

## **La garantie des droits et libertés fondamentaux dans le monde arabe : Quel bilan une décennie après le Printemps arabe ?**

*El Maamoun FIKRI, Docteur en droit public à l'université de Bordeaux.*

En décembre 2010, l'immolation du jeune vendeur ambulant Mohamed Bouazizi déclencha une vague révolutionnaire d'abord localisée dans le sud et le centre de la Tunisie avant qu'elle ne s'étende partout dans le pays et qu'elle traverse les frontières pour toucher l'Égypte, la Lybie, le Yémen et dans une certaine mesure le Maroc et l'Algérie. Si le profil des participants était pratiquement le même, l'intensité des manifestations et la nature des revendications divergeaient d'un pays à l'autre. La chute du régime était scandée en Tunisie, en Égypte et en Lybie tandis que la jeunesse marocaine et algérienne demandait pour l'essentiel des réformes politiques, économiques et sociales. L'expression « printemps arabe » est donc employée pour désigner les révolutions et ruptures constitutionnelles qui ont eu lieu au lendemain de ces soulèvements populaires. En effet, l'effervescence qu'a connue le monde arabe à la suite de ces contestations a été la base d'un changement constitutionnel profond au Maroc, en Tunisie et en Égypte. Malgré des processus constitutionnels différents, les trois Lois fondamentales devaient répondre aux mêmes aspirations des citoyens, revendiquant pour l'essentiel l'instauration d'un État de droit démocratique dans lequel la protection des droits et libertés fondamentaux serait garantie. Les constituants ont donc cherché à élaborer des textes marquant une nouvelle étape dans la transition démocratique.

Le Maroc a été le premier État à proposer une réforme constitutionnelle lors d'un discours du Roi Mohammed VI prononcé le 9 mars 2011. Le chef de l'État annonçait à cette occasion la création d'une Commission Consultative sur la Révision de la Constitution (CCRC) composée d'une trentaine de membres et chargée d'échanger avec les forces vives de la nation afin de proposer un projet de texte constitutionnel. Après trois mois et demi de débats avec les partis politiques, les centrales syndicales, la société civile et les représentants du « Mouvement du 20-février », la CCRC a remis une première mouture du projet de texte au Palais qui, après quelques modifications et arbitrages, l'a proposé à la nation par référendum le 1<sup>er</sup> juillet 2011. Le OUI l'emporta largement et c'est ainsi que le Maroc se dota d'une nouvelle Constitution en l'espace de quelques mois.

Le processus constitutionnel en Tunisie était différent de celui choisi par leur voisin marocain. En effet, une assemblée constituante de 217 membres a été élue au suffrage universel direct en octobre 2011 et était chargée d'adopter une nouvelle Constitution. Chaque article

devait être voté séparément à la majorité absolue des membres. La version définitive devait ensuite être adoptée intégralement avec l'appui des deux tiers des députés de ladite assemblée. C'est ainsi qu'en janvier 2014, la Constitution entra en vigueur avant qu'elle ne soit abrogée et remplacée par une nouvelle Constitution adoptée en 2022 sous l'impulsion du président actuel.

S'agissant de l'Égypte, on peut estimer que le processus constitutionnel était assez chaotique. En effet, une assemblée constituante dominée par les islamistes avait été élue en 2012 et avait adopté un texte constitutionnel instaurant un État théocratique dans lequel la garantie des droits et libertés était fortement menacée. Après un coup d'État en juillet 2013 mené par les forces armées, le président Mohamed Morsi, élu à peine un an plus tôt, fut destitué. Le nouveau président El Sissi décida de nommer un comité de 50 membres et l'a chargé de proposer un projet de texte constitutionnel qui fut adopté par référendum en janvier 2014.

Les trois textes suprêmes adoptées en juillet 2011 et janvier 2014 disposent de points communs. Ils marquent une volonté de rupture avec le passé notamment en proclamant un catalogue riche de droits et libertés fondamentaux et en instaurant de nouveaux mécanismes censés les garantir. En revanche, les nombreux renvois aux lois organiques ainsi que les références à l'identité nationale immuable ou aux constantes et lois du pays introduisent un doute raisonnable sur l'effectivité de ses proclamations. Ils peuvent servir à encadrer l'exercice des droits et libertés et parfois même à en neutraliser la portée. Dès lors, c'est à l'exécutif, au Parlement et au pouvoir judiciaire de fixer les interprétations et de choisir l'une des deux options suivantes : soit se fonder sur l'esprit libéral des textes suprêmes afin de donner une pleine valeur juridique à leurs dispositions ou alors s'appuyer sur les limites fixées par les constituants afin de passer outre les avancées proclamées.

La dernière décennie prouve hélas que c'est la seconde option qui a été privilégiée. L'harmonisation des législations avec le nouveau catalogue de droits et libertés est insuffisante et les mécanismes de protection judiciaire sont incapables d'y remédier. Dès lors, si les constituants arabes semblent avoir opté pour une certaine ambivalence dans la garantie des droits et libertés fondamentaux, la pratique institutionnelle est suffisamment claire et établie. Elle dévoile un immobilisme législatif aggravé par un conservatisme judiciaire préjudiciable. Ainsi, il conviendra de saisir les manifestations de l'ambiguïté de la garantie des droits et libertés fondamentaux (I) avant de s'intéresser à l'insuffisante mise en œuvre des dispositions constitutionnelles dans la pratique (II).

## **I- L'ambiguïté de la garantie des droits et libertés fondamentaux dans les textes constitutionnels post-2011.**

L'analyse des trois textes constitutionnels révèle certaines ambiguïtés dues, d'une part, à la cohabitation parfois difficile entre universalité des droits de l'Homme et relativisme culturel ou d'autre part, entre les aspirations du constituant et les moyens humains et financiers de l'État. Dès lors, on peut repérer des dispositions constitutionnelles consacrant un net développement des droits et libertés fondamentaux (A) et en même temps, constater que l'exercice de ces droits et libertés est fortement encadré par ces mêmes dispositions (B).

### **A- Des avancées notables dans la garantie des droits et libertés fondamentaux.**

La Constitution marocaine actuelle compte 180 articles dont 60 sont consacrés à la proclamation des droits et libertés. Parmi les plus emblématiques, on retrouve le principe d'égalité entre les femmes et les hommes qui autrefois ne concernait que les droits politiques avant qu'il ne soit étendu en 2011 à tous les domaines. De même, les principes de dignité, de non-discrimination, de présomption d'innocence et de légalité des délits et des peines ont été affirmés. En outre, une nouvelle génération de droits a vu le jour dans le nouveau texte suprême à l'instar du droit à la santé, à l'éducation, au sport, au logement, à l'accès à l'eau et à un environnement sain. À titre de comparaison, l'ensemble des droits et libertés contenus dans la CEDH ont un équivalent dans la Constitution marocaine de 2011, à l'exception de la liberté de conscience que les arbitrages politiques ont écarté de la mouture rédigée par la CCRC.

Les mêmes avancées sont à noter dans les Constitutions tunisienne et égyptienne de 2014 qui consacrent les principes de dignité, d'égalité, de présomption d'innocence et de légalité des délits et des peines. La liberté d'opinion et d'expression, le droit de vote et le droit de grève y sont également inscrits. Enfin, certains droits relevant de la troisième génération des droits de l'Homme ont fait une entrée intéressante dans les deux normes suprêmes. À titre d'exemple, la Constitution égyptienne consacre la protection des zones de pêche et des ressources naturelles, le développement des espaces verts dans les zones urbaines ou encore la préservation de l'identité culturelle égyptienne et la conservation et la restauration des antiquités. La Constitution tunisienne quant à elle mentionne entre autres le droit à la culture, l'encouragement du sport, le droit à un environnement sain et équilibré et le droit à l'eau.

S'agissant des mécanismes de protection, le constituant marocain a développé la justice constitutionnelle à travers une refonte de la composition et des attributions de la juridiction constitutionnelle. L'ancien Conseil constitutionnel a été remplacé par une Cour

constitutionnelle dont la moitié des membres est nommée par le Roi et la seconde moitié élue par les deux chambres du Parlement. Le constituant a prévu une clause de compétence en exigeant que les douze membres de la Cour disposent « *d'une haute formation dans le domaine juridique et d'une compétence judiciaire, doctrinale ou administrative, ayant exercé leur profession depuis plus de quinze ans, et reconnues pour leur impartialité et leur probité.* »

Le contrôle de constitutionnalité *a priori* instauré lors de la révision constitutionnelle de 1992 a été simplifié en permettant à un cinquième des députés et quarante membres de la Chambre des conseillers de saisir la Cour constitutionnelle au lieu d'un quart des députés et conseillers dans les textes précédents. De même, un contrôle de constitutionnalité *a posteriori* a été instauré et permet donc aux parties, lors d'un procès, de soulever la non-conformité d'une loi aux droits et libertés garantis par la Constitution. Bien plus, le constituant a consacré l'existence d'un pouvoir judiciaire (et non plus d'une autorité judiciaire) chargé notamment « *de la protection des droits et libertés et de la sécurité judiciaire des personnes et des groupes* » (art. 117). Cette protection peut avoir lieu notamment grâce au contrôle de conventionnalité dans la mesure où le constituant a reconnu la primauté des conventions internationales sur le droit interne.

Le constituant tunisien a prévu également des mécanismes de protection juridictionnelle des droits et libertés fondamentaux à travers la réhabilitation de la justice constitutionnelle et la consécration de la primauté du droit international. Un contrôle de constitutionnalité *a priori* et *a posteriori* est exercé par une Cour constitutionnelle composée, au même titre que son homologue marocaine, de douze membres choisis parmi des personnes compétentes, dont les  $\frac{3}{4}$  sont des spécialistes en droit ayant une expérience de vingt années au moins. Enfin, s'agissant de l'Égypte, il convient de souligner qu'un contrôle diffus de constitutionnalité des lois était exercé depuis le début du XX<sup>ème</sup> siècle. La Constitution de 2014 a maintenu l'exercice de cette attribution exclusivement à la Haute cour constitutionnelle qui est considérée comme un véritable contre-pouvoir<sup>1</sup>.

Toutefois, malgré l'importance des avancées proclamées, force est de constater que le constituant ne s'est pas empêché d'introduire des limites importantes permettant d'encadrer l'exercice de certains droits et libertés et parfois même à les neutraliser.

---

<sup>1</sup> ELASSAR Yousri, « Égypte », *Annuaire international de justice constitutionnelle*, 2018, n° 33-2017, p. 238

## B- Des limites importantes dans la garantie des droits et libertés fondamentaux dans les Constitutions arabes.

Dans les trois constitutions étudiées, l'une des principales limites dans la garantie des droits et libertés réside dans la cohabitation parfois difficile entre universalisme et relativisme culturel. À titre d'exemple, le constituant marocain a certes proclamé le principe d'égalité entre les femmes et les hommes dans tous les domaines, mais a conditionné cette égalité au nécessaire respect « *des dispositions de la Constitution, des constantes et des lois du Royaume.* » De même, la primauté du droit international sur le droit interne n'est consacrée que « *dans le cadre des dispositions de la Constitution et des lois du Royaume et dans le respect de son identité nationale immuable* ». Si le constituant tunisien ne fait pas de références à l'identité nationale comme limite à l'exercice d'un droit ou d'une liberté, il encadre néanmoins la portée des droits proclamés. Alors que son homologue marocain a consacré une égalité des genres dans tous les domaines dans le respect de l'identité nationale, le constituant tunisien a opté pour la proclamation d'une égalité des chances entre les femmes et les hommes. À l'évidence, une égalité des chances n'offre pas les mêmes garanties que l'égalité absolue qui n'a pas été retenue en raison du référentiel islamique. Dès lors, la notion d'identité nationale, bien que formellement rejetée comme limite à l'exercice des libertés en Tunisie, dispose d'un impact réel sur les droits et libertés proclamés par l'assemblée constituante. S'agissant de l'Égypte, le principe d'égalité des genres est proclamé dans le respect de la Constitution. Or, le préambule indique : « *Nous rédigeons une Constitution selon laquelle les principes de la sharia sont la source principale de la législation et qui en réfère à la jurisprudence de la Haute Cour constitutionnelle pour l'interprétation de ces principes.* » Là aussi, de manière indirecte, le constituant égyptien limite la portée du principe d'égalité en raison de l'identité nationale fondée sur la religion musulmane, sans l'évoquer de manière directe.

Ainsi, les multiples références directes ou indirectes à l'identité nationale risquent de neutraliser les avancées enregistrées dans les textes suprêmes. Si à titre d'exemple, l'inconventionnalité d'une disposition législative issue du Code de la famille était invoquée devant un juge culturaliste, il ne trouvera aucun obstacle à écarter l'application de la convention internationale en raison de sa non-conformité avec la religion musulmane. De même, soulever l'inconstitutionnalité d'une loi pénale interdisant les relations sexuelles hors mariage se heurterait probablement à un raisonnement conservateur du juge, estimant, dans le meilleur des cas, qu'il ne dispose pas d'un pouvoir général d'appréciation et que cela relèverait plutôt de la compétence du législateur.

En Égypte, la question relative à la cohabitation entre universalisme et relativisme est encore plus compliquée. En effet, malgré une reconnaissance commune de l'islam comme religion d'État, les constituants marocain et tunisien ont admis que la source de la loi est la volonté de la nation tandis que l'Égypte indique dans son texte suprême que la charia est la source de la loi. Bien plus, étant donné que l'Égypte confère une valeur législative aux traités internationaux, appliquant en cas de conflit, la norme la plus récente, il est à craindre que les nouveaux droits et libertés inscrits dans la Constitution ne puissent être suffisamment protégés par le juge constitutionnel, seul compétent en la matière.

Somme toute, il est clair que les constituants sont restés ambigus sur la portée et l'effectivité des droits et libertés proclamés. Cette ambiguïté est notamment due au contexte social difficile qui a accompagné l'adoption des trois textes suprêmes. Alors que la société était divisée et que l'ordre public était menacé, les rédacteurs des textes constitutionnels ont favorisé le consensus à travers l'inscription dans les normes suprêmes de dispositions pouvant à la fois satisfaire les progressistes (proclamation de nouveaux droits) et rassurer les conservateurs (encadrement de ces droits à travers la prééminence accordée à la religion musulmane).

Ainsi, seule l'analyse de la pratique permet de comprendre le degré de changement apporté par les textes constitutionnels. Plus de dix ans après le mouvement du printemps arabe, l'observateur dispose désormais de suffisamment d'éléments permettant d'évaluer le degré de mise en œuvre de ces textes avancés et leur impact concret sur l'exercice des droits et libertés.

## **II- La remise en cause des droits et libertés fondamentaux dans la pratique.**

Malgré la proclamation d'un catalogue riche de droits et libertés fondamentaux, on constate une remise en cause de ces derniers soit à travers une carence du législateur à les protéger par la loi (A) ou celle du juge à les protéger contre la loi (B).

### **A- Les carences du législateur dans la protection des droits et libertés par la loi.**

Les constituants marocain, tunisien et égyptien ont manifesté leur volonté de construire un État de droit démocratique dans lequel une large liste de droits et libertés serait proclamée et protégée par le juge. Le Parlement n'est pas en reste puisqu'à titre d'exemple le constituant marocain lui a confié comme premier domaine relevant de sa compétence celui de la protection des droits et libertés fondamentaux. Par conséquent, il est légitime de penser que face à la richesse incontestable du catalogue des droits et libertés, il serait naturel de procéder à une harmonisation des anciennes législations avec les nouvelles dispositions des textes

constitutionnels. En effet, il semble difficilement concevable que le principe d'égalité entre les femmes et les hommes soit étendu à tous les domaines sans que cela ne conduise à une nécessaire réévaluation des anciennes lois consacrant une inégalité des genres. De même, les importantes dispositions que l'on retrouve dans les trois textes suprêmes concernant les droits des justiciables, la présomption d'innocence, le principe de dignité et l'interdiction de la torture et des traitements inhumains et dégradants devraient en principe justifier une refonte des dispositions du Code pénal et du Code de procédure pénale.

En matière pénale, il convient de souligner que les trois textes suprêmes ont introduit les principes de présomption d'innocence et de procès équitable qui impliquent par conséquent un recours mesuré à la détention provisoire. Or au Maroc, la Délégation générale à l'administration pénitentiaire et à la réinsertion indique dans ses quinze derniers rapports d'activités qu'environ 40 % des détenus le sont au titre de la détention provisoire. Ce chiffre est encore plus inquiétant quand on mesure son incidence sur la surpopulation carcérale. En effet, certaines prisons affichent des taux de surpopulation atteignant jusqu'à 200 % au Maroc et 300% en Tunisie. Lorsque l'on sait qu'un détenu sur quatre au Maroc et un détenu sur deux en Tunisie le sont au titre de la détention provisoire, il est légitime de penser que législateur devait s'atteler à cette problématique qui porte atteinte non seulement à la présomption d'innocence mais également au principe de dignité humaine.

En outre, plus de la moitié des prisonniers tunisiens sont incarcérés pour des peines de prison inférieures à un an. Cela devrait conduire le Parlement à introduire des peines alternatives faute de quoi la responsabilité de l'État devrait être engagé à chaque fois que les conditions de détention sembleraient indignes. Pourtant, en l'absence de condamnation par les juges, la société civile continue d'exhorter les pouvoirs publics d'adopter des réformes législatives permettant de recourir de manière plus rationalisée à la détention provisoire, de mettre en place des peines alternatives et d'assurer des conditions de détention préservant la dignité des personnes incarcérées<sup>2</sup>.

En matière de mariage, il convient de souligner que le Maroc, la Tunisie et l'Égypte ont adopté des positions différentes sur la question relative à la polygamie. En Tunisie, le législateur a décidé clairement et bien avant la révolution de 2011 de l'interdire et de condamner quiconque

---

<sup>2</sup> AVOCATS SANS FRONTIÈRES, *Lutter contre la surpopulation carcérale en Tunisie*, [en ligne], septembre 2019, [consulté le 11 mai 2023] <https://www.asf.be/wp-content/uploads/2019/11/Policy-Brief-Lutter-contre-la-surpopulation-carc%C3%A9rale-en-Tunisie-1.pdf>

s'y adonnerait à une peine de prison d'un an<sup>3</sup>. Au Maroc, malgré des avancées enregistrées par la réforme du Code de la famille de 2004, il existe encore des dispositions législatives portant atteinte au principe d'égalité femme-homme en matière de mariage. Certes, l'article 40 de la Moudouwana interdit la polygamie « *lorsqu'une injustice est à craindre entre les épouses* » ou « *lorsqu'il existe une condition de l'épouse en vertu de laquelle l'époux s'engage à ne pas lui adjoindre une autre épouse.* ». Toutefois, l'expression « injustice entre les épouses » est vague et imprécise. Elle confère dès lors un large pouvoir d'appréciation aux juges qui devront identifier, on ne sait trop comment, quels mariages polygames sont susceptibles d'entraîner des injustices et lesquels ne le sont pas.

S'agissant de la question relative à l'égalité des genres, le législateur marocain n'a adopté aucune loi visant à mettre en œuvre ce principe dans le cadre du Code de la famille. Le Roi du Maroc a certes annoncé le lancement d'une réforme de la Moudouwana en juillet 2022. Néanmoins, les concertations sont encore dans leurs phases initiales et ni les contours ni le calendrier de cette réforme ne sont à ce jour connus. De même, l'ancien président tunisien Béji Caid Essebsi avait annoncé une réforme législative visant à instaurer l'égalité des genres en matière de mariage et d'héritage. Toutefois, ces annonces sont restées lettres mortes et aucune réforme dans ce sens n'a été adoptée.

En principe, en cas de carence du législateur dans l'adoption des lois visant à harmoniser les législations antérieures avec les nouvelles dispositions constitutionnelles ou avec les conventions internationales, c'est au juge d'intervenir par le biais des contrôles de constitutionnalité ou de conventionnalité. Or là aussi, l'analyse de la jurisprudence démontre une insuffisante protection des droits et libertés contre la loi.

#### B- L'insuffisante protection des droits et libertés fondamentaux contre la loi.

Les textes suprêmes étudiés instaurent des mécanismes certes avancés, mais insuffisants, en matière de protection juridictionnelle des droits et libertés fondamentaux. En effet, tout dépend de l'interprétation des juges et de leur capacité à s'approprier la loi fondamentale. Bien plus, le développement de la justice constitutionnelle nécessite l'intervention du législateur dans la composition des juridictions constitutionnelles, dans leurs saisines et dans l'adoption des lois organiques fixant leurs statuts et leurs attributions. Par conséquent, la capacité de la justice constitutionnelle à protéger de manière effective les droits

---

<sup>3</sup> Art. 18 du Code du statut personnel

et libertés dépend du concours d'au moins deux institutions, à savoir le Parlement et la juridiction constitutionnelle elle-même.

Au Maroc, la justice constitutionnelle s'est peu développée et son impact est toujours peu perceptible. La mutation du Conseil constitutionnel en Cour constitutionnelle en 2017 ne semble pas avoir provoqué une transformation de son rôle ou une réhabilitation de ses compétences. On peut tenter d'expliquer les raisons de cet immobilisme en deux points essentiels, à savoir la faiblesse des saisines et le retard d'adoption de la loi organique relative à l'exception d'inconstitutionnalité. En effet, pour que la juridiction constitutionnelle puisse protéger efficacement les droits et libertés, il faut *a minima* qu'elle soit saisie. Or, seulement une dizaine de saisines sont enregistrées au cours des douze dernières années. Face à la faiblesse de ces chiffres, il est légitime de penser que l'exception d'inconstitutionnalité permettrait de pallier le déficit de saisine par les autorités politiques. Or là aussi, le constat est décevant dans la mesure où la loi organique relative à l'exception d'inconstitutionnalité n'a toujours pas été valablement adoptée. En effet, elle le fut une première fois en 2018 sauf que la Cour constitutionnelle l'a déclarée inconstitutionnelle notamment en raison de la procédure de double filtrage instaurée par le législateur organique. Il a fallu attendre quatre ans pour que le gouvernement présente une nouvelle version du projet de loi organique qui a malheureusement été une nouvelle fois déclaré inconstitutionnel car il n'avait pas fait l'objet d'une délibération en Conseil des ministres. On ignore aujourd'hui quand est-ce que cette loi sera adoptée sachant qu'une fois promulguée, il faudra attendre douze mois avant qu'elle ne puisse entrer en vigueur.

En Tunisie, le déploiement de la justice constitutionnelle n'est guère meilleur. En effet, depuis l'adoption de la Constitution de 2014, les députés ne sont parvenus à s'accorder que sur un des quatre membres qu'ils doivent élire parmi les douze que compte la Cour constitutionnelle. Dernièrement, le président Kais Saïed a refusé de ratifier le projet de loi sur la mise en place de la Cour constitutionnelle perpétuant ainsi le blocage institutionnel. Près de dix ans après l'adoption de la Constitution de 2014, la Tunisie n'est toujours pas dotée d'une juridiction constitutionnelle malgré l'importance des fonctions et des attributions qui lui sont conférées.

Enfin, en Égypte, rappelons que la primauté du droit international sur le droit interne n'existe pas et seule la juridiction constitutionnelle est chargée de contrôler la conformité des traités, des lois et des actes administratifs à la Constitution. La Haute Cour constitutionnelle égyptienne est une référence dans le monde arabe en matière de protection des droits et libertés

mais certaines limites viennent entraver son rôle en la matière. En effet, la juridiction ne peut se prononcer que lorsqu'elle est saisie et elle dispose d'une marge de manœuvre assez réduite puisque le constituant a souvent précisé que la garantie des droits et libertés fondamentaux par la Constitution devait s'effectuer « conformément à la loi ». Elle a tendance également à refuser de connaître de certaines lois qu'elle considère comme des actes de gouvernement et c'est ainsi qu'elle ne s'est pas opposée au large recours fait par l'État aux juridictions d'exception ou à la justice militaire<sup>4</sup>.

Si l'exercice du contrôle de constitutionnalité par le juge constitutionnel est entravé, l'exercice d'un contrôle de conventionnalité devrait, théoriquement du moins, y remédier. En effet, le Maroc et la Tunisie ont ratifié plusieurs conventions internationales de protection des droits de l'Homme. Dès lors, invoquer l'inconventionnalité d'une loi devant le juge judiciaire ou administratif permettrait de l'écarter et inviterait le législateur par la suite à l'abroger. Or l'analyse de la jurisprudence démontre une grande réticence face à l'outil conventionnel et une tendance des juges à rester fidèles à la lettre de loi.

À titre d'exemple, concernant les droits des enfants, il convient de souligner que les trois textes suprêmes se sont particulièrement illustrés par l'introduction pour la première fois d'articles traitant exclusivement de cette question. En effet, la Constitution marocaine de 2011 dispose dans son article 32 alinéa 3 : « *Il [l'État] assure une égale protection juridique et une égale considération sociale et morale à tous les enfants, abstraction faite de leur situation familiale.* » De même, la Constitution tunisienne de 2014 dispose dans son article 47 : « *Les droits à la dignité, à la santé, aux soins, à l'éducation et à l'enseignement sont garantis à l'enfant vis-à-vis de ses parents et de l'État. L'État doit garantir toute forme de protection à tous les enfants, sans discrimination et en fonction de leur intérêt supérieur.* » Enfin, la Constitution égyptienne dispose dans son article 80 alinéa 6 : « *L'État veille sur les enfants et leur protection contre toutes les formes de violence, d'abus et de mauvais traitements, d'exploitation sexuelle et commerciale.* » Ces dispositions constitutionnelles incontestablement en faveur des droits des enfants font écho aux dispositions de la Convention des Nations unies des droits de l'enfant et de la Convention européenne sur l'exercice des droits des enfants ratifiées par les trois États. Toutefois, l'examen des législations nationales permet de se rendre compte que certaines

---

<sup>4</sup> BERNARD-MAUGIRON Nathalie, « La Constitution égyptienne de 2014 : quelle réforme constitutionnelle pour l'Égypte ? », *Revue française de droit constitutionnel*, 2015/3 (N° 103), p. 525

dispositions vont à l'encontre des stipulations des dites conventions, sans pour autant que cela justifie une intervention du législateur ou une condamnation du juge.

À titre d'exemple, le Code de la famille marocain dispose dans son article 146 : « *La filiation, qu'elle résulte d'une relation légitime ou illégitime, est la même par rapport à la mère, en ce qui concerne les effets qu'elle produit.* » Cela signifie qu'un enfant naturel disposera d'une filiation biologique à l'égard de sa mère qui produira les mêmes effets juridiques dont dispose un enfant né d'une relation "légitime". Cependant, il en est autrement concernant la filiation paternelle. En effet, les articles 155 et 156 du Code de la famille précisent qu'il est possible d'établir la filiation paternelle par voie d'expertise scientifique (ADN) seulement après des rapports sexuels « douteux », c'est-à-dire durant la période des fiançailles ou lorsque le mariage, pour des raisons de force majeure, n'a pas pu être authentifié. En dehors de ces deux cas de figure, il est impossible à la mère ou à l'enfant né d'une relation hors mariage d'intenter une action en reconnaissance de paternité. Un père biologique ne souhaitant pas reconnaître sa paternité ne sera donc jamais obligé d'effectuer un test ADN. De plus, malgré la présence d'un test ou tout autre moyen de preuve, il ne sera pas non plus contraint de reconnaître son enfant. Cela emporte comme conséquence la privation de la mère du versement d'une pension alimentaire et l'impossibilité pour l'enfant d'avoir tout lien de filiation ou même d'hériter de sa famille paternelle. Il s'agit à l'évidence d'une atteinte à l'intérêt supérieur de l'enfant et d'une mesure de discrimination flagrante conduisant *de facto* à une irresponsabilité du père après la naissance d'un enfant dont il est pourtant le géniteur. Les dispositions du Code de la famille n'ont jusqu'à présent connu aucune révision depuis l'adoption de la Constitution de 2011. Dès lors, il est légitime de penser que c'est au juge de protéger les droits et libertés proclamés dans la Constitution et dans les conventions internationales et c'est justement ce qui s'est produit dans une série de jurisprudences relatives à la reconnaissance de paternité au moyen d'une preuve ADN.

En effet, un jugement du TPI de Tanger du 30 janvier 2017 a reconnu pour la première fois la filiation parentale d'une fille née d'une relation hors-mariage à son père biologique et a garanti le droit de la mère à être dédommée des suites de cette grossesse<sup>5</sup>. Dans cette affaire, la requérante avait saisi le TPI de Tanger pour demander la reconnaissance de la filiation de sa fille au défendeur et avait présenté au tribunal un test ADN prouvant la filiation biologique. Dans un jugement inédit à plusieurs titres, le juge de première instance a fait référence

---

<sup>5</sup> TPI de Tanger, jugement n° 320, dossier n° 1391/1620/2016 du 30 janvier 2017.

directement à la Convention de New York relative aux droits de l'enfant (ratifiée par le Maroc le 21 juin 1993), à la Convention européenne sur l'exercice des droits des enfants (ratifiée par le Maroc le 27 mars 2014) ainsi qu'à l'article 32 alinéa 3 de la Constitution qui posent le principe de l'intérêt supérieur de l'enfant. Au regard des éléments précités, le TPI de Tanger a décidé d'écarter les dispositions législatives portant sur le droit de la famille et notamment l'article 152 et a ainsi infirmé une jurisprudence vieille et constante depuis plus de soixante ans. Toutefois, il convient de préciser que le tribunal a reconnu la paternité du père biologique (*Al Bounouwa*) mais n'a cependant pas établi une filiation paternelle légale (*Al Nassab*). En outre, il a débouté la mère de sa demande consistant à recevoir une pension alimentaire car il a estimé que cette pension est uniquement due en cas de filiation légitime. Il s'est néanmoins fondé sur l'article 77 du Code des obligations et des contrats pour ordonner un dédommagement de la mère au titre de la responsabilité délictuelle<sup>6</sup>.

Le jugement du TPI de Tanger est novateur et audacieux à plus d'un titre. D'une part, il permet de reconnaître la paternité lorsque celle-ci est établie par un test ADN et prévoit un dédommagement de la mère qui devait jusqu'alors assumer seule la charge financière de l'enfant. D'autre part, la particularité de ce jugement est qu'il parvient à un tel résultat en ayant recours au droit conventionnel. Cette décision aurait pu être considérée comme une grande victoire en faveur de la protection des droits et libertés par le juge ordinaire si elle n'avait pas été infirmée en appel et en cassation. En effet, dans un arrêt de la cour d'appel de Tanger du 9 octobre 2017, le juge a annulé le jugement du TPI de Tanger en refusant l'établissement de la paternité et en supprimant le dédommagement de la mère qui a été condamnée à payer les frais de justice<sup>7</sup>. Dans son arrêt, la juridiction d'appel a rappelé la position du droit marocain vieille de soixante ans sur cette question sans prendre en considération la Constitution ni les conventions internationales ratifiées par le Royaume.

L'arrêt de la cour d'appel de Tanger a été confirmé par la Cour de cassation dans son arrêt du 29 septembre 2020<sup>8</sup>. À ce titre, la juridiction suprême a relativisé la portée de la reconnaissance constitutionnelle de la primauté du droit conventionnel en indiquant que le constituant a relié cette primauté à la nécessaire harmonisation des lois par le législateur. De

---

<sup>6</sup> L'article 77 du Code des obligations et des contrats dispose : « *Tout fait quelconque de l'homme qui, sans l'autorité de la loi, cause sciemment et volontairement à autrui un dommage matériel ou moral, oblige son auteur à réparer ledit dommage, lorsqu'il est établi que ce fait en est la cause directe.* »

<sup>7</sup> Arrêt de la cour d'appel de Tanger du 9 octobre 2017, n° 246/1620/2017

<sup>8</sup> Arrêt de la Cour de cassation - Chambre du statut personnel et successoral, n° 1/275, dossier n° 365/2/1/2018, du 29 septembre 2020

plus, la Cour de cassation a fait référence au premier alinéa de l'article 32 de la Constitution qui dispose : « *La famille, fondée sur le lien légal du mariage, est la cellule de base de la société.* » Elle ajoute également que le troisième alinéa du même article (proclamant l'égalité de protection juridique de tous les enfants abstraction faite de leur situation familiale) doit être interprété comme instaurant une égalité entre les enfants dans la jouissance des droits civiques et ne permet donc pas de conférer des droits aux enfants en dehors de ceux qui sont prévus par la loi.

La même problématique se pose en Tunisie qui malgré une législation favorable aux droits des femmes et des enfants par rapport au Maroc continue néanmoins de priver l'enfant naturel d'héritage vis-à-vis du père. En effet, l'article 152 du Code de statut personnel dispose : « *L'enfant adultérin n'héritera que de sa mère et des parents de celle-ci. La mère et ses parents auront, seuls, vocation héréditaire dans la succession dudit enfant* ». Cette disposition législative contraire à l'intérêt supérieur de l'enfant continue d'exister notamment en raison du poids de la religion musulmane qui fixe avec précision les règles en matière successorale. C'est donc pour ces mêmes raisons que le législateur égyptien refuse la reconnaissance de la filiation naturelle et prive l'enfant adultérin d'héritage malgré les dispositions constitutionnelles avancées en matière de protection des droits de l'enfant.

Bien évidemment, les quelques exemples que nous venons de citer sont loin d'être exhaustifs. Nous pouvons également évoquer la transgression des droits et libertés par l'exécutif notamment à travers l'interdiction de manifestations ou la censure de certains journalistes ou opposants. Toutefois, ce qui est frappant c'est l'incapacité du juge à lutter efficacement contre ces transgressions qu'elles émanent du législateur ou de l'exécutif. Bien plus, les magistrats contribuent parfois eux-mêmes à cette atteinte aux droits et libertés fondamentaux à travers une interprétation traditionaliste et culturaliste des dispositions législatives, constitutionnelles ou conventionnelles.

À titre d'exemple, l'article 41 du Code de la famille marocain indique que la polygamie est interdite « *lorsque le motif objectif exceptionnel n'est pas établi* » ou « *lorsque le demandeur ne dispose pas de ressources suffisantes pour subvenir aux besoins des deux familles.* » Le motif objectif exceptionnel est difficilement identifiable, ce qui laisse là aussi une forte marge de manœuvre aux juges et la question relative aux ressources financières laisse penser que la polygamie serait un droit réservé uniquement aux riches. L'étude de la jurisprudence nous révèle que les juges ont une interprétation extensive de la notion de « motif objectif

exceptionnel ». À titre d'exemple, dans un arrêt de la Cour de cassation du 23 juin 2015, le juge suprême a indiqué qu'une demande de polygamie pour motif de désir d'avoir un héritier mâle était acceptable<sup>9</sup>. Dans cette affaire, le mari, père de trois filles, a obtenu l'accord de sa première épouse pour se marier avec une deuxième femme. Le tribunal de première instance de Casablanca avait rejeté la demande du mari et la cour d'appel avait confirmé ce jugement. En revanche, la Cour de cassation a estimé que le désir d'une descendance mâle était de nature à justifier un deuxième mariage. Cette décision de la juridiction suprême est clairement critiquable d'un point de vue juridique, éthique, religieux mais également scientifique puisqu'il a été prouvé que c'est la nature du gamète du père qui détermine le sexe chromosomique de l'enfant.

S'agissant de l'Égypte, le législateur a certes cherché à encadrer la polygamie au même titre que son homologue marocain mais la pratique des mariages coutumiers, autorisés par l'institution religieuse Al-Azhar, conduit à une hausse de la polygamie qui, selon les chiffres de 2020, représentait 4% des mariages dans ce pays.

En conclusion, il semble clair que les trois textes constitutionnels adoptés dans le sillage du « printemps arabe » ont enregistré des avancées significatives en matière de proclamation et de protection des droits et libertés fondamentaux. En revanche, lorsqu'on s'intéresse à la pratique institutionnelle et notamment aux lois adoptées depuis 2011, on s'aperçoit aisément que cette première décennie n'est pas celle qui aura marqué un tournant dans la protection des droits et libertés fondamentaux. Dans le cas de la Tunisie, l'abrogation de la Constitution de 2014 et son remplacement par une nouvelle Constitution confortant d'avantage le président de la République dans ses pouvoirs laisse penser à un rétropédalage allant à l'encontre de l'esprit de la révolution du Jasmin. En Égypte, Amnesty international indique que la crise des droits humains s'aggrave, un an après le lancement de la stratégie nationale en matière de droits humains. Au Maroc, l'absence de réformes législatives et la paralysie de la justice constitutionnelle empêchent la pleine mise en œuvre de la Constitution de 2011. Cette situation, relativement inquiétante, prouve une fois de plus qu'un changement de Constitution ne suffit pas à changer de régime ou à instaurer une nouvelle pratique libérale et respectueuse des droits de l'Homme. Il faut une nouvelle culture politique, partagée par la classe dirigeante et le peuple afin de pouvoir rêver d'un lendemain meilleur. Heureusement, il n'est pas interdit de rêver ...

---

<sup>9</sup> Arrêt n°331 de la Cour de cassation du 23/6/2015 (dossier 2015/1/2/276)