit-il se comprendre dans une acceptation formelle ou dans une acceptation matérielle ?

Sous l'empire de la Constitution de 1959, le juge administratif, après avoir affirmé le droit de tout citoyen à l'obtention d'un passeport, a souligné que ce droit ne pouvait faire l'objet de restriction que par un texte législatif explicite interprété

284 Sana BEN ACHOUR, « Production législative et atrophie du sens normatif : des lois sans qualité », in, Rafaâ BEN ACHOUR (sous dir.), *Le droit constitutionnel normatif. Développements récents*, Bruxelles, Bruylant, 2009, p. 205.

285 TA, aff. n°3879 du 14 mars 1995, SOCIETE KRICHENE ET FILS c/Municipalité de Kasserine Rec, TA, p.128.

strictement<sup>286</sup>.

Après la promulgation de la Constitution de 2014, tout en se basant sur l'article 49 de la Constitution, le juge administratif a confirmé cette position<sup>287</sup>.

A l'inverse de cette position, le juge européen des droits de l'Homme n'est pas très exigeant sur la forme législative de la restriction. Néanmoins, il est très pointilleux quant à sa qualité. Il conditionne la légalité de la restriction par deux critères tenant aux principes de l'accessibilité et de la lisibilité de la loi<sup>288</sup>.

A l'aune de cette jurisprudence, une loi répond à cette condition à partir du moment où les individus disposent de précisions suffisantes et publiques sur la réglementation applicable à un domaine bien défini.

#### **\* De l'accessibilité de la loi de restriction des libertés**

En principe, cette exigence ne devrait poser aucun problème en Tunisie, puisque la loi n° 93-64 du 5 juillet 1993 relative à la publication des textes au Journal Officiel de la République Tunisienne et à leur exécution<sup>289</sup>, prévoit au niveau de son article premier que : « Les lois, les décrets-lois, les décrets et les arrêtés sont publiés au Journal Officiel de la République Tunisienne en langue arabe.

Ils sont publiés également dans une autre langue et ce uniquement à titre d'information.

Les annonces légales et judiciaires sont publiées au Journal Officiel de la République Tunisienne, conformément à la législation en vigueur ».

Cet article n'exige pas la publication des circulaires. Elles ne doivent pas par ailleurs être opposables aux administrés qui ignorent leur existence.

Dans ce cadre, la professeure Sana BEN ACHOUR a traité un ensemble d'obstacles rendant une partie du droit non accessible. Elle a souligné que « La production juridique est atteinte en certaines de ses composantes d'un caractère occulte qui en fait un droit invisible »<sup>290</sup>.

#### **\* De la lisibilité de la loi de restriction des libertés**

La loi apportant des restrictions doit être suffisamment précise et claire. Elle doit « user de termes assez clairs pour indiquer à tous de manière suffisante en quelles circonstances et sous quelles conditions elle habilite la puissance pu-

286 T A, aff., n° 18298 du 10 mai 2001, Arbi c/ Ministre de l'intérieur (Inédit).

287 TA, aff., n°126863 du 18 mars 2014, CHIHAOUI c/Ministre de l'intérieur (Inédit) ; dans cette affaire le juge a souligné que la porte de la barbe par un militaire n'entrave pas en soi le bon fonctionnement du service militaire.

288 CEDH, Affaire the Sunday Times c/Royaume-Uni, arrêt du 26 avril 1979.

289 JORT n°50 du 6 juillet 1993, p. 931.

290 Sana BEN ACHOUR, « Production législative et atrophie du sens normatif : des lois sans qualité », *article précité*, p. 201.

blique à opérer pareille atteinte »<sup>291</sup>.

En revenant au droit de quitter le territoire national, il convient de rappeler qu'il se présente comme l'une des composantes de la liberté de circulation des personnes inscrite à l'article 24 § 2 de la Constitution et expressément confirmée par la loi n° 75-40 du 14 mai 1975 relative aux passeports et aux documents de voyage, dont l'article 3 loi dispose ce qui suit : « Les passeports... assurent la faculté de voyager librement », tandis que son article 13 dispose que : « tout ressortissant tunisien a le droit à l'obtention et au renouvellement d'un passeport »<sup>292</sup>.

Dans ce contexte, le CDH<sup>293</sup> a estimé que pour voyager à l'étranger, il fallait habituellement disposer de documents valables, en particulier un passeport. Le droit de quitter un pays comporte nécessairement celui d'obtenir les documents nécessaires pour voyager<sup>294</sup>. Donc, de ce droit de quitter le territoire, le CDH a déduit un droit à obtenir les documents nécessaires rendant le droit de voyager effectif. Par voie de conséquence, le droit à un passeport est le corollaire du droit de sortie<sup>295</sup>.

Cette position a été adoptée par le conseil d'Etat français en ces termes : « La liberté d'aller et de venir a pour corollaire que toute personne dont la nationalité française et l'identité sont établies, puisse, sous réserve de la sauvegarde de l'ordre public et du respect des décisions d'interdiction prises par l'autorité judiciaire, obtenir, à sa demande, un passeport »<sup>296</sup>.

La cour européenne des droits de l'homme (CEDH) a estimé, à son tour, qu'un droit au passeport découlait de l'article 2 § 2 du Protocole n°4 selon lequel « Toute personne est libre de quitter n'importe quel pays, y compris le sien »<sup>297</sup>.

Après avoir reconnu ce droit de quitter le territoire national, l'article 13 de la loi relative aux passeports et aux documents de voyage a fixé, à titre limitatif, les restrictions de ce droit, dans les termes suivants : « Tout ressortissant tunisien a droit à la délivrance, au renouvellement ou à la prorogation d'un passeport, sous réserve des restrictions suivantes :

a) S'il est mineur ou interdit et ne peut produire une autorisation du représentant légal. Toutefois en cas de désaccord, concernant la délivrance, le renouvelle-

291 CEDH, *Affaire Malone c./Royaume-Uni*, arrêt du 2 août 1984 (§ 67).

292 La loi n° 7540- du 14 mai 1975, relative aux passeports et documents de voyage (JORT n°34 du 20 mai 1975, p 1069 et suivantes), telle que modifiée et complétée par les textes subséquents, notamment par la loi organique n° 201745- du 7 juin 2017 (JORT n°48 du 16 juin 2017, pp. 21412142-).

293 Le conseil des droits de l'Homme des Nations Unies.

294 CDH, *Observation n°27*, liberté de circulation, article 12 du 2 février 1999.

295 Dans ce sens, le CDH a fait observer, dans la communication n° 492/ 1992 du 23 décembre 1991, *Lauri Peltonen c./ Finlande*, que : « le fait d'être titulaire d'un passeport signifie que le titulaire peut « quitter n'importe quel pays, y compris le sien ».

296 CE, ord., 26 avril 2005, *M. Said M'Lamali*, n°279842.

297 CEDH, *Baumann c./France*, 22 mai 2001.

ment ou la prorogation d'un passeport, entre le détenteur de la puissance paternelle et celui des père ou mère qui a la garde du mineur, l'autorité administrative habilitée doit se conformer à la décision du tribunal de première instance territorialement compétent et qui doit être saisi par la partie la plus diligente ;

- b) S'il est en âge d'être astreint aux obligations militaires et ne peut produire une attestation d'exemption ou de sursis;
- c) Sur requête du Parquet, 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.
- d) Pour des raisons d'ordre public et de sécurité, ou de nature à nuire à la bonne réputation de la Tunisie ».

Cet article respecte, a priori, les exigences formelles de limitation des libertés prévues par l'article 49 de la Constitution. Néanmoins, la formule employée par le point « d » dudit article 13 emprunte des termes flous, laissant un large pouvoir discrétionnaire à l'administration, ouvrant ainsi la voie à la manipulation administrative.

Par conséquent, cette formulation ne respecte pas le critère de la lisibilité de la loi, permettant de ce fait à l'administration d'intervenir pour restreindre le droit de quitter le territoire national par voie de circulaire. Ainsi, en contradiction avec les exigences formelles de limitation des libertés, le droit de quitter le territoire est limité par des mesures internes occultes. Ce phénomène s'est accentué suite à la montée des préoccupations liées à la lutte contre le terrorisme. Pourtant, le CDH a rappelé ce qui suit : « La promotion et la protection des droits de l'homme pour tous et la primauté du droit sont essentielles dans la lutte contre le terrorisme, en reconnaissant que des mesures efficaces contre le terrorisme et la protection des droits de l'homme sont des objectifs non pas contradictoires mais complémentaires et synergiques»<sup>298</sup>.

En étudiant ce phénomène de restriction du droit de quitter le territoire national par des circulaires, deux observations paradoxales s'imposent : une impossibilité d'y accéder, d'une part, et des implications très importantes sur le droit de quitter le territoire national, d'autre part.

#### **\* Aspect purement confidentiel de ces circulaires**

La première question qui s'est posée lors de la recherche est celle relative à l'existence de ces circulaires. Autrement dit, des circulaires restreignant le droit de

298 CDH, Résolution du 1<sup>er</sup> avril 2015, (S-23/1), (A/HRC/RES/S-23/1) relative aux atrocités commises par le groupe terroriste Boko Haram et leurs effets sur les droits de l'Homme dans les pays touchés, accessible sur le site suivant : [www.ohchr.org/Documents/HRBodies/HRCouncil/.../A.HRC.RES.S-23.1\\_E.doc](http://www.ohchr.org/Documents/HRBodies/HRCouncil/.../A.HRC.RES.S-23.1_E.doc)

quitter le territoire national ont-elles une existence matérielle ou relèvent-elles de la fiction juridique ?

Il faut souligner que nous avons tenté par tous les moyens d'accéder à ces circulaires, toutefois, nos efforts sont demeurés vains car l'administration a catégoriquement refusé de communiquer toute trace de ces circulaires. Les agents sollicités considèrent qu'il est question d'instructions orales ayant un aspect confidentiel dont la divulgation est strictement interdite.

Suite à cette réaction, nous avons essayé d'introduire une demande d'accès à l'information respectant les conditions prévues par l'article 10 de la loi organique de 2016 n° 22 du 24 mars 2016, relative au droit d'accès à l'information<sup>299</sup>. Toutefois, la demande n'a même pas été acceptée.

Dans ce contexte, une journaliste a présenté une requête devant l'Instance d'accès à l'information ayant pour objet l'obtention d'une version papier des statistiques portant sur ce procédé notamment le nombre de personnes concernées ainsi que leur répartition sur le territoire tunisien depuis sa mise en fonctionnement.

Dans les motifs de défense, le ministre de l'Intérieur a fondé son refus sur l'article 24 de la loi relative à l'accès à l'information précisément l'exception tenant « à la protection de sa vie privée [et] ses données personnelles ».

L'instance a rendu une décision favorable à la requête tout en contraignant le ministre de l'Intérieur à délivrer une version papier des statistiques portant sur ce procédé<sup>300</sup>. Nous espérons donc que le ministère se conforme à cette décision.

Nous avons eu néanmoins quelques informations orales sur les raisons d'être de ces procédures, dont la procédure « S17 ».

En conclusion, le droit de quitter le territoire national est limité pas des mesures internes méconnues par ses destinataires, alors que « Nul n'est censé ignorer la loi » !

A titre de comparaison, nous relevons que plusieurs pays renforcent incessamment leur arsenal législatif de lutte contre le risque de terrorisme. Dans ce contexte, la France admet, en vertu de la loi du 21 décembre 2012, la possibilité de poursuivre des Français commettant des actes terroristes à l'étranger ou partant s'entraîner avec des groupes Djihadistes. Elle a adopté une nouvelle loi, le 13 novembre 2014, consacrant la possibilité de décider une interdiction administrative de sortie du territoire national.

Ainsi, le ministre de l'intérieur est en mesure de prononcer pour une durée

299 Cf. JORT n° 26 du 29 mars 2016, p. 949.

300 Instance d'accès à l'information, aff. n° 2512018/, du 4 octobre 2018, Amal MEKKI c/ Ministre de l'intérieur.



maximale de six mois, renouvelable à condition de ne pas excéder un total de vingt-quatre mois, une interdiction de quitter le territoire français à l'encontre de ressortissants français sur la base de l'existence de « raisons sérieuses » permettant de suspecter la possibilité de rejoindre des groupes terroristes, ce qui peut conduire à des atteintes à la sécurité publique lors de leur retour.

Cette interdiction de sortie aboutit à l'invalidation, à titre conservatoire, du passeport et de la carte d'identité des personnes concernées.

Cette procédure, introduite par un texte législatif, a suscité d'importantes critiques relatives à l'autorité compétente pour décider une telle mesure, à la date de la notification de la décision et à caractère non contradictoire<sup>301</sup>.

### \* Indices reflétant l'existence de ces circulaires

Notre investigation a eu pour fondement les déclarations officielles du ministre de l'intérieur devant les membres de l'assemblée des représentants du peuple, suite à une question écrite adressée par un député, le témoignage de plusieurs personnes qui ont été assujetties à ces procédures, des rapports d'organisations non gouvernementales telles que Human Rights Watch<sup>302</sup>, Amnesty International<sup>303</sup>, le Réseau d'observation de la justice<sup>304</sup> et l'Observatoire des droits et libertés de Tunisie<sup>305</sup>.

Dans le cadre d'une réponse à une question orale au sujet de ces restrictions<sup>306</sup>, le ministre de l'intérieur a précisé devant le parlement, le 10 février 2018, que ces mesures avaient pour but d'empêcher les individus visés de rejoindre des groupes armés extrémistes à l'étranger et qu'elles étaient fondées sur l'article 13 de la loi de 1975 relative aux passeports qui fixe les restrictions légales pouvant restreindre

301 Cf. Emmanuel DREYER, « Les restrictions administratives à la liberté d'aller et de venir des personnes suspectées de terrorisme », In *La Gazette du Palais*, 24 février 2015, n° 55, p. 22.

302 Human Rights Watch, « Tunisie : Restrictions arbitraires à la liberté de voyager », juillet 2015.

Ce rapport est disponible sur le site suivant :

<https://www.hrw.org/fr/news/201510/07/tunisie-restrictions-arbitraires-la-liberte-de-voyager>

303 Amnesty International, « Rapport 20162017/ ».

Ce rapport est disponible sur le site suivant :

[https://amnestyfr.cdn.prismic.io/amnestyfr%2Fbce7b7687-cc9424-c-96545-db02f1c9c9b\\_air201617-french\\_2017-embargo.pdf](https://amnestyfr.cdn.prismic.io/amnestyfr%2Fbce7b7687-cc9424-c-96545-db02f1c9c9b_air201617-french_2017-embargo.pdf)

Cf. aussi <https://www.amnesty.org/download/Documents/MDE3049112017FRENCH.PDF>

Cf. également : Amnesty International, « Restrictions arbitraires de la liberté de circulation en Tunisie. « On ne me disait jamais pourquoi » », *Rapport précité*.

304 Réseau d'observation de la justice, « Lutte contre le terrorisme et pratiques judiciaires en Tunisie : le procès équitable à l'épreuve », décembre 2016.

Ce rapport est disponible sur le site suivant :

[https://issuu.com/avocatsansfrontieres/docs/lutte\\_contre\\_le\\_terrorisme\\_et\\_prati](https://issuu.com/avocatsansfrontieres/docs/lutte_contre_le_terrorisme_et_prati)

305 Observatory of Rights freedoms of Tunisia, Report on border procedures", octobre 2016.

Ce rapport est disponible sur le site suivant :

<http://www.odl.tn/wp-content/uploads/201611/Report-on-Border-Procedures.pdf>

306 Cf. <https://www.youtube.com/watch?v=O9Rnzvlg7hA>

le droit au passeport.

Il a également évoqué le décret n°1975-342 relatif aux attributions du ministère de l'intérieur, l'état d'urgence et la loi organique n° 2015-26 du 7 août 2015 relative à la lutte contre le terrorisme et la répression du blanchiment d'argent<sup>307</sup> qui prévoit dans son article premier que « La présente loi organique vise à prévenir et à lutter contre le terrorisme, le blanchiment d'argent. Elle soutient également les efforts internationaux dans ce domaine, conformément aux normes internationales, et dans le cadre des conventions internationales, régionales et bilatérales ratifiées par la République tunisienne ».

L'article 2 de cette loi conditionne l'intervention des autorités publiques chargées d'appliquer cette loi par « le respect des garanties constitutionnelles et les conventions internationales, régionales et bilatérales ratifiées par la République tunisienne, dans le domaine des droits de l'Homme, de la protection des réfugiés et du droit international humanitaire ».

À la lumière de ces deux articles, nous relevons que la loi ne traite pas la question sécuritaire et les libertés fondamentales en termes de prévalence, mais impose l'adoption d'une approche conciliatrice tenant compte des deux variables de cette équation.

Le ministre a en outre invoqué les articles 32, 33 et 34 de la loi précitée, en tant que fondements des procédures frontalières. Or, ces articles fixent les délits et les peines et, ce faisant, l'on se trouve dans une situation d'application de sanctions avant jugement.

Dans ce même ordre d'idées, le ministre de l'Intérieur a affirmé, dans les motifs de défense présentés à l'Instance d'accès à l'information, que la procédure de signalisation frontalière connue sous l'appellation « S17 » est un procédé administratif préventif consistant en l'obligation incombant aux agents de la police frontalière de se concerter avec le ministère de l'Intérieur avant de permettre aux personnes concernées par cette procédure de quitter le territoire tunisien. Ce procédé est pris en cas d'existence d'informations ou de soupçons sur la possibilité de déplacement de personnes et surtout des jeunes vers les pays considérés à risque. Il concerne également ceux qui ont déjà visité ces pays ou contre ceux qui ont contribué à des conflits armés dans ces pays<sup>308</sup>.

Or, si l'on admet le raisonnement du ministre, encore faudrait-il que les mesures détaillées dans la circulaire soient connues du grand public pour lui être opposable, ce qui n'est manifestement pas le cas, dans la mesure où elles demeurent occultes !

307 JORT n°63 du 7 août 2015, pp.17351761-.

308 Instance d'accès à l'information, aff. n° 2512018/, du 4 octobre 2018, précitée.

Ceci étant posé, l'on constate, de plus, que la teneur de ces mesures contredit également les conditions substantielles de limitation des libertés.

## **B. Méconnaissance des conditions substantielles**

Mis à part les conditions formelles prévues par l'article 49 de la Constitution, l'autorité de limitation doit observer un ensemble d'exigences d'ordre substantiel, dont les principes de nécessité et de proportionnalité de toute mesure restrictive dans un Etat civil et démocratique<sup>309</sup>.

Ainsi, le principe de nécessité exige que le texte introduisant une ou plusieurs restrictions montre que la mesure prise est indispensable pour atteindre l'objectif poursuivi et qu'il n'y a pas autre moyen pour le réaliser.

Le juge administratif considère que la condition de nécessité est respectée lorsqu'il n'y a pas d'autre moyen moins restrictif pour sauvegarder l'ordre public. Cette position se confirme par l'annulation de toute mesure basée sur des interdictions d'ordre général<sup>310</sup>.

Les mesures frontalières limitant le droit de quitter le territoire sont purement occultes<sup>311</sup>. Nous ne pouvons pas, a priori, contrôler leur nécessité. Toutefois, il est possible d'examiner le respect de cette condition, en revenant à la déclaration du ministre de l'intérieur, précitée, ainsi qu'aux rapports établis par des ONG.

En ce qui concerne l'exigence de la nécessité, le ministre de l'intérieur a affirmé que ces mesures avaient pour objectif d'empêcher des personnes de rejoindre des groupes armés extrémistes à l'étranger.

Toutefois, ces procédures revêtent un caractère général car, depuis 2013, pour des raisons sécuritaires, les autorités de police empêchent d'une manière arbitraire des citoyens de voyager à l'étranger tout en se basant sur des critères assez flous.

Ainsi, lesdites procédures empêchent toute personne, homme ou femme, âgée de moins de 35 ans de voyager vers certains pays considérés à risque, sauf en cas d'autorisation parentale. Ces pays sont principalement le Maroc, l'Algérie, la Syrie, la Turquie, la Jordanie, l'Irak et l'Égypte, la Serbie.

Rappelons qu'en conformité avec l'article 13 de la loi relative aux passeports, l'autorisation parentale n'est exigée que pour les mineurs.

---

309 Cf. Amnesty international, « Des mesures disproportionnées. L'ampleur grandissante des politiques sécuritaires dans les pays de l'UE est dangereuse », 2017, pp. 176-.

Cet article est disponible sur le site suivant :

[https://amnestyfr.cdn.prismic.io/amnestyfr%2Fd2f8ee9f-2ec34-c3a-acea-02acc9cb3c10\\_eur\\_01\\_5342\\_2017\\_ext\\_fra-final.pdf](https://amnestyfr.cdn.prismic.io/amnestyfr%2Fd2f8ee9f-2ec34-c3a-acea-02acc9cb3c10_eur_01_5342_2017_ext_fra-final.pdf)

310 TA, aff. n°1317 du 18 avril 1988, Hachmi ALLANI c/Président de la Municipalité de Sousse, Rec. T.A, p.51

311 Cf. Amnesty International, « Restrictions arbitraires de la liberté de circulation en Tunisie. « On ne me disait jamais pourquoi » », Rapport du 24 octobre 2018, pp. 1214-.

Dans ce contexte, la CEDH a considéré qu' « une interdiction de quitter son propre pays, infligée pour une infraction à la législation sur l'immigration d'un autre État, peut passer pour justifiée dans certaines situations impérieuses, mais (...) l'imposition automatique d'une telle mesure, sans prise en compte des circonstances propres à l'intéressé, ne peut être qualifiée de nécessaire dans une société démocratique »<sup>312</sup>.

Le droit de quitter le territoire est également limité par la fameuse procédure « S17 » imposant aux autorités des frontières de consulter le ministère avant d'autoriser l'entrée ou la sortie de toute personne dont l'identité figure dans une base de données établie sur base de critères méconnus.

Selon Human Rights Watch cette mesure a été appliquée, depuis 2013, à l'encontre d'environ cent mille citoyens. Les personnes concernées sont notamment celles ayant bénéficié de l'amnistie générale en vertu du décret-loi n° 2011-1, ainsi que celles ayant été suspectées dans le cadre d'affaires terroristes<sup>313</sup>.

L'Observatoire des droits et libertés de Tunisie a mené une étude de terrain sur les cas couverts par la procédure frontalière « S17 ». L'étude a porté sur 524 cas répartis dans toutes les régions de la République et a montré ce qui suit :

- 96% des cas sont des hommes.
- 93% appartiennent au groupe d'âge entre 20 et 40 ans.
- 58% des cas sont mariés.<sup>314</sup>

Pour sa part, le ministre de l'intérieur a estimé que « grâce » à cette mesure, 29 000 personnes auraient été empêchées de rejoindre des groupes terroristes à l'étranger<sup>315</sup>.

Soulignons que le ministre de l'Intérieur a déclaré qu'il n'est pas en mesure de fournir des statistiques portant sur le nombre de personnes concernées par la mesure « S17 » car il n'y a pas de liste précise des personnes sujettes à cette procédure<sup>316</sup>.

En fonction de ce qui précède, le caractère général de ces mesures semble vider le droit de quitter le territoire national de sa substance et viole la condition de nécessité dans un Etat civil et démocratique, surtout le principe de la proportionnalité de la mesure prise au but poursuivi.

---

312 CEDH, *Stamose c./ Bulgarie*, requête 29713/05, recueil 2012, 27 novembre 2012, §36.

313 Human Rights Watch, « Tunisie : Restrictions arbitraires à la liberté de voyager », rapport précité.

314 Observatory of Rights freedoms of Tunisia, Report on border procedures», rapport précité.

315 Cf. Réalités Online du 29 janvier 2018, article disponible sur le site suivant : <https://www.realites.com.tn/201801//plus-de-29-mille-tunisiens-ont-ete-interdits-de-voyager-2017/>

316 Cf. Les motifs de défenses présentés par le ministre de l'intérieur à l'occasion de l'affaire rendue par l'Instance d'accès à l'information 4 octobre 2018 (Décision précitée).

Notons finalement que la promulgation de la loi organique n° 2017-45 du 7 juin 2017, modifiant et complétant la loi n° 75-40 du 14 mai 1975 relative aux passeports et documents de voyage reflète un renforcement patent de la liberté de circulation dans sa dimension internationale, dans la mesure où elle renforce les garanties offertes aux inculpés face à l'ordonnance d'une interdiction de voyage par le juge.

Toutefois, la restriction de ce droit par voie de circulaires uniquement fondées sur l'existence supposée de raisons sérieuses de penser que la personne visée projeterait des déplacements à l'étranger liés à une activité criminelle, constitue un affaiblissement latent de cette liberté, qui la fait passer du rang d'un droit constitutionnellement protégé à une grâce ou une tolérance administrative soumise à autorisation préalable.

*Comment est-il possible de se protéger contre ce phénomène ?*

## **II. Circulaires et droit de quitter le territoire : mécanismes de protection**

Etudier la protection de cette liberté nous incite principalement à examiner l'apport du juge en tant que protecteur initial des libertés de façon générale. Dans ce cadre, le professeur WACHSMANN a souligné que « Dans la plupart des systèmes, c'est au juge qu'est dévolu l'essentiel de la mission de protéger les libertés contre les atteintes susceptibles de les affecter »<sup>317</sup>. Dans ce même ordre d'idées, l'article 49 de la Constitution dispose ce qui suit : « Les instances juridictionnelles assurent la protection des droits et libertés contre toute atteinte ». Il en est de même de l'article 102 de la Constitution (A). Cette protection juridictionnelle est renforcée par un ensemble de mesures non juridictionnelles (B).

### **A. Mécanismes juridictionnels**

Nous focaliserons notre attention sur l'apport du juge administratif comme étant le gardien naturel de la liberté d'aller de venir, car protéger cette liberté « revient [essentiellement] à limiter les pouvoirs de police et à encadrer les restrictions que les forces policières seraient tentées de décider pour assurer la sauvegarde de l'ordre »<sup>318</sup>.

Il est évident que l'exercice des libertés n'est pas sans limite, il peut faire l'objet de restriction pour assurer un équilibre entre les différentes exigences de la vie en commun. Au nom de l'article 49 de la Constitution, le juge est donc appelé à statuer sur la légalité, la légitimité, la nécessité et la proportionnalité de la mesure restrictive de la liberté.

317 Patrick WACHSMANN, *Les libertés publiques*, Dalloz, 3<sup>e</sup> édition, 2000, p. 113.

318 Louis FAVOREU, Patrick GAÏA, Richard GHEVONTIAN, Ferdinand MELIN-SOUCRANIEN, Annabelle PENA, Otto PFERSMANN, Joseph PINI, André ROUX, Guy SCOFFONI et Jérôme TREMEAU, *Droits des libertés fondamentales*, *op. cit.*, p. 246.

Le juge administratif doit essayer d'établir un juste équilibre entre la liberté de circulation et la prévention de l'ordre public.

Au regard de la Constitution de 1959, tout comme sous l'égide de la Constitution de 2014, le juge a réussi à développer une position protectrice de cette liberté. Cette protection débute par la reconnaissance d'un droit à l'obtention d'un passeport par tout citoyen. Ainsi, le juge a affirmé qu'en application de l'article 13 de la loi de 1975, tout citoyen avait le droit d'obtenir un passeport.

Le juge a ajouté ce qui suit : « Les autorités compétentes, à savoir celles de l'Etat dont la personne a la nationalité, ont une obligation de délivrer ce document même si le citoyen ne réside pas sur le territoire de son Etat de nationalité ».<sup>319</sup>

Le juge a précisé également que ce droit ne pouvait faire l'objet de restriction que par un texte législatif explicite. Il a souligné également que les exceptions devaient faire l'objet d'une interprétation stricte<sup>320</sup>.

Dans ce contexte, le CDH a souligné également que « La pratique des États montre souvent que les règles de droit et les mesures administratives portent atteinte au droit de l'individu de quitter un pays, en particulier le sien. Il importe donc au plus haut point que les États parties indiquent toutes restrictions légales et concrètes au droit de quitter le territoire qu'ils appliquent tant aux nationaux qu'aux étrangers, afin de permettre au Comité d'évaluer la conformité de ces règles et pratiques avec le paragraphe 3 de l'article »<sup>321</sup>.

Cette même position a été confirmée après la promulgation de la Constitution de 2014. Ainsi, en se basant sur l'article 49 de la Constitution, le juge administratif a considéré que la limitation des droits et libertés ayant un statut constitutionnel ne pouvait avoir lieu qu'à travers une loi et non pas à travers une circulaire<sup>322</sup>.

Il s'ensuit que le terme « loi », figurant à l'article 49 de la Constitution, doit se comprendre dans une acception formelle et non matérielle. Par conséquent, la limitation doit être prise sous la forme d'un texte émanant du législateur et non pas par des circulaires.

A titre de comparaison, la CEDH retient une acception matérielle du terme « loi » figurant dans la clause de limitation des libertés. Donc, elle s'intéresse peu à l'autorité émettrice de la règle, mais exige que cette dernière soit accessible et intelligible.

---

319 TA, aff. n° 18298, du 10 mai 2001, Arbi c./ Ministre de l'intérieur (Inédit).

320 Ibid.

321 CDH, observation n°27, Liberté de circulation, du 18 octobre 1999.

Cette observation est disponible sur le site suivant :

<http://hrlibrary.umn.edu/gencomm/french/f-gencom27.html>

322 TA, aff. n°126863 du 18 mars 2014, CHIHAOUI c./Ministre de l'intérieur (inédit) ; dans cette affaire le juge a souligné que le port de la barbe par un militaire n'entravait pas en soi le bon accomplissement par ce dernier de son service militaire (Inédit).

Au sujet de la possibilité de restreindre ce droit et précisément au sujet de l'interprétation du point « d » de l'article 13 de la loi de 1975, le juge a estimé que « le maintien de la réputation du pays ou l'existence des recours contre l'intéressé ne doivent être utilisés par l'administration comme excuse pour le retrait du passeport »<sup>323</sup>.

Le tribunal administratif a considéré que « la sanction d'interdiction du territoire prononcée contre le citoyen par un Etat étranger n'est pas suffisante en soi pour prendre une décision de retrait du passeport puisque la durée de l'interdiction a expiré »<sup>324</sup>.

Le juge a estimé que « le renouvellement de passeport est un droit inhérent à la citoyenneté »<sup>325</sup>.

Reste à préciser qu'en principe, il n'y a pas de formalités de sortie. Toute personne peut donc librement quitter le territoire de tout Etat, sous réserve du respect des contrôles aux frontières. Toutefois, la détention de documents de voyage n'a pas empêché les autorités de police d'interdire à des personnes de voyager. Plusieurs décisions ont été rendues par le juge administratif pour protéger ce droit contre l'arbitraire administratif.

Ces décisions sont rendues soit dans le cadre du sursis à exécution, soit sur le fond.

Dans une décision rendue le 23 janvier 2017, le tribunal administratif a prononcé le sursis à exécution d'une décision administrative limitant le droit de voyager sans aucun motif. Le juge a estimé que faute de motivation de la part de l'administration, sa décision devait être annulée<sup>326</sup>.

Le juge a considéré que « le droit de voyager est l'un des droits fondamentaux de tout citoyen tunisien. Ce droit est l'une des composantes de la liberté de circulation des personnes qui est consacrée explicitement par l'article 24 de la Constitution ». Le juge ajoute que « les restrictions doivent être légales. Elles doivent être interprétées d'une manière restrictive ». Il a estimé que « les autorités de police doivent permettre au juge de connaître les motifs de la décision afin de pouvoir contrôler la

---

323 TA, aff. BOU AZIZ c./ Ministre de l'intérieur du 22 février 1988 (Inédit) ; TA, aff. n°1/ 16579 du 22 octobre 2010, Mohamed EL HABIB c/ Ministre de l'intérieur (Inédit) ; TA, aff. n°1/ 18509 du 19 novembre 2009, Ali BEL AIIDI c/ Ministre de l'intérieur (Inédit).

324 TA, aff. M. K. c/ Ministre de l'intérieur du 21 décembre 1999 (Inédit).

325 TA, aff., SAE, n°712123, du 24 avril 2013 (Inédit).

326 TA, SAE, 23 janvier 2017 (Inédit).

proportionnalité de la mesure restrictive avec le but poursuit »<sup>327</sup>.

Nous ne pouvons que saluer cette position protectrice adoptée par le juge administratif. Toutefois, ses jugements se heurtent souvent à des difficultés d'exécution liées à la mauvaise volonté de l'administration.

Si l'on y ajoute les problèmes découlant de l'inefficacité de la procédure de sursis en matière de protection des droits et des libertés, l'action, même couronnée de succès, devient inopérante de facto car le mal est déjà fait<sup>328</sup>.

Afin de surmonter ces difficultés, un ensemble de mécanismes non juridictionnels interviennent pour préserver ce droit.

### B. Mécanismes non-juridictionnels

Ces mécanismes sont principalement la vigilance citoyenne, l'intervention de la société civile, ainsi que le contrôle exercé par les membres du Parlement au moyen des questions orales et écrites adressées aux membres du gouvernement.

En ce qui concerne le rôle des citoyens, il convient de noter qu'en interrogeant plusieurs personnes ayant subi ces restrictions, nous avons remarqué que la quasi-totalité des personnes ont délivré l'autorisation parentale demandée en dépit de l'absence d'un fondement juridique. D'autres ont subi une interdiction de voyager malgré la délivrance des différents documents. Toutefois, elles n'ont pas porté plainte pour défendre leur droit.

Ce comportement passif de la part du citoyen est de nature à encourager l'administration à poursuivre cette démarche. Nous invitons donc, par la présente, les citoyens à être plus vigilants envers les ingérences administratives illégales. Un véritable droit de résistance et une désobéissance à ce genre de pratique doivent être adoptés par les concernés.

Dans ce contexte, la société civile et les défenseurs des droits de l'homme sont appelés à jouer un rôle important afin de sensibiliser les citoyens à ce genre de pratiques ayant des effets très néfastes sur l'établissement de l'Etat de droit.

327 TA, aff., n°139186, du 14 juillet 2015, MAKRAM BEN AMMAR c/ Ministre de l'Intérieur (Inédit).

وحيث أن الحق في السفر من الحقوق الأساسية لكل مواطن تونسي لارتباطه بحرية التنقل إلى خارج البلاد التونسية التي ضمنها الفصل 24 من الدستور، وبالتالي فإنه لا يسوغ إهداره إلا في حدود ما يجيزه القانون صراحة، على أن تؤول الاستثناءات التي تنال من هذا الحق تأويلاً ضيقاً. كما أن ما تستأثر به المصالح الأمنية من سلطة في تقدير ما إن كان السماح بسفر العارض من شأنه النيل من الأمن القومي التونسي أو من النظام العام أو من سمعة البلاد دون إقرار حق القاضي الإداري في بسط رقابته عليها حتى لا يؤول الأمر إلى إطلاق يدها وإعفاء أعمالها من الخضوع إلى مبدأ الشرعية» -TA, aff., n°122836 du 4 juin 2015, MOHAMED BADER FAYDI c/ Ministre de l'Intérieur (Inédit).

وحيث من المستقر عليه فقها وقضاء أن الحق في الحصول على جواز سفر من الحقوق الأساسية المكفولة لكل مواطن تونسي لارتباطه المباشر بحرية التنقل داخل البلاد وخارجها التي كفلها الفصل 10 من دستور غرة جوان 1959 المنطبق زمن القيام بالدعوى الماثلة والمكرس حالياً صلب الفصل 24 من الدستور الجديد، والتالي لا يسوغ هذا الحق أو الحد منه إلا في حدود ما يجيزه القانون صراحة، على أن تأول الاستثناءات التي تحول دون تمكين المواطن من هذا الحق تأويلاً ضيقاً.

328 Il faut noter que le législateur français a remplacé cette procédure par la procédure du référé-liberté.



Ces organisations mettent l'accent sur les violations des droits fondamentaux de façon générale et du droit de quitter le territoire national pour ce qui nous concerne.

A ce sujet, différentes ONG nationales et internationales interviennent pour défendre ce droit contre des violations systématiques. C'est d'ailleurs dans ce contexte que l'Association Tunisienne de défense des libertés individuelles (ADLI) organise cette étude. Citons également Human Rights Watch<sup>329</sup>, Amnesty International<sup>330</sup>, le Réseau d'Observation de la Justice<sup>331</sup> et l'Observatoire des droits et libertés de Tunisie<sup>332</sup>.

Nous ne pouvons que saluer l'initiative de la journaliste qui a présenté une requête devant l'Instance d'accès à l'information afin d'astreindre le ministère de l'Intérieur à rendre publique les statistiques portant sur la mesure « S 17 »<sup>333</sup>. La société civile doit continuer à exercer ses pressions contre le ministère de l'Intérieur afin de pousser le ministère à se conformer à cette décision et surtout pour réformer cette procédure. La réforme doit avoir pour objectif l'intégration de cette procédure dans le cadre de la loi relative aux passeports et l'exigence d'une procédure juridictionnelle avant le recours à cette procédure.

Ces efforts de la part de la société civile ont contribué à l'abrogation de plusieurs circulaires liberticides dont la fameuse circulaire de 5 novembre 1973 portant sur l'interdiction du mariage d'une tunisienne avec un non-musulman.

Cette pression exercée par la société civile est renforcée par le contrôle exercé sur le pouvoir exécutif par le parlement. Ce contrôle exercé par les membres de l'Assemblée des représentants du peuple emprunte la voie des questions orales et écrites sur la base des articles 145 et 146 du règlement intérieur de l'assemblée<sup>334</sup>.

Dans le cadre de cette procédure, les ministres de l'Intérieur qui se sont succédés

329 Human Rights Watch, « Tunisie : Restrictions arbitraires à la liberté de voyager », *article précité*.

330 Amnesty International, « Rapport 20162017/ », *rapport précité*.

331 Réseau d'Observation de la Justice, « Lutte contre le terrorisme et pratiques judiciaires en Tunisie : le procès équitable à l'épreuve », *article précité*.

332 Observatory of Rights freedoms of Tunisia, "Report on border procedures", *rapport précité*.

333 Cf. L'affaire rendue par l'Instance d'accès à l'information le 4 octobre 2018 (Décision précitée).

334 L'article 145 du règlement intérieur de l'ARP dispose ce qui suit : « Un ou plusieurs membres peuvent poser des questions écrites d'une manière concise aux membres du gouvernement par l'intermédiaire du Président de l'Assemblée des représentants du peuple. Le Bureau de l'Assemblée transmet la question écrite au gouvernement dans un délai ne dépassant pas huit (8) jours à partir de sa réception. Le Bureau charge l'un de ses membres de suivre cette mission. Le gouvernement fait parvenir la réponse au Président de l'Assemblée dans un délai ne dépassant pas dix (10) jours à partir de la réception de la question. Le Président de l'Assemblée livre une copie de la réponse au membre concerné et autorise la publication de la question et la réponse écrite du gouvernement au Journal Officiel des délibérations de l'Assemblée des représentants du peuple, ainsi que sur le site électronique de l'Assemblée. Chaque membre ayant posé des questions écrites peut les retirer avant de recevoir une réponse ».

L'article 146 dudit règlement dispose que « Tout membre peut, au cours d'une séance plénière, adresser des questions orales aux membres du gouvernement. Pour ce faire, le membre remet au Président de l'Assemblée une notification écrite indiquant le sujet de ses questions et le membre du gouvernement auquel les questions sont adressées. Le gouvernement est informé des sujets des questions et de la date de la séance plénière consacrée aux réponses, à condition qu'elle se tienne dans un délai ne dépassant pas quinze (15) jours ».

ont été invités à répondre à des questions orales et écrites portant sur les procédures frontalières interdisant à des citoyens tunisiens de quitter le territoire. Ainsi, le ministre de l'Intérieur a souligné au mois de février 2018 qu'une réforme de la procédure « S 17 » était en cours depuis le 14 octobre 2017 et que le ministère avait adopté une approche participative impliquant les experts en la matière afin d'atténuer les implications sur les droits et libertés des citoyens<sup>335</sup>.

Il est à noter qu'à l'occasion d'une autre question écrite présentée par l'un des députés au sujet de cette procédure « S 17 », portant plus précisément sur le nombre de terroristes concernés par cette procédure, le ministre a concentré ses propos sur les fondements juridiques de cette procédure et concernant les chiffres, a considéré que ces données avaient un caractère sécuritaire, ce qui empêchait leur divulgation<sup>336</sup>.

(quelles réformes ?? cette dernière phrase n'a pas un lien évident avec ce qui précède, elle gagnerait à être revue) La mise en œuvre de réformes portant sur la procédure « S17 » n'a pas l'air de se concrétiser du moins dans un avenir prochain. D'ailleurs, le fait de poser la même question au ministre montre que rien n'a changé et que cette pratique est toujours en vigueur.

Toutefois, la position du ministre reflète que ce type de contrôle, combiné avec les efforts de la société civile, exerce une pression certaine sur l'administration.

### Conclusion

En guise de conclusion, nous tenons à souligner que la publication de mesures internes ayant des répercussions sur les droits et libertés est indispensable. Nous soulignons également l'importance d'établir une approche conciliatrice respectant en même temps les exigences de la liberté et celles de la sécurité, en tenant notamment compte des conditions prévues par l'article 49 de la Constitution.

---

335 Cf. à ce propos la question orale adressée par le député Meher MADHOUB au ministre de l'intérieur en date de 10 février 2018 au sujet de la procédure « S17 », <https://www.youtube.com/watch?v=O9Rnzvlg7hA>

336 Cf. à ce propos la question écrite adressée par le député Yassin AYARI au ministre de l'intérieur en date de 23 mars 2018 au sujet de la procédure « S17 ». La question ainsi que la réponse sont accessibles sur le site suivant : [http://www.arp.tn/site/main/AR/docs/reponses\\_gov/202.pdf](http://www.arp.tn/site/main/AR/docs/reponses_gov/202.pdf)

## Bibliographie sommaire

### *Ouvrages*

- ALBERTINI Pierre (dir.), La qualité de la loi. Expériences françaises et européenne, Paris, Editions Mare et Martin, « Collection droit public », 2015.
- CHAGNOLLAUD Dominique et DRAGO Guillaume (dir.), Dictionnaire des droits fondamentaux, Paris, Dalloz-Sirey, 2010.
- D'HAEM Rudolph, L'entrée et le séjour des étrangers en France, Paris, PUF, « Que sais-je ? », 1ère édition, 1999.
- DOLLAT Patrick, Libre circulation des personnes et citoyenneté européenne : enjeux et perspectives, Bruxelles, Bruylant, 1998.
- FAVOREU Louis (coll., dir.), Droit des libertés fondamentales, Paris, Dalloz, 7e édition, 2015.
- HAMON Francis et TROPER Michel, Droit constitutionnel, Paris, LGDJ, 2016-2017, 37e éditions.
- ISRAEL Jean-Jacques, Droit des libertés fondamentales, Paris, L.G.D.G., 1998.
- JADOUL Pierre et MIGNON Eric, Le droit des étrangers : statuts, évolution européenne, droits économiques et sociaux, Bruxelles, Publications des facultés universitaires Saint-Louis Bruxelles, 1993.
- LATOUR Xavier et PAUVET Bertrand, Libertés publiques et droits fondamentaux, Paris, Studyrama, 2006.
- MONTFORT Pascal, Le contentieux de la rétention administrative des étrangers en instance d'éloignement, Paris, L'Harmattan, 2003.
- RIVERO Jean et MOUTOUH Hugues, Libertés publiques, tome 1, Paris, PUF, 9e éditions, 2003.
- TONEV STRATULA Victoria, La liberté de circulation des travailleurs en question : réflexion à partir des nouveaux États de l'UE, Paris, L'Harmattan, 2005.
- TURPIN Dominique, Libertés publiques et droits fondamentaux, Paris, Editions du Seuil, 2004.
- WACHSMANN Patrick, Les libertés publiques, Paris, Dalloz, 3e édition, 2000.

### *Articles*

- BEN ACHOUR Sana, « Production législative et atrophie du sens normatif : des lois sans qualité », in Rafaâ BEN ACHOUR (sous dir.), Le droit constitutionnel normatif. Développements récents, Bruxelles, Bruylant, 2009, pp. 187-217.
- BEN JEMIA Monia, « Migrations et droits », Revue tunisienne des sciences juridiques, politiques et sociales, n°1-2014, pp. 7-18.
- BERRAMDANE Abdelkhaleq, « L'ordre public et les droits fondamentaux en droit communautaire de l'union européenne », in Mélanges offerts au doyen Yves MADIOT, Bruylant, 2001, pp.157-198.
- BLANCHARD Emmanuel, « La « libre circulation » : retour sur le « monde d'hier », Plein

- droit, 2018/1 (n° 116), pp. 3-7.
- DREYER Emmanuel, « Les restrictions administratives à la liberté d'aller et de venir des personnes suspectées de terrorisme », In La Gazette du Palais, 24 février 2015, n° 55, p. 22.
  - FINES Francette, « Liberté d'aller et venir », Jurisclasseur administratif, Fasc. 204, mise à jour au 4 janvier 2010.
  - GEBRE Emnet, « Nationaux et étrangers face au voyage : une comparaison sous l'angle des droits de l'homme », in Lycette CONDE (dir.), Variations juridiques sur le thème du voyage, Toulouse, Presses de l'Université de Toulouse 1 Capitole, LGDJ, 2015, pp. 115-131.
  - LOSCHAK Danièle, « L'étranger et les droits de l'homme », in Mélanges offerts à Robert-Edouard CHARLIER, Editions de l'Université et de l'enseignement moderne, 1981, pp. 615-633.
  - MZOUGHJI Chaker, « La Constitution tunisienne et la liberté de circulation », Cahiers politique et droit, n°7, juin 2012, pp. 1-15.
  - PACTEAU Bernard, « Droit de quitter la France et droit de quitter la nationalité française. Développements contentieux récents », RFDA, 1989, pp.194 et suivants.
  - RAUX Cédric, « La protection de la liberté d'aller et venir par la Cour Constitutionnelle de Russie », in RFDC, 2005-2, n°62, pp. 311-328.
  - ROLIN François et SLAMA Serge, « Les libertés dans l'entonnoir de la législation anti-terroriste », AJDA, 2006. p.975.
  - ROUX André, « L'accessibilité et l'intelligibilité de la loi », in Rafaâ BEN ACHOUR (dir.), Le droit constitutionnel normatif. Développements récents, Bruxelles, Bruylant, 2009, pp. 155-172.
  - SAID Chafik, « L'exercice des « pouvoirs exceptionnels » en Tunisie », RTD, 1985, pp.369-396.
  - TURPIN Dominique, « L'autorité judiciaire gardienne de la liberté individuelle », AJDA, 1983.p.654.

## مقالات باللغة العربية

عبد الفتاح عمر، «مسألة التوازن بين الحرية و السلطة في الدستور التونسي»، م ق ت، 1983 ص.17-25

وحيد الفرشيبي، «استئناف تونس تعلن الحقوق والحريات الأساسية غير قابلة للإلغاء»، المفكرة القانونية، 2 أفريل 2013.



الاسمى للجمهوريتا التونسية



# Circulaires et accès

# aux services de santé

Mme. Hanène TURKI<sup>1</sup>

1 Maître-assistante à l'Université de Tunis El Manar- Faculté de Droit et des Sciences Politiques de Tunis.

« *Le droit et la loi, telles sont les deux forces : de leur accord naît l'ordre, de leur antagonisme naissent les catastrophes* »<sup>337</sup>

La réflexion sur l'harmonisation de l'ensemble des textes juridiques à la lumière de la nouvelle Constitution est une question primordiale, car il est essentiel de mettre en place un arsenal juridique protecteur des droits humains en vue de lutter contre toutes les formes de discrimination.

L'examen de certaines circulaires du paysage juridique tunisien démontre l'existence d'une contradiction par rapport à l'actuelle Constitution, à certaines conventions internationales et même à certaines lois. Dans le cadre de cette réflexion, l'étude se focalise sur l'incohérence en matière de droit d'accès aux services de santé. Ainsi, le droit à la santé, en tant que « droit de jouir du meilleur état de santé possible »<sup>338</sup> et de pouvoir se soigner est consacré par plusieurs conventions internationales et régionales relatives aux droits de l'Homme<sup>339</sup>. En effet, « la santé est un droit fondamental de l'être humain, indispensable à l'exercice des autres droits de l'être humain. Toute personne a le droit de jouir du meilleur état de santé susceptible d'être atteint, lui permettant de vivre dans la dignité »<sup>340</sup>.

Le droit à la santé comporte inclusivement l'accès aux services de santé, mais il est essentiel de souligner que la concrétisation de ce droit est fortement liée à notre environnement, aux conditions économiques et sociales dans lesquelles nous vivons.

Selon l'article 38 de la Constitution tunisienne du 27 janvier 2014 : « Tout être humain a droit à la santé. L'État garantit la prévention et les soins de santé à tout citoyen et assure les moyens nécessaires à la sécurité et à la qualité des services de santé. L'État garantit la gratuité des soins pour les personnes sans soutien ou ne disposant pas de ressources suffisantes. Il garantit le droit à une couverture sociale conformément à ce qui est prévu par la loi ». Cet article reconnaît le caractère universel du droit à la santé, la responsabilité de l'Etat étant de garantir la prévention et les soins à tous les citoyens.

337 Victor HUGO, *Le droit et la loi*. Introduction au livre Actes et Paroles. Paris, Michel Lévy frères éditeurs, 1875, chap. II, pp. V-VIII.

338 Définition de l'OMS.

339 Article 251/ de la Déclaration universelle des droits de l'Homme, article 121/ du Pacte international relatif aux droits économiques, sociaux et culturels, article 5 de la Convention internationale sur l'élimination de toutes les formes de discrimination raciale de 1965, articles 11 et 12 de la Convention sur l'élimination de toutes les formes de discrimination à l'égard des femmes de 1979, l'article 24 de la Convention relative aux droits de l'enfant de 1989. D'autres instruments régionaux de protection des droits de l'Homme ont également consacré le droit à la santé, notamment la Charte africaine des droits de l'homme et des peuples de 1981 (art. 16) et le Protocole additionnel à la Convention américaine relative aux droits de l'homme traitant des droits économiques, sociaux et culturels de 1988 (art. 10).

340 Conseil économique et social des Nations Unies, *Le droit au meilleur état de santé susceptible d'être atteint*, le 11 août 2000.

A cet effet, il est important de rappeler les dispositions de l'article 1<sup>er</sup> de la loi n° 91-63 du 29 juillet 1991 relative à l'organisation sanitaire qui affirme que « toute personne a le droit à la protection de sa santé dans les meilleures conditions possibles ». En fait, la garantie du droit à la santé passe par la prévention, la sensibilisation et implique le droit d'avoir accès aux services de santé.

Par conséquent, le droit à la santé comporte des libertés et des droits. En ce qui concerne les libertés, elles garantissent le droit à l'intégrité et le droit de l'être humain de contrôler sa propre santé et son propre corps. ; tandis que les droits garantissent l'accès à un système de protection de la santé permettant à toute personne, sur un pied d'égalité, la possibilité de jouir du meilleur état de santé possible<sup>341</sup>.

En réalité, l'accès aux services de soins dépend de plusieurs facteurs, précisément de la gestion et l'organisation du système de santé. Certes, cet accès aux services de soins « peut être représenté comme un continuum, dans lequel la disponibilité, l'accessibilité, l'acceptabilité, le contact et l'efficacité jouent tous un rôle. Dans le monde réel, la proportion de personnes qui bénéficient de services de santé est déterminée par des variations dans la disponibilité ou l'efficacité des services et par les difficultés dans leur utilisation. Les difficultés dans l'utilisation sont causées par des valeurs et des croyances, des facteurs sociaux et culturels et dans certains systèmes par l'incapacité de payer »<sup>342</sup>.

A cet effet, on relève l'importance d'adopter une approche de la santé fondée sur les droits humains qui « fournit des stratégies et des solutions pour affronter et rectifier les inégalités, les pratiques discriminatoires »<sup>343</sup>. Dans cette perspective, il faut insister sur le rôle de l'Etat dans la définition d'une politique de santé publique<sup>344</sup> qui doit veiller « sur la santé de la population dans le but de permettre le développement harmonieux de ses facultés physiques et mentales et de son adaptation au milieu naturel et à l'environnement social du pays par la lutte contre les causes de détérioration du bien-être physique ou mental qui peut l'affecter individuellement ou collectivement »<sup>345</sup>.

---

341 Organisation Mondiale de la Santé (OMS), *Santé et droits de l'homme*, 27 décembre 2017. Disponible sur : <http://www.who.int/mediacentre/factsheets/fs323/fr/>

342 (A.) LOVETT, (R.) HAYNES, (G.) SÜNNENBERG & (S.) GALE, "Car travel time and accessibility by bus to general practitioner services: a study using patient registers and GIS", *Social Science & Medicine*, N°55, Vol. 1, 2002, pp. 97111-.

343 Organisation Mondiale de la Santé (OMS), *précité*.

344 Selon (F.) BOURDILLON, (G.) BRUCKER et (D.) TABUTEAU, la santé publique est « un ensemble de savoirs, de savoir-faire, de pratiques et de règles juridiques qui visent à connaître, à expliquer, à préserver, à protéger et à promouvoir l'état de santé des personnes », « Définitions de la santé publique », In (F.) BOURDILLON, (G.) BRUCKER et (D.) TABUTEAU. (dir.), *Traité de santé publique*, Flammarion, 2<sup>ème</sup> édition, 2007, p.2. A titre comparatif, le législateur français a promulgué une loi relative à la politique de santé publique (loi n°2004806- du 9 août 2004, relative à la politique de santé publique, JORF n°185 du 11 août 2004 p.14277). Voir à ce propos, l'article L. 1411-1 du Code de la santé publique.

345 Article 1<sup>er</sup> du décret n° 741064- du 28 novembre 1974, relatif à la définition de la mission et des attributions du ministère de la santé publique (JORT du 3 décembre 1974, p.2653).



Dès lors, la protection de la santé n'est pas seulement un droit, mais un devoir. Les pouvoirs publics sont tenus de garantir à toute personne un accès égal et sans discrimination aux services de santé en vue de préserver la dignité humaine.

La consécration constitutionnelle du droit à la santé et l'adoption de lois qui préservent les droits humains, notamment la loi organique n° 2016-61 du 3 août 2016, relative à la prévention et la lutte contre la traite des personnes<sup>346</sup> et la loi organique n° 2017-58 du 11 août 2017, relative à l'élimination de la violence à l'égard des femmes<sup>347</sup>, devraient être accompagnées par des mesures concrètes qui préservent la dignité humaine. Ce concept adopté par la nouvelle Constitution reflète la dimension protectrice des droits humains. On peut affirmer que ce concept constitue un moyen fondamental de respect des droits protecteurs de l'Homme, notamment le droit à la santé.

L'étude de l'ensemble des textes juridiques en la matière révèle l'existence d'une incohérence, voire d'hésitations à garantir le caractère universel du droit d'accès aux services de santé.

En effet, on relève l'existence de circulaires limitant l'accès gratuit aux services de soins, notamment la circulaire n°16 du 27 février 2001, relative au traitement antirétroviral et la circulaire n°11 du 31 janvier 2002, relative aux services de santé liés au contrôle de la tuberculose. Ces circulaires révèlent une incohérence, une contradiction entre les principes énoncés par la Constitution, les Conventions internationales et les dispositions de la loi n° 92-71 du 27 juillet 1992 relative aux maladies transmissibles<sup>348</sup>.

Il est essentiel de rappeler que « les vraies circulaires sont normalement interprétatives et interviennent dans le sillage d'une norme juridique préexistante : loi, décret, arrêté dont elles précisent le sens ; elles n'ont pas de caractère décisive »<sup>349</sup>. Elles constituent un moyen de diffusion de l'information. En effet, le ministre tend généralement à travers une circulaire à éclairer le sens de certains textes<sup>350</sup> et à unifier l'action des différents services et établissements sous tutelle. Elle est donc destinée aux services administratifs et n'est pas opposable aux administrés.

Mais on relève que la « toute-puissance »<sup>351</sup> de la circulaire a dépassé le cadre légal jusqu'à limiter l'accès gratuit aux services de santé. De plus, ce sujet met

346 (JORT, N°66 du 12 août 2016, p.2524).

347 (JORT, N°65 du 15 août 2017, p.2604).

348 Loi n° 9271- du 27 juillet 1992, relative aux maladies transmissibles, (JORT, N°50 du 31 juillet 1992, p.939), telle que modifiée et complétée par la loi n° 200712- du 12 février 2007 (JORT n°14 du 16 février 2007, p.484).

349 J. MORAND-DEVILLER, P. BOURDON et F. POULET, *Droit administratif*, Paris, LGDJ, Lextenso éditions, 2017, p.396.

350 Voir : TA, 1<sup>ère</sup> instance, Aff. n°19636 du 17 avril 2001 (*non publié*).

351 Expression empruntée à J. MORAND-DEVILLER, P. BOURDON et F. POULET, *Droit administratif*, Paris, LGDJ, Lextenso éditions, 2017, p.396.

en exergue la place du droit souterrain<sup>352</sup> dans un Etat de droit, car les circulaires constituent parfois « une maladie organique de l'administration »<sup>353</sup>. Elles ont une importance pratique dans la mesure où « les services tendent fréquemment à se comporter comme si la Constitution, les engagements internationaux (...), les lois et les décrets, n'avaient de portée effective que pour autant qu'une circulaire a réitéré ces normes et expliqué aux agents comment elles doivent être mises en œuvre »<sup>354</sup>.

La stratégie adoptée par certains ministères, notamment le ministère de la santé, consiste simplement à publier les circulaires sur le site du ministère, ce qui garantit certes le droit à l'information, mais tout en portant atteinte au caractère universel du droit d'accès aux services de santé concernant les maladies transmissibles, notamment le VIH et la tuberculose<sup>355</sup>. L'engagement politique a permis de réduire le taux de contagion, mais des efforts de prévention, de soins et de traitement sont nécessaires, afin de permettre à toutes les personnes vivant sur le territoire tunisien d'accéder aux soins et aux médicaments. La généralisation des activités de sensibilisation et de prévention est également fondamentale, car il vaut mieux prévenir que guérir.

En approfondissant l'examen des circulaires délimitant l'accès aux services de santé, nous avons constaté l'existence d'une contradiction entre ces documents et les textes juridiques en la matière, ainsi que l'occultation irrationnelle de plusieurs principes fondamentaux (I) ; ce qui justifie la nécessité de lutter contre les dispositions discriminatoires et de préserver le caractère universel des droits de l'homme et la dignité humaine (II).

## I. La limitation de l'accès aux services de santé par des circulaires

La garantie du droit d'accès aux services de santé dépend incontestablement de certains principes, notamment de la mise à disposition par l'Etat de services de santé appropriés, accessibles et de qualité. De ce fait, toutes les personnes ont le droit d'avoir accès aux services de santé conformes à l'éthique médicale. La circulaire n°16 du 27 février 2001, relative aux traitements antirétroviraux et la circulaire n°11 du 31 janvier 2002, relative aux services de santé liés au contrôle de la tuberculose ont restreint l'accès des étrangers aux soins gratuits.

---

352 P. COMBEAU, « Etat de droit, démocratie administrative et droit souterrain », in *Démocratie et administration*, actes du colloque des 1011- octobre 2011, Tunis, Ed. Latrach, 2014, p.145.

353 M. YMBERT, *Mœurs administratives*, Ladvocat, 1825.

354 M. LOMBARD et G. DUMONT, *Droit administratif*, Paris, Dalloz, 2011, p.54.

355 Arrêté du ministre de la santé du 1<sup>er</sup> décembre 2015 fixant la liste des maladies transmissibles à déclaration obligatoire (JORT n°97 du 4 décembre 2015, p.2912).

Par conséquent, des principes protecteurs ont été de manière déraisonnable ignorés par ces circulaires, contrairement aux droits proclamés par la Constitution et aux principes énoncés par les textes juridiques, notamment la loi relative aux maladies transmissibles, la loi relative à l'organisation sanitaire et le Code de déontologie médicale (A). La gravité de ces maladies nécessite de généraliser la prise en charge des soins et du traitement au profit des personnes démunies, notamment les étrangers résidant en Tunisie, parmi lesquels essentiellement les migrants et les réfugiés (B).

## A. Des principes protecteurs abandonnés

Le défi aujourd'hui est de lutter contre la discrimination liée au statut sérologique d'une personne. La communauté internationale a affirmé, depuis la Déclaration d'engagement adoptée le 27 juin 2001, lors de la session extraordinaire de l'Assemblée générale des Nations Unies sur le VIH/SIDA, l'existence d'un consensus mondial sur la nécessité de lutter contre la stigmatisation et la discrimination liées au SIDA. Ladite Déclaration affirme que le combat contre la discrimination est une condition préalable, sinon essentielle, à l'efficacité de la préservation et de la prise en charge, et confirme que la discrimination liée au statut sérologique d'une personne constitue une violation des droits de l'Homme.

Le principe de non-discrimination permet d'assurer la garantie des droits de l'Homme sans aucune discrimination « fondée sur la race, la couleur, le sexe, la langue, la religion, l'opinion politique ou toute autre opinion, l'origine nationale ou sociale, la fortune, la naissance ou toute autre situation comme le handicap, l'âge, la situation matrimoniale et familiale, l'orientation sexuelle et l'identité sexuelle, l'état de santé, le domicile ou la situation économique et sociale »<sup>356</sup>. Selon la charte du patient, toute personne a droit à la protection de sa santé dans les meilleures conditions possibles, sans discrimination en raison de sa religion, de son sexe, de sa couleur, de son âge, ou de sa position socio-économique, en tenant compte de la spécificité de certaines catégories des patients dont l'état de santé nécessite une priorité de prise en charge conformément à la législation en vigueur à l'instar des cas d'urgences, les personnes handicapées, les personnes âgées, les enfants et les

356 L'article 2 de la Déclaration universelle des droits de l'Homme dispose ce qui suit : « 1) Chacun peut se prévaloir de tous les droits et de toutes les libertés proclamés dans la présente Déclaration, sans distinction aucune, notamment de race, de couleur, de sexe, de langue, de religion, d'opinion politique ou de toute autre opinion, d'origine nationale ou sociale, de fortune, de naissance ou de toute autre situation. 2) De plus, il ne sera fait aucune distinction fondée sur le statut politique, juridique ou international du pays ou du territoire dont une personne est ressortissante, que ce pays ou territoire soit indépendant, sous tutelle, non autonome ou soumis à une limitation quelconque de souveraineté ». L'article 2 du Pacte relatif aux Droits civils et politiques dispose pour sa part que : « (1) Les Etats parties au présent Pacte s'engagent à respecter et à garantir à tous les individus se trouvant sur leur territoire et relevant de leur compétence les droits reconnus dans le présent Pacte, sans distinction aucune, notamment de race, de couleur, de sexe, de langue, de religion, d'opinion politique ou de toute autre opinion, d'origine nationale ou sociale, de fortune, de naissance ou de toute autre situation. [...] ». Voir aussi Comité des droits économiques, sociaux et culturels, Observation générale n° 20, La non-discrimination dans l'exercice des droits économiques, sociaux et culturels, 2009

femmes enceintes<sup>357</sup>.

Par conséquent, les établissements de santé sont dans l'obligation de traiter les malades sans aucune discrimination, sur un pied d'égalité et dans les mêmes conditions, conformément à l'éthique médicale. Selon l'article 3 du Code de déontologie médicale « le médecin doit soigner avec la même conscience tous ses malades sans discrimination aucune »<sup>358</sup>. De ce fait, les médecins devraient traiter tous les patients avec la même conscience et sans discrimination. Ceci dit, « tous les patients ont droit aux soins, à l'écoute et aux conseils du médecin, et ce avec le même dévouement et sans discrimination aucune »<sup>359</sup>.

Les principes de respect des droits de la personne et celui de la non-discrimination ont été repris par la loi du 27 juillet 1992. Ainsi, selon l'article 1<sup>er</sup> de la loi n°92-71 du 27 juillet 1992 relative aux maladies transmissibles, telle que modifiée et complétée par la loi n°2007-12 du 12 février 2007 : « nul ne peut faire l'objet de mesures discriminatoires à l'occasion de la prévention ou du traitement d'une maladie transmissible »<sup>360</sup>.

Mais la « toute-puissante » circulaire n°16 du 27 février 2001 relative au traitement triple antirétroviral en a décidé autrement. Elle prévoit la gratuité du traitement triple antirétroviral dans les centres hospitalo-universitaires au profit des malades tunisiens résidant en Tunisie qui ne bénéficient pas d'une couverture sociale.

La contradiction relevée dans cette circulaire tient au fait que d'une part elle reconnaît l'importance de ce traitement pour les personnes séropositives, mais justifie la restriction par des raisons financières. Par contre, la circulaire n°11 du 31 janvier 2002, relative aux services de santé liés au contrôle de la tuberculose reconnaît la gratuité des soins uniquement aux citoyens tunisiens. Il faut rappeler ici les dispositions de l'article 9 de la loi n°92-71 du 27 juillet 1992, relative aux maladies transmissibles, selon lequel toute personne se sachant atteinte d'une maladie transmissible (dont la liste figure en annexe jointe à ladite loi) est tenue de se faire examiner et traiter par un médecin. Toute personne reconnue atteinte de l'une de ces maladies (...), peut se voir enjoindre par l'autorité sanitaire d'avoir à se traiter régulièrement et d'en faire la preuve par la production de certificats médicaux aux dates fixées par la même autorité sanitaire<sup>361</sup>.

---

357 Article 1 de la Charte du patient.

358 Décret n° 931155- du 17 mai 1993, portant code de déontologie médicale, J.O.R.T, N° 40 des 28 mai et 1<sup>er</sup> juin 1993, p.764.

359 Charte du patient. disponible sur le lien suivant: <http://www.santetunisie.rns.tn/images/articles/chartepatient.pdf>

360 (JORT n°14 du 16 février 2007, p.484).

361 Voir l'arrêté du ministre de la santé du 1er décembre 2015, fixant la liste des maladies transmissibles à déclaration obligatoire (JORT n°97 du 4 décembre 2015, p.2912).

Dans ce sens, l'article 10 de ladite loi ajoute que les personnes ayant fait l'objet de l'injonction prévue à l'article précédent doivent suivre le traitement, soit auprès d'un médecin de libre pratique de leur choix, soit dans une structure sanitaire publique désignée par l'autorité sanitaire. Dans ce dernier cas, la prise en charge du malade se fait à titre gratuit. Ce droit a été confirmé par un décret de 1993 qui a annoncé l'engagement de financer le traitement des maladies transmissibles<sup>362</sup>.

Il est donc important de mettre en œuvre une politique d'égalité. L'État doit garantir aux personnes malades toutes les formes de protection sans discrimination. Les contraintes financières ne justifient pas la limitation de l'accès aux traitements des maladies transmissibles. Quel est le sort des personnes de nationalité étrangère démunies vivant avec le VIH et qui se trouvent en situation irrégulière?

La préservation de l'ordre public sanitaire nécessite la prise en charge de ces personnes vivant avec le VIH/sida. En réalité, « le droit à la santé intéresse, d'une part, l'individu quant à la nécessité de créer les conditions qui sont à même d'assurer les soins et les prestations médicaux en cas de maladie et, d'autre part, la collectivité quant à son droit à prévenir, traiter et combattre les maladies graves et épidémiques comme les maladies transmissibles »<sup>363</sup>. De plus, la dignité humaine, les droits de l'Homme et les libertés fondamentales doivent être pleinement respectés. De même, les intérêts et le bien-être de l'individu devraient l'emporter sur le seul intérêt de la science ou de la société<sup>364</sup>.

En effet, la préservation de ce droit constitue le fondement du respect de la dignité humaine<sup>365</sup>. Pour cette raison, le cadre juridique nécessite d'être modifié en vue de protéger les droits des migrants, des personnes de nationalité étrangère VPH (VIH) ?? ou atteintes de tuberculose.

## B. Des droits occultés

La défense des droits humains par les juristes est appuyée par l'affirmation des médecins ayant une expérience dans la lutte contre l'épidémie de VIH, qui confirment que « la promotion et la protection des droits de l'Homme représentent une composante essentielle de la prévention de la transmission du virus et de la diminution de ses répercussions médicales et sociales »<sup>366</sup>. Toute personne a le droit d'accéder aux services de santé, aux traitements pour préserver sa dignité. En fait,

362 Décret n°932451- du 13 décembre 1993, fixant les conditions et formes de la déclaration des maladies transmissibles et des décès dû à ces maladies (JORT n°97 du 21 décembre 1993, p.2140).

363 Avis du Conseil constitutionnel n°272006-, sur un projet de loi modifiant et complétant la loi n°9271- du 27 juillet 1992, relatives aux maladies transmissibles (JORT n°14 du 16 février 2007, p.486).

364 Article 3 de la Déclaration universelle sur la bioéthique et les droits de l'Homme, 19 octobre 2005.

365 Selon l'article 23 de la Constitution de 2014 « *L'Etat protège la dignité de l'être humain et son intégrité physique* ».

366 (M-A.) MESRATI, (N.) HAJ SALEM, (M.) BOUSSAID, (Y.) MAHJOUH, (A.) CHADLY et (A.) AISSAOUI, « Droits et devoirs des patients atteints du virus d'Immuno-Déficiência humaine (VIH) en Tunisie », *La Tunisie Médicale* - 2017 , Vol 95 (n°05) ,318-325. Disponible sur le lien suivant : [http://www.latunisiemedicale.com/article-medicale-tunisie\\_3233\\_fr](http://www.latunisiemedicale.com/article-medicale-tunisie_3233_fr)

l'accès au traitement est certes un moyen primordial de traitement, mais aussi de prévention contre la propagation des maladies transmissibles.

Il existe en droit tunisien des acquis en faveur des droits des PWIH<sup>367</sup>, mais il demeure crucial de préserver le caractère universel du droit d'accès aux services de santé et de porter assistance aux personnes vulnérables.

Selon la circulaire du ministre de la santé Publique n°16 du 27 février 2001 « le diagnostic, le suivi des malades et la prestation des soins comprenant la fourniture des médicaments traitant les affections opportunistes et les médicaments antirétroviraux sont gratuits et à la charge de l'Etat », mais ces services sont réservés uniquement aux malades résidant en Tunisie. De ce fait, les étrangers rencontrent des difficultés pour accéder gratuitement à ce traitement<sup>368</sup>. Or, il est essentiel de rappeler que la législation tunisienne ne fait pas de distinction entre les nationaux et les étrangers. Les établissements publics hospitaliers et sanitaires doivent, selon l'article 2 du décret n° 81-1634 du 20 novembre 1981 portant règlement général intérieur des hôpitaux, instituts et centres spécialisés relevant du ministère de la santé publique, assurer à tout patient hospitalisé les examens de diagnostic, leur prise en charge thérapeutique et leur isolement prophylactique.

En vue de limiter l'impact de ces circulaires, le comité technique pour la prévention et la lutte contre le sida, a permis l'accès des migrants à la trithérapie, en privilégiant les étudiants<sup>369</sup> et les femmes enceintes<sup>370</sup>. Donc, les hommes et les femmes n'ayant pas le statut d'étudiant et les femmes non enceintes rencontrent toujours des difficultés pour accéder gratuitement aux traitements.

Le problème se pose aussi pour les migrants n'ayant pas de couverture sociale, surtout lorsqu'il n'existe pas de convention entre la Tunisie et leur pays d'origine et la situation s'aggrave pour les migrants en situation irrégulière. Sur le plan juridique d'autres lacunes concernent la couverture sociale même pour les tunisiens, car le VIH/SIDA ne figure pas sur la liste des affections prises en charge intégrale-

367 (W.) FERCHICHI, *Appui aux droits humains des personnes vivant avec le VIH en Tunisie*, Tunis, ADLI et ATP+, avec le soutien de la Heinrich Böll Stiftung et le Global Found, Décembre 2017, p.6. Disponible sur le lien suivant : [http://www.adlitn.org/sites/default/files/4.2\\_etude\\_droits\\_humains\\_des\\_pvih\\_synthese\\_fr\\_ang.pdf](http://www.adlitn.org/sites/default/files/4.2_etude_droits_humains_des_pvih_synthese_fr_ang.pdf)

368 Selon la loi n°68-7 du 8 mars 1968 relative à la condition des étrangers en Tunisie, les étrangers sont « *les personnes qui ne sont pas de nationalité tunisienne, soient qu'elles aient une nationalité étrangère, soit qu'elles n'aient pas de nationalités* » (JORT, 812- mars 1968, p.251).

369 Voir à ce propos voir la note commune du ministre de la santé et du ministre de l'éducation n°80 du 7 octobre 2015 garantit la couverture sanitaire pour les élèves libyens et syriens. Disponible sur le lien suivant:<http://www.santetunisie.rns.tn/images/docs/anis/cir2016/cir813.pdf>

370 Rapport, Médecins sans frontières, *Plaidoyer pour l'accès des migrants au droit de la santé en Tunisie*, décembre 2016, p. 52. Disponible sur le lien suivant: [https://dujeoqn176qs.cloudfront.net/sites/www.doktersvandewereld.be/files/publicatie/attachments/rapport\\_plaidoyer\\_mdm\\_tunisie.pdf](https://dujeoqn176qs.cloudfront.net/sites/www.doktersvandewereld.be/files/publicatie/attachments/rapport_plaidoyer_mdm_tunisie.pdf)

ment<sup>371</sup> par la Caisse Nationale d'Assurance Maladie<sup>372</sup>.

Ceci dit, la garantie de la couverture universelle des soins est incontestablement importante. La couverture sanitaire universelle est une « situation dans laquelle toutes les personnes et toutes les communautés bénéficient des services de santé dont elles ont besoin sans se heurter à des difficultés financières. Elle englobe la gamme complète des services de santé essentiels de qualité, qu'il s'agisse de la promotion de la santé, de la prévention, des traitements, de la réadaptation et des soins palliatifs »<sup>373</sup>. Elle a pour objectif de permettre à toutes les personnes un accès aux services de santé, notamment pour les maladies chroniques. L'accès universel au traitement constitue un moyen de la prévention et de la lutte contre les maladies transmissibles.

L'objectif lancé par le programme de développement durable à l'horizon 2030, adopté par l'Assemblée Générale des Nations Unies en septembre 2015, est de mettre fin à l'épidémie de sida, à la tuberculose, au paludisme et aux maladies tropicales négligées et combattre l'hépatite, les maladies transmises par l'eau et autres maladies transmissibles d'ici 2030. La stratégie mondiale du secteur de la santé contre le VIH (2016-2021) a un rôle déterminant dans l'instauration de la couverture sanitaire universelle conformément aux objectifs du développement durable. Il est donc clair que ces circulaires sont incompatibles avec le cadre stratégique.

## II. La garantie d'un accès universel aux services de santé

La politique poursuivie en Tunisie depuis quelques années est de lutter contre la propagation des maladies transmissibles en vue de préserver l'ordre public sanitaire. Les pouvoirs publics ont pu mettre en place un cadre stratégique conforme aux engagements internationaux, mais la mise en œuvre de la loi de 1992 relative aux maladies transmissibles a mis en relief une hésitation à généraliser un accès universel aux services de santé (A). Cependant, la stratégie de lutte contre les maladies transmissibles nécessite la mise en place d'un cadre de partenariat efficace, afin de déceler les limites d'accès aux services de santé (B).

371 Arrêté conjoint du ministre des affaires sociales, de la solidarité et des Tunisiens à l'étranger et du ministre de la santé publique du 25 juin 2007, portant fixation de la liste des affections lourdes ou chroniques prises en charge intégralement par la Caisse nationale d'assurance maladie (JORT n°51 du 26 juin 2007, p.2228).

372 Loi n°200471- du 2 août 2004, portant institution d'un régime d'assurance maladie, (JORT n°63 du 6 août 2004, p.2228), telle que modifiée par la loi n°201747- du 15 juin 2017 (JORT n°50 du 23 juin 2017, p.2244).

373 Définition de l'OMS (31 décembre 2017): [http://www.who.int/fr/news-room/fact-sheets/detail/universal-health-coverage-\(uhc\)](http://www.who.int/fr/news-room/fact-sheets/detail/universal-health-coverage-(uhc))

Voir Fonds mondial, *La couverture sanitaire universelle*, décembre 2017. Disponible sur le lien suivant : [https://www.theglobalfund.org/media/7045/publication\\_universalhealthcoverage\\_focuson\\_fr.pdf?u=636651702350000000](https://www.theglobalfund.org/media/7045/publication_universalhealthcoverage_focuson_fr.pdf?u=636651702350000000)

## A. La responsabilisation des pouvoirs publics

Récemment, un plan stratégique national de lutte contre le sida et les maladies sexuellement transmissibles (2018-2022) a été adopté, élaboré par le ministère de la santé en collaboration avec différents intervenants (Organisation Mondiale de la Santé et Programme Onusien de lutte contre le sida). Il vise à renforcer la prévention des ces maladies à travers le dépistage<sup>374</sup> et le diagnostic précoce, la réduction des nouvelles infections par le VIH et les maladies sexuellement transmissibles, la réduction de la mortalité liée au VIH en offrant une prise en charge sanitaire, psychologique et sociale. L'objectif est aussi de défendre les droits des personnes vivant avec ces maladies.

La démarche poursuivie a pu réduire le taux de mortalité liée au SIDA<sup>375</sup>. Le plan stratégique a démontré qu'avec « l'amélioration de la notification des cas de VIH/SIDA, l'introduction et la généralisation de la trithérapie depuis l'année 2000 et l'augmentation de l'offre de conseil et du dépistage du VIH par l'ouverture de 25 centres de conseil et de dépistage anonyme et gratuit depuis 2009, nous comptons chaque année plus d'infections à VIH que de décès liés au SIDA et par conséquent une progression continue du nombre de PVVIH »<sup>376</sup>.

Cette stratégie est appuyée par l'adhésion de la Tunisie à la Déclaration politique sur le VIH/sida selon laquelle il convient d'« accélérer la riposte pour lutter contre le VIH et mettre fin à l'épidémie de sida d'ici à 2030 »<sup>377</sup>. Donc, cette stratégie s'inscrit dans la dynamique internationale pour l'atteinte des objectifs mondiaux de lutte contre le sida, dont l'échéance est fixée à 2030 par les États membres des Nations Unies. L'objectif a été lancé depuis 2011 en vue d'atteindre trois objectifs clés : Zéro nouvelle infection, Zéro décès lié au sida, Zéro discrimination<sup>378</sup>.

374 Voir à ce sujet l'arrêté du ministre de la santé publique du 18 novembre 2008 fixant la liste des centres et établissements sanitaires dans lesquels le dépistage anonyme des infections par VIH/SIDA est effectué de façon volontaire, (JORT n°94 du 21 novembre 2008, p.3638), tel que modifié par l'arrêté du ministre de la santé publique du 4 sept. 2009 (JORT n°73 du 11 septembre 2009, p.2685) et l'arrêté de la ministre de la santé publique du 25 mars 2011 (JORT n°21 du 29 mars 2011, p.388).

375 « *Malgré la tendance globale à la stabilisation de l'incidence du VIH/SIDA depuis le début de l'épidémie, l'évolution se profile selon les périodes par trois caractéristiques :*

De 1986 à 1994 : le nombre de nouveaux cas a tendance à augmenter pour atteindre un premier pic de 92 nouveaux cas en 1994 correspondant à une incidence de 1,05000 100/ Habitants ;

De 1995 à 2008 : Une tendance à la baisse avec une incidence de 0,51000 100/ Habitants en 2008 ;

De 2009 à 2013 : Une tendance à l'augmentation avec un pic de 100 nouveaux cas en 2013 correspondant à une incidence de 0,85/100 000 Habitants ».

Source : Plan stratégique National de la riposte au VIH/sida et aux IST, 20152018- en Tunisie, p.9. Disponible sur : [http://www.leaders.com.tn/uploads/FCK\\_files/PSN%20\(1\)%20\(1\)201520%2018-version%20finale.pdf](http://www.leaders.com.tn/uploads/FCK_files/PSN%20(1)%20(1)201520%2018-version%20finale.pdf)

376 Plan stratégique national de riposte au VIH/SIDA et aux IST (2015-2018) en Tunisie, p.9. Disponible sur : [http://www.leaders.com.tn/uploads/FCK\\_files/PSN%20\(1\)%20\(1\)201520%2018-version%20finale.pdf](http://www.leaders.com.tn/uploads/FCK_files/PSN%20(1)%20(1)201520%2018-version%20finale.pdf)

377 Résolution de l'Assemblée Générale des Nations Unies n° 76266/ du 8 juin 2016. Disponible sur : [http://www.unaids.org/sites/default/files/media\\_asset/2016-political-declaration-HIV-AIDS\\_fr.pdf](http://www.unaids.org/sites/default/files/media_asset/2016-political-declaration-HIV-AIDS_fr.pdf)

378 Plan stratégique national de riposte au VIH/SIDA et aux IST (2015-2018) en Tunisie, p.3. Disponible sur le lien suivant : [http://www.leaders.com.tn/uploads/FCK\\_files/PSN%20\(1\)%20\(1\)201520%2018-version%20finale.pdf](http://www.leaders.com.tn/uploads/FCK_files/PSN%20(1)%20(1)201520%2018-version%20finale.pdf)



Plusieurs mesures ont été prises en vue de limiter la contagion<sup>379</sup>, à travers un système de surveillance épidémiologique<sup>380</sup> et l'intervention de plusieurs structures, notamment la direction des soins de santé de base du ministère de la Santé, les services hospitaliers des maladies infectieuses, qui reçoivent et soignent les personnes atteintes par le VIH; ou encore les services de gynécologie obstétrique qui reçoivent les jeunes filles et jeunes femmes souffrantes désirant se faire soigner ou conseiller.

De plus, l'Office national de la famille et de la population (« planning familial ») fait de grands efforts en matière d'information et de sensibilisation des jeunes<sup>381</sup>. Mais le VIH continue à avoir un impact disproportionné sur les populations clés en Tunisie<sup>382</sup> (travailleuses du sexe -TS- et leurs clients ; hommes ayant des rapports sexuels avec les hommes -HSH-, usagers de drogues injectables -UDI-) et le programme de prise en charge du VIH doit prendre en compte cette réalité en s'adaptant aux besoins spécifiques de ces populations<sup>383</sup>.

A cet effet, « l'utilisation du concept de priorisation, fondée sur une analyse croisée du profil épidémiologique de la Tunisie, du contexte de vulnérabilité et de la disponibilité des ressources (financières, humaines et logistiques), mène vers une logique d'offre de services focalisée sur les zones et les populations qui en ont le plus besoin. Ainsi, le passage à l'échelle de certaines interventions à haut impact se fera en fonction de la dynamique de l'épidémie et de l'incidence des nouvelles infections. En ce qui concerne la prise en charge des enfants et des femmes enceintes, d'importants efforts sont également nécessaires car il est aujourd'hui inacceptable que des enfants continuent d'être infectés par le VIH alors que des moyens efficaces existent pour prévenir leur infection. Comme il est inacceptable que leur accès aux soins soit moindre que celui des adultes »<sup>384</sup>.

379 Décret n° 94534- du 28 février 1994, relatif aux mesures à prendre dans les établissements d'enseignements, les crèches et jardins d'enfants et koutteb pour la prophylaxie des maladies contagieuses.

380 Décret n°20053294- du 19 décembre 2005, portant création de l'Observatoire national des maladies nouvelles et émergentes et fixant son organisation administrative et financière ainsi que les modalités de son fonctionnement (JORT n°102 du 23 décembre 2005, p.3788).

381 Avis du comité national d'éthique médicale n° 8, décembre 2009, p.4. Disponible sur : <http://www.comiteethique.rns.tn/ethique/avis/AVISVIHSIDA.pdf>

382 La situation épidémiologique du VIH en Tunisie est caractérisée par une épidémie concentrée dans certains groupes clés : la séroprévalence s'élève à 0,61% chez les travailleuses du sexe clandestines, 13% chez les hommes ayant des rapports sexuels avec des hommes et 2,7% parmi les usagers de drogues injectables, associée dans ce dernier groupe à une prévalence élevée de l'hépatite virale C (33%). Le nombre de personnes vivant avec le VIH est estimé à 4 030 individus, principalement répartis sur la tranche 20-40 ans, soit un taux de prévalence dans la population générale de 0,05%. (Source : Dialogue social sur les politiques, les stratégies et les plans nationaux de santé, *Santé en Tunisie : Etat des lieux*, 2014, p.41). Disponible sur: <http://www.hiwarsaha.tn/upload/1409236122.pdf>

383 Plan stratégique national de riposte au VIH/SIDA et aux IST (2015-2018) en Tunisie p.10.Disponible sur :[http://www.leaders.com.tn/uploads/FCK\\_files/PSN%20\(1\)%20\(1\)201520%2018-version%20finale.pdf](http://www.leaders.com.tn/uploads/FCK_files/PSN%20(1)%20(1)201520%2018-version%20finale.pdf)

384 Plan stratégique national de riposte au VIH/SIDA et aux IST (20152018-) en Tunisie, *déjà cité*, p.11.

Ces objectifs peuvent être atteints à travers le développement d'un cadre d'investissement qui vise à mobiliser durablement des ressources financières. La promotion de la coopération internationale devrait également permettre d'intensifier les efforts en vue d'assurer l'accès de tous à des programmes complets de prévention, au traitement et aux soins.

On relève donc la persistance des problèmes juridiques et pratiques qui empêchent l'accès aux services de santé pour les étrangers. Toutefois, des problèmes éthiques ont été soulevés par le Comité national d'éthique médicale selon lequel : « les véritables problèmes que nous rencontrons sont souvent dus à un manque de formation de certains personnels de santé qui ne sont pas habitués à prendre en charge les personnes atteintes du SIDA et qui réagissent à cette maladie avec leurs préjugés ».

Il a ajouté qu'au niveau politique, il conviendrait « de prendre la décision d'encourager, par tous les moyens, la diffusion des informations concernant le VIH-Sida, ainsi que les moyens de s'en préserver préventivement. Il faut que les pouvoirs publics et les acteurs concernés fassent un choix conscient de stratégies et de lignes de conduite alliant le respect de la morale et de notre culture à l'acceptation d'une évolution de nos mœurs et à l'obligation de soigner »<sup>385</sup>. La garantie de l'équité dans l'accès aux services de soins pour les maladies transmissibles dépend considérablement du partenariat et de la coopération active des organisations internationales et de la société civile.

## **B. Le renforcement du partenariat**

La garantie de la couverture universelle des soins nécessite le renforcement du partenariat entre les différents intervenants dans le secteur de la santé. L'engagement des Etats a permis la création de plusieurs organisations internationales qui coopèrent activement en matière de protection de la santé humaine<sup>386</sup>.

Dans le cadre de la stratégie de lutte contre le sida, la tuberculose et le paludisme, un Fonds mondial de lutte contre ces maladies a été créé en 2002. Ce fonds constitue une forme de partenariat entre les autorités publiques, la société civile, le secteur privé et les programmes concernant la lutte contre ces pathologies. Il a investi près de 4 milliards de dollars par an en apportant son soutien à des programmes dirigés par des spécialistes locaux dans les pays. Il vise à soutenir des programmes fondés sur des stratégies nationales de santé de lutte contre le sida, la tuberculose et le paludisme.

---

385 Avis du comité national d'éthique médicale N°8, décembre 2009, p.9 et s. Disponible sur : <http://www.comiteethique.rms.tn/ethique/avis/AVISVIHSIDA.pdf>

386 A savoir : l'Organisation Mondiale de la Santé (OMS), Programme Commun des Nations Unies sur le VIH/Sida (ONUSIDA), Organisation internationale pour les migrations (OIM).

La Tunisie a conclu en 2016 un accord avec le Fonds mondial de lutte contre le sida, la tuberculose et le paludisme<sup>387</sup>. Par la suite, un comité technique de coordination avec ce fonds a été créé au ministère de la santé, rattaché à la direction des soins de santé de base<sup>388</sup>. On remarque qu'il a une composition diversifiée, puisqu'il comprend cinq représentants des associations œuvrant dans le domaine de la lutte contre le sida, un représentant des personnes vivant avec le VIH sida, trois représentants des populations-clés de la transmission du VIH et un représentant du secteur privé<sup>389</sup>. La composition de ce comité est basée sur le principe de la parité des genres<sup>390</sup>.

Ce comité est chargé notamment de présenter au Fonds mondial des propositions d'appui financier dans le cadre de la mise en œuvre de la stratégie nationale de lutte contre le sida et les maladies sexuellement transmissibles, la tuberculose et le paludisme, et ce, en coordination avec les différents intervenants dans ce domaine<sup>391</sup>. Il a pour mission de présenter au Fonds mondial des propositions pour établir des programmes communs de collaboration et mobiliser des ressources pour lutter contre le sida et les maladies sexuellement transmissibles, la tuberculose et le paludisme, et aussi assurer le suivi et l'évaluation régulière de l'avancement de l'exécution des plans et programmes approuvés par le fonds mondial de lutte contre le sida, la tuberculose et le paludisme<sup>392</sup>.

Ce partenariat devrait permettre de renforcer l'action publique ; mais aussi celle de la société civile en vue d'assurer le respect de tous les droits civils, politiques, économiques et sociaux.

---

387 Décret gouvernemental n° 20161298- du 29 novembre 2016, portant conclusion de l'accord-cadre entre le gouvernement de la République Tunisienne et le fonds mondial de lutte contre le sida, la tuberculose et le paludisme (JORT n°98 du 2 décembre 2016, p.3557).

388 Article 1<sup>er</sup> de l'arrêté de la ministre de la santé du 21 mars 2017 portant création du comité technique de coordination avec le Fonds mondial de lutte contre le sida, la tuberculose et le paludisme et fixant sa composition et les modalités de son fonctionnement (JORT n°24 du 24 mars 2017, p.1076).

389 Article 4 de l'arrêté précité

390 Article 52/ de l'arrêté précité.

391 Article 2 de l'arrêté précité.

392 Article 3 de l'arrêté précité.

## Conclusion

Il est fondamental de revendiquer le caractère universel de l'accès aux soins et de renforcer la politique de protection de tous les droits civils, politiques économiques et sociaux. On insiste sur la nécessité d'adopter des lois concrétisant les principes des droits humains et de lutter contre toutes les formes de discrimination. De plus, il est primordial de favoriser une politique sanitaire centrée sur l'Homme, basée sur les principes des droits de la personne.

La garantie d'un accès égal et gratuit aux soins à toutes les personnes atteintes de maladies chroniques demeure aujourd'hui une priorité. La Tunisie est appelée à accorder une place centrale à la promotion, à la protection et au respect des libertés et des droits fondamentaux de toutes les personnes. Il convient donc de réviser ces circulaires qui sont incompatibles avec le cadre juridique et stratégique.

## Bibliographie sommaire

### *Ouvrages*

- BEN ACHOUR (Y.), Droit administratif, Tunis, CPU, 2010.
- LOMBARD (M.), DUMONT (G.), Droit administratif, Paris, Dalloz, 2011.
- MORAND-DEVILLER (J.), BOURDON (P.), POULET (F.), Droit administratif, Paris, LGDJ, Lex-tenso éditions, 2017.

### *Articles :*

- BOUBAKRI (H.), « Migration et asile en Tunisie depuis 2011 : vers de nouvelles figures migratoires ? », *Revue européenne des migrations internationales*, vol. 31 - n°3 et 4 (2015), pp. 17-39.
- BOURDILLON (F.), BRUCKER (G.) et TABUTEAU (D.), « Définitions de la santé publique », In BOURDILLON (F.), BRUCKER (G.) et TABUTEAU (D.), (dir.), *Traité de santé publique*, Paris, Flammarion, 2ème édition, 2007, p.2
- FERCHICHI (W.), Appui aux droits humains des personnes vivant avec le VIH en Tunisie, Tunis, ADLI et ATP+, avec le soutien de la Heinrich Böll Stiftung et le Global Found, Décembre 2017. Disponible sur : [http://www.adlitn.org/sites/default/files/4.2.\\_etude\\_droits\\_humains\\_des\\_pvih\\_synthese\\_fr\\_ang.pdf](http://www.adlitn.org/sites/default/files/4.2._etude_droits_humains_des_pvih_synthese_fr_ang.pdf)
- MESRATI (M.-A.), SALEM (N.-H), BOUSSAID (M.), MAHJOUB (Y.), CHADLY (A.), AISSAOUI (A.), « Droits et devoirs des patients atteints du virus d'Immuno-Déficiência humaine (VIH) en Tunisie », *La Tunisie Médicale* - 2017, Vol 95 N°5, pp.318-325. Disponible sur : [http://www.latunisiemedicale.com/article-medicale-tunisie\\_3233\\_fr](http://www.latunisiemedicale.com/article-medicale-tunisie_3233_fr)
- ROSEMAN (M.-J.), GRUSKIN (S.), « La déclaration d'engagement de l'UNGASS sur le VIH/ sida : après une année », *Revue canadienne VIH/ SIDA et droit*, N°1, avril 2003, pp.1-14.

## ***Rapports :***

- ACHOUR (N.), Le système de santé tunisien : état des lieux et défis, septembre 2011. Disponible sur: [http://www.unfpa-tunisie.org/usp/images/stories/pdfs/m2/Le\\_syst%C3%A8me\\_de\\_sant%C3%A9\\_tunisien\\_NAchour.pdf](http://www.unfpa-tunisie.org/usp/images/stories/pdfs/m2/Le_syst%C3%A8me_de_sant%C3%A9_tunisien_NAchour.pdf)
- Association Tunisienne de défense du droit à la santé, Rapport sur le droit à la santé en Tunisie, octobre 2016. Disponible sur :<http://ftdes.net/rapports/ATDDS.pdf>
- BAD, Quelles politiques pour faire face aux inégalités d'accès aux soins en Tunisie ?, 2014. Disponible sur : [https://www.afdb.org/fileadmin/uploads/afdb/Documents/Publications/Tendance\\_%C3%A9conomique\\_-\\_Quelles\\_politiques\\_pour\\_faire\\_face\\_aux\\_in%C3%A9galit%C3%A9s\\_d%E2%80%99acc%C3%A8s\\_aux\\_soins\\_en\\_Tunisie.pdf](https://www.afdb.org/fileadmin/uploads/afdb/Documents/Publications/Tendance_%C3%A9conomique_-_Quelles_politiques_pour_faire_face_aux_in%C3%A9galit%C3%A9s_d%E2%80%99acc%C3%A8s_aux_soins_en_Tunisie.pdf)
- Le Fonds mondial, La couverture sanitaire universelle, décembre 2017. Disponible sur: [https://www.theglobalfund.org/media/7045/publication\\_universalhealthcoverage\\_focuson\\_fr.pdf?u=636651702350000000](https://www.theglobalfund.org/media/7045/publication_universalhealthcoverage_focuson_fr.pdf?u=636651702350000000)
- Office National de la Famille et de la Population, Les IST/VIH/SIDA : une question de prévention et de solidarité, Dossier documentaire, CDAP, mars 2009. Disponible sur: [http://www.onfp.nat.tn/jms\\_2011/cercles/cercles\\_mars\\_2009\\_fr.pdf](http://www.onfp.nat.tn/jms_2011/cercles/cercles_mars_2009_fr.pdf)
- OIM, ONFP, Evaluation de base des vulnérabilités socio-économiques et sanitaires des migrants pour un accès effectif aux services de santé en Tunisie, ONFP, mars 2016. Disponible sur: <https://tunisia.iom.int/sites/default/files/resources/files/Evaluation%20de%20base%20des%20vuln%C3%A9rabilit%C3%A9s%20socio-%C3%A9conomiques%20de%20l%27acc%C3%A8s%20aux%20soins%20de%20sant%C3%A9.pdf>
- OMS, Stratégie mondiale du secteur de la santé contre le VIH, 2016–2021, juin 2016. Disponible sur: <http://www.who.int/hiv/strategy2016-2021/ghss-hiv/fr/>
- Programme national de lutte contre le sida et les IST, rapport d'activités sur la riposte au SIDA (2012-2013), Tunisie, avril 2014.
- Programme national de lutte contre le sida et les IST, Stratégie nationale de dépistage de l'infection à VIH, avril 2014. Disponible sur : [https://aidsfree.usaid.gov/sites/default/files/hts\\_policy\\_tunisia.pdf](https://aidsfree.usaid.gov/sites/default/files/hts_policy_tunisia.pdf)
- Rapport, Médecins sans frontières, Plaidoyer pour l'accès des migrants au droit de la santé en Tunisie, décembre 2016, p. 52. Disponible sur :[https://dujjeoqn176qs.cloudfront.net/sites/www.doktersvandewereld.be/files/publicatie/attachments/rapport\\_plaidoyer\\_mdm\\_tunisie.pdf](https://dujjeoqn176qs.cloudfront.net/sites/www.doktersvandewereld.be/files/publicatie/attachments/rapport_plaidoyer_mdm_tunisie.pdf)
- Réseau juridique canadien VIH/sida, La poursuite des droits : études de cas sur le traitement judiciaire des droits fondamentaux des personnes vivant avec le VIH, ONUSIDA, 2006.

## Annexes

### *Tableau récapitulatif des circulaires citées dans cet ouvrage*

La circulaire	Objet	Le ministère/ l'administration	Etat de disponibilité
<i>Le droit d'accès à l'information</i>			
<b>La circulaire du premier ministre n°8 du 30 janvier 2001</b>	Les cellules d'information dans les ministères et les établissements publics et la facilitation de l'accès aux sources de l'information	Premier ministère	<b>Disponible</b>
<b>La circulaire du chef du gouvernement n°21 du 24 juillet 2014</b>	L'abstention de faire circuler des informations sensibles via les médias	Présidence du gouvernement	<b>Disponible</b>
<b>La circulaire n°34 du 24 décembre 2014</b>	L'application de la charte du comportement et des éthiques de l'agent public	Présidence du gouvernement	<b>Disponible</b>
<b>La circulaire du chef du gouvernement n°17 du 12 octobre 2016</b>	Le respect des dispositions juridiques relatives à la protection des données personnelles	Présidence du gouvernement	<b>Disponible</b>
<b>La circulaire du chef du gouvernement n°4 du 16 janvier 2017</b>	L'organisation des cellules d'information et de communication faisant partie des ministères et établissements publics	Présidence du gouvernement	<b>Disponible</b>

<i>La liberté vestimentaire</i>			
<b>La circulaire du ministre de l'éducation nationale n°33 du 7 février 1977</b>	La tenue des enseignants et leurs comportements	Ministère de l'éducation nationale	<b>Disponible</b>
<b>La circulaire du premier ministre n°22 du 17 septembre 1981</b>	La tenue des agents dans l'administration et les établissements publics	Premier ministre	<b>Disponible</b>
<b>La circulaire du ministre de l'éducation nationale n°108 du 18 septembre 1981</b>	La tenue des élèves	Ministère de l'éducation nationale	<b>Disponible</b>
<b>La circulaire du ministre de l'éducation, de l'enseignement et de la recherche scientifique n°102 du 29 octobre 1986</b>	La tenue des enseignants, des agents administratifs et des élèves	Ministère de l'éducation, de l'enseignement et de la recherche scientifique	<b>disponible</b>
<b>La circulaire du ministre de la jeunesse et du sport n°1253 du 28 mars 1987</b>	La tenue des agents	Ministère de la jeunesse et du sport	<b>disponible</b>
<b>La circulaire du ministre de l'éducation, de l'enseignement et de la recherche scientifique n°77 du 7 septembre 1987</b>	La tenue des enseignants, des agents administratifs et des élèves	Ministère de l'éducation, de l'enseignement et de la recherche scientifique	<b>disponible</b>
<b>La circulaire du ministre de l'éducation, de l'enseignement et de la recherche scientifique n°51 du 25 mai 1989</b>	La tenue des membres du corps éducatif	Ministère de l'éducation, de l'enseignement et de la recherche scientifique	<b>disponible</b>
<b>La circulaire du ministre de la santé publique n°108 du 5 décembre 1991</b>	La tenue des agents	Ministère de la santé publique	<b>disponible</b>
<b>La circulaire du premier ministre n°35 du 20 juillet 2001</b>	La tenue et le comportement des agents publics dans l'administration et les établissements publics	Le premier ministre	<b>disponible</b>
<b>La circulaire du ministre de l'éducation et de la formation n°1 du 4 janvier 2003</b>	La convenance de la tenue	Ministère de l'éducation et de la formation	<b>disponible</b>

<i>La liberté de conscience</i>			
<b>La circulaire du ministre de l'intérieur de 1981</b>	La fermeture des cafés et des restaurants durant le mois de ramadan (approximatif) <sup>1</sup>	Le ministère de l'intérieur	<b>Non disponible</b>
<b>La circulaire du ministre des affaires religieuses n°138 du 28 mars 2004</b>	La construction des minarets	Le ministère des affaires religieuses	<b>Disponible</b>
<b>La circulaire du ministre des affaires religieuses n°135 du 25 décembre 2004</b>	La construction des mosquées	Le ministère des affaires religieuses	<b>Disponible</b>
<b>La circulaire du ministre des affaires religieuses et du ministre de l'intérieur n°35 du 12 juin 2002</b>	L'appel à la prière et la diffusion du Coran dans les mosquées	Ministère des affaires religieuses et ministère de l'intérieur	<b>Disponible</b>
<b>La circulaire du ministre des affaires religieuses n°1001 du 9 mars 2002</b>	L'appel à la prière dans les mosquées	Ministère des affaires religieuses	<b>Disponible</b>
<b>La circulaire du premier ministre n°8 du 13 novembre 1965</b>	L'organisation de la visite des touristes étrangers aux mosquées	Le premier ministre	<b>Indisponible</b>
<b>La circulaire du premier ministre n°27 du 31 mai 1971</b>	L'organisation de la visite des touristes étrangers aux mosquées	Le premier ministre	<b>Disponible</b>
<b>La circulaire du secrétaire d'Etat à l'intérieur n°23 du 17 mars 1962</b>	La rédaction des contrats de mariage entre la musulmane et le non musulman	Secrétariat d'Etat à l'intérieur	<b>Non disponible</b>
<b>La circulaire des secrétaires d'Etat à la justice et à l'intérieur n°85 du 12 décembre 1965</b>	Des directives en matière de l'état civil	Secrétariat d'Etat à la justice/Secrétariat d'Etat à l'intérieur	<b>Disponible</b>
<b>La circulaire du ministre de la justice n°2016 du 5 novembre 1973</b>	La rédaction des contrats de mariage entre la musulmane et le non musulman	Ministère de la justice	<b>Disponible (abrogée)</b>

\* On mentionne l'objet approximatif de la circulaire vu son indisponibilité ou l'indisponibilité de son objet exact.



<b>La circulaire du ministre de l'intérieur n°81 du 21 aout 1974</b>	La rédaction des contrats de mariage par les officiers de l'état civil des collectivités locales	Le ministère de l'intérieur	<b>Indisponible</b>
<b>La circulaire du premier ministre n°39 du 17 mai 1988</b>	Les certificats de la conversion à l'Islam des étrangers désirant d'épouser des tunisiennes musulmanes	Le premier ministère	<b>Disponible (abrogée)</b>
<b>La circulaire du ministre de l'intérieur n°20 du 30 mars 1987</b>	La rédaction des contrats de mariage par les officiers de l'état civil des collectivités locales	Le ministère de l'intérieur	<b>indisponible</b>
<b>La circulaire du ministre de l'intérieur n°59 du 23 novembre 2004</b>	La rédaction des contrats de mariage par les officiers de l'état civil des collectivités locales	Le ministère de l'intérieur	<b>indisponible</b>
<b>La circulaire du ministre des affaires religieuses n°112 du 12 mars 2004</b>	Le discours religieux	Le ministère des affaires religieuses	<b>disponible</b>
<b>La circulaire du ministre des affaires religieuses n°156 du 24 septembre 2005</b>	La leçon hebdomadaire qui précède la prière du Vendredi	Le ministère des affaires religieuses	<b>disponible</b>
<b>La circulaire du Secrétaire d'Etat aux affaires religieuses n°5057 du 22 octobre 1989</b>	La construction des monuments religieux	Le secrétariat d'Etat aux affaires religieuses	<b>disponible</b>

<b>La circulaire du ministre des affaires religieuses n°577 du 28 janvier 2014</b>	L'appui aux activités au sein des mosquées	Ministère des affaires religieuses	<b>disponible</b>
<b>La circulaire du ministre des affaires religieuses du 8 septembre 2015</b>	Le suivi du fonctionnement des mosquées	Ministère des affaires religieuses	<b>disponible</b>
<i>La liberté de circulation</i>			
<b>La circulaire du ministre de l'intérieur appelée (S17)</b>	Quitter le territoire tunisien	Ministère de l'intérieur	<b>indisponible</b>
<i>Le droit à la santé</i>			
<b>La circulaire du ministre de la santé publique n°16 du 27 février 2001</b>	le triple traitement antirétroviral	Ministère de la santé publique	<b>disponible</b>
<b>la circulaire du ministre de la santé publique n°11 du 31 janvier 2002</b>	services de santé liés au contrôle de la tuberculose	Ministère de la santé publique	<b>disponible</b>
<i>La rédaction des textes de loi</i>			
<b>La circulaire du premier ministre n°14 de l'année 2011 datant de 27 mai 2011</b>	la qualité des législations	Premier ministre	<b>disponible</b>
<b>La circulaire du chef du gouvernement n°08 de l'année 2017, datée le 17 mars 2017</b>	Les règles d'élaboration des projets des textes juridiques et les procédures de leur présentation	Présidence du gouvernement	<b>disponible</b>



الجمعية التونسية للدفاع عن الحريات الفردية



Association Tunisienne  
de Défense des Libertés  
Individuelles

www.adlitn.org



نقري التأسيسي

# LIBERTICIDAL CIRCULARS

*An underground Law  
that governs us!*

English synthesis by | Pr. Wahid FERCHICHI

تحت نواب الامم المتحدة...  
مقتضى دساتير لقول...  
وتلاميذ...  
وسيرا في...  
في...  
تأخذ...  
تأخر...  
تعلن...  
تتأخر...  
وتعد...  
فكذلك...  
تتخذ...  
والا...  
الخاص...

With the support of



Tunis 2018

حناولي فاس...



## Liberticidal Circulars:

## An underground law that governs us!<sup>1</sup>

Prof. Wahid Ferchichi<sup>2</sup>

<sup>1</sup> English translation by Ilief KASSAB.

<sup>2</sup> Public Law Professor, University of Carthage, Faculty of Legal, Political and Social Sciences of Tunis, Member of the executive office of ADLL, in charge of Studies and Research ([www.adlltn.org](http://www.adlltn.org)), President of the Legal Agenda, Tunis ([www.legal-agenda.com](http://www.legal-agenda.com)).

## *English synthesis*

The circulars, these internal administrative documents directed by a superior to his subordinates, have in principle an explanatory role of a law or a regulation and reflect the technical / practical point of view of the said superior concerning the execution or management of a service, an activity, etc.

Thus, the circulars, administrative documents internal to the Administration, are addressed in principle only to its agents and are in no case intended for the citizens.

However, in some cases, superiors (mainly ministers) seize this opportunity to arrogate a regulatory power that escapes a priori their prerogatives, in order to add (sometimes to suspend or abrogate...) rules that are not provided for by laws and decrees, whose circulars are only supposed to explain the concrete modalities of application.

This drift transforms circulars into a very dangerous weapon in the hands of the Administration, posing serious risks to citizens, especially when they affect the fundamental rights of individuals and thus undermine the rule of law (1). This leads us to question the modalities for dealing with this danger and eradicating the liberticidal circulars (2).

### **1. The big threat behind liberticidal circulars**

The danger of circulars is related to their object and their form. On the one hand, they intervene in a very wide field (1.1) and on the other hand, their form affects the legal rules of a strong legal uncertainty (1.2).

#### **1.1. A very wide area of intervention: *the usurpation of powers***

At the level of their object, the circulars affect all the fields covered by laws and administrative regulation, insofar as they are supposed to be interpretative and explanatory of normative texts. Thus, research undertaken within ADLI<sup>393</sup> aimed at collecting circulars relating to individual liberties revealed that these documents touched all freedoms, as follows:

- Questioning the freedom of conscience, especially through the circulars issued by the minister in charge of religious affairs regulating the opening and closing of mosques, the architecture of mosques and the shape of minarets<sup>394</sup>... or the

393 See, The Tunisian Association for the Defense of Individual Liberties, «How was the shadow of the liberticidal circulars watched?», 6 - 10.

394 Circular of the Minister of Religious Affairs No. 138 of 28 March 2014 on the shape of minarets. See the table of circulars in the appendix.

organization of religious festivals or other ones in mosques<sup>395</sup> as well.

Circulars adopted by the ministers responsible for education, prohibiting the wearing of the Islamic veil<sup>396</sup> (called sectarian clothing) and beard also undermine this fundamental freedom, in the same way as the so-called circulars (issued by Minister of Interior) on the opening and closing of cafés and restaurants during the month of Ramadan<sup>397</sup>... or the circulars of the Prime Minister (before December 16, 2011) and currently the Head of Government and Ministers of justice, foreign affairs and that of the interior limiting the free choice of the spouse, by forbidding the registrars to celebrate the marriages of Tunisian women with non-Muslims.<sup>398</sup>

- Threatening free choice of lifestyle and freedom of dress at this level, the circulars intervene to dictate the shape of our clothes as well for the adults (public agents or not)<sup>399</sup> as for the children (dress code in public elementary and high schools). Thus, the circulars of the Minister in charge of Education impose a definite form for the pupils and discriminate between girls and boys, since they impose the wearing of the apron to girls (from middle school) and not to boys<sup>400</sup>! The same is true for a very large number of circulars issued by the various ministries (but also local authorities and public institutions) having contacts with users of public services, which impose the wearing of «decent» clothing to citizens so that they can access the premises of the administration, often specifying the prohibition of the wearing of «shorts» for men<sup>401</sup>!

- fighting cultural diversity: Circulars often claim to be the guarantors of an (imaginary) harmony of the majority's or dominant culture. Circulars which impose norms for the choice of children's first names, limiting the choice to a narrow conception of the Arab-Muslim culture, thus obscuring the various other components of Tunisian identity: Amazigh, Jewish, Christian, Mediterranean, African...<sup>402</sup> This undermines the diversity and especially the dignity of people belonging to or claiming other cultures, while the Arab-Muslim civilization throughout the world reflects certain miscegenation and can only cultivate cultural openness.

- Interference with people's freedom of movement: since 2014, the Tunisian Customs and the Border Police force Tunisians aged under 35 to present parental

395 Circular of the Minister of Religious Affairs No. 577 of 28 January 2014. See the table of circulars in annex.  
 396 Circular of the Minister of National Education No. 108 of 18 September 1981.  
 397 Prime Minister's Circular dated 1981 regarding the closing of cafes and restaurants during the month of Ramadan. Circular not available.  
 398 Circular of the Secretary of State of the Interior No. 23 of March 17, 1962. See the table of circulars attached.  
 399 See (A.) Aloui «Freedom of dress between the Constitution and the circular». (Synthesis), pp. 114 - 117.  
 400 Circular of the Minister of National Education No. 108 of 18 September 1981. See the table of circulars in annex.  
 401 Circular not available  
 402 (M-A.) Jelassi, «When the State chooses the names of our children». pp. 70 - 112.



authorization (with a legalized signature) allowing them to travel to destinations that the authorities consider being destinations at risk for terrorism<sup>403</sup>! This is an unconstitutional, anti-conventional and sometimes absurd limit from a practical point of view. Seeing 35-year-old adults being allowed by their parents to travel only reinforces the image of a society under guardianship and hindered individual liberties!

- Control over the cultural and artistic life: while the artistic creation is free and is not the subject of any previous control, the projection of movies in cinema requires a projection visa imposed by circulars of the minister in charge of Culture<sup>404</sup>.
- Limits to the right of access to health care: One of the main fundamental rights recognized and enshrined in the Constitution is the right of everyone to health care, a right that has been clearly recognized in relation to transmitted diseases by the law of 27 July 1992; However, the circulars issued by the Minister of Health limit this right to Tunisian citizens only<sup>405</sup>!

We could multiply the examples in this area, because circulars are very numerous and diversified, covering all aspects of life and activities and affecting fundamental rights and freedoms ... So we can imagine the hundreds, even thousands of circulars that rule us and that are not accessible nor, sometimes, visible<sup>406</sup>!

## 1.2. An opaque and dangerous form: legal uncertainty<sup>407</sup>

One of the characteristics of circulars is their internal aspect to the administration. Indeed, designed to be a means of communication between the superior and his agents, the circulars are not the subject of a systematic publication and, more often, are not accessible.

This makes them «hidden» documents, while they affect the legal situation of public agents, public service users and third parties, and thus of any person.

- Texts for internal use but very influential: this characteristic makes that the circulars are often not easy to distinguish from the notes of service, instructions, recommendations, etc. formulated by the hierarchical head. Indeed, «Circulars are often inserted as part of internal measures, in the sense that the latter measures constitute a catch-all of administrative acts, instructions, directives, memos and circulars. In this nebulous nomenclature, the singularity of the circular is not

403 This abuse is motivated by the existence of a so-called «S17» procedure. See (R.) Mokrani, «Ghost Circulars and the Right to Leave Tunisian Territory», 118 - 139.

404 Circular non available

405 See (H.) Turki, «Circulars and Rights of Access to Health Services», pp. 140 - 155.

406 See in this regard, The Tunisian Association for the Defense of Individual Liberties, «How was the shadow of the liberticidal circulars watched» and the table of circulars attached.

407 Concerning the ambiguity of the circulars, see (M-A.) Zayani, «Writing the law when it comes to circulars: the liberticidal potential of law drafting!», pp. 38 - 53.

assured.”<sup>408</sup> However, a certain doctrine believes that circulars are not part of the internal functioning of services, but are intended to inform civil servants and public agents about the state of positive law and to guide their conduct. They express, in the end: «the ministerial or hierarchical conception of the circuits of implication of legal norms»<sup>409</sup>.

Thus, circulars reflect the policy of the administration, the true policy of the authorities in place, which is not necessarily that of decision-makers (the holders of legislative and executive powers) nor always in accordance with legal texts such as the Constitution, laws, decrees... Thus, to apply its policy, the administration prefers to act by its own means, using in particular the various documents for internal use (including circulars) and to address its agents who are required to apply these instructions, since subjected to the obligation of obedience!

Circulars thus benefit de facto from the capacity to change the norm and to impose a vision of application of the superior texts. Circulars may therefore not only clarify or apply the rule of law in force, but «the interpretation by the administrative authority of laws and regulation may not reflect the meaning and scope of the legislative and regulatory requirements that it tends to clarify»<sup>410</sup> or enacts new norms that are not provided for in the laws and regulations. Thus, the public agent who applies the law and regulation only through the circulars has the feeling and even the certainty to apply the law; whereas it is the law as diffused by his superior hierarchical. On the other hand, citizens cannot understand such an approach that results from a distorted application of the law, especially that they do not have access to circulars!

- Invisible and inaccessible texts: as documents for internal use, circulars are generally not published, although some can be found on the websites of certain ministries. Most of the time, they are simply notified to the agents concerned or sometimes posted at the headquarters of certain administrations. Thus, the citizens are not informed of their existence, since they are not in principle the main addressees. This «secret» nature of the circulars conferred on them certain immunity for a long time.

However, the promulgation of the Constitution of 27 January 2014 led to a radical change in access to information and administrative documents. Indeed, pursuant to Article 32 of the Constitution enshrining the right of access to information, Organic Law No. 2016-22 of 24 March 2016 came to organize the exercise of this right and Article 6 in particular, it specifies that «organizations subject to the provisions of this text of law are required to publish, update, periodically make available to the public, in a usable form, the following information: [...] - the legal, regulatory and

---

408 See (N.) Chaouachi, «Liberticidal Circulars; Concept and Legal Value», 22 - 37.

409 (G.) KOUBI, *Administrative Circulars*, Paris, Economica, 2003, p.8.

410 *Ibid.*

explanatory texts governing its activity «.

It could thus be expected that all the circulars would be gradually published, especially since an explanatory circular of the provisions of Law No. 2016-22 was issued by the Head of Government, inviting public authorities to respect them<sup>411</sup>.

However, according to the observers, there was «a flagrant contradiction between the content of the circular, which is in favor of the right of access to information and the attitude of the presidency of the government itself with regard to said law «<sup>412</sup>, since the presidency of the government did not proceed to the publication of all its own circulars and that the Head of the Government himself issued in January 2017 a circular against the right of access to information. Circular No. 4 of 16 January 2017 limited the right of access to information, forcing public agents to refrain from «publishing or disclosing official information or documents in the press or other media on matters relating to their work or the public structure in which they work without the prior and express permission of their supervisor «.

The implementation of the 2016 law has faced the administration to its old and bad habits, revealing certain practices completely inadmissible in the framework of a State of Law:

- Indeed, the administration is struggling to submit to this new legislation, it shows a resistance to go beyond its reflex of the administrative secret. Thus, despite the clear requests made by ADLI on this subject, taking the legal route of access to the circulars of the various ministries, the reactions of the various departments, even the most cooperative among them, have been mixed, even reluctant. Indeed, apart from the ministries in charge of education and religious affairs, the other departments (justice, interior and culture) refused our requests on the basis of the absence of a clear object, or provided us with the laws and decrees, while our request was for circulars; which led us to seize the Access to Information Independent Authority<sup>413</sup>.
- Moreover, the obligation to publish the circulars revealed that some circulars had never existed! Indeed, whether they are old circulars, but still in force, such as the circular Mzali of 1981 relating to the closing of cafés and restaurants during the month of Ramadan<sup>414</sup>, or the recent circular on the limitation of the freedom of movement<sup>415</sup> were not published nor communicated by the ministry concerned

---

411 Circular of the Head of the Government No. 19 of 18 May 2018.

412 See (A.) Zaghdoudi, «Circulars and the Right of Access to Information», (Synthesis), pp. 54 - 58.

413 See, Tunisian Association for the Defense of Individual Liberties, «How was the shadow of the liberticidal circulars watched», pp. 6 - 10.

414 See (H.) Chekir, «Circulars and the month of Ramadan» pp. XX; and the contribution of Mr. Abdelkarim Laaouiti, «Circulars and religious freedoms in Tunisia», (Synthesis), pp. 59 - 63.

415 See (R.) Mokrani, «Ghost Circulars and Right to Leave Tunisian Territory», (Synthesis), 118 - 138.

(Interior) because, in our opinion, they do not exist. Are these then mere oral instructions? unwritten departmental policies? The ministry cannot even prove their existence! A very dangerous legal situation, which calls into question the fundamentals of the rule of law: the existence of a clear, accessible and legal norm; we are therefore faced with a situation of lawlessness, reinforced by a situation of serious legal uncertainty!

Thus, in the presence of these administrative texts, the application of which may lead to liberticidal effects, what could be the solutions and the ways of working to bring to light this «underground» law and to eradicate all the elements that are contrary to law within a state of law?

## 2. Eradicate liberticidal Circulars!

Circulars are dangerous for the free exercise of rights and freedoms, including individual liberties. Indeed, normative circulars constitute a clear violation of the rule of law and the fundamental freedoms of individuals. Both by their internal nature and by their direct application by public agents, these texts reflect signs of usurpation of power and a lack of knowledge of the legal order, leading to instability of situations and calling into question the fundamentals of the rule of law.

Following the entry into force of the Constitution of 24 January 2014 and the promulgation of laws governing the exercise of rights and freedoms proclaimed and guaranteed by its provisions, such as the law on access to information<sup>416</sup>, the law on the prevention of Human trafficking<sup>417</sup>, the law on fighting violence against women<sup>418</sup>...; it is no longer permissible for fundamental liberties to be challenged by administrative texts that have no place in the hierarchy of legal norms. Thus, it is a priority for all these circulars to be published, for the administration to work internally to eradicate liberticidal circulars or at least their liberticidal aspects, and for the new provisions to be applied.

### 2.1. The urgent publication of the circulars

In application of the Constitution and Law No. 2016-22, the administration is required to publish on its own initiative all «the legal, regulatory and explanatory texts governing its activity». Thus, it would be necessary for each administration to collect the texts that concern it, to digitize them (especially for older ones) and to make them available to citizens.

---

416 Organic Law n° 22 of the year 2016 of March 24, 2016 relating to the right of access to information.

417 Organic Law No. 61 of the year 2016 of August 3, 2016 on Human trafficking.

418 Organic Law No. 58 of the year 2017 of August 11, 2017 on the elimination of violence against women

This requires «a moral infrastructure that consists of a political and administrative will of openness and good governance, on the one hand, and a physical infrastructure by developing for example a platform containing all circulars and administrative notes or providing spaces for the consultation of documents, on the other hand»<sup>419</sup>. Indeed, the political will partially but firmly expressed in the legal texts (the Constitution and the law of 2016) must be equally firm at the level of each administration. Thus, a plan for the implementation of the right of access to information must be drawn up and control as well as monitoring must be provided on the one hand by the services of the Head of Government, which must set the example in this respect, and by the Access to Information Commission, supplemented by a vigilant control coming from civil society.

## **2.2. Circular diagnosis**

Once collected the circulars must be diagnosed in the light of the Constitution, international conventions, laws and regulations. This diagnosis should make sure that the circulars are neither explanatory nor normative, and that they conform to the norms superior to them.

In case of doubt concerning certain circulars, the administrations concerned may request the opinion of the administrative court which, through its advisory role, may help to clarify the explanatory or normative nature of the circular.

Lastly, citizens and civil society organizations should not hesitate to attack liberticidal circulars before the administrative courts and ensure the enforcement of court decisions.

## **2.3. A continuous control**

The old administrative reflexes tend to crystallize and perpetuate the same practices, reflecting the resistance of the administration to change, especially if it aims to affect an internal administrative order that has prevailed for at least 150 years!

Thus, even when the circulars change or when they are repealed, the administration or the authorities in charge of applying them resist carrying them out. At this level, the examples are not lacking. On 8 September 2017, the Head of Government repealed the circular of 5 November 1973 forbidding civil status officers to establish marriage contracts between Tunisian women and non-Muslim men. However, for many weeks, the various municipalities of the Republic did not respond to this repeal, arguing that in procedural terms they had not received the notification of this repeal through the administrative (hierarchical) way. It was not until the end of 2017 that the civil status officers of the various municipalities started to apply the new

---

<sup>419</sup> See the contribution of (A.) ZAGHDOUDI, «Circulars and the right of access to information», (Synthesis), pp. 54 - 58.

circular and some mayors still refused to comply in 2018 (see the statement of the mayor of the municipality of Kram, in the suburbs of Tunis, which ordered the civil status officers of his municipality not to celebrate these marriages)<sup>420</sup>. It should also be remembered that notaries still refuse to draft marriage contracts of Tunisian women with non-Muslim men<sup>421</sup>.

Concerning the access to health services, we can cite the case of the circular on the initial medical certificate for women victims of violence. Indeed, the Minister of Health's circular No. 39 of 2014 allows any woman victim of violence to obtain free of charge from public health establishments an initial medical certificate relating to her condition. Hailed by civil society, this circular could only be applied progressively, as many health facilities said they had never received notification of the new circular and agents continued to apply the old procedure.

Thus, a proper application of the procedures respectful of the rights and freedoms passes mainly by a wide diffusion of the information. It is not enough to repeal liberticidal circulars or to adopt others that are more respectful of fundamental rights, but we must still inform, educate and directly train front-line agents. This is a responsibility of the Administration itself, which is obliged to disseminate such information and provide training to its agents, while it is the responsibility of civil society to continue its control and alert in case of overruns and violations of rights and liberties.

Likewise, it would be appropriate for the five new independent constitutional authorities (Audiovisual Communication authority - Human Rights authority - Higher Electoral authorities - Good Governance and Anti-Corruption authority and the authority for the protection of the Rights of future generations and sustainable development) tasked to work for the «strengthening of democracy» by Article 125 of the Constitution once established to engage in a work of diagnosis and warning towards the liberticidal circulars .

As for the media, which is a real power of control and warning, they can carry out investigations and reports on the administrative actions based on the circulars, thus enriching the analysis, the comments and the public debate.

Finally the judge, «guarantor of rights and freedoms» (Articles 49 and 102 of the Constitution of 27 January 2014), is the front-line authority whose role is to declare the illegality of liberticidal circulars. Accelerating the judiciary proceedings can only

---

420 The chairman of El Kram City Council refused to celebrate the marriage of a Tunisian woman with a non-Muslim.

For more information :

[https://www.huffpostmaghreb.com/entry/le-maire-fathi-laayouni-un-objeteur-de-conscience-ou-un-hors-la-loi-mg\\_5b76c292e4b0ef9091f95ac5](https://www.huffpostmaghreb.com/entry/le-maire-fathi-laayouni-un-objeteur-de-conscience-ou-un-hors-la-loi-mg_5b76c292e4b0ef9091f95ac5)

421 The order of bailiffs refused to celebrate marriages of Tunisian women with non-Muslims. For more details : [https://www.huffpostmaghreb.com/entry/refus-de-huissiers-notaires-de-marier-une-tunisienne-a-non-musulman-latsm-denonce\\_mg\\_5b6846fee4b0b15abaa53062](https://www.huffpostmaghreb.com/entry/refus-de-huissiers-notaires-de-marier-une-tunisienne-a-non-musulman-latsm-denonce_mg_5b6846fee4b0b15abaa53062)

improve the quality of our judicial system and help to prevent an underground law from continuing to govern the State of law.

Indeed, a State of law where «no one is supposed to ignore the law» cannot coexist with an underground, occult and dangerous legal basis: the rule of law must guarantee access for all to legal norms and those they must be clear, understandable, accessible and fair.







متوفر	وزارة الشؤون الدينية	متابعة سير الجوامع و المساجد	منشور وزير الشؤون الدينية المؤرخ في 8 سبتمبر 2015
حرية التنقل			
غير متوفر	وزارة الداخلية	السفر خارج الجمهورية التونسية (تقريبي)	منشور وزير الداخلية المعروف بالإجراء S17
الحق في الصحة			
متوفر	وزارة الصحة	العلاج الثلاثي المضاد لفيروس السيدا	منشور وزير الصحة عدد 16 المؤرخ في 27 فيفري 2001
متوفر	وزارة الصحة	مجانبة الخدمات الصحية المتعلقة بمكافحة مرض السل	بالمنشور عدد 11 لسنة 2002 المؤرخ في 31 جانفي 2002
صياغة مشاريع القوانين			
متوفر	الوزارة الأولى	جودة التشريعات	منشور رئيس الحكومة عدد 14 المؤرخ في 24 ماي 2011
متوفر	رئاسة الحكومة	قواعد إعداد مشاريع النصوص القانونية وإجراءات عرضها واستكمال تهيئتها	منشور رئيس الحكومة عدد 08 المؤرخ في 17 مارس 2017

متوفر (تم إلغاؤه)	وزارة العدل	حول تحرير عقود الزواج بين المسلمة وغير المسلم	منشور وزير العدل عدد 216 المؤرخ في 5 نوفمبر 1973
غير متوفر	وزارة الداخلية	تحرير عقود الزواج من قبل ضباط الحالة المدنية (تقريبي) <sup>284</sup>	منشور وزير الداخلية عدد 81 المؤرخ في 21 أوت 1974
متوفر (تم إلغاؤه)	الوزارة الأولى	العمل بشهادت اعتناق الدين الإسلامي من طرف الأجانب غير المسلمين الراغبين في الزواج من تونسيات مسلمات	منشور الوزير الأول إلى ضباط الحالة المدنية عدد 39 المؤرخ في 17 ماي 1988
غير متوفر	وزارة الداخلية	تحرير عقود الزواج من قبل ضباط الحالة المدنية (تقريبي)	منشور وزير الداخلية عدد 20 المؤرخ في 30 مارس 1987
غير متوفر	وزارة الداخلية	تحرير عقود الزواج من قبل ضباط الحالة المدنية (تقريبي)	منشور وزير الداخلية عدد 59 المؤرخ في 23 نوفمبر 2004
متوفر	وزارة الشؤون الدينية	حول الخطاب الديني	منشور وزير الشؤون الدينية عدد 112 المؤرخ في 12 مارس 2004
متوفر	وزارة الشؤون الدينية	حول الدرس الأسبوعي الذي يسبق صلاة الجمعة	منشور وزير الشؤون الدينية عدد 156 المؤرخ في 24 سبتمبر 2005
متوفر	الوزارة الأولى	حول الاكتتابات العمومية لبناء المعالم الدينية	منشور كاتب الدولة للشؤون الدينية عدد 5057 لسنة 1989 المؤرخ في 22 أكتوبر 1989
متوفر	وزارة الشؤون الدينية	حول دعم الأنشطة في الجوامع و المساجد	منشور وزير الشؤون الدينية عدد 577 المؤرخ في 28 جانفي 2014

284 نذكر موضوع المنشور بصفة تقريبية لعدم توفره أو توفر معطيات حول موضوعه.

حرية الضمير			
غير متوفر	وزارة الداخلية	غلق المقاهي والمطاعم بشهر رمضان	منشور وزير الداخلية عدد..... المؤرخ في .....
متوفر	وزارة الشؤون الدينية	بناء الصوامع	منشور وزير الشؤون الدينية عدد 138 المؤرخ في 28 مارس 2004
متوفر	وزارة الشؤون الدينية	بناء الجوامع	منشور وزير الشؤون الدينية عدد 135 المؤرخ في 25 ديسمبر 2004
متوفر	وزارة الشؤون الدينية - وزارة الداخلية	حول رفع الأذان وبث القرآن الكريم بالمساجد والجموع	منشور وزير الشؤون الدينية ووزير الداخلية عدد 35 المؤرخ في 12 جوان 2002
متوفر	وزارة الشؤون الدينية	حول الأذان بالجموع والمساجد	منشور وزير الشؤون الدينية عدد 1001 المؤرخ في 9 مارس 2002
غير متوفر	الوزارة الأولى	تنظيم زيارة السواح الأجانب للجموع والمساجد	منشور الوزير الأول عدد 8 المؤرخ في 13 نوفمبر 1965
متوفر	الوزارة الأولى	تنظيم زيارة السواح الأجانب للجموع والمساجد	منشور الوزير الأول عدد 27 دى المؤرخ في 31 ماي 1971
غير متوفر	كتابة الدولة للداخلية	حول تحرير عقود الزواج بين المسلمة وغير المسلم	منشور كاتب الدولة للداخلية عدد 23 المؤرخ في 17 مارس 1962
متوفر	وزارة العدل - وزارة الداخلية	توجيهات في الحالة المدنية	منشور كاتب الدولة للعدل والداخلية عدد 85 المؤرخ في 12 ديسمبر 1965

متوفر	وزارة التربية	هندام التلاميذ	منشور وزير التربية القومية عدد 108 المؤرخ في 18 سبتمبر 1981
متوفر	وزارة التربية والتعليم والبحث العلمي	مظهر المدرسين والأعوان الإداريين والتلاميذ	منشور وزير التربية والتعليم والبحث العلمي عدد 102 المؤرخ في 29 أكتوبر 1986
متوفر	وزارة الشباب والرياضة	هندام الأعوان	منشور وزير الشباب والرياضة عدد 1253 المؤرخ في 28 مارس 1987
متوفر	وزارة التربية والتعليم والبحث العلمي	مظهر المدرسين والأعوان الإداريين والتلاميذ	منشور وزير الدولة المكلف بالتربية والتعليم والبحث العلمي عدد 77 الصادر بتاريخ 7 سبتمبر 1987
متوفر	وزارة التربية والتعليم والبحث العلمي	مظهر أعضاء الأسرة التربوية	منشور وزير التربية والتعليم والبحث العلمي عدد 51 المؤرخ في 25 ماي 1989
متوفر	وزير الصحة	هندام الأعوان	منشور وزير الصحة العمومية عدد 108 المؤرخ في 5 ديسمبر 1991
متوفر	الوزارة الأولى	مظهر وسلوك الأعوان العموميين بالإدارة والمؤسسات والمنشآت العمومية	منشور الوزير الأول عدد 35 المؤرخ في 20 جويلية 2001
متوفر	وزارة التربية والتكوين	لياقة الهندام	منشور وزير التربية والتكوين عدد 1 المؤرخ في 4 جانفي 2003

## الملاحق:

### / جدول المناشير المستعملة في هذا المؤلف

المنشور	موضوعه	الوزارة	الحالة
الحق في النفاذ إلى المعلومة			
منشور الوزير الأول عدد 8 المؤرخ في 30 جانفي 2001	مكاتب الإعلام بالوزارات وبالمؤسسات العمومية وتيسير الوصول إلى مصادر الخبر	الوزارة الاولى	متوفر
منشور رئيس الحكومة عدد 21 المؤرخ في 24 جويلية 2014	حول الامتناع عن تداول معلومات حساسة عبر وسائل الإعلام	رئاسة الحكومة	متوفر
منشور رئيس الحكومة عدد 34 المؤرخ في 24 ديسمبر 2014	حول تطبيق مدونة سلوك وأخلاقيات العون العمومي	رئاسة الحكومة	متوفر
منشور رئيس الحكومة عدد 17 المؤرخ في 12 أكتوبر 2016	حول احترام الأحكام القانونية المتعلقة بحماية المعطيات الشخصية	رئاسة الحكومة	متوفر
منشور رئيس الحكومة عدد 4 المؤرخ في 16 جانفي 2017	حول تنظيم عمل خلايا الإعلام والاتصال الراجعة بالنظر للوزارات والمؤسسات والمنشآت	رئاسة الحكومة	متوفر
حرية اللباس			
منشور وزير التربية القومية إلى كافة رجال التعليم الإبتدائي عدد 33 المؤرخ في 7 فيفري 1977	حول مظهر المعلمين وسلوكهم	وزارة التربية	متوفر
منشور الوزير الأول إلى الوزراء وكتاب الدولة عدد 22 دى المؤرخ 17 سبتمبر 1981	حول مظهر الأعوان بالإدارة والمؤسسات العمومية	الوزارة الاولى	متوفر

و طبقا لمبدأ المساواة و جب تقديم نفس الخدمات الصحية لكل الأشخاص بدون تمييز بين المواطنين التونسيين والأجانب احتراماً لمبدأ الكرامة الإنسانية. حيث لا يمكن اعتبار الموانع المادية سبباً لمنع الأجانب خاصة الذين في وضعية اجتماعية هشة و يعتبر هذا المنع مساساً بحقوق المهاجرين و اللاجئين المكرسة بالمعاهدات الدولية طبقاً للمبادئ الكونية لحقوق الإنسان.

كيف يمكن الإقرار بهذا المنع و تفسيره أمام خطورة هذه الأمراض؟ حيث يجب الحفاظ على النظام العام الصحي و تقديم خدمات شاملة هدفها سلامة صحة الأشخاص. كما أكد المنشور عدد 16 لسنة 2001 أن العلاج الثلاثي المضاد لفيروس السيدا الأشخاص الحاملين للفيروس أفضى تحسناً كبيراً على صحة الإنسان الحامل للفيروس و على مجرى المرض مما يتطلب تصرفاً محكماً و دقيقاً في كيفية استعمال الأدوية، نظراً لما يتطلبه من مصاريف مالية باهظة.

كما أن أمام المجهودات المبذولة و المتواصلة من أجل توفير رعاية طبية سليمة للمرضى و ذلك بفضل تدخل جميع الإدارات، و حفاظاً على سلامة صحة جميع الأشخاص و طبقاً للمبادئ الكونية لحقوق الإنسان فإنه يستدعي ذلك ضمان الحق في الوصول الشامل إلى الخدمات الصحية.

كما يجب التأكيد على أن هذه المناشير لا تتطابق مع الأهداف المرسومة ضمن المخططات المبرمجة من قبل وزارة الصحة و مع الإطار الاستراتيجي الذي انتهجته الدولة التونسية لمكافحة الأمراض السارية.

كما أنه يمكن تحقيق الوصول الشامل للخدمات الصحية في إطار الشراكة مع المنظمات الدولية و مع تدعيم دور المجتمع المدني في عملية التحسيس و الوقاية.

وفي هذا الإطار وقع سنة 2017 إحداث لجنة فنية للتنسيق مع الصندوق العالمي لمكافحة السيدا والسل والملاريا. حيث تعمل هذه اللجنة على تقديم مقترحات للصندوق العالمي لمكافحة السيدا والسل والملاريا و فق خصوصيات المجتمع التونسي لإرساء برامج تعاون مشتركة و رصد موارد لمكافحة مرض السيدا و الأمراض المنقولة جنسياً و السل و الملاريا.

إن حماية حقوق الأشخاص و تدعيم المنظومة القانونية على ضوء المبادئ الإنسانية تصبح اليوم ضرورة حتمية و لها أولوية مطلقة. وبالتالي فإن تعديل هذه المناشير و تحيينها سيساهم في تدعيم السياسة العمومية للصحة وفق المبادئ الكونية لحقوق الإنسان.

وخاصة منها مرض السل والتي تركز أساسا على الكشف المبكر للحالات. وتجنبنا لتأخير التشخيص واحتمال عزوف المرضى عن المبادرة بعرض أنفسهم على الطبيب في الإبان تم العمل على ضرورة رفع كافة الموانع المتسببة في تأخير التشخيص لعل من أهمها المانع المادي، حيث أن هذا المرض يصيب في أغلب الأحيان الفئات المعوزة.

وبالتالي تم الإقرار بأن جميع الخدمات المتعلقة بتشخيص و معالجة مرض السل تكون مجانية في كافة مراحلها حيث تكون هذه الخدمات الصحية مجانية لكافة المواطنين.

وإذ نلاحظ أن مجانية الخدمات الصحية تختصر فقط على التونسيين المقيمين بتونس وبالتالي لا يمكن للأجانب المصابين بمرض السل أو الأشخاص الحاملين لفيروس السيدا التمتع بمجانبة الخدمات الصحية وخاصة الحصول على الأدوية و التي تكون عامة باهظة الثمن و استعمالها مدى الحياة.

هكذا يتبين أن هذه المناشير تتعارض مع المبادئ الإنسانية وخاصة مبدأ عدم التمييز كما يجب التأكيد على أن التشريع التونسي لم يقر بالتمييز بين المواطنين والأجانب فيما يخص الوصول للخدمات الصحية. حيث أكد الفصل الأول من القانون عدد 71 لسنة 1992 المؤرخ في 27 جويلية 1992 والمتعلق بالأمراض السارية أنه « لا يمكن لأي إنسان أن يكون عرضة للتمييز في المعاملة في مجال الوقاية من الأمراض السارية أو معالجتها ».

وقد جاءت هذه المناشير مخالفة لمجمل النصوص القانونية والمعاهدات الدولية، حيث تعتبر المناشير آلية لتمرير تعليمات السلطة العليا بهدف تبليغ تعليمات أو توجيهات أو توجهات أو تحديد كيفية تطبيق النصوص القانونية. كما تعد وسيلة لتنسيق العمل صلب الإدارة وهي لا تؤثر حتما على حقوق منظوري الإدارة.

لكن ما نلاحظه أن هذه المناشير جاءت مخالفة للمبادئ الحامية لحقوق الإنسان، لذا وجب عدم التمييز بين الأشخاص على أساس اللون، العرق، الجنس، اللغة أو الدين أو الوضع الاجتماعي... و بالتالي وجب على الهياكل الصحية معاملة الأشخاص دون تمييز و على قدم المساواة طبقا للأخلاقيات الطبية و المهنية. حيث نص الفصل 3 من مجلة واجبات الطبيب على أنه يتعين على الطبيب معالجة جميع المرضى بنفس الضمير و بدون أي ميز.



يعتبر موضوع البحث حول مدى تلاؤم و تطابق النصوص القانونية مع الدستور الجديد مسألة هامة و جدية، حيث يعكس الحرص على وضع إطار قانوني يرتكز على المبادئ الأساسية لحقوق الإنسان و تحقيق المساواة بين جميع الأشخاص و نبذ أي مظهر من مظاهر التمييز.

في هذا الإطار تأتي هذه الدراسة التي تبرز وجود تناقض واضح بين بعض المناشير والدستور وأيضاً المعاهدات الدولية المصادق عليها من قبل الجمهورية التونسية، وسوف نبرز ذلك في مجال الوصول إلى المرافق و الخدمات الصحية.

إذ يعتبر الحق في الصحة أحد الحقوق الأساسية لكل إنسان مما ييسر التمتع بأعلى مستوى من الصحة يمكن بلوغه. كما يشمل الحق في الصحة الحصول على الرعاية الصحية المقبولة بتكلفة ميسرة و ذات الجودة المناسبة و في التوقيت المناسب. و بالتالي فمن واجب الدولة توفير المرافق الصحية الضرورية لضمان حق الإنسان في صحة سليمة و عيش كريم.

حيث نص الفصل 38 من الدستور أن « الصحة حق لكل إنسان. تضمن الدولة الوقاية و الرعاية الصحية لكل مواطن. و توفر الإمكانيات الضرورية لضمان السلامة و جودة الخدمات الصحية». تضمن الدولة العلاج المجاني لفاقد السند و لذوي الدخل المحدود. و تضمن الحق في التغطية الاجتماعية طبق ما ينظمه القانون».

يؤكد هذا الفصل على الحق في الصحة لكل إنسان، كما يبين ضرورة تدخل الدولة لإسناد الإمكانيات الضرورية لتوفير الخدمات الصحية. حيث نص الفصل الأول من قانون عدد 63 لسنة 1991 المؤرخ في 29 جويلية 1991 المتعلق بالتنظيم الصحي « لكل شخص الحق في حماية صحته في أحسن الظروف الممكنة ». هذا و يشمل الحق في الصحة الخدمات الوقائية و التوعوية و الحق في الوصول إلى المرافق و الخدمات الصحية.

حيث نلاحظ وجود بعض المناشير التي تحد من الحق في الوصول إلى المرافق و الخدمات الصحية. وقد جاء المنشور عدد 16 لسنة 2001 المتعلق بالعلاج الثلاثي المضاد لفيروس السيدا والذي أكد أن وزارة الصحة تتحمل تكاليف العلاج الثلاثي لكل المرضى التونسيين المقيمين بتونس والذين لا يتمتعون بتغطية اجتماعية.

كما نص بالمنشور عدد 11 لسنة 2002 المؤرخ في 31 جانفي 2002 المتعلق بمجانبة الخدمات الصحية المتعلقة بمكافحة مرض السل، على أهمية الجانب الوقائي في مكافحة الأمراض السارية

# المناشير و الحق في الوصول إلى المرافق و الخدمات الصحية<sup>1</sup>

د. حنان التركي<sup>2</sup>

1 هذه المساهمة هي حوصلة للمقالة كاملة في الجزء الفرنسي من هذا المؤلف.

2 طالبة دكتوراه في القانون العام كلية الحقوق بسوسة.



مجموعة من الإجراءات التي تحول دون إمكانية السفر بالرغم من أن الشخص حامل لجميع الوثائق القانونية المطلوبة وفقا للتشريع الجاري به العمل.

وما يزيد في تعقيد هذه المسألة هو الطابع «الغازي» لهذه الإجراءات التي بالرغم من تأثيرها الثابت في الممارسة الواقعية للحق في مغادرة التراب التونسي فإنه يستحيل الحصول على أثر مادي وموثق يثبت وجودها وطبيعتها القانونية.

وبالاستناد لجملة المؤشرات الدالة على واقعية هذه الإجراءات يمكن أن نسوق الملاحظات التالية:

أولا، لا يمكننا الجزم بأن هذه الآليات الإدارية تتخذ شكل مناشير،

وثانيا، يمكن حوصلتها في التصريح الأبوي للأشخاص الذين لم يتجاوز سنهم 35 سنة - مع العلم أن هذا الإجراء يخص القصر دون غيرهم- والذين يريدون السفر لدول معينة مثل المغرب، الجزائر، سوريا، مصر، الأردن، العراق وصربيا(...). أما الإجراء الاستبدادي الثاني فيتعلق بالأشخاص الواقعين تحت طائلة ما يعرف بالإجراء « S 17 ».

ويجدر التنويه إلى أن المعلومات المتعلقة بهذا الإجراء جد شحيحة وعادة ما تتعلل الإدارة بطابعها الأمني الذي يستوجب السرية. ومن خلال المعلومات التي استطعنا الحصول عليها، يمكن القول بأن الأمر يتعلق بجذات معلوماتية تخص الأشخاص الذين تحوم حولهم شبهة القيام بإحدى الجرائم المنظمة أو الإرهابية.

وبهدف دراسة هذه المسألة قمنا في مرحلة أولى ببسط الأوجه الاستبدادية لهذه الإجراءات الموازية وذلك بالنظر لجملة المحددات التي ضبطها الفصل 49 من الدستور لتبين أنها لا تأخذ بعين الاعتبار الضوابط الشكلية والموضوعية المنصوص عليها صلب أحكام الدستور.

أما في مرحلة موالية قمنا بتحليل آليات الحماية المتاحة من خلال الوقوف عند الدور الهام الذي لعبته المحكمة الإدارية في حماية هذا الحق.

كما تعرّضنا أيضا إلى الدور الذي تؤمّنه جملة من الآليات غير القضائية والمتمثلة أساسا في الضغط الذي يمارسه المجتمع المدني والمعارضة من خلال تقنية الأسئلة الكتابية والشفاهية التي وجهها عدد من النواب إلى وزراء الداخلية الذين تعاقبوا على وزارة الداخلية.

وفي الأخير، يجب أن ننبه إلى أن المسألة الأمنية على أهميتها لا يجب بأي حال من الأحوال أن تتحول إلى مطية تستعمل من قبل الإدارة لضرب الحقوق والحريات المضمونة دستوريا وجعلها رهينة للفضل الإداري.

تعتبر حرية التنقل من بين الحريات اللصيقة بالذات الإنسانية وذلك بالنظر لطبيعة الإنسان التي تقوم على الحركة. كما تستمد أهميتها من كونها قوام ممارسة جملة من الحقوق والحريات الأخرى التي تنتفي بانتفاء هذه الحرية. ولعل هذا ما جعلها تحظى مبدئياً بتكريس قانوني مستفيض سواء على الصعيد الوطني أو الدولي.

بالنسبة للصعيد الوطني، تتمتع هذه الحرية بأساس دستوري صريح حيث وقع تكريسها صلب الفصلين 24 فقرة ثانية و25 من الدستور التونسي. وأما بالنسبة للصعيد الدولي فتجد هذه الحرية أساسها في جملة من المعاهدات الدولية التي نذكر منها على سبيل الذكر العهد الدولي للحقوق المدنية والسياسية في فصله الثاني عشر.

وتضمن هذه الحرية - لكل مواطن ولكل فرد موجود بصفة قانونية على تراب بلد معين - الحق في التنقل داخل حدود هذا البلد والحق في مغادرته مع المحافظة على إمكانية العودة إلى التراب الوطني دون قيد أو شرط.

وتجدر الإشارة إلى أن هذا التكريس الصريح لحرية التنقل لا يعني بأي حال من الأحوال أننا إزاء حرية مطلقة حيث تخضع هذه الأخيرة إلى جملة من الضوابط القائمة أساساً على اعتبارات متعلقة بالأمن العام.

وبالنظر للظرفية الحالية ولتنامي سياسات مكافحة الإرهاب فإن الإشكال الأساسي الذي تطرحه ممارسة هذه الحرية يكمن في كيفية تحقيق نوع من الموازنة بين الانتظارات المتعلقة بالحرية من جهة وتلك المرتبطة بالأمن من جهة أخرى.

بالرجوع للنص الدستوري وتحديد الفصل 49 منه، نتبين أنه قد حسم مسألة الحد من الحريات بصفة نهائية وذلك من خلال سن جملة من الضوابط التي يجب مراعاتها ومن بينها وجوب تنظيم الحقوق والحريات بمقتضى نص تشريعي.

وفي هذا الإطار، وقع تنظيم الحق في مغادرة التراب التونسي بمقتضى القانون عدد 40 والمتعلق بجوازات ووسائل السفر و المؤرخ في 14 ماي 1975. لكن في المقابل تجدر الإشارة إلى وجود نصوص أخرى تراحم التشريع المذكور في تنظيم حرية التنقل حيث لجأت الإدارة إلى إصدار إجراءات ذات طابع ترتيبي للحد من هذا الحق بالرغم من عدم احترامها للمقتضيات الدستورية.

وبالتالي على الصعيد الواقعي وبناء على جملة من المؤشرات فإن الحق الدستوري في مغادرة التراب الوطني أصبح شبه مرتهن لجملة من الآليات الإدارية «غامضة المعالم» والمتمثلة في

## المناشير والحق في

# مغادرة التراب التونسي<sup>1</sup>

رباب المقراني<sup>2</sup>

1 طالبة دكتوراه في القانون العام كلية الحقوق بسوسة

2 هذه المساهمة هي حوصلة للمقالة كاملة في الجزء الفرنسي من هذا المؤلف. ص. 118 إلى 139.



و من المتوقع أن ترسل فرنسا تقريراً للمتابعة إلى اللجنة في غضون 180 يوماً بشأن التدابير المتخذة لتنفيذ قرار اللجنة الذي يتضمن، تعويض أصحاب الشكوى واتخاذ تدابير تستهدف لمنع حدوث حالات مماثلة في المستقبل ، بما في ذلك من خلال مراجعة القانون المطعون فيه.

إن مسألة حرية المظهر و اللباس مسألة حساسة و دقيقة و هي حرية فردية شخصية بامتياز و يجب حمايتها. كما أنه من الضروري إلغاء جميع المناشير التي تحد من هذه الحرية و احترام المعاهدات الدولية التي صادقت عليها تونس وخاصة احترام ما نص عليه دستور 2014 ، كما أنه من الضروري تحقيق المعادلة المطلوبة و الضرورية، بين الإجراءات الأمنية في إطار مكافحة الإرهاب من جهة، و ضرورة احترام حقوق الإنسان في ترابطها و شموليتها و كونيتها.

## بعض المراجع

- أمير الغول، «القاضي الإداري و بعض الحريات الفردية»، الحريات الفردية و تقاطع المقاربات، مؤلف جماعي تحت إشراف الدكتور وحيد الفرشيشي، تونس الجمعية التونسية للدفاع عن الحريات الفردية 2014، ص-198 متوفر على الرابط التالي: <http://www.adltn.org/sites/default/files/livre%20%27libert%C3%A9s%20individuelles%20approches%20crois%C3%A9es%27.pdf>
- أمير الغول، « القاضي الإداري و الحرية الدينية»، الحريات الدينية في تونس، مؤلف جماعي تحت إشراف الدكتور وحيد الفرشيشي، تونس 2015 الجمعية التونسية للدفاع عن الحريات الفردية ، ص146 - ص163. متوفر على الرابط التالي: [http://www.adltn.org/sites/default/files/lhryt\\_ldyny\\_fy\\_twns.pdf](http://www.adltn.org/sites/default/files/lhryt_ldyny_fy_twns.pdf)
- زياد غومة، «المحكمة الإدارية تنهي جدلا طويلا و تكرر حق المنقبة في التعليم»، المفكرة القانونية، 28 أبريل 2015. متوفر على الرابط التالي: <http://legal-agenda.com/article.php?id=1085>
- توصية منظمة اليونسكو، بشأن أوضاع هيئات التدريس في التعليم العالي صادرة بتاريخ 11 نوفمبر 1997 ، متاحة على الرابط التالي: <http://unesdoc.unesco.org/images/0011/001102/110220ab.pdf#page=33>
- CEDH, AFFAIRE REFAH PARTISI (PARTI DE LA PROSPERITE) ET AUTRES c. TURQUIE, 13 février 2003, 41340/98 et autres, disponible sur le lien suivant : <https://hudoc.echr.coe.int/eng#%7B%22itemid%22:%5B%22001-65493%22%7D>
- KOLBERT (E), « Le port du foulard islamique dans l'exercice de la fonction publique », conclusion sur C.A.A Lyon, 19 novembre 2003, Melle Ben Abdulah C / Ministre des affaires sociales et de l'équipement, R.F.D.A., 2004, p.588.



و في هذا الإطار، اعتبرت اللجنة الأممية المعنية بحقوق الإنسان<sup>282</sup>، في قرارين صادرين بتاريخ 22 أكتوبر 2018، أن فرنسا قد خرقت الحق في حرية الدين من خلال منعها لارتداء النقاب في الفضاءات العامة.

هذا و قد تلقت اللجنة الأممية المعنية بحقوق الإنسان شكايتين سنة 2016، بعد محاكمة امرأتين فرنسيتين وإدانتها في عام 2012 لارتدائهما ملابس كان الغرض منها تغطية أجسادهما بالكامل، بما في ذلك وجوههما حيث أصدرت فرنسا قانوناً في عام 2010 ينص على أنه "لا يجوز لأحد أن يرتدي، في الأماكن العامة، ملابس تهدف إلى إخفاء الوجه". فالقانون يحظر ارتداء النقاب في الأماكن العامة، والذي يغطي الجسم كله، بما في ذلك الوجه، والذي لا يترك سوى فتحة صغيرة للعيون.

ورأت اللجنة<sup>283</sup>، أن الحظر العام الذي يفرضه القانون الفرنسي على من يرتدين النقاب في الأماكن العامة يتعارض بشكل غير متناسب مع حق الشاكيتين في إظهار دينهن بحرية. وفي رأي اللجنة، لم تشرح فرنسا بما فيه الكفاية كيف أن حظر ارتداء هذه الملابس ضروري. وبالإضافة إلى ذلك، لم تقتنع اللجنة بالحجج من فرنسا، التي تنص على أن الحظر ضروري لأسباب تتعلق بالسلامة ويهدف إلى ضمان احترام مبدأ "العيش المشترك" في المجتمع. وبينما تدرك اللجنة أن الدول قد تطلب من الأفراد اكتشاف وجوههم في ظروف محددة كجزء من عمليات التحقق من الهوية فإنها تقر أن الحظر الواسع النطاق للنقاب هو إجراء متطرف للغاية. وخلصت اللجنة أيضاً إلى أن الحظر لن يحمي النساء اللاتي يرتدين النقاب الكامل، ولكن سيكون لهن أثر معاكس لتهميشهن عن طريق حصرهن في منازلهن عن طريق إغلاق وصولهن إلى الخدمات العامة.

و تجدر الإشارة إلى أنه، وعلى الرغم من أن اللجنة تنظر بانتظام في قضايا تتعلق بتمتع الأفراد بحقوقهم المدنية والسياسية، فإنها المرة الأولى التي يتم فيها النظر في قضايا متعلقة بحظر النقاب.

282 اللجنة الأممية المعنية بحقوق الإنسان هي هيئة مكونة من خبراء مستقلين، ترصد تنفيذ الدول الأطراف للعهد الدولي الخاص بالحقوق المدنية والسياسية.

وجميع الدول الأطراف ملزمة بتقديم تقارير منتظمة إلى اللجنة عن كيفية إعمال الحقوق. ويجب على الدول أن تقدم تقريراً أولياً بعد سنة من انضمامها إلى العهد ثم تقدم تقارير كلما طلبت اللجنة ذلك (كل أربع سنوات عادة). وتفحص اللجنة كل تقرير وتوافق الدولة الطرف ببواعث قلقها وتوصياتها في شكل «ملاحظات ختامية».

283 القرارين الصادرين عن اللجنة المعنية بحقوق الإنسان متاحان على الروابط التالية، باللغتين الفرنسية و الانجليزية :

القرار الأول: [https://tbinternet.ohchr.org/\\_layouts/treatybodyexternal/Download.aspx?symbolno=CCPR%2fC%2f123%2fd%2f2747%2f2016&Lang=en](https://tbinternet.ohchr.org/_layouts/treatybodyexternal/Download.aspx?symbolno=CCPR%2fC%2f123%2fd%2f2747%2f2016&Lang=en)

القرار الثاني: [https://tbinternet.ohchr.org/\\_layouts/treatybodyexternal/Download.aspx?symbolno=CCPR%2fC%2f123%2fd%2f2807%2f2016&Lang=en](https://tbinternet.ohchr.org/_layouts/treatybodyexternal/Download.aspx?symbolno=CCPR%2fC%2f123%2fd%2f2807%2f2016&Lang=en)

وتنص المادة (28) على أنه « ينبغي أن يُكفل لأعضاء هيئات التدريس في التعليم العالي الحق في القيام بالتدريس دون أي تدخل خارجي، شريطة التزامهم بالمبادئ المهنية المقبولة لدى الجميع، بما في ذلك المسؤولية المهنية والصرامة الفكرية فيما يتعلق بالمعايير والأساليب التعليمية... » . وعلى مستوى آخر يهتم مسألة النقاب في تونس، تعالت الأصوات المنادية بضرورة فرض منع النقاب في الأماكن العامة والشوارع محذرين من مخاطره على أمن البلاد وهويتها.

وتغيرت نظرة التونسيين بشكل سلبي لهذا الزي، بعد ثبوت استغلاله من قبل العناصر الإرهابية للتخفي عن أعين الأمنيين وتحوله إلى غطاء لتسهيل تنقلاتهم من أجل تنفيذ جرائمهم الإرهابية. وفي هذا الإطار تندرج المبادرة التشريعية التي تقدم بها عشرة نواب و المتعلقة بمقترح «قانون يتعلق بمنع إخفاء الوجه في الفضاءات العمومية»<sup>280</sup>. ويهدف المشروع عدد 14/ 2016 حسب أصحاب المبادرة إلى «تطوير المنظومة العقابية في مجال مكافحة الجريمة والكشف عن مرتكبيها و إلى تعزيز القدرة على الوقاية من الجريمة الإرهابية خصوصا، و إلى حماية الأمن العام وحقوق الغير».

و ما يعاب على هذا المشروع هو أولا استناده إلى الفصل 19 من الدستور، في إغفال مطلق و تام لمقتضيات الفصل 49 من الدستور. كما أن الفصل الثاني من المشروع يوسع في دائرة الأماكن التي تعتبر فضاءات عمومية، إلى درجة التساؤل عما إذا كانت كل الفضاءات عمومية، و بالتالي نقوم بسحب صفة الخصوصية على عدة أماكن و فضاءات.

بالإضافة إلى أن الفصل الثالث يقر عقوبة بالسجن 15 يوما لمن يخالف أحكام الفصل الأول، و بسنة سجنا وبخطية قدرها عشرة آلاف دينار ضد ” كل من يحمل غيره من الأشخاص لأسباب تتعلق بجنسه على ارتداء زي يخفي وجهه بواسطة التهديد أو العنف أو الجبر أو تحت تأثير ما له عليه من السلطة أو النفوذ“، و هو آقتباس يكاد يكون حرفيا لما ورد في المجلة الجزائية الفرنسية.<sup>281</sup>

280 مشروع القانون متاح على الرابط التالي :

[http://www.arp.tn/site/servlet/Fichier?code\\_obj=92909&code\\_exp=1&langue=1](http://www.arp.tn/site/servlet/Fichier?code_obj=92909&code_exp=1&langue=1)

L'article 225 4 10 du Code pénal français dispose: « Le fait pour toute personne d'imposer à une ou plu- 281 siers autres personnes de dissimuler leur visage par menace, violence, contrainte, abus d'autorité ou abus de pouvoir, en raison de leur sexe, est puni d'un an d'emprisonnement et de 30 000 euros d'amende. Lorsque le fait est commis au préjudice d'un mineur, les peines sont portées à deux ans d'emprisonnement et à 60 000 euros d'amende ».

وذكرت المديرية العامة في تعليمات بعنوان "واجبات الموظفين والأعوان في مجال اللباس" أنه يمنع ارتداء النقاب بصفة نهائية في أماكن العمل، داعية الوزراء والولاة الالتزام الصارم بتطبيق القرار.

وأشارت إلى أن القرار صدر بناء على الاستفسارات المرفوعة بشأن واجبات الموظفين والأعوان العموميين فيما يتعلق باللباس، خاصة النقاب، وطالبت بالتقيد به ومنع كل لباس "يعرقل ممارستهم لمهام المرفق العام، لا سيما النقاب الذي يمنع ارتداؤه منعا باتا في أماكن العمل".

وشددت على أنه من يجب على الموظفين احترام قواعد ومقتضيات الأمن، وضمان الاتصال على مستوى الإدارات التي يعملون بها، والتي تستوجب تحديد هويتهم بصفة آلية ودائمة.

وأشارت المديرية إلى أنه يتعين على الموظفين تجنب كل فعل أو تصرف، مهما كانت طبيعة مهامهم ووظائفهم، وأن يتحلوا بسلوك لائق ومحترم، يعكس القواعد والمبادئ التي تحكم المرافق والهيئات الحكومية، خاصة ما تعلق بالحياد والشفافية والاستمرارية. وكانت وزيرة التعليم نورية بن غبريط، أول من جاهر بمنع النقاب أو أي لباس مخالف للتعليمات<sup>278</sup>، وواجهت الوزيرة حينها، انتقادات اتهمتها بـ«انتهاج مبدأ العلمانية»، لذلك تصنف تعليمات الوزير الأول، على أنها ترسيم عام للقرار الذي لا يخص قطاعاً دون آخر.

في الحقيقة فإن مسألة منع النقاب، حتى في إطار التدريس تكون مخالفة لتوصية منظمة اليونسكو<sup>279</sup>، وخصوصا المواد (25) و (26) و (28) من توصية اليونسكو، حيث تنص المادة (25) من هذه الأخيرة على أنه «ينبغي أن يكون الالتحاق بمهنة التدريس في التعليم العالي قائماً فقط على أساس المؤهلات والكفاءات والخبرات الأكاديمية وأن يتاح لجميع أفراد المجتمع على قدم المساواة ودون تمييز».

وتنص المادة (26) على أنه «ينبغي أن يتمتع أعضاء هيئات التدريس في التعليم العالي، شأنهم شأن سائر الجماعات والأفراد، بالحقوق المدنية والسياسية والاجتماعية والثقافية المعترف بها على الصعيد الدولي، والتي تسري على جميع المواطنين، وبالتالي ينبغي أن يتمتع جميع أعضاء هيئات التدريس في التعليم العالي بحرية الفكر والوجدان والدين والتعبير والاشتراك في الاجتماعات والجمعيات...».

278 قالت وزير التربية الوطنية نورية بن غبريط، في تصريحات بمناسبة الإشراف على افتتاح الدخول المدرسي في 2018، إنه «يجب أن تكون هوية الموظف داخل قطاع التربية وداخل المؤسسة واضحة، لا نستطيع تسيير عملية التعليم والتعلم بدون أن يرى التلميذ وجه أستاذه، وفيما يخص كذلك الرجال يجب أن يكون لباسهم محترم ويجب عليهم ارتداء لباس لائق ومحترم».

279 توصية منظمة اليونسكو، بشأن أوضاع هيئات التدريس في التعليم العالي صادرة بتاريخ 11 نوفمبر 1997، متاحة على الرابط

التالي: <http://unesdoc.unesco.org/images/0011/0011102/110220ab.pdf#page=33>

أقرت المحكمة ضمناً أن ممارسة حرية اللباس والمعتقد يجب أن تكون في حدود ما تستلزمه ضرورات سير المرفق العمومي حيث أكدت أنه « لا جدال من أن الطلبة يتمتعون بحرية اختيار اللباس الذي يريدونه ، لكن هذه الحرية ليست مطلقة إذ يجب أن تمارس طبقاً للضوابط التي يقتضيها حسن سير المرفق العمومي للتعليم».

وأن من أهم أسباب إلغاء قرار رفض ترسيم الطالبة اعترافها بضرورة ضمان سير المرفق وقبولها مبدأ الكشف عن وجهها لأية امرأة من إدارة الكلية أو طالباتها. وتجدر الإشارة إلى أن مسألة حمل النقاب أثارت جدلاً مماثلاً في فرنسا عند سنّ قانون حظر النقاب بالأماكن العامة وطرح مسألة شرعية ذلك القانون أمام المحكمة الأوروبية لحقوق الإنسان التي أقرت في حكمها الصادر بتاريخ 2014/7/1 أن قانون حظر النقاب لا يمس بالحريات العامة وحقوق الإنسان وأن الحظر يبدو متوازناً مع الهدف المنشود وهو الحفاظ على العيش المشترك. ويجوز للحكومات منع ارتداء النقاب بالأماكن العامة وهو حكم أثار نقاشاً طويلاً وكان محلّ إنتقاد من منظمات حقوقية كبرى كهيومن رايتس واتش.

وكان موقف المحكمة الإدارية في القضية عدد 125265 مغايراً لما تبنته المحكمة الأوروبية لحقوق الإنسان بل وأكثر حمائية للحقوق والحريات.

ويمكن إعتبار الحكم الصادر في القضية عدد 125265 حلقة جديدة في ما دأب عليه فقه قضاء المحكمة الإدارية من حماية للحقوق والحريات الأساسية وخاصة حرية المعتقد وما يرتبط بها من حرية لباس، «ونتمنى أن يكون حاسماً للجدل المجتمعي والقانوني الطويل حول حرية اللباس وضوابط ممارستها وهو جدل عاد ليطفو على السطح مع قضية منع مضيئة من العمل على متن سفرات الخطوط الجوية التونسية مؤخراً بتونس».<sup>277</sup>

و في الجزائر، أثار قرار منع ارتداء النقاب ردوداً متباينة بين مؤيد للقرار و رافض له، حيث أصدرت الحكومة الجزائرية، يوم 18 أكتوبر 2018، تعليمات تؤكد على المنع الرسمي لارتداء النقاب، أو أي لباس يخفي هوية الفرد، على مستوى أماكن العمل.

وطالب رئيس الوزراء، أحمد أو يحيى، في تعليمات أرسلها إلى المديرية العامة للتوظيف العمومية، من الوزراء وولاية الجمهورية، الالتزام الصارم بتطبيق التعليمات على "منع كل لباس يعرقل ممارسة مهام المرفق العام، لا سيما النقاب الذي يمنع ارتداؤه منعا باتا في أماكن العمل".

277 زياد غومة، «المحكمة الإدارية تنهي جدلاً طويلاً و تكرر حق المنقبة في التعليم»، المفكرة القانونية، 28 أبريل 2015، مقال متاح على الرابط التالي : <http://www.legal-agenda.com/article.php?id=1085>

بها للطعن فيه بالإلغاء وذلك بالاستناد أساسا على مخالفة القرار المطعون فيه للدستور والمواثيق الدولية بمقولة أن ارتداء النقاب يدخل ضمن حرية اللباس وحرية المعتقد وممارسة الشعائر الدينية المكفولة في كافة الدساتير والمواثيق الدولية ولاسيما المادة 18 من الإعلان العالمي لحقوق الإنسان التي اقتضت أنه لكل شخص الحق في الإعراب عن ديانته أو عقيدته بالتعليم والممارسة وإقامة الشعائر ومراعاتها سواء أكان سرا أو مع الجماعة، وكذلك المادة 26 التي تقر لكل شخص الحق في التعليم. فضلا عن خرق مبدأ المساواة أمام المرفق العام بمقولة أن قرار المنع من الترسيم حرم فئة من التونسيات من حقهن المشروع في الدراسة..

وأكدت المحكمة في حيثية مبدئية أنه: «وحيث من الثابت أن قرار رفض ترسيم العارضة المنتقبة من شأنه المس من حرية المعتقد واللباس الراجعة لمستعملي المرفق العمومي»... «وحيث أنه وفي غياب نص يخول للجهة الإدارية منع المنتقبات من الترسيم في الجامعات... يكون... قرارها القاضي بمنع العارضة من الترسيم غير مؤسس واقعا وقانونا ويتجه قبول الدعوى على هذا الأساس وإلغاء القرار المطعون فيه.»

وقد انتهت المحكمة إلى أن حرية اللباس مظهر من مظاهر الحرية الشخصية، وممارسة تلك الحرية، شأنها شأن كافة الحريات والحقوق والحريات الأساسية الفردية والعامّة التي كفلها الدستور والمواثيق الدولية، لا يمكن الحد منها إلا بنص قانوني وأكدت أنه في غياب قانون يحد من حرية حمل النقاب فإنه لا يمكن الحد من هذه الحرية بمجرد قرار من عميد الكلية أو مجلسها العلمي، كما تكمن أهمية الحكم كذلك في استناده ضمنا إلى الدستور والمعاهدات الدولية التي استندت إليها العارضة في عريضتها مؤكدة ما دأب عليه فقه قضاء المحكمة الإدارية من رقابة على مطابقة القرارات الإدارية للمعاهدات الدولية المصادق عليها.<sup>276</sup>

وقد أنهى الحكم المذكور جدلا طويلا في الساحة القانونية والمجتمع المدني التونسي حول حق المنتقبة في التعليم باعتباره أول إقرار قضائي لذلك الحق.

غير أن الحكم أقرّ ضمينا أن حرية اللباس ليست مطلقة بل أنه يمكن الحد منها شرط أن يكون ذلك بقانون وليس بقرار إداري. ويجدر هنا التذكير أن الدستور التونسي ولئن أقرّ إمكانية الحد من الحريات والحقوق التي تضمّنها إلا أنه يشترط ألا يمس القانون بجوهر تلك الحقوق. كما

276 «يفهم ضمنا من الحكم أن حرية اللباس مظهر من مظاهر الحرية الشخصية، وممارسة تلك الحرية، شأنها شأن كافة الحريات والحقوق والحريات الأساسية الفردية والعامّة التي كفلتها الدستور والمواثيق الدولية، لا يمكن الحد منها إلا بنص قانوني وأكدت أنه في غياب قانون يحد من حرية حمل النقاب فإنه لا يمكن الحد من هذه الحرية بمجرد قرار من عميد الكلية أو مجلسها العلمي كما تكمن أهمية الحكم كذلك في استناده ضمنا إلى الدستور والمعاهدات الدولية التي استندت إليها العارضة في عريضتها مؤكدة ما دأب عليه فقه قضاء المحكمة الإدارية من رقابة على مطابقة القرارات الإدارية للمعاهدات الدولية المصادق عليها.»

زيد غومة، «المحكمة الإدارية تنهي جدلا طويلا و تكرر حق المنتقبة في التعليم»، المفكرة القانونية، 28 أبريل 2015، مقال متاح على

المجلس الوطني التأسيسي في شكل قوانين أساسية. غير أنه في ضوء وجود فراغ تشريعي»، فيما يتعلّق بالمسألة موضوع الاستشارة فإنّ «تنظيم ارتداء النقاب داخل الحرم الجامعي يدخل ضمن صلاحيات عمداء ومديري تلك المؤسسات بوصفهم رؤساء المصالح الإدارية للمؤسسات...» (...) و أقرت المحكمة من جهة أخرى أنه «لا يكون تدخّل وزير التعليم العالي شرعيًا إلا في الصورة المخصوصة الوارد ذكرها بالفصل 14 من الأمر عدد 2716 لسنة 2008 المؤرخ في 4 أوت 2008، المتعلّق بتنظيم الجامعات ومؤسسات التعليم العالي والبحث وقواعد سيرها، والمتعلّقة بحدوث ظروف استثنائية بالجامعة تحول دون مباشرة هياكلها المسيرة لمهامها وعلى أن لا يُقدّم طلب في ذلك للوزير من قبل رئيس الجامعة.»

كما اعتبرت المحكمة «أن المقررات الصادرة في الغرض يجب أن تركز على مبدأ مفاده أن لا حق لأحد في الانتفاع بالخدمات التي يسديها المرفق العمومي بمقراته المفتوحة للعموم وهو مغطى الوجه وذلك كلما اقتضى حسن سير المرفق الكشف عن الوجه للتمتع بتلك الخدمات وأن حدود المنع يجب أن تقتصر على خطر تغطية الوجه بصفة كاملة أو جزئية داخل مكونات الفضاء الجامعي فحسب ودون أن يمتد إلى أي إجراء إضافي من شأنه المس من حرية المعتقد واللباس الراجعة لمستعملي المرفق العمومي.»<sup>275</sup>

في الحقيقة، لم تحسم مسألة حمل النقاب بالجامعات إلا بصدر الحكم الابتدائي عدد 125265 عن الدائرة الابتدائية الثانية بالمحكمة الإدارية بتاريخ 3 ديسمبر 2014 في القضية التي رفعتها الطالبة مروى سعدي على عميد كلية الآداب والعلوم الإنسانية بسوسة قصد إلغاء قرار رفض ترسيمها بالكلية تطبيقا لقرار المجلس العلمي لها الصادر في 6 أكتوبر 2011 والقاضي بمنع قبول المنتقبات بالفضاء الجامعي.

وتتمثّل وقائع القضية في أنه على إثر نجاح المدّعية في امتحان البكالوريا تولّت التوجّه لاستكمال إجراءات الترسيم بكلية الآداب بسوسة في اختصاص إجازة أساسية في اللغة والآداب والحضارة العربية إلا أنّ إدارة الكلية رفضت ذلك نظرا لارتدائها النقاب بتعلّة استحالة التعرف على هويتها وأنه وبالرغم من توليها الاستظهار بملفها الدراسي وبطاقة تعريفها الوطنية وقبولها الكشف عن وجهها لأية امرأة أصرت الإدارة على موقفها الراض لترسيمها، وتولّى المجلس العلمي لكلية الآداب بسوسة اتخاذ قرار بتاريخ 6 أكتوبر 2011 يقضي برفض قبول الطالبات المنتقبات في الفضاء الجامعي بما في ذلك عملية الترسيم وحضور الدروس واجتياز الامتحانات، وهو ما حدا

275 أمير الغول، «القاضي الإداري و الحرية الدينية»، الحريات الدينية في تونس، مؤلف جماعي تحت إشراف الدكتور وحيد الفرشيشي، تونس الجمعية التونسية للدفاع عن الحريات الفردية 2015، ص.160

غير محدودة في تطبيق ذلك المنشور مما قد ينتج عنه تهديد للحريات الأساسية و منها حرية المعتقد المضمونة دستوريا، واستعماله مطية للتضييق من الحقوق و الحريات الفردية. و حيث يكون ذلك المنشور بناء على ما سبق عرضه مخالفا للدستور، الأمر الذي يؤول إلى عدم شرعية القرار المطعون فيه و تعين إلغائه لهذا السبب».

و في خصوص حرية المظهر و اللباس، « فإنها حريات تمارس من قبل العون العمومي عند أداء الوظيف بالقدر الذي لا يتنافى مع واجب التحفظ المفروض عليه ومع مبدأ حياد المرفق العمومي المفروض على الإدارة . وفي سياق مواصلته للتذكير ببعض المبادئ، اعتبر القاضي الإداري أنه يكون من المنطقي أن تزداد التضييقات على مثل هذه الحريات الفردية كلما ازداد عدم التكافؤ بين العون ومنظوريه و زادت قدرته على التأثير عليه. لكن ممارسة هذه الحريات ترجع إلى مداها الجاري به العمل في البلاد بمجرد أن يغادر العون العمومي مقر وظيفه.»<sup>272</sup> و إذا ما اعتبر القاضي الإداري التونسي أن «التقريظة التونسية» لا تعد زيا طائفيًا، «فإن نظيره الفرنسي وفقه قضاء مجلس الدولة الفرنسي استقر على اعتبار أن ارتداء الوشاح الإسلامي يمس من مبدأ دستوري ألا وهو لائكية الدولة.»<sup>273</sup>

## 2. فيما يخص النقاب

في إطار استشارة خاصة عدد 491/2011<sup>274</sup>، و المتعلقة برأي المحكمة الإدارية حول إمكانية تنظيم ارتداء أو حمل النقاب داخل الحرم الجامعي وقاعات الدرس والامتحان بمقتضى تدابير وتراتبية داخلية (منشور أو مذكرة داخلية) خاصة في ظل غياب تفويض من السلطة التشريعية أو الترتيبية العامة وعلاقة ذلك بالحرية الفردية للمنقبات، خلصت المحكمة إلى «أن مسألة تنظيم ارتداء النقاب داخل الحرم الجامعي تتنزل في نطاق ممارسة الحريات العامة وخاصة منها تلك ذات الطابع الفردي أو الشخصي والتي من بينها حرية المعتقد وما يتفرع عنها من حرية ارتداء اللباس التي يستجيب لمتطلباتها»، وأنه «بالرجوع إلى أحكام القانون التأسيسي عدد 6 لسنة 2011 المؤرخ في 16 ديسمبر 2011 المتعلقة بالتنظيم المؤقت للسلط العمومية، يتضح أنه تضمن في فصوله 4 و 6 الإشارة إلى أن التصوص المتعلقة بالحريات وحقوق الإنسان تتخذ من قبل

272 أمير الغول، «القاضي الإداري و بعض الحريات الفردية»، الحريات الفردية و تقاطع المقاربات، مؤلف جماعي تحت إشراف الدكتور وحيد الفرشيشي، تونس الجمعية التونسية للدفاع عن الحريات الفردية 2014، ص 218.

KOLBERT (E), « Le port du foulard islamique dans l'exercice de la fonction publique », conclusion sur 273 C.A.A Lyon, 19 novembre 2003, Melle Ben Abdulah C / Ministre des affaires sociales et de l'équipement, R.F.D.A., 2004, p.588

274 متاحة على الرابط التالي : [http://la-passion-du-droit.blogspot.com/p/blog-page\\_6834.html](http://la-passion-du-droit.blogspot.com/p/blog-page_6834.html)

## القسم الثاني :

### حرية المظهر و اللباس أمام القضاء الإداري

سنتناول في هذا القسم كيفية تعامل القضاء الإداري مع القضايا المرفوعة أمامه حول مسألتين تتعلقان بارتداء الحجاب من جهة (1) و بارتداء النقاب من جهة أخرى، خاصة في ظل الظرفية التي تشهدها البلاد منذ أحداث 14 جانفي و ما عرفته تونس من اعتداءات إرهابية متكررة (2).

#### 1. فيما يخص الحجاب

لقد سنحت للقاضي الإداري « عدة فرص لتحديد موقفه من هذه الحرية خاصة بمناسبة إظهار بعض الأعوان العموميين لمعتقداتهم. فالبعض منهم ونظرا لما يحملوه من معتقدات فضلوا الالتحاق بمقر عملهم مرتدين لباسا عادة ما صنفته الإدارة بالزي الطائفي واتخذت في شأنهم على هذا الأساس قرارا بالعزل»<sup>269</sup>.

يمكن القول أن المحكمة الإدارية و في مرحلة أولى، قد تحاشت الخوض في أصل هذه الحرية، وخيرت الاكتفاء بالخوض في مدى صحة الوقائع لإلغاء قرارات الإدارة من ذلك ما ورد في هذه الوثيقة « و حيث ادعت العارضة أنها خلافا لما أوردته الإدارة لم تتمسك بالزي الطائفي بل بادرت بتغيير هندامها إثر مطالبتها بذلك حيث وضعت مندبلا (الطريقة التونسية) و على هذا الأساس يكون قرار العزل الذي بني على رفض العارضة التخلي عن الزي الطائفي قد انبنى على أسس غير صحيحة من الواقع الأمر الذي يجعله عرضة للإلغاء».

غير أن القاضي قد أصبح في مرحلة ثانية أكثر تحررية، حيث أفصح عن موقفه حول مشروعية المنشور عدد 102 لسنة 1986<sup>270</sup> في القرار الشهير : سعيدة عدالي ضد وزير التربية و التكوين.<sup>271</sup>، حيث تضمن القرار الوثيقة التالية : « و حيث تضمن المنشور المذكور قاعدة جديدة تتعلق بالهندام وردت في صيغة مبهممة لم يسبق التعرض إليها بنص تشريعي يضبط، في كنف احترام المقتضيات الدستورية ما يمكن اعتباره تطرفا في الهندام الأمر الذي يفتح للإدارة سلطة تقديرية

269 أمير الغول، «القاضي الإداري و بعض الحريات الفردية»، الحريات الفردية و تقاطع المقاربات، مؤلف جماعي تحت إشراف الدكتور وحيد الفرشيشي، تونس الجمعية التونسية للدفاع عن الحريات الفردية 2014، ص 216 .

270 منشور عدد 102 لسنة 1986 مؤرخ في 29 أكتوبر 1986، صادر عن وزير التربية و التعليم و البحث العلمي إلى السادة المديرين بالإدارة المركزية و السادة المندوبين الجهويين للتعليم الإبتدائي و السيدات و السادة مديري المعاهد الثانوية و مدارس الترشيح و المدارس الإبتدائية، و الذي تعلق موضوعه بمظهر المدرسين و الأعوان الإداريين و التلاميذ.

271 قرار عدد 1/10976 مؤرخ في 9 ديسمبر 2006، متاح على الرابط التالي : <https://safanews.net/v6/%D9%86%D8%B5-%D9%83%D9%85-%D8%A7%D9%84%D9%82%D8%A7%D8%B6%D9%8A-%D8%A8%D8%B9%D8%AF%D9%85-%D9%82%D8%A7%D9%86%D9%88%D9%86%D9%8A%D8%A9-%D9%85%D9%86%D8%B4%D9%88%D8%B1-%D9%85%D9%86%D8%B9>



ولم يكن المنشور 108 الصادر عن وزارة التربية هو الوحيد حينها حيث سبقه منشور للوزارة الأولى<sup>268</sup> اعتبر الحجاب «زيًا طائفيًا منافيًا لروح العصر وسنة التطور السليم»، ولحقته مناشير عديدة صادرة عن وزارات متعددة على غرار وزارة التعليم العالي، والصحة العمومية. وتكشف الإحصائيات بأن المؤسسات التعليمية كانت أكثر المؤسسات التي تم فيها التضييق على حرية اللباس تليها وزارة الداخلية بكل هيكلها ثم مؤسسات الصحة العمومية، حيث انجر عن انتهاك حرية التونسيات في اللباس عدة انتهاكات أخرى مثل المنع من الارتزاق وانتهاك الحق في التعليم والحق في التنقل، ليتطور الأمر إلى الإيقاف والهرسلة والمضايقات الأمنية طيلة عقود.

وقد عكس انتهاك حرية اللباس مدى تعسف نظام الاستبداد ومصادرته لأبسط حريات التونسيات في اختيار لباسهن، حيث كان انتهاك حرية اللباس في تونس ممنهجا ذلك أن منع ارتداء الحجاب تم عن طريق جملة من الإجراءات والآليات الإدارية فأعتبر ارتداؤه «إخلالاً بواجب التحفظ المفروض على الموظف وخطأ فادحاً يستوجب الطرد»، وذلك إضافة للإجراءات الأمنية التعسفية.

كما اعتبر المسؤولون في أجهزة النظام السابق أن "الحجاب" ذو رمزية ومفهوم سياسي فتم إعداد الخطط لمنع وللتصدي للنساء اللواتي يرتدينه، حيث شن النظام حملات ضد المحجبات اللاتي لم تكن بالضرورة ناشطات سياسياً بل كن تلميذات وطالبات وموظفات في الإدارة وعاملات وربات بيوت. تعرّضن للهرسلة والإهانة في الطريق العام وكان يتم الاعتداء عليهن ونزع الحجاب بالقوة ثم الجرّ إلى مراكز الشرطة لإمضاء التزام بخلعه.

بعد تناول محتوى المناشير الماسية بحرية الأفراد في اختيار ملابسهم، سنتطرق إلى الدور الذي يلعبه القضاء الإداري في هذا المجال.

268 منشور عدد 22، مؤرخ في 17 سبتمبر 1981، موجه من الوزير الأول إلى السادة الوزراء و كتاب الدولة، يتعلق بمظهر الأعراف بالإدارة و المؤسسات العمومية و الذي ينص « و في نفس السياق يجدر التنبيه إلى ظاهرة أخرى تتمثل في الخروج عن تقاليدنا الهندامية المتعارفة لدى العموم، و في البروز بلحاف يكاد يكتسي صبغة الزي الطائفي المنافي لروح العصر و سنة التطور السليم بل و التعبير من خلال ذلك عن سلوك شاذ يتنافى مع ما يفرضه قانون الوظيفة العمومية من واجب التحفظ و عدم التفرد و التمييز عن عموم المواطنين.»

تأكيد على أن تظل المواطنة العاملة في مستوى الصورة المشرفة التي أرادها لها محررها فخامة الرئيس الحبيب بورقيبة».

هذا و يضيف المنشور عدد 35 المؤرخ في 20 جويلية 2001، موجه من الوزير الأول إلى السيدات و السادة الوزراء و كتاب الدولة و رؤساء المنشآت و المؤسسات العمومية، و الذي تعلق موضوعه بمظهر و سلوك الأعوان العموميين بالإدارة و المؤسسات و المنشآت العمومية، شروطا أخرى على العون احترامها، و هي « التحلي بالأخلاق الحميدة و تجنب كل ما من شأنه أن يخل بهيبة الإدارة. و يتعين في هذا الإطار التأكيد على أن يكون العون العمومي خلال أدائه لعمله في لباس مرضي و مشرف بعيدا عن أي شكل من أشكال التسيب و سوء الاعتناء و عدم اللياقة، حتى يجلب الاحترام لشخصه و للمصلحة التي ينتمي إليها».

و لا تهم المناشير المقيدة لحرية المظهر و اللباس أعوان الإدارة فحسب، بل تشمل التلاميذ أيضا، حيث تعلق المنشور عدد 1 مؤرخ في 4 جانفي 2003 صادر عن وزير التربية و التكوين، بلياقة الهندام، حيث يدعو « المدرسات و المدرسين و كافة أصناف المربين و الموظفين إلى الهندام اللائق العناية التي يستحقها و عدم الخروج عن المألوف في الملبوس ببلادنا حتى يبقى المرابي و العون العمومي القدوة الحسنة في المظهر و الهندام...».

كما يدعو الوزير في ذات الإطار إلى « السهر على أن يكون لباس التلميذات و التلاميذ الزي المدرسي المعمول به و تحجير كل لباس لا يمت بصلة لهوية البلاد و لتقاليدها».

يخلص بنا القول بأن هذه المناشير التي تمس من حرية الأفراد في اختيار ما يلبسونه و ما يناسب مظهرهم الخارجي، هي خطيرة لا فقط من حيث المحتوى، بل أيضا من حيث الفئات المستهدفة، فهي تعني الفرد منذ انطلاق مساره التعليمي الأساسي و حتى مباشرته لوظيفة العمومية، فهي بالتالي تنتهك حرية الأفراد طيلة حياتهم.

على أنه يمكن اعتبار المنشور عدد 108<sup>267</sup> من أخطر المناشير و أشهرها صيتا. المنشور عدد 108 هو المنشور الوزاري «الشهير» من جملة مناشير تم بمقتضاها مصادرة حرية لباس الآلاف من التونسيات منذ الثمانينات وحتى اندلاع الثورة، حيث وجه هذا المنشور الصادر عن وزارة التربية سنة 1981 تعليمات إلى جميع مديري المعاهد «إلى الحرص بما ينبغي من الجد و الحزم ضد ظاهرة «الحجاب»، التي اعتبرها المنشور، كما جاء في نصه، «ضرباً من الشذوذ و الانتساب إلى مظهر متطرف هدام».

267 المنشور عدد 108 مؤرخ في 18 سبتمبر 1981 صادر عن وزير التربية القومية إلى السادة المديرين الجهويين للتعليم الابتدائي و السيدات مديرات المعاهد الثانوية و السادة مديريها و السيدات مديرات المدارس الابتدائية و السادة مديريها و المتعلق بهندام التلاميذ.

ثانيا : إن هذه المناشير و التي أمكن لنا الاطلاع عليها تمس أغلب فئات الشعب إن لم نقل كلها، كما أنها تنتهك حقوق الجنسين، بالرغم من أن المتضرر الرئيسي هي المرأة.

ينص الفصل 49 من الدستور الجديد على ما يلي:« يحدّد القانون الضوابط المتعلقة بالحقوق والحريات المضمونة بهذا الدستور وممارستها بما لا ينال من جوهرها. ولا توضع هذه الضوابط إلا لضرورة تقتضيها دولة مدنية ديمقراطية وبهدف حماية حقوق الغير، أو لمقتضيات الأمن العام، أو الدفاع الوطني، أو الصحة العامة، أو الآداب العامة، وذلك مع احترام التناسب بين هذه الضوابط وموجباتها. وتتكفل الهيئات القضائية بحماية الحقوق والحريات من أي انتهاك.

لا يجوز لأي تعديل أن ينال من مكتسبات حقوق الإنسان وحرياته المضمونة في هذا الدستور.» وبتناولنا للمناشير المتاحة لنا، يتبين لنا أن المعني بالانتهاك يختلف من فترة إلى أخرى، كما أن صيغة و درجة المنع تختلف أيضا. فبالرجوع إلى المنشور عدد 77-33 و المؤرخ في 7 فيفري 1977، الصادر عن وزير التربية القومية و الموجه إلى كافة رجال التعليم الابتدائي، نجد أنه يدعو المعلمين إلى « الإتيان إلى المدرسة في مظهر لائق»...و إلى أن يكون المعلم « مثلا يقتدى به فيما يتعلق بمظهره و هندامه...».

في حين تعلق منشور آخر عدد 22، مؤرخ في 17 سبتمبر 1981، موجه من الوزير الأول إلى السادة الوزراء و كتاب الدولة، بمظهر الأعوان بالإدارة و المؤسسات العمومية. وتضمن في فقرة ثانية ما يلي « لذا و بوحى من تعليمات فخامة رئيس الجمهورية القاضية بصيانة الإدارة ضد ألوان التسيب و الانحراف عن جادة السبل، يتعين الحرص على أن يبدو العون خلال عمله و في علاقاته العامة بالمظهر المشرف، و منه الهندام السوي الذي يجب أن يوحى بالجدية بعيدا عن أي شكل من أشكال الإثارة و جلب الانتباه.».

غير أن هذه التعليمات تظل غامضة و غير واضحة، فما المقصود بالمظهر المشرف؟ و عن أي إثارة نتحدث في إطار مكان العمل؟ ثم و هو الأهم، من الذي سيحدد إن كان هذا الزي أوداك مشرفا، محترما و مطابقا للمواصفات المرجوة؟ إن ذلك سيخضع حتما للسلطة التقديرية لرئيس الإدارة، حيث يجد العون نفسه مساءلا عن زيه و هندامه في ظل انتهاك صارخ لحريته الفردية، و خصوصا في غياب تام لمعايير موضوعية تحدد مدى ملائمة هندامه لمواصفات «المظهر المشرف».

بيد أن هذا المنشور لم يكتف بذلك، بل أقر تميزا سلبيا ضد النساء، حيث و لئن اعتبر أن تلك « الدعوة تتجه إلى الأعوان من الجنسين، فإنها تحمل إلى العنصر النسائي بالذات خطاب حرص و

كما ينص الفصل 18 من العهد الدولي للحقوق المدنية و السياسية الذي صادقت عليه الدولة التونسية<sup>265</sup> في فقرته الأولى على أنه « لكل إنسان الحق في حرية الفكر و الوجدان و الدين... و حرية في إظهار دينه أو معتقده بالتعبد».

كما يؤكد في فقرته الثالثة على أنه « لا يجوز إخضاع حرية الإنسان في إظهار دينه أو معتقده إلا للقيود التي يفرضها القانون و التي تكون ضرورية لحماية السلامة العامة أو النظام العام أو الصحة أو الآداب العامة أو حقوق الآخرين و حرياتهم الأساسية».

وينص البند الثاني من المادة «5» من العهد الخاص بالحقوق الاجتماعية والاقتصادية والثقافية والصادر عن الأمم المتحدة على أنه «لا يقبل فرض أي قيد أو أي تضييق على أي من الحقوق الأساسية المعترف فيها أو النافذة في أي بلد تطبيقاً لقوانين أو أنظمة أو أعراف»، ولكون اللباس حرية إنسانية فإن هذا البند يلفظ كل من يعترض على هذا الحق مهما كانت ذريعتة.

و على صعيد آخر تقر المحكمة الأوروبية لحقوق الإنسان بأن « حرية الدين بما في ذلك حرية إظهار الدين و ممارسة العبادات تنتمي أولاً إلى المجال الداخلي للأشخاص».<sup>266</sup>

أما على صعيد القانون الوطني فإن الأمر يبدو مختلفاً حيث أنه و حتى بعد المصادقة على دستور 2014 فإن العديد من المناشير لا تزال تحكمنا و تتحكم في ملبسنا و مظهرنا.

## 2. عندما يصبح المنشور أعلى مرتبة من الدستور

تسنى لنا خلال القيام بهذا البحث الوقوف عند جملة من المناشير التي تنتهك حق الفرد في ارتداء ما يريد و الخروج إلى الفضاء العام بالشكل الذي يحبّه. و بالرغم من صعوبة الولوج و النفاذ إلى هذه النصوص التي لا تزال في أغلبها نافذة إلى اليوم، فإننا و بعد الاطلاع عليها، وقفنا على جملة من الملاحظات نسوقها كالتالي :

أولاً، يمكن القول و التأكيد على أن المنشور هو دستور الإدارة و موظفيها، حيث أننا و لئن كان بإمكاننا تفهيم ما كان يحصل في العهد السابق من انتهاكات تمس حريات الأفراد، بناء على نصوص مكتوبة و لا نعلمها، فإنه لم يعد من الممكن القبول بوجود مثل تلك المناشير التي تحكمنا، بعد رحيل النظام السابق و خاصة إثر المصادقة على الدستور الجديد في 26 جانفي 2014.

265 صادقت عليه تونس دون تحفظ في تاريخ 18 مارس 1969، بمقتضى القانون عدد 30 لسنة 1968 المؤرخ في 29 نوفمبر 1968، الرائد الرسمي للجمهورية التونسية عدد 51 لسنة 1968 والصادر في 29 نوفمبر- 03 ديسمبر 1968، ص 1477.  
CEDH, AFFAIRE REFAH PARTISI (PARTI DE LA PROSPERITE) ET AUTRES c. TURQUIE, 13 février 266 2003, 41340/98 et autres, disponible en ligne sur le lien suivant : <https://hudoc.echr.coe.int/eng#%22item%22%22%22001-65493%22>

الاتجاه الإسلامي سابقا - حركة النهضة حاليا، عبر تضييق الخناق على أنصارها و ملاحقة المنتسبين لها، بناء على مظهرهم الخارجي، في حين أن العديدين و العديداً قد يشاركونهم في اللباس دون الانتماء الحزبي و الموالاتة الفكرية، فيكون النظام قد مارس عقاباً جماعياً، بدون موجب حق مما قد يشعر تياراً أو فكرياً معيناً بالوصم و التهميش داخل المجتمع.

سنحاول عبر هذا المقال تناول مسألة حرية المظهر و اللباس في القانون التونسي، على ضوء التطور الذي عرفه هذا الأخير خصوصاً إثر دستور 2014، و هو ما يعني بالضرورة الحاجة الملحة لمواءمة النصوص القانونية مع مقتضيات الدستور الجديد. و سينقسم البحث إلى قسمين، القسم الأول سيتناول محتوى هذه المناشير و مقارنتها بالمعايير الدولية في هذا المجال، في حين سيتناول القسم الثاني موقف فقه القضاء من المسألة .

## القسم الأول:

### حرية المظهر و اللباس بين المعايير الدولية و القانون الوطني

ينص الفصل 20 من الدستور التونسي لسنة 2014 على أن « المعاهدات الموافق عليها من قبل المجلس النيابي و المصادق عليها أعلى من القوانين و أدنى من الدستور». لذلك يهمننا أن نبحث في مسألة حرية المظهر و اللباس من منظور القانون الدولي (1)، و من ثمة البحث عن مدى ملائمة النصوص الوطنية للقانون الذي يعلوها مرتبة (2).

#### 1. على مستوى القانون الدولي

إن حرية المظهر و اللباس مسألة مرتبطة بحرية التعبير و التفكير و حرية المعتقد و الدين، و هي مسائل يحميها القانون الدولي، فالمادة 12 من الإعلان العالمي لحقوق الإنسان تطرقت لحرية الإنسان في كل أموره الشخصية وأن لا يعترض أحد على حرية الآخرين، و هو ما ينطبق على الرجل و المرأة على السواء. و تنص المادة على أن «لا يتعرض أحد لتدخل تعسفي في حياته الخاصة أو أسرته أو مسكنه أو مراسلاته أو لحملات على شرفه و سمعته، و لكل شخص الحق في حماية القانون من مثل هذه التدخلات أو تلك»، و في ذلك حق للمرأة باللجوء للقانون في حال مضايقتها أو منعها من ارتداء لباس أو السماح بآخر.

## « طوبى لمن يتسعون<sup>264</sup> »

### مقدمة

إن طريقة الملبس، نوعية الطعام والشراب، قرار الزواج واختيار شريك الحياة، طرق الاحتفال، التدخين وعدم التدخين بل وحتى الاستماع إلى موسيقى بعينها، هي تفاصيل الحياة التي تتعدد بتعدد الثقافات وبتعدد الأفراد في داخل هذه الثقافة وتندرج تحت بند الحريات الشخصية التي تحميها معظم الدساتير، لكن في بعض الأحيان تتدخل الدولة لتفرض قوانين قد يرى فيها البعض تعارضا مع هذه الحريات.

لكن، و لئن بدا ظاهريا أن جل تلك المسائل مسائل تندرج في إطار الحرية الشخصية والفردية للإنسان، فإن الواقع للأسف قد يفند هذا الطرح، إلى حد التساؤل ما إذا كان الفرد حرا أو لا في مظهره، فيما يرتديه و في الشكل الذي يريد أن يظهر به.

و يهمننا في البداية الإشارة إلى أن تناول المسألة سيكون مستندا إلى مقارنة حقوقية، ديدنها الوحيد هو الحقوق و الحريات الفردية بالأساس، بعيدا كل البعد عن الحساسيات الدينية و العقائدية، فلن نناقش مثلا هل أن ارتداء الحجاب فريضة أم لا، و هل أن النقاب من الدين في شيء، كما أننا لسنا بصدد تقييم الأمور من الناحية الأخلاقية أو المجتمعية، بل إن معيارنا الوحيد هو مدى احترام حرية الأفراد و اختياراتهم، و قياس مدى احترام النصوص القانونية، من الدستور إلى المنشور و هو إن شئنا «دستور الإدارة»، يطبقه أعوانها بحذافيره، حتى و إن تعارض مع النص الأعلى مرتبة في سلم القوانين، و ذلك بقطع النظر عن الشكل، فهو قد يكون في شكل منشور مكتوبة و معلومة بالنسبة لأعوان الإدارة و منظور بها، كما قد يتخذ شكل تعليمات و توجيهات و ملحوظات شفاهية، تتناقلها الألسن و لا تحتويها السجلات، و يطبقها الأعوان حتى وإن جهلها المواطنون. و ليس مهما و لا مطلوبا منهم أن يعلم هؤلاء كنهها و مصدرها، بل عليهم السمع و الطاعة، «فأنت ولباسك و مظهرك و هندامك للدولة»، تقرر نيابة عنك و ما عليك سوى الاستجابة.

و على مستوى آخر، يهمننا أن نوضح أن المظهر الخارجي لا يعني بالضرورة الانتماء لتيار فكري أو حزبي معين، فإعفاء اللحي بالنسبة للرجال، و ارتداء الحجاب أو النقاب بالنسبة للمرأة، لا يعني بالضرورة انتماء الفرد لتيار سياسي إسلامي على سبيل المثال... لقد رأينا من الضروري التأكيد على هذه المسألة لأننا شهدنا في فترة سابقة محاولة التشديد على تيار سياسي معين و هو ما يعرف

# حرية المظهر و اللباس بين المنشور و الدستور

أحمد العلوي<sup>1</sup>

1 طالب دكتوراه جامعة قرطاج كلية العلوم القانونية و السياسية و الاجتماعية بتونس، و مسؤول حقوق الانسان بالمفوضية السامية لحقوق الانسان، مكتب تونس.

- GUEGUEN (N), DUFOURCQ-BRANA (M) et PASCUAL (A) : « Le prénom: un élément de l'identité participant à l'évaluation de soi et d'autrui », Les cahiers internationaux de psychologie sociale, n° 65, vol. 1, 2005, pp. 33-44.
- GUYOT (D): Destins métis: contribution à une sociologie du métissage, KARTHALA Editions, Paris, 2002.
- HAMMARBERG (T): « Le principe de l'intérêt supérieur de l'enfant : ce qu'il signifie et ce qu'il implique pour les adultes », Journal du droit des jeunes, vol. 303, n° 3, 2011, pp. 10-16.
- JORNOD (M): La femme et le nom en Droits suisse et français, Librairie Droz, Genève, 1991
- KIRSCHER (G) et QUILLIEN (J): Sept études sur Éric Weil, Presses Universitaires Septentrion, Lille, 1982.
- LAURET (P): « Identité nationale, communauté, appartenance. L'identité nationale à l'épreuve des étrangers », Rue Descartes, vol. 66, n° 4, 2009, pp. 20-31.
- LAVALLÉE (C): L'enfant, ses familles et les institutions de l'adoption. Regards sur le Droit français et québécois, Wilson & Lafleur, Montréal, 2005.
- « L'enregistrement à la naissance : Un droit pour commencer », Digest Innocenti, n° 9, Mars 2002, UNICEF, centre de recherche Innocenti. <https://www.unicef-irc.org/publications/pdf/digest9f.pdf>
- MAREAU (C) et DREYFUS (A-V) : L'indispensable de la psychologie, Studyrama, Paris, 2004.
- MEDDEB (S): « L'attribution du nom », mémoire pour l'obtention du diplôme des études approfondies en Droit privé général, sous la direction de M. le Professeur Mohamed Kamal CHARFEDDINE, Faculté de Droit et des sciences politiques de Tunis, 1995-1996.
- OFFROY (J-G) : « Prénom et identité sociale. Du projet social et familial au projet parental », Spirale, vol. 19, n° 3, 2001, pp. 83-99.
- PEROUAS (L) (dir.): Léonard, Marie, Jean et les autres... Les prénoms en Limousin depuis un millénaire, CNRS, Paris, 1984.
- ROSSI (E): « Évaluation de l'intérêt supérieur de l'enfant et Convention des droits de l'enfant », Journal du droit des jeunes, vol. 221, no. 1, 2003, pp. 18-41.
- SIGUAN- SOLER (M): Bilinguisme et identité personnelle, identités collectives et changements sociaux, Privat, Toulouse, 1980.
- VEDEL (G) et DELVOLVE (P): Droit administratif, collection Thémis, PUF, Paris, 1992.
- WINSEN-AGERZAM (I): L'amazighien standard tunisien, Lulu.com, 2011, s.l.



## Bibliographie en langue française

- BAHLOUL (J): « Noms et prénoms juifs nord-africains », Terrain, n° 4, mars 1985, pp. 62-69.
- BEN ACHOUR (Y): La deuxième Fâtiha; l'Islam et la pensée des droits de l'Homme, CERES, Tunisie, 2011.
- BEN REJEB (R): « La culture au Maghreb : A propos de sa transmission à travers les contes et les prénoms », revue de l'Institut des belles lettres arabes (IBLA), vol. 57, n° 174, 1994, pp. 219-240.
- BOURASSA (L): La parole de l'enfant en matière de garde, LexisNexis Canada, Markham, 2007.
- BUSINO (G): La sociologie durkheimienne: tradition et actualité : à Philippe Besnard in memoriam, Librairie Droz, Genève, 2004.
- CARBONNIER (J): Droit civil : Introduction, Les personnes, Presses Universitaires de France, Paris, 2004.
- CORNU (G): Droit civil : introduction : les personnes, les biens, Montchrestien, Paris, 1994.
- DAUMAS (P): Familles en révolution Vie et relations familiales en Île-de-France, changements et continuités (1775-1825), Presses universitaires de Rennes, Rennes, 2003.
- DEMEULENAERE (P): « Esthétique et rationalité du choix des prénoms », Revue européenne des sciences sociales, tome XLII, n°129, 2004, pp. 105-116.
- FERCHICHI (W): « La constitutionnalisation des libertés individuelles : Les libertés individuelles dans la Constitution du 27 janvier 2014 », in FERCHICHI (W) (sous la direction de) Les libertés individuelles approches croisées, Association Tunisienne de défense des libertés individuelles, Tunis, 2014, pp. 13-17.
- FERCHICHI (W): « Préface : Lorsque la différence tue », in JELASSI (M-A): Minoré-e-s et discriminé-e-s, le Droit facteur d'inégalité, l'Association Tunisienne de Défense des Libertés Individuelles (ADLI) et Heinrich Böll Stiftung Afrique du Nord Tunis, Tunis, 2018, pp. 4-6.
- FOBLETS (M-C): « Convictions philosophiques et religieuses et Droits positifs: textes présentés au Colloque International de Moncton 24-27 août 2008 », Groupe de Boeck, Paris, 2010.
- FORTIER (V): « Le juge, gardien du pluralisme confessionnel », Revue de la recherche juridique, Droit prospectif, 2006-3, pp. 1145-1171.
- FORTIER (V): « Les incertitudes juridiques de l'identité religieuse », Revue de Droit de l'Université de Sherbrooke (R.D.U.S.) », 2008, n°38, pp. 385-411.
- GUDBRANDSSON (B): Droits des enfants placés et en situation de risque, Conseil de l'Europe, Strasbourg, 2006, p. 23.

هذا المنشور لتأطير حرية اختيار الإسم لا تحترم مقتضيات القواعد القانونية الأعلى منها مرتبة كالدستور والنصوص الدولية لحقوق الإنسان.

أولا وقبل كل شيء يجب أن يكون الدافع لوضع الضوابط المنظمة لحرية اختيار الأسماء هو حماية الطفل أو بالأحرى حماية المصلحة الفضلى للطفل. وفي هذه الحالة يجب على المشرع أن يضع ضوابط تحترم في الآن ذاته الإختيار الفردي وتحمي الطفل من الإختيار التعسفي للأولياء الذي قد يضر بالطفل.

ومن ناحية أخرى يجب التقليل من السلطة الواسعة لضابط الحالة المدنية لصالح القاضي الضامن والحامي الوحيد للحقوق والحريات حسب الدستور. وهذا ما أقرته المحكمة الأوروبية لحقوق الإنسان عندما اعتبرت في قرار صادر في 1997 أن الضوابط المتعلقة باختيار الإسم لا يمكن تبريرها إلا لصالح الطفل والمجتمع<sup>263</sup>.

ولغاية تفادي تعسف الإدارة يبدو القانون الفرنسي أكثر مرونة بالنسبة لإجراءات تسجيل الأسماء. فدور ضابط الحالة المدنية يقتصر على مراقبة مدى احترام الأولياء للضوابط الواردة بقانون الحالة المدنية عند اختيارهم للإسم ولا يمتلك سلطة رفض التسجيل بل يقتصر دوره على الإبلاغ وذلك بأن ينبه وكيل الجمهورية في حالة أن الإسم لا يحترم مصلحة الطفل الفضلى كأن يكون اسما داعيا للسخرية أو أن يمس من حقوق الغير. هذا الأخير يقوم بإعلام قاضي الأسرة إذا ثبت وأن الإسم يضر بالطفل أو بالغير والقاضي في هذه الحالة هو صاحب القرار.

## المراجع

### المراجع باللغة العربية

- محمد رضا جنين، القانون الإداري، مركز النشر الجامعي، تونس، 2008
- محمد كمال شرف الدين، قانون مدني، مطبعة التسفيرالغني، تونس، 2004 .
- نزار صاغية: «تطور جديد على صعيد «الهوية الطائفية» في لبنان: قرار قضائي بتصحيح اسم يؤشر الى انتماء ديني» نشر في العدد الخامس عشر من مجلة المفكرة القانونية، 8 أبريل 2014، <http://www.legal-agenda.com/article.php?id=705>

فحسب دورية وزارة الداخلية المغربية الصادرة في أبريل 2010، تُعرف لأول مرة الأسماء الأمازيغية على أنها تلي الشرط القانوني المتعلق ب«الطابع المغربي». ويعني «خصوصيات المجتمع المغربي من شماله إلى جنوبه ومن شرقه إلى غربه، وأن يكون الاسم الشخصي متداولاً بالمغرب، إلى درجة جعلته متواتراً، أي جرت العادة على حمله، فلا يعتبر غريباً على الأذن المغربية، ولا على الوسط المغربي بجميع مكوناته. فهو اسم شاع حمله، ولا توجد أدنى مشقة أو صعوبة في التعرف عليه»<sup>260</sup>.

وحسب هذا التعريف يمكن للأولياء حرية اختيار الأسماء ومنها الأسماء العبرية والأسماء الأمازيغية والأسماء العربية.

## خلاصة

إن منشور 1965 قد تجاوزته الأحداث ولم يعد يستجيب للواقع التونسي وتطلعات المجتمع التونسي بعد 14 جانفي 2011. فالقاعدة القانونية ليست ثابتة بل تتغير بتغير المجتمع، «فمفهوم دولة القانون يتعارض بالتالي أساساً مع فكرة أن القواعد القانونية تتجاوز المجتمع. فهذه الأخيرة يجب عليها أن تتطور بالتوازي مع المطلب الاجتماعي»<sup>261</sup>.

بالإضافة إلى أن دستور 2014 وضع لمجتمع يتوق إلى مبادئ المساواة والعدالة والحرية والكرامة. إلا أن هذا المنشور لا يتطابق مع الفكر الثوري للدستور الذي أسس لنظام مبني على «حياد الإدارة، (...)، وتضمن فيها لدولة علوية القانون واحترام الحريات وحقوق الإنسان واستقلالية القضاء والمساواة في الحقوق والواجبات بين جميع المواطنين والمواطنات»<sup>262</sup>.

أما في ما يتعلق بإجراءات ممارسة حرية اختيار الإسم فهي إجراءات جامدة ولا تسمح للقاضي بالتدخل لضمان علوية الدستور في مادة الحالة المدنية والتي لازالت خاضعة لسلطة ضابط الحالة المدنية حسب الإطار الذي ضبطه منشور 1965 في ما يتعلق بتسجيل الولادات.

لذلك وضحنا في هذا المقال كيف أن منشور 1965 سالب للحريات وذلك في محاولة لإيجاد الوسائل اللازمة لوضع سياسة ليبرالية في ما يخص اختيار الإسم. إذ أن الضوابط التي وضعها

BEN ACHOUR (Y.): La deuxième Fâtiha; l'islam et la pensée des droits de l'Homme, CERES, Tunisie, 260, 2011, p. 59.

261 توطئة دستور 27 جانفي 2014.

262 المحكمة الأوروبية لحقوق الإنسان، قضية سالونان ضد فنلندا، عريضة رقم 27868/95، قرار 2 جويلية 1997.

## ب. تكريس التنوع الثقافي في اختيار الأسماء

يضمن الدستور الحق في الثقافة في الفصل 42 وبالتالي يمكن القول بأن التنوع الثقافي مرتبط بهذا الحق.

من جهة أخرى، ينص الفصل الأول من الدستور على أن اللغة العربية هي اللغة الرسمية لتونس أي أنها لغة الإدارة. وهي تمثل عنصرا من بين عناصر الوحدة الوطنية والسياسية. هذا ما يفسر هاجس السلط العمومية بمنع تسجيل الأسماء الغير عربية. لكن هل بحماية الوحدة الوطنية يمكن عدم الإضرار بالتنوع الثقافي؟

لأن ما قد يهدد التنوع الثقافي هو الوحدة الوطنية التي لا تقبل إضافة عنصر "غريب" عن المثال الوطني.

غير أن التنوع الثقافي هو «محرك مجدد للوحدة الوطنية»<sup>257</sup>.

وهو ما نص عليه الدستور مؤكدا على أن الدولة «تدعم الثقافة الوطنية في تأصلها وتنوعها وتجدها، بما يكرس قيم التسامح ونبذ العنف والانفتاح على مختلف الثقافات والحوار بين الحضارات»<sup>258</sup>.

لكن ما يحول دون تكريس التنوع الثقافي هو الوحدة اللغوية وسيطرتها على الاختيارات الفردية وبالأخص في ما يتعلق بحرية إختيار الأسماء. فالسماح بإختيار الأسماء الغير عربية لن يعيق السير العادي للإدارة بل سيجعل منها إدارة منفتحة على الثقافات المختلفة. فالأخذ بعين الاعتبار التنوع الثقافي عند تسجيل الأسماء المختارة ينبع من أن «الهوية العربية الإسلامية لتونس تندمج في ماضيها البربري والبنويقي والروماني (...) وتتميز الهوية التونسية بالإنفتاح (...)».

وحتى في صورة وجود تونسيين ناطقين بالأمازيغية وبالعربية، فعرقيا كل التونسيين لديهم نفس الأصل. ولو عكس التنوع اللغوي تاريخ وتجربة البلد، لا يمكن الحديث عن عرق بربري أو عرق عربي في تونس<sup>259</sup>.

فمثلا في المغرب هناك إقرار واضح بالتنوع الثقافي خاصة في ما يتعلق باختيار الأسماء.

257 الفصل 42 من دستور 27 جانفي 2014.

Comité pour l'élimination de la discrimination raciale, Soixante-quatorzième session. Compte rendu analytique de la 1904e séance. 12 janvier 2010 CERD/C/SR.1904 para. 21 et 22

259 «المغرب/الصحراء الغربية: يجب إتاحة المزيد من الحرية في تسمية الأبناء الدولة تعترف بالمزيد من الأسماء الأمازيغية، أو البربرية، ولكن الإختيار لا يزال مقيدا». تقرير منظمة هيومنرايتسوتش بتاريخ 14 ديسمبر 2010. <https://www.hrw.org/ar/news/2010/12/14/241392>

وبالتالي يجب أن يقترن تسهيل إجراءات حرية اختيار الإسم بالتأكيد على أن يكون الاختيار «عقلانيا». فبالنسبة للأولياء يجب تجنب الأسماء الفظة أو السوقية<sup>254</sup> واختيار أسماء لا تكون مبتذلة أو ذات تأثير سلبي على نفسية الطفل. فالعقلانية تعني في هذه الحالة، الأخذ بعين الاعتبار أولا وقبل كل شيء مصلحة الطفل في الحاضر والمستقبل ومرعاة مشاعر الأولياء في اختيارهم لأسماء أبنائهم.

وحسب جون كاربونيي فإنه « يجب على التشريع حتى يكون عقلانيا أن يوازن بين عدة مصالح :

1° المصلحة العامة، التي تستوجب أن يكون الإسم في قابلية لأداء وظيفته الاجتماعية لتمييز الفرد عن الآخرين (...). 2° مصلحة الأولياء، وتتمثل في التأكيد على مشاعرهم في اختيار الأسماء<sup>255</sup>».

لهذا السبب فالعقلانية في اختيار الأسماء تحمي عدة مصالح ولا تفضل واحدة على الأخرى. لذلك تحدد بعض النصوص الأسماء التي لا يمكن إسنادها للمواليد بمقتضى معايير واضحة وتخدم مصلحة الطفل ولا تترك مجالا واسعا لضابط الحالة المدنية حتى يحل محل الأولياء فيأخذ قرار إسناد اسم لمواليدهم. من ذلك القانون الأسترالي<sup>256</sup> والذي يحضر ثلاثة أنواع من الأسماء: الأولى محظورة لكونها تدل على عبارات جنسية أو عنصرية أو غير دارجة الاستعمال كالذي يحمل علامات من غير معنى ك: @ أو ؟. وأما النوع الثاني فعندما يكون الإسم يتعلق بتحية أو مؤسسة عمومية أو اختصار لكلمة. والنوع الثالث من الأسماء المحظورة هو ذلك الذي يحيل على منصب رسمي ويمكن أن يؤدي إلى الغلط في الصفة الحقيقية للشخص.

تجدد الإشارة أيضا إلى أن اختيار الإسم يحمل في طياته إشارة إلى هوية الطفل. لذلك يجب على الدولة أن لا تطمس التنوع الثقافي في مادة اختيار الأسماء.

254 CARBONNIER (J.): Droit civil: Les personnes : personnalité, incapacités, personnes morales, Volume 1, Presses universitaires de France, Paris, 1992, p. 67.

255 أنظر القانون الأسترالي المتعلق بالولادات والوفاة والزواج لسنة 1996

“Births, Deaths and Marriages Registration Act 1996”

<https://www.bdm.vic.gov.au/births/naming-your-child/naming-restrictions>

256 Rapport mondial de l'UNESCO, Investir dans la diversité culturelle et le dialogue interculturel, UNESCO, 2010, p. 46. <http://unesdoc.unesco.org/images/0018/001878/187827f.pdf>

وهذا الحل الثاني موجود في القانون الفرنسي، فضابط الحالة المدنية من واجبه تسجيل الإسم المختار لأن اختيار الإسم حرية للأفراد. وإذا تراءى له بأن الإسم مخالف للمصلحة الفضلى للطفل أو أنه يضر بحقوق الغير يعلم في الحال وكيل الجمهورية الذي بدوره يعلم قاضي الأسرة. ليرجع القرار في نهاية الأمر للقاضي وليس لضابط الحالة المدنية<sup>251</sup>. فإذا اعتبر القاضي أن الإسم مخالف لما ذكر يأمر بشطبه من سجلات الحالة المدنية ويفسح المجال للأولياء لإختيار إسم جديد يحترم الضوابط التي وضعتها المجلة المدنية الفرنسية<sup>252</sup>.

ولتسهيل الإجراءات احتراماً لحرية الاختيار أليس من الأجدر تكوين ضباط الحالة المدنية ودعوتهم لمساعدة وتوجيه الأولياء لاختيار أسماء تتماشى مع مصلحة الطفل عوض التدخل في الاختيارات الفردية ؟

فمثلاً في المغرب، أصدرت وزارة الداخلية دورية، في أبريل 2010 تؤكد أن مكتب الحالة المدنية قد يقبل فقط الأسماء التي هي «مغربية الطابع»، ويوجه ضباط الحالة المدنية إلى اعتماد «الإرشاد والإقناع، والحوار مع المصرح واستعمال المرونة مع المواطن»، و«البحث والتحري والاستئناس بالقرارات الصادرة عن اللجنة العليا، والجهاز القضائي قبل رفض الاسم»<sup>253</sup>.

وبذلك يعتبر التعامل المرن للإدارة مع المواطنين عند التصريح بولادة ابنائهم من بين العوامل التي تساهم في التخفيف من القيود الواردة على حرية اختيار الأسماء.

## أ-2- التخفيف من القيود الواردة على حرية اختيار الأسماء

للتسهيل من إجراءات اختيار الأسماء لا بد من نص تشريعي واضح يضع الضوابط الواردة على الحرية وأن تحمي مصلحة مشروعة.

ولئن كانت حرية اختيار الأسماء ليست مطلقة، فإن المشرع يتدخل ليحمي الطفل من الأسماء التي يمكن تضعه محل سخرية عندما يكبر. ولذلك يمنع إسناد الأسماء التي تضر بالطفل في المجتمع وبين أفراد عائلته وبين أصدقائه وحتى في العمل عندما يصبح راشداً. وفي ذلك حماية لمصلحة الطفل وليس للمصلحة العامة فقط.

251 الفصل 57 فقرة 4 من المجلة المدنية الفرنسية.

252 «المغرب/الصحراء الغربية: يجب إتاحة المزيد من الحرية في تسمية الأبناء الدولة تعترف بالمزيد من الأسماء الأمازيغية، أو البربرية، ولكن الاختيار لا يزال مقيداً». تقرير منظمة هيومن رايتس ووتش بتاريخ 14 ديسمبر 2010. <https://www.hrw.org/ar/news/2010/12/14/241392>

253 DEMEULENAERE (P): « Esthétique et rationalité du choix des prénoms », Revue européenne des sciences sociales, tome XLII, n°129, 2004, p.106.

## أ-1 الحد من السلطة المطلقة لضابط الحالة المدنية

يتمثل الحل الأول للحد من سلطة ضابط الحالة المدنية في مادة اختيار الأسماء أن يقع تكليف جهاز مستقل يحترم الحريات بفض الخلافات بين الأولياء وضباط الحالة المدنية عند التصريح بالولادة.

في المغرب تلعب هذا الدور اللجنة العليا للحالة المدنية التي تعتبر أن:

«كل الأسماء الشخصية المصرح بها لدى ضابط الحالة المدنية ضمن الشروط المحددة في القانون، يتعين قبولها سواء كانت عربية أم أمازيغية مادامت سليمة المبنى والمعنى، وقد تبدو بعض الأسماء الشخصية أحيانا مخالفة لشرط من الشروط المنصوص عليها قانونا، فيتم رفضها من طرف ضابط الحالة المدنية، وقد يصر المصرح على التثبت بها، مما يتعين على ضابط الحالة المدنية عرضها على أنظار اللجنة العليا للحالة المدنية المنصوص عليها في المادة 20 من المرسوم التطبيقي، لتنظر فيما إذا كان مستوفيا للشروط المقررة في القانون أو مخالفا له. وتبلغ قرارها على ضوء ذلك إلى المصرح وضابط الحالة المدنية، إما بقبول الإسم الشخصي المختار وفي هذه الحالة يجب على ضابط الحالة المدنية إثباته في رسم المعنى بالأمر وإما برفضه حيث يتعين على المصرح اختيار اسم شخصي آخر تتوفر فيه الشروط المنصوص عليها قانونا<sup>249</sup>».

هذه المرونة لا أثر لها في تونس إذ بمجرد التصريح بالولادة يحزر رسم الولادة حالاً من طرف ضابط الحالة المدنية<sup>250</sup> وهو ما لا يترك أي مجال لجهاز آخر للتأكد من أنه احترم حرية الأولياء في اختيار أسماء مواليدهم.

حتى وفي حالة الفصل 21 من القانون المتعلق بالحالة المدنية الذي ينص على أنه: «على وكيل الدولة لدى المحكمة الابتدائية بالجهة أن يراقب حالة الدفاتر عند إيداعها كتابة المحكمة وأن يحزر في ذلك تقريراً مختصراً يتعرض فيه للمخالفات والجنح المرتكبة من طرف ضباط الحالة المدنية ويطلب فيه تسليط العقوبات بالخطية عليهم»، فهي رقابة لاحقة لا تفيد في شيء حرية اختيار الأسماء. فكان من الأجدر لو أنها رقابة سابقة لتسجيل رسوم الولادة بدفاتر الحالة المدنية. وبذلك يمكن لضابط الحالة المدنية إعلام وكيل الجمهورية بدون أن يكون له الحق في رفض تسجيل إسم اختاره الأولياء.

249 الفصلان 22 و24 من القانون المتعلق بالحالة المدنية.

250 الفصل 57 فقرة 3 من المجلة المدنية الفرنسية.

للإسم وبالتالي يفرغ الحرية من جوهرها في مخالفة صريحة للنص الدستوري الذي يفرض على المشرع أن لا يفرغ الحريات من جوهرها إذا ما وضع قيودا لها.

وبذلك يبدو ضابط الحالة المدنية «صاحب اتخاذ قرار» في ما يخص حريات الأفراد وبالأخص في ما يتعلق بإختيار الإسم في حالة وقع المس بالمصلحة العامة. على عكس المشرع الفرنسي الذي حصر دور ضابط الحالة المدنية في القيام بدور إنذار للقاضي عندما يتعلق الأمر بتهديد المصلحة الفضلى للطفل.

وبما أن القاضي لا سلطان عليه في حكمه إلا القانون وهو الضامن لعلوية الدستور والحامي للحقوق والحريات الفردية على عكس ضابط الحالة المدنية الذي يخضع للسلطة الإدارية الأعلى منه بمقتضى تراتيب إدارية، لا بد من الحد من سلطة ضابط الحالة المدنية لصالح القاضي المكلف بمقتضى الدستور بإعمال سيادة القانون بين جميع المواطنين من دون تمييز. يكمن الحل في جعل الإطار القانوني المنظم لإختيار الأسماء أكثر مرونة ليستجيب لحقوق الإنسان وخاصة لحقوق الطفل.

## 2. نحو تخفيف الإطار المتعلق بالقيود الواردة على اختيار الأسماء

يهدف التخفيف إلى إرساء أكثر مرونة وتنوع في ما يتعلق بالإطار المنظم لإختيارالإسم. وذلك لأن منشور 1965 يحد من نطاق اختيار الأسماء بفرض الأسماء العربية من جهة. ويضع إطارا جامدا عند التصريح بالإسم ويحتفظ ضابط الحالة المدنية بسلطة القرار بقبول أو رفض تسجيل الإسم الذي اختاره أولياء المولود من جهة أخرى.

ويمكن تصنيف أهداف التخفيف إلى صنفين: إيجاد إطار يسهل الإجراءات الإدارية (أ)، وذلك بوضع قيود واضحة تخدم المصلحة الفضلى للطفل وأن يكون هذا الإطار مبنيا على التنوع الثقافي ولا يحصر الأسماء في إطار تضبطه الثقافة المهيمنة (ب).

### أ. تسهيل الإجراءات المتعلقة بإختيار الأسماء

يتعلق تسهيل الإجراءات بالحد من السلطة المطلقة لضابط الحالة المدنية (أ-1) وبالتخفيف من القيود الواردة على حرية الاختيار (أ-2).



فالطفل لا يمتلك ملكة التمييز لذلك يمثله في كل قرار سيتخذه وليه وفي هذه الحالة يجب على القاضي أن يلعب دور المراقب لتمثيل الطفل من قبل الوالي كما هو الحال في حالة الحضانة. لكن يبدو أن هذا الدور الرقابي وقعت مصادره لصالح ضابط الحالة المدنية.

لذلك السؤال الذي نطرحه في هذا المستوى هو: من سيكون المسؤول عن وضع السياسة الليبرالية في مادة اختيار الإسم؟

### ب. المصلحة الفضلى للطفل «دليل إنفاذ عام» في مادة اختيار الإسم

يرتبط اختيار الإسم بعوامل اجتماعية ويتغير حسب المجموعات الاجتماعية ومكان الإقامة وسن الآباء.<sup>248</sup> وبالتالي فإن اختيار الإسم ينبع من إرادة الآباء. لكن منشور 1965 لا يأبه لهذه الإرادة خاصة إذا كانت مخالفة للمصلحة العامة. فبتنظيم اختيار الإسم يعطي منشور 1965 سلطة واسعة لضابط الحالة المدنية لا تتقيد بالمصلحة الفضلى للطفل، فتحل إرادته محل إرادة الآباء فارضا اختياره المتأثر بقناعاته الشخصية وذلك لأن هذا المنشور يسمح له برفض بعض الأسماء.

فعوض أن تكون المصلحة الفضلى للطفل هي المحرك الأساسي والدليل والمرجع الوحيد في مادة اختيار الإسم، يخول لضابط الحالة المدنية رفض بعض الأسماء على أساس معايير تتغير حسب المدينة التي توجد فيها إدارة الحالة المدنية. وبالتالي يمكن لنفس الإسم أن يرفضه ضابط حالة مدنية في مدينة ما وأن يقبل تسجيله ضابط حالة مدنية في مدينة أخرى.

إن عدم التقيد بالمصلحة الفضلى للطفل عند وضع ضوابط تتعلق بحرية اختيار الإسم حسب منشور 1965 لا يتطابق ومقتضيات الفصل 49 من الدستور الذي ينص على أن القيود الواردة على الحريات لا توضع إلا بقتضى نص تشريعي وليس بمقتضى منشور مع احترام مبادئ الضرورة والتناسب.

أولا، إن القيود الواردة على حرية اختيار الإسم لا تستجيب لمبدأ الضرورة بما أنها لا تحمي حقوق الغير ولا تتبنى المصلحة الفضلى للطفل.

ثانيا، لاشيء يدل على احترام التناسب بين الضوابط وموجباتها بما أن هذه الضوابط تحددها القناعات الشخصية لضابط الحالة المدنية والذي يتعدى على الحريات المتعلقة بالإختيار الفردي

في جميع الحالات والقرارات سواء أكانت ذات طابع إجرائي أم موضوعي ويجب أن تثبت أنها فعلت ذلك بفعالية<sup>245</sup>».

ففي حكم بتاريخ 12 ديسمبر 2017، كرست المحكمة الابتدائية بالكاف هذا المبدأ معتبرة أن الأخذ بعين الاعتبار بالديانة كشرط للحضانة يمثل تمييزاً ضد الطفل ونفياً لمصلحته العليا. وحسب الوقائع فإن التونسية تزوجت من غير مسلم، فقام الزوج السابق بطلب الحصول على حضانة الأبناء لتخوفه من التربية خاصة الدينية التي سيتحصل عليها أبنائه. فاعتبرت المحكمة أن المصلحة العليا للطفل تقتضي أن الطفل يختار دينه عندما يصبح راشداً وأنها ترفض حسب حرية الضمير أن تقع دمجته أو توجيهه نحو دين معين<sup>246</sup>.

لكن وعلى عكس المشرع الفرنسي الذي أدرج مبدأ المصلحة الفضلى للطفل بالمجلة المدنية بالفصل 57 المنظم لاختيار الأسماء عند تسجيلها بدفاتر الحالة المدنية، لم يرق المشرع التونسي بإدراجه في مادة الحالة المدنية في ما يخص اختيار الأسماء. إذ أن هذا المبدأ غائب عن القانون المنظم للحالة المدنية لسنة 1957 وعن منشور 1965 بالرغم من التنصيص عليه في مجلة حماية الطفل واتفاقية حقوق الطفل التي صادقت عليها تونس في 1991<sup>247</sup>.

إن غياب مبدأ المصلحة الفضلى للطفل جعل من حماية المصلحة العامة تتمتع بأهمية أكبر من حماية المصلحة الخاصة ومنها مصلحة الطفل. فحسب منشور 1965 يمنع «تسمية المواليد بأسماء مستهجنة أو منافية للأخلاق أو محل إلتباس». قد يبدو من خلال هذه العبارة أن منشور 1965 يولي اعتباراً أولاً للمصلحة الفضلى للطفل. لكن ذلك لا يستقيم لأن الإعتبار الأول يقع إيلائه إلى المصلحة العامة بما أن الأخلاق الحميدة والنظام العام يتمتعان بنفس الأهمية على حساب المصلحة الخاصة.

فالمصلحة الفضلى للطفل لا مكان لها بين الأخلاق الحميدة والنظام العام وحتى ولو أن منشور 1965 يحجر استعمال الأسماء المستهجنة أو محل التباس، فإن ذلك من قبيل حماية المصلحة العامة وليس مصلحة الطفل.

245 المحكمة الابتدائية بالكاف، قضية عدد 44801 بتاريخ 12 ديسمبر 2017 (غير منشور).

246 اتفاقية حقوق الطفل اعتمدت وعرضت للتوقيع والتصديق والانضمام بموجب قرار الجمعية العامة 44/25 المؤرخ في 20 نوفمبر 1989. تاريخ بدء النفاذ: 2 سبتمبر 1990، وفقاً للمادة 49 الدياجة.

صادقت عليها تونس بقانون عدد 91-93 المؤرخ في 29 نوفمبر 1991، الرائد الرسمي عدد 82 في 3 ديسمبر 1991 ونشر بمقتضى الأمر عدد 1865-91 في 10 ديسمبر 1991، الرائد الرسمي عدد 84 في 10 ديسمبر 1991.

BUSINO (G.): La sociologie durkheimienne: tradition et actualité : à Philippe Besnard in memoriam, 247  
Librairie Droz, Genève, 2004, p. 15

المتعلقة باختيار الإسم<sup>241</sup>. وفي هذه الحالة، يولي الاعتبار الأول لمصلحة الطفل الفضلى (أ). لكن النظام القانوني التونسي لم يتبنى بعد سياسة تركز هذا المبدأ والذي يجب اعتماده عند القيام بأي من الإجراءات التي تهم الطفل، كدليل عند وضع آليات تكريس حقوق الطفل (ب).

### أ. إيلاء الاعتبار الأول للمصلحة الفضلى للطفل عند اختيار الإسم

يجب أن تكون المصلحة الفضلى للطفل ذات اعتبار أول (وليس الاعتبار الوحيد) بدون أي تمييز. وهو ما نص عليه دستور 2014 في فصله 47: «على الدولة توفير جميع أنواع الحماية لكل الأطفال دون تمييز وفق المصالح الفضلى للطفل.»

وقد كرست مجلة حماية الطفل أيضاً هذا المبدأ. إذ «يجب اعتبار مصلحة الطفل الفضلى في جميع الإجراءات التي تتخذ بشأنه سواء من قبل المحاكم أو السلطات الإدارية أو مؤسسات الرعاية الاجتماعية العمومية أو الخاصة»<sup>242</sup>.

وحسب لجنة حقوق الطفل (اللجنة)، ينبغي أن تُفهم عبارة «مؤسسات الرعاية الاجتماعية العمومية أو الخاصة» على أنها تعني جميع المؤسسات التي تؤثر أعمالها وقراراتها على الأطفال وعلى أعمال حقوقهم و تشمل أيضاً المؤسسات التي تتعامل مع الحقوق المدنية والحريات (مثل تسجيل الولادات)<sup>243</sup>.

ومن بين العناصر التي ينبغي أخذها في الحسبان عند تقييم مصالح الطفل الفضلى حسب اللجنة: هوية الطفل، لأن «الأطفال ليسوا فئة متجانسة. وعلى هذا، يجب مراعاة تنوعهم عند تقييم مصالحهم الفضلى. وتشمل هوية الطفل خصائص من قبيل الجنس، والميل الجنسي، والأصل القومي، والدين والمعتقدات، والهوية الثقافية، والشخصية»<sup>244</sup>.

وكما جاء أيضاً باتفاقية حقوق الطفل ومجلة حماية الطفل فإن المحاكم يجب عليها أن تركز هذا المبدأ. ففي القضايا المدنية مثلاً، يمكن أن يتأثر الطفل بالمحاكمة، كما هو الحال في إجراءات التي تخص التبني أو الطلاق والقرارات المتعلقة بالحضانة والإقامة والاتصال أو مسائل أخرى تؤثر تأثيراً هاماً على حياته، لذلك «يجب أن تكفل المحاكم مراعاة مصالح الطفل الفضلى

241 الفصل 4 من قانون عدد 92 لسنة 1995 مؤرخ في 9 نوفمبر 1995 يتعلق بإصدار مجلة حماية الطفل.

242 لجنة حقوق الطفل، التعليق العام رقم 14 (2013) المتعلق بحق الطفل في إيلاء الاعتبار الأول لمصالحه الفضلى (الفقرة 1 من المادة 3). CRC/C/GC/14، الفقرة 26.

243 لجنة حقوق الطفل، التعليق العام رقم 14 (2013) المتعلق بحق الطفل في إيلاء الاعتبار الأول لمصالحه الفضلى (الفقرة 1 من المادة 3). CRC/C/GC/14، الفقرة 55.

244 لجنة حقوق الطفل، التعليق العام رقم 14 (2013) المتعلق بحق الطفل في إيلاء الاعتبار الأول لمصالحه الفضلى (الفقرة 1 من المادة 3). CRC/C/GC/14، الفقرة 29.

حسب الانتماء الإثني والثقافي؛ - أن تتخذ تدابير تشريعية وإدارية تكفل توفير التعليم بلغة الأمازيغ في جميع مراحل التعليم، وأن تشجع دراسة تاريخ الأمازيغ وثقافتهم؛ - أن تبطل المنشور رقم 85 المؤرخ في 12 ديسمبر 1962 وتسمح بتقييد الأسماء الأمازيغية في سجلات الحالة المدنية<sup>239</sup>».

إن الاهتمام بالتنوع الثقافي للمجتمع التونسي يجعل من اختيار الأسماء أكثر حرية ويخفف من القيود المفروضة على حرية الاختيار لصالح المصلحة الفضلى للطفل وذلك بأن تتبنى الدولة سياسة ليبرالية متفتحة على حقوق الإنسان.

## ا. نحو سياسة ليبرالية تحدد الاسم

تتعلق السياسة الليبرالية في مادة اختيار الأسماء بمجموعة الوسائل التشريعية والترتيبية التي تركز حرية اختيار الأسماء. فمن جهة، تعمل هذه الوسائل على الحد من السلطة المطلقة للإدارة حتى لا تحل محل الأولياء في اختيار أسماء أبنائهم. ومن جهة أخرى، تعزز الإرادة الفردية في اختيار الأسماء بالاعتراف بالتنوع الثقافي، لأن الثقافة المهيمنة إذا ما حددت نطاق اختيار الاسم فإنها ستنتفي هذا التنوع. أما السياسة الليبرالية فتعترف بأن «الاسم لا يسند إلا بالتعبير عن إرادة فردية بعد الولادة»<sup>240</sup>.

فالدولة عندما تفرض قيوداً على حرية الاختيار بطريقة مبالغ فيها، تولى اهتماماً أكبر بالمصلحة العامة وتهتمش المصلحة الخاصة. فالسياسة المنفتحة على حقوق الإنسان يجب أن تركز المصلحة الفضلى للطفل (1) وأن تقر بالتنوع الثقافي حتى نصل لمرحلة تخفيف القيود الواردة على اختيار الأسماء (2).

### 1. سياسة تتأسس على المصلحة الفضلى للطفل

يقتصر عادة نطاق مبدأ المصلحة الفضلى للطفل على مسائل تخص قانون العائلة وتتعلم بالأساس بالطلاق والحضانة والتبني.

في هذا المستوى لا بد من التذكير بمقتضيات اتفاقية حقوق الطفل التي تدعو كل الدول الأطراف لتكريس هذا المبدأ في «جميع الإجراءات» التي تتعلق بالطفل وبالتالي حتى في الإجراءات

CARBONNIER (J.): Droit civil : Introduction, Les personnes, Presses Universitaires de France, Paris, 2004, 239 p. 208

240 المادة 3 (1) من اتفاقية حقوق الطفل: «في جميع الإجراءات التي تتعلق بالأطفال، سواء قامت بها مؤسسات الرعاية الاجتماعية العامة أو الخاصة، أو المحاكم أو السلطات الإدارية أو الهيئات التشريعية، يولي الاعتبار الأول لمصالح الطفل الفضلى».

## ب. حماية ثقافة الأغلبية على حساب الهوية الفردية

عندما تحل الدولة محل الأولياء في اختيار أسماء أبنائهم لغاية حماية عناصر الهوية المهيمنة كالعروبة مثلا، فإنها تطمس التنوع الثقافي.

إن الإنتماء للعروبة والتنصيب عليها منذ التوطئة في دستور 2014 جعل من اللغة العربية لغة مهيمنة تحدد الهوية والإنتماء<sup>236</sup>. وهذا ما نتج عنه أن الثقافة العربية هي أولا وقبل كل شيء من ينال نصيب الأسد في كل الميادين على حساب أي ثقافة أخرى. على سبيل المثال، رفضت الإدارة في عديد المناسبات تسجيل أسماء أمازيغية أراد أن يطلقها مواطنون تونسيون على مواليدهم الجدد وذلك بتعلة أنها أسماء غير عربية.

ففي سنة 2013 رفضت بلدية سيدي البشير بتونس العاصمة التسمية الأمازيغية للمولود الجديد «أمازيغ» استنادا إلى الفصل الأول من الدستور الذي ينص على أن تونس دولة عربية. إلا أن الأب تمسك بهذا الإسم بعد أن هدد باللجوء للقضاء. وفي الأخير قبلت الإدارة بتسجيل المولود تحت هذا الإسم حسب رسم الولادة عدد 1570 للمولود بتاريخ 23 أوت 2013<sup>237</sup>.

في نفس السياق في سنة 2015، رفضت بلدية قصر هلال من ولاية المنستير الإختيار الذي قاما به الزوجين لتسمية مولودها «أكسيل» بسبب أن الاسم غير عربي. وأمام إصراره على مقابلة الكاتب العام للبلدية وتمسكه بحقه قام ضابط الحالة المدنية بتسجيل المولود بإسم «أكسيل» بتاريخ 17 أكتوبر 2015 تحت عدد 1053<sup>238</sup>.

ونظرا للتهميش المستمر للثقافة الأمازيغية وما انجر عنه في ما يخص ممارسة بعض الحريات الفردية من ذلك حرية اختيار الإسم، جاء في الملاحظات الختامية للجنة المعنية بالحقوق الاقتصادية والاجتماعية والثقافية اللازمة التي يجب على تونس اتخاذها لتكفل حماية وتعزيز اللغة الأمازيغية : «- أن تجمع، انطلاقا من التحديد الذاتي للهوية، إحصاءات مصنفة

<https://www.aljarida.com.tn/%D9%81%D9%8A-%D8%A8%D9%84%D8%AF%D9%8A%D8%A9-236%D8%B3%D9%8A%D8%AF%D9%8A-%D8%A7%D9%84%D8%A8%D8%B4%D9%8A%D8%B1-%D8%AA%D8%B3%D8%AC%D9%8A%D9%84-%D9%85%D9%88%D9%84%D9%88%D8%AF-%D8%AC%D8%AF%D9%8A%D8%AF-%D8%A8%D8%A7%D8%B3%D9%85-%D8%A3%D9%85%D8%A7%D8%B2%D9%8A%D8%BA%D9%8A>

[/https://www.tunisia-sat.com/forums/threads/3264391](https://www.tunisia-sat.com/forums/threads/3264391) 237

238 اللجنة المعنية بالحقوق الاقتصادية والاجتماعية والثقافية، الملاحظات الختامية على التقرير الدوري الثالث لتونس (E/C.12/14 TUN/CO(3) نوفمبر 2016. إثر نظر اللجنة المعنية بالحقوق الاقتصادية والاجتماعية والثقافية في التقرير الدوري الثالث المقدم من تونس بشأن تنفيذ العهد الدولي الخاص بالحقوق الاقتصادية والاجتماعية والثقافية (E/C.12/TUN/3) في جلستها 57 و58 (انظر E/C.12/2016/SR.57 و58) والمعقودتين في 22 و23 سبتمبر 2016، الفقرة 54.

ومسكنهما وجنسيتهما والمعلم إن اقتضى الحال ذلك»<sup>234</sup>.

إن النص التشريعي يتمتع بإلزامية قانونية أقوى من المنشور وهو أعلى من هذا الأخير في هرم القواعد القانونية. وفي الدولة المدنية على حد عبارة الفصل 2 من دستور 2014 يجب احترام هرمية القواعد القانونية والتي من بينها النصوص التشريعية الوضعية التي وضعها ممثلو الشعب. لذلك فضابط الحالة المدنية مطالب باحترام وتطبيق النص المتعلق بالحالة المدنية والذي يعتبر أعلى مرتبة قانونا من منشور 1965 إذ لا يمكن فرض قرار إداري على شعب بأكمله لأنه من أعمال الإدارة وليس تشريعاً.

وحتى في حالة التسليم بأن من عناصر الهوية الوطنية «العروبة»، لا يجب على هذا العنصر أن يمثل عائقاً أمام ممارسة حرية اختيار الاسم. فعبارة النص المتعلق بالحالة المدنية جاءت مطلقة: «والأسماء التي تختار له»، فأولاً، لم ينصّ المشرع صراحة على منع استعمال الأسماء الغير عربية. وثانياً، من يختار الأسماء هم الأولياء لمواليدهم وليس ضابط الحالة المدنية. وثالثاً، تتساءل إذا كان ضابط الحالة المدنية هو من يحدد هوية الفرد برفضه تسجيل إسم عملاً بمنشور وزير الداخلية فهل من المعقول في دولة القانون والفصل بين السلط أن تحل السلطة الإدارية العليا محل المشرع في تحديد هويات الأفراد من خلال وضع ضوابط لحرية اختيار الإسم لا تحترم فيها الحريات ولا يقع احترام هرمية القواعد القانونية؟

فالدولة عندما تحمي الهوية الوطنية تحمي الفرد أيضاً لأنه مواطن وليس لإنتمائه الديني أو اللغوي وإلا فلا معنى للحريات الفردية المضمونة بالدستور. وبالتالي تصبح المواطنة عنواناً «لحرية الفرد التي تحميها الدولة»<sup>235</sup>. لأن الدولة التي تتدخل في تحديد هويات الأفراد على أساس ديني أو لغوي فهي تنفي حقوق أفراد آخرين اختاروا أسماء لا ترتبط بالضرورة بثقافة الأغلبية ولا يعني ذلك أنهم لا يعترفون بالهوية الوطنية بل أنهم يمارسون حقهم في تحديد هويتهم الفردية حسب قناعاتهم الفكرية. فهل سيقع منع تونسي لا ديني أو ملحد مثلاً إذا اختار إسماً غير عربي أو اعتبر ضابط الحالة المدنية أنه مخالف لـ«تعاليم الإسلام»؟ لأن ذلك المنع لا يتعارض مع الهوية الوطنية بل يتعارض مع القناعات الشخصية لضابط الحالة المدنية والتي تغلب الثقافة المهيمنة على حساب الهوية الفردية.

THEZA MANRIQUEZ (M.-A.), Les écueils pour l'exercice de la citoyenneté électorale des jeunes des 234 milieux pauvres au Chili, Presses universitaires de Louvain, Louvain- la- Neuve, 2010, p. 11

.Voir aussi CONSTANT (F): La citoyenneté, Editions Montchrestien, Paris, 1998, p. 14

SIGUAN-SOLER (M.): Bilinguisme et identité personnelle, identités collectives et changements sociaux, 235

.Privat, Toulouse, 1980, p. 365

هذا القرار جعلنا نتساءل عن مدى حرية الفرد في تحديد هويته من خلال الإسم لأنه غالباً ما يعكس الإسم انتماء الفرد لدين معين فيكون بالتالي الأولياء مقيدين بالثقافة السائدة عند اختيار الإسم وهو ما سينعكس على هوية المولود الجديد.

## 2. تحديد هوية الأفراد

يعتبر الإطار الأيديولوجي والسياسي في بلد ما محركاً أساسياً لاختيار الأسماء إضافة للعوامل الاجتماعية والدينية التي تؤثر تأثيراً مباشراً في اختيار الأولياء لأسماء مواليدهم وذلك لأن التقاليد والأعراف تسيطر على هذا الاختيار. وتدعم هذه الأخيرة الإدارة التي تطبق إطاراً قانونياً جامداً في ما يتعلق باختيار الإسم وذلك لعوامل إيديولوجية وسياسية من جهة (أ) ولغاية حماية ثقافة الأغلبية على حساب التنوع الثقافي (ب).

### أ. ارتباط هوية الفرد بالإطار السياسي والأيديولوجي

عندما تتدخل الدولة في تحديد هوية الأفراد، بهذا المعنى تقوم بمنع أو فرض أسماء معينة لأسباب مختلفة. في هذه الحالة، تمارس الدولة تمييزاً ضد الأشخاص المنتمين لأقليات. ومصدر هذا التمييز هو الإطار السياسي والأيديولوجي. وبالتالي، لم يعد القانون يتعلق بمجموعة القواعد الملزمة والعامّة والمجردة بل أضحت «يتّرجم الإرادة السياسية لإيديولوجيا مهيمنة [و] يعكس في الوقت نفسه القيم السائدة ويحمي مصالح من هم في السلطة»<sup>233</sup>.

شهدت كتابة الدستور الحالي مخاوف صلب المجلس الوطني التأسيسي خاصة فيما يخص إعادة تعريف الهوية التونسية. لذلك فعند قراءة العديد من فصول دستور 2014، نعتقد للوهلة الأولى أنه دستور وضع للمجتمع التونسي العربي المسلم. فيتبادر إلى الذهن بأنه عندما يتعلق الأمر باختيار الإسم فإن ذلك سيتأثر بعناصر الهوية الوطنية المتكونة من عناصر الثقافة المهيمنة كما ورد في الفصل الأول من الدستور ألا وهي: اللغة والدين.

فمن سيمر أولاً الهوية الوطنية أم الهوية الفردية عند اختيار الإسم؟ وهل تسمح الهوية الوطنية بممارسة الحريات الفردية ومنها حرية اختيار الإسم؟

لا بد من التذكير أن القانون المتعلق بالحالة المدنية لا يرضخ المنع المتعلق بالأسماء الغير عربية ويكتفي بالتنصيص على أن: «وينص برسم الولادة على اليوم والساعة ومكان الولادة وجنس المولود والأسماء التي تختار له واسم ولقب ومكان وتاريخ ولادة الأب والأم وكذلك حرفتهما

233 الفصل 26 من القانون عدد 3 لسنة 1957 المؤرخ في غرة أوت 1957 والمتعلق بتنظيم الحالة المدنية.

خلال اسمه، قد يحصل في بعض الأحيان أن تقع مناداة الشخص بإسم مختلف عن الذي سجل في دفاتر الحالة المدنية والذي لا يدل على انتمائه الطائفي.

في هذا السياق، أقر القاضي المنفرد بمدينة جوبا بجنوب لبنان حرية اختيار الإسم وذلك بأن حظ من سلطة ضابط الحالة المدنية الذي يفرض اسما ذو طابع طائفي أو عربي رابطا هذه الحرية بحرية المعتقد وحرية التعبير.

وحسب وقائع القضية أن سيدة لبنانية طلبت من محيطها مناداتها بإسم آخر، ذلك على خلفية أن اسمها بالولادة يعبر عن انتمائها الطائفي وأنها ترغب بالابتعاد وتغيير كل ما يمكن أن يدل على طائفها أو دينها. وللنظر في طلب المتقاضية ذكر القاضي بحرية المعتقد مؤكدا أنها تشمل أيضاً حرية التعبير علنياً أو غير علني عنه، وهي الحرية التي استند إليها الأشخاص الذين طلبوا شطب «قيودهم الطائفية» (رسم الولادة) وأقر بأنها تشمل أيضاً عدم إظهار الانتماء الديني، وهو حق يضمنه الدستور اللبناني.

وبين المحامي نزار صاغية في تعليق له على هذا القرار أن المتقاضية «نجحت في انتزاع اعتراف محيطها بحقها بتحديد هويتها الجديدة. ومن هذه الوجهة، يشكل هذا القرار تطوراً أساسياً على صعيد حق الفرد في التحرر من الهوية الطائفية»<sup>231</sup>.

هذا وقد قدمت المحكمة الهوية الجديدة المختارة والتي تعكس الواقع على الهوية المسجلة في دفاتر الحالة المدنية والتي لم تخترها المتقاضية وتعتبر أنها متنافية مع واقعها لأنها ترفض إسما يدل على انتمائها الطائفي، «و حيث أن تصحيح اسم المستدعية في سجل النفوس ليس من شأنه أن يؤدي إلى خلل في العلاقات الاجتماعية طالما ثبت أنها تعرف بإسم 'دانة' منذ أربع سنوات سبقت تقديمها للدعوى الراهنة، علما أن الإبقاء على التناقض بين الواقع حيث تعرف المستدعية بإسم 'دانة' وبين المدون في سجلات النفوس (دفتر الحالة المدنية في تونس) 'زينب' من شأنه أن يشكل خطراً على العلاقات في المجتمع، فضلا عن أنه يؤثر في مصداقية القيود (رسم الولادة في تونس) التي يجب أن تعكس الواقع الحقيقي في كل حين»<sup>232</sup>.

231 حكم صادر عن القاضي المنفرد في جوبا، الناظر في قضايا الأحوال الشخصية، عدد 41 / 2014 في 24 مارس 2014. نزار صاغية: «تطور جديد على صعيد الهوية الطائفية» في لبنان: قرار قضائي بتصحيح اسم يؤشر الى انتماء ديني» نشر في العدد الخامس عشر من مجلة المفكرة القانونية، 8 أبريل 2014،

<http://www.legal-agenda.com/article.php?id=705>

232 وحيد الفرشيشي: «تقديم، عندما يصبح الاختلاف قاتلا»، في محمد أمين الجلاصي: المحققون في القانون التونسي: حين يؤسس القانون للامساواة، الجمعية التونسية للدفاع عن الحريات الفردية، تونس، 2018، ص. 5.



سيصرح بالمولود. هذا ومن الجدير التأكيد على أن الأسماء القرآنية تسجل آليا من طرف الإدارة على حساب أسماء أخرى قد تعتبرها الإدارة مخالفة للمنشور المذكور. أليس هذا تمييزا بين المواطنين على أساس الدين؟ وكأن اختيار الأسماء أصبحت حرية مقيدة بالإنتماء لدين معين وبتفضيل دين على آخر.

ولابد من التذكير أيضا بأن للحرية الدينية جانبان<sup>227</sup>: الأول ظاهر ويتمثل في ممارسة الشخص لمعتقداته في العلن والثاني باطن ويتمثل في عدم رغبة الشخص في الجهر بمعتقداته الدينية أو اللادينية<sup>228</sup>. وهذه الحرية مرتبطة ارتباطا وثيقا بحرية اختيار الإسم. فماذا عن الفرد الذي لا يرغب في إظهار انتمائه الطائفي؟ هل يحق له أن يختار إسما غير عربي؟ لأن أغلب الأسماء العربية تشير إلى الانتماء للدين الإسلامي. لذلك فإن فرض اختيار إسم عربي على التونسيين «المسلمين» يعتبر «إرغاما» للشخص لينتمي لمجموعة دينية معينة والتي لا يرغب بالضرورة بالانتماء إليها.

في المغرب وبالرغم من هيمنة الثقافة العربية والإسلامية، يعتبر الأفراد أكثر حرية في اختيار أسماء مواليدهم الجدد، دون تمييز على أساس لغوي أو ديني أو إثني في ما يخص الأسماء العربية والأمازيغية والحسانية والعبرية عملا بقانون عدد 99-37 لسنة 2002 المتعلق بالحالة المدنية<sup>229</sup>. واشترطت اللجنة العليا للحالة المدنية في المغرب أن «لا تمس هذه الأسماء الشخصية الأخلاق والنظام العام، دون تمييز في ذلك بين الأسماء العربية والأمازيغية والحسانية والعبرية، طبقا لأحكام القانون المتعلق بالحالة المدنية<sup>230</sup>».

وبالاعتراف بالأسماء غير العربية تكون المغرب قد كرست مبدأ عدم التمييز وضمنت الحريات الفردية المتعلقة بممارسة حرية اختيار الإسم.

أما في لبنان، وبما أن المجتمع اللبناني قائم على الطائفية ويمكن التعرف على ديانة اللبناني من

227 أظن المادة 18 المتعلقة بالحرية الدينية في العهد الدولي الخاص بالحقوق المدنية والسياسية اعتمد وعرض للتوقيع والتصديق والانضمام بموجب قرار الجمعية العامة للأمم المتحدة 2200 ألف (د21-) المؤرخ في 16 ديسمبر 1966 تاريخ بدء النفاذ: 23 مارس 1976، وفقا لأحكام المادة 49.

228 القانون رقم 37-99 المتعلق بالحالة المدنية بتاريخ 7 نوفمبر 2002. الجريدة الرسمية رقم 5054 الصادرة يوم الخميس 7 نوفمبر 2002.

229 بلاغ اللجنة العليا للحالة المدنية، 17 مارس 2014.

230 حكم صادر عن القاضي المنفرد في جوبا، الناظر في قضايا الأحوال الشخصية، عدد 41 / 2014 في 24 مارس 2014. نزار صاغية: «تطور جديد على صعيد الهوية الطائفية» في لبنان: قرار قضائي بتصحيح اسم يؤثر الى انتماء ديني» نشر في العدد الخامس عشر من مجلة المفكرة القانونية، 8 أبريل 2014.

<http://www.legal-agenda.com/article.php?id=705>

الهوية الجندرية والإسم والتوجه الجنسي والحياة الجنسية.<sup>223</sup> وفي قرار آخر، بوغارتس ضد سويسرا المؤرخ في 22 فيفري 1994، قررت نفس المحكمة أن: «إسم الشخص يعتبر وسيلة لتحديد هويته الشخصية وارتباطه بعائلة ويتعلق أيضا بالحياة الخاصة والعائلية لهذا الشخص».<sup>224</sup>

في نفس السياق، اعتبرت لجنة حقوق الإنسان التابعة للأمم المتحدة في قضية كوريال وأوريك ضد هولندا أن الفصل 17 من العهد الدولي الخاص بالحقوق المدنية والسياسية والمتعلق بمنع التدخل التعسفي أو الغير قانوني في الحياة الخاصة للأفراد يحمي أيضا الحق في اختيار الإسم وفي تغييره.<sup>225</sup>

إن التدخل في الحياة الخاصة عند رفض اختيار الأولياء لإسم مولودهم الجديد يمكن أن يمتد ليمس من معتقدات الأشخاص الدينية أو اللادينية والتي قد تتدخل في اختيارهم للإسم.

### ب. الحد من الحرية الدينية

يمكن أن يعكس اختيار الإسم الانتماء الديني للشخص. فمنشور 1965 يسمح للتونسيين المنتمين للديانة اليهودية بإختيار أسماء غير عربية: «تحرر الرسوم باللغة العربية إلا فيما يتعلق بالتونسيين الإسرائيليين والأجانب ممن لا يحملون اسما ولقبا عربيا فإن الألقاب والأسماء تكتب زيادة على العربية بالأحرف اللاتينية بإملاء من يهمله الأمر».<sup>226</sup> لكن بالنسبة لبقية التونسيين ف«يحجر إسناد الأسماء غير العربية للمواليد» وبالتالي نفهم أن هذه القاعدة موجهة للمسلمين.

ألا يعتبر هذا تدخلا في معتقدات الأفراد؟ إذ بات من الواضح أن منشور 1965 يحد من حرية اختيار الإسم على أساس الانتماء الطائفي. وكأن الإدارة ستقوم بالتأكد من ديانة الشخص الذي

C.E.D.H, Burghartz c. Suisse - 16213/90. Arrêt du 22 février 1994 223

Contrairement à certains autres instruments internationaux, (...), l'article 8 de la Convention ne contient pas de disposition explicite en matière de nom. En tant que moyen d'identification personnelle et de rattachement à une famille, le nom d'une personne n'en concerne pas moins la vie privée et familiale de celle-ci. Que l'Etat et la société aient intérêt à en réglementer l'usage n'y met pas obstacle, car ces aspects de Droit public se concilient avec la vie privée conçue comme englobant, dans une certaine mesure, le droit pour l'individu de nouer et développer des relations avec ses semblables, y compris dans le domaine professionnel ou commercial (...). En l'occurrence, la conservation, par le requérant, du nom de famille sous lequel, d'après ses dires, il s'est fait connaître des milieux académiques peut influencer sa carrière de manière non négligeable. L'article (8 trouve donc à s'appliquer) (§ 24

A.R. Coeriel et M.A.R. Aurik c. Pays-Bas, Communication No. 453/1991, U.N. Doc. CCPR/C/52/D/453/1991 224 (1994). Comité des droits de l'Homme Cinquante-deuxième session

225 المنشور عدد 85 المؤرخ في 12 ديسمبر 1965 الموجه لكانتا الدولة للعدل والداخلية إلى السادة ضباط الحالة المدنية. الموضوع: توجيهات في الحالة المدنية. 3- فيما يتعلق بكيفية تحرير الرسوم.

FOBLETS (M.-C.): Convictions philosophiques et religieuses et Droits positifs, textes présentés au Col- 226 loque International de Moncton 24-27 août 2008, Groupe de Boeck, Paris, 2010, p. 524

## 1. الإطار القانوني لاختيار الإسم يحد من ممارسة الحريات

بالبحث عن حرية اختيار الإسم في منشور 1965، استخلصنا أن قبول الإسم أو رفضه مرتبط بالقدرة المعرفية لضابط الحالة المدنية عند تحديد معايير اختيار الإسم. فلضابط الحالة المدنية السلطة المطلقة لرفض تسجيل إسم اختاره الأولياء. وبالتالي يعتبر هذا تعد على الحريات والتي من بينها حرمة الحياة الخاصة للأفراد (أ) ومعتقداتهم خاصة وأن اختيار الإسم يحمل بعدا عاطفيا (ب).

### أ. الحد من حرمة الحياة الخاصة

يمثل عدم احترام الحق في حرمة الحياة الخاصة تدخُّلاً تعسُفياً في الحياة الخاصة للفرد. ولئن كانت هذه الحرية مضمونة بدستور 2014 في الفصل 24 فإنها لا تستعمل عبارة التدخل التعسُفي<sup>221</sup> بل تكتفي بالتنصيص على أن الدولة تحمي الحياة الخاصة. لكن هذا غير كاف إذ يجب على الدولة أن لا تنتهك حرمة الحياة الخاصة ومنها العائلية.

وبالتالي فإن السلطة المخولة لضابط الحالة المدنية لرفض تسجيل إسم هو تدخل في الحياة الخاصة للأفراد وهو تعسُفي لأن الضوابط التي تحد من الحريات تضبط بقانون صادر عن السلطة التشريعية التي تصدره بإسم الشعب وليس بمنشور يمثل قرار إداريا صادرا عن السلطة العليا في الإدارة والذي يوجه للإدارة وليس للشعب.

فحسب الأستاذ رضا جنح يمثل المنشور عملا إداريا داخليا موجها لأعوان الإدارة وليس له أثر على حقوق منظوري الإدارة<sup>222</sup>.

وبما أن الأمر يتعلق بحماية الحياة الخاصة للأفراد في كل مكوناتها، فلا بد من التعرّيج على فقه قضاء المحكمة الأوروبية لحقوق الإنسان التي قامت بالتوسع في تعريف الحياة الخاصة لتشمل

221 محمد رضا جنح، القانون الإداري، مركز النشر الجامعي، تونس، 2008، ص. 192.  
«وحيث استقر الفقه والقضاء الإداريان على إقرار حق الإدارة في إصدار المنشائر والأعمال الداخلية التي تراها لازمة لتنظيم سير المؤسسة التي تشرف على شؤونها أو لتفسير النصوص القانونية النافذة من خلال توضيح ما يعترضها من غموض ... شريطة عدم النيل من القوانين والترايب المعمول بها.»

222 C.E.D.H., Arrêt P.G. et J.H. c. Royaume -Uni du 25 septembre 2001 §56.

« La 'vie privée' est une notion large, qui ne se prête pas à une définition exhaustive. La Cour a déjà déclaré que des facteurs tels que l'identification sexuelle, le nom, l'orientation sexuelle et la vie sexuelle sont des éléments importants de la sphère personnelle protégée par l'article 8 CEDH », Cour (Troisième Section), 25 sept. 2001, n° 44787/98. Lire en ligne : <https://www.doctrine.fr/d/CEDH/HFJUD/CHAMBER/2001/CEDH001-64224>

Arrêt cité par VAN DROOGHENBROECK (S.): « De la défense de l'intime au droit à l'épanouissement. Les contributions de la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'Homme à la cause homosexuelle », in MARTENS (V.) (sous la direction de), Citoyenneté, discrimination et préférence sexuelle, Publications Facultés universitaires Saint- Louis, Bruxelles, 2004, p. 20.

Voir aussi: Costello-Roberts c/ Royaume-Uni, arrêt du 25 mars 1993, paragraphe 36.

لذلك، قمنا بطرح السؤال التالي: هل أن تأطير اختيار الأسماء يحترم حرية الإختيار؟ لأن عديد العناصر تتدخل في اختيار الإسم كالدين واللغة والعادات والمدينة التي نشئ فيها.

ولا بد من التذكير أن منشور 1965 لا يستعمل عبارة «حرية اختيار الإسم» بل يكفي بوضع ضوابط تصادر حرية الإختيار لصالح ضابط الحالة المدنية الذي يحل محل الأولياء في اختيار الإسم. وتمثل هذه الضوابط في مايلي: «يحجر إسناد الأسماء غير العربية للمواليد كما يحجر إسناد اللقب كإسم وبالإشارة يحجر أن تسند إلى المواليد ألقاب الزعماء أو أسماؤهم وألقابهم في آن واحد كما لا يجوز تسمية المواليد بأسماء مستهجنة أو منافية للأخلاق أو محل إلتباس».

ما استخلصناه من واقع تعامل ضباط الحالة المدنية مع حالات تسجيل المواليد ومن تطبيق ضوابط منشور 1965 أن الثقافة المهيمنة تقيد حرية اختيار الإسم (I). فيتأثر الإختيار بالايديولوجيا السائدة التي يفرضها في غالب الأحيان أعوان الإدارة. لذلك ولاحترام حرية الإختيار، يجب على الدولة أن تضع سياسة ليبرالية تتأسس أولا وقبل كل شيء على المصلحة الفضلى للطفل وحتى لا تؤدي الضوابط لإفراغ الحرية من جوهرها (II).

## 1. الثقافة المهيمنة تحدد الإسم

يتأثر الإسم بعدد العناصر التي ترتبط بالمكان الذي ولد فيه المولود. وفي معظم الأحيان لا تنبع الأسماء من اختيار حر ومستقل بل من العادات والتقاليد التي تسير الأولياء في اختياراتهم. فقد يدل الإسم المختار عن انتماء ديني أو قومي أو لغوي أو إثني إلخ...

وهذا ما لاحظناه في المجتمع التونسي، إذ أن الأسماء تحمل شحنة الثقافة المهيمنة العربية والإسلامية. ولكن لا بد من التذكير بأن اختيار الإسم هو حرية الأولياء لوحدهم، فلما لا يحق لهم اختيار أسماء غير متداولة أو لا تنتمي بالضرورة للثقافة المهيمنة. إذ أن حرية اختيار الإسم تتعلق بممارسة حريات أخرى والتي تنتهك إذا ما وضع المشرع إطارا عاما للاختيار من خلال الضوابط التي ذكرناها أنفا (1) وإذا ما حددت الدولة هوية الأفراد من خلال اختيارات سياسية وإيديولوجية (2).

حرية اختيار الإسم منشور كاتباً الدولة للعدل والداخلية إلى السادة ضباط الحالة المدنية (عن طريق السادة الولاة) والمؤرخ في 12 ديسمبر 1965 (منشور 1965)<sup>219</sup>. غير أن هذا المنشور لا ينص صراحة على حرية اختيار الإسم بل يكتفي بتأطير الإختيار وذلك بوضع ضوابط تحترم بدرجة متوازنة جداً مصلحة الطفل. إذ يتعلق موضوع المنشور بتوجيهات في الحالة المدنية وذلك لـ«كثرة الإخلال الملحوظة في خدمة الحالة المدنية».

كما يهدف منشور 1965 إلى تسهيل سير المرفق العام المتعلق بالحالة المدنية لغاية إنارة أعوان الإدارة حول طريقة تسجيل رسوم الحالة المدنية في دفتر الحالة المدنية كرسوم الولادة. فحسب المنشور «يقصد بكلمة 'ترسيم' كل عملية يقوم بها ضابط الحالة المدنية تقتضي إنشاء رسم لأول مرة مثل تحرير رسم الولادة».

لكن الضوابط التي يضعها المنشور في ما يتعلق بإختيار الإسم مرتبطة بالثقافة المهيمنة والتي تتكون من عنصرين: اللغة والدين. وذلك لأن المنشور يحجر على المسلمين اختيار أسماء غير عربية بينما يسمح بذلك لليهود. بالتالي وبما أن الإسم يتعلق بهوية الشخص، فالسؤال المطروح في هذا الإطار هو لمعرفة هل أن هوية الشخص تحدد بانتمائه للوطن أم بانتمائه الديني؟

ويبدو أن المنشور يتنافي ومقتضيات الدستور والنصوص الدولية لحقوق الإنسان ومجلة حماية الطفل، فهذه الأخيرة تبني مقاربة كونية تعترف بالإنفتاح على الحضارة الإنسانية في تنوعها الثقافي. فحسب مجلة حماية الطفل ينشأ الطفل «على الاعتزاز بهويته الوطنية، وعلى الوفاء لتونس والولاء لها، أرضاً وتاريخاً ومكاسب، والشعور بالانتماء الحضاري، وطناً ومغارباً وعربياً وإسلامياً، مع التشبّع بثقافة التآخي البشري والانفتاح على الآخر، وفقاً لما تقتضيه التوجّهات التربوية العلمية»<sup>220</sup>.

من جهة أخرى، لم تعد هذه الضوابط تتلاءم والواقع كونها لا تحترم القانون الدولي وترتبط ارتباطاً وثيقاً بالعادات الثقافية والعقلية الأبوية التي تفرض وصاية المجموعة على الفرد وهذا ما يهدد خاصة الأشخاص المنتمين إلى أقليات. فهذه الضوابط لا تتطابق مع مقتضيات اتفاقية حقوق الطفل وذلك بسبب الإطار الجامد الذي يميز اختيار الأسماء.

219 الفصل 1(2) من مجلة حماية الطفل.

220 المادة 12 من الإعلان العالمي لحقوق الإنسان المؤرخ في 10 ديسمبر 1948 بموجب القرار 217 الذي اعتمده الجمعية العامة للأمم المتحدة: «لا يجوز تعريض أحد لتدخل تعسفي في حياته الخاصة أو في شؤون أسرته أو مسكنه أو مراسلاته، ولا لحملات تمس شرفه وسمعته. ولكل شخص حق في أن يحميه القانون من مثل ذلك التدخل أو تلك الحملات».

جنسية، ويكون له قدر الإمكان، الحق في معرفة والديه وتلقى رعايتهما<sup>215</sup>».

إنه لمن البديهي أن التصريح بولادة المولود الجديد وإسناد إسم له هو إجراء يقوم به الأولياء لإعلام الإدارة لكنه أيضا إعلام للمجتمع الذي سينشأ فيه الطفل بوجود فرد جديد يحمل إسما معيناً وسيكون له حقوق وعليه واجبات كمواطن في دولة ما. لكن في بعض الأحيان يطرح التساؤل في ما يتعلق بجوهر هذا الإجراء فهل هو حرية شخصية مطلقة أم تراعى في اختيار الإسم خصوصيات المجتمع الذي ولد فيه؟ إلى حد أن البعض اعتبره بمثابة «الثياب التي يفضلها المجتمع»<sup>216</sup>.

لذلك ولتحقيق الدور الذي يلعبه الإسم في المجتمع بالنسبة للمولود، وضعت مجلة حماية الطفل المبدأ الذي يحقق: «تناسق شخصيته وتوازنها من ناحية، ورسوخ الوعي بالمسؤولية تجاهه من قبل أبويه وعائلته والمجتمع بأسره من ناحية أخرى»<sup>217</sup>.

لكن ولئن كان اختيار الإسم يصب في خانة الإرادة الحرة فهو اختيار غير مطلق ويخضع لضوابط. فعند تسجيل الأسماء يقوم ضابط الحالة المدنية بعملية غريبة للأسماء المختارة حتى لا يتعسف الأولياء في الاختيار. لأن الإسم الذي وقع عليه الاختيار لا يمكن أن يختفي عن أنظار وأحكام المجتمع والأصدقاء والزملاء وأي مجموعة أخرى ينتمي إليها الفرد خاصة إذا كان الإسم مثيرا للسخرية أو حتى الاشمئزاز.

إلا أن ما يهدد حرية اختيار الإسم هو عندما تتدخل الدولة وتحل محل الأولياء في اختيار الأسماء كأن تفرض على الأشخاص المنتمين للإسلام أن يحملوا أسماء عربية وأن تترك حرية الاختيار لليهود بأن يختاروا إسما عربيا أو غيرعربي فتخلق بالتالي تمييزا بين مواطني البلد الواحد. وكأن الإسم يتحدد بالانتماء الديني وليس بالانتماء للوطن.

لكن، في كل الحالات حرية الاختيار ليست مطلقة وتقوم الدولة بوضع ضوابط لها. من بين هذه الضوابط أن لاتتعدى حرية اختيار الإسم على المصلحة الفضلى للطفل<sup>218</sup>. ويضع ضوابط

215 حكيم مرزوقي: «تسمية المولود الجديد.. حرية شخصية أم مراعاة لخصوصيات اجتماعية»، العرب، 30 جانفي 2018، السنة 40، العدد 10885، ص. 12. [/https://alarab.co.uk](https://alarab.co.uk)

216 مجلة حماية الطفل، الفصل (51).

217 لكن القانون المنظم للحالة المدنية لا يضع الضوابط المتعلقة بإختيار الإسم بل يكتفي بالتنصيص على واجب الأولياء بالتصريح بالمولود حسب عبارة « الشروط التي يقع التصريح بمقتضاها بالولادات». وذلك حسب الفصل الأول من قانون عدد 3 لسنة 1957 المؤرخ في 04 أوت 1957 والمتعلق بتنظيم الحالة المدنية، المنشور بالرائد الرسمي للجمهورية التونسية الصادر في 30 جويلية / 2 أوت 1957، ص. 11.

218 المنشور عدد 85 المؤرخ في 12 ديسمبر 1965 منشور من طرف مركز التكوين ودعم الامركزية التابع لوزارة الداخلية، مجموعة النصوص التشريعية والترتيبية المتعلقة بالحالة المدنية 2015، ص. 122 ومايلها.

يساهم الإسم واللقب في تحديد هوية الشخص<sup>209</sup>. لذلك فكل مواطن مطالب بالتصريح بولادة مولوده حديث الولادة. فالمولود غير المصرح بولادته قد يواجه خطر الإقصاء من المجتمع ولن يكون باستطاعته التمتع بالحق في هوية واسم وجنسية.

يسجل الطفل بعد ولادته فوراً ويصبح الإسم إشارة على بداية الحياة بالنسبة للطفل، فعندما يولد بإسم ولقب قاما والديه باختياره له يشير ذلك إلى أول مكونات هويته.<sup>210</sup>

يعتبر حق الطفل في أن يسجل في دفتر الحالة المدنية بإسم خاص به من حقوق الطفل التي تضمنها القوانين الوطنية والدولية لحقوق الإنسان. فلجميع الأطفال حقُّ التمتع بذات الحماية الاجتماعية سواء وُلدوا في إطار الزواج أو خارج هذا الإطار<sup>211</sup>. وهو من الحقوق الخارجة عن التعامل المادي أو مايسمى بالحقوق المعنوية.

يضمن القانون التونسي الحق في إسم للأطفال المولودين في إطار الزواج، ف«لكل طفل الحق في الهوية منذ ولادته. وتشمل الهوية الإسم واللقب العائلي وتاريخ الولادة والجنسية»<sup>212</sup>. كما يضمنه أيضاً للأطفال المولودين خارج إطار الزواج. وقد تدخل المشرع منذ 1998 بمقتضى القانون المتعلق بإسناد لقب عائلي للأطفال المهملين أو مجهولي النسب فارضاً على الأم الحاضنة لإبنتها مجهول النسب أن تسند له إسمًا<sup>213</sup>.

أما على مستوى القانون الدولي لحقوق الإنسان، فوضعت اتفاقية الأمم المتحدة لحقوق الطفل مجموعة من الحقوق لحماية الطفل وذلك لـ«أن الطفل، بسبب عدم نضجه البدني والعقلي، يحتاج إلى إجراءات وقاية ورعاية خاصة، بما في ذلك حماية قانونية مناسبة، قبل الولادة وبعدها»<sup>214</sup>. ومن بين هذه الحقوق الحق في أن تكون للطفل هوية واسم يميزه عن باقي الأفراد. لذلك، «يسجل الطفل بعد ولادته فوراً ويكون له الحق منذ ولادته في اسم والحق في اكتساب

MAREAU (C.) et DREYFUS (A.-V.) : L'indispensable de la psychologie, Studyrama, Paris, 2004, p. 97 209  
210 رضا الوسلاتي: «الحماية القانونية لمجهولي اللقب العائلي»، القضاء و التشريع، السنة 46، أفريل 2004، العدد 4، ص. 22 و ص. 49.

211 الفصل 5 من مجلة حماية الطفل. عبارة «الطفل» جاءت مطلقة فقد تعني تارة المولود في إطار الزواج وقد تعني تارة أخرى المولود خارج إطار الزواج أو مجهول النسب.

212 القانون عدد 75 لسنة 1998 المؤرخ في 7 جويلية 2003، الرائد الرسمي عدد 54 المؤرخ في 8 جويلية 2003، ص. 2259. نقتح بمقتضى قانون عدد 51 لسنة 2003 مؤرخ في 7 جويلية 2003، الرائد الرسمي عدد 54 المؤرخ في 8 جويلية 2003، ص. 2259. الفصل الأول (جديد) «على الأم الحاضنة لإبنتها القاصر ومجهول النسب أن تسند إليه اسماً ولقبها العائلي أو أن تطلب الإذن بذلك طبق أحكام القانون المتعلق بتنظيم الحالة المدنية. كما عليها في أجل لا يتجاوز ستة أشهر من تاريخ الوضع أن تطلب من رئيس المحكمة الابتدائية المختصة أو نائبه أن يسند إليه اسم أب واسم جد ولقبها عائلياً يكون في هذه الحالة وجوباً لقب الأم».

213 ديباجة إعلان حقوق الطفل اعتمد ونشر علي الملأ بموجب قرار الجمعية العامة 1386 (14-1) المؤرخ في 20 نوفمبر 1959. 214 الفصل 7 من اتفاقية حقوق الطفل اعتمدت وعرضت للتوقيع والتصديق والانضمام بموجب قرار الجمعية العامة 44/25 المؤرخ في 20 نوفمبر 1989. تاريخ بدء النفاذ: 2 سبتمبر 1990، وفقاً للمادة 49 الديباجة.

صادقت عليها تونس بقانون عدد 93-91 المؤرخ في 29 نوفمبر 1991، الرائد الرسمي عدد 82 في 3 ديسمبر 1991 ونشر بمقتضى الأمر عدد 1865-91 في 10 ديسمبر 1991، الرائد الرسمي عدد 84 في 10 ديسمبر 1991.

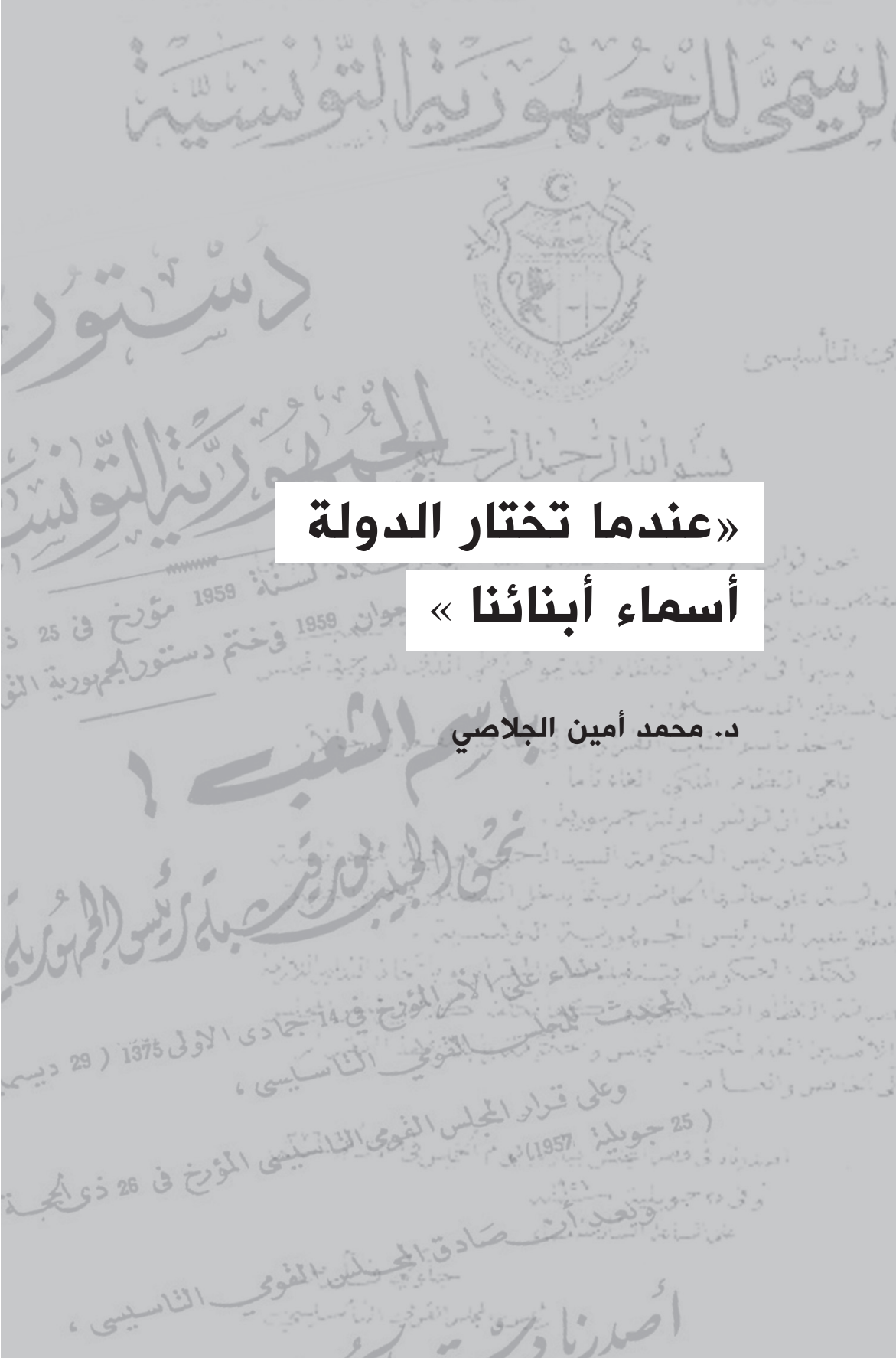
بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ



«عندما تختار الدولة

« أسماء أبنائنا »

د. محمد أمين الجلاصي





## فما العمل اليوم؟

من المؤكد أن أول مرحلة مهمة لا بد أن نتوخاها هي المطالبة بنشر الوثائق الصادرة عن مختلف الوزارات والسلطة الجهوية والمحلية حتى نتمكن من الإطلاع عليها ودراسة محتواها عملاً بأحكام الفصل 32 من الدستور الذي يطلب من الدولة أن تضمن الحق في الإعلام والحق في النفاذ إلى المعلومة وطبقاً لما جاء في القانون الأساسي عدد 22 لسنة 2016 المؤرخ في 24 مارس 2016 والمتعلق بحق النفاذ إلى المعلومة<sup>207</sup>.

وفي مرحلة ثانية من واجبنا أن نطالب بتفعيل أحكام الفصل السادس من الدستور لضمان حرية المعتقد وتحديد المسؤوليات لضمان احترامها بإصدار قانون يحمي حرية المعتقد وتطبيق أحكام المادة 18 من العهد الدولي الخاص بالحقوق المدنية والسياسية<sup>208</sup>.

ومن أؤكد المطالب التوجه لوزارة الداخلية لمطالبتها بإلغاء هذه المناشير أو التدابير أو البرقيات غير الدستورية وغير القانونية لضمان الحقوق والحريات التي جاء بها الدستور بما فيها حرية الضمير وحرية المعتقد.

207 تنص هذه المادة على: «1. لكل إنسان حق في حرية الفكر والوجدان والدين. ويشمل ذلك حرته في أن يدين بدين ما، وحرته في اعتناق أي دين أو معتقد يختاره، وحرته في إظهار دينه أو معتقده بالتعبد وإقامة الشعائر والممارسة والتعليم، بمفرده أو مع جماعة، وأمام الملأ أو على حدة.

2. لا يجوز تعريض أحد لإكراه من شأنه أن يخل بحريته في أن يدين بدين ما، أو بحريته في اعتناق أي دين أو معتقد يختاره.

3. لا يجوز إخضاع حرية الإنسان في إظهار دينه أو معتقده، إلا للقيود التي يفرضها القانون والتي تكون ضرورية لحماية السلامة العامة أو النظام العام أو الصحة العامة أو الآداب العامة أو حقوق الآخرين وحررياتهم الأساسية.

4. تتعهد الدول الأطراف في هذا العهد باحترام حرية الآباء، أو الأوصياء عند وجودهم، في تأمين تربية أولادهم دينياً وخلقياً وفقاً لقناعاتهم الخاصة».

208 محمد كمال شرف الدين، قانون مدني، مطبعة التسفير الفني، تونس، 2004، ص. 191.

وهي كذلك لا تتماشى مع أحكام الاتفاقيات الدولية الخاصة بحقوق الإنسان والتي صادقت عليها الدولة التونسية وخاصة العهد الدولي الخاص بالحقوق المدنية والسياسية الذي اعترف في الفصل 18 أن:

1. « لكل إنسان حق في حرية الفكر والوجدان والدين. ويشمل ذلك حرّيته في أن يدين بدين ما، وحرّيته في اعتناق أي دين أو معتقد يختاره، وحرّيته في إظهار دينه أو معتقده بالتعبّد وإقامة الشعائر والممارسة والتعليم، بمفرده أو مع جماعة، وأمام الملأ أو على حدة.

2. لا يجوز تعريض أحد لإكراه من شأنه أن يخل بحرّيته في أن يدين بدين ما، أو بحرّيته في اعتناق أي دين أو معتقد يختاره.

3. لا يجوز إخضاع حرية الإنسان في إظهار دينه أو معتقده، إلا للقيود التي يفرضها القانون والتي تكون ضرورية لحماية السلامة العامة أو النظام العام أو الصحة العامة أو الآداب العامة أو حقوق الآخرين وحرّياتهم الأساسية.

4. تتعهد الدول الأطراف في هذا العهد باحترام حرية الآباء، أو الأوصياء عند وجودهم، في تأمين تربية أولادهم دينيا وخلقيا وفقا لقناعاتهم الخاصة».

وفي نفس السياق، أصدرت اللجنة المعنية بحقوق الإنسان وهي اللجنة الساهرة على احترام أحكام العهد والحقوق التي أقرها، التوصية رقم 22 لسنة 1993 حول حرية الضمير وحرية المعتقد وحرية الفكر معتبرة أن الحق في الفكر والوجدان والدين هو حق واسع النطاق عميق الامتداد وهو يشمل حرية الفكر في جميع المسائل وحرية الاقتناع الشخصي واعتناق دين أو عقيدة...<sup>205</sup> كما يشمل حماية العقائد التوحيدية وغير التوحيدية والإلحادية وكذلك الحق في عدم اعتناق أي دين أو أي عقيدة...<sup>206</sup>.

بالنتيجة يمكن القول أن السلطة التونسية تتجاهل في هذا الباب أحكام الدستور المضمنة للحقوق والحريات كما لا تحترم التزاماتها الدولية والمحلية التي تقوم على ضمان حقوق الإنسان بصفة عامة وحرية المعتقد والضمير واحترام حق الاختلاف التي أصبحت مقيدة وغير مضمونة. كل ذلك لتغليب الخصوصيات الثقافية على عالمية حقوق الإنسان ولتلبية رغبات بعض الحركات السياسية الدينية على حساب هذه الحقوق عوض أن تتخذ إجراءات صارمة لمعاقبة منتهكي هذه الحقوق و الحريات.

205 الفقرة الثانية من نفس التوصية.

206 قانون أساسي عدد 22 لسنة 2016 مؤرخ في 24 مارس 2016 يتعلق بحق النفاذ إلى المعلومة، الرائد الرسمي للجمهورية التونسية عدد 26، 29 مارس 2016، ص. 1029.

## 2. اللجوء إلى مجرد نصوص داخلية لغلق المطاعم والمقاهي خلال شهر رمضان

من المؤكد أننا في نهاية الأمر، نتعامل مع نصوص داخلية لوزارة الداخلية تتخذ في كثير من الأحيان في شكل تراتيب أو تعليمات أو إجراءات إدارية تهدف إلى غلق المقاهي والمطاعم التي تفتح أبوابها في رمضان ويمكن أن يؤدي تطبيقها إلى العديد من التجاوزات والانتهاكات.

ويشار في هذا الصدد إلى أن التعليمات الصادرة عن وزير الداخلية أو عن السلط الجهوية أو البلدية لا يمكن أن يترتب عنها عقوبات لأن المجال الجزائي يخضع للمجلة الجزائية ولا يمكن تسليط عقوبة إلا بنص قانوني تطبيقاً لمبدأ شرعية الجرائم والعقوبات حسب ما جاء في الفصل الأول من هذه المجلة الذي ينص على أنه: «لا يعاقب أحد إلا بمقتضى نص من قانون سابق الوضع لكن إذا وضع قانون بعد وقوع الفعل وقبل الحكم البات وكان نصه أرفق بالمتهم فالحكم يقع بمقتضاه دون غيره» .

وتمثل كل هذه التراتيب أو المناشير أو التعليمات أو الإجراءات، مهما كانت التسميات والأوضاع، انتهاكا لحقوق الإنسان وخرقا فاضحا للدستور بصفة عامة لأنها تمس من حرية المعتقد الذي أقره الفصل السادس من الدستور والذي بمقتضاه تكون: «الدولة راعية للدين، كافلة لحرية المعتقد و الضمير و ممارسة الشعائر الدينية، ضامنة لحياد المساجد و دور العبادة عن التوظيف الحزبي. تلتزم الدولة بنشر قيم الاعتدال والتسامح و بحماية المقدسات و منع النيل منها، كما تلتزم بمنع دعوات التكفير والتحرير على الكراهية والعنف وبالتصدي لها».

كما أنها تخالف أحكام الفقرة الأولى من الفصل 49 المتعلق بالضوابط التي وضعها الدستور لتقييد الحقوق والحريات بصفة عامة ويكفل للقانون وضع هذه الضوابط «يحدّد القانون الضوابط المتعلقة بالحقوق والحريات المضمونة بهذا الدستور وممارستها بما لا ينال من جوهرها. ولا توضع هذه الضوابط إلا لضرورة تقتضيها دولة مدنية ديمقراطية وبهدف حماية حقوق الغير، أو لمقتضيات الأمن العام، أو الدفاع الوطني، أو الصحة العامة، أو الآداب العامة، وذلك مع احترام التناسب بين هذه الضوابط وموجباتها. وتتكفل الهيئات القضائية بحماية الحقوق والحريات من أي انتهاك.

لا يجوز لأي تعديل أن ينال من مكتسبات حقوق الإنسان وحرياته المضمونة في هذا الدستور».

وكان جوابه متناقضا مع دوره كوزير ساهر على أمن المواطنين والمواطنات ومتضمنا مواقف مسبقة رافضة لاحترام حرية المعتقد باستعمال مصطلحات بعيدة عن حيادية الدولة التي أكدها الفصل 15 من الدستور والذي بمقتضاه تكون «الإدارة العمومية في خدمة المواطن والصالح العام. تُنظَّم وتعمل وفق مبادئ الحياد والمساواة واستمرارية المرفق العام، ووفق قواعد الشفافية والنزاهة والنجاعة والمساءلة».

فهذا الوزير سمح لنفسه بتأويل الفصل الأول من الدستور وأكد أن «الصوم يعتبر من أركان الإسلام الخمسة وشعيرة عند أغلب المواطنين. ويمكن أن يتسبب «التجاهر» بفتح المقاهي وعدم ضبط شروط لفتحها استفزازا لمشاعر العديد (من المواطنين). وهو ما يمكن أن يؤدي إلى ردود فعل عنيفة تؤثر على الأمن العام، بالإضافة إلى ما يمكن أن يمثله من وسيلة لبعض الجماعات المتطرفة للتحريض على أمن الدولة وإلى ارتكاب أعمال إرهابية...».

فبقدر أن من حق الوزير أن يرتكز على الفصل الأول من الدستور كنص يتسم بالعلوية، فلا يمكنه أن يتجاهل الفصل الثاني من نفس الدستور الذي يقتضي أن «تونس دولة مدنية، تقوم على المواطنة، وإرادة الشعب، وعلوية القانون» والفصل 164 الذي يقر بأن «تفسر أحكام الدستور ويؤول بعضها البعض كوحدة منسجمة» والفصل السادس الذي ذكره مع إبراز دور الدولة في حماية المقدمات ومنع النيل منها».

وحتى عندما تحدث الوزير عن حرية المعتقد والضمير وممارسة الشعائر في الدستور فإن حديثه ذاك يأتي في إطار تحقيق الموازنة بين مهام الوزارة المتعلقة بالحفاظ على الأمن العام وواجبها في حماية حرية المعتقد والضمير. يقول الوزير أن ذلك «يتم بصفة متوازنة بما يكفل احترام المشاعر الدينية للمواطنين المؤدين لفريضة الصيام وحياتهم من جهة ويراعي حق غيرهم في ممارسة حرياتهم الفردية المكفولة بالقانون من جهة أخرى».

و ببساطة، فهذا موقف سلبي مناقض لإقرار حرية المعتقد ومبينا نية ممثل الدولة على تغليب الخصوصيات الثقافية على حقوق الإنسان وتبني نظرة مقيدة للحقوق والحريات التي كرسها الدستور باسم الدين متناسيا أن الدين ليس مصدرا للقانون في بلادنا وأن الحقوق والحريات لا تتجزأ ولا تقبل التقييد.

وذهب ممثل وزارة الداخلية آنذاك إلى القول إنها مجرد تعليمات توجه إلى قوات الأمن في كامل البلاد لمطالبتهم بغلق المقاهي والمطاعم خلال شهر رمضان. وسنة 2015، بعد ما أغلق مدير إقليم الأمن في منطقة المنستير، مهفي وتعنيف مواطنة كانت بصدد احتساء قهوة داخله، وإثر احتجاج المواطنين بالجهة تم استدعاؤه للمثول أمام مجلس الشرف، فصرح على موقع «شرطة تونس» أنه كان بصدد تطبيق منشور رسمي صادر عن وزير الداخلية يتمثل في برقية صادرة عن وزير الداخلية تحت عدد 964/7 بتاريخ 16 جوان 2015 تنص على غلق المقاهي في الأماكن الشعبية أي المناطق غير السياحية<sup>202</sup>.

وفي نفس السياق، أكدت مصالح ولاية تونس أن غلق المقاهي وفتحها نهارا خلال شهر رمضان لسنة 2017 يتم وفق برقية صادرة عن وزارة الداخلية تحدد الشروط التي يتم وفقها السماح بفتح المقهى أو غلقه. كما صرح المعتمد الأول لولاية تونس، أن جميع الولايات تلقت منشورا يدعو إلى ضرورة احترام الدين الإسلامي ومشاعر المسلمين وعليه فإنه يجب التنبيه على أصحاب المقاهي والمطاعم بعدم المجاهرة بالمأكولات بواجهاتها الخارجية<sup>203</sup>.

إذن، نحن أمام وضعيات ونصوص مختلفة رغم أنها متقاربة : إما منشور أو تعليمات أو برقية أو ترتيب أو إجراء؟

في كل الحالات، يبقى الهدف واحد يتمثل في غلق المقاهي والمطاعم خلال شهر رمضان باسم احترام الدين الإسلامي والمقدسات. وهذا ما عبر عنه وزير الداخلية في شهر نوفمبر 2017 قائلا «أن وزارة الداخلية تعودت منذ سنين على اتخاذ جملة من التدابير والإجراءات في إطار المشمولات المحمولة عليها وخاصة منها المتعلقة بحفظ الأمن والنظام العام في مختلف جوانبه الاجتماعية والحضارية والحفاظ على الروابط المشتركة بين عموم المواطنين.... وذلك في جواب عن سؤال كتابي وجه له من طرف النائبة هاجر بالشيخ أحمد حول إلغاء منشور 1981 المعروف بمنشور مزالي<sup>204</sup>.

202 سناء الماجري، «مطاردة المفطرين في المقاهي والمطاعم: هل عادت الشرطة الدينية»، موقع جمهورية، الصفحة الرسمية، 31 ماي 2017، متوفر على الرابط التالي : [http://www.jomhouria.com/art68251\\_%D9%85%D8%B7%D8%A7%D8%B%20%D8%AF%D8%A9%20%D8%A7%D9%84%D9%85%D9%81%D8%B7%D8%B1%D9%8A%D9%86%20%D9%81%D9%8A%20%D8%A7%D9%84%D9%85%D9%82%D8%A7%D9%87%D9%8A%20%D9%88%D8%A7%D9%84%D9%85%D8%B7%D8%A7%D8%B9%D9%85%20%D9%87%D9%80%D9%80%D9%84%20%D8%B9%D9%80%D8%A7%D8%AF%D8%AA%20%D8%A7%D9%84%D9%80%D8%B4-%D9%80%D8%B1%D8%B7%D9%80%D8%A9%20%D8%A7%D9%84%D9%80%D8%AF%D9%8A%D9%80%D9%86%D9%80%D9%8A%D9%80%D9%80%D9%80%D8%A9%D8%9F](http://www.jomhouria.com/art68251_%D9%85%D8%B7%D8%A7%D8%B%20%D8%AF%D8%A9%20%D8%A7%D9%84%D9%85%D9%81%D8%B7%D8%B1%D9%8A%D9%86%20%D9%81%D9%8A%20%D8%A7%D9%84%D9%85%D9%82%D8%A7%D9%87%D9%8A%20%D9%88%D8%A7%D9%84%D9%85%D8%B7%D8%A7%D8%B9%D9%85%20%D9%87%D9%80%D9%80%D9%84%20%D8%B9%D9%80%D8%A7%D8%AF%D8%AA%20%D8%A7%D9%84%D9%80%D8%B4-%D9%80%D8%B1%D8%B7%D9%80%D8%A9%20%D8%A7%D9%84%D9%80%D8%AF%D9%8A%D9%80%D9%86%D9%80%D9%8A%D9%80%D9%80%D9%80%D9%80%D8%A9%D8%9F)

203 طلب توجيه سؤال كتابي من النائبة هاجر بالشيخ أحمد إلى وزير الداخلية بتاريخ 27 أكتوبر 2017.

204 11 انظر الفقرة الأولى من التوصية.

بعد الثورة ومع صعود الحركات الدينية إلى السلطة، يشاع أن وزارة الداخلية أصدرت منشورا جديدا لنفس الغرض.

وسنة 2012، وبعد أن تدخلت قوات الأمن وأغلقت العديد من المقاهي والمطاعم في منطقة حي النصر بولاية أريانة، صرح الناطق الرسمي لوزارة الداخلية في ذلك الوقت، السيد خالد طروش، بأن قوات الأمن اكتفت بتطبيق إجراءات سارية منذ فترة بن علي<sup>200</sup>.

ولتأكيد هذا الإجراء، اعتبر نور الدين الخادمي، وزير الشؤون الدينية في تلك الفترة، في 6 جويلية 2013، أن فتح المطاعم والمقاهي خلال شهر رمضان غير مسموح به في الدين الإسلامي وصرح أن «فتح المقاهي في رمضان غير جائز وفيه تجاوز لهوية الشعب ويجب احترام الدين، والمجاهرة بالإفطار تسبب قلقاً لعامة الناس خاصة الصائمين، وعلى المفطر الاستئثار وتناول الطعام في بيته بعيداً عن أعين الناس حتى لا يجرح مشاعر الصائمين والمفطر حر لكن عليه عدم مضايقة الآخرين»<sup>201</sup>.

لكن، الملاحظ أن كلما قامت قوات الأمن بإجبار أصحاب المحلات على غلق أبوابها، تندلع حملات التنديد بهذه التصرفات من قبل منظمات المجتمع المدني، فتدخل السلطة، على مستوى الجهة المعنية وتراجع بصفة ضمنية على هذا القرار وتصرح بأنها لم تتخذ إجراءات لغلق هذه المحلات. ويصل الأمر في بعض الأحيان إلى نفي وجود منشور يتعلق بهذا الموضوع مثلما ما صرح به والي أريانة عندما احتجت المنظمات غير الحكومية على غلق المقاهي.

200 نفس المرجع

201 «مفيد سوف يتحدى وزير الداخلية: نفذت ما نصت عليه برقيتكم!» موقع شرطة تونس، 8 جويلية 2015، يرفض مفيد سوف المدير السابق لإقليم الأمن الوطني بالمنستير تحميله مسؤولية محاولة غلق مقهى في الجهة في سابع أيام رمضان ومطاردة المفطرين مؤكدا انه كان بصدد تطبيق منشور رسمي صادر عن وزير الداخلية. جذت الحادثة يوم الأربعاء الماضي حيث داهم مدير إقليم المنستير، مفيد سوف، مرفوقا بعدد من أعوان الأمن مقهى محاولا غلقه بالقوة وطرد حرقائه. ويوثق فيديو تم بثه عبر موقع التواصل الاجتماعي فايسبوك عملية اعتداء مفيد سوف على فتاة خارجة لتوها من المقهى ليلحقها في الشارع ويفتك هاتفها الجوال ويهشمه في الشارع ثم تولى صفح الفتاة. هذا الفيديو المثير تفاعل معه جمهور الميديا الاجتماعية واعتبروه تعذيا على روح الدستور وعلى الحقوق والحريات كما تفاعلت معه سلطة الإشراف باتخاذ وزير الداخلية قرار إعفاء سوف من مهامه واستقباله لصاحب المقهى وللنادلة التي اعتدى عليها مدير إقليم الأمن. وقبيل ساعات من مثوله أمام مجلس الشرف صرح مفيد سوف بأنه كان بصدد تطبيق منشور رسمي ينص على غلق المقاهي المفتوحة للمفطرين في رمضان. هذا المنشور يتمثل في برقية صادرة عن وزير الداخلية تحت عدد 7964 بتاريخ 16/6/2015 تنص، وفقا لما صرح به سوف لأحد المواقع الإلكترونية، على «غلق المقاهي في الأماكن الشعبية أي المناطق غير السياحية». من جهته اعتبر حبيب المستوري رئيس الجامعة الوطنية للمهن والحرف أن ما حصل مع صاحب المقهى في جهة المنستير أمر مرفوض مشيرا إلى أن حوالي 200 مقهى من مجموع أكثر من 25 ألف مقهى تفتح أبوابها للمفطرين في شهر رمضان في كامل تراب الجمهورية. كما أكد المستوري أنه ليس هناك نص قانوني يمنع فتح المقهى نهارا خلال رمضان «هناك فقط ملحوظة وضعها مزالي سابقا ولا يمكن أن تكون هذه الملحوظة طبعاً أقوى من الدستور التونسي».

[http://alchourouk.com/.../-/D9%85%D9%81%D9%8A%D8%AF\\_%D8%B3%D9lien%invalid](http://alchourouk.com/.../-/D9%85%D9%81%D9%8A%D8%AF_%D8%B3%D9lien%invalid)

<https://www.espacemanager.com/scandale-la-serveuse-violemment-agressee-par-la-police-au-motif-quelle-ne-jeune-pas-video.html>

1996 معتبرة أن من أهم أركان جريمة التجاهر بما ينافي الحياء ركن العلانية. يكفي ذلك أن تكون الفعلة يمكن عمومي بالتخصيص أو بالمصادفة و عن غير رغبة.

وكردة فعل على صدور هذا الحكم صرح القاضي عمر الوسلاحي أن «التجاهر بفحش هو إتيان تصرفات تنال من الأخلاق الحميدة. وهي مجموعة من القيم والعادات الاجتماعية العامة التي يتفق حولها الكل وهي تتطور بتطور المجتمعات وتتغير كذلك ويحددها القاضي...وفي المادة الجزائية لا يمكن أن يعتبر الإفطار في يوم صيام من شهر رمضان تجاهرا بفحش باعتبار أن هناك رخصة للإفطار تخص كل فرد ولا يمكن تفتيش ضميره لمعرفة رخصته إن كان مسلما أو إن كان من غير المسلمين. فله الحق في عدم الإفصاح عن معتقده أو عقيدته كما له الحق في ممارسة عقيدته التي يؤمن بها بشرط عدم التعدي على مقدسات الآخرين..وصيام رمضان أو الإفطار لسبب من الأسباب لا يمكن أن يدخل في خانة جريمة التجاهر بفحش التي تتعلق بالجرائم الجنسية ولا يعاقب القانون على مخالفة الناس لتلك الشعائر الدينية طالما لم تمثل ازدياء للمعتقد ولا يمكن التوسع في باب الجرائم الأخلاقية الواردة في المجلة الجزائية لينال من حرية الضمير ويفرغها من مضمونها...»<sup>199</sup>.

هذا وقد طبق القاضي جريمة التجاهر بفحش لمعاقبة من يحاول ممارسة حرية المعتقد وحتى وإن كانت هذه الجريمة متصلة أساس بكل ما يتعلق بالتعدي على الأخلاق الحميدة بارتكاب جرائم ذات طابع جنسي عوض القيام بدور المكفول له دستوريا في حماية هذه الحرية.

## II. غلق المقاهي والمطاعم في شهر رمضان في غياب نص قانوني

### 1. تطبيق منشور أو تعليمات أو برقيات أو مجرد إجراءات؟

يتساءل العديد من الحقوقيين حول وجود منشور تستند إليه قوات الأمن لغلق المطاعم والمقاهي خلال شهر رمضان. فالبعض يرجع تاريخ ظهوره إلى فترة الثمانينات حين أصدر الوزير الأول السابق، سنة 1981، محمد مزالي، منشورا يهدف إلى غلق المقاهي والمطاعم ومنع بيع المشروبات الكحولية خلال شهر رمضان. وهو منشور سرعان ما تم إلغاؤه بعد إصدار عريضة موقعة من قبل 177 مثقفا تطالب بضمآن حرية ممارسة الشعائر الدينية.

199 Ramadan et restauration : De simples circulaires de 30 ans érigées en loi, 4 juillet 2014. Disponible sur : <http://www.businessnews.com.tn/ramadan-et-restauration--de-simples-circulaires-de-30-ans-erigees-en-loi.519.47670.3>.

## 2. تونس: التجاهر بالفحش لمحاكمة المفطرين

في تونس، لوجود لقانون يجرم الإفطار أو شرب الكحول في شهر رمضان ولم تعاقب المجلة الجزائئية من يفطر في شهر رمضان. لذا فإن غياب نص صريح يجرم الإفطار في شهر رمضان يعطي الحرية الكاملة للقضاء لتطبيق فصول من المجلة الجزائئية غير مرتبطة بصفة مباشرة بالموضوع ولفرض عقوبات جزائية. وهذا ما وقع. إذ طَبَّقَ القاضي على المفطرين الفصل 226 الذي جاء في باب الاعتداء بالفواحش وفي الفقرة الأولى الخاصة بالاعتداءات على الأخلاق الحميدة والتحرش الجنسي والذي ينص على أن: «التجاهر عمداً بفحش يعاقب مرتكبه بالسجن مدة ستة أشهر وبخطية قدرها مائتا فرنك».

### فماذا نعني بالتجاهر بفحش؟

حسب ما جاء في معجم الوسيط المُفْحَشُ أو الفاحشة هو القبيحُ الشنيعُ من قَوْلٍ أو فِعْلٍ. وهو في المعجم العربي عامة شيء بذيء ومخل بالحياء وعادة ما يكون ذا طبيعة جنسية.

وحسب ما جاء في قرار تعقيبي جزائي عدد 288 مؤرخ في 18 أوت 1976 «يؤخذ من الفصل 226 جنائي أن جريمة التجاهر عمداً بفحش تقتضى توفر ثلاثة أركان :

أولاً- فعل مادي يخل بالحياء مغاير للآداب العامة أو تقتضي الأخلاق والآداب العامة التستر عند ارتكابه سواء كان الفعل في ذاته مشروعاً أو غير مشروع معاقب عليه أو غير معاقب عليه و بذلك فهو أمر اعتباري موكول بتقديره لاجتهاد قاضي الموضوع مما يستمده من حالة الواقعة وظروفها بالنظر إلى الوسط الذي وقعت فيه و درجة الحضارة التي كان عليها ذلك الوسط. وغاية المشرع من هذا هو حماية الآداب ومحاربة الرذيلة و صيانة الجمهورية من أن يقع نظره على مشهد مغاير للآداب. وبذلك فلا لزوم للبحث هل ارتكب الجاني فعلته عن شهوة أو على سبيل الانتقام أو بسبب الانحطاط الخلقي بل يكفي أن يكون على بينة من أن فعلته هو ما تأباه الأخلاق الفاضلة.

ثانياً- وقوع ذلك الفعل علانية بأن يرتكب الفعل المخل بالحياء في ظروف يستفاد منها أنه يمكن قد ارتكب بمكان خاص بحضور شخص واحد مميز بدون رضاه إذ أنه صدر عمداً من الجاني. ويبرز هذا الركن وتستنتج المحكمة من الظروف التي تمت بالفعل المنافي للحياء ولا رقابة عليها في ذلك مادام رأيها معللاً بما له أصل ثابت في الأوراق».

وقد أكدت المحكمة على أهمية العلانية في قرار تعقيبي جنائي عدد 3514 مؤرخ في 29 فيفري



وحتى المشروبات الروحية في الفنادق من فئة خمس نجوم وفي المطاعم من فئة ثلاث نجوم. كما يسمح لمطاعم الوجبات السريعة بالعمل دون أن يُسمح لزبائنها بتناول الطعام داخلها.

في الكويت، يعاقب القانون رقم 44 لسنة 1968 الإفطار العلني في رمضان، وقد جاء فيه: «يعاقب بغرامة لا تتجاوز مائة دينار (\$331) وبالحبس لمدة لا تتجاوز شهراً أو بإحدى هاتين العقوبتين: أ- كل من جاهر في مكان عام بالإفطار في نهار رمضان؛ ب- كل من أجبر أو حرض أو ساعد على تلك المجاهرة، ويجوز غلق المحل العام الذي يستخدم لهذا الغرض لمدة لا تتجاوز شهرين». وتصدر الحكومة الكويتية بياناً سنوياً يشدد على حرمة شهر رمضان ويحذر من المجاهرة بالإفطار فيه، وتغلق المحلات والمطاعم أبوابها».

في الإمارات، تعتبر المجاهرة بالإفطار في رمضان من الجرائم الماسة بالعقائد والشعائر الدينية، ويعاقب عليها بالحبس مدة لا تزيد عن شهر أو بغرامة لا تتجاوز 2000 درهم (\$544).

في قطر، تجرم المادة 267 من القانون رقم 11 لسنة 2004 الأكل في نهار رمضان، وتعاقب المخالف بالحبس لمدة لا تتجاوز ثلاثة أشهر، وبغرامة لا تزيد عن ثلاثة آلاف ريال (\$824)، أو بإحدى هاتين العقوبتين. ولا يفرق القانون القطري بين المسلم وغيره إذ تقبض دوريات الشرطة على كل من يأكل في نهار رمضان.

في سلطنة عُمان، في الباب الحادي عشر من القانون الجزائي وتحت عنوان «في القباحات»، تنص المادة رقم 31.210: «يعاقب بالسجن التكميلي أو الغرامة من ريال إلى خمسة ريالات (\$13) أو بإحدى هاتين العقوبتين كل من أقدم على نقض الصيام علناً في شهر رمضان من المسلمين بدون عذر شرعي».

ويجرّم القانون البحريني الإفطار العلني ويعتبره جنحة عقوبتها قد تزيد عن ثلاثة أشهر، ويخول لمأموري الضبط القضائي بتوقيف من يجاهر بالإفطار في نهار رمضان ولا يفرق بين المقيم والزائر والمسلم وغيره.<sup>198</sup>

في الجزائر، لا يوجد نص صريح يجرّم الإفطار العلني في رمضان، ولكن يحدث أن تصدر قرارات إدارية بغلق محال بيع المأكولات والمشروبات. وفي رمضان الماضي والذي سبقه، شهدت مدينة تيزي وزو تجمعاً احتجاجياً وإفطاراً علنياً نظّمته «حركة الحكم الذاتي في منطقة القبائل»، وذلك اعتراضاً على قيام السلطات المحلية بغلق محل فتح أبوابه خلال النهار في رمضان.

198 موقف القاضي عمر الوسلاتي صدر في مقال كتبه الصحفية فاطمة الجلاصي بعنوان «بعد صدور حكم بسجن 4 مفطرين في رمضان ببنزرت. التهمة التجاهر بالإفطار والمحكمة من أجل التجاهر بالفحش»، الصباح، 3 جوان 2017.

## 1. المستندات القانونية لغلق المطاعم والمقاهي في شهر رمضان ومعاقبة المفطرين

بالرجوع إلى الحكم الصادر عن محكمة بنزرت في شهر رمضان 2017، نلاحظ أن المحكمة اعتمدت على أحكام المجلة الجزائية لمعاقبة المفطرين على اعتبار أن الإفطار لم يعد حرية بل أصبح جريمة يعاقب عليها القانون.

### 1. تجريم الإفطار في شهر رمضان في الدول العربية

بالرجوع إلى القانون المقارن في الدول العربية، نلاحظ التفاوت في تجريم الإفطار في شهر رمضان وفي تسليط العقوبة على من يتجاهر بالإفطار.

في المغرب<sup>196</sup> أدخلت عقوبة التجاهر بالإفطار في القانون الجنائي منذ 1962 حيث ينص الفصل 222 من هذا القانون على أن: «كل من عرف باعتناقه الدين الإسلامي وتجاهر الإفطار في نهار رمضان، في مكان عمومي، دون عذر شرعي، يعاقب بالحبس من شهر إلى ستة أشهر وغرامة من 200 إلى 500 درهم».

في العراق، في الخامس من جوان/يونيو لسنة 2016، أصدرت وزارة الداخلية العراقية قراراً بمنع «الإفطار العلني وطلبت الجهات المسؤولة باتخاذ الإجراءات اللازمة بشأن المخالفين وأمرت بالإغلاق الكامل لمحلات بيع المشروبات الكحولية وبإغلاق المطاعم وأماكن بيع الأطعمة من شروق الشمس وحتى الغروب باستثناء المطاعم الموجودة في المصانع، والمطاعم الطلابية، والمطاعم من الدرجة الأولى داخل المدن، والمطاعم السياحية على الطرق الخارجية. فالقانون العراقي وفي المادة 240 تحديداً يعاقب المجاهر بالإفطار خلال شهر رمضان بعقوبة السجن أو دفع غرامة مالية، كما أن عقوبة السجن قد تصل لمدة 6 أشهر كحد أقصى في حين تتراوح الغرامة المالية بين 250 ألف دينار إلى مليونين.<sup>197</sup>»

في الأردن تنص المادة 274 من قانون العقوبات الأردني على الحبس لمدة شهر وغرامة مالية بقيمة 25 ديناراً (\$35) لمن يفطر علناً في رمضان. ويرتبط تطبيق المادة بمزاج رجل الأمن. فقد يغض النظر في حالات ويطبّق العقوبة في حالات أخرى. ويُسمح بتقديم خدمات الطعام والشراب

196 يونيو 2016، متوفر على الرابط التالي : 15، «الإجهاار بالإفطار...تهمة جديدة في بغداد تؤدي للسجن

[/https://www.ultrasawt.com](https://www.ultrasawt.com)

197 أحمد ولد جدو، «الإفطار العلني في الدول العربية: من يبيحه ومن يجزّمه؟» موقع رصيف، 2015-6-19، متوفر على الرابط التالي

[/https://raseef22.com/life/2015/06/19/eating-in-public-during-ramadan-in-arab-countries](https://raseef22.com/life/2015/06/19/eating-in-public-during-ramadan-in-arab-countries) :

كثّر الحديث في السنوات الأخيرة عن غلق المقاهي والمطاعم خلال شهر رمضان وسرعان ما اندرج هذا الحوار في إطار الصراع المحتدم بين الخصوصيات الثقافية وعالمية حقوق الإنسان وطرح بقوة مسألة المقدسات والهوية العربية الإسلامية التي يجب احترامها على حساب حقوق الإنسان.

ولا بد لنا في البدء أن نتساءل إن كان احترام الهوية العربية الإسلامية مرهونا بغلق أو بفتح المقاهي والمطاعم أم بممارسات ديمقراطية ومنتسامة ومحترمة لحق الاختلاف التي يجب تكريسها ولحق الإنسان في حرية المعتقد ؟

وهذا هو السؤال المطروح اليوم علينا بما أننا لاحظنا أن بعض القضاة يفضلون معاقبة المواطنين الذين «يمارسون حرياتهم» ويجرمونهم بالالتجاء إلى عقوبات عامة غير متصلة بصفة مباشرة بالفعل أو الممارسة التي تمت معاقبتها. كما أن السلط الساهرة على أمن المواطنين يقيدون ممارسة هذه الحرية بتطبيق نصوص داخلية مقيدة لهذه الحرية رغم أنها تفتقد لأي صبغة قانونية.

وبالنتيجة، وبمقتضى هذه النصوص، أصبحت معظم المقاهي والمطاعم تغلق أبوابها وذلك باستثناء المقاهي والمطاعم الموجودة في الأماكن السياحية. وحتى المقاهي التي تبقى مفتوحة فعددها ضعيفا ويصعب الدخول إليها نظرا للاكتظاظ وللاختناق الناتج عن كثرة التدخين فيها وانعدام التهوية الضرورية. وشيئا فشيئا ظهرت بعض الأصوات التي تنادي بغلق المقاهي والمطاعم خلال شهر رمضان من كل سنة وصلت في بعض الأحيان إلى تنقل بعض الأشخاص إلى هذه الأماكن لجبر أصحابها على منع دخول المواطنين والمواطنات للأكل أو لاحتساء قهوة.

كما تمت محاكمة بعض المواطنين من أجل الأكل أو التدخين في أماكن عمومية. وآخر قضية متصلة بهذا الموضوع عرفت محاكمة الناحية ببنزرت التي قضت في شهر جوان 2017 بالسجن لمدة شهر أربعة أشخاص بتهمة التجاهر بالفحش إثر إيقافهم بإحدى الحدائق العمومية بصدد الإفطار. وقد أكد الناطق الرسمي باسم هذه المحكمة عقب صدور الحكم أن «الإفطار في شهر رمضان في حديقة عمومية عمل مستفز واعتبر أن الموقوفين الأربعة اعتدوا على الآداب العامة في دولة ينص الفصل الأول من دستورها أن «الإسلام دين الدولة»<sup>195</sup>. وسنبحث اليوم في الأسس القانون لهذا الأحكام القضائية وفي مدى دستورية النصوص القانونية المطبقة في البلاد في هذا الموضوع .

195 انظر مقال فاطمة الجلاصي. بعنوان «بعد صدور حكم بسجن أربعة مفطرين في رمضان ببنزرت...التهمة التجاهر بالإفطار والمحاكمة من اجل التجاهر بالفحش.الصباح بتاريخ 3 جوان 2017.

<https://www.medias24.com/ar/DROIT/10105.html> الإفطار العلني في رمضان...هذا ما يقوله القانون الجنائي

غلق المطاعم والمقاهي

خلال شهر رمضان:

هل هو انتهاك لحقوق

الإنسان؟

حفيظة شقير<sup>1</sup>

1 أستاذة تعليم عال في القانون العام، جامعة تونس المنار كلية الحقوق و العلوم السياسية بتونس

### Thèses et mémoires :

- BEN SALAH (H.), Système politique et système religieux en Tunisie, mémoire pour le diplôme d'études supérieures en sciences politiques, Faculté de Droit et des Sciences Politiques de Tunis, année universitaire 1973-1974.
- DOUENCE (J.-C.), Recherches sur le pouvoir réglementaire de l'administration, Thèse, Université de Bordeaux, 1965.

### Articles de doctrine.

- ABBES (R.), « Le principe de sécurité juridique en droit administratif tunisien », Droit et Politique, 2012, n°1, p. 217.
- BEN RJEJ (I.), « Religion et administration », in Démocratie et administration, actes du colloque organisé à Tunis les 10 et 11 octobre 2011, Éditions Latrach, 2014, p. 111.
- BLANDINE (C.-P.), PÉNA (M.) et TAWIL (E.), Liberté d'expression et religion, AIJC, XXIII-2007, 2008, p. 207.
- BOSTANJI (S.), « Turbulences dans l'application judiciaire du Code tunisien du statut personnel : le conflit de référentiels dans l'œuvre prétorienne », RIDC, 2009, n°1, p. 7.
- CARTIER (E.), « Accessibilité et communicabilité du droit », Jurisdoctoria, 2008, n°1, p. 56.
- CHÉDLY (L.), « Droit international privé et droits de l'homme », in mélanges offertes au Doyen Abdelfattah Amor, CPU, 2005, p. 353.
- CHEVALLIER (J.), « Les interprètes du droit », in Interprétation de droit, Paul Amselek (dir.), Bruylant, Bruxelles, 1995, p. 115.
- COMBEAU (P.), « État de droit, démocratie administrative et droit souterrain », in Démocratie et administration, actes du colloque organisé à Tunis les 10 et 11 octobre 2011, Éditions Latrach, 2014, p. 145.
- DURAND-PRINBORGNE (C.), « La circulaire « Jospin » du 12 décembre 1989 », RFDA, 1990, p. 10.
- FAURE (B.), « La crise du pouvoir réglementaire : entre ordre juridique et pluralisme institutionnel », AJDA, 1998, p. 547.
- HERMASSI (E.), « L'État tunisien et le mouvement islamiste », AAN, tome XXVIII, 1989, p. 297.
- KHALFOUNE (T.), « Le Habous, le domaine public et le trust », RIDC, 2005, n°2, p. 441.
- RIVERO (J.), « L'avis de l'Assemblée générale du Conseil d'État en date du 27 novembre 1989 », RFDA, p. 1.
- SOULAS DE RUSSEL (D.) et RAIMBAULT (PH.), « Nature et racines du principe de sécurité juridique : une mise au point », RIDC, 2003, n°1, p. 85.
- WEINER (C.), « Du pouvoir réglementaire des ministres en droit public français », RISA, 1971, p. 315.

- عبد الفتاح عمر، الحرية الدينية، المجلة القانونية التونسية، 1994، ص. 13.
- عبد الكريم العويطي، الإدارة والحريات الدينية، في «الحريات الدينية في تونس»، مؤلف جماعي تحت إشراف الأستاذ وحيد الفرشيشي، تونس، 2015، ص. 114.
- محمد هاشم، مفهوم الدفع بالنظام العام عند القاضي التونسي، المجلة القانونية التونسية، 1976، ص. 11.
- وحيد الفرشيشي، الزوايا في تونس: الصمت المدوي للقانون، في «الحريات الدينية في تونس»، مؤلف جماعي تحت إشراف الأستاذ وحيد الفرشيشي، تونس، 2015، ص. 78.

## Bibliographie en langue française

### Ouvrages

- AOUIJ-MRAD (A.), Droit des services publics, CREA, Tunis, 1998.
- BACCOUCHE (H.), En toute franchise, Sud Édition, 2018.
- BEN ACHOUR (Y.), Droit administratif, CPU, 3ème éd., 2010.
- BEN ACHOUR (Y.), Introduction générale au droit, CPU, 2005.
- CARRÉ DE MALBERG (R.) Confrontation de la théorie de la formation du droit par degrés avec les idées et institutions consacrées par le droit positif français relativement à sa formation, Sirey, Paris, 1933.
- CARRÉ DE MALBERG (R.) Contribution à la théorie générale de l'État, tome 1, CNRS, Paris, 1962.
- CHAPUS (R.), Droit administratif général, tome 1, Montchrestien, 15ème éd., 2001.
- ELDIN SHAHIN (E.), Political ascent :Contemporaryislamic movement in north Africa, Westview Press, 1988.
- KASSAB (A.), Histoire de la Tunisie, l'époque contemporaine, STD, Tunis, 1976.
- LACHAUME (J.-F.), Droit administratif, PUF, Thémis, collec. Les grandes décisions de la jurisprudence, 13ème éd., 2002.
- MOCKLE (D.), Recherches sur les pratiques administratives para-réglementaires, LGDJ, 1984.
- ODOT (R.), Contentieux administratif- Le cours de droit, Paris, 1971.
- TRUCHET (D.), Droit administratif, PUF, 4ème éd., 2011.
- VEDEL (G.), Droit administratif, PUF, Paris, 1976.

غير أن المشكل الأكبر حول هذه المناشير هو عدم نشرها من طرف الإدارة، وهو ما يتعارض مع مبدأ الأمان القانوني ومع الحريات العامة والفردية التي لا يمكن أن تبقى رهينة سلطة الإدارة، ولأنه، أخيراً، في دولة القانون، لا تقيد الحريات العامة والفردية بتراتب إدارية.

## قائمة المراجع

### المراجع باللغة العربية

#### المؤلفات

- أحمد بن أبي الضياف، إتحاف أهل الزمان بأخبار ملوك تونس وعهد الأمان، الدار العربية للكتاب، تونس، 2001.
- البشير التكري، مدخل إلى القانون الإداري، مركز البحوث والدراسات الإدارية، المدرسة الوطنية للإدارة، تونس، 2000.
- الهادي كرو، أصول التشريع الإسلامي، الدار العربية للكتاب، تونس، 1976.
- بشير موسى نافع، الإسلاميون، مركز الجزيرة للدراسات، الطبعة الثانية، 2013.
- فضيل أبو النصر، حزب الله: حقائق وأبعاد، الشركة العالمية للكتاب، بيروت، 2003.
- سامي جمال الدين، اللوائح الإدارية وضمانات الرقابة القضائية، منشأة المعارف بالإسكندرية، 1982.
- عبد الفتاح عمر، الوجيز في القانون الدستوري، مركز الدراسات والبحوث والنشر، تونس، 1987.
- محمد العباسي، السلطة والحركة الإسلامية في الجزائر، دار المعارف، القاهرة، 1993.
- محمد بقبق، مدخل عام لدراسة القانون، مركز النشر الجامعي، 2002.
- محمد رضا جنبح، القانون الإداري، مركز النشر الجامعي، الطبعة الثانية، 2008.

#### الأطروحات

- محمد الدريدي، السلطة الترتيبية للوزراء في القانون التونسي، رسالة للحصول على شهادة الدكتوراه في القانون العام، كلية الحقوق والعلوم الاقتصادية والسياسية بسوسة، السنة الجامعية 2009-2010.

#### المقالات

- البشير التكري، مكانة الشريعة الإسلامية في دساتير الدول العربية، المجلة القانونية التونسية، 1982، ص. 27.

## خاتمة

تعتبر الشؤون الدينية من أعقد المسائل في تونس أو خارجها، وبصفة عامة في الدول الإسلامية التي لا تفصل الدين عن الدولة. إن الإقرار بالحريات الدينية في النصوص الدستورية والدولية لا يعتبر كافياً لأن التطبيقات الإدارية تبقى مرتبطة بالسياسة العامة للدولة المتغيرة في الزمان وفي المكان.

منذ الاستقلال، اعتبرت الشؤون الدينية في تونس من الشؤون العامة التي تسهر عليها الإدارة في إطار المرفق العام الديني. غير أنه، لئن كان من المتعارف عليه أن تقييد الحريات لا يكون إلا من اختصاص المشرع، فإن الإدارة، عن طريق مناشيرها، تجاوزت الاختصاص التفسيري والتأويلي إلى الاختصاص الترتيبي الذي فرض قيوداً على الحريات الدينية. تطرح هذه المناشير إشكالية تقييد الحريات بموجب نصوص إدارية، وتفرض الإجابة النظر من زاوية سياسية وزاوية قانونية. سياسياً، يبدو من البدهة أن المسألة أعمق من نص ترتيبي في شكل منشور لأنها تعكس تصوراً أيديولوجياً معيناً في الدولة في تلك الفترة. لذلك، فإن المناشير، التي فرضتها ظروف داخلية وخارجية معينة، ما هي إلا ترجمة لسياسة الدولة التونسية في الأمور الدينية بحيث لا يمكن ممارسة الحريات الدينية إلا على النحو الذي تفرضه الدولة.

إلا أن هذا الصراع الأيديولوجي تحول إلى جدل قانوني، في تونس والقانون المقارن، حول الطبيعة القانونية لهذه المناشير ونظامها القانوني. فيما يتعلق بطبيعتها القانونية، أقر القضاء الإداري في تونس بالصيغة الترتيبية للمناشير المتعلقة بالحريات الدينية، وهو ما يفسر قبول دعوى تجاوز السلطة ضدها. في هذا السياق، استقر فقه القضاء على عدم تمتع الوزراء بسلطة ترتيبية عامة إلا بموجب تأهيل تشريعي أو ترتيبي، وفي غياب ذلك، تستند السلطة الترتيبية إلى صفتهم كرؤساء إداريين يمارسون سلطتهم الرئاسية أو يسيرون المرفق العام الراجع إليهم بالنظر. على هذا الأساس، أقرت المحكمة بشرعية المناشير المقيدة للحريات الدينية اعتباراً للمبادئ التي تحكم المرافق العمومية. لكنها تراتيب خاضعة للرقابة القضائية حيث أن المحكمة تقر بضوابط تتمثل في أنه لا يمكن للتراتب أن تمنع مطلقاً هذه الحريات، ويمكن في المقابل للرؤساء الإداريين تقييدها حسب مبدأي الضرورة والتناسب، مع تحمل الإدارة عبء الإثبات عند ممارسة سلطتها التأديبية.



بصبغتها الترتيبية. إلا أن هذه المناشير، ورغم أنها لغويا مفعول به من فعل نشر، فهي بمثابة الكنز المفقود، لا أثر لها إلا في الإدارة رغم الإقرار بأهميتها صلب منشور الوزارة الأولى حول جودة التشريعات<sup>194</sup>، ولا يمكن بذلك الاعتداد بأنه «لا يعذر جاهل بجهله للقانون» لأن المناشير يفترض أن تكون أعمالا داخلية لا تؤثر في المراكز القانونية للأفراد.

خلاصة القول، إذا ساهمت المناشير في تنفيذ السياسة الدينية للدولة التي أدخلت تغييرا جذريا في عقلية المجتمع، وإذا كانت عملية التغيير هذه ليست بالسهلة، فإن تغيير نمط عمل الإدارة في تونس ليس بالسهل أيضا اعتبارا لنظام عملها الذي مازال محكوما بفلسفة دولة البوليس، حتى لا يكون ما نجده دائما في الإدارات «إدارة تخدم المواطن» مجرد شعار أو زينة لتحسين صورة الإدارة.

constitutionnels modernes ont pour fonction de consacrer et que la loi a pour tâche de mettre en œuvre », CARTIER (E.), « Accessibilité et communicabilité du droit », *Jurisdoctrina*, 2008, n°1, pp. 56 et ss.

194 المنشور عدد 14 بتاريخ 27 ماي 2011.

الضرورة لضمان حسن سير المرفق العام وتجنب كل ما من شأنه الإخلال بالنظام العام، وأن تركز المقررات الصادرة في هذا الشأن على مبدأ أن لا حق لأحد في الانتفاع بخدمات المرفق العمومي بمقراته المفتوحة للعموم وهو مغطى الوجه كلما اقتضى حسن سير المرفق الكشف عن الوجه للتمتع بالخدمات. وبالنسبة للمؤسسات التعليمية، يجب أن يقتصر المنع على «حظر تغطية الوجه بصفة كاملة أو جزئية داخل مكونات الفضاء الجامعي، فحسب دون أن يمتد إلى أي إجراء إضافي من شأنه المس بحرية المعتقد واللباس الراجعة لمستعملي المرفق العمومي»<sup>189</sup>. إن تقييد الحريات لصالح الأمن العام يمكن أن يمثل مطية لتهميش الحريات باعتبار أن تقييم الأمن العام لا يخضع إلى اعتبارات موضوعية ومجردة ولا يعرف إلا بالرجوع إلى حالات معينة ومحدودة. فيما يتعلق بحرية القيام بالشعائر الدينية، قد لا يكون من السهل إقامة حد واضح يؤول تجاوزه إلى الإخلال بالأمن العام، ذلك أن كل محاولة للتوفيق بين مقتضيات الأمن العام ومقتضيات الحرية لا تعدو إلا أن تكون مجرد عملية تأخذ بالمعطيات الحينية وتتغير بتغيرها وهي بذلك قابلة للتأرجح بين أضيق مفاهيم الحرية وأوسعها.

في فرنسا، سبق لفقهاء القضاء الإداري أن تعرض إلى إشكالية الحجاب الإسلامي في المؤسسات التربوية الفرنسية، حيث أكد مجلس الدولة أن منشور Bayrou قد وضع حدا عاما ومطلقا متجاهلا حرية التعبير المعترف بها للتلاميذ في إطار مبدئي حياد ولائكية التعليم العمومي<sup>190</sup>. إلا أنه تم التراجع عن هذا الموقف بإقرار ضرورة منع الحجاب إذا أدى ارتداؤه إلى اضطراب في سير المؤسسة<sup>191</sup>.

تجدر الإشارة في الأخير إلى أن المناشير المتعلقة بالحريات الدينية تتعارض مع مبدأ الأمان القانوني أو الثقة المشروعة<sup>192</sup> الذي يوجب أن يدرك الأفراد مسبقا آثار التصرفات وأعمالهم القانونية، وهو ما يستوجب نشر هذه النصوص الداخلية<sup>193</sup>، خاصة وأن القضاء الإداري أقر

189 م.إ.، الرأي الاستشاري عدد 491، مذكور.

190 CE, 2 novembre 1992, Kheroua, *RFDA*, 1993, p. 112, Concl. KESSLER. « Selon cette jurisprudence, seules les exigences d'ordre public et de respect des libertés sont susceptibles de justifier une mesure d'interdiction du voile islamique. C'est-à-dire que ce sont les effets produits par le port du signe religieux sur l'ordre public ou les libertés d'autrui qui justifient la mesure d'interdiction », BLANDINE (C.-P.), PÉNA (M.) et TAWIL (E.), *Liberté d'expression et religion*, *AJJC*, XXIII-2007, 2008, p. 228.

191 CE, 17 février 1995, Aoukili, *AJDA*, 1995, p. 333, Concl. AGUILA Y.

192 ABBES (R.), « Le principe de sécurité juridique en droit administratif tunisien », *Droit et Politique*, 2012, n°1, p. 231. Cf. également, SOULAS DE RUSSEL (D.) et RAIMBAULT (PH.), *Nature et racines du principe de sécurité juridique : une mise au point*, *RIDC*, 2003, n°1, p. 85.

193 « La combinaison de procédés de communication et de conservation du droit en vigueur afin que nul ne puisse l'ignorer ou l'oublier. À défaut, outre le risque d'être soumis sans le savoir à telle ou telle prescription, le justiciable risque aussi d'être maintenu dans l'ignorance de ses droits et libertés fondamentaux que les textes

المحافظة على جو الوثام داخل المؤسسات الجامعية وبين الطلبة واجتبابا لكل ما من شأنه أن يرمي إلى بث التفرقة وتفكيك روابط المواطنة بين التونسيين»، وأشار إلى السبل الضرورية لذلك: «أدعوكم إلى العمل على أن يكون هندام الطلبة والطالبات لائقا وغير موح بالمواقف المتطرفة. وفي هذا الصدد أذكركم بتحجير ارتداء الزي الطائفي»، منهايا بالتذكير بأن هذا الأخير «ليس له صلة بعاداتنا ولا يليق ظهوره في مؤسسات جامعية غايتها العمل على تقدم البلاد ورفي الشعب وتهذيب السلوك ونبذ كل تطرف في المواقف».

وبخصوص التأويل، يراقب القاضي الإداري الوجود المادي للوقائع لأن هذه الأخيرة «غير منفصلة عن القانون باعتبار أنها تمثل بمثابة السوابق للأعمال الإدارية»<sup>186</sup>. مسيطرة لفقهاء القضاء الفرنسي في قرار<sup>187</sup> Camino، راقبت المحكمة الإدارية صحة الأسباب الواقعية للقرارات الإدارية، خاصة في المادة التأديبية حيث تتحمل الإدارة عبء الإثبات وتكون الإدارة ملزمة بتبرير أعمالها وتتحمل مسؤولية بذل ما لها من وسائل إدارية لإثبات ما تعييه على العون المعني ومصادقية تتبعاتها. لذلك، ألغت المحكمة الإدارية قرار وزير التربية القاضي بالرفق مؤقتا عن العمل وحرمانها من المرتب، ليس على أساس عدم شرعية المنشور، لكن لعدم صحة وقائعه المادية؛ وتشدد المحكمة على ذلك بالقول «اتجه تبعا لذلك إلغاؤه ولكن بأسانيد جديدة وبالتحديد على هذا الأساس لا غير». اعتبرت المحكمة أن وزارة التربية لم تدلي بما يفيد أن «التقريضة التونسية» التي ترتديها المعنية بالأمر يعد لباسا طائفيًا.

من جانب آخر، تضيف المحكمة، على غرار الرأي الاستشاري للجلسة العامة لمجلس الدولة الفرنسي عدد 346.893 بتاريخ 27 نوفمبر<sup>188</sup> 1989، في عديد قراراتها أن المجال الترتيبي للوزراء يمتد إلى كافة المتعاملين مع المرفق من أعوان ومتعاونين ومستعملين، مهما كان شكل التعامل: تنفيذيا، استشاريا أو تعاقديا، كما تتخذ أشكالا متنوعة، قرارات، مناشير، تعليمات، مذكرات، توجيهات وأعمال نموذجية، غير أنه لا يمكن لها أن تمارس إلا متى تقتضي الضرورة ذلك وبقدر ما هو لازم لحسن سير المرفق العام، وهو ما يعني بالضرورة عدم المساس بالمراكز القانونية لأعوان المرفق والمتعاونين معه من جهة، ومراعاة الحقوق الأساسية لمنظوري الإدارة من جهة أخرى.

لذلك، فإن تدخل الرؤساء الإداريين يجب أن يقتصر على اتخاذ التدابير العامة أو الفردية

186 محمد رضا جنينج، مرجع مذكور، ص. 394.

187 CE., 14 janvier 1916, Camino, GAJA, n°30

188 RFDA, 1990, p. 6

ذات طبيعة عامة يتم الاستناد إليها للنظر في الوضعيات الفردية لحسن سير الإدارة<sup>181</sup>. لأن كانت المناشير ترمز إلى فترة معينة من تاريخ تونس تميزت بسلطة لامحدودة للسلطة التنفيذية التي لم تكن معتادة على الخضوع لمبدأ الشرعية، فإن تقييد الحريات لا يمكن أن يكون بمجرد قرار إداري بل عن طريق النص التشريعي تحت رقابة القضاء الدستوري بالنسبة للمشرع، والقضاء الإداري بالنسبة للإدارة.

من حيث المبدأ، تخضع القواعد القانونية المزمع تنفيذها من طرف الإدارة إلى تفسير الرئيس الإداري، وذلك بتحديد مضمون النص وضبط المسائل العملية المرتبطة به وأحكام معينة لغرض تكييفه مع واقع العمل الإداري وضمان وحدة التأويل والتعامل مع النص الأعلى<sup>182</sup>. إن الأعوان لا يتثبتون من النص الأعلى بقدر تثبتهم من النص التفسيري الذي يعتبر بمثابة تعليمات صادرة عن الرئيس الإداري<sup>183</sup>. طالما أن هذه المناشير المتعلقة بالحريات الدينية لم تلغى أو تسحب، فإن إعادة تطبيقها واردة. «بقطع النظر عما إذا كانت المناشير التفسيرية مؤثرة أو غير مؤثرة في المراكز القانونية للأفراد، فإن الانصياع لها يعد مسألة مفروغا منها طالما أن عون التنفيذ ملزم بقواعد التنظيم الرئاسي داخل الإدارة، وحتى في صورة إلغاء منشور تطبيقي من قبل القاضي الإداري، فإنه يبقى لدى الموظفين ساري المفعول إلى حين اتخاذ الوزير منشورا جديدا يعوض القديم»<sup>184</sup>.

ويميز الفقه بين التأويل الجامد أو المحايد والتأويل الحركي أو النشط. فإذا كان التأويل الجامد يكتفي بتفسير عبارات النص، فإن التأويل الحركي يضيف إلى النص الأصلي ويحدث شروطا جديدة، وبالتالي يصبح المنشور ترتيبيا ويمثل عنصرا جديدا في المنظومة القانونية<sup>185</sup>. كما يتعين التمييز بين التفسير الذي يتدخل في أقصى الجزئيات كما هو الشأن بالنسبة للفقه الإداري في المادة الجبائية، والتفسير ذو المضمون الواسع الذي يمنح لأعوان التنفيذ سلطة تقديرية لتكييف النص الأعلى مع الواقع الإداري. يمكن تناول ما جاء به منشور وزير الدولة المكلف بالتربية والتعليم العالي والبحث العالي سنة 1987؛ فقد أشار إلى الهدف المزمع تحقيقه: «حرصا على

.....  
 CE, 13 juillet 1962, Arnaud, Rec., p. 474, AJDA, 1962, p. 545, Chr. GALABERT et GENTOT 181  
 CHEVALLIER (J.), «Les interprètes du droit», in Interprétation du droit, Paul Amselek (dir.), Bruylant, 182  
 Bruxelles, 1995, p. 115

Dans les faits, un fonctionnaire attend d'avoir reçu la circulaire adéquate pour faire application des dispo- » 183  
 sitions législatives ou réglementaires, qui pourtant sont déjà en vigueur », CHAPUS (R.) Droit administratif  
 général, tome I, Montchrestien, 15ème éd., 2001, p. 513

184 محمد الدريدي، أطروحة مذكرة، ص. 129.

LACHAUME (J.-F.), Droit administratif, PUF, Thémis, collec. Les grandes décisions de la jurisprudence, 185  
 13ème éd., 2002, p. 200

الضمنية لاتخاذ قرارات ترتيبية ليست مستقلة، بل في إطار تحقيق أهداف النص الأعلى. يمكن أن تقتضي الضرورة تحقيق إرادة صاحب النص الأعلى من خلال استكمال تنظيم مادة معينة برز تصور في شأنها. في هذه الصورة، يتدخل الوزراء لاستنفاد إسناد أحكام النص من ناحية ولحسن سير العمل الإداري من جهة أخرى إعمالاً لنظرية السلطات الضمنية التي أسسها مجلس الدولة الفرنسي في قرار «Ramex»<sup>175</sup> وأكدها في قرار «Société Distillerie Braibant»<sup>176</sup>.

ويعني مفهوم الضمنية، في هذا السياق، كل ما لم يتم إقراره صراحة بل يمكن استنتاجه من المعنى العام للنص<sup>177</sup>. إضافة لعنصر العلاقة بين صريح النص وما وقع استنتاجه، تقوم نظرية السلطات الضمنية على عنصر الضرورة الذي يفيد أن المادة المزمع تنظيمها لم يتم إقرارها بالكيفية اللازمة صلب نص الإسناد، لذلك فإن الأمر يستوجب إعمال نظرية السلطات الضمنية لاستكمال ما ذهبت إليه نية واضع النص الأعلى الذي أقر اختصاصاً افتراضياً لفائدة الهيكل التنفيذي فرضته الغاية المضمنة بالنص<sup>178</sup>. بذلك، تقوم هذه النظرية على الترابط بين الاختصاص الأساسي والاختصاص الضمني وتمنح للسلطة الإدارية سلطات أوسع لاتخاذ ترتيب على هامش نص الإسناد<sup>179</sup> دون الخروج عن حدود النص لتحقيق الغاية التي أرادها واضع النص الأعلى، وهو ما يكفي للإقرار بشرعية الترتيب المتخذة. ما يمكن استنتاجه هو أن إعمال نظرية السلطات الضمنية يتميز بصغته الظرفية، أي أنها تمنح للإدارة سلطة اتخاذ تدابير فرضتها ظروف واقعية سياسية، اقتصادية، اجتماعية، إلخ.

تجد هذه السلطة أساسها ضمنيًا في النص التشريعي أو الترتيبي الذي أسند الاختصاص الأصلي للسلطة الإدارية المعنية. وتكمن أهمية هذه التدابير في ضمان وحدة عمل الأعوان من ناحية، والمساواة بين منظوري الإدارة من جهة أخرى<sup>180</sup> وهو ما يؤكد الموقف الذي اعتمده مجلس الدولة الفرنسي عندما أقر عدم وجود أي نص تشريعي أو ترتيبية يمنع الوزراء من تحديد معايير

.CE, 6 novembre 1964, Ramex, AJDA, 1964, p. 692 175

.CE, 23 mai 1969, Société Distillerie Braibant, AJDA, 1969, p. 640 176

Selon l'usage courant, le terme implicite sert à désigner ce qui n'est pas formellement exprimé, mais qui » 177 .peut être déduit ou induit du sens général d'une conversation ou d'un texte », MOCKLE (D.), op. cit., p. 302

Sans que la loi ait eu besoin de le dire, elle autorise ceux des moyens d'exécution qui se lient si étroitement au but défini par elle qu'ils trouvent virtuellement contenus dans cette définition même », CARRÉ DE

.MALERG (R.), Contribution à la théorie générale de l'État, CNRS, Paris, 1962, T. I, p. 509

La théorie des pouvoirs implicites permet ainsi de régler une question au-delà des strictes limites de la » 179 loi d'habilitation. Ce faisant, elle autorise le pouvoir réglementaire à vivre la marge des règles d'habilitation et aboutit finalement à un développement parasitaire du droit », FAURE (B.), «La crise du pouvoir réglementaire : entre ordre juridique et pluralisme institutionnel», AJDA, 1998, p. 549

.WEINER (C.), «Du pouvoir réglementaire des ministres en droit public français», RISA, 1971, p. 315 180

كان رئاسويا، بمعنى أنه لا يمكن أن نتصور واقعا أن يعارض البرلمان سياسة رئيس الجمهورية؟ ألغت المحكمة الإدارية، ابتدائيا واستثنافيا، قرار وزير الداخلية بإعفاء ملازم بالحماية المدنية بتعلة مخالفة التعليمات العسكرية والقيام بتصرفات مشبوهة حيث ثبت أنه تمت مساءلة العون المعني على إثر تفقد غرفة نومه الخاصة وبعض الملازمين الآخرين والعثور على كتب قرآن وسجادات، وبالتحري معه اعترف بأداء الصلاة جماعة داخل الغرفة بعد إحكام غلقها من الداخل والتداول على إمامة الجماعة. أسس القضاء الإداري قراره على غياب أي سند قانوني لهذه التعليمات العسكرية، لذلك فإن المحكمة تعتبر أن سلطة الإدارة مقيدة بضرورة إثبات الأساس القانوني لقراراتها، وأنه في صورة غياب هذا الأساس، فإن قرارها يعتبر مشوبا بعدم الشرعية. تقول المحكمة في قرارها الاستثنائي «وحيث طالما عجزت جهة الإدارة عن الإدلاء بنسخة من التعليمات العسكرية المؤسسة لمؤاخذة المستأنف ضده تأديبيا، فإن ذلك يحول دون إجراء المحكمة لسلطتها على الوجه القانوني المطلوب، لا سيما وأن أداء المعني لصلاته جماعة داخل غرفته لا يمثل مخالفة لأي قاعدة مكتوبة، بصرف النظر عن أن التكييف الثانوي للأفعال لا يتطابق معها»<sup>173</sup>. وتشدّد المحكمة الإدارية على ضرورة وجود الأساس التشريعي والترتيبي للاختصاص الترتيبي للوزراء إذا تعلق الأمر بالاختصاص السلبي للمشرع أو للسلطة الترتيبية العامة لأن القاضي الإداري، عند تفحص مسألة الاختصاص، لا يقتصر على النظر في اختصاص السلطة المصدرة للقرار موضوع النزاع، بل يتعداه للبحث في مدى اختصاص السلطة المتخذة للترتيب الذي تأسس عليها ذلك القرار. بعبارة أخرى، في صورة الفراغ التشريعي أو الترتيبي، لا يمكن للوزراء ممارسة السلطة الترتيبية عن طريق المناشير. تقول المحكمة الإدارية في هذا الشأن: «وحيث من المستقر عليه فقها وقضاء أن الوزراء لا يمتلكون سلطة ترتيبية عامة ولا يمكنهم إصدار تراتيب إلا متى كانوا مؤهلين لذلك بمقتضى نص تشريعي أو ترتيبية عام أو في غياب ذلك متى اقتضت الضرورة اتخاذ الإجراءات اللازمة لحسن سير المرفق العمومي الراجع لهم على أن ذلك لا يخول لهم بأي حال من الأحوال التدخل إلى حدّ حالة الفراغ القانوني التي تراءت لهم بصورة كاملة»<sup>174</sup>.

خلافا للإسناد الصريح الذي يتشابه نوعا ما مع التفويض، لا يفترض الإسناد الضمني إحالة صريحة من النص الأعلى، وإنما يمكن للوزير في حالة الضرورة اللجوء إلى نظرية السلطات

173 م.إ. ت.س.، استئناف، عدد 26846، 28 جانفي 2011، وزير الداخلية / م.ب.، فقه قضاء المحكمة الإدارية لسنة 2011، المطبعة الرسمية للجمهورية التونسية، 2013، ص. 170.

174 م.إ. ت.س.، ابتدائي، عدد 11845، 20 ماي 2006، سامي / وزير التربية والتكوين ومدير المعهد الثانوي بقصور الساف، فقه قضاء المحكمة الإدارية لسنة 2006، منشورات مجمع الأطرش، تونس، 2008، ص. 65.

غير أن هذا الموقف وقع التراجع عنه حيث اعتبر القضاء الإداري أنه لا يمكن أن يكون للمنشور صبغة ترتيبية، بل يجب أن يقتصر على الطابع التفسيري.

تبرز المحكمة أنه «استقر فقها وقضاء أن المنشور يشكل وثيقة إدارية داخلية ليست لها صبغة ترتيبية بل إنها أحكامها لا تكون إلا تفسيرية. وتأسيسا على ذلك، يكون المنشور غير ملزم للغير، ويتعين على القاضي الإداري عند توليه الفصل في النزاعات عدم الأخذ بما يتضمنه من تنصيصات تشريعية وترتيبية تتجاوز حدود وظيفته التوضيحية ويكون غير ملزم بتطبيقه لكونه لا يمثل مصدرا من مصادر التشريع المتعارف عليه»<sup>170</sup>. حسب تعبير القضاء الإداري، إن المنشور لا يقتصر فيه الوزير على تفسير النصوص الجاري بها العمل ويحدد قواعد جديدة قابل للإلغاء على أساس عيب الاختصاص نظرا لعدم تمتع الوزراء بالسلطة الترتيبية. أما بالنسبة للمحكمة الإدارية، فإنها تؤكد نفس موقف فقه القضاء الفرنسي، وتعتبر أن المنشور الوزاري لا يمثل مصدرا من مصادر التشريع<sup>171</sup>.

إذا كان مستعمل المرفق العام مطالبا باتباع أحكام القانون الداخلي الذي ينظم علاقته بالإدارة، فإنه لا يجوز لهذه الأحكام أن تتجاوز الحدود التي وضعتها القاعدة القانونية العليا لفائدة المستعمل<sup>172</sup>. بخصوص الحريات الدينية، فإن المرفق العام للتعليم يعتبر أبرز مثال يمكن الوقوف عنده. بقراءة المناشير الصادرة في هذا المجال، يتبين أن لها صبغة سياسية، خاصة وأنها تستند إلى ما دعا إليه رئيس الجمهورية.

كما أنها سعت إلى ضبط توجهات وتصورات عامة تقضي بمنع التلميذات والتلاميذ والطالبات والطلبة والأعوان العموميين من ارتداء الزي الطائفي. وهو ما يعتبر مساسا بالمراكز القانونية لمستخدمي ومستعملي المرافق العامة. وتتمثل ضمانات مستعملي المرفق في هذا المجال في ضرورة تنظيم مسألة الهدنام بموجب نص تشريعي لأن الحد من الحريات لا يمكن أن يكون إلا اختصاصا تشريعيا. ويمكننا التساؤل في هذا السياق: لماذا لم تنظم السلط العمومية مسألة الهدنام بموجب نص تشريعي واضح وصريح يكون القاضي مطالبا بتطبيقه، خاصة وأن النظام السياسي التونسي

الأمر الترتيبي مما يجعله لاغيا حسب ما اقتضاه الفصل 8 من نفس الأمر».

170 م؛ ت.س.، 19 أبريل 1995، عدد 4287، عبد الرزاق ضמיד في حق ابنه ضد مدير المعهد الثانوي بالمكثين ومن معه، م. ص. 199. تعليق إبراهيم البرتاجي، م.ق.ت.، 1996، ص. 422.

171 «وحيث أن تضمّن المنشور المذكور لأحكام عامة أضفت عليه صبغة ترتيبية وجعلته يتعارض مع طابعه التفسيري، ومع ما استقر عليه الفقه وفقه القضاء من عدم جواز ممارسة الوزراء لسلطة ترتيبية عامة إلا في حالة وجود تأهيل تشريعي أو ترتيبية في الغرض [...] وحيث يكون والحال ما ذكر تأسس القرار المطعون فيه على أحكام المنشور المشار إليه في غير طريقه ويجعله مشوبا بعيب الاختصاص»، م.؛ ت.س.، استئناف، عدد 27189، 30 أبريل 2011، مدير المدرسة الوطنية للمهندسين بالمنستير ضد ك.ب.، فقه قضاء المحكمة الإدارية لسنة 2011، المطبعة الرسمية للجمهورية التونسية، 2013، ص. 116.

.AOUIJ-MRAD (A)., Droit des services publics, CREA, Tunis, 1998, p. 64 172

العامة وحسن سيرها»<sup>166</sup>. وتؤكد المحكمة أيضا شرعية الإجراءات التي اتخذتها الكلية للثبوت من هوية الطالبة عند إجراء الترسيم من خلال التأكد من تطابق الوثائق الثبوتية مع شخصها، وذلك باعتبارها تندرج في ظل الترتيب الجاري بها العمل في نطاق الضوابط التي يقتضيها حسن سير المرفق العمومي للتعليم والحفاظ على مصالح الطلبة. وهو نفس التوجه الذي استقرت عليه المحكمة الإدارية في تونس في رأيها الاستشاري الصادر سنة 2012 المذكور، حيث اعتبرت ان تنظيم ارتداء النقاب داخل الحرم الجامعي يدخل ضمن صلاحيات عمداء ومديري مؤسسات التعليم العالي باعتبارهم رؤساء المصالح الإدارية ويتولون، إضافة للإشراف على حسن السير العلمي والبيداغوجي للمؤسسة، السهر على حفظ النظام والانضباط داخل المؤسسة والاستنجا بالقدرة العامة عند الضرورة.

## 2. القضاء الإداري يخضع المناشير المتعلقة بالحريات الدينية للرقابة القضائية

يستوجب مبدأ الشرعية أن لا يتخذ الوزراء قرارات تريبية إلا بناء على إسناد النص الأعلى التشريعي أو التريبية. مع تطور عملية التقنين التي شهدتها الإدارة من تنظيم لسلطاتها والتزاماتها، يمكن لمستعملي المرفق العام الطعن في التراب الوزارية التي لم تراعي وضعياتهم القانونية. ورغم أن المناشير من الأعمال الداخلية للإدارة التي لا تقبل الطعن بدعوى تجاوز السلطة، فإن صبغتها التريبية تجعلها خاضعة لرقابة قاضي الإلغاء. يعرف القرار التريبية بأنه قرار انفرادي ذو صبغة عامة ومجردة صادر عن جهة إدارية بغاية إحداث قواعد تنظيمية تخضع إلى نظام القانون الإداري<sup>167</sup>.

يتميز فقه قضاء المحكمة الإدارية بعدم الاستقرار حول تكييف الصبغة التريبية للمقرر التنفيذي. تبين المحكمة في قرارها المبدئي خوجة ضد الوزير الأول<sup>168</sup> أن الوزير بإمكانه اتخاذ مناشير تريبية بشرط احترام النص الأعلى التشريعي أو التريبية. وتؤكد المحكمة لاحقا نفس الموقف في قرار المهيري ضد وزير النقل والمواصلات الذي جاء فيه «وحيث يستخلص مما تقدم أن المنشور عدد 93 بتاريخ 6 جويلية 1978 إذ خالف نصوص قانوننا نافذا هو الفصل 23 من قانون الوظيفة العمومية بخروجه عن روحه ومقتضاه (...) يكون مشوبا بعيب عدم الشرعية»<sup>169</sup>.

166 م.إ.، توقيف تنفيذ، عدد 413983، 28 ديسمبر 2011، فقه قضاء المحكمة الإدارية لسنة 2011، المطبعة الرسمية للجمهورية التونسية، 2013، ص. 684.

167 DOUENCE (J.-C.), Recherches sur le pouvoir réglementaire de l'administration, Thèse, Université de 167 Bordeaux, 1965, p. 59 et ss.

168 قرار مذكور.

169 م.إ.، ت.س.، 29 ديسمبر 1981، عدد 400، عبد الرزاق المهيري ضد وزير النقل والمواصلات، م. ص. 389. استقر فقه قضاء المحكمة على نفس الموقف في قرار الحبيب البكري ضد وزير التربية القومية الصادر بتاريخ 10 جوان 1987 (م. ص. 371)، الذي جاء فيه «وحيث أن المنشور (...) لم يقتصر على التذكير بأحكام تشريعية وتريبية، وإنما سن بدوره قواعد جديدة مخالفة لما تضمنه



غير أن توجه المحكمة الإدارية حول منشور 1986 تغير حيث رفضت أصلا الدعوى الموجهة من طرف نفس العارضة ضده<sup>164</sup> في حكمها الابتدائي عدد 10629/1 بتاريخ 24 جانفي 2008 استنادا إلى أن ما جاء من تعليمات بالمنشور يدخل في إطار واجب التحفظ وخصوصية الوظيفة المناطة بعهدة الأعوان المدرسين وما يستوجبه تحقيق أهداف النظام التربوي والتعليمي. وهو ما أكدته المحكمة أيضا في الطور الاستئنائي لحكم 2006. حيث جاء في قرارها الصادر بتاريخ 28 جانفي<sup>165</sup> 2011، أن حرية خيار اللباس وحرية المعتقد تمارسان من قبل العون العمومي عند أداء الوظيفة بالقدر الذي لا يتنافى مع واجب التحفظ المفروض عليه ومع مبدأ حياد المرفق العمومي المفروض على الإدارة. وتضيف المحكمة أن المنطق يفرض أن تزداد التضييقات على هذه الحريات كلما ازداد عدم التكافؤ بين العون ومنظوره وازدادت قدرته على التأثير عليه، على أن ترجع مبدئيا ممارسة تلك الحريات إلى مداها الجاري به العمل في البلاد بمجرد مغادرة الوظيفة.

وعلى أساس ذلك، تقول المحكمة «يجوز لإدارة التعليم منع المدرسين والمدرسات وكذلك الأعوان من ارتداء لباس أو حمل رموز أو اتباع مظهر وما شابه ذلك من الصور التي من شأنها أن تعكس مغالاة أي كان اتجاهها وأن توحى بصورة مباشرة وبارزة وواضحة انتماء طائفا أو دينيا أو سياسيا أو عرقيا...، والذي يمكن أن يؤخذ من قبل المتلقين، لا سيما كلما صغر سنهم، أو من قبل أوليائهم أو المجتمع على أنه على الأقل استمالة وتأثير على الأولين في الذكر وعلى الأكثر استدراجهم واستقطابهم لانتماءات المدرس». كما تؤسس المحكمة الإدارية موقفها على ما جاء بالفصل 557 من مجلة الالتزامات والعقود: «إذا تعارضت منفعة عامة ومنفعة خاصة ولم يمكن التوفيق بينهما قدمت العامة». بذلك، لا يمكن إعمال المبادئ العامة لسير المرافق العامة، خاصة الاستمرارية والمساواة والحياد والتأقلم، دون المساس بالحريات الفردية وحتى العامة لأعوان ومستعملي المرفق العام. وهو ما أيدته أيضا في مادة توقيف التنفيذ حيث رفض الرئيس الأول للمحكمة الإدارية مطلب تأجيل وتوقيف تنفيذ قرار رفض ترسيم العارضة بكلية الآداب والعلوم الإنسانية بسوسة نظرا لارتدائها النقاب ولاستحالة التعرف على هويتها. جاء في هذا القرار أنه «لئن كان اختيار اللباس مظهر من مظاهر الحرية الشخصية، فإن ممارسة تلك الحرية، شأنها شأن كافة الحريات والحقوق الأساسية الفردية والعامة، تقتضي مراعاة تنظيم المرافق

164 بالتوازي مع الطعن بواسطة الدفع بعدم شرعية المنشور المذكور موضوع الحكم الصادر سنة 2006، طعنت العارضة مباشرة في نفس المنشور في دعوى مستقلة.

165 م.إ.، استئناف، عدد 26255، 28 جانفي 2011، وزير التربية ضد س.ع.، فقه قضاء المحكمة الإدارية لسنة 2011، المطبعة الرسمية للجمهورية التونسية، 2013، ص. 107.

## 1. إقرار القضاء الإداري بشرعية تقييد الحريات الدينية بموجب المناشير

لئن تميز موقف المحكمة الإدارية حول المناشير المتعلقة بالحريات الدينية في مرحلة أولى بتغليب هذه الأخيرة على حساب المرفق العام، فإنه يمكن القول أنه، منذ سنة 2008، يتميز موقف القضاء الإداري في تونس بتغليب خصوصية المرفق العام التي تفرض الحد من الحريات. في حكمها الابتدائي الصادر في 9 ديسمبر 2006، قضت المحكمة الإدارية بإلغاء قرار وزير التربية والتكوين الذي جسد قرار مجلس التأديب بالرفق بناء على عدم دستورية المنشور عدد 102/86 الذي دفعت العارضة بعدم شرعيته. انتقدت المحكمة في هذا الحكم عمومية العبارات الواردة في المنشور المتعلق بمظهر الأعوان حيث أنه استنكر نوعاً من الهدام دون تحديده، وهو ما يشكل تهديداً وتضييقاً في مجال الحريات الفردية الأساسية، ومنها حرية المعتقد، باعتبار أن اللباس هو تعبير عن الانتماء الحضاري والديني والفكري والميولات الشخصية. تعتبر المحكمة الإدارية أن مسألة تنظيم ارتداء اللباس (النقاب داخل الحرم الجامعي) متفرعة عن حرية المعتقد، وتنزل في نطاق ممارسة الحريات العامة، خاصة ذات الطابع الفردي والشخصي.

وعلى هذا الأساس، تقول المحكمة أنه «في غياب نص تشريعي يمنع ترسيم الطالبات المنقبات بالمؤسسات الجامعية، يغدو قرار الإدارة رفض استكمال إجراءات ترسيم المدّعية فاقداً لكل دعامة قانونية ومتعين الإلغاء على هذا الأساس». وبذلك، فإن القضاء الإداري يقر بعدم شرعية المناشير الصادرة في هذا المجال، وجاء صراحة في نفس القرار: «وحيث يتعلق هذا المنشور بمظهر أعوان سلك التعليم والتلاميذ مستنكرنا نوعاً من الهدام دون تحديده، الأمر الذي يقوم مقام التدخل في مجال الحريات الفردية نظراً لما يتميز به اللباس من تعبير عن الانتماء الحضاري والديني والفكري وما يعكسه من ميولات شخصية».

وتضيف المحكمة أنه طالما وردت القاعدة الجديدة المتعلقة بالهدام في صيغة مبهمّة لم ترد في نص تشريعي، فإن هذا الأمر يفتح للإدارة سلطة تقديرية مطلقة في تطبيق ذلك المنشور مما ينتج عنه تهديد للحريات الأساسية، ومنها حرية المعتقد المضمونة دستورياً واستعماله مطية للتضييق من الحقوق والحريات الفردية. بعبارة أخرى، تقر المحكمة الإدارية بعدم شرعية، وحتى عدم دستورية المناشير المنظمة للحريات الدينية لأن تقييد الحريات لا يمكن أن يكون من طرف السلطة التنفيذية، لأن ذلك يتنافى مع فلسفة مبدأ الفصل بين السلطات باعتبار أن السلطة التنفيذية تنزع دائماً إلى الإفراط في سلطتها.

مظهر من مظاهر عدم الانضباط فيما يتعلق بالزي يعرض صاحبه للعقوبات التي ينص عليها قانون الوظيفة العمومية بما في ذلك التوقيف عن العمل والإحالة على مجلس التأديب». ما يستخلص من أحكام هذا المنشور أن الوزارة فرضت على الأعوان واجبا جديدا لم يقع التنصيص عليه صراحة في قانون الوظيفة العمومية. إذا جاءت الواجبات المهنية الواردة بالقانون المذكور تحت مفاهيم واسعة المضمون، مما يمكنها من استيعاب أي قاعدة سلوكية تهم علاقة العون بإدارته، فإن خصوصية منشور 7 سبتمبر 1987 تتمثل في إلحاق الوزير عدم احترام الموظفين للواجب المهني بعقوبة الدرجة الثانية، مما يعني أنه، نظرا لغياب تحديد للأخطاء المهنية، قام الوزير بتكييف الإخلال بهذا الواجب بالخطأ الجسيم الذي يعرض الموظف المدان للإيقاف عن العمل والإحالة على مجلس التأديب.

في رأيها الاستشاري عدد 491 المؤرخ في 10 فيفري 2012 حول إمكانية تنظيم حمل النقاب داخل الحرم الجامعي بمقتضى تدابير وتراتب داخلي<sup>163</sup>، تقرر المحكمة الإدارية نفس التوجه القضائي، مع تحديد صفة رئيس الإدارة في مؤسسات التعليم العالي: «وتندرج وفق ذلك المعطى في إطار الهياكل الإدارية اللامركزية التي تعود صفة رئيس الإدارة فيها إلى عمداء الكليات ومديري المدارس والمعاهد العليا المكلفين بتسييرها». أما فيما يتعلق بصلاحيات الوزارة، فإنها لا تتعدى الإشراف على الهياكل اللامركزية أو في صورة حدوث ظروف استثنائية بالجامعة تحول دون مباشرة هياكلها المسيرة لمهامها وبطلب من رئيس الجامعة.

إن الإقرار باختصاص الرؤساء الإداريين بإصدار المناشير والتدابير الترتيبية لا يعني أن هذه الأعمال الداخلية خارج أنظار القاضي الإداري، لذلك يستقر فقه القضاء في الإقرار بخضوع المناشير إلى رقبة هذا الأخير.

## ب. المحكمة الإدارية تقرر بإخضاع المناشير المتعلقة بالحريات الدينية إلى الرقابة القضائية

أقر القضاء الإداري ضوابط لصلاحيات إصدار الترتيب والتدابير الداخلية. لئن اعتبرت المحكمة الإدارية أن تقييد الحريات يعتبر شرعيا (1)، فإن سلطات الإدارة في هذا المجال ليست مطلقة، ضرورة أنها تبقى خاضعة لرقابة القاضي (2).

163 فقه قضاء المحكمة الإدارية لسنة 2012، المطبعة الرسمية للجمهورية التونسية، 2016، ص. 867.

المصالح الراجعة لهم بالنظر وأقر في فصله 35 بسلطتهم الترتيبية لتنظيم المرافق العامة المشرفين عليها<sup>158</sup>.

تقتضي ممارسة السلطة الترتيبية التنصيب عليها بصفة صريحة، أي الإقرار صراحة بممارسة جهة معينة للسلطة الترتيبية، أو الإقرار لتلك الجهة بولاية عامة لتنفيذ القوانين<sup>159</sup>.

إلى جانب فرض الانضباط على الأعوان، فإن الرئيس الإداري يتمتع بسلطة تنظيم مسار الانتفاع بخدمات المرفق العام في إطار نظام ضبط داخلي يضمن احترام مستعملي المرفق للهيكل الإدارية<sup>160</sup>. وقد اعتبر الفقه أن الوزير يتمتع بسلطة تنظيمية خاصة تختلف عن تلك التي يمارسها على المنظورين، وتعتبر أساساً لجملة التعليمات التي تستمد قوتها الإلزامية من عقوبات ذات صبغة تأديبية<sup>161</sup>. «إن التعليمات الصادرة عن الرؤساء لموظفيهم تكاد تمثل القاعدة القانونية المطبقة عملياً والتي تتمتع بالأولوية على أية قاعدة قانونية يتضمنها قانون أو لائحة»<sup>162</sup>.

تظهر هذا السلطة التنظيمية خاصة في المرفق العام للتعليم حيث تندرج إجراءات الضبط الداخلي ضمن العناصر الثابتة لتطبيق الترتيب الذاتية للوزراء. فيما يتعلق بالحريات الدينية، صدر المنشور عدد 108 بتاريخ 18 سبتمبر 1981، أيضاً جاء في المنشور عدد 76 بتاريخ 7 سبتمبر 1987 الصادر عن نفس الوزارة، «حرصاً على صون هيئة الإدارة، وضمان النجاعة المرجوة من النشاط الممارس في نطاقها»، دعا الوزير جميع المشرفين على القطاع إلى «مطالبة الموظفين من الجنسين سواء كانوا مدرسين أو إداريين بعدم الظهور بالزي الطائفي الذي لا يتماشى مع تقاليدنا وينم عن سلوك شاذ» وحثهم على «إيلاء لياقة الهدام ما هي جديرة به من دائب العناية لأنه لا بد لكل عون من أن يلتزم أثناء عمله وفي مستوى العلاقات العامة بواجب الظهور بالهدام السوي الذي لا يوحي بما يعدّ ميلاً إلى التطرف والخروج عن المألوف. ويجدر التأكيد على أن كل

158 «على كل وزير أن يجعل ترتيباً لإجراء خدمته داخل وزارته لتسهيلها وضبط حججها ودفاترها بما يراه صالحاً ومخالفته من أهلها ذنب ولا يلزم أن يكون هذا الترتيب معلوماً لكل واحد وإنما يجب علمه لموظفي الوزارة لأنهم المطالبون بإجرائه ويمكن إبدال هذه الترتيب أو التغيير فيه بحسب ما يظهر للوزير والمستشار مطلوب للوزير في تنفيذ الترتيب المذكور».

159 محمد الدريدي، السلطة الترتيبية للوزراء في القانون التونسي، رسالة للحصول على شهادة الدكتوراه في القانون العام، كلية الحقوق والعلوم الاقتصادية والسياسية بسوسة، السنة الجامعية 2009-2010، ص. 33.

TRUCHET (D.), *Droit administratif*, PUF, 4ème éd., 2011, p. 186 160

161 «Les usagers entrent dans un rapport spécial de subordination avec l'autorité étatique... De ce chef, le » 161 Ministre du département de qui ceux-ci relèvent, possède, donc, sur la partie qui en fait usage, une puissance régulatrice spéciale autre que celle dont il dispose sur l'ensemble des administrés, puissance spéciale de l'exercice de laquelle naissent des prescriptions qui trouvent leur force obligatoire, tout au moins, dans des sanctions de nature disciplinaire », CARRÉ DE MALBERG (R.), *Confrontation de la théorie de la formation du droit par degrés avec les idées et institutions consacrées par le droit positif français relativement à sa formation*, Sirey, Paris, 1933, p. 124

162 سامي جمال الدين، اللوائح الإدارية وضمانات الرقابة القضائية، منشأة المعارف بالإسكندرية، 1982، ص. 45.

المنتمين للوزارة التي هي تحت إشرافه، وذلك في جميع الحالات التي لم يسند فيها النص هذا الاختصاص إلى سلطة أخرى<sup>154</sup>. وعلى هذا الاعتبار، أرسى مجلس الدولة الفرنسي التفريق بين القرارات الترتيبية والقرارات التفسيرية ذات الطابع العام والأمور<sup>155</sup>، حيث أشير إلى أن هذه القرارات لا ترتقي إلى مرتبة الترتيب إلا إذا تضمنت أحكاما جديدة لم ترد في النص القانوني المزمع تنفيذه. إن التحول في موقف فقه القضاء الفرنسي يهدف إلى إمكانية قبول دعوى تجاوز السلطة الموجهة ضد هذا الصنف من القرارات بعد أن كان القضاء الإداري يرفض النظر في الطعون الموجهة ضدها لانتمائها إلى صنف الإجراءات الداخلية<sup>156</sup>.

## 2. السلطة الترتيبية للوزراء ضرورة لتسيير المرفق العام

لم يصدر في شأن المشمولات الإدارية للوزراء نصوص قانونية تحدها على سبيل الحصر، وإنما وردت بعض الأحكام العامة المدرجة ضمن الأوامر الترتيبية المتعلقة بضبط مشمولات مختلف الوزارات التي تنص في مجملها على اضطلاع الوزارة المعنية بمهمة عامة تتمثل في تنفيذ سياسة الدولة في الميادين التي تشرف عليها. وبالتالي، يتأسس الوزير مرفقا عموميا تتحدد من خلاله أهم مشمولاته: تمثيل الدولة في الأعمال القانونية للوزارة (إبرام العقود، التقاضي، إلخ)، ممارسة السلطات بصفته رئيسا إداريا (السلطة الرئاسية والتأديبية)، إعداد مشروع ميزانية الوزارة حسب القانون الأساسي للميزانية والأمر بالصرف حسب مجلة المحاسبة العمومية، إصدار القرارات الإدارية الترتيبية والفردية الخاصة بتنظيم الوزارة وتسييرها في جميع الحالات المتعلقة بتنفيذ نص قانوني.

تجد سلط التنظيم والتوجيه الداخلية للرئيس الإداري جذورها منذ أواخر القرن الثامن عشر في فرنسا، تحديدا الأمر المؤرخ في 25 ماي 1791 الذي أشار، في فصله 14، إلى ضرورة تدخل الوزراء في المجلس «لضبط البيانات المتعلقة بالمصالح الراجعة إليهم بالنظر وللإعلام بالتعليمات التي تهم التفاصيل الضرورية سواء لتنفيذ القانون أو لصالح المرفق أو نشاطه»<sup>157</sup>. أما في تونس، برزت هذه السلطة المنوطة بخطة الوزير بصفة تدريجية وفقا لتطور النظام السياسي والإداري، خاصة منذ العهد الحسيني بصدور الأمر العلي المؤرخ في 27 فيفري 1860 المتعلق بالوزارة الكبرى، ثم من خلال دستور 26 أفريل 1861 الذي اعترف في بابه الخامس باستقلالية الوزراء في التصرف في

.ODENT (R.), Contentieux administratif - Le cours de droit, Paris, 1971, p. 250 154

.CE, sect., 18 décembre 2002, Mme Duvignères, RFDA, 2003, p. 280, concl. FOMBEUR P 155

.CE, sect., 18 juin 1993, Institution française d'opinion publique, Rec., p. 222 156

.Cf. MOCKLE (D.), Recherches sur les pratiques administratives para-réglementaires, op. cit., p. 3 157

الدولة الفرنسي الذي يعتبر الشرطين متلازمين<sup>151</sup>، تفيد المحكمة في هذا السياق «وحيث استقر قضاء هذه المحكمة على أن تنفيذ الأوامر واجب مطلق ولا يمكن رفض تنفيذها إلا إذا اتصفت بلا مشروعية بديهية أو كان من شأنها إلحاق ضرر فاحش بالمصلحة العامة»<sup>152</sup>.

إضافة إلى واجب أداء الوظيف، فإن الحفاظ على النظام العام داخل المرفق العام يفترض ضمان انضباط جميع الأعوان العاملين فيه. لذلك، فإنه بإمكان الرئيس الإداري استبعاد كل ما من شأنه تعطيل السير العادي للمرافق العامة. ورغم أن التنظيم الإداري تأسس على مبادئ الإدارة العسكرية وما تفرضه من انضباط، فإن التطورات التشريعية والقضائية ساهمت في التخفيف من حدة هذه المبادئ لكن دون إلغائها، حيث انتهت إلى الإبقاء على السلطة اللازمة للرئيس لفرض الانضباط الضروري لحسن سير المرفق العام. من بين الترتيب الإدارية المتعلقة بفرض واجبات مهنية على هامش واجب أداء الوظيف، نجد الترتيب المتعلقة بمظهر الأعوان وبمنع ارتداء الزي الطائفي بالنظر إلى ارتباطه بالتعبير عن انتماء ديني يكتسي صبغة التطرف.

يوضح الأستاذ Georges Vedel أن القرار التنفيذي هو القرار الصادر بصفة أحادية عن الإدارة بهدف تغيير النظام القانوني من خلال إسناد حقوق أو فرض واجبات<sup>153</sup>. بعبارة أخرى، يتضمن القرار الترتيبي تعبيرا عن إرادة صريحة لإحداث آثار قانونية أو إدخال تغيير في النظام القانوني أو إصدار قواعد تنظيمية، بحيث لا يكفي أن يكون القرار الإداري عاما أو مجردا ليكتسي الصبغة الترتيبية، بل يشترط أن يكون القرار تنظيميا. وعلى هذا الأساس، فإن الإجراءات أو الأعمال الداخلية للإدارة تمثل قرارات عامة ومجردة غير ترتيبية؛ ضرورة أنه رغم عموميتها وتجردها فإنها لا تعتبر من الترتيب إلا إذا تضمنت أحكاما ذات صبغة تنفيذية أو تنظيمية من شأنها إنشاء أو تغيير أو إنهاء مركز قانوني معين.

غير أنه تجدر الإشارة إلى أن هذه الإجراءات، رغم أنها غير مؤثرة، فهي تتميز بالطابع الإلزامي من خلال ممارسة السلطة الرئاسية التي يتمتع بها الرئيس تجاه مرؤوسها. ويكون لها آثار قانونية على وضعية الأعوان الذين لا يلتزمون بواجب الطاعة. وهو ما عبر عنه Raymond Odent بالتأكيد على أن السلطة الرئاسية تمنح للرئيس الإداري امتياز تنظيم وضعية الأعوان

151 - « Considérant que tout fonctionnaire es tenu de se conformer aux ordres qu'il reçoit de ses supérieurs hiérarchiques sauf qu'ils sont manifestement illégaux et en outre de nature à compromettre un intérêt public », CE, 2 décembre 1959, DlleSinay, Rec., p. 643.

152 م. إ. ت. س.، 14 جانفي 1999، عدد 15760، البلدي ضد وزير المالية، غير منشور.

153 VEDEL (G.), Droit administratif, PUF, Paris, 1976, p. 144 153

## 1. السلطة الترتيبية للوزراء أحد مكونات السلطة الرئاسية

صدرت عدة مناشير متعلقة بالحريات الدينية موجهة مباشرة إلى الأعوان العموميين. نجد مثلا منشور الوزارة الأولي بتاريخ 17 سبتمبر 1981 حول مظهر الأعوان بالإدارة والمؤسسات العمومية تذكيرا بواجبات العون بـ «دوام التحلي بالمظهر اللائق الذي يحفظ له احترامه وللإدارة هيبتها»، ويأذن للوزراء وكتاب الدولة بتوجيه التعليمات اللازمة إلى المصالح الإدارية والمؤسسات العمومية الراجعة إليهم بالنظر. وهو ما جاء أيضا بمنشور وزير الصحة العمومية المؤرخ في 5 ديسمبر 1991، وكذلك منشور وزير التربية الوطنية بتاريخ 4 جانفي 2003 الذي يدعو كافة المدرسين والمدرسات وكافة أوصاف المرربين والموظفين إلى إيلاء الهدام اللائق العناية التي يستحقها ويدعو مسؤولي الوزارة وإداراتها الجهوية والمؤسسات التربوية إلى «التقيد بالدقة اللازمة والحزم المطلوب بالإجراءات التي يقتضيها قانون الوظيفة العمومية في الغرض المذكور بالنسبة إلى جميع أوصاف الموظفين...».

وتتلائم السلطة الرئاسية مع المؤسسة الإدارية لأنها تتجسد في السلطات المختصة للجهة الرئاسية التي تمارس وظيفة المراقبة على الأعوان المرؤوسين. وبالتالي، فهي موجودة طالما تعلق الأمر بتنظيم هيكل إداري وتسييره. ومن هنا، إذا كانت الترتيب تمثل جملة القواعد العامة والمجردة الصادرة عن الرئيس الإداري لتنظيم المؤسسة وتسييرها، فإن السلطة الترتيبية الذاتية للوزراء تمثل أحد مكونات السلطة الرئاسية، وتعتبر أدونا رئاسية طالما أنها تنظيمية تحدد مسلك المرؤوسين الذين يتعين عليهم الالتزام بواجب الطاعة. يعتبر واجب الطاعة المحمول على كاهن الأعوان العموميين من أهم الواجبات التي يقوم عليها تنظيم سير العمل الإداري، ضرورة أن عدم احترام المرؤوس لتعليمات الرئيس يعتبر خطأ مهنيا فادحا نتيجة لتكيز جميع السلطات في الرئيس الإداري. إلا أن القضاء الإداري يؤكد «ولئن استقر فقه القضاء على اعتبار أن واجب تنفيذ أوامر الرئيس يعد من الواجبات الأولية المحمولة على العون، فقد حصر هذا الواجب في الأوامر الشرعية المتعلقة بأداء الوظيفة»<sup>150</sup>.

وعلى هذا الأساس، إذا كانت الترتيب الذاتية للرؤساء الإداريين تستمد وجودها من غياب النص التشريعي أو الترتيبي، فهي مبررة بالأساس الوظيفي والهيكلية للمرفق العام وتصطبغ بصفة التعليمات الرئاسية المطلوب التقيد بواجب طاعتها إلا إذا ثبت أنها غير قانونية. خلافا لمجلس

150 م، إ، ت، س، 27 جانفي 2001، عدد 17753، عبد الله ضد وزير الدفاع الوطني، غير منشور.

مثلا بفتح المناظرات وإعداد عدد صناعي للموظفين ومباشرة السلطة التأديبية عليهم إلخ... يمكن أن يؤدي هذا الاختصاص إلى قرارات فردية وكما يمكن أن يؤدي إلى قرارات تريبية وهو ما يمكننا من القول من أن الوزير يتمتع بسلطة تريبية. إلا أن السلطة التريبية التي يتمتع بها الوزير ليست سلطة تريبية عامة لأن ميدانها مقيد بميدان اختصاص الوزير... كما أن هذه السلطة ليست بالسلطة التريبية المستقلة لأنها محددة بالتشريع الذي أقر هذه السلطة<sup>147</sup>.

ويستقر فقه القضاء الإداري على مبدأ عدم تمتع الوزراء بسلطة تريبية عامة، عدا حالة التأهيل التشريعي أو التريبية. في مقابل ذلك، أقر القاضي الإداري مبدأ جواز تمتع الوزراء ورؤساء المؤسسات المندرجة في إطار اللامركزية باعتبارهم رؤساء مصالح بصلاحية اتخاذ تدابير تريبية بهدف تحقيق حسن سير وتنظيم المرافق العمومية الراجعة لهم بالنظر. يؤسس فقه القضاء السلطة التريبية التنظيمية على المبادئ التي تحكم المرافق العمومية، خاصة الاستمرارية والتأقلم ضرورة أن الممارسة الفعلية لسلطات التسيير لا تكون ممكنة دون الاعتراف للرؤساء الإداريين بحق مباشرة الصلاحيات التريبية الضرورية.

إلا أن ممارسة السلطة التريبية تبقى مقيدة بضرورة عدم معارضة النصوص الأعلى مرتبة حسب ما أقرته المحكمة الإدارية «وحيث استقر الفقه والقضاء الإداريان على إقرار حق رئيس الإدارة في إصدار المناشير والأعمال الداخلية التي يراها لازمة... لتفسير النصوص القانونية النافذة من خلال ما يعترها من غموض وترتيب النتائج لإجراء العمل بمقتضاها، شريطة عدم النيل من القوانين والتراتب المعمول بها»<sup>148</sup>.

تندرج المناشير ضمن مفهوم أوسع ظهر في القانون الإداري الألماني، وهو القانون «تحت أرضي» (droit souterrain) الذي يميز على أساسه بين القانون الإداري الداخلي والقانون الإداري الخارجي<sup>149</sup>. ويعرّف القانون «تحت أرضي» بأنه النشاط القانوني الداخلي للإدارة بمختلف سلطاتها الداخلية: التأويل والتوجيه وتنظيم المرفق العام، وذلك عن طريق المناشير، المذكرات، التوجيهات ومختلف الأعمال الداخلية. يختلف أساس هذه التدابير الداخلية التريبية حسب المعنيين بها. بعبارة أخرى، إذ تعلق الأمر بأعوان المرفق العام، فإن القانون يسند صلاحيات تريبية للرئيس الإداري باعتبارها أحد مكونات السلطة الرئاسية (1)، أما إذا وجهت المناشير لمستعملي المرفق العام، فإن الاختصاص التريبية للرئيس الإداري يعتبر ضروريا لتسيير المرفق العام (2).

147 البشير التكري، مدخل إلى القانون الإداري، مركز البحوث والدراسات الإدارية، المدرسة الوطنية للإدارة، تونس، 2000، ص. 110.

148 م، ل، ت، س، 17 أفريل 2007، عدد 19636، خالد الأكل ضد وزير المالية، غير منشور.

149 COMBEAU (P.), «État de droit, démocratie administrative et droit souterrain», in Démocratie et administration, actes du colloque organisé à Tunis les 10 et 11 octobre 2001, Édition Latrach, 2014, p. 145.



لئن تعددت المناشير الصادرة عن مختلف الوزارات، فإن هدفها واحد وهو ضبط وحماية السياسة الدينية للدولة. لكن، من الناحية القانونية، فإن القضاء الإداري هو الجهة الوحيدة المختصة بتصنيف هذه الأعمال الإدارية وبيان مدى احترامها للحقوق والحريات.

## 2. المكانة القانونية للمناشير المتعلقة بالحريات الدينية:

### تراتبية وزارية تخضع للرقابة القضائية

جاء في ملحوظات مندوب الدولة حول قرار مصطفى خوجة: «للإدارة مهمتان، مهمة تنظيمية ومهمة توجيهية؛ فالمهمة الأولى تمارس عن طريق الأوامر والقرارات حسب الصيغ التي حتمها الدستور من جهة والقوانين من جهة أخرى. أما المهمة الثانية فهي تمارس عن طريق المناشير وذلك لتسهيل عمل الأعوان الذين يسهرون على تطبيق القوانين والنصوص الترتيبية. وهكذا، فإن المناشير تعتبر إجراءات داخلية بالنسبة للإدارة وليس من شأنها أن تتسبب للمواطنين في أي ضرر»<sup>144</sup>. تنقسم القرارات الإدارية الانفرادية إلى قرارات تنفيذية مؤثرة في المراكز القانونية للمعنيين بها، وقرارات لا تمس من حقوق الغير. وتعتبر المناشير، وكذلك التوجيهات<sup>145</sup>، من الأعمال التي يقتضيها حسن سير المرفق العام والتي لا ترقى إلى درجة المقررات الإدارية التنفيذية مبدئياً، إلا أنها «لا تندرج ضمن مصادر الشرعية المألوفة إلا إذا تجاوزت حدود النظام الداخلي للمرفق»<sup>146</sup>.

أبرز القضاء الإداري في تونس أو في فرنسا موقفه من المناشير المتعلقة بالحريات الدينية، فقد أقر للرؤساء الإداريين بصلاحيته إصدار تدابير وتراتبية داخلية لتنظيم المرفق العام (أ)، وأقر أيضاً أنها خاضعة لرقابة القضاء الإداري (ب).

### أ. المحكمة الإدارية تقر للرؤساء الإداريين بصلاحيته إصدار تدابير وتراتبية داخلية لتنظيم المرفق العام

يقول الأستاذ البشير التكري «يكاد لا يخلو نص قانوني أو ترتيبي من إسناد الاختصاص للوزير. فنجد مثلاً أن القانون الأساسي للوظيفة العمومية أسند للوزراء عدة اختصاصات منها ما يتعلق

144 م. إ. ت. س.، 3 مارس 1978، عدد 133، مصطفى خوجة ضد الوزير الأول، م. ص. 44.  
145 «وحيث أنه في ضوء ذلك تكون التوجيهات المطعون فيها ذات صبغة تفسيرية لا تأثير لها على المركز القانوني للعارضة. وبالتالي غير قابلة للطعن بالإلغاء طالما أن ولاية هذه المحكمة لا تمتد إلى القرارات التي لا تتضمن تفسير القوانين والتراتبية الجاري بها العمل وكيفية تنفيذها والتي لا تحمل أي أثر بالنسبة للمنظورين ولا تتضمن أي تغيير في أوضاعهم القانونية التي تعتبر محددة بصورة مباشرة بالنصوص الترتيبية التي تمسهم»، م. إ. ت. س.، 24 نوفمبر 1993، عدد 2848، الوكالة الدولية للتجارة ضد المدير العام للدبوانة، م. ص. 569.

كما تحدد أيضا طريقة بناء الصوامع، إذ جاء بمنشور وجّه إلى والي قابس سنة 2007 أنه تمت ملاحظة بناء مآذن الجوامع والمساجد بأشكال مختلفة وغريبة عن الطابع التونسي، مع الاذن له بالحرص على إعداد أمثلة المعالم الدينية وبناء الصوامع بصفة مماثلة لجامع عقبة بن نافع، جامع الزيتونة وجامع العابدين. باعتبار أن الدين من الشؤون العامة للدولة، فإن المساجد والجوامع والزوايا الطرقية تعتبر من المرافق العمومية، وهو ما يفسر التسيير الإداري والمالي لهذا المرفق لتنفيذ استراتيجية وسياسة الدولة في هذا المجال. وتعتبر المناشير وسيلة من وسائل تنفيذ سياسة الدولة على مستوى التسيير المالي والبشري وبناء الجوامع.

من جهة أخرى، تجدر الإشارة إلى أن سلطة الوزراء تبدو موسعة في مجال تقييد الحريات نتيجة اكتفاء المشرع سواء بعبارات عامة تترك مجالا واسعا للتأويل أو الاكتفاء بالإحالة للسلطة الترتيبية للوزراء. في هذا الإطار، استوجب الجانب الاعتباري والمعماري للمعالم الدينية الحد من مبدأ حرية التجارة والصناعة، وذلك بتحديد مسافات فاصلة بينها وبين بعض المحلات، مثل المقاهي والمحلات المماثلة لها أو القاعات التي تنظم بها ألعاب العموم.

لكنّ الملاحظ، في هذا السياق، أن تحديد هذه المسافات تم بموجب نص ترميني وليس تشريعي، ذلك أن الفقرة الثانية من الفصل<sup>139</sup> 11 من القانون عدد 147 لسنة 1959 المؤرخ في 7 نوفمبر 1959<sup>140</sup> المتعلق بالمقاهي والمحلات المماثلة لها اكتفت بالإحالة للسلطة الترتيبية لوزير الداخلية لتحديد مضمون كراس الشروط؛ كذلك الشأن بالنسبة للفصل 3 من المرسوم عدد 20 لسنة 1974 المؤرخ في 24 أكتوبر 1974 المتعلق بإقامة معارض الألعاب وألعاب البيت واليانصيب<sup>141</sup>. فقد تضمن الفصل 18 من كراس الشروط المتعلق باستغلال المقاهي من الصنف الأول (المصادق عليه بموجب قرار وزير الداخلية المؤرخ في 10 سبتمبر<sup>142</sup> 2004) أن من بين الشروط الخاصة، يجب أن تفصل المحل، على الأقل نظريا، مسافة لا تقل عن مائة وخمسين مترا عن المعالم الدينية والمساجد (بالنسبة للمقاهي وقاعة الشاي)، ومائة متر بالنسبة للمشرب (الفصل 21)، وهو ما تضمنه أيضا الفصل 9 من كراس الشروط المتعلقة بالقاعات التي تنظم بها ألعاب العموم المصادق عليه بموجب قرار وزير الداخلية الصادر بنفس التاريخ<sup>143</sup>، إذ يجب أن تفصل المحل مسافة لا تقل عن مائة وخمسين مترا عن المعالم الدينية والمساجد.

139 تمت إضافتها بموجب القانون عدد 27 لسنة 2001 المؤرخ في 8 مارس 2001، الرائد الرسمي للجمهورية التونسية عدد 20، 9 مارس 2001، ص. 599.

140 الرائد الرسمي للجمهورية التونسية، عدد 57، 20-17 نوفمبر 1959 ص. 1679.

141 الرائد الرسمي للجمهورية التونسية، عدد 64، 29 أكتوبر 1974، ص. 2502. تمت المصادقة عليه بموجب القانون عدد 96 لسنة 1974 المؤرخ في 11 ديسمبر 1974، الرائد الرسمي للجمهورية التونسية، عدد 77، 17 ديسمبر 1974، ص. 3027.

142 الرائد الرسمي للجمهورية التونسية، عدد 75، 17 سبتمبر 2004، ص. 2836.

143 الرائد الرسمي للجمهورية التونسية، عدد 75، 17 سبتمبر 2004، ص. 2842.

والمعاهد ومؤسسات التعليم الخصوصي<sup>137</sup>). بالنسبة للمدارس، يبرز المنشور أنه، نتيجة غياب تراتيب وطنية، فإن أقصى العقوبة يمكن أن يصل إلى الطرد بعد استشارة مجلس المدرسة وسماع العائلة المعنية. ومن جانب آخر، ينص المنشور على الأثر النسبي لقرار الطرد إذ أنه لا يلزم المدارس الأخرى ولا يعتبر سببا لرفض ترسيم التلميذ في مدرسة أخرى؛ ذلك أن هذه الأخيرة مطالبة بتعديل ذاتي لقرار رفض الترسيم بصفة مستقلة عن قرار الطرد.

إن السياسة الدينية للدولة لا تقتصر على ضبط التوجهات وفرض أو منع بعض السلوكيات، بل تفترض كذلك تسيير المرفق العام الديني الذي يخضع إلى نصوص قانونية وترتيبية ومناشير وزارة الشؤون الدينية.

#### 4. مناقشير تهدف إلى تنظيم المرفق العام الديني

تعتبر المساجد والجوامع من مكونات الملك العام للدولة ترجع بالنظر إلى وزارة الشؤون الدينية التي تتولى تسييرها عن طريق الموارد المالية والبشرية<sup>138</sup>. تقوم وزارة الشؤون الدينية، كما بقية الوزارات، بتنظيم هذا المرفق وتسييره عن طريق المناشير والأعمال الداخلية. يتميز بناء المعالم الدينية في تونس بشكلها المعماري الموروث عن أول جامع في المغرب العربي، وهو جامع عقبة بن نافع (وقع بناؤه سنة 670 م بالقيروان)، والذي أثر على باقي الجوامع منها خاصة جامع الزيتونة (شيد سنة 698م بمدينة تونس العتيقة) الراجع للسنة على المذهب المالكي.

ويمثل الشكل المعماري موروثا معماريا تعمل وزارة الشؤون الدينية على حمايته لتوحيد الخصائص المعمارية، وهو ما جاء بمنشور وزير الشؤون الدينية عدد 138 المؤرخ في 28 مارس 2004 الذي أكد حرص الوزارة على «توحيد الخصائص المعمارية للجوامع والمساجد التونسية، والحفاظ عليها». يأتي هذا المنشور بعد أن تمت ملاحظة بناء مآذن الجوامع والمساجد «بأشكال مختلفة، وغريبة، أحيانا، عن الطابع التونسي الذي تميزت به أغلب جوامع بلادنا ومساجدها». لذلك، يوجب هذا النص، عند إعداد أمثلة المعالم الدينية، بناء الصوامع على شكل مربع متكون من أربعة جوانب متوازية ومماثل للشكل الذي بنيت به صومعة جامع عقبة بن نافع وجامع الزيتونة وجامع مالك بن أنس (جامع العابدين سابقا).

Décret n°85-924 du 30 août 1985 relatif aux établissements publics locaux d'enseignement (JORE, 31 août 1985, p. 10100) et le décret n°85-1348 du 18 décembre 1985 relatif aux procédures disciplinaires dans les collèges, les lycées et les établissements d'éducation spéciale (JORE, 20 décembre 1985, p. 14849).

138 عبد الكريم العويبي، الإدارة والحريات الدينية، في «الحريات الدينية في تونس»، مؤلف جماعي تحت إشراف الأستاذ وحيد الفرشيشي، تونس، 2015، ص. 124.

إقرار زي موحد خاص بكل معهد. بالنسبة للمنشور عدد 1253 الصادر عن وزارة الشباب والرياضة بتاريخ 28 مارس 1987، فقد ركز على توحيد الأزياء الرياضية حسب خصوصية كل نشاط رياضي. وحمل المسؤولية إلى مسؤولي الجامعة والرابطة ومسيري النوادي الرياضية والحكام لضمان تطبيق هذا المنشور وإقصاء كل من يخالفه. يشدد هذا المنشور العقوبات ضد مخالفه، إذ تضمن إقصائهم من جميع المسابقات الرياضية وتعريض أنفسهم إلى الإجراءات التأديبية.

أما بالنسبة لمنشور وزير التربية المؤرخ في 4 جانفي 2003 حول لياقة الهندام، فإنه يدعو المدرسين والمدرسات وكافة أصناف المربين والموظفين إلى عدم الخروج عن المألوف في الملبوس ببلادنا ويذكر بتحجير كل لباس لا يمت بصلة لهوية البلاد وثقالتها. إجرائيا، يدعو الوزير المسؤولين الإداريين إلى فرض الانضباط وتسيط العقوبات على مخالفتي الترتيب الإدارية الصادرة في هذا الشأن، و«أهيب بكافة المديرات والمديرين بالإدارة المركزية وبالإدارات الجهوية وبالمؤسسات التربوية ومراكز التكوين المهني التقيد بالدقة اللازمة والحزم المطلوب بالإجراءات التي يقتضيها قانون الوظيفة العمومية في الغرض المذكور بالنسبة إلى جميع أصناف الموظفين وبالترتيب المدرسية بالنسبة للتلميذات والتلاميذ». وعلى أساس هذا المنشور، تصدر مراسلة سرية من ديوان وزارة التربية بتاريخ 9 سبتمبر 2005 إلى متفقي الدوائر ومديري المراكز الجهوية للتربية والتكوين المستمر ومديري المعاهد والمدارس الإعدادية والابتدائية ومديري مراكز التكوين لموافاة الإدارة الجهوية بتقارير مفصلة عند نهاية كل ثلاثية حول حالات الانتحاء والإيحاء الطائفي، والغريب أن المراسلة تضيف حالة التبرج<sup>136</sup>، وذلك بالتعرض إلى الحالات المرصودة والمسجلة وكيفية التعامل معها.

غير أنه، لئن تعد المناشير في تونس بمثابة العقوبة الجماعية لأشخاص معينين لمجرد تبني توجه ديني معين، فإن المنشور الفرنسي لسنة 1989 يعطي سلطة أوسع للهياكل التأديبية في المؤسسات التعليمية حيث تتمتع هذه الأخيرة بسلطة تقديرية، خاضعة لرقابة القضاء الإداري، لتحديد ما إذا كان حمل أي علامة دينية من شأنه أن يمثل خطأ موجبا للعقاب، أي من شأنه تعطيل سير المرفق العام التعليمي. كما يتميز المنشور الفرنسي أيضا بإفراد العقوبة حيث تختلف حسب إذا ما تعلق الأمر بمدرسة من جهة أو بمدرسة إعدادية أو بمعهد من جهة أخرى (يحيل المنشور إلى الترتيب المتعلقة بالنظام التأديبي في المؤسسات العمومية المحلية للتعليم والمدارس الإعدادية

136 يمكن تفسير هذه الإضافة بمحاولة إخفاء السبب الأصلي من وراء إصدار هذه المراسلة.

المعهد أن يضمن تطبيق مبدأ حياد المؤسسة التعليمية وفقاً للإجراءات القانونية.

بالإضافة إلى ذلك، تهدف المناشير الصادرة في هذا المجال إلى توجيه الخطاب الديني، وذلك خدمة لسياسة الدولة أو للتوقي من الخطاب المتشدد. وهو ما عرفته البلاد التونسية خاصة منذ 2011 حيث استفادت التيارات المتشددة من مناخ الحريات والعفو العام وعودة أغلب القيادات من الخارج لاستغلال المساجد والجوامع وتنحية الأمة وتنصيب نظرائهم. لذلك، تم إحداث، بوزارة الشؤون الدينية، لجنة مهمتها رصد ومتابعة الوضع بالمساجد التي شهدت حالات توتر واضطراب، بموجب قرار وزير الشؤون الدينية المؤرخ في 21 ماي 2012<sup>135</sup>. تطلب توجيه الخطاب الديني ومتابعة سير الجوامع والمساجد إصدار منشور وزير الشؤون الدينية سنة 2015، الذي، بعد التذكير بـ«اتسام خطاب بعض الأمة بالتشدد والغلو وبث الفتنة في المجتمع، مما أثار امتعاض رؤاد المعالم الدينية»، دعا الوعاظ المحليين إلى مواكبة الخطب الجمعيّة وموافاة الوزارة بتقارير أسبوعية في الغرض عشية كل يوم جمعة.

إذا اقتصر أولى المناشير الهادفة إلى الوقاية من التطرف الديني على منع لباس معين، فإن ذلك ليس من شأنه أن يحقق ما تهدف إليه السلط العمومية، وهو ما يفسر الصبغة الجزرية للمناشير اللاحقة الهادفة إلى التصرف في التطرف الديني.

### 3. مناشير تهدف إلى التصرف في التطرف الديني

يهدف التصرف في التطرف الديني إلى زجر الممارسات التي منعتها المناشير. في هذا الإطار، تضمنت المناشير الصادرة منذ أواخر الثمانينات بعدا عقابيا وتأديبيا واضحا ضد أعوان ومستعملي المرافق العامة، خاصة منها التعليمية. تتضمن هذه المناشير أولا تذكيرا بتحجير الزي الطائفي؛ فقد جاء بالمنشور الصادر عن إدارة التعليم العالي تحت عدد 87 / 219 «وفي هذا الصدد أذكركم بتحجير ارتداء الزي الطائفي الذي ليس له صلة بعاداتنا ولا يليق ظهوره في مؤسسات جامعية غابتها العمل على تقدم البلاد ورفي الشعب وتهذيب السلوك ونبذ كل تطرف في المواقف».

وذكر المنشور عدد 22 الصادر عن وزير الدولة المكلف بالتربية والتعليم البحث العلمي بتاريخ 7 سبتمبر 1987 على «تحجير ارتداء الزي الطائفي الذي هو دخيل على تقاليدنا ويعبر عن سلوك شاذ ثبت أنه لا قصد من ورائه سوى تفكيك أواصر الأمة وغرس بذور التفرقة والشقاق بين أفراد الشعب الواحد». كما أحال هذا المنشور إلى مجالس المعاهد المزعم إحداثها بالنظر في إمكانية

## 2. مناشير تهدف إلى الوقاية من التطرف الديني

تتجسم هذه الوقاية من خلال إعادة الاعتبار للدين بإعادة رفعه إلى مستوى الثوابت وحمائته من المتغيرات الداخلية والخارجية. يبقى هذا التصور باتصال بمسائل عديدة منها خاصة تلك المتعلقة بالتربية، لذلك فإن أغلب المناشير نجدها صادرة عن الوزارات المكلفة بالتربية والتعليم باعتبار أن مكانة المدرسة في المنظومة التربوية تعد أساسية. لذلك ذكر المنشور عدد 108 الصادر عن وزير التربية القومية أن «آداب الدراسة تقتضي أن يلتزم التلميذ أو التلميذة بالمدرسة إلى جانب الاستقامة في السلوك اللياقة في الهندام. وقد ورد بذلك القانون المدرسي وخوّل للمسؤولين عن المعاهد التعليمية مهمة السهر على تطبيق هذه الترتيبات»<sup>133</sup>. إن تصنيف اللباس بـ«الطائفي» يعكس خلفيته السياسية باعتباره يعكس تطرفا في المواقف ودخيلاً على التوجهات الدينية للدولة، خاصة وأن نشاط الحركة الإسلامية في تونس تحول من دعوي إلى سياسي. وقد أشار منشور وزير التربية القومية عدد 108 لسنة 1981 إلى ذلك صراحة، حيث تضمن «ولئن ادّعى هذا الزي لنفسه الاحتشام، فإنه يرمز لا محالة إلى ضرب من الشذوذ والانتساب إلى مذهب متطرف هدام وهو ما يتعارض مع ما دعا إليه المجاهد الأكبر... من ضرورة تحييد معاهد التعليم وابعادها عن كافة التيارات السياسية».

يجدر التذكير أن المنشور الصادر عن وزير التربية الفرنسي يترجم فلسفة سياسية أخرجت ضمن، في إطار الوقاية من التطرف، ضرورة إجراء حوار مع التلميذة المعنية بالأمر، وذلك ضماناً لحقها في الدفاع وتفادياً للجوء مباشرة للحل الإقصائي<sup>134</sup>. يحدد منشور 1989 الإجراءات الواجب اتباعها حسب مبدأ التدرج حيث على مدير المؤسسة التعليمية أو الإطار الأكاديمي استعمال الإقناع والحوار مع التلميذة (ة) ووالديه/ها والتفرغ لذلك، قبل اللجوء للوسائل الجزرية أو التأديبية حسب ظروف وملابسات كل مسألة مراعاة لمصلحة التلميذ وحسن سير المؤسسة التعليمية. إلا أنه، في صورة عدم التوصل لاتفاق في أجل معقول، يتعين على مدير المدرسة أو

On lit dans la circulaire du ministre français de l'Éducation nationale du 12 décembre 1989 « La laïcité, 133 principe constitutionnel de la République, est un des fondements de l'École publique. À l'école comme ailleurs, les croyances religieuses de chacun sont affaire de conscience individuelle et relèvent de la liberté. Mais, à l'école, où se retrouvent tous les jeunes sans aucune discrimination, l'exercice de la liberté de conscience, dans le respect du pluralisme et de la neutralité du service public, impose que l'ensemble de la communauté éducative vive à l'abri de toute pression idéologique ou religieuse

Ainsi, la volonté ministérielle de ne pas exclure est nette. Elle a été soulignée avec constance par le » 134 ministre. Elle conduit à insister sur le nécessaire dialogue et le rôle de la persuasion et à écarter le plus possible la contrainte. Cela procède de toute une philosophie politique, dont découle une conception de l'administration : respect de la dignité de l'administré et souci de convaincre », DURAND-PRINBORGNE

(C.), art. précité, p. 16

وليس للقواعد الشرعية. بمعنى آخر، كرست دولة الاستقلال علوية القانون الوضعي على القواعد الشرعية؛ أي أنه لا يمكن تطبيق قاعدة شرعية إلا إذا كانت غير متعارضة مع سياسة الدولة التي تكرسها القوانين وتطبقها الإدارة.

فقد جاء مثلاً منشور وزير العدل لسنة 1973 حول زواج التونسية بغير المسلم «دأبت السياسة الشرعية التونسية منذ فجر الاستقلال على العمل على نقاوة العائلة من كل الشوائب، وتنشئتها مبرأة من كل تفكك، وانحلال، حتى يستقيم المجتمع استقامة تمكنه من شق طريقه في المستوى الذي يليق بكل مجتمع بناءً، كريم، إذ العائلة السليمة في المجتمع السليم، والمجتمع السليم إنما هو وليد العائلة القوية، الحصينة». بذلك، يعتبر هذا المنشور تفسيراً للفصل الخامس من مجلة الأحوال الشخصية حول الموانع الشرعية حسب مراد واضح القانون بما يخدم سياسة الدولة في تلك الفترة. كما حظر منشور مزالي لسنة 1981 فتح المحلات التجارية والمقاهي والمطاعم في رمضان احتراماً لمشاعر الصائمين. يأتي هذا المنشور في فترة أرادت فيها الدولة دعم سياستها الحمائية للشعائر الإسلامية نقضاً لفكرة أن الدولة تحارب الدين، خاصة مع بداية التوجه السياسي للحركة الإسلامية.

من جهة أخرى، أدّى اعتبار الدين من الشؤون العامة إلى توظيف الخطاب الديني خدمة لسياسة الدولة والدفاع عنها. حيث، قبل 2011، لم تخلو خطب صلوات الجمعة أو المناسبات الرسمية من الدعاء للرئيس السابق، ولم تبخل السلط العمومية عن مد الأئمة والخطباء بالإحصائيات والمعطيات اللازمة التي لا يتحصل عليها الباحث العلمي. نجد، مثلاً، في المراسلة عدد 122/12 من وزارة الداخلية إلى معتمد جملة بتاريخ 14 سبتمبر 2006 حول اسهام الخطاب الديني في تجسيم القرار الرئاسي في مجال التغطية الاجتماعية، إذنا بـ «دعوة السادة الأئمة الخطباء إلى تناول هذا الموضوع في خطبهم الجمعية ودروسهم الأسبوعية مستأنسين في ذلك بما ورد في المذكرة المصاحبة<sup>132</sup>».

إجمالاً، جاءت المناشير لتفرض على الإدارة والقضاء التوجه التشريعي للسياسية الشرعية للدولة، بما في ذلك الوقاية من التطرف الديني.

132 تبين المذكرة المصاحبة فوائد التغطية الاجتماعية للأعمال المستقلة ومقدار المساهمات الاجتماعية حسب شرائح الدخل.

أخيراً، في مطلع القرن الواحد والعشرين، تميزت هذه الفترة بالحرب على الإرهاب التي أعلنتها الولايات المتحدة الأمريكية منذ أحداث 11 سبتمبر 2001، وبدأت هذه الأخيرة تمارس ضغطاً علينا على الدول العربية والإسلامية لتغيير وتعديل المناهج الدراسية وتقويض مراكز التعليم التقليدية. بالنسبة للدولة التونسية، انخرطت في المجهود الدولي لمكافحة الإرهاب بإعلان الحرب على كل ما يرمز للجهاد والتطرف، خاصة الزي الطائفي لتجاوز مرحلة الفتور التي ميزت علاقة تونس بالغرب في التسعينات نتيجة عدم احترام الحقوق والحريات<sup>131</sup>. وهو ما يفسر صدور منشور 4 جانفي 2003 حول لياقة الهدام، وهو المنشور الذي يعتبر أكثر زجرية فيما يتعلق بمحاربة الزي الطائفي.

تمكّن الظروف الداخلية والخارجية من فهم السياق التاريخي لصدور المناشير المتعلقة بالحريات الدينية في تونس، وتمكّن كذلك من تحديد مضامين هذه المناشير.

## ب. مضمون المناشير المتعلقة بالحريات الدينية:

### الدفاع عن السياسة الدينية للدولة

مبدئياً، تصدر المناشير من السلطة الإدارية العليا إلى السلطة الأدنى منها درجة لتوضيح وتأويل النصوص القانونية أو الترتيبية، إلا أنه جرت العادة في تونس أن لا تكتفي الإدارة بهذا الدور التفسيري للمناشير، بل تستعملها لإصدار وإضافة قواعد ترتيبية مؤثرة في المراكز القانونية. وشكلت الصبغة الترتيبية للمناشير سندا لتأسيس المقررات الإدارية الفردية، ومرد ذلك ارتباطها الوثيق بالتعبير عن الانتماء الديني. بقراءة المناشير الصادرة في مجال الحريات الدينية، يمكن تقسيمها إلى مناشير تهدف إلى فرض السياسة الشرعية للدولة (1)، مناشير تهدف إلى الوقاية من التطرف الديني (2)، ومناشير تهدف إلى التصرف في التطرف الديني (3) ومناشير تهدف إلى تنظيم المرفق العام الديني (4).

### 1. مناشير تهدف إلى فرض السياسة الشرعية للدولة

باعتبارها من الشؤون العامة، أصبحت الأمور الدينية من اختصاص السلط العمومية التي يمكنها فرض توجه ديني معين أو منع سلوك عام يتنافى مع سياسها الدينية. بعبارة أخرى، اعتباراً لمدينة الدولة، فإن ضبط السياسة العامة للدولة وتنظيم الحياة العامة يخضع للقانون الوضعي

131 تجدر الإشارة إلى أن توتر العلاقات السياسية بين تونس والدول الغربية (خاصة الأوروبية) نتيجة انتهاكات حقوق الإنسان والحريات كان له أثره القانوني حيث أدرج الاتحاد الأوروبي في اتفاقية الشراكة المبرمة في 17 جويلية 1995 بنداً يمكنه، على أساسه، تعليق العمل بالاتفاقية إذا تبين وجود انتهاك واضح للحقوق والحريات في تونس. لذلك، أضاف التنقيح الدستوري لسنة 1997 شرط المعاملة بالمثل لتعتبر المعاهدة الدولية نافذة المفعول.



مطلع الثمانينات<sup>127</sup>، خاصة في الجامعات مما أدى إلى غلق بعض الكليات. أما فيما يتعلق بالحرب الأفغانية، فإن تأثيرها كان على الهدام إذ اعتبر اللباس الأفغاني رمزا للجهاد وللالتزام الدينيين. لذلك، اعتبرت السلط العمومية هذا اللباس «طائفيًا»، وخاصة دخيلا على الثقافة الدينية التونسية. وهو ما عبرت عنه أولى المناشير الصادرة في هذ الشأن في سبتمبر 1981، فقد جاء بمنشور الوزارة الأولى «...يجدر التنبيه إلى ظاهرة أخرى تتمثل في الخروج عن تقاليدنا الهندامية المتعارفة لدى العموم، وفي البروز بلحاف يكاد يكتسي صبغة الزي الطائفي...»، وجاء بالمنشور عدد 108 لوزير التربية القومية «... لقد لوحظ بروز ظاهرة أخرى تتمثل في الخروج عن تقاليدنا في اللباس وذلك بالتجاء بعضهنّ إلى التحاف زي يكاد يكتسي صبغة اللباس الطائفي المنافي لروح العصر والتطور السليم». وهو ما جاء أيضا بالمنشور الصادر عن وزارة التربية الفرنسية في ديسمبر 1989<sup>128</sup>.

من جهة أخرى، وفي أوائل التسعينات، اعتبرت الحالة الجزائرية من أبشع حالات الصدام بين الإسلاميين والدولة. كانت الجزائر، عندما اكتسحتها موجة العنف في مطلع التسعينات، تعيش تحولا سياسيا، كان يمكن لها أن تصبح نموذجا لشعوب ودول المنطقة. بعد انتفاضة 1988، تمت المصادقة على تعديل دستوري يكرس التعددية الحزبية. أدت الانتخابات البلدية المجراة في جويلية 1990 إلى حصول الجبهة الإسلامية (حزب إسلامي سياسي يضم عدة تيارات فكرية)<sup>129</sup> للإنقاذ على 55 في المائة من الأصوات (856 من جملة 1541 مقعدا)<sup>130</sup>. في 11 جانفي 1992، أعلن الرئيس الجزائري الشاذلي بن جديد عن استقالته وأعلن عن إلغاء الانتخابات البرلمانية وتولى الجيش السلطة. خلال السنوات التالية، اندفع آلاف الشبان المسلحين إلى الجبال في استعادة لتقاليد حرب التحرير، بدعم من المسلحين الإسلاميين العائدين من أفغانستان. ومنذ ذلك التاريخ، دخلت الجزائر في دوامة العنف التي لم تنتهي إلا بانتخاب عبد العزيز بوتفليقة رئيسا للدولة سنة 1999.

Des actes de désordre, provoqués par des militants révolutionnaires encouragés par le régime Khomeiny, » 127 créent l'anarchie dans la ville. Fait nouveau, des cocktails Molotov, les boules d'acier, des armes blanches, des clous et des pierres sont utilisés. L'Iran khomeyniste et son ambassade, impliqués directement dans ces événements, aident et soutiennent publiquement les manifestants et dénoncent le régime tunisien. Des armes et des tracts d'origine iranienne sont découverts. Une guerre médiatique et politique s'en suit. En mars 1987, la Tunisie rompt les relations diplomatiques avec l'Iran », Id, pp. 380-381

Les controverses qu'à provoquées le port d'un foulard par quelques filles de confession ... » 128  
... islamique

ELDIN SHAHIN (E.), Political ascent : Contempory islamic movement in north Africa, Westview Press, 129  
1988, p. 136

130 محمد العباسي، السلطة والحركة الإسلامية في الجزائر، دار المعارف، القاهرة، 1993، ص. 130 وما بعدها.

لتخرج المدينة عن سلطة الدولة وتستمر سيطرة الإسلاميين المسلحين عليها طوال عشرة أيام بهدف إشعال حالة تمرد وطنية شاملة. إلا أن هجوم النظام كان عنيفا ودمويا استخدم فيه الأسلحة الثقيلة وكثافة هائلة من النيران لتدمير المدينة وقواعد الإسلاميين فيها.

إضافة إلى ذلك، كانت المقاومة الأفغانية في سنواتها الأولى، ولم تمر سوى أربعة أشهر على الأحداث الدامية في سوريا، عندما احتلت القوات الإسرائيلية بيروت في 6 جوان 1982 لإخراج المقاومة الفلسطينية من لبنان. إن أغلب سكان الجنوب اللبناني الذي احتله الإسرائيليون هم من المسلمين الشيعة. وبتجمع المقاومة برعاية الحرس الثوري الإيراني، نشأ حزب الله الذي، إضافة لمقاومته الاحتلال الإسرائيلي والأمريكي والفرنسي<sup>123</sup>، أخذ في إقامة عدة مؤسسات للخدمات والرعاية والتعليم والبناء<sup>124</sup>.

كان انتصار حزب الله انتصارا كبيرا للتيار الإسلامي في المنطقة العربية والعالم الإسلامي، وكان انتصارا لإيران الخمينية التي وقفت وراء الحزب طوال سنوات نضاله. ولم يقتصر تأثير انتصار حزب الله على لبنان وفلسطين، بل حتى تونس خاصة مع انتقال المقاومة الفلسطينية إلى تونس التي تحملت تبعات ذلك بقصف إسرائيل حمام الشط في أول أكتوبر 1985.

وكما الشأن في دول أخرى، كان لهذه الظروف أثرها الهام في الواقع التونسي حيث أصبحنا نميز بين المسلم والإسلامي. فإذا كان المسلم هو الشخص الذي يمارس شعائره الدينية كراس مال رمزي، فإن الإسلامي حامل لمشروع تغيير المجتمع وأسلمة الدولة. إن بروز الحركة الإسلامية في تونس في أوائل الثمانينات لم يكن بمعزل عن الأحداث الدولية<sup>125</sup>، خاصة الثورة الإسلامية الإيرانية والحرب الأفغانية. فيما يتعلق بالثورة الإيرانية، فإن تأثير الحركة الإسلامية بها لم يكن محل شك.

إن قطع العلاقات الدبلوماسية مع إيران في مارس 1987 كان نتيجة تأثير الإسلاميين بالخميني<sup>126</sup> وتدخل السفارة الإيرانية في أحداث الشغب والعنف التي قام بها الإسلاميون في

123 في 23 أكتوبر 1983، فجر حزب الله مقر المشاة الأمريكيين قرب مطار بيروت، ومقر المظليين الفرنسيين، في وقت واحد، مخلفا 241 في صفوف الأمريكيين و58 في صفوف الفرنسيين. انسحبت القوات الدولية في جانفي 1984، والقوات الإسرائيلية في 24 أبريل 2000. 124 فضيل أبو النصر، حزب الله: حقائق وأبعاد، الشركة العالمية للكتاب، بيروت، 2003، ص. 127.

125 Durant la période d'avant 1978, le groupe qui agissait dans les mosquées et s'occupait de piété... 126 et de questions doctrinales n'avait rien qui puisse le distinguer des Frères Musulmans d'Égypte... Entre les années 1979 et 1984, ce fut une période d'interaction intense avec les autres courants idéologiques du pays, favorisée par le besoin de créer un mouvement de solidarité en faveur de la direction emprisonnée, que par la découverte du discours égalitaire de la révolution iranienne à ses débuts », HERMASSI (E.), L'État tunisien et le mouvement islamiste, AAN, tome XXVIII, 1989, p. 297

La révolution iranienne leur donnait un souffle nouveau. Ils commençaient à brandir les portraits de » 126 Khomeiny. Nous en avons profité pour ne plus les appeler islamistes mais khomeynistes », BACCOUCHE (H.), En toute franchise, Sud Éditions, 2018, p. 358

من أجل استقلال الأقلية المسلمة عن الأغلبية غير المسلمة. أدى انتشار الفكر الجهادي إلى انتشار الثقافة الإسلامية الأفغانية، بما فيها مسألة الهندام<sup>120</sup>؛ حيث أصبح الزي الأفغاني رمزا للجهاد ضد مستعمري الدول المسلمة أو أنظمة الحكم التي لا تحكم بقواعد الشريعة الإسلامية.

ويؤكد منشور وزارة التربية القومية أنه «لوحظ بروز ظاهرة أخرى تتمثل في الخروج عن تقاليدنا في اللباس، وذلك بالتجاء بعضهن إلى التحاف زي يكاد يكتسي صبغة اللباس الطائفي المنافي لروح العصر... ضرورة تحييد معاهد التعليم وإبعادها عن كافة التيارات السياسية». من جانب آخر، لا تفوت الإشارة إلى أن الإدارة الأمريكية طلبت من المملكة السعودية استخدام أموالها لمنع تقدم الاتحاد السوفياتي في دول العالم الإسلامي، وهو ما أدى إلى انتشار الفكر الوهابي في المملكة وخارجها؛ أي بعبارة أخرى، عملت المملكة على تصدير الفكر الوهابي المتشدد، الذي رفضته الإيالة التونسية في القرن التاسع عشر، بطلب من الولايات المتحدة الأمريكية في إطار الحرب الباردة<sup>121</sup>.

تميزت نفس الفترة بأحداث أخرى لها طابع ديني. شهدت مصر طوال السبعينات بروز عديد التنظيمات الإسلامية المتطرفة التي ارتكبت عددا من أعمال العنف، غير أن ما عاشته سنة 1981 كان عنفا على مستوى آخر. في السادس من أكتوبر، عند مشاهدة الاستعراض العسكري في ذكرى نصر 1973، تم اغتيال الرئيس المصري أنور السادات عن طريق الإسلاميين (بقيادة خالد الاسلامبولي) لتنفيذ الخطوة الأولى في ثورة إسلامية مسلحة، تطيح نظام الحكم وتقيم في مصر دولة إسلامية.

أما في سوريا، في 2 فيفري 1982، كانت معركة حماة ذروة الصدام بين النظام ومعارضيه من الإسلاميين<sup>122</sup> حيث نادى مكبرات أصوات المساجد على السكان بالجهاد باسم علماء المدينة،

Il a suffi des foulards sous lesquels trois petites élèves maghrébines du collège de Creil cachaient » 120 leur chevelure pour que le débat rebondit... ce qui aurait pu passer pour un simple détail vestimentaire, quasiment folklorique, lié à une tradition locale, comme le sari indien ou le kimono japonais », RIVERO (J.), «L'avis de l'Assemblée générale du Conseil d'État en date du 27 novembre 1989», art. précité, p. 1

121 في حوار مع الصحيفة الأمريكية The Washington Post، كشف ولي العهد السعودي أن انتشار الفكر الوهابي يعود إلى فترة الحرب الباردة عندما طلب حلفاؤها استخدام أموالها لمنع التقدم السوفياتي في العالم الإسلامي. وأضاف أن الحكومات السعودية المتعاقبة «قدت المسار والآن نريد طريق العودة»، صحيفة القدس العربي، 27 مارس 2018.

122 بعد إقرار مجلس الشعب السوري القانون رقم 49 في جويلية 1980 بإعدام كل من ينتمي لجماعة الإخوان المسلمين، «وجد الإخوان المسلمون أنهم مستهدفون على كل الأحوال؛ وراحت العناصر الإخوانية تنحاز للطليعة المقاتلة بدون انتظار رأي قيادتها في الخارج. وفي النهاية، رمى الإخوان المسلمون بثقلهم رسميا في غمار المعركة... نظمو الإضرابات والمظاهرات، هاجموا بالمتفجرات والسيارات المفخخة مجلس الوزراء، وقيادة القوات الجوية، ومجمعا للأجهزة الأمنية في منطقة الأوزبكية. اغتالوا كل من طانته أيديهم من ضباط الأمن وموظفي الدولة؛ بل حاولوا اغتيال الرئيس نفسه في هجوم بالقنابل اليدوية في يونيو/حزيران 1980»، بشير موسى نافع، الإسلاميون، مركز الجزيرة للدراسات، الطبعة الثانية، 2013، ص. 162-161.

أدت سيطرة الشيوعيين على الحكم سنة 1979 إلى إثارة معارضة إسلامية باعتبار أن الولاء القبلي كان هو السائد خارج العاصمة كابول، وتمتع العلماء المسلمون بنفوذ كبير في حياة الناس. أخذ التعليم الحديث، بقلعته الكبريين: المدرسة والجامعة، في إزاحة مراكز وحلقات التعليم الإسلامي التقليدي عن مواقعها المسيطرة منذ النصف الثاني من القرن التاسع عشر. لكن بمرور قرن من الزمان، حتى بدأت المدرسة والجامعة الحديثتان في اكتساب صبغة ومحتوى إسلاميين. وفي العديد من البلدان الإسلامية، تلعب مؤسسات التعليم الإسلامي دورا هاما وحيويا في تعليم الإناث؛ ولو لا وجود هذه المؤسسات ربما لم تتلق عديد الفتيات في المناطق الإسلامية المحافظة تعليما نظاميا. واستطاعت حركة التحديث خلال النصف الأول من القرن العشرين تغيير أتماط لباس الرجل والمرأة في معظم المدن الإسلامية، وسرعان ما انتشرت أتماط جديدة من الحجاب، حتى في عواصم التحديث الكبرى مثل القاهرة وبيروت وتونس، وفي شوارع لندن وباريس، تقوم على أساس إعادة الاعتبار لأتماط اللباس التقليدي، الذي يتصور بعض الإسلاميين وجود علاقة تلازمية بينه وبين الحفاظ على الهوية الإسلامية.

جلبت المعارضة الإسلامية انتباه الأمريكيين الذين أخذوا في إقامة اتصالات معها عن طريق حلفائهم الباكستانيين. لكنّ التدخل الأمريكي تدعم أكثر بعد الاحتلال السوفياتي في ديسمبر 1979، حيث وجدت الإدارة الأمريكية في المقاومة الأفغانية فرصة لإنهاء الاتحاد السوفياتي والانتقام لهزيمة فيتنام. وكما في قرون الفتح الإسلامي، تمت تقاليد وثقافة الجهاد، وأصبح المجاهدون الأفغان الذين كانوا يقاتلون ضد القوات السوفياتية نجوم الدعاية الغربية.

أدى ذلك إلى تحول الحرب في أفغانستان من حرب أهلية إلى حرب دينية تحت تأثير الدعاية الغربية، خاصة الأمريكية منذ وصول رونالد ريغن إلى الرئاسة سنة 1981. وجهت العواطف الإسلامية في البلاد الإسلامية نحو مقاومة الاحتلال السوفياتي في أفغانستان. ونظرا لأن القادة الرئيسيين للمجاهدين الأفغان، مثل حكمتيار وسياف، كانوا معروفين بتوجهاتهم الإسلامية، فقد وجدت القضية الأفغانية صدى سريعا في البلاد الإسلامية، وعززت الدعوات الغربية لدعم الجهاد في أفغانستان من المناخ الإسلامي وساعدت التنظيمات الإسلامية على مزيد الانتشار.

وما يؤكد الصبغة السياسية للحرب الأفغانية هو أن حرب المسلمين البوسنيين ضد القوات الصربية في أوائل التسعينات لم تحظى بنفس الحشد الأمريكي. ورغم أنه في حالات أكثر تعقيدا من التباس علاقة الأغلبية بالأقلية، كما في كشمير والشيشان، يقف الإسلاميون في مقدمة المقاتلين

## 2. الظروف الخارجية لصدور المناشير المتعلقة بالحريات الدينية

كما سبقت الإشارة، كانت الجمعية القومية للمحافظة على القرآن الكريم اللبنة الأولى لظهور الحركة الدعوية الإسلامية التي كان نشاطها منحصرًا في المساجد والجموع. إلا أنه، منذ نهاية السبعينات، بدأت الحركة في الخروج من إطارها الأصلي والخروج من رقابة الدولة لتبدأ نشاطها السياسي. وقد تزامن ذلك مع ظروف خارجية مثلت مهدًا ملائمًا لانتشار ثقافة دينية أخرى في تونس غير متلائمة مع السياسة الشرعية للدولة.

تسبب صعود القوى الإسلامية السياسية في حالة من التوتر وعدم الاستقرار وغياب اليقين السياسي في أغلب الدول الإسلامية، من مصر وباكستان وإيران في الخمسينات والستينات من القرن الماضي، إلى سوريا والعراق في السبعينات والثمانينات، إلى مصر من جديد والجزائر والسعودية في التسعينات، وصولًا إلى إندونيسيا والمغرب في مطلع القرن الحادي والعشرين، خاضت الدول صراعات متعددة الأوجه ضد القوى السياسية الإسلامية. وتبدو المجتمعات الإسلامية، أو على الأقل النخب من بينهم، وكأنهم منقسمون على كل القضايا الرئيسية التي تقام عليها حياة الأمم ويتأسس عليها استقرارها. ينقسم المسلمون على موقع الدين في الاجتماع والدولة، على القيم الحاكمة لحياتهم، على رؤيتهم لتاريخهم، على علاقتهم بالخارج الثقافي والحضاري، وحتى على فهمهم لكليات الإسلام ذاته.

وتتمثل الظروف الخارجية لصدور المناشير المتعلقة بالحريات الدينية في أحداث في أواخر سبعينات وأوائل ثمانينات القرن العشرين، وكان صداها دوليًا. إلا أن قاسمها المشترك يتمثل في طابعها الديني وتكريس ثقافة الجهاد باسم الدين الإسلامي والتطرف الديني في تونس وغيرها من الدول المسلمة وغير المسلمة حيث برز العنف كأداة أساسية لعدد من القوى الإسلامية وأدخلها نفق الصدام المدمر مع الدولة.

عندما حصل الاعتصام بقيادة جهيمان بن سيف العتيبي في المسجد الحرام بمكة في 20 نوفمبر 1979 إعلانًا للتمرد على نظام آل سعود، كانت تسعة أشهر فقط قد مرت على انتصار الثورة الإسلامية في إيران لتضيف دليلًا جديدًا على قدرة الإسلاميين على مفاجأة العالم. كانت أفغانستان، وبدون خيار من شعبها، آخر المعارك الكبرى في الحرب الباردة حيث بدأت أزماتها في أواخر السبعينات عند بروز تنظيمات إسلامية حركية تأثرت بتجربة الإخوان المسلمين في مصر وباكستان.

رغم أن أحدهم اعترف لدى باحث البداية بفعلته وبأنه مجبر على الإفطار لإعاقته البدنية، فإن عنصر التجاهر يعتبر جوهريا في تكوين الجريمة. يقول القاضي في هذا الشأن، «وحيث أن إتيان مثل هذا الفعل مع العلم بأنه فعل تاباه الأخلاق الحميدة من شأنه استفزاز الأغلبية والذي قد ينجر عنه ردود أفعال قد تصل إلى الاخلال بالنظام العام».

على هذا الأساس، يمكن القول إن الإفطار العلني أو فتح المقاهي والمطاعم أثناء مدة الصيام يعتبر من قبيل التعسف في ممارسة الحرية لأن «من أمكنه الأكثر أمكنه الأقل»<sup>119</sup>. تعتبر السلط الإدارية والقضائية التونسية أن التجاهر بالإفطار أو فتح المقاهي يعتبر قرينة سوء نية لأن مرتكب هذا الفعل عمدا على بينة من أنه مخالف للآداب العامة ومن شأنه إزعاج الغير.

كما تميزت فترة الثمانينات ببداية ظهور التيار الإسلامي في تونس الناشئ من الجمعية القومية للمحافظة على القرآن الكريم، وبداية خروج الحركة الدعوية من الجوامع والمساجد نحو الشوارع والجامعات ودخول الإسلاميين في الحياة السياسية، مما أدى إلى دخولها في صدام مع أجهزة الدولة. وكانت المناشير إحدى الوسائل التي حاربت بها الدولة المد الديني في المرافق العمومية، خاصة منها المرافق التعليمية. الملاحظ في تواريخ المناشير الصادرة في هذه الفترة هو تواصلها إلى حد سبتمبر 1987 (حيث نجد المنشور عدد 77 الصادر بتاريخ 7 سبتمبر 1987 عن وزير الدولة المكلف بالتربية والتعليم والبحث العلمي)، لتتخفف وتيرتها بعد ذلك في أواخر الثمانينات وأوائل التسعينات حيث تميزت العلاقة بين النظام الحاكم والحركة الإسلامية بالهدوء الذي انتهى باتهام هذه الأخيرة بارتكاب أحداث «باب سويقة» في 17 فيفري 1991. لذلك، ليس من الغرابة أن يصدر منشور وزير الصحة العمومية بتاريخ 5 ديسمبر 1991 المذكور، أي بعد قرابة عشر أشهر من أحداث فيفري 1991 التي مثلت منطلق الصدام بين السلطة الحاكمة والإسلاميين إلى حدود جانفي 2011.

وقد أدى مناخ الحريات في تونس منذ 2011 وصعود حركة النهضة للسلطة في ديسمبر من نفس السنة إلى تفشي الفكر الديني حتى في المرافق العمومية، خاصة المرافق التعليمية حيث وقع الفصل بين الجنسين في بعض الأقسام وفي بعض الفضاءات التربوية.

لئن كان إصدار المناشير مرتبطا بالظروف الداخلية في تونس منذ الاستقلال وتغير الواقع السياسي والاجتماعي، فإنه مرتبط أيضا بالظروف الخارجية التي كان لها تأثيرها على الحريات الدينية.

المجلة الجزائرية<sup>114</sup> المضاف بقانون 2 أوت 2004<sup>115</sup>، يعتبر موقف القضاء الجزائري مماثلاً لموقف الإدارة رغم أن مفهوم هذه الجريمة - مثل مفهومي النظام العام والمصلحة العامة - من المسائل النسبية والمفاهيم العامة والواسعة والقابلة لتعدد التأويلات المتغيرة في الزمان وفي المكان ومن شأنها أن تترك مجالاً واسعاً لاجتهاد القاضي وتضارباً في التطبيق<sup>116</sup>.

فقد اعتبرت محكمة الناحية ببزرت في حكمها الجناحي الشهير الصادر بتاريخ 31 ماي 2017<sup>117</sup> أن هذه الجريمة تقتضي توفر ثلاث أركان. يتكون الركن المادي من فعل يخل بالحياة مغاير للآداب العامة أو تقتضي الأخلاق والآداب العامة التستر عند ارتكابه، سواء كان مشروعاً أو غير مشروع<sup>118</sup>. تضيف المحكمة الجناحية أن الفعل المادي «أمر اعتباري موكول بتقديره لاجتهاد قاضي الموضوع مما يستمد من حالة الواقعة وظروفها بالنظر للوسط الذي وقعت فيه ودرجة الحضارة التي كان عليها ذلك الوسط [...] لا لزوم للبحث هل أن الجاني قد ارتكب فعلته عن رغبة أو على سبيل استفزاز الغير أو بسبب الانحطاط الخلقي بل يكفي أن يكون على بينة من أن فعله هو ما تأباه الأخلاق وما اعتاده الجمهور من سلوك متعارف عليه في زمن محدد ومكان محدد».

أما الركن الثاني، فهو يتمثل في وقوع ذلك الفعل علانية ومن شأنه خدش حياة الغير حتى وإن تم ارتكابه في مكان خاص بمحضر شخص واحد مميز دون رضاه. وثالثاً، يتكون الركن الثالث من العنصر القسدي حسب اجتهاد المحكمة. لئن قضت المحكمة حضورياً بسجن المتهمين مدة شهر،

«يعاقب بالسجن مدة ستة أشهر وبخطة قدرها ألف دينار كل من يعتدي علناً على الأخلاق الحميدة أو الآداب العامة بالإشارة أو القول أو يعمد علناً إلى مضايقة الغير بوجه يخل بالحياة...».

115 القانون عدد 73 لسنة 2004 المؤرخ في 2 أوت 2004 المتعلق بزجر الاعتداءات على الأخلاق الحميدة وزجر التحرش الجنسي (الرائد الرسمي للجمهورية التونسية، عدد 63، 6 أوت 2004، ص. 2354). ألغى القانون المذكور الأمر العلي المؤرخ في 25 أفريل 1940 المتعلق بزجر الاعتداءات على الأخلاق الحميدة.

116 طرحت هذه الإشكالية في البرلمان أثناء مناقشة قانون 2004، حيث جاء في مداخله أحد النواب «يكتسي مشروع هذا التنقيح خطورة في المجتمع لأنه يستعمل عبارات ومفاهيم فضفاضة تفتح المجال للاجتهادات والتأويلات المتعددة المصالح والأغراض الشخصية حسب معايير لم يضبطها المشروع وبالتالي سيفسح المجال أمام التسجاوزات المتعددة عند التطبيق، لذا فأني أرى أن هذا القانون لا يمكن له أن يكون فاعلاً إلا إذا جاء في إطار إصلاحات جوهرية داخل المجتمع في المجالات التي ذكرتها ويكون تنمية قانونية لهذا الإصلاح، أما في هذا الوضع فإنه حسب تقديري سيعطي نتائج سلبية وعكسية تماماً»، مداوات مجلس النواب، الرائد الرسمي للجمهورية التونسية، عدد 36، 28 جويلية 2004، ص. 1457.

117 حكم صادر في القضية الجناحية عدد 7947، غير منشور. تفيد وقائعه تحول أعوان الأمن إلى الحديقة العمومية الكائنة قبالة قصر بلدية بنزرت، والتي كانت محل تشكيكات عديد المواطنين على خلفية استغلالها من ذوي السوابق العدلية والتجاهر بأعمال فاحشة متمثلة في الإفطار العلني والتدخين أثناء مدة الصيام.

118 جاء في مشروع قانون 2 أوت 2004 أن الاعتداء على الأخلاق الحميدة بالإشارة يتمثل في «كل حركة أو إشارة فاضحة ووقحة لا تراعي عواطف الآخرين وقيم المجتمع الأخلاقية. كما يشترط المشروع ربط التجريم بنتيجة الفعل الإجرامي، وهي المتمثلة في مضايقة الغير. والمضايقة من الضيق وهي تتمثل في شعور الشخص بعدم الارتياح إلى الوضع الذي تسبب له فيه الفعل المحظور. ذلك أن التجريم يقوم على فكرة زجر الوقاحة والجرأة المستهجنة وتجاوز حدود اللياقة والأدب من قبل الفاعل ويشترط المشروع المصاحب لتجريم المضايقة أن يصدر عن الفاعل فعل ماس بالحياة ومناف للحشمة التي يقتضيها منطبق التعاييش الاجتماعي وآدابه».

في التشريع الفرنسي، بعد المصادقة على القانون عدد 404 لسنة 2013 المؤرخ في 17 ماي 2013<sup>110</sup> الذي يسمح بالزواج لشخصين من نفس الجنس<sup>111</sup>، وبعد رفض بعض رؤساء البلديات إبرام عقود زواج على أساس هذا القانون، أصدر وزير الداخلية الفرنسي منشورا بتاريخ 13 جوان 2013 للتذكير بالعقوبات التي يمكن أن تسلط على رؤساء البلديات الممتنعين عن إبرام هذه العقود، رغم أن المحكمة الأوروبية لحقوق الإنسان اعتبرت أن مثل هذا المنشور يعتبر تقييدا للحرية الدينية لضباط الحالة المدنية<sup>112</sup>.

كما جاء في هذا السياق المنشور الصادر عن الوزير الأول محمد مزالي في جويلية 1981 والمعروف بـ «منشور مزالي» الذي لم ينشر. يتعلق هذا المنشور بغلق المحلات التجارية خلال شهر رمضان، ما عدا المناطق السياحية. يثير هذا المنشور الجدل في تونس حول فتح المقاهي والمطاعم أثناء فترة الصيام. بعد 2011، أعيد النقاش حول «منشور مزالي» الذي اعتبر مساسا بالحرية الفردية بعد أن قامت الشرطة بغلق المقاهي وإحالة أصحابها إلى المحاكم<sup>113</sup>. وعلى إثر توجيه سؤال كتابي من البرلمان حول عدم إلغاء هذا المنشور، كانت مبررات وزير الداخلية مبنية على أساسين. يتمثل الأساس الأول في حفظ الأمن والنظام العام «في مختلف جوانبه الاجتماعية والحضارية» وحالة الطوارئ باعتبار أن فتح المقاهي «يمكن أن يؤدي إلى ردود فعل عنيفة تؤثر على الأمن العام، بالإضافة إلى ما يمكن أن يمثله من وسيلة لبعض الجماعات المتطرفة لتحرير على الدولة وإلى ارتكاب أعمال إرهابية». أما الأساس الثاني فهو يتمثل في حماية حقوق الغير إذ أن التجاهر بالإفطار يعتبر استفزازا لمشاعر الأغلبية المسلمة للمواطنين، لذلك فإنه على الوزارة الحفاظ على الروابط المشتركة بين عموم المواطنين والموازنة بين حفظ الأمن العام وحماية حرية المعتقد والضمير وممارسة الشعائر الدينية، والموازنة بين مشاعر الصائمين وحقوق الغير في ممارسة حقوقهم الفردية.

ويعتبر التجاهر العنصر الأساسي لإشكالية الصيام في رمضان في تونس، حيث أن المحلات والمقاهي أو المطاعم التي اتخذت إجراءات لحماية مشاعر المسلمين استثنيت من التدابير التي اتخذتها وزارة الداخلية. بالنسبة لجريمة التجاهر بما يناهز الحياء المنصوص عليها بالفصل 226 مكرر من

JORF, n°114, 18 mai 2013, p. 8253 110

111 إلى حدود أوت 2018، 25 دولة تسمح بهذا النوع من الزواج، أولها كانت هولندا سنة 2001.

112 CEDH, 15 janvier 2013, 48420/1010, *Eweida et autres c/ Royaume-Uni*

113 تجدر الإشارة إلى أنه تمت إحالة أصحاب المقاهي التي فتحت نهارا في رمضان إلى محكمة المنستير، إلا أن القاضي الجزائري حكم بعدم سماع الدعوى وبالإفراج عنهم لغياب الأساس القانوني للتجريم.



للمحافظة على القرآن الكريم سنة 1968 للحفاظ على تعاليم الإسلام وتلقين قارئ القرآن، وكانت المدرسة الأولى لحركة الاتجاه الإسلامي<sup>108</sup>.

في هذا السياق جاءت تعليمات الوزير الأول بتحجير إبرام عقود زواج التونسيات المسلمات بغير المسلمين إلا في صورة الإدلاء بما يثبت اعتناق الزوج للدين الإسلامي، وذلك في مكتبه عدد 606 بتاريخ 19 أكتوبر 1973. تطبيقاً لهذا القرار، صدر المنشور الشهير عدد 216 عن وزير العدل بتاريخ 5 نوفمبر 1973 إلى الوكيل العام للجمهورية والرؤساء الأول لمحاكم الاستئناف والمدعين العموميين بها ورؤساء المحاكم الابتدائية ووكلاء الجمهورية بها وقضاة النواحي وضباط الحالة المدنية لتحجير زواج التونسية المسلمة بغير المسلم.

تضمن هذا المنشور تفسيراً لمفهوم الموانع الشرعية الوارد بالفصل 5 من مجلة الأحوال الشخصية، فجاء فيه: «... وأبرز ظاهرة للموانع الشرعية اختلاف الدين بالنسبة للتونسية المسلمة مما هو معلوم بالضرورة، ومما يعنيه المشرع قصداً ويحرص على تنفيذه عملاً، ويسهر على تطبيقه فقهاً وقضاء». يأتي التفسير الإداري لمفهوم الموانع الشرعية تجسيدا لسياسة الدولة في الشؤون الدينية حيث تندرج الأحوال الشخصية منذ الاستقلال في «السياسة الشرعية التونسية» التي اعتمد فيها المشرع «على الأسس الإسلامية، والقواعد الأصولية الفقهية مضيافاً لها اجتهادات نابغة من صميم تلك القواعد، صادرة من روح تلك الأحكام» حسب ما جاء بالمنشور. وأبرز هذا الأخير أنه يهدف إلى المحافظة على «الأصالة الإسلامية للعائلة التونسية وبعدها عن جميع الجوازات الغربية التي ترفضها هذه الخلية بحكم شرعها وتقاليدها، ولا تتسجم معها بأي حال من الأحوال».

كما صدرت عدة منشائر في نفس الموضوع عن وزارات أخرى، منها وزارة الداخلية (المنشور عدد 81 المؤرخ في 21 أوت 1974 والمنشور عدد 20 المؤرخ في 30 مارس 1987 والمنشور عدد 59 المؤرخ في 23 نوفمبر 2004) ووزارة الخارجية (المنشور عدد 3631 المؤرخ في 27 نوفمبر 1992)<sup>109</sup>.

BEN RJEB (I.), Religion et administration, in « Démocratie et administration », actes du colloque organisé 108 à Tunis les 10 et 11 octobre 2001, Édition Latrach, 2014, p. 119.

109 توجه رئيس الجمهورية في خطابه يوم 13 أوت 2017 بدعوة إلى إلغاء المنشور عدد 606 الصادر عن الوزير الأول سنة 1973. لذلك، أصدر رئيس الحكومة منشوره بتاريخ 8 سبتمبر 2017 (غير منشور) لإلغاء منشور 1973، كما أصدر وزراء العدل والشؤون المحلية والشؤون الخارجية منشائر في الغرض لم يقع نشرهم أيضاً.

لئن كان تأثير الحماية الفرنسية على التشريع التونسي متمثلاً في تكريس القانون الوضعي لم يشمل الأحوال الشخصية التي بقيت خاضعة للقواعد الشرعية، فإن أول وأهم تغيير قامت به الدولة الحديثة تمثل في ضبط الأحوال الشخصية للتونسيين من غير المسلمين واليهود بالإحالة إلى أحكام القانون المدني الفرنسي<sup>102</sup> وللتونسيين المسلمين بإصدار مجلة الأحوال الشخصية<sup>103</sup>. قضائياً، تم إدماج الحكام الشرعيين<sup>104</sup> وعدول وأعاون محاكم الحالة الشخصية بإطار محاكم الحق العام بموجب الأمر العلي المؤرخ في 25 سبتمبر 1956.

على هذا الأساس، فإنه، بعد الاستقلال، لجأت الدولة الحديثة إلى القاعدة القانونية لتكريس سياستها الاجتماعية واختياراتها أيديولوجية والتحويلات الاقتصادية، خاصة في مجتمعات البلاد الإسلامية التي تتعلق بعاداتها وتقاليدها وتضفي عليها طابع القداسة. بالنسبة للسياسيين وللنخبة الحاكمة في تونس، لا يمكن للدين الإسلامي أن يكون مستقلاً عن الدولة. منذ خمسينات القرن العشرين، أصبحت الشؤون الدينية من مشمولات الدولة، وأصبحت السياسة الشرعية من مكونات السياسة العامة للدولة التي تنفذها الإدارة. من ناحية أخرى، عملت دولة الاستقلال على تكريس الوحدة القومية ومقاومة النعرة القبلية. تأسست الوحدة القومية على الهوية، أي بعبارة أخرى على أساس الدين واللغة. إضافة إلى السياسة الدينية للدولة، عملت الدولة على توحيد اللغة العربية؛ وهو ما يفسر صدور المنشور عدد 85 عن وزير الداخلية في 12 ديسمبر 1965 موجه إلى ضباط الحالة المدنية ليمنع إسناد وترسيم الأسماء غير العربية في دفاتر الحالة المدنية<sup>106</sup> ووقع التأكيد عليه بموجب مکتوب وزير الداخلية عدد 5600/20 بتاريخ 5 أوت 2013 الذي نص على إجبارية التقيد بهذا المنشور.

غير أنه، منذ السبعينات، تغيرت السياسة الدينية للدولة نحو حماية الشعائر الإسلامية ودعم التعليم الديني ومؤسساته والتأويل الأكثر محافظة للإسلام<sup>107</sup>. تم تأسيس الجمعية القومية

102 «بصورة انتقالية يخضع التونسيون من غير المسلمين واليهود في أحوالهم الشخصية إلى أحكام القانون المدني الفرنسي المعمول به في تاريخ أمرنا هذا»، الفصل الأول من الأمر العلي المؤرخ في 12 جويلية 1956 المتعلق بضبط الأحوال الشخصية للتونسيين من غير المسلمين واليهود.

103 الأمر العلي المؤرخ في 13 أوت 1956، الرائد الرسمي التونسي، عدد 66، 17 أوت 1956، ص. 1544.

104 المحكمة الشرعية العليا بالحاضرة والمجالس والمحاكم الفردية بداخل المملكة. كانت خاضعة لأحكام الأمر العلي المؤرخ في 5 ماي 1876.

105 الرائد الرسمي التونسي، عدد 77، 25 سبتمبر 1956، ص. 1806.

106 جاء في المنشور «... يحجر إسناد الأسماء غير العربية للمواليد، كما يحجر إسناد اللقب كإسم أو إسناد ألقاب الزعماء أو أسمائهم وألقابهم في آن واحد أو تسمية المواليد بأسماء مستهجنة أو منافية للأخلاق...».

107 BEN SALAH (H.), *Système politique et système religieux en Tunisie, mémoire pour le diplôme d'études supérieures en sciences politiques, Faculté de Droit et des Sciences Politiques et Économiques de Tunis, année*

## 1. الظروف الداخلية لصدور المناشير المتعلقة بالحريات الدينية

لم تكن الشؤون الدينية من الشؤون العامة في تونس قبل الاستقلال، ذلك أن إحداهن بعض المساجد ودور العلم والمستشفيات وإحياء الشعائر الدينية والاضطلاع بشؤون أهل العلم والدين وغيره من الأمور الدينية لم يكن من مشمولات الإيالة التونسية، بل كانت تقوم بذلك الموقوفات. بعد إمضاء وثيقة الاستقلال، أدخلت الدولة عديد الإصلاحات الجوهرية التي غيرت التنظيم القانوني والمؤسسي الموروث عن عهد البايات، خاصة بإنهاء النظام الملكي في 25 جويلية 1957. قبل ذلك، كانت جميع التغييرات تهدف إلى تغيير نمط حياة المجتمع والعقلية السائدة آنذاك والتي كانت تعطي نفوذا كبيرا لرجال الدين. فقد وقع تأميم المدارس القرآنية العصرية بالأمر العلي الصادر بتاريخ 22 فيفري 1956 بما في ذلك المدارس المحبسة وكذلك التي أحدثت بإعانة من الدولة<sup>96</sup> وتعويض التعليم الزيتوني<sup>97</sup> بالتعليم العصري بالأمرين المؤرخين في 29 مارس 1956 والأول من أكتوبر 1958، وتم إلغاء الأحباس التي تجد جذورها في الفقه الإسلامي<sup>98</sup>، بموجب الأمر العلي المؤرخ في 31 ماي 1956<sup>99</sup> الذي حَجَّر في فصله 3 كل «حبس عام أو لفائدة إحدى الزوايا»، ووقع تهميش الزوايا خاصة غير الطريقة<sup>100</sup> وحل جمعية الأوقاف (المحدثة سنة 1874) بمقتضى الأمر العلي المؤرخ في 27 سبتمبر 1956<sup>101</sup> ووقع إلحاق مصلحة الشعائر الدينية برئاسة الحكومة ومكلفة برعاية شؤون الدين، من تلقين العامة والوعظ والإرشاد والافتاء وإقامة الشعائر والمراسم، وتحقيق ما ينبغي المحافظة عليه من التقاليد اقتداء بالسلف الصالح والاهتمام بشؤون أرباب الشعائر من ولاية ومراقبة وعزل.

96 الأمر العلي المؤرخ في 22 فيفري 1956 المتعلق بتأميم المدارس القرآنية العصرية، الرائد الرسمي التونسي، عدد 95، 27 نوفمبر 1956، ص. 2227.

97 جاء في خطاب الحبيب بورقيبة بتاريخ 25 جوان 1958: «... التعليم الزيتوني وهو التعليم القديم الذي كان موجودا منذ قرون وهو وإن أدى رسالة الأشعاع والنور وضارح الأزهر وجامعة فاس وجامعة بغداد، فقد قعد عن مجارة الزمان وظلت الصبغة الدينية التي يصطبغ بها وسيلة لإبقاء ما كان على ما كان ودخل طلبته في صراع مرير من أجل إصلاح البرامج وتغيير الأمكنة والأسلوب وعمد الاستعمار لإجراء إصلاحات مموهة، ولم يعتمد للإصلاح الحقيقي، بل حرك المؤتمرات لتأليب الطلبة على الشيوخ واستخدام المصالح الخاصة للقضاء على المصالح الحقيقية المتماشية مع مقتضيات العصر...»، نشرات كتابة الدولة للإعلام، الجزء السابع، تونس، 1977، ص. 9

98 KHALFOUNE (T.)، «Le Habous, le domaine public et le trust»، RIDC، 2005، n°2، p. 444 98  
99 الأمر العلي المؤرخ في 31 ماي 1956 يتضمن تحمل الدولة بمصاريف جمعية الأوقاف التي لها صبغة دينية أو اجتماعية وتحويل مكاسب الأحباس العامة لملك الجانب وتصفية جميع الأوقاف، الرائد الرسمي التونسي، عدد 44، غرة جوان 1956، ص. 1375.

100 «إلا أنه ومع إعلان الجمهورية بدأت الحملة الممنهجة ضد الزوايا بإلغاء الأوقاف (الحبس) وحملات الشيطنة ضدها وضد كل الطقوس والممارسات التي أحاطت بها، وهو ما أدى إلى تقلص عددها وعدد المریدین لها ولم تبقى صامدة إلا الزوايا الطريقة الكبرى التي تمثل معالم تاريخية هامة أو الزوايا التي اعتنى بها أصحابها ومریدوها بوسائلهم الخاصة»، وحيد الفرشيشي، الزوايا في تونس: الصمت المدوي للقانون، في «الحريات الدينية في تونس»، مؤلف جماعي تحت إشراف الأستاذ وحيد الفرشيشي، تونس، 2015، ص. 85.

101 الأمر العلي المؤرخ في 27 سبتمبر 1956 يقتضي إلغاء دواليب الإدارة والرقابة لجمعية الأوقاف وتنظيم وسائل تصفيتها، الرائد الرسمي التونسي، عدد 78، 28 سبتمبر 1956، ص. 1847.

عدد 22 بتاريخ 17 سبتمبر 1981 حول مظهر الأعوان بالإدارة والمؤسسات العمومية: «... يجدر التنبيه إلى ظاهرة أخرى تتمثل في الخروج عن تقاليدنا الهندامية المتعارفة لدى العموم...»، ويتضمن المنشور عدد 108 الصادر عن وزير التربية القومية بتاريخ 18 سبتمبر 1981: «... لقد لوحظ بروز ظاهرة أخرى تتمثل في الخروج عن تقاليدنا في اللباس...». في نفس السياق، جاء بمنشور وزير الصحة العمومية عدد 108 الصادر بتاريخ 5 ديسمبر 1991: «لاحظت أثناء زيارتين للهياكل والمؤسسات الراجعة بالنظر إلى وزارة الصحة العمومية أن بعض الأعوان، ومن العنصر النسائي على وجه الخصوص، يأتون إلى عملهم في هندام لا علاقة له بعاداتنا ولا بتقاليدنا التونسية الأصيلة...»، وهو ما جاء أيضا بالمنشور الصادر عن وزير الشباب والرياضة عدد 1253 بتاريخ 28 مارس 1987<sup>94</sup>.

فيما يتعلق ببناء الصوامع، ينص منشور وزير الشؤون الدينية عدد 138 بتاريخ 28 مارس 2004: «... فقد لاحظنا أن مآذن الجوامع والمساجد يتم بناؤها بأشكال مختلفة، وغريبة، أحيانا، عن الطابع التونسي الذي تميزت به أغلب جوامع بلادنا ومساجدها...». مؤخرا، أصدر وزير التربية المنشور عدد 8 بتاريخ 23 جانفي 2018 بعد أن تمت ملاحظة تخصيص أقسام أو فضاءات للإناث وأخرى للذكور وتعتمد الفصل بين المتعلمين والمتعلمات.

في القانون المقارن، نجد أن مسألة الهندام في القانون الفرنسي طرحت في نفس الفترة وبنفس الكيفية حسب المنشور الصادر عن وزير الدولة، وزير التربية الوطنية والشباب والرياضة بتاريخ 12 ديسمبر 1989 حول الحجاب الإسلامي بعد استشارة مجلس الدولة<sup>95</sup>.

وتؤكد تواريخ صدور المناشير المتعلقة بالحريات الدينية في تونس ارتباطها بظروف داخلية (1) وخارجية (2) خاصة.

Il m'a été donné de constater que certains athlètes et joueurs de différents sports, participant aux » 94 compétitions sportives avec des tenues qui ne sont pas conformes aux réglementations internationales, nationales, et aux us et coutumes sportives  
Compte tenu de certains faits récents... Les controverses qu'a provoquées le port d'un foulard par »95 quelques jeunes filles de confession islamique m'ont conduit, compte tenu des difficultés d'interprétation du droit, à saisir le Conseil d'État... Dans le cadre des responsabilités qui sont les miennes, je tiens à vous donner les orientations et les indications... », Circulaire du 12 décembre 1989 du Ministre d'État, Ministre de l'Éducation nationale, de la Jeunesse et des Sports, JORF, 15 décembre 1989, p. 15577

منشور 12 ديسمبر 1989<sup>91</sup>، حيث اعتبر الأستاذ Jean Rivero أن هذه المناشير تعبر عن صراع إيديولوجي تحول إلى جدل قانوني<sup>92</sup>.

وهو ما ينطبق على البلاد التونسية التي تتميز بطابعها الخاص في المجال الديني، يبرز خاصة من خلال عادات وأعراف معينة ناتجة عن تلاقح عديد الحضارات التي مرت بنا وصولاً إلى دولة الاستقلال. إن المذهب المالكي المتبع في تونس، والذي أسسه الإمام مالك بن أنس بن أبي عامر الأصبحي، اتسم بتعلقه بأعرافه المدنية وعاداتها، واحترامه لمفهوم المصلحة العامة وتقيدته بالتعاليم الدينية<sup>93</sup>.

رغم أن البلاد التونسية لا تمثل استثناء في هذا المجال، فإن اعتبار الدين من الشؤون العامة وأن هذا الأخير مرتبط بالسياسة العامة للدولة، يجعله مرتبطاً بالظروف السياسية الداخلية والخارجية. في تونس، مثلت مرحلة الاستقلال وفترة نهاية السبعينات وبداية الثمانينات مرحلة فارقة في التاريخ السياسي والدولي كان لها أثرها على الحريات الدينية، ومثلت الظروف الأساسية لصدور المناشير المتعلقة بهذه الحريات (أ). لذلك، كان مضمونها بمثابة الدفاع عن السياسة الدينية للدولة (ب).

#### أ. الظروف الداخلية والخارجية لإصدار المناشير المتعلقة بالحريات الدينية

إن تواريخ صدور المناشير المتعلقة بالحريات الدينية رمزية، ضرورة أن هذه الأخيرة تختلف في صياغتها عن المناشير العادية التي تصدر لتفسير وتأويل النصوص التشريعية والترتيبية. تمثل صياغة هذه المناشير بالنسبة للقارئ المستقبلي تذكيراً بالأسانيد الواقعية وبظروف إصدارها وربط صدور النص بأحداث معينة.

نقرأ مثلاً في منشور وزير العدل المؤرخ في 5 نوفمبر 1973: «...وهما أن بعض التونسيات المسلمات عمدن للتزوج بالأجانب من غير المسلمين داخل البلاد وخارجها...»، وجاء بمنشور الوزارة الأولى

.....  
Elle n'intervient pas à froid sur une question sans aucun doute importante. Elle intervient à chaud. » 91

.Elle a un caractère politique marqué », DURAND-PRINBORGNE (C.), art. précité, p. 12

RIVERO (J.), « L'avis de l'Assemblée générale du Conseil d'État en date du 27 novembre 1989 », RFDA, 1990, p.1. L'auteur ajoute que « Si l'affaire des voiles n'avait mis en cause que la notion de laïcité, il est douteux qu'elle eût suscité tant de polémiques... Mais elle avait pour fond de tableau un problème qui éveille bien des passions dans le monde politique et dans l'opinion : l'intégration des immigrés, notamment maghrébins, dans la communauté nationale, problème aggravé par la peur de voir s'infiltrer, parmi eux, les zéloteurs d'un intégrisme dans lequel la majorité des fidèles de l'Islam ne se reconnaît pas », p. 5.

93 الهادي كزو، أصول التشريع الإسلامي، الدار العربية للكتاب، تونس، 1976، ص. 88.

من السلطة باسم الحرية ويسمح أيضا بتوظيف الحرية وتحديدتها باسم السلطة. وهو ما يثبت الأهمية النظرية لتناول هذا الموضوع، باعتبار أن الفقه، التونسي والمقارن، أبرز مسألة التوازن بين السلطة والحرية من جهة، وأجمع، من جهة أخرى، على عدم قابلية الحد من ممارسة الحريات بأعمال إدارية داخلية تتغير في مضمونها وفي تطبيقها حسب مقتضيات الواقع السياسي والاجتماعي.

من جانب آخر، إن الصراع بين المتناقضين لا يمكن أن يكون جامدا لأن النواميس الاجتماعية تفرض التعامل بين كل هذه المتناقضات بصفة حركية لإقامة التوازن لأن الفوضى هي أوضح نقيض للحرية، وهو ما يؤكد الأهمية التطبيقية لهذا الموضوع اعتبارا لتطور المناخ العام للحريات في تونس بعد 2011 ودور المجتمع المدني وما طرحه من نقاش حول دور الإدارة في الحد من الحريات بمختلف الوسائل، بما في ذلك عن طريق المناشير.

### فهل يمكن للمناشير الوزارية أن تحدّ من ممارسة الحريات الدينية؟

تتميز المناشير المتعلقة بالحريات الدينية بصفتها المزدوجة، فهي في نفس الوقت قرار سياسي وقرار إداري<sup>90</sup>. سياسيا، نتبين أن قاسما مشتركا يجمع هذه المناشير وهو الغاية التي ترمي إليها الدولة: الحفاظ على الطابع التونسي (I). ومن جهة القانون، مثلت الطعون ضد المناشير أمام القضاء الإداري مناسبة لتكييف هذه المناشير وتحديد نظامها القانوني. يعتبر فقه القضاء الإداري أن هذه المناشير تراتيب وزارية خاضعة للرقابة القضائية (II).

## 1. المناشير المتعلقة بالحريات الدينية:

### مناشير تهدف إلى الحفاظ على الطابع التونسي

إذا كانت المناشير تهم المستقبل، فإنها إما أن تنطلق من تحليل وضعية واقعية من المزمع تغييرها، أو أن يكون لها طابع استشرافي. فيما يتعلق بالمناشير من الصنف الأول، فإنها تتميز بطابعها الظرفي، أي أنها تستند إلى أسباب واقعية تؤكد صبغتها السياسية، لأن المسألة أعمق من أن تتعلق بمجرد منشور، إذ يعكس هذا الأخير الواقع السياسي والاجتماعي في الدولة زمن إصداره. إذا أسلمنا بأن المناشير المتعلقة بالحريات الدينية لم تصدر من فراغ، فإن صبغتها السياسية تبرهن خلال تواريخ إصدارها ومضمونها، وهو ما أكدته صراحة الفقه الفرنسي حول

.....  
DURAND-PRINBORGNE (C.), «La circulaire Jospin du 12 décembre 1989», RFDA, 1990, p. 12 90

ولئن تميزت المرحلة الانتقالية في تونس بصعود القوى الإسلامية، فإن جدلية الهوية طرحت كذلك في المجلس الوطني التأسيسي انتهت بصدر دستور 27 جانفي 2014 الذي من أبرز إضافاته مفهوم الدولة المدنية، وهو مفهوم متميز عن الدولة اللائكية القائمة على فصل الدين عن الدولة. وعلى هذا الأساس، فإن المشرع ليس ملزما على استلها المشرع القانون الوضعي من الأحكام الدينية.

وأدرج دستور 2014 حريات المعتقد والضمير وممارسة الشعائر الدينية في باب المبادئ العامة وصاغها على أساس أنها من التزامات الدولة. وعلى هدى ما تقدم، فإنه لا يوجد أي تعارض بين الدولة المدنية والتنصيب على الإسلام كدين للدولة حسب ما أبرزته الهيئة الوقتية لمراقبة دستورية مشاريع القوانين في قرارها عدد 2016/5 الصادر بتاريخ 2 جويلية 2016<sup>88</sup>.

تمثل مسألة التوازن بين الحرية، بما في ذلك الحرية الدينية، والسلطة في الآن نفسه نتيجة ومنطلقا. أولا، حسب تعبير العميد عبد الفتاح عمر، تعتبر نتيجة «لتناقضات يعبر عنها صراع إطاره مجتمع معين ومعطياته أوضاع تاريخية واجتماعية وسياسية معينة وخلفياته خلفيات مادية أو فكرية معينة ورهانه تكييف معين للترابط الاجتماعي أو سبك لنموذج معين من النماذج الاجتماعية التي يتصورها الفكر أو التي تملئها المصالح أو تلكم التي تنادي بها المطامح»<sup>89</sup>. وتمثل مسألة التوازن منطلقا لصراع متجدد بين تناقضات يكون التوازن الوقتي والمتحرك قاسمها المشترك حيث يتغير بتغير المعطيات، مما يعني ان مسألة التوازن بين الحرية والسلطة تكون وليدة أوضاع خاصة ومصدر تحول نحو أوضاع أخرى لأن سير التاريخ لا يخضع ضرورة إلى اتجاه واحد، خاصة إذا تعلق الأمر بدولة من العالم الثالث، بما في ذلك تونس حيث تم تغليب جانب السلطة على حساب الحرية، وذلك بتقييد الحريات لا فقط بموجب نصوص قانونية، بل كذلك عن طريق الترتيب الإدارية، بما فيها المناشير.

إن الحد من الحريات الدينية عن طريق المناشير ما هو إلا حل توفيق بين المتناقضات، أي انه حل وقتي يخضع إلى حركية الحياة السياسية في تونس أو خارجها. وبذلك، ليس من الغريب أن لا يؤول التوفيق أحيانا إلى تغليب طرف على الآخر، وتاريخ الممارسة السياسية والدستورية والقانونية في تونس يسمح بالتدليل على ذلك. إذ أن هذه الممارسة تأرجحت بين تغليب السلطة والأخذ بمقتضيات الحرية دون أن يكون الفصل نهائيا أو غير متجدد لأن الدستور يسمح بالحد

88 الرائد الرسمي للجمهورية التونسية، عدد 58، 15 جويلية 2016، ص. 2508.

89 عبد الفتاح عمر، مسألة التوازن بين الحرية والسلطة في الدستور التونسي، المجلة القانونية التونسية، 1983، ص. 17.

الفرنسيون والإيطاليون<sup>86</sup>، وكان ذلك مصدرا هاما للثروة وانتاجا قوميا هاما وقعت المحافظة عليه لأسباب اقتصادية<sup>87</sup>.

يعود حرص السلطة التأسيسية سنة 1959 على تكريس الإسلام كأحد مقومات الدولة التونسية إلى الدور الأساسي الذي لعبه العامل العقائدي خلال مرحلة الكفاح ضد الاستعمار الفرنسي. في الوعي الجماعي، كان الاستعمار الأوروبي يجسم هيمنة القوى المسيحية على العالم الإسلامي، مثل المؤتمر الأفخارستي الذي أقامته سلطات الحماية الفرنسية في تونس سنة 1931، وكذلك، اعتبر مؤتمر ليلة القدر (23 أوت 1947) مرحلة هامة في تجذّر الحركة الوطنية ويؤكد ارتباط الحركة الوطنية بالعامل العقائدي.

من جانب آخر، وبالرجوع إلى تاريخ تونس المستقلة، نجد آثارا واضحة للصراع بين السلطة والحرية وللحريكية الدائمة التي ميزت عملية التوازن بينهما. في مرحلة أولى دامت إلى سنة 1963، وقع السعي إلى الإبقاء على نوع من المعادلة بين الحرية والسلطة سرعان ما انقلبت منذ هذا التاريخ إلى تغليب السلطة على الحرية. دام هذا الوضع إلى سنة 1970 حيث أدى الصراع إلى الرجوع إلى موازنة أخرى بين الحرية والسلطة لم تعمر طويلا إذ اضمحلت منذ بداية 1972 لفائدة السلطة إلى حدود 1978 حيث بدأت منذ ذلك الوقت حركة جديدة أخذت تحد من قوة السلطة وتدعم جانب الحرية، مما أدى إلى قبول نوع من المنافسة السياسية على مستوى التعبير والتنظيم. إلا أن فشل الانتخابات التشريعية المبكرة سنة 1981 أدى إلى رجوع المعادلة لفائدة السلطة إلى حدود جانفي 2011 حيث مثلت أحداث ذلك التاريخ تحولا هاما للمعادلة لفائدة الحرية على حساب سلطة الدولة.

Jusqu'au 1892, les européens intervenaient peu dans la production et la commercialisation des » 86 produits agricoles : c'est l'ère de la colonisation spéculative à caractère capitaliste. Mais l'on voit déjà se développer une culture nouvelle : la vigne... La présence dans la Régence d'une main d'œuvre italienne initiée à la culture de la vigne, la conjoncture économique favorable (la crise du phylloxera avait réduit dans de grandes proportions le vignoble français et provoqué en France une demande de vins étrangers) permirent l'essor de la viticulture tunisienne », KASSAB (A.), Histoire de la Tunisie, l'époque contemporaine, STD, Tunis, 1976, pp. 82-83

87 يجدر التذكير، في هذا السياق، إلى أن النسخة الأصلية من قانون 7 نوفمبر 1959 المتعلق بالمقاهي والمحلات المماثلة لها (الفصل 35) حُجرت بيع المشروبات الكحولية لعدد من الأشخاص نظرا لوظائفهم (قوات الأمن والجيش والديوانة أثناء ارتداء الزي الرسمي). وفُهم من ذلك أن القانون يبيح بيعها للمسلمين، لذلك وقع تنقيحه سنة 1961 (القانون عدد 55) لتدارك هذا النقص. غير أنه، أثناء مناقشة مشروع قانون 1961، طرح النواب مسألة تحجير بيع الخمر وكذلك منع زراعة العنب المخصص للخمر. أجاب كاتب الدولة للعدل: «... إن هذا الانتاج يمثل في بلدنا ثروة كبيرة وهي في الحقيقة مصدر حقيقي لانتاجنا الفلاحي التونسي، وقد فكرت الحكومة جديا في ابدالها بزراعة أخرى ولكن هذا لا يمكن أن يكون في سنة أو سنتين لأن هذه الثروة العظيمة الموجودة لدينا الآن لا يمكن أن يقضى عليها في مدة قصيرة بدون تعويضها... إن حذف الكروم بسرعة هو من الصعب جدا لأنه يجلب لنا خسارة اقتصادية كبرى...» مداوات مجلس الأمة، جلسة 11 نوفمبر 1961، الرائد الرسمي للجمهورية التونسية، عدد 6، 7 ديسمبر 1961، ص. 89.



أما فيما يتعلق بتطور جدلية علاقة الدولة بالدين، فإنه يجدر التذكير بخصوصية الدين الإسلامي في المغرب العربي عموماً، وفي تونس خصوصاً، حيث رد العلّامة أبو حفص عمر على رسالة محمد بن عبد الوهاب سنة 1814، جاء فيه «أما أهل هذه الأصقاع، والذين بأيديهم مقاليد هذه البقاع، فهم أجدر أن يكونوا من إخواننا، وتمتد أيديهم إلى خوانها، لصحة عقائدهم السنية، واتباعهم سبيل الشريعة المحمدية، ونبذهم للابتداع في الدين، وانقيادهم للإجماع وسبيل المؤمنين»<sup>83</sup>.

ويعود الاعتراف بالحريات الدينية في تونس إلى عهد الأمان ودستور 1861. وبالرجوع إلى تاريخ ظهور عهد الأمان في القرن التاسع عشر، يتبين أن أسبابه دينية عندما أمر محمد باي بنفوذ الحكم الصادر عن شيخ الإسلام بتاريخ 24 جويلية 1857 والقاضي بقتل يهودي بتهمة شتم مسلم وسب دينه. تحت تأثير القنصلين الفرنسي ليون روش والبريطاني ريشارد هود، تم إنشاء مكتوب عهد الأمان وقراءته في 9 سبتمبر 1857 بعد اطلاع واستحسان هذين الأخيرين. ينص على المساواة بين سكان الإيالة على اختلاف الأديان. وتواصل تدخل فرنسا بعد ذلك لتكوين جمعية إسرائيلية بتونس لحماية الرعايا الإسرائيليين وغيرهم من الذين طلبوا حماية فرنسا، وهو ما رفضه الباي<sup>84</sup>.

وإذا فرضت فرنسا حمايتها على تونس، فإنه في القانون الفرنسي، يقتضي الفصلان الأول والثاني من قانون 9 ديسمبر 1905 المتعلق بفصل الدولة والكنائس، الحياد الديني للأشخاص العموميين<sup>85</sup>، وهو أحد تطبيقات مبدأ الحياد المنطبق على المرافق العامة. يتميز مبدأ الحياد بمضمونه المرغّب والمتضارب حيث يأخذ بعين الاعتبار من جهة المساواة، ومن جهة أخرى التنوع والاختلاف بين أعوان ومستعملي المرافق العامة. لقد كان لهذا القانون أثره في تونس حيث كرست سلطات الحماية الفرنسية علوية القانون الوضعي على القانون الشرعي الذي كان سائداً. وهو ما ورثته دولة الاستقلال حيث أثير الجدل حول مواصلة العمل بالنظام الموروث أو إعادة تطبيق النظام الشرعي، ويمكن أن نستدل في ذلك إلى زراعة العنب المخصص للخمر الذي جاء به المعمرين

83 أحمد بن أبي الضياف، إتحاف أهل الزمان بأخبار ملوك تونس وعهد الأمان، الدار العربية للكتاب، تونس، 2001، الجزء 3، ص. 74.  
84 «أما بعد، فإنه بلغنا كتابكم المؤرخ في 18 أكتوبر 1865، وجميع ما حررتم لنا فيه علمناه، والجواب أن رعايانا في حمايتنا، ولا نعترف بالجمعية التي ذكرتموها، فإن لهذا النوع من الرعايا كبراء موظفون منا، لرد البال من أحوالهم، وقائد متولى منا يرفع إلينا ما يقتضي الحال رفعه من نوازلهم. ونكرر لكم ما حررناه لكم في جوابنا عن كتابكم الذي بلغنا وفهمناه، فإننا نطلب منكم أن تنهوا من يسعى في إفساد رعايانا. وأما ما ذكرتموه من التحرز، فإننا نحقق لكم أننا لا نقبل احتماء أحد من رعايانا بغيرنا بوجه من الوجوه، بل جميع رعايانا في حمايتنا. وكتب في 27 جمادى الأولى سنة 1282 (الاربعاء 18 أكتوبر 1865)». نفس المرجع، ص. 62.

85 Ce principe de neutralité n'a pas la même portée en France et en Tunisie, en particulier sur le « 85 plan religieux. En France, le service public, comme l'ensemble de l'État, est régi par le principe de laïcité. Ce n'est pas tout à fait le cas en Tunisie », BEN ACHOUR (Y.), Droit administratif, CPU, 3ème éd., 2010, p. 363

فيما يتعلق بعلاقة القانون الوضعي بالشريعة، تعتبر عائلة التشريع الإسلامي من أعرق العائلات القانونية تغطي تعاليمها جزءاً هاماً من الأنظمة القانونية من إفريقيا وبلاد المغرب إلى آسيا، ولها ارتباط وثيق وأثر على القانون الوطني.<sup>78</sup> يتضمن علم التشريع الإسلامي أو ما يسمى علم الفقه قسمين. يتعلق القسم الأول بالمصادر ويسمى علم الأصول، أما القسم الثاني يتعلق بالقواعد الخاصة بتطبيق هذا التشريع على المراكز القانونية المطروحة عليه ويسمى علم الفروع. فيما يتعلق بعلم الأصول، فهو ناتج عن اختلاف الآراء والاتجاهات في تأويل الشريعة الإسلامية على ضوء القرآن والسنة. تثير دراسات التشريع الإسلامي مسألة جوهرية وهي علاقته بالقانون الوضعي.

تنقسم المواقف الفقهية إلى قسمين، يميز القسم الأول بين الإسلام كدين والدولة الإسلامية كسلطة سياسية<sup>79</sup>، ويؤسس الفريق الثاني القانون الوضعي على التشريع الإسلامي، أي أنّ القانون الوضعي يستمد إلزاميته من مطابقته للتشريع الإسلامي، ويستند في ذلك بالنسبة للقانون التونسي إلى كون الدين الإسلامي هو دين الدولة، كما أنه أساس جملة من التشريعات، وهو أيضاً مصدر إلهام للقاضي. كان التشريع الإسلامي بنفسه قانوناً وضعياً، قائماً بصفة فعلية في البلاد الإسلامية قبل ظهور وترسخ مفهوم الدولة الحديث الذي شمل دول العالم في بداية القرن العشرين، وتعود بموجبه مفهوم الخلافة بمفهوم الدولة الحديث<sup>80</sup>. لذلك، فإن العلاقة بين التشريع الإسلامي والقانون الوضعي لا يمكن أن تكون علاقة أساس، وإنما علاقة مصادر. بعبارة أخرى، يمكن للتشريع الإسلامي أن يمثل مصدراً للقانون الوضعي الذي لا يستمد طابعه الملزم من هذا المصدر. يعترف القانون التونسي، بمفهومه الواسع، بمكانة متميزة للدين الإسلامي، تركزت خاصة في النص الأسمى في المنظومة القانونية من خلال اشتراط أن يكون المترشح لرئاسة الجمهورية مسلماً، من خلال أداء اليمين الدستورية، ومن اعتبار أن تونس دولة دينها الإسلام. وقد أثارت هذه العبارة جدلاً فقهيًا بين موقفيقر بقيمتها القانونية الثابتة بما يترتب عنه ضرورة عدم تعارض التنظيم السياسي للشريعة الإسلامية وملاءمة القوانين الوضعية لها<sup>81</sup>، وموقف يحصرها في بعدها الرمزي باعتبارها مجرد توصيف لواقع اجتماعي ومجردة من أي

#### طابع إنشائي<sup>82</sup>

78 الهادي كزو، أصول التشريع الإسلامي، الدار العربية للكتاب، تونس، 1976، ص. 13.  
79 تزعمت هذا القسم حركة النهضة في مصر (جمال الدين الأفغاني، محمد عبده، إلخ)، بلغت أفكارهم في تونس شفيق شحاتة ومحمد الشرفي وعلي المزغني.

80 محمديبقي، مدخل عام لدراسة القانون، مركز النشر الجامعي، 2002، ص. 80.

81 البشير التكري، مكانة الشريعة الإسلامية في دساتير الدول العربية، المجلة القانونية التونسية، 1982، ص. 27.

82 «بالنسبة للعلاقة بين الدين والدولة، تجدر الملاحظة أن الأحكام الدستورية التي تتعلق بها، تتصف، عموماً، بطابع تصريحي أكثر من اتصافها بطابع إنشائي. فالقول مثلاً أن دين تونس هو الإسلام، هو تعبير عن واقع اجتماعي، وهو لا يشكل وضعاً لقاعدة قانونية لها تأثير قانوني إلزامي»، عبد الفتاح عمر، الوجيز في القانون الدستوري، مركز الدراسات والبحوث والنشر، تونس، 1987، ص. 142.

الشعائر والممارسة والتعليم بمفرده أو مع جماعة وأمام الملأ أو على حده».

وبذلك، فإن للحرية الدينية بعدان؛ بعد فردي يقوم على حرية الضمير، وبعد جماعي-اجتماعي يقوم على حرية القيام بالشعائر الدينية عندما تخرج من دائرة الفضاء الخاص إلى دائرة الفضاء العام ويكون لها وقع على امتداد حريات الغير. وبذلك، إن إقرار الحريات الدينية ذات البعد الجماعي ليس مطلقاً<sup>74</sup> لأن ممارستها على مستوى الشعائر الدينية وغيرها يمكن أن يخضع لعدة شروط أو أن تتعرض لعدة حدود. «تخضع الممارسة الدينية إلى القانون ويتعرض القانون أساساً إلى مقتضيات الأمن العام. وحتى متى لا يكون القانون صريحاً في مجال الأمن العام فإن السلطة الإدارية تقوم باتخاذ التدابير المناسبة للحفاظ على الأمن العام»<sup>75</sup>. وتتميز تونس بتدخل السلطة الإدارية بمختلف وسائلها القانونية، بما في ذلك عن طريق المناشير.

تعرف المناشير بأنها «وسيلة لتمرير تعليمات السلطات الإدارية العليا (الوزير، المدير، المديرون، الولاة، رؤساء البلديات، مديرو المؤسسات العمومية، رؤساء المصالح الإدارية...) إلى السلطات الدنيا، وتتضمن أوامر السلطة الرئاسية إلى المرؤوسين وشرح النصوص القانونية التي يتعين عليهم تنفيذها، وتهدف إلى إنارة الأعوان وتوجيه أعمالهم وتنسيق أساليب العمل داخل الإدارة»<sup>76</sup>. عرفت المناشير في بداية القرن العشرين انتشاراً هاماً في مستوى العمل الإداري انعكس على التطبيقات القضائية والفقهية. فقد حلت تدريجياً محل مصطلح التعليمات (Instructions) وما ينطوي عليها من معاني السلطة والسرية التي أصبحت تتعارض مع الاعتبارات الديمقراطية التي أصبحت تميز العمل الإداري، لذلك كان من الضروري تغيير تسمية هذه الإجراءات بمصطلح أكثر حياداً وهو مصطلح المنشور، إشارة إلى فكرة انتشار النصوص<sup>77</sup>.

إن الحدّ من الحريات الدينية عن طريق المناشير يطرح جدلية علاقة الدولة بالدين. في تونس، عرفت هذه الجدلية تطوراً تاريخياً أثر على علاقة القانون الوضعي بالشريعة الإسلامية.

74 «لا يجوز إخضاع حرية الإنسان في إظهار دينه أو معتقده، إلا للقيود التي يفرضها القانون والتي تكون ضرورية لحماية السلامة العامة أو النظام العام أو الصحة العامة أو الآداب العامة أو حقوق الآخرين وحرياتهم الأساسية»، الفقرة الثالثة من الفصل 18 من العهد الدولي للحقوق المدنية والسياسية.

75 عبد الفتاح عمر، مقال مذکور، ص. 22.

76 محمد رضا جنّيح، القانون الإداري، مركز النشر الجامعي، الطبعة الثانية، 2008، ص. 191.

Au début de ce siècle, on ne parlait généralement que de l'instruction, et ce n'est qu'ultérieure- » 77 ment que la circulaire allait s'emparer dans la jurisprudence et les commentaires doctrinaux de la position occupée par celle-ci... Pour le public, l'instruction offre souvent une connotation d'arbitraire et de clandestinité. Cette réputation assez peu favorable explique sans doute qu'on veuille lui substituer le terme circulaire, plus neutre et moins riche de sens », MOCKLE (D.), Recherches sur les pratiques administratives para-réglementaires, LGDJ, p. 54

الفصل 36 المذكور الذي، باعتماد «الاختيارات الأساسية للنظام القانوني التونسي»، فهو يعتمد السياسة التشريعية للدولة كمرجعية، خاصة في مادة الأحوال الشخصية<sup>71</sup>. إذا اعتبرت أحكام هذه الأخيرة نتيجة لتأويل واجتهاد في مبادئ الشريعة الإسلامية، فهي تندرج في إطار السياسة الدينية للدولة وتطرح إشكالية الحريات الدينية في تونس.

إن الاعتراف بالحريات الدينية يمكن أن يتعرض للحد والتضييق. فإن كانت أغلب الدول تقر بالحرية الدينية دون اعتبار لمضمون المعتقد أو لأبعاده، فإنه يحصل أن تقوم الحرية الدينية في مجال محدد؛ ويمكن أن لا يعترف بالحرية الدينية داخل نفس الدين. في هذا المجال، تتنوع التجارب الوطنية؛ لكن تقوم كلها على التقيد بالنظام العام حتى لا تنقلب الممارسة الدينية إلى ممارسات أخرى، سياسية خاصة<sup>72</sup>؛ إذ يجب الانتباه إلى أن الدين يمكن أن يوظف لغايات سياسية مختلفة، مثل حق تقرير المصير أو الصراع على الحكم، وأن الحرية الدينية يمكن أن توظف لغايات لا صلة لها بالدين مبدئياً كإرادة هيمنة بعض الدول على أخرى أو التصدي غير المباشر لدين آخر. فيما يتعلق بمضمون الحريات الدينية، فإن المنظومة الدولية لحقوق الإنسان التي تعتبر المرجعية الكونية في هذا المجال، تحدد مضمونها؛ ويمكن الاستناد في هذا الشأن إلى النصين الدوليين المؤسسين وهما الإعلان العالمي لحقوق الإنسان المؤرخ في 10 ديسمبر 1948 والعهد الدولي لحقوق المدنية والسياسية الصادر بتاريخ 16 ديسمبر<sup>73</sup> 1966. ينص الفصل 18 من الإعلان العالمي أن «لكل شخص الحق في حرية التفكير والضمير والدين، ويشمل هذا الحق حرية تغيير ديانته أو عقيدته، وحرية الإعراب عنهما بالتعليم والممارسة وإقامة الشعائر ومراعاتها سواء كان ذلك سرا أم مع الجماعة». أما الفصل 17 من العهد الدولي، فقد جاء فيه أن «لكل إنسان الحق في حرية الفكر والوجدان والدين، ويشمل ذلك حريته في أن يدين بدين ما وحريته في اعتناق أي دين أو معتقد يختاره وحريته في إظهار دينه أو معتقده بالتعبّد وإقامة

tion de la modernité. Ce premier aspect de l'explication du phénomène de tergiversation de l'œuvre jurisprudentielle est relayé par la dichotomie de la réalité sociologique », BOSTANJI (S.), Turbulences dans l'application judiciaire du Code tunisien du statut personnel : le conflit de référentiels dans l'œuvre prétorienne, RIDC, 2009, n°1, p. 27

Il est heureux que le Code de droit international privé ait remis les pendules de l'ordre public à » 71 l'heure de la modernité que connaît la Tunisie et, a de ce fait, annihilé la fracture qui se dessinait entre l'ordre public au sens du droit international privé de la famille et les Droits de l'Homme... Cet article est un bel exemple de réaction législative à une jurisprudence qu'il désapprouve, et qui va à l'encontre de son intention », CHÉDLY (L.), Droit international privé et droits de l'homme, in mélanges offertes au Doyen Abdelfattah Amor, CPU, 2005, pp. 370-371

72 عبد الفتاح عمر، الحرية الدينية، المجلة القانونية التونسية، 1994، ص. 22.  
73 انخرطت تونس في هذا العهد بموجب القانون عدد 30 لسنة 1968 المؤرخ في 29 نوفمبر 1968، الرائد الرسمي للجمهورية التونسية عدد 51، 29 نوفمبر - 3 ديسمبر 1968، ص. 1477.

قد تبدو من المفارقات أن نطلق من الفصل 36 من مجلة القانون الدولي الخاص<sup>65</sup>: «لا يثير القاضي الدفع بالنظام العام إلا إذا كانت أحكام القانون الأجنبي المعين تتعارض مع الاختيارات الأساسية للنظام القانوني التونسي... ولا يستبعد من القانون الأجنبي عند العمل بالنظام العام سوى أحكامه المخالفة للنظام العام في مفهوم القانون الدولي الخاص التونسي».

فيما يتعلق بتنازع القوانين، وعند تطبيق القانون الأجنبي المختص وفقا لقاعدة الإسناد الوطنية، قد يتضح للقاضي أن أحكام هذا القانون غير مقبولة لأنها مخالفة للمبادئ العليا في بلده. ودور النظام العام في القانون الدولي الخاص هو إبعاد القانون الأجنبي إذا كان محتواه متناقضا مع التوجهات الأساسية في الدولة. بصفة عامة، نتحدث عن الدفع بالنظام العام «لا لبناء قاعدة إسناد معينة ولكن لهدم قاعدة الاسناد المقررة هدمًا جزئيًا في ظروف خاصة. وذلك أنه إذا أشارت قاعدة الاسناد بتطبيق قانون أجنبي معين على علاقة ذات عنصر أجنبي، ثم تبين أن تطبيق ذلك القانون يؤدي إلى نتيجة منكرة بحسب المعتقدات السياسية أو الاجتماعية أو الاقتصادية أو الأخلاقية السائدة في دولة القاضي، فإن على القاضي أن يستبعد تطبيق ذلك القانون لمخالفته للنظام العام»<sup>66</sup>.

ولمعرفة مدى تصادم القانون الأجنبي مع المبادئ الأساسية في النظام التونسي، يجب الرجوع للفصل الأول من دستور 1959 الذي نصّ على أن تونس بلد دينه الإسلام ولغته العربية. إذا اعتبرنا بعض نواحي السياسة التشريعية معيارًا لتحديد مجال الدفع بالنظام العام، فإن هذا الاختلاف الجذري المبني على تعارض فلسفة القوانين يتعلق أساسًا بأحكام الأحوال الشخصية المستمدة من الشريعة الإسلامية قبل أن تصبح خاضعة للقانون الوضعي المترجم لسياسة المشرع في هذه المادة بصفة خاصة<sup>67</sup>، وفي الأمور الدينية بصفة عامة.

تفاديا لغياب الدفع بالنظام العام في أمر 12 جويلية<sup>68</sup> 1956، ولتضارب موقف فقه القضاء<sup>69</sup> بين المحافظة والحداثة نتيجة لازدواجية المرجعيات<sup>70</sup>، أدرج المشرع الدفع بالنظام العام صلب

65 الصادرة بموجب القانون عدد 97 لسنة 1998 المؤرخ في 27 نوفمبر 1998، الرائد الرسمي للجمهورية التونسية، عدد 96، 1 ديسمبر 1998، ص. 2392.

66 محمد هاشم، مفهوم الدفع بالنظام العام عند القاضي التونسي، المجلة القانونية التونسية، 1976، I، ص. 14.

67 يمكن على هذا الأساس قبول الدفع بالنظام العام لإبعاد قانون يقر بتعدد الزوجات مثلا.

68 الأمر العلي المتعلق بضبط الأحوال الشخصية للتونسيين من غير المسلمين واليهود، الرائد الرسمي التونسي، عدد 56، 12 جويلية 1956، ص. 1326.

BEN ACHOUR (Y.), Introduction générale au droit, CPU, 2005, pp. 156 et ss 69

La cohabitation de deux éléments culturels d'inspiration différente autorise une meilleure compréhension du balancement sporadique du corps judiciaire entre le poids de la tradition et la tenta-

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ



# المناشير والحريات الدينية في تونس

عبد الكريم العويتي<sup>1</sup>

1 مساعد في القانون العام، جامعة القيروان، المعهد العالي للدراسات القانونية والسياسية بالقيروان

## المراجع باللغة الفرنسية

### Articles

- AUBIN (E.), « La protection constitutionnelle de la transparence administrative », *Les Nouveaux Cahiers du Conseil constitutionnel*, 2018/2, N° 59, pp.
- BRAIBANT (G.), « Droit d'accès et droit à l'information », in. *Mélanges Robert-Edouard Charlier*, pp. 703-710.
- COHEN JONATHAN (G.), « Commentaire de l'article 10, in. La convention européenne des droits de l'Homme », *commentaire article par article*, Economica, 1995, pp.365-408.
- FARBE- ALIBERT (V.), « La notion de société démocratique dans la jurisprudence de la C.E.D.H », *R.T.D.H*, 1998, pp.465-496.
- LABAYLE (H.), « De la buée sur les vitres : les enjeux d'une réforme de l'accès aux documents dans l'Union Européenne », in. *Mélanges en l'honneur de Pierre Bon*, pp. 271-287.
- MAISL (H.), « Une nouvelle liberté publique : la liberté d'accès aux documents administratifs », in. *Mélanges Robert-Edouard Charlier*, pp. 831-844.
- NCIRI (N.), « L'accès aux documents administratifs en Tunisie », in. *Démocratie et Administration*, Actes de colloques organisés à Tunis le 10 et 11 octobre 2011, Edition Latrach, Tunis, 2014, pp.131-143.
- RIVERO (J.), « Les limites de la liberté », in. *Mélanges Jacques Robert*, p. 189-194.
- SAUVY (A.), « L'information, clef de la démocratie », *Revue française de science politique*, n°1-1951, pp. 26-39.

### Thèses

- FOEGLE (J-Ph.), *Les lanceurs d'alerte. Etude comparée France- Etats Unis*, mémoire, 2014, Université Paris 5.
- PARISI (C.), *L'accès à l'information dans l'Union Européenne*, Thèse, 2004, Université Jean-Moulin, Lyon III.
- VON PLAUE (F.), *Le droit à l'information en France : la presse, le citoyen et le juge*, Thèse, 2004, Université de Lyon 2.

## المراجع باللغة الانكليزية

- CARTON ASH (T.), *Free speech: Ten principles for a connected world*, Atlantic Books, London, 2016.

كما يحتاج الحق في النفاذ إلى المعلومة في المقام الأول إلى توفير بنية مادية ومعنوية لممارسته أي تمكين الأفراد من النفاذ إلى الحق في النفاذ إلى المعلومة وإلا فإنه يصبح في مقام المعدوم وينطبق عليه بالتالي المثل القائل بأن المعدوم حسا كالممنوع شرعا، أي أن الحق الذي لا يمكن ممارسته فعليا فإنه يتنزل في مقام الفعل الممنوع قانونا<sup>64</sup>.

## قائمة المراجع

### قائمة المراجع باللغة العربية

#### الكتب

- أحمد بوعون، آراء المجلس الدستوري، مجمع الأطرش للكتاب المختص، تونس، 2010.
- رافع بن عاشور، المؤسسات والنظام السياسي بتونس، مركز النشر الجامعي، طبعة ثانية، تونس، 2009.
- عياض ابن عاشور، القضاء الإداري وفقه المرافعات الإدارية، مركز النشر الجامعي، الطبعة الثالثة، تونس، 2006.
- محمد رضا جنيح (تحت إشراف)، الأحكام الكبرى في فقه القضاء الإداري، مركز النشر الجامعي، تونس، 2007.
- محمد رضا جنيح، القانون الإداري، مركز النشر الجامعي، طبعة ثانية، تونس، 2008.
- نورة كريديس (تحت إشراف)، المحكمة الإدارية في الفترة الانتقالية، الجزء الأول، دار الكتاب، تونس، 2015.

#### المقالات

- عماد الحزقي، «مقاربة نقدية للمرسوم عدد 41 لسنة 2011 المتعلق بالنفاذ إلى الوثائق الإدارية»، م.ت.إ.ع، عدد 2، 2013، ص. 45-58.
- محمد كاظم زين العابدين، «الإطار القانوني العام للنفاذ إلى الوثائق الإدارية وحماية المعطيات الشخصية»، م.ق.ت، عدد 2013-5، ص. 9-34.

#### وثائق رسمية وتقارير مختلفة

- التقرير العام للهيئة الوطنية لإصلاح الإعلام والاتصال، أبريل 2012، المطبعة الرسمية، تونس.

64 « La liberté n'est réelle que si ses bénéficiaires ont les moyens matériels de l'exercer. » AUBY (J-M.) & DUCOS-ADER (R.), Droit de l'information, Dalloz, 2ème Ed, Paris, 1982, p.416.



ولكن تجدر الإشارة إلى أنه لا يكفي تطوير الإدارة وتوفّر الإرادة السياسية ليصبح الحق في النفاذ إلى المعلومة دعامة حقيقية لحرية الإعلام بل يجب أيضا أن تتوفر إرادة حقيقية ووعي ثابت لدى الأبناء الشرعيين لحرية التعبير حيث لا يعقل أن يعرض الصحفي على ممارسة حقه في النفاذ إلى المعلومة. ونذكر في هذا الإطار بأن هيئة النفاذ إلى المعلومة أصدرت قرارا يتيما إلى حد 4 أكتوبر 2018 بخصوص طلب نفاذ تقدمت به صحيفة<sup>61</sup> مما يعكس نوعا من القصور في الممارسة الصحفية التي يجدر أن يكون الحق في النفاذ إلى المعلومة إحدى الأدوات الأساسية.

على صعيد آخر يؤدي المساس بالحق في النفاذ إلى المعلومة إلى تهميش حرية البحث العلمي<sup>62</sup> التي تركز في منطلقها على جمع المعلومات المتفرقة وتحليلها وترتيبها واستخلاص النتائج ضمن سياق فكري عقلائي تتمثل غايته العميقة في كشف الحقيقة.

وفي هذا الإطار، أكدت المحكمة الأوروبية لحقوق الإنسان بأن ممارسة الحقوق المترتبة عن حرية التعبير تقتضي السماح للمؤرخ بالولوج إلى أرشيف السلط العمومية<sup>63</sup>.

نستنتج إذاً أن حق النفاذ إلى المعلومة يعد حقا جوهريا في إطار البحث العلمي لكن لا تزال الإدارة في تونس منغلقة وغير عصرية رغم التطور الذي شهدته في العقد الأخير. ففي مجال العلوم القانونية مثلا، لا تزال مسألة النفاذ إلى القرارات القضائية مهمة صعبة للغاية. كما تؤثر مسألة عدم نشر الأحكام والقرارات في تقييم السياسة الفقه قضائية مما يعطل إصلاح القضاء وتعزيز استقلاليته بما أن عدم تلخيص الأحكام وصعوبة النفاذ إليها يترك الباحثين في حيرة بما أنه لا يمكن استشفاف المواقف القضائية بدون مقارعة مختلف الاجتهادات والتمحيص فيها.

في الختام، يحتاج الحق في النفاذ إلى المعلومة إلى وعي جماعي سياسي بأهميته في النهوض بالحياة الثقافية والعلمية والسياسية لاسيما في عصر التكنولوجيا التي لها دور كبير في تأمين ممارسة حقيقية وفعالية لهذا الحق.

ونرى من الأسلم تعزيز بوابة التشريع التونسي من خلال نشر كل المنشورات الصادرة دون الاقتصار على البعض منها.

كما يتعيّن على القضاء الإداري تأمين دوره الطبيعي في حماية الحقوق والحريات بمناسبة الطعون المقدمّة أمامه لإلغاء المنشورات الترتيبية السالبة للحرية التي تشكل غصبا لاختصاص أسنده الدستور للمشرع.

61 القضية عدد 251 لسنة 2018 المؤرخة في 4 أكتوبر 2018، منشور بالصفحة الرسمية للهيئة على موقع الفايبيوك.

62 نورة كريديس (تحت إشراف)، المحكمة الإدارية في الفترة الانتقالية، الجزء الأول، دار الكتاب، تونس، 2015، ص 11.

63 « Dans le cas d'une recherche historique, la Cour a jugé que l'accès aux sources documentaires originales, dans les archives de l'Etat, était un élément essentiel de l'exercice des droits tirés de l'article 10. » C.E.D.H, n° 31475/05, 26 mai 2009.

على التعبير بكل حرية حتى ولو كان شعورهم عكس ذلك، فالتحكم في تدفق ووصول المعلومات للأشخاص يؤدي بالضرورة إلى التحكم- المسبق في حرية التعبير. ولنا أن نضرب مثل المتعاقد الذي أبرم عقدا بعد أن أخفى عنه معاقده معلومة تهم جوهر المحل بحيث أنه لو كان يعلم لما أبرم العقد أو لأبرمه لكن وفق شروط أخرى.

كذلك الشأن بالنسبة لحرية التعبير، فالمعبر الجاهل بمعطيات أساسية من شأنه أن يقع في الغلط عند التعبير كأن يدافع عن قضية لا يعلم خباياها أو كأن يمجّد الأداء الاقتصادي أو السياسي لحزب أو حكومة دون امتلاك المعلومات الكافية المتعلقة بحقيقة الوضع. ومنه، نرى أن الحق في الإعلام<sup>58</sup> له دور كبير في ضمان التمتع الفعلي بعدة حقوق دستورية<sup>59</sup>.

ونشير إلى أن الحق في الإعلام يمثل إحدى خصائص السيادة ذلك أنه لا يعقل ممارستها دون الإحاطة بكمّ من المعلومات يسمح بحرية الاختيار.

في هذا الإطار نص الفصل الثالث من الدستور على أن «الشعب هو صاحب السيادة ومصدر السلطات، ممارستها بواسطة ممثليه المنتخبين أو عبر الاستفتاء.» ونرى أنه لا يمكن للسيد-أي الشعب- التمتع الفعلي بسيادته في حالة الجهل المطبق. فكيف يمكن تصوّر شعب سيّد في حين أنه عاجز على التعبير عن رأيه بسبب غياب الحق في الإعلام؟

وعليه فإن الحق في الإعلام مرتبط أشد الارتباط بصفة السيادة ومن شأنه التأثير على الديمقراطية ذاتها ولنا أن نستدل بممارسة حق الانتخاب الذي يفقد معناه إذا ما تمتع به شعب غير عالم بالحد الأدنى من المجريات التي تحيط به.

ولقد جاء بتقرير لجنة الحقوق والحريات والعلاقات الخارجية بمجلس نواب الشعب حول مشروع قانون أساسي يتعلق بالحق في النفاذ إلى المعلومة أن «السياق التاريخي للأحداث (يبيّن) أهمية النفاذ إلى المعلومة في زعزعة النظام الديكتاتوري وقد تجلّى ذلك في أواخر العشرية الأولى من هذا القرن عندما بدأت بعض المواقع والمنظمات الدولية بتسريب فضائح وممارسات النظام، إلى أن جاءت أحداث ثورة 17 ديسمبر 14- جانفي لتبرز بوضوح أهمية المعلومة وتداولها في نشر الوعي السياسي والنضالي وفي إحراج النظام وكشفه أمام العالم»<sup>60</sup>.

58 « A sa fonction qui consiste à en diffuser s'ajoute le droit, pour le public, d'en recevoir. La liberté de la presse fournit à l'opinion publique l'un des meilleurs moyens de connaître et juger les idées et attitudes des dirigeants. » CEDH arrêt n° 26682/95, 8 juillet 1999.

DOCQUIR (P-F.), Variables et variations de la liberté d'expression en Europe et aux Etats 59 Unis, Bruylant, Bruxelles, 2007, p. 71

60 يمكن الإطلاع على تقرير اللجنة عبر الموقع الرسمي لمجلس نواب الشعب من خلال الرابط التالي: [http://www.arp.tn/site/servlet/Fichier?code\\_obj=89955&code\\_exp=1&langue=1](http://www.arp.tn/site/servlet/Fichier?code_obj=89955&code_exp=1&langue=1)

ذلك أن الأولى صدرت بأمر<sup>54</sup> في حين أن الثاني مُكْرَس بقانون أساسي.

أخيراً، تترتب عدة جوانب سلبية للمناشير السالبة للحق في النفاذ إلى المعلومة ونذكر من بينها تهميش الحق في المعرفة وحق الانتخاب وحرية التعبير وحرية البحث العلمي.

## الجزء الثاني:

### تضييق المناشير على بقية الحقوق الدستورية

يرتبط الحق في النفاذ إلى الوثائق الإدارية «وثيق الارتباط بممارسة حريات أساسية أخرى مثل حرية التعبير والصحافة والنشر وحرية الاتصال، فلا معنى لهذه الحريات إذا لم يتوفر إطار قانوني يسمح للصحفي أو الإعلامي بصفة خاصة ولجميع أفراد ومنظمات المجتمع بالولوج إلى المعلومة والنفاذ إليها»<sup>55</sup>.

وبالتالي يؤدي المساس بالحق في النفاذ إلى المعلومة إلى المساس ببقية الحقوق المرتبطة به وفي مقدمتها حرية الإعلام حيث مثلاً أن الصحفي الذي يقع منعه من النفاذ إلى المعلومة يكون لا فقط محروماً من ممارسة الحق في النفاذ بل أيضاً من حريته في الإعلام وبالتالي يقع عبر عرقلة النفاذ التحكم في سيل ونسق المعلومات التي ستنتشر للجُمهور ومن هنا تبرز الدعاية كوسيلة للتأثير على الرأي العام وتوجيهه للتعبير عن آراء مبنية على معلومات ومعطيات منقوصة أو مشوهة<sup>56</sup>.

من جهة ثانية، تترتب عن تهميش الحق في الإعلام آثار سلبية على حرية تكوين الآراء والأفكار والتعبير عنها<sup>57</sup> بما أن السيطرة على المعلومة وعدم إتاحتها للأشخاص تجعل منهم غير قادرين

54 الأمر عدد 4030 لسنة 2014 مؤرخ في 3 أكتوبر 2014.

55 عماد الحزقي، «مقاربة نقدية للمرسوم عدد 41 لسنة 2011 المتعلق بالنفاذ إلى الوثائق الإدارية»، المجلة التونسية للإدارة العمومية، عدد 2، 2013، ص. 47.

أيضاً، يراجع:

NCIRI (N., «L'accès aux documents administratifs en Tunisie », in. *Démocratie et Administration*, Actes de colloques organisés à Tunis le 10 et 11 octobre 2011, Edition Latrach, Tunis, 2014, pp.131-143.

56 مثلاً أصدرت النقابة الوطنية للصحفيين التونسيين بياناً بتاريخ 27 جانفي 2017 للتديد بمنشور رئيس الحكومة عدد 4 المؤرخ في 16 جانفي 2017 الذي تضمن أحكام من شأنها التعتيم على المعلومة وعرقلة الصحفيين عن النفاذ إليها.

57 « Par ailleurs ces libertés que l'on peut qualifier du terme générique de « libertés de la pensée » ne seraient rien si les citoyens qui les exercent ne bénéficiaient pas d'un accès à des sources d'information fiables et diversifiées, assuré par les médias, notamment audiovisuels ; elles supposent la liberté de l'enseignement et la liberté de la recherche. » REZENTHEL J.R.(, « Jurisprudence du conseil constitutionnel et libertés de la pensée », R.F.D.A. 1996, p. 639.

ونذكر أيضا من بين مهامهم «تيسير مهمة تجميع البيانات والمعطيات وإبلاغها في حينها لوسائل الإعلام في الصيغة المطلوبة حتى تنفذ المعلومة الهادفة إلى أكبر عدد ممكن من المواطنين سعيا لانخراطهم الفاعل في المسار الإصلاحي والتنموي للبلاد»<sup>50</sup> والتعريف «بخيارات الدولة والسياسات المعتمدة لتجسيد هذه الاختيارات»<sup>51</sup>.

كما وقع التضييق من الحق في النفاذ إلى المعلومة من خلال اشتراط جملة من الإجراءات كأن يقع تنسيق الحضور الإعلامي للوزراء وكتاب الدولة والمستشارين والولاية «بعد الإعلام المسبق بكل التفاصيل الخاصة بالموضوع وبالإطار العام والوسيلة الإعلامية والتاريخ والتوقيت والضيوف المشاركين والصحافيين المحاورين حسب الحالة»<sup>52</sup>. ووقع التأكيد على نفس الشيء بمقتضى المنشور عدد 25 المؤرخ في 6 أكتوبر 2014 الصادر عن رئيس الحكومة.

أخيرا، تواصل التضييق الذي كان سائدا في ظل المرسوم عدد 41 لسنة 2011 حتى بعد صدور القانون الأساسي عدد 22 لسنة 2016 المتعلق بالحق في النفاذ إلى المعلومة حيث أصدر رئيس الحكومة المنشور عدد 4 بتاريخ 16 جانفي 2017 المتعلق بتنظيم خلايا الإعلام والاتصال الراجعة للدولة بالنظر للوزارات والمؤسسات والمنشآت.

وتجلى ضرب حق النفاذ إلى المعلومة من خلال إلزام الأعدان العموميين بالامتناع «عن الإدلاء بأي تصريح أو مداخلة وعن نشر أو إفشاء معلومات أو وثائق رسمية عن طريق الصحافة أو غيرها من وسائل الإعلام حول مواضيع تهم وظيفته أو الهيكل العمومي الذي يعمل به بدون الإذن المسبق والصريح من رئيسه المباشر أو رئيس الهيكل الذي ينتمي إليه»<sup>53</sup>.

إن في منع الأعدان من الإدلاء بتصريح أو مداخلة حول مواضيع تهم وظيفته دون الإذن المسبق من رئيسه المباشر مساس بالفصل 31 من الدستور الذي ينص على أنه لا يجوز ممارسة رقابة مسبقة على حرية التعبير. وكان من الأسلم قانونيا حصر المنع في القيود الواردة بالتشريع المتعلق بالحق في النفاذ إلى المعلومة.

وما يثير الاستغراب هو مساس هذا المنشور بحق النفاذ إلى المعلومة بالاستناد إلى مدونة سلوك وأخلاقيات العون العمومي التي لا ترتقي قيمتها القانونية إلى قيمة النص المكرس للحق المذكور

50 منشور الوزير الأول عدد 16 بتاريخ 02 أفريل 2007 المتعلق بمزيد تفعيل وظيفة المكلفين بالإعلام.

51 منشور الوزير الأول عدد 20 بتاريخ 5 ماي 2008 المتعلق بتفعيل وظيفة المكلفين بالإعلام.

52 منشور رئيس الحكومة عدد 49 بتاريخ 11 أوت 2012 المتعلق بالمبادئ التوجيهية في مجال الإعلام والاتصال بالنسبة إلى العمل الحكومي.

53 منشور رئيس الحكومة عدد 4 بتاريخ 16 جانفي 2017 المتعلق بتنظيم خلايا الإعلام والاتصال الراجعة للدولة بالنظر للوزارات والمؤسسات والمنشآت.

مراعاة للاستثناءات أو للضرورات التي تملئها الأنشطة الصحفية أو البحوث الأكاديمية أو الحياة الديمقراطية بصفة عامة<sup>47</sup>.

في نفس التوجه المتسم بالتوجس من الحوكمة المفتوحة وشفافية العمل الإداري، وقع سنّ جملة من المناشير المتضمنة لقواعد ترتيبية من شأنها تقييد الحق في النفاذ إلى المعلومة.

أولا، تضمّن منشور رئيس الحكومة عدد 25 لسنة 2012 قواعد قانونية جديدة تهدف لسد النقائص التي كانت موجودة صلب المرسوم عدد 41 لسنة 2011 حيث وردت به جملة من الأحكام الجديدة المتعلقة بكيفية تعيين المكلف بالنفاذ إلى الوثائق الإدارية والمهام المنوطة بعهدته.

وما يثير الانتباه أكثر هو احتواء المرسوم عدد 41 لسنة 2011 على أحكام متعلقة بإسناد اختصاص مساعدة المواطنين الذي يطلبون خدمة معينة في صورة تعرضهم لصعوبات عند إعداد المطلب إلى المكلفين بالإعلام<sup>48</sup> الذين كانت مهمتهم الأساسية والفعلية قبل الثورة التعميم على المعلومة والقيام بالدعاية القائمة على «الشفط الإعلامي» لفائدة النظام السياسي السائد آنذاك.

تتسم المناشير المتعلقة بدور المكلفين بالإعلام بكثرتها. في البداية، وقع إرساء مكاتب الإعلام بمقتضى منشور الوزير الأول عدد 12 المؤرخ في 20 ماي 1981 على أساس توصية المجلس الأعلى للإعلام وتمثلت المهمة الرئيسية للمكاتب المذكورة في «تعبئة الرأي العام».

كما وقع تكليف الوزراء بالعمل على «تشجيع الإعلام الموضوعي النزبه الذي يعكس بأمانة وصدق الإنجازات والإصلاحات التي تشهدها قطاعاتكم»<sup>49</sup>. وتشكّل مكاتب الإعلام في هذا السياق وسيلة تنفيذ هذه الأهداف التي تأخذ بعين الاعتبار مصلحة السلطة في التعريف بإنجازاتها وليس انتظارات المواطن وتساؤلاته بخصوص التصرف الإداري.

ونلاحظ الدور الدعائي لمكاتب الإعلام على ضوء ما جاء بمنشور الوزير الأول عدد 8 بتاريخ 30 جانفي 2001 المتعلق بمكاتب الإعلام بالوزارات وبالمؤسسات الإعلامية وتيسير الوصول إلى مصادر الخبر الذي مكّن المكلفين بالإعلام من «العمل على تقديم صورة كاملة وشاملة لما تقوم

به الحكومة في مختلف المجالات».

Je rappelle que la déontologie de la fonction publique fait obligation à tout agent public d'observer - » 47  
ver une totale discrétion professionnelle pour tout ce qui concerne les faits et informations dont il

« a connaissance dans, ou à l'occasion, de l'exercice de ses fonctions

48 نص الفصل 9 من المرسوم عدد 41 لسنة 2011 « على الأعوان المكلفين بالإعلام في الهيكل العمومي مساعدة طالب الخدمة عند الاقتضاء في صورة اعتراضه لصعوبات في إعداد المطلب.»

49 منشور الوزير الأول عدد 02 بتاريخ 11 جانفي 1991.

جميع النصوص التفسيرية المتعلقة بنشاط جميع الهياكل المنصوص عليها صلب القانون المتعلق بالحق في النفاذ إلى المعلومة. وتشمل عبارة النصوص التفسيرية بالأساس كافة المناشير الصادرة عن جميع أصناف الإدارات لكن واقع العمل الإداري مخالف تماما لمنطوق الفصل 6 حيث أن رئاسة الحكومة في حد ذاتها لا تقوم بنشر كافة المناشير الصادرة عنها مما يدل بما لا يدع للشك على ضعف الحرص على تطبيق التشريع الجاري به العمل.

نستنتج مما سبق وجود تناقض بين ومفارقة واضحة بين نصوص قانونية جديدة تحررية من جهة ومنشير «سالبة للحق في النفاذ إلى المعلومة» التي تجاوزت التفسير لتغدقوانين-ظل من جهة ثانية. وتقولنا هذه المفارقة إلى التساؤل حول التأثير السلبي للمناشير السالبة للحق في النفاذ إلى المعلومة؟

للإجابة عن السؤال المطروح سنقوم بإبراز التأثير السلبي المباشر على الحق في النفاذ إلى المعلومة قبل التطرق للتأثيرات السلبية بالتبعية على بقية الحقوق الدستورية وفي مقدمتها حرية التعبير والإعلام.

## الجزء الأول:

### تضييق المناشير على الحق في النفاذ إلى المعلومة

تعدّ المناشير «وسيلة لتمير تعليمات السلط الإدارية العليا إلى السلطات الدنيا وتتضمن أوامر السلطة الرئاسية إلى المرؤوسين وشرح النصوص القانونية التي يتعيّن عليهم تنفيذها، وتهدف إلى إنارة الأعوان وتوجيه أعمالهم وتنسيق أساليب العمل داخل الإدارة (...)»<sup>46</sup>.

وعلى هذا الأساس، يعتبر المنشور تصرفا قانونيا ذو تأثير شديد على العمل الإداري نظرا لدوره التفسيري للقواعد القانونية وتبسيطه للإجراءات الإدارية مما أدى إلى التصاق العون العمومي به. ويمكننا في هذا الإطار استعارة نظرية القانون الحاجب التي يعتمدها القاضي الإداري لتطبيقها على العون العمومي الملصق حدّ المغالاة بالمنشير مما يدعون للحديث عن ظاهرة «المنشور الحاجب» في إشارة إلى رفض الأعوان العموميين أحيانا الانصياع إلى أحكام تشريعية واضحة بتعلّة وجود منشور صادر عن الرئيس الإداري.

ويشكّل منشور الوزير الأول عدد 6 بتاريخ 2 فيفري 1971 أول نص سالب لحق الأفراد في النفاذ إلى المعلومة عندما وقع منع الأعوان العموميين منعا مطلقا من الإدلاء بأية معلومات بدون

46 محمد رضا جنّج، القانون الإداري، مركز النشر الجامعي، تونس، 2008، طبعة ثانية، ص. 191.

ونشير أيضا إلى تقدّم رئيس الحكومة أمام مجلس نواب الشعب بمشروع قانون أساسي متعلق بحماية المعطيات الشخصية في 30 مارس 2018 حيث وقع اعتباره من قبل العديد من الجهات ما ساء بالحق في النفاذ إلى المعلومة<sup>42</sup>.

كما نذكر أيضا صدور عدّة مناشير<sup>43</sup> أدت إلى التقييد من الحق في النفاذ إلى المعلومة والتي من بينها المنشور الصادر عن رئاسة الحكومة عدد 4 لسنة 2017 المؤرخ في 16 جانفي 2017 والمتعلّق بتنظيم خلايا الإعلام والاتصال الراجعة بالنظر للوزارات والمؤسسات والمنشآت.

في المقابل، أظهرت السلطة السياسية انفتاحا في مجال النفاذ إلى المعلومة بما أن رئاسة الحكومة أصدرت منشورا متعلقا بالحق في النفاذ إلى المعلومة<sup>44</sup> الذي يجوز اعتباره متمشيا مع أحكام القانون الأساسي المتعلق بالحق في النفاذ إلى المعلومة حيث وقع تفسير المقتضيات القانونية الجديدة وكيفية تطبيقها سواء بالنسبة للأحكام الهيكلية المتعلقة بالمكلف بالنفاذ إلى المعلومة أو كيفية التعامل مع هيئة النفاذ إلى المعلومة أو بالنسبة للأحكام الأصلية المتعلقة بجوهر الحق في النفاذ إلى المعلومة.

لكن يبقى هذا المنشور كشمعة وحيدة عاجزة عن إضاءة الفضاء الإداري المظلم بسبب تراكمات عشرات السنين بل حتى مئات السنين التي لا يمكن محوها بمجرد منشور يقيم لا سيما في ظل تواجد مناشير أخرى سالبة للحق في النفاذ إلى المعلومة ومن بينها المنشور عدد 4 لسنة 2017 الذي لم يقع إلغاؤه.

ونلفت الانتباه بخصوص عدم التزام الإدارة العمومية باحترام التشريع المتعلق بالحق في النفاذ إلى المعلومة حيث لم يقع احترام مقتضيات الفصل 6 من القانون الأساسي عدد 22 لسنة 2016<sup>45</sup> وأيضا النقطة الأولى من منشور رئيس الحكومة عدد 19 لسنة 2018 الذي نص على وجوبية نشر

لا يتعلق بمسألة الانتقال الديمقراطي وما تستوجبه من إعادة النظر في هيكلية الدولة، بقدر ما هو مرتبط بضرورة فرضتها طبيعة العلاقة مع البنك الدولي بخصوص مقاييس الحوكمة الرشيدة، مما يفيد أنه تم تناول مسألة حق النفاذ إلى المعلومة من زاوية فكرة النجاعة وتحسين الموقع التفاوضي تجاه هذه المؤسسة المالية الدولية. فيما ترى الهيئة الوطنية لإصلاح الإعلام والاتصال في مسألة الحق في النفاذ إلى المعلومة، ضرورة لإنجاز عملية الانتقال الديمقراطي وبوابة لإصلاح الإعلام وتكريس مفهوم الدولة الشفافة». التقرير النهائي للهيئة الوطنية لإصلاح الإعلام والاتصال، ص. 21.

42 يراجع في هذا السياق:

البلاغ الصادر عن هيئة النفاذ إلى المعلومة بتاريخ 26 أبريل 2018 الذي بيّن أوجه مساس مشروع القانون الأساسي المتعلق بحماية المعطيات الشخصية بالحق في النفاذ إلى الإعلام.

43 يمكن الاطلاع على كل المناشير التي وقع ذكرها في هذا البحث عبر الموقع التالي:

<http://www.legislation.tn>

44 منشور رئيس الحكومة عدد 19 لسنة 2018 المؤرخ في 18 ماي 2018 بخصوص الحق في النفاذ إلى المعلومة.

45 نص الفصل 6 على «يتعيّن على الهيكل الخاضعة لأحكام هذا القانون أن تنشر وتحتبّ وتضع على ذمة العموم بصفة دورية وفي شكل قابل للاستعمال المعلومات التالية: (...)

- النصوص القانونية والتربّية والتفسيرية المنظّمة لنشاطه، (...).

امتلاكها والتفرد بها من قبل ذوات خاصة<sup>38</sup>.

وتكمن أهمية الحق في المعرفة في عقلنة حرية التعبير من خلال إتاحة الحق للأفراد في تلقي المعلومات والبحث عنها وتكوين آرائهم وأفكارهم الخاصة، لذلك فإن المساس بالحق في المعرفة يؤدي بالضرورة إلى دفع الأفراد نحو التعبيرات الخاطئة والمنافية للحقيقة. وبالتالي فإن «حرية التعبير لا تشمل لحظة التعبير فقط بل تسبقها فترة البحث عن المعلومات والآراء والأفكار وتليها فترة تلقي هذه المضامين أي أن مجال هذه الحرية مرتكز على عملية ثلاثية متمثلة في: بحث-إبداء-تلقي»<sup>39</sup>.

وشهد حق النفاذ إلى المعلومة تطوراً تشريعياً واضحاً في تونس حيث وقع تكريسه لأول مرة صلب المرسوم عدد 41 المؤرخ في 26 ماي 2011 المتعلق بالنفاذ إلى الوثائق الإدارية للهياكل العمومية<sup>40</sup>.

وإثر صدور دستور 27 جانفي 2014، وقع تكريس الحق في النفاذ إلى المعلومة صلب الفقرة الأولى من الفصل 32 من الدستور ليصدر في مرحلة موائية قانون أساسي متعلق بالنفاذ إلى المعلومة عوضاً عن المرسوم المتعلق بالنفاذ إلى الوثائق الإدارية وأدى ذلك إلى ترسيخ هذا الحق عبر التوسيع من مجال انطباقه على مستوى الهياكل العمومية المعنية بأحكامه والمعلومات التي يحق الحصول عليها.

لكن بالرغم من هذا الزخم التشريعي تظل مسألة ضمان الحق في النفاذ إلى المعلومة نسبية نتيجة لمناخ سياسي وثقافي معادي لعدة أسباب من بينها الرؤسب السلبية للتشريعات القديمة المتعلقة مثلاً بمكاتب العلاقات مع المواطن أو خلايا الإعلام والاتصال الراجعة للدولة التي كانت تلعب أدواراً منافية للغايات المرجوة من هذا الحق.

كذلك نلمس غياب قناعة واضحة لدى السلطة السياسية بأهمية هذا الحق حيث أن المرسوم عدد 41 لسنة 2011 المتعلق بالنفاذ إلى الوثائق الإدارية وقع سنه إثر ضغوطات من قبل المؤسسات المالية الدولية<sup>41</sup>.

38 - "Knowledge is a public good..." In. CARTON ASH (T.), Free speech: Ten principles for a connected world, Atlantic Books, London, 2016, p.167.

39 راجع: أيمن الزغدودي، حرية التعبير في تونس، أطروحة دكتوراه في القانون العام تحت إشراف العميد لطفي طرشونة، كلية الحقوق والعلوم السياسية بسوسة، 2016، الفقرة 139.

40 ر.ج.ت عدد 39 بتاريخ 31 ماي 2011، ص. 794-792.

41 «وقد وقع تنقيح هذا المرسوم (المرسوم المتعلق بالنفاذ إلى الوثائق الإدارية) بسرعة وفي ظرف بضعة أسابيع بمقتضى المرسوم عدد 54 لسنة 2011 المؤرخ في 11 جوان 2011، أي بعد نصف شهر من صدور المرسوم الأول. ويبدو أن هذا التنقيح جاء استجابة لطلب من البنك الدولي، بل إن القانون برمته جاء في هذا السياق، فالإطار العام الذي بادرت فيه الحكومة المؤقتة بصياغة هذا المرسوم



إثر المصادقة على مشروع القانون الأساسي المتعلق بحق النفاذ إلى المعلومة<sup>31</sup>، اعتبر رئيس مجلس نواب الشعب بأنها «ولادة عسيرة لقانون تاريخي. أريد أن أسجل هذه اللحظة التاريخية لأن بمصادقة المجلس على هذا القانون نكون قد خطونا خطوة مهمة في تسجيل وتنفيذ مبدأ أساسي من مبادئ الدستور وحق أساسي من الحقوق التي حققتها الثورة وجاء بها الدستور (...) فلا رجوع للوراء ولا تراجع في المكتسبات ولا في الحقوق (...)»<sup>32</sup>.

ويعتبر هذا القانون تاريخياً بالنظر لما يمكن أن يترتب عنه من آثار على العمل الإداري والسياسي حيث يسمح بترسيخ القواعد التي جاء بها الفصل 15 من الدستور كالشفافية والنزاهة والمساءلة وبالتالي تطوير العمل الإداري ليصبح منفتحاً أكثر وخاضعاً لشتى أشكال الرقابة وهنا نلمس البعد السياسي من خلال تمكين المواطنين ووسائل الإعلام من تقييم عمل الإدارة العمومية ومراقبة السياسات العامة في جميع المجالات<sup>33</sup>.

أما من الناحية القانونية الصرفة، يعتبر هذا القانون الأساسي تكريساً لما جاء بالفقرة الأولى من الفصل 32 من الدستور التي نصت على أن «تضمن الدولة الحق في الإعلام والحق في النفاذ إلى المعلومة»<sup>34</sup>. وتجدر الإشارة إلى أن عبارة «تضمن الدولة» تفيد التزاماً بتحقيق نتيجة متمثلة في وجوب توفير الآليات الضرورية للأفراد لممارسة فعلية وحقيقية لحق النفاذ إلى المعلومة<sup>35</sup>.

يندرج الحق في النفاذ إلى المعلومة ضمن الحق في المعرفة<sup>36</sup> الذي يرتبط بحرّية التعبير. ولذلك فإنه لا غرابة أن نجد السويد قد كرّست الحق في النفاذ إلى المعلومة صلب التشريع المتعلق بحرّية الصحافة منذ سنة 1776<sup>37</sup>. كما ذهب أحد المفكرين إلى اعتبار المعرفة ملكاً عاماً لا يجوز

31 القانون الأساسي عدد 22 لسنة 2016 المؤرخ في 24 مارس 2016 يتعلق بالحق في النفاذ إلى المعلومة، ر.ج.ت عدد 26 بتاريخ 29 مارس 2016، ص. 1029-1035.

32 مدالات مجلس نواب الشعب، الجلسة عدد 39 بتاريخ الجمعة 11 مارس 2016، ص. 1926-1954.

33 يراجع في هذا السياق: AUBIN Emmanuel, « La protection constitutionnelle de la transparence administrative », Les Nouveaux Cahiers du Conseil constitutionnel, 2018/2 (N° 59), p. 37.

ووقع التأكيد صلب هذا المقال على أهمية الحق في النفاذ إلى المعلومة في إطار تكريس مبدأ الشفافية الإدارية التي تقتضي لا فقط نفاذاً واسعاً للمعلومات من الأفراد بل أيضاً تحتم على الإدارة تقديم أجوبة ذات جودة وليس أجوبة جوفاء وغير مفيدة.

أيضاً أكدت هيئة النفاذ إلى المعلومة على هذه المسألة في أحد قراراتها معتبرة أن «الحق في النفاذ إلى المعلومة يعد حقاً أساسياً لكل شخص طبيعي أو معنوي بغاية تكريس مبادئ الشفافية والمساءلة فيما يتعلق بالتصرف في المرافق العامة (...)». القضية عدد 26 لسنة 2018 المؤرخة في 23 مارس 2018، أنا يقظ ضد المدير العام للوكالة الوطنية لحماية المحيط، منشور بالصفحة الرسمية للهيئة على موقع الفايبيوك.

34 لقد جاء بالفصل الأول من القانون عدد 22 لسنة 2016 ما يلي « يهدف هذا القانون إلى ضمان حق كل شخص طبيعي أو معنوي في النفاذ إلى المعلومة (...)».

35 على عكس صياغة الفقرة الثانية من نفس الفصل التي تعكس التزاماً ببذل عناية متمثل في سعي الدولة إلى ضمان الحق في النفاذ إلى شبكات الاتصال.

BRAIBANT (G.), « Droit d'accès et droit à l'information », in Mélanges Robert-Edouard Charlier, 36 p. 704.

PARISI (C.), L'accès à l'information dans l'Union Européenne, Thèse, 2004, Université Jean-Mou- 37 lin, Lyon III, p. 21.

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ



## المنشور والحق

## في النفاذ إلى المعلومة

أيمن الزغدودي<sup>1</sup>

1 أستاذ مساعد في القانون العام، جامعة قرطاج، المعهد العالي للغات التطبيقية والإعلامية بتابل.

بطبيعة الأعوان الذين قاموا بإعداده وصياغته. من بين الأمثلة على ذلك إعطاء الحرية للأعوان في استعمال المفردات القانونية وبذلك يمكن للأعوان استعمال مفردات سالبة للحرية موجودة صلب النظام القانوني منذ زمن بعيد وعض استخدام مفردات غيرها يتم استعمالها نظرا لكونها مفردات تعود عليها الذهن البيروقراطي المدافع عن الاستمرارية والمناهض للتجديد.

### / صعوبة الولوج إلى النصوص القانونية

نص منشور رئيس الحكومة عدد 30 لسنة 2014 على إرساء نظام تشاركي في إعداد النصوص القانونية. هذا المنشور وإن كان يكرس الديمقراطية التشاركية بوصفها مبدأ دستوريا ويجسد أحكاما وردت صلب منشور 2011 إلا أنه لا يضع من الناحية العملية إطارا يمكن من تكريس مقاربة تشاركية فعلية في صياغة النصوص. إذ أن المنشور يعطي للوزارات إمكانية استشارة المواطنين بخصوص مشروع قانون من عدمها، كما يعطي الأعوان المكلفين بتسيير الموقع الإلكتروني الذي يتم من خلاله استشارة المواطنين صلاحية واسعة تسمح لهم بالتحكم به بطريقة يمكن أن تجعله مفرغا من محتواه.

بالإضافة إلى ذلك، نص منشور 2011 على ضرورة نشر الوزارات لجميع النصوص القانونية التي تنظمها وتنظم الخدمات التي تسديها. لكن عددا كبيرا من هذه النصوص لا يزال مجهولا بل أصبح بعضها شبحا لا نعلم وجوده من عدمه ولكنه يؤثر تأثيرا عميقا في الحياة اليومية للمواطنين. ومن هناك يجب تطبيق منشور 2011 ونشر جميع النصوص القانونية خاصة منها المناشير.

ويجب التذكير بأن العملية التشريعية ليست من صلاحيات الإدارة، بل هي تعبير عن إرادة عامة عن طريق نخبة سياسية منتخبة. ولذلك يجب أن يكون دور المصالح الإدارية في إعداد النصوص القانونية محدودا ولا يكون ذلك إلا من خلال وضع إجراءات أكثر وضوحا وأكثر دقة. ومن هنا ندعو إلى ضرورة تحسين الآليات المنصوص عليها صلب المناشير التي سبق ذكرها ويكون ذلك خاصة من خلال مزيد توضيح الآليات التي تم التنصيص عليها صلب المناشير وإعطاؤها بعدا عمليا أكثر وضوحا يخضع لعدد من الإجراءات والمعايير الدقيقة. كما يمكن مثلما هو الحال في سويسرا أو فرنسا اعتماد دليل لصياغة النصوص القانونية يتم من خلاله شرح مختلف التقنيات المعتمدة في إعداد وصياغة النصوص وبيان مختلف الإجراءات المتبعة لإنجازها.

ضرورة احترام أحكام الفصل 49 من الدستور. وللتذكير فإن هذا الفصل مهم جدا فيما يتعلق بالحقوق والحريات إذ أنه يضبط الحدود التي يمكن أن تسلط عليها. فهو فصل لم يكن له مثيل بدستور 1959 وذو صياغة مرگبة يصعب معها فهم دقيق لهذا الفصل وهو ما يجعل شرح أحكامه ضروريا لعدم مخالفته.

### / فيما يتعلق بتفاعل القوانين والمعاهدات الدولية فيما بينها

بالرجوع إلى المنشورين اللذان سبق ذكرهما يتبين لنا أنها ينطبقان على عملية إعداد وصياغة وتقديم كل النصوص القانونية ماعدا الاتفاقيات الدولية التي تخضع إلى مناشير سابقة. ويبدو هذا الخيار غريبا خاصة وأنه يساهم في تشتت النصوص القانونية المنظمة لعملية إعداد وصياغة وتقديم النصوص القانونية وعدم التناسق بين الطرق والآليات المعتمدة في ذلك.

كما أن منشوري 2011 و2017 لم يتطرقا البتة إلى عديد المسائل القانونية التقنية التي يمكن أن تجابه الأعوان عند إعدادهم لمشروع نص قانوني أو ترتيبي. مثل آليات تأويل النصوص الأعلى درجة أو في حالة وجود تنازع بين نصوص من درجة أعلى متعارضة فيما بينها. فهذه المسائل جدّ تقنية ولكن إتباع نسق واحد في التعامل معها من شأنه إضفاء تناسق على النظام القانوني التونسي.

## 2. ضبابية الإجراءات المتبعة في إعداد مشاريع النصوص القانونية

### / عدم وضوح طبيعة الآليات المتبعة في إعداد وصياغة مشاريع القوانين

يضع كل من منشور 2011 و منشور 2017 عددا من الآليات المعتمدة في عديد الدول الأخرى والتي تضمن سلامة مسار إعداد وصياغة مشاريع النصوص القانونية (دراسة الخيارات، دراسة المؤثرات...). ولكن التنصيص عليها لم ترافقه عملية تعريفها وبيان كيفية إتباع كل آلية. إذ أن كل واحدة منها تمثل عملية مستقلة بذاتها تخضع إلى عدد من الإجراءات والضوابط.

فمنطوق هذه المناشير بقي في عمومية مفرطة لا يمكن معها للأعوان الإداريين إتباع الآليات المنصوص عليها بطريقة فعّالة تضمن إعداد وصياغة مشروع قانون بطريقة سليمة.

هذه العمومية في تحديد هذه الآليات بالإضافة إلى استعمال مفردات لا تفيد الإلزام بل السعي والمحاولة، تعطي مجالا واسعا للأعوان عند إعدادهم لمشروع القانون في التأثير على شكله وعلى محتواه. بذلك يصبح مشروع القانون مشروعا متأثرا بعدد الأبعاد الملصقة

تعد عملية صياغة القوانين عملية سياسية تخضع لطبيعة النظام السياسي ولعديد التوازنات الأخرى ولكنها تعد كذلك عملية تقنية تتجاوز البعد القانوني المادي لتتناول مسائل شكلية وإجرائية تتعلق لا بالقاعدة القانونية في حد ذاتها بل بطريقة إعدادها وصياغتها وتقديمها.

في تونس، يؤطر عملية صياغة القوانين عدد من المناشير التي تم توجيهها من قبل رئيس الإدارة إلى الأعران الإداريين المكلفين بعملية إعداد وصياغة وتقديم مشاريع النصوص القانونية. وتتمثل هذه المناشير أساسا في منشور الوزير الأول عدد 14 لسنة 2011 المؤرخ في 27 ماي 2011 المتعلق بجودة التشريعات ومنشور رئيس الحكومة عدد 08 لسنة 2017 المؤرخ في 17 مارس 2017 المتعلق بقواعد إعداد مشاريع النصوص القانونية وإجراءات عرضها واستكمال تهيئتها اللذان يضعان القواعد العامة لعملية الإعداد والصياغة والتقديم. كما يوجد كذلك بعض المناشير الأخرى التي تؤطر عملية إعداد القواعد القانونية منها المنشور عدد 31 لسنة 2014 المؤرخ في 30 أكتوبر 2014 المتعلق باعتماد مسار تشاركي في إعداد النصوص القانونية.

وفيما يتعلق بالحقوق والحريات والتي لا يمكن أن يتم تنظيمها إلا عبر القوانين دون غيرها من القواعد القانونية حسب الفصل 65 من الدستور، وبذلكتدخل المناشير التي سبق ذكرها بصفة مباشرة في تنظيم عملية إعداد وصياغة القوانين المتعلقة بالحقوق والحريات. ومن هنا تبادر إلى الذهن التساؤل التالي : أمكن لهذه المناشير، من خلال تنظيمها لعملية إعداد وصياغة وتقديم القوانين، أن تؤثر على طبيعة الحقوق والحريات وممارستها ؟

من خلال التمعن في هذه المناشير تبين لنا :

## 1. التآطير القانوني الضعيف الذي تقدمه هذه المناشير للأعران

الإداريين المسؤولين عن إعداد وصياغة وتقديم مشاريع القوانين :

### / فيما يتعلق بتأويل النص الدستوري

من المسائل التي تم التشديد عليها صلب هذه المناشير هو ضرورة إحترام النص الدستوري والغاية من ذلك ليس ضمان توازن النظام القانوني التونسي وإنما بهدف ضمان عدم التصريح بمخالفتها للدستور. ولذلك قامت هذه المناشير، خاصة منها منشور 2017، بمحاولة ضبط النصوص الدستورية الواجب احترامها في إطار عملية إعداد وصياغة وتقديم القوانين.

لكن الملفت للإنتباه هو إعادة كتابة منطوق النص الدستوري دون شرحه وبيان طريقة تطبيقه عمليا عند صياغة نص قانوني. ومن بين الأمثلة نتناول ما نص عليه منشور 2017 من

# المناشير المؤطرة

## لصيغة مشاريع القوانين<sup>1</sup>

محمد انور الزياتي<sup>2</sup>

1 هذه المساهمة هي حوصلة للمقالة كاملة في الجزء الفرنسي من هذا المؤلف. ص 38 إلى 53.

2 طالب دكتوراه في القانون كلية العلوم القانونية و السياسية و الاجتماعية بتونس و باحث بالمفكرة القانونية

• عندما يكون التفسير الذي جاء به المنشور الأمر مخالفا لمعنى ومقتضيات الأحكام الواردة في النص الذي يقوم بتفسيره إذ أن القاضي الإداري في هذه الصورة يعتبر أن التفسير الذي جاء به المنشور ليس هو التفسير الصحيح.

• و الحالة الثانية عندما يكون التفسير الذي جاء به المنشور قد وسَّع أو ضيَّق من معنى الأحكام الواردة في النص الذي يقوم بتفسيره.

وخلاصة القول أن القاضي عند نظره في شرعية المنشور الترتيبي يتثبت القاضي الإداري مما إذا كانت الجهة المصدرة له تتمتع بالسلطة الترتيبية أم لا وفي صورة عدم تمتعها بهذه الصلاحية يكون المنشور صادرا عن سلطة غير مختصة لكن حتى لو صدر المنشور عن سلطة مختصة أي تتمتع بالسلطة الترتيبية فإن إمكانية إلغائه تبقى واردة إذا شابته عيوب أخرى كمخالفة المنشور لقواعد قانونية أعلى درجة منه. وفي حالات أخرى يواجه القاضي الإداري صعوبات في التمييز بين مجرد تفسير القاعدة القانونية ووضع قاعدة جديدة كما أن القاضي قد يذهب إلى إضفاء الصبغة التفسيرية على منشور وزاري يحتوي على قواعد جديدة وذلك كي لا يلغي قرارا ترتيبيا يراه ضروريا ومفيدا وهو بذلك يعوض الوزراء عن حرمانهم من السلطة الترتيبية.

بالنص التشريعي. من جهة أخرى تجدر الإشارة الى أن الحد من الحرية لا يكون إلا بنص تشريعي وبشروط ذكرها الفصل 49 من الدستور والذي جاء فيه : « يحدد القانون الضوابط المتعلقة بالحقوق والحريات المضمونة بهذا الدستور وممارستها بما لا ينال من جوهرها. ولا توضع هذه الضوابط إلا لضرورة تقتضيها دولة مدنية ديمقراطية وبهدف حماية حقوق الغير، أو مقتضيات الأمن العام، أو الدفاع الوطني، أو الصحة العامة، أو الآداب العامة، وذلك مع احترام التناسب بني هذه الضوابط وموجباتها. وتتكفل الهيئات القضائية بحماية الحقوق والحريات من أي انتهاك. لا يجوز لأي تعديل أن ينال من مكتسبات حقوق الإنسان وحرياته المضمونة في هذا الدستور». هذا الفصل يكرس الاختصاص الحصري للسلطة التشريعية في الحد من الحرية ولا يكون ذلك إلا بشروط حددها الفصل المذكور وفي ذلك حماية من تدخل السلطة الإدارية في هذا المجال.

أما بالنسبة للضمانة الأخرى فتمثل أساسا في الفصل 32 من الدستور الذي أقر الحق في النفاذ إلى المعلومة و تكريسا لهذا الحق صدر القانون الأساسي عدد 22 لسنة 2016 المؤرخ في 24 مارس 2016 والمتعلق في الحق في النفاذ إلى المعلومة. و قد أوجب الفصل 6 من هذا القانون نشر النصوص القانونية التشريعية والترتيبية وكذلك النصوص التفسيرية وهو ما يعني أن الإدارة ستكون بمقتضى هذا الفصل مجبرة على نشر المناشير. هذه الضمانة ستمكن من تحقيق شيء من الشفافية في الحياة الداخلية للإدارة وتسمح لمنظورها من التعرف على محتواها ومن ثم طلب إلغاء المنشور الذي قد يحد من الحق أو الحرية.

## الفرع 2/

### الرقابة القضائية على المناشير المقيدة للحقوق و الحريات

و إذا ما أقرنا بتكليف المناشير المضيقه للحقوق والحريات كمنشير أمرة فان التمييز صلب المناشير الأمرة بين المناشير الترتيبية والمناشير التفسيرية الأمرة له أهمية لأنه يحد من حالات إلغاء المناشير الوزارية بعدم الاختصاص باعتبار أن الوزراء ليست لهم مبدئيا سلطة ترتيبية إلا في بعض الصور التي ضبطها فقه القضاء. فعندما يعتبر القاضي الإداري أن الوزير قد اتخذ منشورا تفسيريا أمرا فإن ذلك يعني أنه لم يمارس السلطة الترتيبية وإنما اكتفى باتخاذ منشور تفسيري أمر في إطار ممارسته للسلطة الرئاسية ومن ناحية أخرى إذا كان إلغاء قرار يخالف منشورا تفسيريا غير ممكن فإنه يصعب قبول الشيء نفسه بالنسبة لمنشور تفسيري أمر ولكن هذا الأخير يكون قابلا للإلغاء في صورتين:



يعتبر المنشور ملزماً بالنسبة للأعوان المكلفين بتطبيقه وهو ما يفيد أن هؤلاء الأعوان مطالبون بالالتزام بالشرح والتفسير الذي ورد بنص المنشور دون زيادة أو نقصان. ويطرح التساؤل حول إمكانية الطعن في المنشور الترتيبي أو التفسيري الأمر من قبل الأعوان؟

أجاب فقه القضاء الفرنسي بمناسبة قرار مجلس الدولة Dame Cochet D'Hattcourt بتاريخ 22 فيفري 1918 عن السؤال حين ميّز بين الطعن الذي يقدمه الموظفون والطعن الذي يقدمه الغير معتبراً أنه يجوز للأعوان أن يطعنوا في منشور ما في صورة خرقه الشرعية. وقد اعتبر الفقيه موريس اوريو (Maurice Haurieu) أن المناشير تعتبر بمثابة الترتيب بالنسبة للموظفين وكلما وقع خرق هذه الترتيب بمقتضى قرار صادر عن الوزير فإن هذا القرار سيكون قابلاً للطعن بالإلغاء لخرقة النص التشريعي الذي جاء المنشور ليفسره.

لقد عرف النظام القانوني للمناشير المقيدة للحقوق والحريات تطوراً هاماً تمثل في تكريس الدستور للحق في النفاذ إلى المعلومة الذي سيمكن منظور الإدارة من الإطلاع على محتوى المناشير ويحد من الصبغة الخفية لهذه النصوص بتعلّة أنها وثائق داخلية لا يمكن الإطلاع عليها. كما أن الطعن القضائي يبقى الضمانة الأساسية لإلغاء المناشير المقيدة للحقوق والحريات بعد أن عرف تطوراً على مستوى التمييز بين المناشير الآمرة و المناشير غير الآمرة.

## الجزء الثاني:

### تطور النظام القانوني للمناشير المقيدة للحقوق و الحريات

تمثل هذا التطور في تكريس جملة من الضمانات الدستورية و التشريعية للحدّ من سرية المناشير الآمرة و منع الإدارة من التصييق من الحقوق و الحريات من جهة و في إمكانية الطعن القضائي ضد المناشير المقيدة للحقوق و الحريات من جهة أخرى.

#### الفرع 1/

#### الضمانات الدستورية و التشريعية

انطلاقاً من الدستور نتبين أن السلطة التأسيسية قد أقرت صلب الفصل 65 منه أن الحقوق و الحريات أو حقوق الإنسان تدخل في مجال القانون و لا يمكن للسلطة الترتيبية أن تتدخل في هذه المادة وهو ما يمنع على الوزير أن يستغل المناشير لإضافة قواعد مقيدة للحرية لم ترد

يكون أمرا كلما تضمن تفسيراً ملزماً واجب الإلتباع من طرف من يتوجه إليهم ويتم استنتاج ذلك من صيغة نص المنشور (الأسلوب، العبارات المستعملة ...) إذ يعتبر القاضي الإداري أن «معيار قابلية المناشير والمذكرات للطعن بدعوى تجاوز السلطة يتوقف علمدى توفرها لقواعد أمره موجهة للمخاطبين بها بحيث تمس من المراكز القانونية للمتعاملين مع الإدارة باعتبارها تصبح سند الإدارة وأعاونها في التعامل معهم».

و يوضح القاضي معنى المنشور التفسيري الأمر بالقول (...) «و حيث و لئن تضمنت المذكرة المنتقدة تفسيراً و قراءة من جانب مصدرها لمقتضيات الفصل 57 المذكور فإن الصيغة التي جاءت بها في تحديدها لموجبات ذلك التفسير وفيما تضمنته من دعوة للحرص على تطبيقها وفقاً لذلك التفسير وتحديدها جزاء إجرائياً لعدم احترامه، يجعلها تكتسي صبغة أمره تأثر في الوضعية القانونية للمتعاملين مع المرفق العمومي العدلي الموجهة إليه تلك المذكرة.»

## الفرع 2/

### الآثار المترتبة عن المناشير المقيدة للحقوق و الحريات

تعتبر هذه المناشير بالنسبة لعلاقة الإدارة بمنظورها وكأنها غير موجودة وهو ما يترتب عنه الآثار التالية :

لا يمكن الطعن بالإلغاء في هذه المناشير بدعوى تجاوز السلطة المرفوعة ضدها باعتبارها موجهة ضد عمل غير تقريبي، كما لا يمكن للغير الاحتجاج بالمنشور باعتباره عملاً داخلياً ليست له أي صبغة تقريرية وأيضاً لا يمكن للإدارة معارضة الغير بالمناشير التفسيرية غير الأمرة ومعنى ذلك أن الإدارة لا يمكنها أن تعلق قراراتها بالاعتماد على ما ورد بهذه المناشير وإن تم ذلك فقرارها غير شرعي باعتباره سيكون مشوباً بخطأ في القانون.

وقد صرحت المحكمة الإدارية بذلك في قرار هالة الشريف بذلك : «وحيث استقر فقه القضاء أن المنشور وثيقة إدارية داخلية ليس لها صبغة ترتيبية بل إن أحكامها لا تكون إلا تفسيرية وتأسيساً على ذلك يكون المنشور غير ملزم للغير و متعين الإلغاء إذا تجاوز حدود دوره التفسيري وأقر أحكاماً ترتيبية لم يأت بها النص المفسر». ومن هذا المنطلق لا يمكن اعتبار المناشير قرارات إدارية ولا مصدرها من مصادر الشرعية تلزم الغير أو يعارض بها باعتبار أنها لا تؤثر في المراكز القانونية للأفراد. وعلى العكس أي إن كان المنشور ترتيبياً أو تفسيرياً أمراً لأصبح الاحتجاج به ممكناً وأصبح بالإمكان معارضة الغير به. لكن ماهي آثار المنشور على الأعوان المكلفين بتطبيقه؟

الإدارية في قرارها الصادر بتاريخ 3 مارس 1978 مصطفى خوجة ضد الوزير الأول حين اعتبرت «أن منشور الوزارة الأولى سن بمقتضياته المطعون فيها قواعد جديدة لضبط الأقدمية المطلوبة في الرتبة لاجتياز مناظرة متصرفي الحكومة واكتسى بذلك الصبغة الترتيبية الأمر الذي يمكن معه رفع النزاعات حوله أمام المحكمة الإدارية».

يكون المنشور المقيد للحقوق أو الحريات ترتيبيا إذا صدر عن الوزير وتضمن أحكاما ترتيبية وهو حل يفضل على اتخاذ تراتيب في شكل قرار إداري وفي هذه الحالة يعتبر المنشور قرارا إداريا قابلا للطعن بالإلغاء بدعوى تجاوز السلطة. أو أن يكون المنشور الذي يضيّق من الحرية أو الحق تفسيرا أمرا ومعنى ذلك أنه يقوم بتفسير وشرح أحكام قانونية ولكنها تفرض الالتزام بهذا التفسير ومن هنا جاءت صبغتها الآمرة. و هو ما يذكرنا بالمناشير الصادرة عن وزير الداخلية والعدل بمنع ضباط الحالة المدنية إبرام عقد زواج التونسيات بغير المسلمين واشتراط تقديم هؤلاء لشهادة تثبت إسلامهم. و يعتبر محتوى هذه المناشير تأويلا موسعا لما ورد بالفصل 5 من مجلة الأحوال الشخصية و الذي ينص على أن يكون كل من الزوجين خلوا من الموانع الشرعية للزواج، مع الإشارة إلى أن الإدارة والقاضي لا يعتبرون هذه الموانع قانونية بل يستندون إلى عبارة «الموانع الشرعية». هذا التأويل الموسع اعتمده الإدارة أيضا صلب المنشور عدد 102 لسنة 1986 والذي منع ارتداء لباس معين وبالتحديد الحجاب على المدرسات في حين أن هذا التأويل لا يتماشى والقانون الأساسي للوظيفة العمومية وهو ما يجعل من هذه المناشير إما مناشير ترتيبية وهو ما ذهبت إليه المحكمة الإدارية في قضية سعيدة عدالي ضد وزير التربية والتكوين بتاريخ 9 ديسمبر 2006 حين اعتبرت أن المنشور عدد 102 لسنة 1986 قد أضاف قاعدة جديدة مبهمّة لم يأت بها النص التشريعي وهو ما يجعله ترتيبيا. أو أن تكون هذه المناشير تفسيرية أمرة تفرض الالتزام بهذا التفسير.

لقد جاء تكريس هذا الصنف من المناشير نتيجة تطور فقه قضائي تمثل في قبول القاضي الإداري الفرنسي ثم التونسي الطعن بإلغاء المناشير التفسيرية الآمرة وقد كان ذلك مناسبة قرار دوفينار 2002 والحكم الابتدائي عبد المجيد ضد وزير التعليم العالي بتاريخ 28 مارس 2008 والذي جاء فيه «و حيث طالما لم يتضمن المنشور المطعون فيه أحكاما أمرة وقواعد جديدة مؤثرة في المراكز القانونية للمدعي فانه يكتسي صبغة المنشور التفسيري الذي لا يقبل الطعن فيه بالإلغاء». ثم اتضح مفهوم المناشير الآمرة في حكم لاحق بتاريخ 30 نوفمبر 2011 الغرفة الجهوية للمستشارين الجهويين بنابل ضد وزير العدل حين بينت المحكمة أن المنشور التفسيري

## الجزء الأول:

### المناشير المقيدة للحقوق و الحريات: طبيعة تقريرية تخفي إسمها

سنحاول من خلال هذه الدراسة أن نبين أن المناشير التي تتضمن تفسيراً موسعاً أو مضيقاً للنص التشريعي أو الترتيبي أو تلك التي تضيف قاعدة جديدة تقيد من حق أو حرية كرسها النصوص القانونية فهي تفقد صبغتها التفسيرية لتتحول إلى مناشير أمرة (الفرع 1) حسب التصنيف الجديد الذي أقره فقه القضاء وهذا التصنيف لا يخلو من آثار قانونية تستوجب التوقف عندها (الفرع 2).

#### الفرع 1/

#### المناشير المقيدة للحقوق و الحريات هي مناشير أمرة

شهد فقه القضاء الإداري المتعلق بالمناشير تطوراً خلال السنوات الأخيرة بعد أن كان القاضي الإداري يميز بين المناشير التفسيرية و المناشير الترتيبية أصبح يقر التفرقة بين المناشير الأمرة و المناشير غير الأمرة.

بالنسبة للمناشير غير الأمرة فهي جملة التعليمات و الاقتراحات و النصائح التي ليست لها صبغة أمرة و الموجهة من رؤساء المصالح و خاصة الوزراء إلى أعوانهم والتي لا تعتبر قرارات إدارية. فهذه المناشير أو مذكرات العمل تسمى مناشير تفسيرية لأنها تتعلق بشرح و تفسير أحكام تشريعية أو ترتيبية سابقة وهو المفهوم الحقيقي للمنشور كما عبر عن ذلك الفقيه روني شابو (René Chapus).

و تكتسي المناشير التفسيرية أهمية عملية بالغة لأن الأعوان عادة ما ينتظرون صدور المنشور رغم نفاذ النص التشريعي أو الترتيبي و يتميز النظام القانوني لهذه المناشير ببساطته باعتبار أنه موجه للأعوان أما بالنسبة لعلاقة الإدارة بمنظورها تعتبر هذه المناشير و كأنها غير موجودة. أما المناشير الأمرة فهي التي تفرض على الأعوان التقيد بسلوك معين و لذلك تعتبر بمثابة القرارات وهو ما يجعلها قابلة للطعن بالإلغاء بدعوى تجاوز السلطة. ويقع التمييز بين نوعين من المناشير الأمرة: المناشير الترتيبية و المناشير التفسيرية الأمرة.

يكون المنشور ترتيبياً عندما يضيف قواعد جديدة إلى المنظومة القانونية وذلك بإسناد حقوق التزامات جديدة مقارنة بما جاء بالنص التشريعي أو الترتيبي هذا التعريف كرسه المحكمة

يعرّف المنشور في الفقه و فقه القضاء بأنه وثيقة داخلية ليست لها صبغة ترتيبية لأن أحكامها لا تكون إلا تفسيرية وتوضيحية و ذلك في إطار تطبيق القوانين و التراتيب النافذة. حتى أن الفقه اعتبر هذه النصوص بمثابة القانون المخفي أو السري بالنظر إلى عدم إمكانية الاحتجاج به و لا معارضة الغير به و عدم قابليته للطعن القضائي باعتباره لا يستوفي شروط القرار الإداري.

تصدر المناشير أساسا عن رؤساء المصالح و خاصة الوزراء و تتضمن جملة التعليمات و الاقتراحات و النصائح التي ليست لها صبغة ترتيبية و توجه إلى أعوانهم حتى يتمكنوا من تنفيذ الأحكام التشريعية و الترتيبية النافذة و من ثمّ فهي لا ترتقي إلى مرتبة القرارات الإدارية.

و يندرج هذا الاختصاص الذي يمارسه الوزراء في إطار عدم قدرتهم على ممارسة السلطة الترتيبية إلا بمقتضى تفويض تشريعي أو ترتيبى صريح أو بصفتهم رؤساء مصالح يسهرون على حسن سير المرفق الذي يديرونه.

و من هذا المنطلق و نظرا لوظيفة الشرح و التفسير التي تضطلع بها فإن صياغة المناشير تخضع لمقتضيات تقنية على مستوى الصياغة حتى لا تكون مجرد نسخ للنص التشريعي أو التنفيذي من جهة ولا تكون متضمنة لقواعد قانونية جديدة لم تأت بها النصوص القانونية من جهة أخرى. إذ يحصل أن تكون المناشير بمثابة الفرصة ليمارس الوزراء السلطة الترتيبية التي حرموا منها وذلك إما بتأويل النص التشريعي أو الترتيبى بطريقة مخالفة لما جاء في هذه النصوص أو بزيادة قاعدة قانونية جديدة لم يأت بها النص التشريعي، مما قد ينجر عنه تقييد أو حدّ لبعض الحقوق و الحريات الأساسية. هذه الوضعيات تدفعنا إلى البحث في مفهوم المناشير المقيدة للحقوق و الحريات و في قيمتها القانونية قبل التوقف عند النظام القانوني الذي يسوسها.

المناشير» المضيقه

للحقوق و الحريات»:

مفهومها و قيمتها

القانونية<sup>1</sup>

نهى الشواشي<sup>2</sup>

1 هذه المساهمة هي حوصلة للمقالة كاملة في الجزء الفرنسي من هذا المؤلف. ص 22 إلى 37.

2 أستاذة محاضرة مبرزة في القانون العام. جامعة قرطاج. كلية العلوم القانونية و السياسية و الاجتماعية بتونس

ولذلك فإن تطبيقاً أمثل للإجراءات يحترم الحقوق والحريات يحصل أساساً عبر نشر واسع للمعلومة. فلا يكفي إلغاء المنشائر السالبة للحرية واتخاذ منشائر أخرى أكثر احتراماً للحقوق والحريات بل يجب أيضاً الإعلام بها ونشرها والتوعية بوجودها وتكوين الأشخاص المعنيين مباشرة بها. فمسؤولية الإدارة تتمثل في نشر هذا الصنف من المعلومات وتنظيم دورات تكوينية لأعاونها كما أنه على منظمات المجتمع المدني أن تواصل مهمتها الرقابية ومتابعة التجاوزات التي تقوم بها الإدارة وتضييقها على الحقوق والحريات والتنديد بها.

كما يمكن أيضاً للهيئات الدستورية المستقلة الخمسة : هيئة الإعلام السمعي البصري- هيئة حقوق الإنسان- الهيئة العليا المستقلة للانتخابات- هيئة الحوكمة الرشيدة ومكافحة الفساد- هيئة التنمية المستدامة وحقوق الأجيال القادمة، المسؤولة حسب الفصل 125 من الدستور على «دعم الديمقراطية»، أن تعمل على المساهمة في فحص المنشائر المضيق للحرية والتنبيه إلى التجاوزات التي تسببها.

وبخصوص وسائل الإعلام، الذي تمثل سلطة حقيقية للرقابة، فيمكن له إنجاز تحقيقات وتقارير بخصوص التصرفات الإدارية المبينة على هذه المنشائر وذلك بهدف إثراء النقاش والتحليل الحاصلة بخصوصها.

أخيراً، فالقاضي «حامي الحقوق والحريات» (حسب الفصلين 49 و102 من الدستور) يمثل السلطة الأولى والمباشرة للتصريح بعدم شرعية المنشائر المضيق للحرية. فتسريع إجراءات التقاضي بشأنها لا يمكن إلا أن يحسن من جودة نظامنا القضائي ويساهم في منع وجود قانون خفي يحكم دولة القانون.

إذ أن دولة القانون، أين «لا يعذر جاهل بجهله للقانون»، لا يمكن لها أن تتعايش مع قانون خفي وخطير : فدولة القانون يجب أن تكرر نفاذ جميع الأشخاص إلى القواعد القانونية التي تحكمها والتي يجب أن تكون واضحة، متوفرة وعادلة.

### 3.2 متابعة مستمرة

غالبا ما تذهب ردود الفعل القديمة للإدارة إلى تكريس والحفاظ على نفس الممارسات الإدارية بشكل يعكس مقاومة الإدارة لأي تغيير خاصة إذا كان الهدف منه تغيير نظام إداري داخلي موجود على الأقل منذ 150 سنة !

ولذلك وحتى عندما تحدث تغييرا على بعض المناشير أو يتم إلغاؤها غالبا ما ترفض الإدارة والسلطات المختصة تطبيق التغيير الذي حصل. والأمثلة عديدة بخصوص هذا الأمر، إذ ألغى رئيس الحكومة في 8 سبتمبر 2017 منشور 5 نوفمبر 1973 الذي يمنع ضباط الحالة المدنية من إبرام عقود الزواج التونسية بغير المسلمين. إلا أنه وطيلة أسابيع عديدة، امتنعت عديد البلديات في كامل أنحاء الجمهورية عن تطبيق إلغاء المنشور المذكور، وذلك بتعلة إجرائية مفادها أنهم لم يتلقوا إعلاما عبر الوسائل الإدارية في الغرض. ووجب بذلك انتظار آخر سنة 2017 ليقوم الأعوان العموميون بمختلف تلك البلديات بتطبيق المنشور الجديد الذي ألغى منشور 1973 بل إن بعض رؤساء البلديات (رئيس بلدية الكرم) قد أمروا خلال سنة 2018 ضباط الحالة المدنية بالدائرة البلدية التي يرأسها من إبرام عقود زواج التونسيات بغير المسلمين<sup>29</sup>. كما يجب التذكير أيضا بأن عدول الإشهاد لا يزالون إلى اليوم يرفضون إبرام زواج التونسيات من غير المسلمين<sup>30</sup>.

وفيما يخص الحق في التمتع بالعلاج، يمكن أن نستحضر المثل المتعلق بالشهادة الطبية الأولية للنساء اللاتي تعرضن للعنف الزوجي، إذ أن منشور وزير الصحة عدد 39 لسنة 2014 يسمح لكل امرأة تعرضت للعنف الزوجي من الحصول مجانا على شهادة طبية تثبت ذلك من قبل مؤسسات الصحة العمومية. إلا أن هذا المنشور لم يتم تطبيقه إلا بصفة تدريجية، وذلك بسبب أن عديد مؤسسات الصحة العمومية قد امتنعت عن تطبيقه فورا بتعلة أنها لم تتسلم إعلاما بالمنشور الجديد ولذلك بقي الأعوان يطبقون المنشور القديم.

29 إذ رفض رئيس المجلس البلدي بدائرة الكرم إبرام زواج تونسية من شخص غير مسلم. لمزيد المعلومات الإطلاع على الرابط التالي :

<https://www.tuniscope.com/article/155860/arabe/actu-arabe/fathi-171015>

30 إذ عبر عميد عدول الاشهاد الناصر العوني في تصريح خاص ب«الشروق» عن رفضه تغيير منشور 73 الذي يمنع زواج المرأة التونسية بأجنبي غير مسلم ووضح ان الامر مخالف لشرع الله ولا اجتهاد مع النص. لمزيد المعلومات الإطلاع على : <http://archive.alchourouk.com/266473/151/1/%D8%B2%D9%88%D8%A7%D8%AC-%D8%A7%D9%84%D8%AA%D9%88%D9%86%D8%B3%D9%8A%D8%A9-%D8%A7%D9%84%D9%85%D8%B3%D9%84%D9%85%D8%A9-%D8%A8%D8%BA%D9%8A%D8%B1-%D8%A7%D9%84%D9%85%D8%B3%D9%84%D9%85-%D8%A7%D9%84%D9%85%D8%B4%D8%B1%D9%91%D8%B9-%D9%84%D9%80%D9%85-%D9%8A%D9%86%D8%B5-%D8%B5%D8%B1%D8%A7%D8%AD%D8%A9-%D8%B9%D9%84%D9%89-%D8%A7%D9%84%D9%85%D9%86%D8%B9..-%D9%84%D9%83%D9%86->



جميع أشكال العنف ضد المرأة...<sup>27</sup> لم يعد من المقبول أي يقع المس من ممارسة الحريات الأساسية من خلال نصوص إدارية ليس لها مكان بهم القواعد القانونية. لذلك فمن العاجل أن يتم نشر جميع المناشير وأن تقوم الإدارة بعمل داخلي يهدف إلى إلغاء ومراجعة جميع المناشير المضيق للحرية.

## 1.2 في استعجال نشر المناشير

تطبيقاً لأحكام الدستور والقانون عدد 22 لسنة 2016، يجب على الإدارة نشر جميع النصوص القانونية التي تنظم نشاطها وذلك من تلقاء نفسها. فمن واجب كل إدارة أن تقوم بجمع النصوص التي تتعلق بها وأن تقوم برقمته (خاصة القديمة منها) وأن تضعها على ذمة العموم. هذه العملية تتطلب «عقلية تتمثل في وجود إرادة سياسية وإدارية قائمة على الانفتاح والحوكمة الرشيدة من جهة، وأرضية مادية ملموسة تتجسد على سبيل المثال في وضع منصة رقمية تحتوي جميع المناشير والمذكرات الإدارية أو تخصيص قاعات يتم فيها الإطلاع على هذه الوثائق»<sup>28</sup>. وبالفعل، يجب على الإرادة السياسية، تكريس ما تم التأكيد عليه صلب الدستور وقانون 2016 وذلك بأن تكون إرادة حازمة على مستوى كل إدارة مع وضع مخطط لتفعيل ومراقبة ومتابعة ممارسة الحق في النفاذ إلى المعلومة والتي يجب ان يتم تكريسها من قبل مصالح رئاسة الحكومة التي يجب أن تكون مثالا بخصوص هذه المسألة ومن قبل هيئة النفاذ إلى المعلومة إضافة إلى ضرورة متابعة منظمات المجتمع المدني لهذا المسار.

## 2.2 فحص المناشير

بعد جردها وتجميعها، يجب أن تتم قراءة المناشير على ضوء الدستور والمعاهدات الدولية والقوانين والقرارات. هذا التشخيص يجب أن يسمح من التأكد من الطابع التفسيري للمناشير وان لا تكون مناشير تريبية وكذلك مطابقتها للقواعد الأعلى منها درجة.

في حالة حدوث شك بخصوص بعض المناشير، يجب على الإدارات المعنية طلب رأي المحكمة الإدارية، التي يمكن لها من خلال دورها الاستشاري توضيح الطابع التفسيري أو التريبي للمناشير. كما يمكن ايضاً للمواطنين ومنظمات المجتمع المدني الطعن في المناشير المقيدة للحرية أمام المحكمة الإدارية والحرص على متابعة تنفيذ القرارات القضائية الصادرة عنها.

27 قانون أساسي عدد 58 لسنة 2017 مؤرخ في 11 أوت 2017 يتعلق بالقضاء على العنف ضد المرأة.

28 راجع مقال أيمن الزغدودي، «المناشير وحق النفاذ إلى المعلومة». ص. 32-43.

متباينة بل متمنّعة في أغلب الحالات. فبخلاف المكلفان بالنفاذ إلى المعلومة بوزارة التربية ووزارة الشؤون الدينية، رفض ممثلو الوزارات الأخرى الإجابة على مطالب النفاذ إلى المناشير وذلك بتعلة عدم تقديمنا لموضوع واضح أو كان الرد بإعطائنا قوانين أو أوامر، والحال أن موضوع مطالبنا كانت المناشير ممّا دفعنا إلى التظلم أمام هيئة النفاذ إلى المعلومة<sup>22</sup>.

ثانيا، قد تبين لنا من خلال هذا الإلزام القانوني بنشر المناشير أن هناك عديد المناشير لم توجد أصلا ! كذاك هو الشأن بالنسبة لعديد المناشير القديمة مثل منشور مزالي لسنة 1981 المتعلق بغلق المقاهي والمطاعم نهارا بشهر رمضان<sup>23</sup>، أو كذلك المنشور الجديد المتعلق بالسفر<sup>24</sup>، إذ أن الوزارة المعنية لم توفرها لنا لأنه حسب رأينا لا وجود لها. أمكن أن تكون مجرد تعليمات شفوية ؟ أي سياسة غير مكتوبة للوزارة ؟ فالوزارة لم تتمكن حتى من إثبات وجود هذه المناشير. ومن هنا يتبين لنا جلليا الوضع القانوني الخطير الذي يهزّ أركان دولة القانون معززا بوضعية تغيب فيها السلامة القانونية.

ومن هنا يبرز التساؤل، ماهي الحلول وأساليب العمل من أجل كشف هذا القانون الخفي وإلغاء جميع جوانبه التي تمس أسس دولة القانون ؟

## 2. ضرورة القضاء على المناشير السالبة للحرية !

تمثل المناشير خطرا على حرية ممارسة الحقوق والحريات خاصة الفردية منها. ولذلك تمثل المناشير الترتيبية تعديا صارخا على مبادئ دولة القانون والحريات الأساسية للأشخاص وذلك بحكم طابعها الإداري الداخلي وتطبيقها المباشر من قبل الأعوان العموميين. هذه النصوص تمثل اغتصابا للسلطة وجهلا بالنظام القانوني ممّا يؤدي إلى عدم استقرار الوضعيات القانونية ونسفا لأسس دولة القانون.

فبدخول دستور 26 جانفي 2014 حيز النفاذ واتخاذ قوانين تنظم ممارسة الحقوق والحريات مثل قانون النفاذ إلى المعلومة<sup>25</sup>، قانون منع ومكافحة الإتجار بالأشخاص<sup>26</sup> وقانون القضاء على

22 راجع، الجمعية التونسية للدفاع عن الحريات الفردية، «كيف ترصدنا شبح المناشير السالبة للحرية؟» وجدول المناشير الملحق بالكتاب. صص. 156.

23 راجع مقال الاستاذة حفيدة شقير، «المناشير وشهر رمضان» وكذلك مقال عبد الكريم العويطي، «المناشير والحريات الدينية في تونس». صص. 44-93. صص. 94-105.

24 راجع مقال رباب مقراني، «المناشير والحق في مغادرة التراب التونسي». (ملخص) صص. 148-151.

25 قانون أساسي عدد 22 لسنة 2016 المؤرخ في 24 مارس 2016 المتعلق بالحق في النفاذ إلى المعلومة.

26 قانون أساسي عدد 61 لسنة 2016 مؤرخ في 3 أوت 2016 يتعلق بمنع الاتجار بالأشخاص ومكافحته.

الطابع السري للمناشير جعلها تمتع لمدة طويلة بحصانة نسبية.

إلا أن المصادقة على دستور 27 جانفي 2014 مثل منعرجا هاما في مجال النفاذ إلى المعلومة والوثائق الإدارية. وتطبيقا للفصل 32 منه الذي يكرّس الحق في النفاذ إلى المعلومة، تم سن القانون عدد 22 لسنة 2016 المؤرخ في 24 مارس 2016 المتعلق بالنفاذ إلى المعلومة والذي نظم ممارسة هذا الحق. وقد نص الفصل 6 منه على : «يتعين على الهياكل الخاضعة لأحكام هذا القانون أن تنشر وتحيّن وتضع على ذمة العموم بصفة دورية وفي شكل قابل للاستعمال المعلومات التالية:.... - النصوص القانونية والترتيبية والتفسيرية المنظمة لنشاطه...»

وينتظر من خلال هذا الفصل أن يكون هناك نشر تدريجي لكل المناشير خاصة وأن رئيس الحكومة قد أصدر منشورا تفسيرا لأحكام القانون عدد 22 لسنة 2016 مؤكدا على ضرورة احترام أحكامه.

إلا أنه حسب عديد المتابعين تمت ملاحظة «تعارض صارخ بين محتوى المنشور، الذي يدعم الحق في النفاذ إلى المعلومة وممارسة رئاسة الحكومة تجاه هذا الحق» إذ أن رئاسة الحكومة لم تقم بنشر جميع المناشير وأن رئيس الحكومة قد أصدر في جانفي 2017 منشورا آخر يتعارض مع الحق في النفاذ إلى المعلومة وذلك من خلال إجبار الأعوان العموميين على التصرف بطريقة تتعارض وتكريس هذا الحق<sup>20</sup>. إذ أن المنشور عدد 4 المؤرخ في 16 جانفي 2017 قد حدّد من الحق في النفاذ إلى المعلومة وذلك من خلال منح الأعوان العموميين «عن الإداء بأي تصريح أو مداخلة وعن نشر أو إفشاء معلومات أو وثائق رسمية عن طريق الصحافة أو غيرها من وسائل الإعلام حول مواضيع تهم وظيفته أو الهيكل العمومي الذي يعمل به بدون الإذن المسبق والصريح من رئيسه المباشر أو رئيس الهيكل الذي ينتمي إليه»<sup>21</sup>.

فتطبيق قانون 2016 قد وضع الإدارة أمام عاداتها سيئة وتصرفاتها القديمة التي لم تتركها، كاشفة بذلك عديد الممارسات التي لا يمكن القبول بها في إطار دولة القانون :

أولا، يصعب على الإدارة أن تمتثل إلى هذا التشريع الجديد، وتتجلى مقاومتها له من خلال عدم قدرتها على تجاوز مفهوم السرّ الإداري. فبالرغم من المطالب الواضحة التي تم تقديمها من قبل الجمعية التونسية للدفاع عن الحريات الفردية في هذا الغرض، متبعة في ذلك الإجراءات القانونية ، كانت ردة فعل مختلف الوزارات، ومختلف المصالح الإدارية، حتى أكثرها تعاوناً،

20 منشور رئيس الحكومة عدد 19 المؤرخ في 18 ماي 2018.

21 راجع مقال أيمن الزغدودي، «المناشير وحق النفاذ إلى المعلومة». صص. 32-43.

بينها والمذكرات التوجيهية والتوصيات والتعليمات... التي يصدرها رئيس الإدارة. إذ غالباً ما تتخذ المناشير لتنظيم الإجراءات ذات الطابع الداخلي وعلى هذا الأساس تصح مجالا يسمح باحتواء كل المقررات الإدارية والتعليمات والتوجيهات ومذكرات توجيهية ومناشير»<sup>17</sup>. إلا أن جانباً من الفقه يرى أن المناشير لا يمكن أن تكون من بين وثائق العمل الداخلية للإدارة، بل إن الهدف منها إعلام الموظفين والأعوان الإداريين بخصوص تطبيق القانون الوضعي وتوجيه تصرفهم. فهي تعبر في النهاية عن «نظرة وزارية هرمية للمسار الذي تتدخل من خلاله القواعد القانونية»<sup>18</sup>.

ولذلك فالمناشير تعكس سياسة الإدارة، بل السياسة الحقيقية للسلطة الحاكمة، والتي ليست بالضرورة سياسة الحكام (الذين يمارسون السلطة التشريعية أو التنفيذية) ولا تكون بالضرورة في انسجام مع القواعد القانونية كال دستور والقوانين والأوامر... ولذلك، ولكي تتمكن من تطبيق سياستها، تفضل الإدارة التحرك وفق آلياتها الخاصة وذلك من خلال اللجوء إلى عديد الوثائق ذات الاستعمال الداخلي كالمناشير لكي تتوجه إلى منظورها المجبرين على تطبيق تعليماتها لكونهم مجبرين على احترام واجب الطاعة صلب الإدارة!

كما تتمتع المناشير أيضاً من الناحية العملية بالقدرة على تغيير القاعدة القانونية وفرض نظرة جديدة في تطبيق النصوص الأعلى منها. ويحدث كذلك أن لا تكتفي المناشير بتوضيح النص وشرح مجال تطبيقه بل تضع قواعد قانونية أخرى لم يتضمنها النص الأعلى درجة، بل إن تفسير القوانين والترتيب من قبل السلطة الإدارية تجهل معنى ومجال القواعد التشريعية أو الترتيبية التي تسعى إلى تفسيرها<sup>19</sup>. وعلى هذا الأساس، لا يطبق العون العمومي القوانين أو الأوامر إلا من خلال المناشير و يحصل لديه شعور بل يقين بأنه يطبق القانون والحال أنه يطبق القانون كما تم فهمه من قبل رئيس إدارته. وبذلك لا يمكن للعون العمومي فهم هذا التمشي الذي تم تكريسه من خلال تطبيق مغلوطة للقانون خاصة أنه لا يمكننا الإطلاع على المناشير.

• نصوص خفية ولا يمكن الإطلاع عليها : لكون المناشير وثائق داخلية، فإنه لا يتم نشرها، ولئن يمكن الإطلاع على عدد منها على الموقع الإلكتروني لعدد من الوزارات إلا أنه في الغالب، يتم تبليغها للأعوان المعنيين بها وفي بعض الأحيان، يتم تعليقها بمقر بعض الإدارات. ولذلك لا يمكن للمواطنين والمواطنات الإطلاع عليها لأنهم، من الناحية النظرية، غير معنيين بها. هذا

17 راجع مقال الأستاذة نهى الشواشي، «المناشير المضيق للحقوق والحريات : مفهومها وقيمتها القانونية»، (ملخص)، ص. 20-27.  
18 Geneviève KOUBI, *Les circulaires administratives*, Paris, Economica, 2003, p.8

Ibid 19

أبوي (معرفة بالإمضاء) من أجل تمكنهم من السفر نحو دول تعتبرها السلطات وجهات خطيرة في مجال مكافحة الإرهاب<sup>12</sup>. إلا أن هذا القيد مخالف للدستور وللمعاهدات الدولية حتى أنه أحيانا يكون إجراء عبثيا من الناحية العملية. ففرض الاستظهار بهذا الترخيص الأبوي على أشخاص راشدين بلغوا 35 سنة لا يمكن إلا أن يعمق صورة مجتمع تحت الوصاية وحرية فردية مكمومة !

• **الرقابة على الحياة الثقافية والفنية:** الحال أن الإبداع الفني حر ولا يمكن أن يكون موضوعا لأي رقابة مسبقة، إلا ان بث الأفلام في قاعات السينما لا تزال تخضع إلى ترخيص ألزمته مناشير وزارة الثقافة<sup>13</sup>.

• **الحدود على حق الحصول على العلاج:** أحد الحقوق الأساسية المعترف بها والمكرسة من خلال الدستور هو حق كل شخص في الصحة وفي العلاج. هذا الحق تم إقراره صراحة بالنسبة للأمراض السارية عبر قانون 27 جويلية 1992، إلا أن مناشير الوزير المكلف بالصحة تحدّ من هذا الحق وذلك بتكريسه للمواطنين التونسيين دون غيرهم<sup>14</sup>.

ويمكننا إعطاء مزيد من الأمثلة الأخرى، إذ أن المناشير كثيرة جدا ومتنوعة، وتغطي جميع جوانب الحياة والأنشطة... وبمسها للحقوق والحرية يمكننا أن نتخيل المئات بل الآلاف من المناشير التي تحكمننا والتي ليست متاحة ولا يمكن حتى الإطلاع عليها<sup>15</sup>.

## 2.1 صيغة عتمة وخطرة: غياب السلامة القانونية<sup>16</sup>

إحدى الخصائص التي تتميز بها المناشير هو طابعها الداخلي للإدارة. ولكونها جعلت لتكون طريقة للتواصل بين رئيس الإدارة ومنظوريه الإداريين، لا تقوم الإدارة بالنشر التلقائي للمناشير وغالبا ما يستحيل الإطلاع عليها. وتكون بذلك المناشير وثائق «مخفية» أو «غامضة» والحال أنها تؤثر في الوضعيات القانونية للأعوان العموميين، لمستعملي المرفق العمومي ولغيرهم وبالتالي لجميع الأشخاص.

• **الوثائق للاستعمال الداخلي ولكنها في غاية التأثير :** هذه الخاصية تجعل من الصعب التمييز

12 يعرف هذا الإجراء بإجراء S17 والذي من المرجح أن يكون منشورا صادرا عن وزير الداخلية يتعلق بمنع السفر إلى ما يعرف ب«بؤر التوتر».

13 منشور غير متوفر.

14 خاصة منشوري وزير الصحة عدد 16 لسنة 2001 وعدد 11 لسنة 2002. لمزيد المعلومات الرجاء الإطلاع على الجدول الملحق بالكتاب.

15 راجع، الجمعية التونسية للدفاع عن الحريات الفردية، «كيف ترصدنا شبح المناشير السالبة للحرية؟»، ص. 5.

16 بخصوص الغموض الذي تؤسس له هذه المناشير، راجع مقال محمد أنور الزياتي، «المناشيرالمؤطرة لصياغة مشاريع القوانين».

(ملخص)، صص. 28-31.

وزير التربية والتعليم المتعلقة بمنع ارتداء الحجاب الإسلامي<sup>5</sup> (التي تم اعتباره لباساً طائفياً) ومنع اللحى والتي تمثل كذلك مسا من حرية الضمير، كما هو الحال بالنسبة للمنشائر التي أصدرها وزير الداخلية المتعلقة بغلق المقاهي والمطاعم نهاراً بشهر رمضان<sup>6</sup> وكذلك منشائر الوزير الأول ووزير العدل ووزير الشؤون الخارجية ووزير الداخلية التي تحد من حرية اختيار القرين وذلك بمنع ضباط الحالة المدنية من إبرام عقود زواج التونسيات بغير المسلمين<sup>7</sup>.

• **التهديد حرية اختيار نمط العيش وحرية اللباس و المظهر:** بخصوص هذه الحرية تتدخل المنشائر لتفرض علينا شكلاً معيناً من اللباس وذلك بالنسبة للراشدين (من الأعراف العموميين أو غيرهم)<sup>8</sup> وكذلك الأطفال (خاصة فيما يتعلق بالهندام داخل المؤسسات التربوية العمومية). فمنشائر وزير التربية تفرض هنادماً معيناً على التلاميذ وتمييز بين البنات والولد إذ أنها تلزم البنات دون الأولاد من ارتداء الميعة ابتداء من المرحلة الإعدادية<sup>9</sup> ! كما توجد أيضاً عديد المنشائر التي اتخذتها عديد الوزارات (لكن أيضاً الجماعات المحلية والمؤسسات العمومية) التي تتعامل مباشرة مع المستعملين والمستعملات للمرافق العمومية والتي تجبرهم على ارتداء «لباس لائق» من أجل الدخول إلى مقر الإدارة، مشددين دائماً على منع ارتداء السروال القصير بالنسبة للرجال!<sup>10</sup>

• **المس من الاختلاف الثقافي:** غالباً ما تدعي المنشائر أنها الحامية لانسجام (متخيّل) لثقافة الأغلبية أو الثقافة المهيمنة. وهو الشأن أيضاً بالنسبة للمنشائر التي تفرض قواعد تتعلق باختيار أسماء الأطفال وذلك بالحد من الخيارات واقتصرها على الأسماء التي تكون الثقافة العربية الإسلامية مصدرها، متناسين مختلف المكونات الأخرى للهوية التونسية : الأمازيغية، اليهودية، المسيحية، المتوسطية، الإفريقية...<sup>11</sup> ويمثل ذلك مساً من التنوع وخاصة كرامة الأشخاص المنتمين أو الذين يعتبرون أنفسهم ينتمون إلى ثقافات أخرى.

• **تعطيل حرية تنقل الأشخاص:** منذ سنة 2014، بدأت الديوانة التونسية وشرطة الحدود بفرض وجوب استظهار التونسيين والتونسيات الذين لا تتجاوز أعمارهم 35 سنة، بترخيص

5 منشور وزير التربية القومية عدد 108 الصادر في 18 سبتمبر 1981. انظر الجدول المصاحب للكتاب.

6 منشور الوزير الأول الصادر في 1981 المتعلق بغلق المقاهي والمطاعم بشهر رمضان (غير متوفر).

7 منشور كاتب الدولة للداخلية عدد 23 المؤرخ في 17 مارس 1962. لمزيد المعلومات انظر الجدول المصاحب للكتاب. ص.

8 راجع مقال احمد العلوي، «حرية المظهر و اللباس بين المنشور و الدستور»، صص. 132-147.

9 منشور وزير التربية القومية عدد 108 المؤرخ في 18 سبتمبر 1981.

10 منشور غير متوفر

11 راجع مقال محمد أمين الجلاصي، «عندما تختار الدولة أسماء أبنائنا». صص. 106-131.

المناشير، تلك الوثائق الإدارية الداخلية التي يتم توجيهها من قبل رئيس الإدارة إلى منظوريه، ليس لها في الحقيقة سوى دور تفسيري للقوانين أو القرارات و تعكس وجهة النظر التقنية/ العملية التي يعتمز من خلالها رئيس الإدارة تسيير المصالح والمرافق التابعة لإدارته. ولذلك فالمناشير، لكونها وثائق داخلية، فهي موجّهة بالأساس إلى الأعوان المعنيين بها دون غيرهم من المواطنين حتى من يتعامل منهم مباشرة مع الإدارة المعنية.

إلا أنه في عديد الحالات، يستغل رؤساء الإدارة (خاصة الوزراء) هذه الفرصة لكي يمنحوا لأنفسهم سلطة تريبية لم تسند لهم وليس من اختصاصهم ممارستها ليضيفوا (أو يعلقوا أو يحذفوا) قواعد لم تنص عليها القوانين والتراتب، والتي تهتم المناشير بتفسير الإجراءات العملية لتطبيقها. هذه التجاوزات تجعل من المناشير سلاحا خطيرا جدا بيد الإدارة، يتم من خلالها المس من الحقوق الأساسية للمتعاملين معها، ليصل ذلك إلى درجة أنها تمس من دولة القانون من جهة (1) مما يجعلنا نفكر في الحلول التي تمكننا من التعامل مع هذه المناشير السالبة للحرية وإغائها (2).

## 1. الخطر الكبير الذي تمثله المناشير السالبة للحرية

يتعلق هذا الخطر بموضوع المناشير وشكلها. إذ أنها من جهة، تتدخل في مجال واسع جدًا (1.1) ومن جهة أخرى، فهي تمس من خلال شكلها النظام القانوني وخاصة سلامته القانونية (1.2).

### 1.1 مجال تدخل واسع: غضب السلطة

من حيث موضوعها، تمس المناشير كل المجالات التي تنظمها القوانين والقرارات، إذ من المفترض أن تتدخل لتفسرها. فمن خلال بحثنا الذي يهدف إلى الحصول وتجميع المناشير التي تتعلق بالحقوق والحريات، لاحظت الجمعية التونسية للدفاع عن الحريات الفردية<sup>2</sup> أن هذه المناشير تمس كل الحريات وذلك على النحو التالي :

• **المس من حرية الضمير :** وخاصة من خلال المناشير التي تم اتخاذها من قبل وزير الشؤون الدينية التي تنظم فتح وغلق المساجد، هندستها وشكل المآذن<sup>3</sup> ... وحتى تنظيم التظاهرات والحفلات الدينية داخل المساجد<sup>4</sup>. وكذلك الشأن بالنسبة للمناشير التي تم اتخاذها من قبل

2 راجع، الجمعية التونسية للدفاع عن الحريات الفردية، «كيف ترصدنا شبح المناشير السالبة للحرية»، ص. 5-9  
3 منشور وزير الشؤون الدينية عدد 138 المؤرخ في 28 مارس 2004 المتعلق ببناء الصوامع. يمكن الإطلاع على المعطيات المتعلقة بعدد من هذه المناشير بالجدول الملحق بهذا الكتاب.  
4 منشور وزير الشؤون الدينية عدد 577 المؤرخ في 28 جانفي 2014. انظر الجدول المصاحب للكتاب.

# المناشير السالبة للحرية:

## «قانون» خفيّ يحكم

## دولة القانون<sup>1</sup> !

وحيد الفرشيشي<sup>2</sup>

1 نقلها الى اللغة العربية محمد انور الزياتي.

2 أستاذ قانون عام، جامعة قرطاج، كلية العلوم القانونية والسياسية والاجتماعية بتونس، عضو مكتب الجمعية

التونسية للدفاع عن الحريات الفردية، مسؤول عن البحوث والدراسات، [www.adltn.org](http://www.adltn.org) ورئيس المفكرة

القانونية - فرع تونس، [www.legal-agenda.com](http://www.legal-agenda.com)



مطالبنا، اتسم أداء بقية المكلفين بالنفاذ إلى المعلومة بالسلبية وعدم إعطائهم أولوية لمسألة النفاذ إلى المعلومة من خلال عدم تواجدهم المتكرر بمكاتبتهم أو من خلال الإجابات التي قاموا بتقديمها والتي لم تجب غالبا عن المطالب التي تم تقديمها.

• الطبيعة الملتبسة لتعامل الهياكل الإدارية مع هيئة النفاذ إلى المعلومة. إذ لاحظنا أنه رغم جدية الهيئة في التعامل مع الملفات وحرصها على إعلام ومراسلة الأطراف بمآل قراراتها، فإن تفاعل الهياكل الإدارية وجدية تعاملها مع الملفات كان شبه غائب. إذ بخلاف وزارة التربية والتعليم وبصفة أقل وزارة الشؤون الدينية، لم تبد الهياكل الأخرى أي اجتهاد لتوفير المناشير بل كانت الإجابة بتقديم نصوص قانونية أخرى غير المناشير (كالقوانين والأوامر) وهو ما يبرز أيضا عدم رغبة الإدارة في توفير المناشير المقيدة أو السالبة للحرية.

وقد حاولت هذه الدراسة الإجابة على سؤال مُلح شمل مختلف المجالات موضوع البحث: لما كل هذا التعقيم حول هذه المناشير؟ أهى حقا مناشير موجودة؟ أم أنها خرافة تم تداولها وتصديقها إلى درجة أنها أصبحت واقعا يبطش بالحقوق والحريات؟

لئن كان لهذا السؤال طابع إنكاري نظرا للقناعة التي بدأت تترسخ بعدم وجود عدد كبير من هذه المناشير، فإن الإجابات التي حاولت تقديمها هذه الدراسة تتعلق أساسا بالكشف عن طبيعة هذه النصوص والإطلاع عليها ومن ثمة المطالبة بإلغائها تكريسا للأحكام الدستورية. ويُمثل هذا المؤلّف خطوة أولى وهامة للوصول إلى هذه المناشير ولتمكين مختلف الأطراف، سواء الجمعيات أو الأشخاص التي تُنتهك حقوقهم على أساس هذه النصوص، من فهم ظاهرة المناشير السالبة للحرية ومن القيام بالخطوات الإجرائية الضرورية لاسترجاع حقوقهم المسلوبة.

وفي الأخير تُجدد الجمعية التونسية للدفاع عن الحريات الفردية شكرها لكل من ساهم في انجاز هذا المؤلّف خصوصا الباحثين والباحثات لجودة مقالاتهم ولما أبدوه من انضباط في احترام الآجال المتعلقة بإصدار الكتاب. كما تتقدم الجمعية بجزيل الشكر للأستاذة ليلى الشياخوي، التي تفضلت بمراجعة كل المقالات المُحررة باللغة الفرنسية. كما لا يفوتنا شكر بعض الوزارات التي التزمت بتطبيق قانون حق النفاذ الى معلومة ومكنت الجمعية من المناشير التي طلبتها، على غرار وزارتي التربية والتعليم، والشؤون الدينية كما لا يفوتنا تجديد الشكر لشريكنا مؤسسة هاينريش بول الألمانية على الدعم المتواصل لأنشطتنا و إصداراتنا.

الجمعية التونسية للدفاع عن الحريات الفردية

الرئيسة جنان الإمام

وزارة المرأة	المناشير المنظمة لوضعيات الأطفال المولودين خارج إطار الزواج	لم يتم تمكيننا من المناشير المطلوبة	لا إجابة
وزارة الثقافة	التي تتعلق بالإشراف على الأعمال الفنية والتراخيص المتعلقة بها	لم يتم تمكيننا من المناشير المطلوبة	لا إجابة
وزارة التربية	المناشير التي تتعلق بضبط اللباس والهندام داخل المؤسسات التربوية	تم تمكيننا من المناشير المطلوبة	تم الحصول على المناشير

استغرقت رحلة البحث عن المناشير وقتاً طويلاً لاقتراها بصعوبات وعراقيل ميدانية أكدت لنا حرص الوزارات عموماً على حماية الطابع الخفي والسري لهذه النصوص وهو ما يستحيل معه الإطلاع عليها من قبل المواطنين. ويمكن تبويب الصعوبات التي حالت دون النفاذ إلى المناشير كالتالي:

- تمسك الإدارة عند تلقيها مطلب النفاذ إلى هذه المناشير بضرورة تضمين الاسم الكامل للمنشور وعدده كي تتمكن من توفيره وهو ما يعتبر شرطاً تعجيزياً في ظل عدم نشر الإدارة العمومية لهذه النصوص وهو ما يستحيل معه معرفة عدد المنشور وتاريخ إصداره بصفة دقيقة. كما أنه من الناحية القانونية، وحسب القانون الأساسي عدد 22 لسنة 2016 المتعلق بالنفاذ إلى المعلومة خاصة في فصوله 10 و 12 ليس من الواجب تضمين كل المعلومات التقنية التي تتعلق بها. هذا بالإضافة إلى أن القانون يلزم في فصله السادس على الهياكل العمومية نشر «جميع النصوص القانونية والترتيبية والتفسيرية للمنظمة لنشاطه» ولذلك من المفروض أن لا يتعلق مطلب النفاذ إلى المعلومة سوى بالوثائق التي لم يتم وضعها على ذمة العموم. وتستعمل بعض الهياكل الإدارية عدم دقة المعطيات المتعلقة بالوثيقة المراد النفاذ إليها كذريعة لرفض مطلب النفاذ.

• عدم استيعاب بعض المكلفين بالنفاذ إلى المعلومة لأهمية مسألة الإطلاع على الوثائق الإدارية ولضرورة احترام مقتضيات الدستور والقانون الأساسي المتعلق بالنفاذ إلى المعلومة. فبالرغم من التفاعل الإيجابي للمكلف بالنفاذ إلى المعلومة بوزارة الشؤون الدينية ووزارة التربية مع

عملية دراستها، ولكن أيضا لوضعها على ذمة العموم، نظرا لما تمثله من قواعد تمس بحقوق وحرية جميع الأشخاص وبوضعياتهم القانونية. وعلى هذا الأساس، قامت الجمعية التونسية للدفاع عن الحريات الفردية بتقديم عدة مطالب للنفاد إلى عدد من هذه المناشير وذلك على أساس قانون الحق في النفاذ إلى المعلومة المؤرخ في 24 مارس 2016. وقد كانت عملية تقديم المطالب كالتالي :

المآل	الإجابة الأولية عن الطلب	موضوع الطلب	الهيكل الإداري
لا إجابة	لا إجابة وقامت مصالح برئاسة الحكومة إحالة الطلب إلى مصالح وزارة الداخلية.	المناشير المتعلقة بغلق المقاهي والمطاعم نهارا بشهر رمضان	رئاسة الحكومة
الطعن أمام هيئة النفاذ للمعلومة بتاريخ 17 اوت 2018 توصلنا برد الوزارة في 12 نوفمبر 2018 و اودعنا ردنا لدى الهيئة في 15 نوفمبر القضية لا زالت جارية امام الهيئة	تمت الإجابة على طلب واحد ليس من خلال تمكيننا من المناشير المعنية ولكن من خلال تمكيننا من نصوص قانونية أخرى (قوانين وأوامر)	المناشير التي تنظم: بيع المشروبات الكحولية، إجراءات السفر، وضعية الأجانب في تونس، غلق المقاهي والمطاعم نهارا بشهر رمضان، دور العبادة لغير المسلمين	وزارة الداخلية
تم الحصول على المناشير.	تمكيننا في مرحلة أولى من بعض المناشير. فقمنا بتقديم طعن أمام هيئة النفاذ إلى المعلومة	المناشير التي تنظم دور العبادة لغير المسلمين، والتي تنظم الشأن الديني	وزارة الشؤون الدينية

يندرج هذا المؤلف الجديد للجمعية التونسية للدفاع عن الحريات الفردية ضمن الجهود التي تبذلها الجمعية منذ تأسيسها في 2011 في رصد انتهاكات حقوق الإنسان والحريات الفردية، على مستوى الواقع أو بحكم القانون، وفي الإسهام في تصور الإصلاحات الضرورية لإرساء دولة القانون.

فبعد تسليط الضوء على عدد من القوانين المتعارضة مع الدستور في كتاب «مذكرات اللادستورية»<sup>1</sup> الصادر مؤقّفاً سنة 2017، تواصل الجمعية سبر أغوار المنظومة القانونية التونسية لتسليط الضوء هذه المرة على صنف آخر من النصوص القانونية ألا وهي المناشير، والتي تمثل بدورها خطراً محدقاً بحقوق الإنسان ومهدداً للأمان القانوني وبدولة القانون بشكل عام. فقد شهدت تونس في السنوات القليلة الماضية جدلاً حول هذه النصوص «السرية» التي تسلب المواطنين والمواطنات حقهم في ممارسة حرياتهم الفكرية والجسدية في غفلة منهم لتشكيل بالتالي مربعات رمادية في المنظومة القانونية، مجهولة الفحوى بالنسبة لمنظوري الإدارة وهو ما يجعل إثبات وجودها والعمل على تغييرها أمراً في غاية من الصعوبة. والملاحظ أن المناشير، وهي نوع من التدابير الداخلية التي تتخذها الإدارة العمومية قصد تنظيم مصالحها أو لشرح و تفسير النصوص القانونية وطريقة تطبيقها بالنسبة للأعوان، قد تتضمن جملة من القيود على الحريات الفردية والتي لم ترد في الدستور أو في القوانين الجاري بها العمل. ومن المفارقات أن تشكل هذه المناشير، على الرغم من دونية قيمتها القانونية وطابعها الداخلي، الإطار القانوني الناظم فعلاً للإدارة العمومية باعتبار أن العون الإداري لا يطبق مباشرة الدستور أو القانون بل ينتظر أن يصله المنشور الذي يوضح له طريقة تطبيق هذه النصوص...

لقد اعترضت انجاز هذه الدراسة عدة عراقيل ميدانية، حيث كان من الصعب الإطلاع على المناشير موضوع البحث في حد ذاتها. فلطالما كانت المناشير السالبة أو المقيدة للحرية في تونس، مناشيراً يصعب بل يستحيل الحصول أو الإطلاع عليها أو حتى معرفة وجودها من عدمه. ولذلك فقد كان اجتهاد مجموعة الباحثين الذين شاركوا في هذا العمل عظيماً لا فقط من خلال دراسة هذه الظاهرة القانونية الموعلة في السرية والتعتيم وفي المغالطة بل أيضاً من خلال مساهمتهم في البحث عن هذه المناشير بكل الطرق التي أتاحت لهم.

ومن هنا بدأ التفكير صلب الجمعية التونسية للدفاع عن الحريات الفردية في وضع تمثلي يهدف الحصول على تلك المناشير أو حتى الإطلاع عليها وذلك في محاولة لمساعدة فريق البحث في

1 يمكن تحميله على الرابط التالي: [http://www.adlitn.org/sites/default/files/publication\\_fiches\\_web.pdf](http://www.adlitn.org/sites/default/files/publication_fiches_web.pdf)



الإهداء

إلى العميد محمد صالح بن عيسى



## الفهرس

### الجمعية التونسية للدفاع عن الحريات الفردية:

كيف ترصدنا شبح المناشير السالبة للحرية ؟ ص 5-9

### وحيد الفرشيشي / المناشير السالبة للحريات:

قانون خفي يحكم دولة القانون ص 10-19

### نهى الشواشي / المناشير المضيقة للحقوق و الحريات:

مفهومها و قيمتها القانونية (ملخص) ص 20-27

### محمد انور الزباني /

المناشير المؤطرة لصياغة مشاريع القوانين (ملخص) ص 28-31

### أيمن الزغدودي /

المنشور والحق في النفاذ إلى المعلومة ص 32-43

### عبد الكريم العويتي /

المناشير والحريات الدينية في تونس ص 44-93

### حفيظة شقير / غلق المطاعم والمقاهي خلال شهر رمضان:

هل هو انتهاك لحقوق الإنسان؟ ص 94-105

### محمد أمين الجلاصي /

« عندما تختار الدولة أسماء أبنائنا » ص 106-131

### أحمد العلوي /

حرية المظهر و اللباس بين المنشور و الدستور ص 132-147

### رباب المقراني /

المناشير والحق في مغادرة التراب التونسي (ملخص) ص 148-151

### حنان التركي /

المناشير و الحق في الوصول إلى المرافق و الخدمات الصحية (ملخص) ص 152-155

الملاحق: جدول المناشير المستعملة في هذا المؤلف ص 156

## English synthesis

**Liberticidal Circulars: An underground law that governs us!**



الجمعية التونسية للدفاع  
عن الحريات الفردية  
www.adlitn.org

# المناشير السالبة للحريات: نصوص خفية تحكم دولة القانون

حفيظة شقير

نهى الشواشي

حنان التركي

رياب المقراني

أيمن الزغدودي

وحيد الفرشيشي

محمد أمين الجلاصي

عبد الكريم العويتي

محمد انور الزياتي

أحمد العلوي

بمساهمة

بدعم من

HEINRICH BÖLL STIFTUNG  
شمال إفريقيا تونس

تونس 2018



## **/ الكتاب /**

الحجم : 155 - 235 مم

الورق : 100 - 300 غ

عدد الصفحات : 332 صفحة

الطبعة : الأولى - ديسمبر 2018

الإخراج الفني و التصميم : أنيس المنزلي / حلفاوين ستوديو 2018

عدد النسخ : 300 نسخة

رقم الإصدار القانوني : 9-7-9821-9973-978





الجمعية التونسية للدفاع  
عن الحريات الفردية  
www.adlitn.org

# المناشير السالبة للحريات

## ”قانون“ خفي يحكم دولة القانون

مؤلف جماعي | وحيد الفرشيشي  
تحت إشراف الأستاذ

*With English synthesis*

تونس 2018

HEINRICH BÖLL STIFTUNG  
شمال إفريقيا تونس