

Constitution et Economie : Pour quels Principes constitutionnels économiques ?

La constitutionnalisation de l'économie –ou la question des fondements constitutionnels de l'économie- est une problématique peu habituelle en droit constitutionnel tunisien. Rien d'étonnant, lorsqu'on s'accroche à la dimension politique d'une Constitution, nettement dévalorisée. En effet, lorsque la centralité du statut du Pouvoir accapare l'esprit des faiseurs de Constitutions, on risque d'oublier que le consensus constitutionnel repose sur « un système de valeurs socialement et politiquement partagé ».

Or, l'économie et le système économique ne sont pas en dehors de cette orbite. Aussi, font-ils partie intégrante de ce consensus, et de manière plus impérative lorsqu'on est dans un cadre de rupture politique et de continuité/discontinuité constitutionnelle.

Le moment constituant, post- chute de régime politique, est historique pour la validité du contrat politique et le renouvellement du lien social. A la condition, bien évidente, de la visibilité populaire des acteurs potentiels porteurs de « l'emblème révolutionnaire », ainsi que des forces de résistance au changement.

En effet, au-delà de la question fondamentale du modèle de société souhaitable pour la Tunisie de l'après Ben Ali, la question économique constitue un rude chantier pour la prochaine Constituante. Le fonds constitutionnel économique de l'Ancien Régime sera-t-il reconduit, aménagé ou reformulé ? Dans quel sens, et avec quelle intensité ?

Aucune réponse n'est disponible avant l'élection de la Nouvelle Constituante et l'affermissement de la légitimité du nouveau pouvoir. Mais, à défaut d'un grand débat public national, préliminaire à cette élection de la Constituante, le programme de transition économique et sociale ne semble pas, fondamentalement, déroger aux grands choix de politique économique. Et, Il est probablement prévisible que les intérêts en jeu, des uns et des autres, pourraient pousser vers des compromis socio-politiques tenant compte des contraintes internes et externes de tous genres. Exception faite, bien évidemment, de la survenance des extrémismes indésirables et, espérons-le, sans emprise sur la culture de la modération, caractéristique du peuple tunisien.

Dans cette perspective, la réflexion sur la question constitutionnelle économique pourrait emprunter la voie d'un remodelage du patrimoine constitutionnel tunisien, dans le sens de la Liberté et de la Dignité clamées par le peuple. En dehors d'un hypothétique changement idéologique radical, il est attendu que soit reconduit le schéma de développement libéral, moyennant quelques ajustements de justice sociale.

En toutes circonstances, la Tunisie de l'après 14 janvier ne sera pas en dehors de la globalisation économique sur fond de libre échange, porté par les Accords de l'OMC et l'Accord de partenariat avec l'Union européenne. Ce dernier, du moins, institue entre les parties contractantes une zone de libre échange emportant « une libéralisation de l'essentiel des échanges commerciaux portant sur les produits originaires des territoires des membres ».

Pour mémoire, il suffit de rappeler aussi que la Charte des droits fondamentaux de l'Union Européenne, qui a la même valeur juridique que les traités, reconnaît dans son article 16 « la liberté d'entreprise ».

Si l'ambiance constitutionnelle libérale devrait prévaloir au sein de la Nouvelle Constituante, dans la lignée des deux premières constitutions tunisiennes (celles de 1861 et de 1959), il y a lieu de s'attendre à une continuité constitutionnelle du corpus économique, en concordance avec les exigences de l'économie moderne, mais probablement en discordance avec l'élan social de l'après 14 janvier. Dans une perspective de prospection de ces nouvelles normes constitutionnelles économiques, il conviendrait de tracer quelques pistes (§2), à la lumière du droit comparé (§1).

§1 Eclairage du droit comparé

Quoi qu'on dise des rapports entre Constitution et Economie- et d'une manière générale entre Droit et Economie- on observe toujours dans toute constitution, quel que soit son support idéologique, un corpus de normes à objet ou à finalité économique. Réserve faite des anciennes constitutions socialistes au contenu économique marqué, les constitutions libérales abordent, généralement, la question économique d'une manière moins tranchée et parfois implicite.

Ces dernières, originellement conçues comme statut du pouvoir politique, n'ignorent pas totalement l'économie et certaines de leurs dispositions peuvent renseigner sur le système économique mis en place ou, du moins, sur ses principes fondateurs.

De plus en plus, et parallèlement à leur emprise sur le jeu politique, les constitutions modernes tendent à encadrer les règles du jeu économique en traçant ses normes de base, sur fond de consensus social. Base du système juridique, la Constitution est aussi, d'une certaine manière, la base du système économique.

L'émergence du concept de constitution économique est, déjà, très significatif de ce mariage Constitution-Economie. Largement négligé dans la littérature juridique dominante, principalement francophone, ce concept est d'un usage plutôt avancé chez les germanophones, particulièrement dans la Constitution de la République fédérale d'Allemagne.

Sans verser dans la polémique de sa définition, il suffira de présenter quelques illustrations. Alexis Jacquemin et Guy Schrans admettent que « la constitution économique précise les conceptions fondamentales de l'Etat à l'égard de la

propriété privée, la liberté contractuelle, la liberté du commerce et de l'industrie, la nature et le degré de l'intervention des Pouvoirs publics dans l'économie, le degré d'initiative personnelle des participants au marché et la protection juridique de cette initiative ». De manière plus profonde, selon « la théorie de la constitution économique... toute constitution devrait respecter les interdépendances entre un système de libre concurrence, de libertés publiques et d'Etat de droit- plus encore, elle devrait s'investir à protéger cet équilibre précieux contre toute ingérence politique ».

Généralement, l'appel à ce concept est destiné à mettre en relief la nécessité du choix d'un ordre économique général constitutionnellement garanti. Il s'agit de jeter « la base juridique fondamentale du fonctionnement du système économique, ou, en d'autres termes, l'ordonnancement juridique structurant le système économique » (H. Rabault, p.709).

Sous réserves du modèle d'organisation et de développement économique (libéral, dirigiste ou mixte), la diversité des expériences en droit comparé n'échappe pas à cette logique générale. De manière variable, et sous réserve des particularités nationales, les constitutions modernes contiennent, d'une manière ou d'une autre, des dispositions économiques révélatrices du système économique choisi ou, du moins, de ses principes fondateurs. Peu importe la manière, explicite ou implicite.

Dans une première variété, tenant aux anciennes constitutions socialistes, on annonçait même la nature du système économique. Un véritable ordre constitutionnel économique est élaboré en conséquence, constituant le socle de base de l'activité économique au sein de la société. Il en a été ainsi de la Constitution yougoslave du 21 février 1974 qui traitait, dans ses articles 10 à 87, de « l'organisation socio-économique de la Fédération. Il en a été de même de la Constitution soviétique de 1977 qui consacrait le chapitre 2 de son titre 1 au « régime économique ».

Une telle expérience, qui semble avoir fait son temps, a cédé la place à la persistante idée libérale de la constitution impliquant le principe de la neutralité économique de l'Etat. Dans cette deuxième variété, il est entendu que « l'Etat ne doit pas affecter le fonctionnement naturel du marché » (H.Rabault, p.720). Mais, comme les économies libérales modernes ne rejettent pas frontalement la dimension sociale (référence à la solidarité sociale, planification ou, même nationalisation), il n'est pas exclu que la gestion constitutionnelle de la question économique, œuvre du pouvoir constituant –mais aussi du juge constitutionnel– prenne des formes multiples.

D'abord, elle peut passer par l'évocation de principes, économiquement neutres, mais fortement chargés d'idéologie libérale. Ceux relatifs à la dignité de l'être humain, l'égalité, la liberté ou les droits des citoyens, ont été juridiquement exploités pour asseoir la liberté économique.

Par exemple, interprétant les articles 6 et 7 de la défunte constitution tunisienne de 1959, J.Thomas a dégagé la liberté d'entreprendre des dispositions

constitutionnelles selon lesquelles « tous les citoyens ont les mêmes droits » et qu'ils « exercent la plénitude de leurs droits ». La généralité de ces dispositions a été entendue dans un sens très libéral, emportant une reconnaissance globale des différents droits des citoyens tant qu'il n'y avait pas d'interdiction explicite. Et la liberté économique ne semblait pas avoir fait l'objet d'une quelconque interdiction explicite, ou même implicite.

Ensuite, ces principes constitutionnels peuvent avoir un contenu économique clairement marqué par le sceau libéral. Cette variété semble aujourd'hui dominante, en raison du triomphe planétaire de l'économie de marché. Diverses constitutions nous offrent des illustrations significatives de cette formulation expresse des principes économiques libéraux, cohabitant avec des principes à finalité sociale.

Au-delà du droit de propriété, et à un moindre degré du principe de la liberté contractuelle, le principe de la liberté d'entreprendre, différemment formulé, se taille une place de choix dans les textes constitutionnels actuels.

Dans une première formulation, constitutionnellement assez consistante, l'article 61 de la Constitution portugaise dispose que « l'initiative économique s'exerce librement dans le cadre de la Constitution et de la loi tenant compte de l'intérêt général ». Une formulation plus concise est retenue par l'article 41 de la Constitution italienne qui dispose que « l'initiative économique privée est libre ». Dans une formule proche, l'article 15 de la Constitution marocaine dispose que « le droit de propriété et la liberté de l'initiative privée sont garantis ».

Sous d'autres formulations, l'article 27 la Constitution suisse retient que « la liberté économique est garantie. Elle comprend notamment le libre choix de la profession, le libre accès à une activité lucrative privée et son libre exercice ». Dans la Constitution du Sénégal, il est question de « la liberté d'entreprendre » (article 8), alors que la Constitution de la République de la Côte d'Ivoire retient, dans son article 16, que « le droit de tout citoyen à la libre entreprise est garanti dans les limites prévues par la loi ».

Enfin, dans un autre cadre, alors que l'article 3 du Traité sur l'Union européenne dispose que l'Union « œuvre pour le développement durable de l'Europe fondée sur...une économie sociale de marché hautement compétitive », l'article 16 de la Charte européenne des droits fondamentaux de l'Union européenne retient que « la liberté d'entreprise est reconnue conformément au droit de l'Union et aux législations nationales ».

Cette présentation, certes peu exhaustive, est illustrative de la tendance à la constitutionnalisation des principes de base du système économique. La formalisation au plus haut degré de la hiérarchie des normes du « consensus économique », bien évidemment variable selon les majorités gouvernantes, est stabilisante pour tous les acteurs de la compétition économique. Sauf crise politique majeure, la pérennité du cadre constitutionnel économique sécurise le

fonctionnement du marché, tout en garantissant la prévisibilité de la réglementation économique infra-constitutionnelle.

A la lumière de ce qui vient d'être dit, comment présenter la question constitutionnelle économique dans le cadre de la prochaine Constituante ?

§2 Quelles normes constitutionnelles économiques ?

Outre l'aspect politique, objet naturel de toute constitution, la dimension économique n'est plus marginale dans la confection de l'ordre constitutionnel souhaité par le peuple souverain. La rupture politique du 14 janvier relance le débat constitutionnel économique en Tunisie, et il incombe à la prochaine Constituante d'opérer les choix fondamentaux en la matière, en conformité avec l'expression populaire.

L'aléa de l'exploration des pistes possibles du futur système économique doit être signalé, mais il n'est pas exclusif d'une probable continuité constitutionnelle. Car, il faut bien le savoir, le changement de régime politique ne rime pas, nécessairement, avec discontinuité constitutionnelle matérielle. Sur ce plan, du moins, un vaste fonds commun entre « la 1^{ère} et la 2^{ème} République » pourrait continuer d'exister, moyennant les aménagements qu'exige la nouvelle configuration politique.

A puiser dans le répertoire constitutionnel de la Tunisie, et même au-delà, il est plausible de voir se dessiner un consensus économique constitutionnel libéral, teinté d'une coloration sociale probablement plus aigue qu'auparavant.

En faveur de cette piste libérale, on pourrait faire valoir l'histoire commerciale et économique de la Tunisie depuis l'époque ancienne. Mais, au niveau du « patrimoine constitutionnel tunisien », il ya des dates marquantes du choix économique libéral de notre pays, dont il serait regrettable de s'en décharger totalement.

Deux grands repères historiques sont dignes d'intérêt, nonobstant les anomalies d'application de ce choix économique libéral **(A)**. A leur lumière, nous tenterons d'explorer la ligne de continuité constitutionnelle, même dans une situation de rupture politique **(B)**.

A- Le premier repère renvoie à l'histoire de la consécration constitutionnelle **explicite** du principe de la liberté du commerce et de l'industrie. Principe historique de base du système économique capitaliste et de l'économie de marché, il est encore vivace dans certains systèmes constitutionnels : par exemple l'article 37 de la Constitution algérienne et la jurisprudence administrative et constitutionnelle en France.

Ce principe remonte, en Tunisie, à l'époque du Pacte Fondamental de 1857 et à la Constitution de 1861. Un moment constituant, certes primaire, mais qui n'est pas sans impact sur la culture constitutionnaliste dont se réclament, aujourd'hui même, toutes les composantes politiques de la phase transitoire. Il a été retenu à

l'article IX du Pacte « la liberté du commerce pour tous et sans aucun privilège pour personne » et que « le Gouvernement s'interdit toute espèce de négoce et n'empêchera personne de s'y livrer ». Quant à la Constitution, elle confirmait le droit d'exercer « toutes les industries », dans son article 97, et la liberté du « commerce d'exportation et d'importation », dans son article 98.

Au-delà de ce qui pourrait paraître de l'anachronisme, ce rappel historique est une manière de revisiter le patrimoine constitutionnel tunisien afin de dégager le fonds commun économique du peuple tunisien, à travers ses différentes générations. On signalera, à titre comparatif, que le droit français maintient jusqu'à nos jours le principe de la liberté du commerce et de l'industrie, tel que formulé par la très ancienne loi des 2 et 17 mars 1791, dite décret d'Allarde, intervenant environ deux ans après la Déclaration de 1789.

Par ailleurs, à son époque, ce principe était doté, en Tunisie, d'une valeur supra-constitutionnelle, qu'il allait perdre avec la Constitution de 1959. Cette supra-constitutionnalité de la liberté du commerce et de l'industrie est, essentiellement, tirée du fait que la Constitution trouvait son fondement et sa source d'interprétation dans le Pacte. Alors que ce dernier était assimilé à une véritable Déclaration de droits, la Constitution était considérée comme un texte d'application du Pacte.

Ce constitutionnalisme porté par ces textes pionniers, était aussi présent, bien que de manière différente, lors du mouvement constitutionnel fondateur. Il s'agit du deuxième repère qui nous renvoie au fonds économique libéral de la défunte Constitution.

Mais, contrairement à son statut historique de supra-constitutionnalité, la liberté du commerce et de l'industrie a été dévalorisée par le droit positif tunisien, au point qu'elle ne fut plus explicitement consacrée par la Constitution de 1959. Certes, l'absence de cette consécration constitutionnelle explicite n'est nullement synonyme de son inexistence juridique.

Faisant valoir différentes dispositions constitutionnelles, une orientation doctrinale dominante a dégagé son statut constitutionnel implicite. Celui-ci résultait, d'abord, du rapport qu'elle entretient avec d'autres formes de libertés, explicitement consacrées par la constitution. On a fait valoir, en sa faveur, la généralité, et même l'ambiguïté, de certaines dispositions constitutionnelles, telles que celles des articles 6 et 7, énonçant respectivement que « tous les citoyens ont les mêmes droits » et qu'ils « exercent la plénitude de leurs droits ». Et, la doctrine n'a pas hésité à ranger la liberté d'entreprendre dans cette large catégorie. Dans la même logique, on s'est appuyé sur l'idée que cette liberté constituait une assise nécessaire à d'autres libertés constitutionnellement garanties. La liberté du commerce et de l'industrie représente, selon une formule doctrinale, « un des éléments fondamentaux du système de la liberté de l'information ».

Son caractère implicite résulte, ensuite, du fait qu'un grand domaine de l'action économique de l'Etat a été réservé, par cette même Constitution, au législateur,

censé être dans un régime libéral, le protecteur des droits et libertés des citoyens. Il s'agissait de l'interprétation qui a été faite de l'article 34 de la Constitution, considéré comme l'une des bases constitutionnelles de l'interventionnisme économique de l'Etat.

En effet, en réservant au législateur la création « d'offices, d'établissements publics, de sociétés ou d'entreprises nationales » ou, depuis la révision constitutionnelle de 1997, « la création de catégories d'établissements et d'entreprises publiques », cet article véhiculait, en même temps, une logique économique libérale protectrice de la liberté du commerce et de l'industrie. Il a pu être démontré, en substance, que toute création d'entreprises publiques, regardée dans un régime libéral comme une atteinte à la liberté du commerce et de l'industrie, devrait être l'œuvre du législateur, représentant du peuple et garant des droits et libertés des citoyens.

Au final, on rappellera, que ce statut constitutionnel implicite de la liberté du commerce et de l'industrie, n'a pas empêché le juge administratif tunisien d'assurer sa protection juridictionnelle, en retenant que, « en matière d'exercice du commerce et de l'industrie, la liberté est la règle, et la limitation l'exception ».

Ce choix, historiquement et juridiquement constant, sera-t-il valorisé par la prochaine Constituante, sur fond de changement de régime politique mais de continuité de l'Etat ?

B- Faire un bon usage de la liberté conquise, c'est mettre la Tunisie sur la voie de la concorde et de la paix sociale. Mais c'est aussi, puiser dans son patrimoine constitutionnel, ce qui a pu, et pourrait constituer le socle commun de l'activité économique, et d'une manière générale, des valeurs philosophiques, politiques et sociales partagées en commun.

En toute logique, la prochaine Constituante tout en bénéficiant de la souveraineté constituante, n'en sera pas moins soumise à certaines limites matérielles dans l'exercice de sa fonction constituante, même originaire. Car, il est bien admis que la Constitution « traduit en droit un compromis entre les forces sociales et politiques ayant choisi de protéger et de prolonger leur existence dans un respect mutuel » (M.F.Rigaux, La théorie des limites matérielles à l'exercice de la fonction constituante, p.27). Il s'agit de trouver un « consensus idéologique, socialement et politiquement partagé », faisant rarement table rase de ce qui a été vécu en commun.

Si on emprunte une logique de « dédramatisation (sans banalisation) du pouvoir constituant » (C. Klein, Théorie et pratique du pouvoir constituant, p.188), l'option constitutionnelle libérale est fortement plausible. Exception faite de certains courants politiques minoritaires, le discours politique dominant de la transition n'est pas anti-libéral, et ne peut pas l'être. Le 14 janvier était bel et bien un discours de dignité, mais aussi de Liberté et de démocratie. Et on voit mal comment l'invocation du libéralisme politique pourrait totalement sacrifier

le libéralisme économique, et l'économie de marché. Certainement, des aménagements seront apportés, mais les principes fondateurs méritent d'être explicitement énoncés.

Disons d'emblée, qu'il ne s'agit nullement de liberté absolue, « liberté du vide et dans le vide », disait Hegel. Ce que confirme C. Champaud en avançant que « la liberté n'est jamais absolue. Elle ne saurait l'être sans être liberticide parce que, sans frein, elle conduirait à l'oppression ».

Ce constat, valable pour toutes formes de libertés, l'est encore davantage pour la liberté économique, en mal de définition mais aussi de détermination de son statut juridique. En effet, malgré sa richesse, le patrimoine constitutionnel tunisien reste en deçà de la notion de Constitution économique, c'est-à-dire cet ordonnancement constitutionnel structurant le système économique, ou bien, ce noyau dur incompressible des principes fondateurs du dit système.

A l'approche du moment constitutionnel historique qui s'offre à la Tunisie, la formulation constitutionnelle de ces principes est hautement souhaitable, afin de jeter les bases solides de la compétition économique. Il y va de la sécurité juridique de tous les acteurs économiques, nationaux et internationaux, mais aussi de la prévisibilité normative infra-constitutionnelle.

Pour les asseoir, l'orientation serait en faveur d'une double catégorie de principes ou de droits. La première s'attache aux droits et libertés classiques du libéralisme, d'une manière générale **(1)**, alors que la seconde peut se limiter à deux principes spécifiques, à savoir le droit de propriété et le droit d'entreprendre **(2)**.

1-La première catégorie regroupe, principalement, des principes classiques tels que ceux de liberté, d'égalité ou de dignité humaine.

En France, par exemple, la liberté d'entreprendre a été déduite de l'article 4 de la Déclaration de 1789, aux termes duquel la liberté, qui « consiste à pouvoir faire tout ce qui ne nuit pas à autrui, ne saurait elle-même être préservée si des restrictions arbitraires ou abusives étaient apportées à la liberté d'entreprendre » (Décision n°81-132 DC du 16 janvier 1982). Il en a été de même de la liberté contractuelle, déduite par le conseil constitutionnel du même article 4 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen (Décision du 19 décembre 2000).

En France, toujours, le principe d'égalité « est affirmé dans toutes les matières et bien entendu dans le domaine économique » (M.M. Oueld Mohamed Salah, Constitution et droit économique, p.180).

L'expérience allemande est très significative quant à l'usage de ces principes aux fins de consolidation de l'économie sociale de marché. Certains auteurs ont insisté, par exemple, sur la portée économique de la notion de dignité humaine inscrite à l'article 1^{er} de la constitution de 1949. « En particulier, l'idée de libre développement de la personnalité, à l'article 2, revêt un sens économique profond. Le droit au libre développement de la personnalité, c'est aussi le droit à l'initiative privée » (H. Rabault, p.726).

Au-delà de ces principes classiques, toujours utiles, le choix porté sur la constitutionnalisation de l'ordre économique peut s'articuler autour de deux principes fondateurs, en usage dans les constitutions modernes. Il s'agit de la liberté d'entreprendre et du droit de propriété.

2- On ne s'attardera pas, outre mesure, sur ce droit fondamental, inviolable et sacré. Son appartenance au patrimoine constitutionnel tunisien l'inscrit dans une logique consensuelle enracinée, et difficilement contestable. Historique, ce droit a été majestueusement retenu par l'article 14 de la Constitution de 1959. Il est dit que « le droit de propriété est garanti. Il est exercé dans les limites prévues par la loi ».

Dans certaines expériences constitutionnelles, il est appréhendé comme étant « le but de toute la vie sociale » (Déclaration de 1789).

Socle solide de l'idéologie libérale, le droit de propriété est inséparable de la liberté d'entreprendre. Il s'agit d'un principe inhérent à l'économie de marché, qui conditionne l'exercice de la libre compétition.

De manière particulière, l'enracinement populaire de la propriété privée, en Tunisie, plaide en faveur du maintien de son statut constitutionnel, déjà fort valorisant. La formulation de l'article 14 précité reste adéquate pour la continuité de l'esprit constitutionnel libéral. Elle est de nature à consolider le consensus social sur un droit fondamental, de plus en plus confirmé par les différents systèmes constitutionnels. Il pourrait, à défaut d'autres principes économiques libéraux, constituer une solide garantie à la reconnaissance juridique de la liberté d'entreprendre.

Celle-ci peut être décrite à partir de l'idée de C. Champaud selon laquelle, la liberté « n'est pas une modalité d'existence de l'entreprise, elle est de son essence ». L'explication tient au fait que la liberté d'entreprendre est rattachée à la liberté, d'une manière générale. C'est, par exemple, la position du Conseil constitutionnel français, précédemment signalée, qui la rattache à l'article 4 de la Déclaration de l'Homme de 1789.

Il doit être admis que la liberté d'entreprendre, qui « n'est ni générale ni absolue, ne peut s'exercer que dans le cadre d'une réglementation instituée par la loi ».

Sa dénomination est variable. Des expressions, parfois non interchangeables, sont utilisées soit par la doctrine, soit par le juge constitutionnel ou administratif. En nous limitant au droit constitutionnel comparé, on trouve des formulations diversifiées mais rapprochées. Il est question, par exemple, de liberté de choix de la profession (RFA, Belgique et Portugal), liberté économique (Suisse), liberté de l'activité économique (Yémen), initiative privée (Liban) ou initiative économique privée (Italie), liberté du commerce et de l'industrie (Algérie), libre entreprise (Côte d'Ivoire) ou liberté d'entreprise (Finlande) et liberté d'entreprendre (Maroc, Sénégal).

Leur interprétation revient, essentiellement, au juge constitutionnel en fonction des différents principes régissant la matière économique et des exigences de l'ordre public, en général.

En Tunisie, on pourrait continuer l'histoire juridique du principe de la liberté du commerce et de l'industrie par le relais de la liberté d'entreprendre. Deux formulations, certes non identiques, mais qui marquent l'évolution du modèle économique libéral.

En effet, on a avancé, en doctrine, que « les expressions de liberté d'entreprise et de liberté de commerce ne sont pas synonymes. La libre entreprise peut tantôt être considérée comme une simple composante de la liberté du commerce, tantôt comme une catégorie plus large, incluant cette dernière et la dépassant » (M.M. Oued Mohamed Salah, op. cit. p. 157).

On a longuement polémique sur leur identité. Mais leur persistance juridique, bien que troublante au niveau conceptuel, semble résulter singulièrement de leur histoire française. Synthétiquement, celle-ci se ramène à l'intense activité jurisprudentielle des juridictions administratives françaises pour le principe de la liberté du commerce et de l'industrie, d'une part, et la timidité du rôle du Conseil constitutionnel en faveur de la liberté d'entreprendre, d'autre part. Autrement dit, à l'archaïsme, non encore totalement rejeté du premier, répond une attractivité du second, considéré plus adapté à la nouvelle donne de la régulation de la concurrence.

En Tunisie, la ressemblance historique est à grand trait, sauf que les parcours sont différents. Si le principe de la liberté du commerce et de l'industrie a été cautionné par le juge administratif, sur fond d'incertitude constitutionnelle, le chemin de la liberté d'entreprendre pourrait, probablement, être tracé par la prochaine Constituante, sous l'œil vigilant de la justice constitutionnelle.

Sa constitutionnalisation lèvera, définitivement, l'équivoque sur la réalité économique libérale ancestrale de la Tunisie, à la condition bien évidente de son adaptation à l'évolution du contexte national et international. Elle aura, pour effet, d'enrichir notre patrimoine constitutionnel économique, tout en l'inscrivant dans cette action moderne d'appropriation de l'économie par la Constitution.

De plus, cette constitutionnalisation aura le mérite de tracer clairement la trajectoire de la production normative infra-constitutionnelle, avec le moins d'incertitude possible. Tout en favorisant le développement du principe de la sécurité juridique et la prévisibilité de la norme juridique économique, elle facilite l'identification de son contenu.

De manière très synthétique, et sans vouloir anticiper sur ce qui pourrait advenir sur ce point, la liberté d'entreprendre « pourrait comporter deux volets : d'abord, elle garantirait à l'entreprise que l'administration ne pourrait pas porter atteinte à la liberté d'opérer sur le marché sans y avoir été autorisée par la loi. Ensuite, elle donnerait aux citoyens la certitude rassurante qu'aucun législateur ne pourrait faire disparaître l'entreprise privée d'un secteur entier de l'économie nationale. Elle consacrerait ainsi le droit pour le consommateur d'être l'arbitre ultime de la satisfaction de ses besoins et en cela elle deviendrait un des piliers du droit du marché » (C. Lucas de Leyssac-G. Parleani, Droit du marché, p. 491-492).

Bien évidemment, la construction juridique de la liberté d'entreprendre n'est pas seulement affaire de Constitution. Le juge constitutionnel est un partenaire incontournable. Pour certaines expériences étrangères, comme en Allemagne et en France, il était même pionnier. La valeur constitutionnelle de la liberté d'entreprendre et de la liberté contractuelle est bien l'œuvre du conseil constitutionnel français, alors qu'on attribue à la Cour constitutionnelle allemande une jurisprudence abondante en rapport avec les activités des entreprises (droit de propriété, liberté professionnelle).

Aussi, plaider la création, en Tunisie, d'une cour constitutionnelle, ou d'un système mixte de justice constitutionnelle sur le modèle égyptien, allemand ou français, peut permettre à l'Entreprise de s'assurer de la conformité des lois économiques aux normes constitutionnelles en la matière. On songe, particulièrement, à une technique comparable à la question prioritaire de constitutionnalité, récemment introduite en France mais plus ancienne en Egypte.

Enfin, la constitutionnalisation de la liberté d'entreprendre serait le moment fort du courage politique des différents intervenants dans l'opération constituante. En effet, en cas de consensus sur le principe du modèle économique libéral, il est attendu que le pouvoir constituant tranche la question constitutionnelle économique en faveur des principes fondateurs précédemment présentés. Le moment est historique, pour que soit raté l'accord citoyen sur un élément constant de son patrimoine économique.

Conclusion :

La détermination de la substance économique de la future Constitution tunisienne ne peut plus être que nationale. Elle supporte, nécessairement, le poids de nos engagements internationaux (Union européenne et OMC), dans un cadre de globalisation de plus en plus pesant et contraignant. Les principes économiques d'ordre constitutionnel n'en seront qu'affectés.

En Tunisie, et ailleurs, « l'identité économique de l'Etat », ne semble plus pouvoir s'identifier aux seules normes constitutionnelles nationales. Son accommodement à l'air du temps, ne peut que les valoriser aux yeux de leurs destinataires.

Recommandations

On peut tirer de cette analyse, plusieurs préconisations.

1- Il a été constaté que l'encadrement constitutionnel de la question économique ne constitue pas, habituellement, une préoccupation fondamentale des faiseurs de Constitutions. Focalisées sur le phénomène politique, par excellence, ces dernières se limitent aux règles minimales du phénomène économique.

Mais, dans un cadre de transition politique historique, comme le notre, il est recommandé d'accorder une attention particulière au modèle économique à mettre en place. Le débat, au sein de la Constituante, se doit de clarifier les grands choix économiques de l'après 14 janvier, sur la base d'un consensus qui ne transgresse pas le patrimoine constitutionnel économique de la Tunisie. Ceci est fondamental si on veut maîtriser, un tant soit peu, l'incertitude rattachée à tout processus de transition démocratique.

2- Il a été relevé que l'histoire constitutionnelle des principes économiques libéraux n'a pas été d'une netteté sécurisante. Exception faite des dispositions explicites du Pacte fondamental de 1857 et de la Constitution de 1861, le principe de la liberté du commerce et de l'industrie a été, juridiquement, dévalorisé avec la Constitution de 1959.

Le moment constitutionnel à venir est une occasion propice pour la revalorisation du principe de la liberté d'entreprendre. Elevée au rang d'une norme constitutionnelle, cette liberté aura un caractère normatif qui l'éloigne de la catégorie des dispositions vagues, abstraites ou idéalistes. Son mérite est de « protéger l'individu en tant qu'homo economicus contre les atteintes causées par l'interventionnisme de l'Etat dans la sphère économique » (M.M. Oueld Mohamed Salah, op. cit. p.150).

3- De manière concomitante, la reconduction constitutionnelle de certains droits et libertés en rapport avec l'économie de type libéral, (principe de liberté, principe d'égalité, droit de propriété), est de nature à renforcer la réalité normative de la liberté d'entreprendre, que ce soit sous forme de fondement (principes de liberté et d'égalité) ou de corollaire (droit de propriété).

La richesse du droit comparé, en la matière, est très significative de l'apport de ces droits et principes à la consolidation du principe de la liberté d'entreprendre, mais aussi à ses limites.

4- Sur un autre plan, on a regretté l'insignifiante contribution de la justice constitutionnelle en matière économique. Le système retenu en Tunisie, sous forme de contrôle de constitutionnalité des lois par voie d'action, n'a pas beaucoup contribué à l'élaboration du droit constitutionnel économique.

Il est souhaitable de songer à un système mixte de justice constitutionnelle, autorisant l'exception d'inconstitutionnalité ou, selon la formule française, la question prioritaire d'inconstitutionnalité. Son mérite est de permettre au requérant dans un procès, de quelque nature que ce soit, de soulever la question d'inconstitutionnalité d'une loi qui lui serait applicable. Les entreprises, en tant

que justiciables, peuvent en tirer profit de ce procédé contentieux, en contribuant à l'élaboration du « droit constitutionnel de l'entreprise ».

Tableau comparatif

Pays	Dispositions constitutionnelles	Constitutions
Algérie	Article 37 : La liberté du commerce et de l'industrie est garantie. Elle s'exerce dans le cadre de la loi.	Constitution du 28 novembre 1996
Arabie saoudite	Article 17 : La propriété, le capital et le travail sont des fondements essentiels de l'entité socio-économique du Royaume. Ils constituent des droits privés remplissant une fonction sociale conformément à la Charia-islamique.	Statut du pouvoir du 14-8-1412
Bahreïn	Article 9 : La propriété, le capital et le travail constituent, conformément aux principes de la justice islamique, les principaux fondements de la structure sociale de l'Etat et de la richesse nationale. Ils représentent tous des droits individuels à fonction sociale organisés par la loi. Article 10 :...L'économie nationale repose sur la justice sociale et la juste coopération entre l'activité publique et l'activité privée... Article 13 :...Tout citoyen a le droit de travailler et de choisir son métier, conformément à l'ordre public et aux bonnes mœurs...	Constitution du 14 février 2002
Maroc	Article 15 : Le droit de propriété et la liberté d'entreprendre demeurent garantis. La loi peut en limiter l'étendue et l'exercice si les exigences du développement économique et social de la Nation en dictent la nécessité.	Constitution du 13 septembre 1996
Liban	Préambule :...f) Le régime économique est libéral et garantit l'initiative individuelle et la propriété privée.	Constitution du 29 janvier 1990
Yémen	Article 7 : L'économie nationale repose sur la liberté de l'activité économique, en vue de réaliser les intérêts de l'individu et de la société et de consolider l'indépendance nationale, et par l'adoption des principes suivants : a-La justice sociale islamique.... b-La concurrence légitime.. c-La protection et le respect de la propriété privée...	Constitution mai 1991
Sénégal	Article 8 : La république du Sénégal garantit à tous les citoyens les libertés individuelles fondamentales, les droits économiques et sociaux ainsi que les droits collectifs. Ces libertés et droits sont notamment :...la liberté d'entreprendre...	Constitution adoptée par référendum du 7 janvier 2001
Italie	Article 41 : L'initiative économique privée est libre. Elle ne peut s'exercer en opposition avec l'utilité sociale ou de manière à porter atteinte à la sécurité, à la liberté, à la dignité humaine. La loi détermine les programmes et les contrôles nécessaires afin que l'activité économique publique et privée puisse être orientée et coordonnée à des fins sociales.	Constitution du 22 décembre 1949
Portugal	Article 47 : Tout homme a le droit de choisir librement aussi bien sa profession que la nature de son travail, sous réserve des limites légales imposées dans l'intérêt collectif ou tenant à ses propres capacités.	Constitution du 2 avril 1976

Belgique	Article 23 : Chacun a le droit de mener une vie conforme à la dignité humaine. A cette fin, la loi, le décret ou la règle visée à l'article 134 garantissent en tenant compte des obligations correspondantes, les droits économiques, sociaux et culturels, et déterminent les conditions de son exercice. Ces droits comprennent notamment : 1° le droit au travail et au libre choix d'une activité professionnelle dans le cadre d'une politique générale de l'emploi....	Constitution du 17 février 1994
Côte d'Ivoire	Article 15 : Le droit de tout citoyen à la libre entreprise est garanti dans les limites prévues par la loi.	Constitution du 23 juillet 2000
République fédérale d'Allemagne	Tous les allemands ont le droit de choisir librement leur profession, leur emploi et leur établissement de formation. L'exercice de la profession peut être réglementé par la loi ou en vertu d'une loi.	Constitution du 23 mai 1949
Finlande	Article 18 : Droit du travail et liberté d'entreprise Chacun a le droit, conformément à la loi, de gagner sa vie par le travail, la profession ou l'activité professionnelle de son choix. L'Etat veille à la protection des travailleurs...	Constitution du 11 juin 1999
Suisse	Article 27 : 1-La liberté économique est garantie. 2-Elle comprend notamment le libre choix de la profession, le libre accès à une activité économique lucrative privée et son libre exercice.	Constitution du 29 mai 1874, remplacée par celle, dit consolidée du 18 avril 1999

Bibliographie indicative

- Bourgeois (I.), La constitutionnalisation de l'ordre économique. Regards sur l'économie allemande, n°52-53/2000, p.47.
- Briand-Mélédo (D.), Droit de la concurrence, droit constitutionnel substantiel de l'Union européenne. RTDcom. 2004, p.205.
- Cay (P.), Pouvoir et monnaie. Du marché à la souveraineté. Arch. Phil. droit, 42-1997. p.175.
- Constantinesco (L.-J.), La Constitution économique de la République fédérale d'Allemagne. Revue économique. Vol.11, n°2, 1960, p.266.
- Coppens (Ph.), Etat, marché et institutions. RIDE, n°3, 2007, p. 293.
- Frison-Roche (M.-A.), Le modèle du marché. Arch. phil. droit, 40, 1995, p.287.
- Gaïa (P.), La Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne. RFDC, n°58, 2004, p.227.
- Henkin (M.-L.), Les droits économiques dans la Constitution américaine. RIDC. Vol.45, n°2,1993, p.421.
- Joerges (Ch.), La Constitution économique européenne en processus et en procès. RIDE, n°3, 2006, p.245.
- Lamarche (Th.), La notion d'entreprise. RTDcom. 2006, p.709.
- Lombardo (M.), Les limites constitutionnelles à la privatisation des entreprises dont l'activité a le caractère d'un monopole. Mouvement du droit public. Du droit administratif au droit constitutionnel. Du droit français aux autres droits. Mélanges en l'honneur de F. Moderne. Dalloz, 2004, p. 673.
- Monpion (A.), Le contrôle de l'interventionnisme économique public : l'affaiblissement du principe de la liberté du commerce et de l'industrie ? AJDA, 2008, p.232.
- Mohamed Salah (M.-M.), Constitution et droit économique. AIDC. Constitution et droit interne. P.131.
- Mohamed Salah (M.-M.), L'économie de marché et les droits de l'homme. RIDE, n°2, 1996, p. 159.
- Rabault (H.), la constitution économique de la France. RFDC, n°44, 2000, p. 707.
- Schwintowski (H.-P.), Interdépendance fonctionnelle entre l'économie et le droit : conceptions et limites. RRJ. Droit prospectif, 1993-3. p.
- Sueur (J.-J.), Droit économique et méthodologie du droit. Mélanges G. Farjat. Philosophie du droit et droit économique. Ed. Frison-Roche, 1999, p.291.
- L'Entreprise et le droit constitutionnel. Colloque organisé le 6 mai 2010. CREDA- Conseil constitutionnel. <http://www.creda.ccip.fr>.
- La Constitution économique de l'Etat. L'ordre constitutionnel économique (1958-2008). Colloque, Paris 3 octobre 2008. Petites Affiches, numéro spécial, n°16, 22 janvier 2009.