

Le contrôle de la constitutionnalité des lois par le tribunal administratif à travers une jurisprudence récente

Par Mokhles Khmis

Doctorant à la faculté du droit de Sfax, Tunisie.

mokhleskhmis@yahoo.fr

ملخص

تمثل رقابة دستورية القوانين خلال فترات الانتقال الديمقراطي مسألة معقدة بالنظر لما يتخلل هذه المرحلة من اضطرابات قد تصل الى حل الأجهزة القضائية المكلفة بالحفاظ على علوية الدستور. و قد شهدت تونس منذ سنة 2011 فراغا مؤسسيا تمثل في غياب محكمة دستورية. سعت المحكمة الادارية في ظل هذا الفراغ الى تجاوز جدية الموانع المفروضة على القاضي العادي بخصوص رقابة دستورية القوانين و الإقرار بوجود مبادئ ذات قيمة دستورية خارج الدستور تمثل المرجع القانوني لحماية الحقوق و الحريات.

ABSTRACT

Monitoring the constitutionality of laws during periods of democratic transition is a problematic issue due to the turbulence that could lead to the dissolution of the judicial bodies responsible for preserving the supremacy of the Constitution.

Since 2011, Tunisia has experienced an institutional vacuum in the absence of a constitutional court. In the face of this shortcoming, the Administrative Court sought to overcome the serious obstacles to the control of constitutionality by the ordinary judge and the recognition of constitutional principles outside the Constitution, which represent the legal reference to the protection of rights and of freedom.

المفاتيح

رقابة دستورية القوانين من طرف القاضي العادي, الدفع بعدم الدستورية, كتلة الدستورية, المبادئ ذات القيمة الدستورية.

Les mots clés:

Contrôle de constitutionnalité par le juge ordinaire, l'exception d'inconstitutionnalité, bloc de constitutionnalité, Principes à valeur constitutionnelle.

Reconnu par son aspect objectif¹, le procès constitutionnel est une garantie contentieuse pour la stratification des normes selon une hiérarchie cohérente² et la suprématie de la constitution³. Toutefois, la prise en compte de l'impératif de l'Etat de droit dans son aspect matériel⁴ a érigé le contentieux constitutionnel à un instrument à vocation subjectif pour la défense des droits et libertés⁵.

Le procès constitutionnel renvoie à la fois à un « différend lié à l'application d'une disposition législative et un différend jugé selon les exigences constitutionnelles du procès équitable »⁶.

L'identification du juge compétent du procès constitutionnel, en tant que contestation mettant en cause une disposition législative, est variable en fonction des modèles du contrôle de la constitutionnalité des lois. Suivant le modèle concentré⁷ le juge constitutionnel, incarné par une juridiction spécialisée⁸, est le juge naturel et exclusif du procès

¹-SANTOLINI(T), « Les parties dans le procès constitutionnel », BRYLANT, 2007, p.5.

²-QUEROMENE(J), « L'évolution de la hiérarchie des actes juridiques dans le droit public français », Thèse, Caen, 1952.

³-« Une constitution à la quelle la garantie de l'annulation des actes inconstitutionnels fait défaut, n'est pas pleinement obligatoire au sens technique... Une constitution dans laquelle les actes inconstitutionnels restent valables équivaut à peu près à un vœu sans force obligatoire », Kelsen(H), « La garantie juridictionnelle de la constitution », RDP, 1928, p.198.

⁴ -« La logique actuelle de l'Etat de droit impose de cumuler les mécanismes de garantie formelle de la hiérarchie des normes avec une dimension matérielle qui soit respectueuse des droits et libertés fondamentaux », Julien Bonnet « Le juge ordinaire et le contrôle de la constitutionnalité des lois », Dalloz, Nouvelle bibliothèque de thèses, 2009, p.10.

⁵ -ROBERT(J), « La protection des droits fondamentaux et le juge constitutionnel français, bilan et réformes », RDP, 1990, p.1255.

⁶ -ROUSSEAU(D), « Le procès constitutionnel », Revue pouvoirs 2011/2, p.51.

⁷-COHEN(O), « Le conseil d'Etat et le contrôle de la constitutionnalité des lois », RFDA, 2000, p.1183.

⁸-« La cour constitutionnelle est une juridiction créée pour connaître spécialement et exclusivement du contentieux constitutionnel, située hors de l'appareil juridictionnel ordinaire et

constitutionnel¹. Le juge ordinaire², n'a pas en principe la compétence de juger la constitutionnalité des lois³. En revanche, selon le modèle diffus⁴, le juge ordinaire est impliqué à la garantie juridictionnelle de la constitution⁵ par voie d'exception. Cependant, la transposition de ces modèles dans des systèmes constitutionnels divergents a provoqué un foisonnement de leurs caractéristiques⁶.

La juridictionnalisation du contrôle de la constitutionnalité des lois devant le juge ordinaire est chargée des vertus. Contrairement au contrôle abstrait⁷ porté sur un projet loi avant son interprétation par le juge, le contrôle exercé par le juge ordinaire est un contrôle concret⁸ qui s'opère

indépendante de celle-ci», FAVOUREU(L), « Le modèle européen de la justice constitutionnelle », in table ronde sur la justice constitutionnelle, CERP, 1995, p.45.

¹-SEUROT(L), « L'exception de la constitutionnalité des lois et la doctrine du conseil d'Etat », 7^{ème} congrès français du droit constitutionnel, NANCY, 2011, p.8.

² -« Le vocable juge ordinaire est une simplification de style qui permet de résumer par expression unique l'ensemble des juridictions judiciaires et administratives tout en les distinguant du juge constitutionnel lorsqu'il statue sur la constitutionnalité d'une loi », Julien Bonnet « Le juge ordinaire et le contrôle de la constitutionnalité des lois », Dalloz, Nouvelle bibliothèque de thèses, 2009.

³ -MANS(D), « Nouveaux regards sur le contrôle de la constitutionnalité par voie d'exception », mélanges Michel TROPER, 2007, p.665, LESSAGE(M), « Les principes de droit public régissant les rapports entre le législateur et le juge », LGDJ, 1960, p.57, MOLFESSIS(N), « Le contrôle de la constitutionnalité », Justices, 1997, p.226.

⁴ -Dans ce qu'on appelle le contrôle diffus, les tribunaux sont appelés à se prononcer sur tous les aspects d'un même litige, sans qu'il y ait lieu de distinguer entre les questions civiles, administratives ou constitutionnelles que soulève cette affaire : les tribunaux ont la plénitude de juridiction, FAVOUREU(L), « Le modèle européen de justice constitutionnelle », précité, p.41.

⁵ -KELSEN(H), « La garantie juridictionnelle de la constitution », RDP, 1928, p.197-256.

⁶ -AMOR(A), « La justice constitutionnelle dans les pays du tiers monde », in table ronde sur la justice constitutionnelle, CERP, 1995, p.61.

⁷ -« Le contrôle abstrait porte sur la conformité générale de la norme à la constitution, c'est un procès restreint quant 'aux requérants », COHEN(G), « Le contrôle de constitutionnalité des lois en Allemagne », Revue pouvoirs 2011, p.153.

⁸ -« Dans le contrôle concret la critique est portée sur la loi expliquée et donc sur la portée effective que le juge par son interprétation en a donnée », ROUSSEAU (D), « Le procès constitutionnel », Revue Pouvoirs, 2011, p.50.

sur « la loi juridictionnelle, la loi vivante »¹ en fonction des contraintes du procès.

L'attribution du contrôle de la constitutionnalité des lois par voie d'exception² au juge ordinaire assure une « justiciabilité pleine et entière de la constitution »³. L'appréhension de la problématique de la constitutionnalité des lois par le juge ordinaire tunisien n'est pas aussi intelligible. Confronté à une exception d'inconstitutionnalité d'une loi⁴, le juge judiciaire a exprimé une position hésitante⁵ soldé par le refus du contrôle sous l'impulsion des avatars politiques⁶. Pour le juge administratif, s'il accepte d'ériger la constitution à un référentiel⁷ permettant de contrôler la constitutionnalité des actes administratifs⁸, il garde une position de refus à l'égard du contrôle de la constitutionnalité directe des lois⁹.

Cependant, la dissolution du conseil constitutionnel¹⁰, a catalysé la montée en puissance du juge administratif en matière du contrôle de la constitutionnalité des lois. Le florilège des décisions rendu le 7 novembre 2013 a présenté l'inauguration d'une jurisprudence consacrant

¹- Le contrôle *a posteriori* sort d'une logique purement abstraite pour connaître non plus la loi ordinaire mais la loi juridictionnelle, la loi vivante », ZAGREBELSKI(G), « La doctrine du droit vivant et le QPC », Revue du droit constitutionnel appliqué, n°1, Dalloz, 2010, p.32.

²-« Le contrôle par voie d'exception appelé aussi contrôle d'exception ne permet au juge que d'écarter l'application de la loi inconstitutionnelle dans le cas d'espèce, car celle-ci demeure toujours en vigueur », CADART(J), institutions politiques et droit constitutionnel, Economica, 3 édition, 1990, p.172.

³-TUSSEAU(J), « La fin de l'exception française », Revue Pouvoirs 2011, p.6.

⁴-L'exception de la constitutionnalité s'entend « à une invocation au cours d'une instance d'un moyen juridique afférant un problème distinct de celui, ou de ceux constituant le fond de l'espèce jugée, et dont l'examen et la résolution sont susceptibles d'affecter la décision juridictionnelle de fond », RICCI(R), « Le conseil d'Etat et la loi vers la recevabilité d'une exception d'inconstitutionnalité », Les Petites Affiches, octobre 1999, p.11.

⁵-MDHAFFAR(Z), « Le conseil constitutionnel tunisien », 2eme édition, 1997, p.13.

⁶- BEN ACHOUR(R), « Le contrôle de la constitutionnalité des lois », RTD, 1983, p.54.

⁷-MOUSSA(F), « Aspects constitutionnels de la jurisprudence administrative », l'œuvre jurisprudentiel du tribunal administratif, ouvrage collectif, CERP, 1990, p.143.

⁸-RENOUX(T), « Le contrôle de la constitutionnalité des actes administratifs », collection droit public, SIREY, 1992.

⁹- MOUSSA(F), « Aspects constitutionnels de la jurisprudence administrative » précité, p.144.

¹⁰-Décret-loi n°14 du 23 mars 2011, relatif à l'organisation provisoire des pouvoirs publics, JORT n°20 du 25 mars 2011, p.367.

le contrôle de la constitutionnalité des lois¹. La demande principale a porté sur l'annulation d'une décision de la commission de dépouillement des candidatures pour le conseil de l'ISIE, tout en invoquant une exception d'inconstitutionnalité de la loi n°44 du 1 novembre 2013 sous motif de la violation du principe de l'égalité et les exigences du procès équitable. Le tribunal administratif a déclaré la recevabilité de ce moyen et se proclame compétent pour juger la constitutionnalité de la loi en l'absence d'une cour constitutionnelle.

Ces décisions mémorables ont engendré une riposte du pouvoir constituant par la régression du choix de l'attribution des fonctions de la cour constitutionnelle à l'assemblée plénière du tribunal administratif².

Pis encore, la constitution du 27 janvier 2014 a instauré par ses dispositions transitoires une instance provisoire pour le contrôle de la constitutionnalité des projets³ tout en dépouillant le juge ordinaire de la fonction de contrôler la constitutionnalité par voie d'exception⁴.

Dés lors, comment le tribunal administratif a su échafauder une charpente juridique qui étaye sa compétence du contrôle concret de constitutionnalité des lois, face à l'interdiction constitutionnelle expresse et tout en préservant le contrôle abstrait réservé à l'instance provisoire en matière des projets lois ?

Le traitement de la problématique du contrôle de la constitutionnalité des lois par le tribunal administratif dans sa jurisprudence récente passe par l'éclaircissement des fondements de sa compétence (I) afin de déceler les incidences de ce contrôle(II).

I-Les fondements de la compétence du contrôle de la constitutionnalité par le juge administratif :

¹- Voir en particulier, Assemblée plénière du tribunal administratif, Fatma Guider affaire n°134855, 7 novembre 2013, (Inédit).

²-Article 146 du Brouillon de la constitution datant le 1 juin 2013.

³-Loi organique n°14-2014 du 18 avril 2014, relative à l'Instance provisoire du contrôle de la constitutionnalité des projets lois, JORT n°32, du 22 avril 2014, pp. 1012-1014.

⁴-Selon l'article 148 de la constitution « Aucun tribunal n'est habilité à contrôler la constitutionnalité des lois »

L'examen de la constitutionnalité d'une loi n'est pas une affaire courante devant le juge administratif chargé en principe de contrôler la légalité des actes administratifs. La détermination des fondements de la compétence constitue un passage préalable pour exercer ce type de contrôle. L'étude de ces bases d'intervention démontre que le tribunal administratif a clarifié la portée réelle de la notion de mission du juge (1) et à exploité l'absence d'une cour constitutionnelle pour exercer le contrôle de constitutionnalité par voie d'exception (2).

1-La mission du juge ; fondement controversé pour le contrôle de la constitutionnalité des lois :

Dans l'affaire n°134855 du 7 novembre 2013, le requérant a excipé l'inconstitutionnalité de la loi n°44 du 1 novembre 2013 sous motif de la violation du principe de l'égalité et les exigences du procès équitable. Le tribunal administratif a commencé l'examen du moyen par la confirmation de sa fonction naturelle de vérifier la bonne application de la loi. Une telle motivation impose de clarifier le lien d'appartenance entre, d'une part, le contrôle de la constitutionnalité des lois et la compétence de l'application de la loi et celui du contrôle de la constitutionnalité et la fonction juridictionnelle, d'autre part.

Conçu comme étant «l'aptitude d'un tribunal à connaître un procès, la mesure dans la quelle il peut exercer son pouvoir de juridiction»¹, la règle de la compétence juridictionnelle rétrécit la fonction du juge à l'application de la loi. Initialement, la prérogative de l'application de la loi consiste «à discerner quelle est parmi les règles de droit sera applicable sur les circonstances concrètes du cas d'espèces».

Cette conception restrictive hostile à l'implication du juge ordinaire dans l'œuvre du contrôle de constitutionnalité des lois², a été retenue

¹-MOREL(R), Traité élémentaire de procédure civile, Sirey, Paris, 1949, p.177.

² -« Il est de nature de la constitution que les juges suivent la lettre de la loi », Montesquieu, De l'esprit de la loi, part 1, livre 6, chapitre 4, p.203. Pour le professeur LOSHAK« La suprématie de la loi constitue une limite du pouvoir normatif du juge dans la mesure où la loi, contrairement à l'acte administratif, à un caractère incontestable et s'impose au juge », LOSHAK(D), Le rôle politique du juge administratif, Paris, 1970, p.104.

dans certaines affaires par le juge judiciaire tunisien¹. Dés lors, le juge est « décrit comme un rouage accomplissant dans ses décisions les plans déjà dressés par le législateur ; la fonction de juger est une fonction de concrétisation de la loi et non pas du contrôle »².

Le principe de la séparation des pouvoirs³ et son corollaire de spécialisation fonctionnelle infirment, *a priori* le contrôle juridictionnel de constitutionnalité des lois. L'intrusion du juge dans le contrôle des lois est vécue comme une ingérence dans le domaine du pouvoir législatif. Avec le contrôle juridictionnel des lois, « le juge devient pratiquement associé à l'œuvre législatif. Le contrôle *a posteriori* fausse l'équilibre du système politique en devenant législateur⁴».

La nature législative de la loi⁵ fait également obstacle contre le contrôle de sa constitutionnalité sous motif d'incompétence⁶ du juge administratif. Ainsi, dès que la loi est promulguée elle s'impose sans restriction ni réserve, elle sera excepté de tout type de contrôle juridictionnel⁷. Le Professeur MATHIEU n'a pas hésité d'affirmer que « songer à la loi, c'est avoir l'esprit mystique révolutionnaire de loi, la loi divinisée, sacrée, œuvre de perfection »⁸. Tout se passe comme si la

1- Arrêt de cassation n°27971 du 5 mai 1988, RJL du 5 juin 1988, p.57.

2 -COLSON(R), La fonction de juger, Paris, 2009, p.64.

3-GICQUEL(J), « Les séparations du pouvoir », in Constitutions et pouvoirs, Montchrestien, 2008, p.255; DEUPUSSAY(L), « Hiérarchie des normes et hiérarchie des valeurs », RDPSP, 2007, p.424 ; EISENMAN(CH), « L'esprit des lois et la séparation des pouvoirs », mélanges DE MALBERG(R), édition DE DUCHEMIN, 1977, p.171.

4-DEUEZ(A), « Le contrôle juridictionnel de la constitutionnalité des lois en France », in mélanges Hauriou, 1929, p.211.

5-Selon Le professeur MATHIEU, la loi au sens strict désigne « est un acte édicté par une autorité investie par le pouvoir constituant dans les conditions fixées par la constitution », MATHIEU(B), La loi, op.cit. p.2.

6-DRAGO(G), « Le contentieux constitutionnel, contentieux d'ordre public par nature », mélanges L'unité du droit, Paris, 1991, 8.

7-Sur cette position voir ; BERTRAND(M), La loi, Droit public, Dalloz, 1996, DUGUIT(L), « Traité du droit constitutionnel », 3eme édition , 1927, T 2, p.443 ; DE MALBERG(R.C), « la loi, expression de la volonté générale », Economica, Paris, 1984 ; LECLERC(N), la place de la loi dans l'ordre juridique interne, PUF, Paris, 1990 ;HAURIOU(M), Précis de droit administratif et de droit public, Recueil Sirey, Paris, 10eme édition, 1974.

8-BERTARAND(M), la loi, op.cit, p.4.

loi est placée dans une inaccessible citadelle au delà des contestations juridictionnelles.

L'exclusion du juge ordinaire de contrôle de constitutionnalité des lois est amplement critiquée¹, elle aboutit à l'injusticiabilité de la loi et sa sacralisation ce qui heurte fondamentalement l'objectif de la protection des droits de l'Homme² et les impératifs de l'Etat de droit³.

Il est curieux de réclamer la suprématie de la constitution en droit positif sur toute autre norme applicable et demeurer, cependant, une norme non sanctionnée par le juge ordinaire. En réalité, la mission d'application de la loi n'ignore plus le contrôle de la constitutionnalité. L'application de la loi ne s'effectue d'une manière systématique, mais passe par la vérification de la conformité de la loi, au sens formel, à la constitution⁴. L'application de l'acte législatif est liée à sa validité constitutionnelle⁵. Ainsi, le contrôle de la constitutionnalité est une compétence implicite pour le juge ordinaire et le juge administratif en particulier⁶.

¹-Voir particulièrement la thèse du Julien Bonnet « Le juge ordinaire et le contrôle de la constitutionnalité des lois », Dalloz, Nouvelle bibliothèque de thèses, 2009. Dans cette étude l'auteur analyse d'une manière critique la position de refus du juge ordinaire de contrôler la constitutionnalité des lois en proposant des fondements pour surmonter ce refus.

²-LAGHMANI(S), « Justice constitutionnelle et droits fondamentaux », in la justice constitutionnelle, table ronde de Tunis, ATDC, CERP, 1995, pp.123-135.

³-BELAID(S), « Justice constitutionnelle et Etat de droit », in la justice constitutionnelle, table ronde, ATDC, CERP, 1995, pp.99-122.

⁴-EISENMAN a affirmé que « Le rôle du juge est d'appliquer la loi mais à condition que la loi soit régulière » EISENMAN(CH), éléments du droit constitutionnel français, Paris, Sirey, 7eme édition, T1, 1921, p.533.

⁵-La validité « c'est la vérification de la réunion des conditions d'entrée en vigueur d'une norme et sa conformité à une norme supérieure », DE MALBERG (R) op.cit, p.616.

⁶-VEDEL(G), « Leçon inaugurale » in table ronde sur la justice constitutionnelle, CERP, 1995, p3.

Gardien de la légalité administrative, le juge administratif, juge d'action¹, se transforme à « un juge constitutionnel du fait »², chaque fois où une exception d'inconstitutionnalité est soulevée.

En commentant une affaire rendue par le conseil d'Etat, G.JEZE a érigé le contrôle de la constitutionnalité en un devoir qui implique au juge ordinaire de « s'abstenir d'appliquer les lois inconstitutionnelles afin de préserver la suprématie de la constitution »³. Dès lors, pour que l'application de la loi soit bonne, le juge est invité à statuer d'une manière préalable sur « un conflit entre deux règles du droit positif n'ayant pas la même valeur juridique et de faire prévaloir le texte supérieur sur le texte inférieur »⁴.

Placé la loi au niveau hiérarchique exacte en la subordonnant à la constitution en écartant la première pour assurer le respect de la seconde, les juges appliquent véritablement la loi. Garantie de la hiérarchie des normes⁵ le contrôle juridictionnel des lois impose que la prévalence de l'acte législatif n'est concevable qu'à la limite du respect de la

¹-Le juge d'action est celui d'exception est un principe justifiant la compétence du conseil d'Etat, juge administratif, pour le contrôle de constitutionnalité des lois par voie d'exception. LATOURNERIE(J), Conclusion de l'arrêt *Arrighi*, RDP, 1937, p.15.

²-COHEN(O), « Le conseil d'Etat et le contrôle de la constitutionnalité des lois », RFDA, 2000, p.1183.

³-JEZE(G), « Affaire Tramway de Bucarest », Recueil, 1912, Sirey, p.139.

⁴-BATALLIER(F), « Le conseil d'Etat, juge constitutionnel », Paris, LGDJ, 1966, p.10. Le professeur COHEN a soutenu la même idée, en ajoutant que « Aucun tribunal ne peut appliquer une loi qui contient une violation flagrante de la constitution par motif que se trouve en présence de deux textes contradictoires, il doit faire prévaloir la norme supérieure c'est à dire la constitution », COHEN(O), Le conseil d'Etat et le contrôle de la constitutionnalité des lois, RFDA, 2000, p.1181.

⁵-Pour certains auteurs « le contrôle de la constitutionnalité des lois est la conséquence de la hiérarchie des normes et la suprématie de la constitution » WABER(A), « Le contrôle juridictionnel de la constitutionnalité des lois », AIJC, 1986, p.40. Sur le sujet de la hiérarchie des normes voir en particulier ; BECHILLON(D), Hiérarchie des normes et hiérarchie des fonctions normatives de l'Etat, Paris, Economica, 1997 ; OST(F), Du pyramide au réseau, Bruxelles, 2002.

constitution. C'est le principe de la constitutionnalité¹ qui articule les rapports entre la constitution et la loi.

Le contrôle de la constitutionnalité par le juge ordinaire ne présente pas un empiètement du pouvoir juridictionnel sur le pouvoir législatif. La teneur réelle de la séparation des pouvoirs s'apprécie par la capacité du juge d'empêcher les lois inconstitutionnelles pouvant présenter des atteintes aux libertés.

Dés l'affaire Marbury/c.Madison², la séparation des pouvoirs n'est plus une adversité infranchissable contre l'instauration d'un contrôle juridictionnel des lois. En revanche, en cas de l'inaction du juge face à une loi inconstitutionnelle, il y a une sorte d'allégeance du pouvoir juridictionnel face au pouvoir législatif.

La répartition des compétences entre les pouvoirs ne doit s'interpréter à la faculté ostentatoire d'édicter des actes incontrôlables aboutissant à l'abus du pouvoir. L'essence du principe de séparation des pouvoir c'est le contrôle réciproque³.

Par la reconnaissance de sa compétence du contrôle de la constitutionnalité des lois, le tribunal administratif est érigé en un véritable contrepoids face à une instance représentative qui se réclame

¹- Le principe de la constitutionnalité « signifie que seule une loi constitutionnelle peut déroger à une loi constitutionnelle », FAVOUREU(L), in mélanges Charles EISENMAN, CUJAS, 1975, p.21.

²-« C'est par excellence le domaine et le devoir judiciaire de dire ce qu'est le droit. Ceux qui appliquent la règle à des cas particuliers doivent par nécessité expliquer et interpréter deux lois en conflit, le juge doit décider laquelle des deux s'applique. Dans ces conditions, si une loi est en opposition avec la constitution, si la loi et la constitution s'appliquent toutes les deux à un cas particulier ; de telle sorte que le juge doit décider de l'affaire conformément à la constitution et écarter la loi ; le juge doit décider laquelle de ces deux règles en conflit gouverne l'affaire. C'est là l'essence du devoir judiciaire. Si le pouvoir législatif impose l'application d'une loi inconstitutionnelle sur le pouvoir juridictionnel, il empiète la séparation des pouvoirs », ZOLLER(E), Les grands arrêts de la cour suprême des Etats-Unis, Paris, PUF, 2000, p.103.

³-JAN(P), « Les séparations du pouvoir », mélanges jean GICQUEL, MONTCHRESTIEN, 2008, p.255

souveraine en matière législative¹ surtout en l'absence d'une cour constitutionnelle.

2-L'absence d'une cour constitutionnelle, fondement concevable pour le contrôle de la constitutionnalité des lois :

Le tribunal administratif a justifié son intervention pour le contrôle de la constitutionnalité des lois par l'impératif de pallier le vide institutionnel dû à la dissolution du conseil constitutionnel. Ce fondement a été retenu pour contrôler la loi n°44 du 1 novembre 2013² et la validation législative³ introduite par la même loi.

Avant d'analyser le bien fondé de la position du tribunal administratif, il est préalable de vérifier est ce que l'absence d'une cour constitutionnelle signifie l'exclusion de toute forme de contrôle de constitutionnalité des lois?

La cour constitutionnelle désigne « une juridiction créée pour statuer spécialement sur le contentieux constitutionnel, située hors l'appareil juridictionnel et indépendante de celle-ci »⁴. Le tribunal administratif a retenu cette définition en insistant sur les prérogatives juridictionnelles de la cour constitutionnelle, ce qui exclue les instances ayant une compétence consultative en matière de la constitutionnalité des lois.

Assurer le respect de la constitution est inévitable surtout que la révolution en Tunisie a créé une situation paradoxale ; entre l'amplification du processus de l'édiction des règles juridiques de nature

¹-BEN ACHOUR (Y), « La transition démocratique », datant le 26 Octobre 2012, Blog Ben ACHOUR, p.15.

² - « Il incombe au juge ordinaire, en l'absence d'une juridiction constitutionnelle à compétence décisionnelle, la vérification de la conformité de la loi aux normes supérieurs », TA, décision 7 novembre 2013.

³- « En l'absence d'un système juridictionnel qui garantit le contrôle de la constitutionnalité des lois, cette mission revient au juge administratif par voie d'exception », TA décision 7 novembre 2013.

⁴-FAVOUREU(L), « Le modèle européen de la justice constitutionnelle », in table ronde sur la justice constitutionnelle », CERP, 1995, p.41.

différente¹ et la vacance d'une autorité chargée du contrôle de la constitutionnalité des lois. Actuellement, il est légitime de s'interroger sur la validité des actes édictés, sans référence constitutionnelle, vis-à-vis la nouvelle constitution.

S'abstenir de contrôler la constitutionnalité des lois suite à la dissolution du conseil constitutionnel peut aboutir à l'émergence d'une présomption irréfragable² de la constitutionnalité des lois édictées après la révolution. L'intangibilité de la loi³, sous prétexte de l'absence d'une juridiction constitutionnelle spécialisée, place les droits et les libertés dans une situation précaire. Ainsi, l'intervention du juge administratif est justifiée par la conservation d'un minimum de cohérence dans l'ordonnement juridique transitionnel.

Il est vraisemblable, qu'en l'absence d'une juridiction constitutionnelle, les tribunaux ordinaires sont appelés à se prononcer sur les divers aspects d'un même litige sans qu'il y ait lieu de distinguer entre les questions civiles, administratives ou constitutionnelles. C'est le modèle diffus⁴ de contrôle de constitutionnalité des lois qui confère aux tribunaux la plénitude de juridiction.

La constitution du 27 janvier 2014 a traité la problématique du contrôle de constitutionnalité d'une manière ambivalente. En attendant la mise en place différée de la cour constitutionnelle⁵, la constitution a chargé une instance provisoire pour le contrôle de la constitutionnalité des projets lois par voie d'action, tout en excluant le juge ordinaire du domaine de contrôle par voie d'exception.

¹-AJROUD(J), « Le décret-loi pendant la période transitionnelle », la revue arabe des sciences politiques, 2012, p.42.

²-FAVOUREU(L), « Le conseil constitutionnel, état des lieux », Pouvoirs, n°105, 2003, p.121.

³-« Le principe de l'intangibilité de la loi signifie qu'une fois promulguée la loi deviendrait intangible, incontestable, irréprochable insusceptible d'aucun mode de contrôle », EISENMAN(CH), « L'esprit des lois et la séparation des pouvoirs », précité, p.172.

⁴-FAVOUREU(L), « Le modèle européen de justice constitutionnelle », article précité, p.41.

⁵-Selon l'aliéna 5 des dispositions transitoires, la mise en place de la cour constitutionnelle est différée dans un délai d'une année à partir de la date de déroulement des élections ».

L'attribution du contentieux constitutionnel à l'instance provisoire excluait-elle irrémédiablement la compétence du juge ordinaire et rendait la loi promulguée à l'abri de tout recours juridictionnel ?

L'interdiction adressée au juge ordinaire de contrôler la constitutionnalité des lois, à travers les dispositions transitoires, peut receler une tentative de la mise en place, même temporaire, d'un système d'incontestabilité des lois promulguées.

Les dispositions transitoires ont dépouillées le juge ordinaire, composante du pouvoir juridictionnel, de la compétence de contrôler la constitutionnalité des lois au profit d'une instance provisoire à composition hybride qui amalgame des juges avec d'autres personnalités¹, ce qui démarque de la structure classique des juridictions et se rapproche au modèle du contrôle de la constitutionnalité par un organe politique².

Moyennant la loi du 18 Avril 2014, le législateur vise à instaurer un bloc de compétence au profit de l'instance provisoire dans le contentieux constitutionnel par voie d'action. La situation s'aggrave par l'exclusion du juge ordinaire par une disposition générale qui englobe vraisemblablement les diverses formes du contrôle de la constitutionnalité des lois. Par l'admission de l'exclusivité³ de la compétence de l'instance provisoire, les lois édictées par l'assemblée nationale constituante acquièrent, probablement, «une immunité juridictionnelle»⁴.

¹ -Selon l'article 4 de la loi de l'instance provisoire du contrôle de la constitutionnalité des lois ; « L'instance est composée du premier président de la cour de cassation, le premier président du tribunal administratif et le premier président de la cour des comptes, 3 membres nommés successivement par le président de l'assemblée nationale constituante, le président de la république et le chef du gouvernement ».

² -HAURIOU(M), « Précis de droit constitutionnel », 1929, 2^{ed}, Sirey, 1965, p.223.

³ -La règle de l'exclusivité signifie que « l'ensemble du contentieux constitutionnel serait entièrement dévolu à une juridiction spécialement créée pour assurer cette fonction » BONNET(J), « Le juge ordinaire et le contrôle de la constitutionnalité des lois », Dalloz, 2009.

⁴ -MARTENET(V), La géométrie de l'égalité, L.G.D.J, 2003, p.4.

L'exclusion du juge ordinaire du contrôle de la constitutionnalité des lois se heurte aux principes de l'Etat de droit. L'Etat de droit est présent dans la nouvelle constitution par sa dimension matérielle protectrice des droits de l'homme¹. C'est l'article 49 de la constitution qui charge toutes les instances juridictionnelles de protéger les droits et les libertés², et prévoit en même temps un principe de non régression³ qui interdit qu'une révision fait atteinte à l'acquis constitutionnel des droits et libertés.

Naturellement, les dispositions transitoires sont des « normes destinées à permettre un transfert en douceur d'un ordre juridique ancien vers un ordre juridique nouveau »⁴. Ces dispositions sont, par définition, temporaires et justifiées par des nécessités pratiques de la continuité de l'Etat et le fonctionnement du système juridique⁵. Or, l'exclusion du juge ordinaire du contrôle de la constitutionnalité des lois ne concerne pas la transition, « c'est une disposition générale de fond »⁶ qui intéresse à la fois un droit fondamental et la compétence de toutes les juridictions. Les dispositions constitutionnelles transitoires ne devraient concernées ni la mise en œuvre des droits et libertés, ni l'office du juge dans la protection de ces prérogatives constitutionnellement garantis⁷.

Pour sa dimension formelle, l'Etat de droit est affirmé dans la nouvelle constitution à travers, le préambule⁸, l'article 102¹, l'article

¹ - CHEVALIER (J-J), L'Etat de droit, 3eme édition, Montchrestien, 1999, p.71.

² - Selon L'article 49 « Les instances juridictionnelles se chargent de la protection des droits de l'homme et les libertés contre toute violation, Aucun révision peut porter atteinte aux droits garantis par la constitution ».

³ - VIDALNAQUET(Y), Les garanties et les exigences constitutionnelles, LGDJ, 2007.

⁴ - EVEILLARD(G), Les dispositions constitutionnelles transitoires en droit public français, Dalloz, 2007, p.3.

⁵ - PHILIPPE(X), « Le projet de la constitution à la lumière des normes constitutionnelles comparées » in lecture du projet de la constitution du 1^{er} juin 2013, AIDC, 2013, p.15.

⁶ - LAGMANI(S), « Les dispositions transitoires » » in lecture du projet de la constitution du 1^{er} juin 2013, AIDC, 2013, p.9.

⁷ - PHILIPPE(X), « Le projet de la constitution à la lumière des normes constitutionnelles comparées, article précité, p.30.

⁸ - « Instituant un régime républicain participatif, dont l'Etat s'engage de garantir la suprématie de la constitution et le respect des libertés et l'indépendance de la justice ».

108², dispositions substantielles rattachant à la garantie de la suprématie de la constitution.

La préservation de la hiérarchie des normes est tributaire à l'octroi des moyens appropriés pour l'action du juge. L'intervention de la constituante moyennant une disposition constitutionnelle transitoire pour dessaisir le pouvoir juridictionnel d'un élément de sa compétence protectrice peut traduire une position hésitante et incohérente dans l'appréhension des libertés. La quête d'une résolution du conflit entre ces normes constitutionnelles ne doit être effectuée visionnaire leur interprétation comme une unité cohérente³.

Il est concevable dans cette perspective d'opter vers la thèse de la super-constitutionnalité en vertu du quelle, « à l'intérieur de la constitution il y a des rangs différents entre les clauses fondamentales et des clauses secondaires, avec tous les effets juridiques que la reconnaissance de cette hiérarchie interne produit »⁴. La transposition de cette thèse sur le présent problème est possible par l'admission de l'existence d'une hiérarchie au sein même de la constitution qui fait prévaloir les normes permanentes sur les dispositions transitoires.

Cette stratification des normes constitutionnelles peut être fondée sur un critère temporaire et procédural. En effet, les dispositions transitoires sont des normes circonstanciellées et temporaires, abrogeables après l'entrée en vigueur définitive de la constitution. Il s'agit des règles à usage unique, alors que les autres normes sont permanentes. Sur le plan procédural, les dispositions régissant les libertés jouissent, en vertu, de l'article 49 d'un privilège de non révision. Ainsi, l'introduction des dispositions transitoires semble incidente et mal conciliable avec l'économie générale de la constitution. D'ailleurs, le bilan du texte

¹-« La justice est un pouvoir indépendant qui garantit la suprématie de la constitution, la souveraineté de la loi et la protection des droits et libertés ».

²- « Chaque personne a le droit d'un procès équitable dans un délai raisonnable, les droits de défense et l'accès à la justice » .

³-« Les dispositions de la constitution s'interprètent comme un tout indivisible ».

⁴-VEDEL(G), Leçon inaugurale, la constitution aujourd'hui, AIDC, 1987, p.12.

constitutionnel révèle une prévalence des dispositions permissives pour le contrôle de la constitutionnalité par le juge ordinaire.

D'un autre coté, l'interdiction adressée au juge ordinaire étant une exception à sa compétence générale de la protection des libertés doit s'interpréter restrictivement. Selon l'article 21 de la loi relative à l'instance provisoire du contrôle de la constitutionnalité des projets lois, les décisions rendues sont opposables à l'ensemble des pouvoirs publics y compris les autorités juridictionnelles. Dès lors, les projets des lois examinés par l'instance provisoire acquièrent une présomption de constitutionnalité et demeureront à l'abri des contestations juridictionnelles.

Les lois exonérées du contrôle, en amont, par l'instance provisoire ouvrent une brèche du contrôle en aval par le juge ordinaire. Cette hypothèse est envisageable puisque les requérants, autorités politiques, ont délaissé délibérément la possibilité du contrôle de la loi en tant que projet loi.

Conscient du laconisme du contrôle de la constitutionnalité des projets lois, le juge administratif a procédé moyennant un raisonnement finaliste¹ pour retenir sa compétence dans les autres aspects de la constitutionnalité.

Dans une décision récente², le tribunal administratif a confirmé avec persévérance sa compétence du contrôle de la constitutionnalité des lois. A l'occasion d'un contentieux électoral se rattachant à la candidature aux élections présidentielles, le requérant a excipé une double inconstitutionnalité, de la loi n°16-2014 relative aux élections, concernant l'exigence du parrainage et de cautionnement bancaire.

Statuant sur la recevabilité des moyens de l'inconstitutionnalité soulevés, le tribunal administratif a modulée sa position en fonction du

¹ -ROUVILOUS(F), « Le raisonnement finaliste du juge administratif », RDP, 1990, p.1817.

²-Tribunal administratif, Adel elmi c/ L'instance supérieure des élections, 10 octobre 2014 n°30006. (Inédit).

critère de l'antériorité de l'examen par l'instance provisoire du contrôle de la constitutionnalité des projets lois.

Pour la condition de parrainage¹, il s'agit d'une mesure pour la rationalisation de la candidature aux élections présidentielles. L'article 43 de la constitution a prévu cette condition, sans pour autant préciser le nombre exigible des parrains, c'est l'article 41 de la loi électorale qui présuppose le parrainage de chaque candidature par 10 députés de la chambre parlementaire, 40 présidents des collectivités locales élues ou 10 milles électeurs propagés sur dix circonscriptions électorales. Le requérant a invoqué l'inconstitutionnalité de l'article 41 puisqu'il fait atteinte au droit de porter candidat aux élections compte tenu au nombre exigible des parrains paraît irréalisable.

Le tribunal administratif a accepté d'examiner la constitutionnalité de la condition de parrainage tout en rappelant la présence d'un organe chargé du contrôle de la constitutionnalité des lois et l'interdiction de l'article 148 de la constitution. Pour le juge administratif, dès que la condition de parrainage a été affranchie du contrôle de l'instance provisoire, elle est privé de la présomption de constitutionnalité et susceptible par conséquent à l'exception de constitutionnalité devant le juge ordinaire.

S'agissant de la condition de cautionnement financière², elle s'analyse également en tant que moyen pour encadrer la candidature aux élections présidentielles. Le requérant a soulevé l'inconstitutionnalité de l'article 42 de la loi électorale puisqu'il a ajouté une condition nouvelle, celle de cautionnement, non prévue par la constitution.

Le tribunal administratif a refusé d'examiner le moyen tiré de l'inconstitutionnalité de l'article 42, puisque l'instance provisoire a

¹-« Le parrainage est une modalité nécessaire ou facultative qu'un candidat aux élections est appelé à remplir par la collecte des signatures émanant de personnes titulaires de qualité ou électeurs et ce en vue de la recevabilité de sa candidature », KHIARI(E), « La technique du parrainage », mémoire de DEA en droit public, 1990-1991, p.2.

²-GICQUEL(J), « Droit constitutionnel et institutions politiques », 18^{eme} éd, MONSTCHRESTIEN, 2002, p.531.

précédemment jugé la constitutionnalité de la condition de cautionnement¹. La décision de l'instance a conféré à la dite condition une présomption de constitutionnalité qui fait écran contre la possibilité de réexamen par le juge ordinaire.

La position de refus de statuer sur une exception de constitutionnalité déjà résolue par l'instance provisoire en phase de projet loi semble fidèle à l'autorité de la chose jugée et permet d'éviter la contrariété des jugements sur une même affaire².

Ainsi, La compétence du tribunal administratif en l'absence d'une cour constitutionnelle a été édictée par l'impératif de la continuité du contrôle de constitutionnalité même dans les périodes de crise institutionnelle. La cohabitation de cette compétence avec celle de l'instance provisoire est imposée par la carence du contrôle préalable des projets lois.

La cristallisation de la compétence du tribunal administratif en matière du contrôle de la constitutionnalité des lois est une question d'interprétation et d'articulation des textes de répartition de la compétence. Juge de sa compétence, le tribunal administratif a su façonner son office pour statuer sur les exceptions de la constitutionnalité des lois, tout en déduisant les effets de cette mission.

II-Les implications contrastées du contrôle de constitutionnalité par le tribunal administratif :

Le tribunal administratif a tiré les conséquences juridiques de l'établissement de sa compétence en matière de vérification de la constitutionnalité des lois par voie d'exception. Les incidences du contrôle juridictionnel des lois se manifestent à travers l'extension des normes de référence du contrôle (1) et l'effet relatif sur la loi (2).

¹ -Instance provisoire du contrôle de la constitutionnalité des projets de loi, décision n°4 du 14 mai 2014, (inédit).

² -FOYER(J), « De l'autorité de chose jugée, essai de définition », Paris, 1954, p.5.

1-L'extension des normes de référence pour le contrôle de la constitutionnalité des lois :

Après la détermination de son titre de compétence, le tribunal administratif a confronté le problème de l'identification des normes de référence pour le contrôle de la constitutionnalité des lois en l'absence d'une constitution. Autrement dit, que faire pour protéger les droits et libertés bafoués par une loi pendant une période de vacance de règles constitutionnelles ?

Dans l'affaire du 7 novembre 2013, le requérant a avancé le moyen de l'inconstitutionnalité de l'article 23 de la loi n°44 puisqu'il est pris en violation du principe de l'égalité, le droit du recours dans un délai raisonnable et le procès équitable qui sont des principes fondamentaux et des normes de référence pour le contrôle de la constitutionnalité.

Lors de l'appréhension de ce moyen d'inconstitutionnalité, le tribunal a commencé par l'extension du référentiel du contrôle de la constitutionnalité des lois pour englober la constitution, les principes fondamentaux à valeur constitutionnelle et les traités internationaux en vigueur.

Le tribunal administratif semble exploiter l'évolution de la notion de norme de référence. Dans une conception classique, les normes de référence sont de nature exclusivement constitutionnelle, l'appréciation du rapport de la constitutionnalité s'effectue strictement entre la constitution et la loi. En traitant cette question le doyen Favoureu a considéré que « les normes de référence désignent l'ensemble des règles à valeur constitutionnelle contenus dans le bloc de constitutionnalité »¹.

Néanmoins, la notion de la norme de référence a subi un élargissement pour absorber des normes de nature juridique hétéroclite. En effet, les normes de référence du contrôle de la constitutionnalité « ne peuvent se

¹-FAVOUREU(L), « Normes de référence », in le conseil constitutionnel et les partis politiques, Paris, Economica, 1985, p.69.

réduire à la seule constitution, le bloc de constitutionnalité ne porte uniquement des textes qui ont pleine valeur constitutionnelle »¹.

L'hétérogénéité de ces normes permet au juge de pallier l'absence d'une constitution référentielle principale pour le contrôle de la constitutionnalité.

Le tribunal administratif a inclut les traités internationaux en vigueur dans les repères du contrôle de la constitutionnalité des lois. Cette inclusion confirme le principe de la supériorité des traités, en cas d'un conflit entre une convention internationale et une loi, le juge doit prévaloir la norme conventionnelle².

Si dans le cadre du contrôle de la conventionalité la norme de référence visé est la convention internationale³, le contrôle de la constitutionnalité s'exerce principalement en l'occurrence à la constitution. Cependant, l'incorporation des traités au sein du bloc de la constitutionnalité s'achève par un chevauchement entre le contrôle de la conventionalité⁴ et le contrôle de la constitutionnalité. L'adjonction des exigences prescrites par les traités au bloc de la constitutionnalité fournit une liste des droits supérieurs équivalente à celle de la constitution.

L'apport du droit international en faveur du contrôle de la constitutionnalité est éminent surtout que l'organisation provisoire des pouvoirs n'a pas prévu des dispositions qui intéressent les droits et libertés.

Le tribunal administratif a ajouté les principes généraux ayant une valeur constitutionnelle aux normes de référence pour le contrôle de la

¹-GENEVOIS(B), « Normes de référence du contrôle de la constitutionnalité et le respect de la hiérarchie des normes », in Etat de Droit, mélanges Guy BRAIBANT, Dalloz, 1996, p.321.

² -GAIA(P), « Le contrôle de la conventionalité », RFDC, 2008/5, p.67.

³-TA, Affaire n° 3634, du 21 mai 1996, La ligue tunisienne des droits de l'Homme/Ministre de l'intérieur.

⁴ -« Dans le contrôle de la conventionalité et le contrôle de la constitutionnalité, il s'agit bien de juger la loi de statuer objectivement sur la conformité à la règle supérieure », BRUCE(E), « De quelques incidences du contrôle de la conventionalité des lois par le juge ordinaire », RFDA, 1998, p.225.

constitutionnalité des lois. Il s'agit d'une catégorie juridique qui s'identifie à « une œuvre constructive de la jurisprudence inhérente de la constitution et l'esprit générale de la législation ; des principes applicables même en l'absence d'un texte »¹. Attribuer le qualificatif « constitutionnel » aux principes généraux du droit risque de foisonner l'unité de cette catégorie et établir une hiérarchie artificielle entre ces principes.

Invoquer les principes à valeur constitutionnelle au sein du bloc de la constitutionnalité, permet le juge de combler les lacunes de la législation constitutionnelle et même remédier l'absence d'une constitution. L'origine prétorien confère à ces principes une flexibilité et une capacité d'enrichissement continu pour l'adaptation avec les exigences de la protection des droits et libertés.

Moyennant ces principes le juge ordinaire est associé dans la formation des normes de référence pour le contrôle de la constitutionnalité des lois. La tâche du juge « ne consiste seulement à comparer entre deux textes l'un est inférieur et l'autre est supérieur mais à **établir** d'abord le terme supérieur pour effectuer la comparaison »².

La survivance des principes à valeur constitutionnelle dans la période de transition, affirme que l'héritage constitutionnel tunisien ne se réduit seul à la constitution. La constitution de 1861³, le pacte fondamental de 1857⁴, le décret beylical de 1846⁵ sont autant des textes phares qui peuvent constituer des sources pour l'inspiration des principes fondamentaux.

¹-LAFFARIERE(E), Traité de la juridiction administrative, 2eme édition, 1896, T1, p.5.

²-FAVOUREU(L), « Le principe de la constitutionnalité », article précité, p.36.

³ -BACCOUCHE(N), « L'institutionnalisation du pouvoir en Tunisie », Etudes à la mémoire Doyen Abdelfattah Amor, publications de l'école doctorale de la faculté de droit de Sfax, 2014, p.7.

⁴-BEN HSSAN(I), « Le pacte fondamental », Etudes à la mémoire Doyen Abdelfattah Amor, publications de l'école doctorale de la faculté de droit de Sfax, 2014, p.29.

⁵-ABDEDDAYEM(N), « L'abolition de l'esclavage en Tunisie », Etudes à la mémoire Doyen Abdelfattah Amor, publications de l'école doctorale de la faculté de droit de Sfax, 2014, p.19.

Même la constitution de 1959, abrogée explicitement par l'organisation provisoire des pouvoirs, a présenté un fondement pour la protection des libertés. Dans une décision saillante, le juge judiciaire a admis l'imprescriptibilité des normes de la constitution de 1959 qui concernent les droits et les libertés¹. Cette décision judiciaire a inspiré le juge administratif en admettant que les droits et libertés sont insusceptibles par nature à l'abrogation².

Une telle tendance jurisprudentielle peut soulever des interrogations réelles sur la valeur des droits et libertés en l'absence d'une constitution s'agit-il d'une valeur supra-constitutionnelle ? Si les droits et libertés peuvent persister d'une manière autonome, la fonction de la constitution serait elle limitée à la déclaration de l'existence de ces droits ?

Ainsi, l'ingéniosité des normes de référence assure pour le juge administratif un fond insondable pour l'inspiration des procédés de protection des droits et libertés. Plaidoyer pour la formation d'un bloc de la constitutionnalité par le tribunal administratif assure l'attraction des textes protecteurs des libertés dans un montage juridique à composition hétéroclite et riche. Toutefois, l'extension des normes de référence n'été pas accompagné par le renforcement de l'impact du contrôle de la constitutionnalité des lois.

2-Le rétrécissement de l'incidence du contrôle de la constitutionnalité par voie d'exception :

Le contrôle de la constitutionnalité par voie d'exception implique uniquement une mise à l'écart de la loi dans le litige au cours duquel l'exception a été soulevée. La décision rendue en la matière est liée par l'autorité relative de la chose jugée, elle ne s'applique que dans le cadre

¹-Considérant que le passeport est indispensable pour la liberté de circulation garantie par l'article 10 de la constitution du 1er juin 1959 qui demeure en vigueur en ce qui concerne ces dispositions régissant des droits et libertés insusceptibles par nature de l'abrogation » Cour d'appel de Tunis, ordonnance de référé du 5 février 2013.

² -TA, décision d'appel, 15 juillet 2013, non publié.

de l'unité des parties, de la cause et des faits d'espèces¹. La déclaration d'inconstitutionnalité d'une loi par le juge ordinaire n'a pas ni un effet *erga omnes* ni « une opposabilité à aucun pouvoir public »².

Le refus de l'application du juge ordinaire d'une loi inconstitutionnelle ne constitue plus un envahissement dans la compétence du pouvoir législatif, la loi demeure en vigueur et produit ses pleins effets. Dans cette perspective, Maurice Hauriou a considéré « qu'un jugement qui refuse d'appliquer une loi à une hypothèse déterminée n'empêche point cette loi de devenir exécutoire ; il n'a point la prétention d'arrêter le parlement dans son droit de légiférer, ni le chef de l'Etat dans la promulgation, il ne s'occupe de cette loi qu'après la promulgation, il ne l'annule même pas, il ne déclare même pas la loi inapplicable en toute les hypothèses »³.

Le contrôle de constitutionnalité par voie d'action est principalement un recours objectif son but ultime est la préservation de la cohérence de la hiérarchie des normes ; il s'agit d'un procès « fait contre un acte »⁴. En revanche, l'effet recherché à travers le contrôle de la constitutionnalité par voie d'exception n'est pas l'élimination d'une loi inconstitutionnelle de l'ordonnancement juridique, mais d'écarter les incidences de cette loi sur des droits et libertés abusés en l'espèce.

Le contrôle en amont porte sur un texte législatif avant son entrée en vigueur. A défaut des parties et d'une procédure contradictoire, la cour constitutionnelle exerce un « contrôle abstrait »⁵, qui appréhende la constitutionnalité de la loi d'une manière isolée, visionnaire ses impacts réels sur les libertés et abstraction faite de l'influence de la conjoncture politique. La décision rendue suite à une action d'inconstitutionnalité est

¹-BERNAUD(V), « Le contrôle de la constitutionnalité une nouvelle fois en question », RFDC, 2008/5, p.169.

²-BEN ACHOUR(R), « Le problème du contrôle de la constitutionnalité des lois par le juge ordinaire en Tunisie », RTD 1983, p.66.

³-HAURIOU(M), Précis de droit constitutionnel, Paris, Sirey, 1929, p.266.

⁴-DELPÉREE(F), « La compétence du juge constitutionnel », in « La justice constitutionnelle », Table Ronde de Tunis, 1995, p.75.

⁵-ROUSSEAU(D), « Le procès constitutionnel », Revue Pouvoirs, n°137, 2011, p.50.

dotée de « l'autorité absolue de la chose jugée »¹, elle s'impose à toutes les autorités publiques.

Portée contre une loi en vigueur, le contrôle par voie d'exception de la loi sera corrélativement lié aux faits du procès encours, le juge de fond sera le mieux placé pour analyser le moyen tiré de l'inconstitutionnalité.

La nouvelle constitution a accordé, en vertu de son article 120, la technique de la question préjudicielle au profit de la cour constitutionnelle. Identifié en tant « qu'une exception soulevée dans le cadre d'un litige qui ne peut être résolue par le juge de fond »², la question préjudicielle ne s'opère qu'en présence d'une juridiction dotée d'une compétence exclusive³.

En matière constitutionnelle, la question préjudicielle est qualifiée par question prioritaire « puisque ce moyen doit être examiné avant tout autre moyen »⁴. Elle s'identifie à l'hypothèse d'une loi renvoyée par une juridiction ordinaire suite à l'introduction d'une exception d'inconstitutionnalité soulevée par une partie du litige⁵. Cette technique a été transposée de l'article 61 de la constitution française qui réserve au profit du conseil d'Etat et la cour de cassation la faculté de saisir le conseil constitutionnel pour statuer sur une question prioritaire excipée par l'une des parties du litige.⁶

¹-Selon l'article 124 de la constitution « La décision de la cour constitutionnelle doit être motivée et s'impose à l'égard de toutes les autorités publique ».

²-PRIVENCIA(E), « L'application de la question préjudicielle par ses acteurs », Revue pouvoirs, 2011, n°137, p.175.

³-La compétence exclusive c'est l'hypothèse d'une juridiction qui dispose seule la compétence à l'exclusion de toutes autres pour statuer sur une question litigieuse », Perrot(R), Les institutions judiciaires, Montchrestien, Paris, 1998, p.434.

⁴-ROUSSEAU(D), « La question prioritaire de constitutionnalité », LGDJ, 2012, p.3.

⁵-Selon l'article 120 de la constitution : « La cour constitutionnelle est compétente exclusivement de contrôler la constitutionnalité des lois suite à un renvoi des tribunaux par la demande des parties ».

⁶-Selon l'article 61-1 de la constitution française « Lorsque à l'occasion d'une instance en cours devant une juridiction, il est soutenu qu'une disposition législative porte atteinte aux droits et libertés que la constitution garantit, le conseil d'Etat peut être saisi de cette question sur renvoi du conseil d'Etat ou de la cour de cassation qui prononce dans un bref délai ».

Il est révélateur que, l'article 120 de la constitution tunisienne ait reconnu aux parties d'un litige de fond la possibilité de déclencher la question prioritaire, pourtant la prérogative du renvoi de la requête demeure la compétence du juge de fond.

La technique préjudicielle articule un double mouvement, une action de sursis de statuer sur l'affaire par le juge initial dû à la résurgence de la question et une reprise du procès suite à la résolution de l'exception d'inconstitutionnalité par le juge constitutionnel. Il s'agit d'une véritable coopération entre le juge ordinaire, juge de fond, et le juge constitutionnel, juge de la question.

Néanmoins, la pratique des questions prioritaires peut être un facteur de cloisonnement du procès et se heurte avec l'exigence de la bonne administration de la justice.

Ainsi, il est vraisemblable que les concepteurs de la nouvelle constitution ont opté vers le modèle du contrôle de la constitutionnalité concentré aux mains d'une cour constitutionnelle. Ce choix est au service de la sécurité juridique puisqu'il assure l'unité de l'interprétation des textes législatifs et l'égalité devant la loi. Mais, ce système n'est pas proche du justiciable lésé.

Cependant, La synchronisation du contentieux constitutionnel tout introduisant la technique de la question prioritaire n'aboutit finalement qu'à l'écartèlement du procès entre le juge de fond et le juge du renvoi. Finalement, n'est-il plus judicieux de maintenir la compétence de statuer sur les exceptions de constitutionnalité devant le juge ordinaire, juge de fond ?

Bibliographie :

- SANTOLINI(T), « Les parties dans le procès constitutionnel », BRYLANT, 2007, p.5.
- QUEROMENE(J), « L'évolution de la hiérarchie des actes juridiques dans le droit public français », Thèse, Caen, 1952.

- Kelsen(H), « La garantie juridictionnelle de la constitution », RDP, 1928, p.198.
- BONNET(J) « Le juge ordinaire et le contrôle de la constitutionnalité des lois », Dalloz, Nouvelle bibliothèque de thèses, 2009, p.10.
- ROBERT(J), « La protection des droits fondamentaux et le juge constitutionnel français, bilan et réformes », RDP, 1990, p.1255.
- ROUSSEAU(D), « Le procès constitutionnel », Revue pouvoirs 2011/2, p.51.
- COHEN(0), « Le conseil d'Etat et le contrôle de la constitutionnalité des lois », RFDA, 2000, p.1183.
- FAVOUREU(L), « Le modèle européen de la justice constitutionnelle », in table ronde sur la justice constitutionnelle, CERP, 1995, p.45.
- SEUROT(L), « L'exception de la constitutionnalité des lois et la doctrine du conseil d'Etat », 7^{ème} congrès français du droit constitutionnel, NANCY, 2011, p.8.
- MANS(D), « Nouveaux regards sur le contrôle de la constitutionnalité par voie d'exception », mélanges Michel TROPER, 2007, p.665.
- LESSAGE(M), « Les principes de droit public régissant les rapports entre le législateur et le juge », LGDJ, 1960, p.57.
- MOLFESSIS(N), « Le contrôle de la constitutionnalité », Justices, 1997, p.226.
- FAVOUREU(L), « Le modèle européen de justice constitutionnelle », précité, p.41.
- AMOR(A), « La justice constitutionnelle dans les pays du tiers monde », in table ronde sur la justice constitutionnelle, CERP, 1995, p.61.
- COHEN(G), « Le contrôle de constitutionnalité des lois en Allemagne », Revue pouvoirs 2011, p.153.
- ROUSSEAU (D), « Le procès constitutionnel », Revue Pouvoirs, 2011, p.50.
- ZAGREBELSKI(G), « La doctrine du droit vivant et le QPC », Revue du droit constitutionnel appliqué, n°1, Dalloz, 2010, p.32.
- CADART(J), institutions politiques et droit constitutionnel, Economica, 3 édition, 1990, p.172.

- TUSSEAU(J), « La fin de l'exception française », Revue Pouvoirs 2011, p.6.
- RICCI(R), « Le conseil d'Etat et la loi vers la recevabilité d'une exception d'inconstitutionnalité », Les Petites Affiches, octobre 1999, p.11.
- MDHAFFAR(Z), « Le conseil constitutionnel tunisien », 2eme édition, 1997, p.13.
- BEN ACHOUR(R), « Le contrôle de la constitutionnalité des lois », RTD, 1983, p.54.
- MOUSSA(F), « Aspects constitutionnels de la jurisprudence administrative », l'œuvre jurisprudentiel du tribunal administratif, ouvrage collectif, CERP, 1990, p.143.
- RENOUX(T), « Le contrôle de la constitutionnalité des actes administratifs », collection droit public, SIREY, 1992.
- MOREL(R), Traité élémentaire de procédure civile, Sirey, Paris, 1949, p.177.
- LOSHAK(D), Le rôle politique du juge administratif, Paris, 1970, p.104.
- COLSON(R), La fonction de juger, Paris, 2009, p.64.
- GICQUEL(J), « Les séparations du pouvoir », in Constitutions et pouvoirs, Montchrestien, 2008, p.255;
- DEUPUSSAY(L), «Hiérarchie des normes et hiérarchie des valeurs », RDPSP, 2007, p.424
- EISENMAN(CH), « L'esprit des lois et la séparation des pouvoirs », mélanges DE MALBERG(R), édition DE DUCHEMIN, 1977, p.171.
- DEUEZ(A), « Le contrôle juridictionnel de la constitutionnalité des lois en France », in mélanges Hauriou, 1929, p.211.
- DRAGO(G), « Le contentieux constitutionnel, contentieux d'ordre public par nature », mélanges L'unité du droit, Paris, 1991, 8.
- BERTRAND(M), La loi, Droit public, Dalloz, 1996,
- DUGUIT(L), « Traité du droit constitutionnel », 3eme édition , 1927, T 2, p.443

- DE MALBERG(R.C), « la loi, expression de la volonté générale », Economica, Paris, 1984
- LECLERC(N), la place de la loi dans l'ordre juridique interne, PUF, Paris, 1990
- HAURRIOU(M), Précis de droit administratif et de droit public, Recueil Sirey, Paris, 10eme édition, 1974.
- LAGHMANI(S), « Justice constitutionnelle et droits fondamentaux », in la justice constitutionnelle, table ronde de Tunis, ATDC, CERP, 1995, pp.123-135.
- BELAID(S), « Justice constitutionnelle et Etat de droit », in la justice constitutionnelle, table ronde, ATDC, CERP, 1995, pp.99-122.
- EISENMAN(CH), éléments du droit constitutionnel français, Paris, Sirey, 7eme édition, T1, 1921, p.533.
- VEDEL(G), « Leçon inaugurale » in table ronde sur la justice constitutionnelle, CERP, 1995, p3.
- LATOURNERIE(J), Conclusion de l'arrêt Arrighi, RDP, 1937, p.15.
- COHEN(O), « Le conseil d'Etat et le contrôle de la constitutionnalité des lois », RFDA, 2000, p.1183.
- BATALLIER(F), « Le conseil d'Etat, juge constitutionnel », Paris, LGDJ, 1966, p.10.
- COHEN(O), Le conseil d'Etat et le contrôle de la constitutionnalité des lois, RFDA, 2000, p.1181.
- WABER(A), « Le contrôle juridictionnel de la constitutionnalité des lois », AIJC, 1986, p.40.
- BECHILLON(D), Hiérarchie des normes et hiérarchie des fonctions normatives de l'Etat, Paris, Economica, 1997
- OST(F), Du pyramide au réseau, Bruxelles, 2002.
- ZOLLER(E), Les grands arrêts de la cour suprême des Etats-Unis, Paris, PUF, 2000, p.103.
- JAN(P), « Les séparations du pouvoir », mélanges jean GICQUEL, MONTCHRESTIEN, 2008, p.255

- FAVOUREU(L), « Le modèle européen de la justice constitutionnelle », in table ronde sur la justice constitutionnelle », CERP, 1995, p.41.
- AJROUD(J), « Le décret-loi pendant la période transitionnelle », la revue arabe des sciences politiques, 2012, p.42.
- FAVOUREU(L), « Le conseil constitutionnel, état des lieux », Pouvoirs, n°105, 2003, p.121.
- HAURIOU(M), « Précis de droit constitutionnel », 1929, 2ed, Sirey, 1965, p.223.
- MARTENET(V), La géométrie de l'égalité, L.G.D.J, 2003, p.4.
- CHEVALIER (J-J), L'Etat de droit, 3eme édition, Montchrestien, 1999, p.71.
- VIDALNAQUET(Y), Les garanties et les exigences constitutionnelles, LGDJ, 2007.
- EVEILLARD(G), Les dispositions constitutionnelles transitoires en droit public français, Dalloz, 2007, p.3
- PHILIPPE(X), « Le projet de la constitution à la lumière des normes constitutionnelles comparées » in lecture du projet de la constitution du 1er juin 2013, AIDC, 2013, p.15.
- LAGMANI(S), « Les dispositions transitoires » » in lecture du projet de la constitution du 1er juin 2013, AIDC, 2013, p.9.
- VEDEL(G), Leçon inaugurale, la constitution aujourd'hui, AIDC, 1987, p.12.
- ROUVILOUS(F), « Le raisonnement finaliste du juge administratif », RDP, 1990, p.1817.
- GICQUEL(J), « Droit constitutionnel et institutions politiques », 18eme éd, MONSTCHRESTIEN, 2002, p.531.
- FOYER(J), « De l'autorité de chose jugée, essai de définition », Paris, 1954, p.5.
- FAVOUREU(L), « Normes de référence », in le conseil constitutionnel et les partis politiques, Paris, Economica, 1985, p.69.
- GENEVOIS(B), « Normes de référence du contrôle de la constitutionnalité et le respect de la hiérarchie des normes », in Etat de Droit, mélanges Guy BRAIBANT, Dalloz, 1996, p.321.

- GAIA(P), « Le contrôle de la conventionalité », RFDC, 2008/5, p.67.
- LAFFARIERE(E), Traité de la juridiction administrative, 2eme édition, 1896, T1, p.5.
- FAVOUREU(L), « Le principe de la constitutionnalité », article précité, p.36.
- BACCOUCHE(N), « L'institutionnalisation du pouvoir en Tunisie », Etudes à la mémoire Doyen Abdelfattah Amor, publications de l'école doctorale de la faculté de droit de Sfax, 2014, p.7.
- BEN HSSAN(I), « Le pacte fondamental », Etudes à la mémoire Doyen Abdelfattah Amor, publications de l'école doctorale de la faculté de droit de Sfax, 2014, p.29.
- ABDEDDAYEM(N), « L'abolition de l'esclavage en Tunisie », Etudes à la mémoire Doyen Abdelfattah Amor, publications de l'école doctorale de la faculté de droit de Sfax, 2014, p.19.
- BERNAUD(V), « Le contrôle de la constitutionnalité une nouvelle fois en question », RFDC, 2008/5, p.169.
- BEN ACHOUR(R), « Le problème du contrôle de la constitutionnalité des lois par le juge ordinaire en Tunisie », RTD 1983, p.66.
- HAURIOU(M), Précis de droit constitutionnel, Paris, Sirey, 1929, p.266.
- DELPEREE(F), « La compétence du juge constitutionnel », in « La justice constitutionnelle », Table Ronde de Tunis, 1995, p.75.
- ROUSSEAU(D), « Le procès constitutionnel », Revue Pouvoirs, n°137, 2011, p.50.
- PRIVENCIA(E), « L'application de la question préjudicielle par ses acteurs », Revue pouvoirs, 2011, n°137, p.175.
- Perrot(R), Les institutions judiciaires, Montchrestien, Paris, 1998, p.434.
- ROUSSEAU(D), « La question prioritaire de constitutionnalité », LGDJ, 2012, p.