

## ***L'OUVRAGE***

L'ouvrage définit tout d'abord le droit et en recherche l'histoire, les fondements, les structures et les sources. Il présente l'organisation de la justice et analyse les règles d'interprétation. Ensuite, faisant l'étude des droits subjectifs, l'ouvrage définit ces droits, les biens sur lesquels ils portent, et développe la théorie du patrimoine en tant que contenant de ces droits, obligations et biens. Enfin, l'ouvrage développe la théorie de la preuve des droits subjectifs.

Ainsi, le lecteur dispose d'une première idée du droit, en tant que norme au sein de l'ensemble des normes qui régissent la vie sociale.

## ***L'AUTEUR***

**Slaheddine MELLOULI**, Docteur d'Etat en Droit (1982), agrégé de droit privé et sciences criminelles (1984), est professeur de l'enseignement supérieur à l'université de Droit, d'Economie et de Gestion de Tunis depuis 1989, il est l'auteur de plusieurs publications, notamment en Droit civil, en Droit maritime et en voies d'exécution.

# **DROIT CIVIL**

## ***Introduction à l'étude du droit***

**Slaheddine MELLOULI**

*Professeur de droit privé à l'I.H.E.C.  
Université de Tunis 3*

*Publications*

*de l'Imprimerie Officielle de la République Tunisienne*

**Tunis — 2000**

# **DROIT CIVIL**

## ***Introduction à l'étude du droit***

**Slaheddine MELLOULI**

*Professeur de droit privé à l'I.H.E.C.  
Université de Tunis-3*

*Publications*

*de l'Imprimerie Officielle de la République Tunisienne*

**2000**

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ

﴿ إِنَّ اللَّهَ يَأْمُرُ بِالْعَدْلِ

وَالْإِحْسَانِ وَإِيتَايَ ذِي الْقُرْبَىٰ وَيَنْهَىٰ عَنِ الْفَحْشَاءِ  
وَالْمُنْكَرِ وَالْبَغْيِ يَعِظُكُمْ لَعَلَّكُمْ تَذَكَّرُونَ ﴾ \*

سورة النحل. آية 90

## PRINCIPALES ABREVIATIONS

\*\*\*\*

|              |                                              |
|--------------|----------------------------------------------|
| C. O. C.     | Code des obligations et des contrats         |
| C. P.        | Code pénal                                   |
| C. S. P.     | Code du statut personnel                     |
| C. P. C. C.  | Code de procédure civile et commerciale      |
| C. P. P.     | Code de procédure pénale                     |
| C. D. R.     | Code des droits réels                        |
| C. Com.      | Code de commerce                             |
| C. C. M.     | Code de commerce maritime                    |
| R. T. D.     | Revue tunisienne de droit                    |
| R. J. L.     | Revue de jurisprudence et de législation     |
| B.           | Bulletin des arrêts de la Cour de cassation  |
| D.           | Dalloz                                       |
| G. P.        | Gazette du palais                            |
| S.           | Sirey                                        |
| J. C. P.     | Semaine juridique                            |
| R. T. D. C.  | Revue trimestrielle de droit civil           |
| R. T. D. Com | Revue trimestrielle de droit commercial      |
| J. O. R. T.  | Journal Officiel de la république tunisienne |

1. Le mot «droit» recouvre deux sens qui sont à la fois différents et complémentaires.

2. Dans un premier sens, le droit désigne l'ensemble des règles de conduite applicables aux hommes vivant en société, et qui sont assorties du caractère obligatoire. Il s'agit alors du «droit objectif», ainsi appelé parce qu'il est envisagé par rapport à son objet qui est l'organisation de la vie sociale.

3. Dans un second sens, le droit désigne aussi les prérogatives reconnues à une personne, et exercées sous la protection de l'Etat. Il s'agit alors des «droits subjectifs», ainsi appelés parce qu'ils sont envisagés par rapport aux sujets de droit qui vont les exercer.

4. Ainsi, par exemple, l'article 99 du Code des obligations et des contrats édicte une règle générale d'interdiction des troubles extraordinaires du voisinage, règle obligatoire d'organisation de la société qui a vocation à s'appliquer à tous. Il s'agit d'une règle de droit objectif. Cette règle permet à un voisin troublé de réclamer la cessation du trouble qui lui est causé. Le voisin troublé exerce un droit subjectif, une prérogative individuelle.

5. Les rapports entre droit objectif et droit subjectif sont certains. En effet, les droits subjectifs trouvent leurs sources dans le droit objectif qui les reconnaît et les réglemente<sup>(1)</sup>.

6. C'est cette distinction que nous adopterons dans cette étude, en divisant l'introduction générale au droit en deux parties, la première étant consacrée au droit objectif, la seconde aux droits subjectifs.

Première partie : Le droit objectif

Deuxième partie : les droits subjectifs

---

<sup>(1)</sup> Il existe un usage selon lequel le droit objectif s'écrit avec la lettre « D » majuscule, et le droit subjectif avec la lettre « d » minuscule. M. Carbonnier évoque cette opposition et conclut qu'il « n'est pas indifférent à la sociologie qui se veut aussi psychologie sociale, de constater que le grand a besoin du petit, que le droit n'est pas seulement phénomène collectif, mais personnel ». J. Carbonnier, *Flexible droit*, L. G. D. J, Paris, 4<sup>e</sup> éd, 1979, p. 59.

## PREMIERE PARTIE

### LE DROIT OBJECTIF

7. Le droit est destiné à servir l'homme et à permettre la vie en société. Trois constatations de base, tirées de la nature même de l'être humain, permettent d'élaborer une première définition du droit.

8. La première constatation tient à ce que l'homme est par nature un être social. Il ne peut pas vivre seul et cherche tout naturellement la compagnie des autres pour survivre dans un milieu qui ne lui est pas nécessairement favorable, et assurer ainsi la pérennité du genre humain. L'exemple de «Haye Ibn Yakdhan » ou sa réplique «Robinson Crusoé », récits présentant un homme vivant seul et en dehors de la société, ne constituent qu'une vue de l'esprit. D'ailleurs, ces deux personnages ont du, tôt ou tard, renoncer à cette solitude et revenir à la société humaine<sup>(1)</sup>.

9. La deuxième constatation est que, si la vie sociale correspond à une nécessité, elle suppose que les hommes se soumettent à une certaine discipline. La vie en société implique l'existence de rapports entre les individus, qui mettent en évidence des volontés contradictoires et des intérêts antagonistes. Pour résoudre ces contradictions et antagonismes, les membres de la société doivent obéir à certaines règles de conduite.

10. La troisième constatation tient à ce que ces règles de conduite seraient insuffisantes à produire leur effet social si leur respect était laissé à l'appréciation de chacun. Il est donc nécessaire que ces règles soient assorties de mesures de contrainte, et que celui qui enfreint ces règles sache qu'il s'expose à une sanction.

---

<sup>(1)</sup> «Haye Ibn Yakdhan » est une œuvre de Abou Bakr Mohamed Ibn TOUFAYL, philosophe arabe né à Grenade vers 1110, et mort à Marrakech en 1185. «Robinson Crusoé » est de Daniel DEFOE, écrivain anglais né à Londres vers 1660 et mort à Moorfields, en 1731.

11. A partir de ces constatations générales, on peut dégager une première définition générale du droit objectif. Celui ci serait ainsi l'ensemble des règles de conduite sociale, ayant un caractère obligatoire et dont le respect est assuré au besoin par la contrainte.

12. Cette définition sommaire mérite d'être approfondie par l'analyse de la notion de droit, par la détermination de l'évolution et des structures de la règle de droit, et enfin par la recherche des sources de la règle de droit.

|                           |                                          |
|---------------------------|------------------------------------------|
| <u>CHAPITRE PREMIER</u>   | : La notion de droit                     |
| <u>CHAPITRE DEUXIEME</u>  | : L'évolution et les structures du droit |
| <u>CHAPITRE TROISIEME</u> | : Les sources du droit                   |

## CHAPITRE PREMIER

### LA NOTION DE DROIT

13. La vie en société, nécessaire à l'être humain, crée des rapports entre les hommes. Ces rapports font naître des intérêts contradictoires, générateurs de conflits. Des règles de conduite sont alors posées en vue de résoudre ces conflits.

14. Ces règles de conduite ne sont pas nécessairement des règles juridiques. Il existe en effet d'autres règles de conduite comme les règles de religion, de morale, d'usage. Il y a lieu, par conséquent, de distinguer ces diverses règles de conduite de la règle de droit, par la détermination des caractères de cette dernière, ainsi que par la recherche de ses fondements.

|                         |                                     |
|-------------------------|-------------------------------------|
| <u>Section première</u> | Les caractères de la règle de droit |
| <u>Section deuxième</u> | Les fondements de la règle de droit |

#### Section première Les caractères de la règle de droit

Les caractères de la règle de droit permettent de la distinguer par rapport à d'autres règles de conduite qui s'en rapprochent.

##### Paragraphe premier Détermination des caractères de la règle de droit

15. La règle de droit se reconnaît par la réunion de trois caractères principaux. Il s'agit d'une règle qui est générale, permanente et obligatoire.

### A- La règle de droit, règle générale

16. Le caractère général de la règle de droit signifie que celle-ci ne s'adresse pas à une personne en particulier, mais à tout le groupe social <sup>(1)</sup>.

17. Ainsi, lorsque l'article 82 du code des obligations et des contrats permet à la victime d'un dommage d'en exiger la réparation devant le juge, le législateur ne réserve pas l'application de ce texte à certaines personnes, mais ouvre ce droit à toute personne qui a souffert d'un dommage du à l'agissement intentionnel d'une autre personne. De même, lorsque le code pénal édicte par exemple des peines à l'encontre de l'escroc ou du voleur, il n'en limite pas l'application à certaines personnes, mais prévoit son application à tout contrevenant à ses dispositions.

18. Toutefois, ce caractère général de la règle de droit n'est pas absolu. En effet, il existe des règles de droit qui s'adressent parfois à certaines catégories déterminées de sujets de droit.

19. Tel est le cas par exemple du code du travail qui s'adresse aux employeurs et aux employés du secteur privé, mais qui ne s'applique pas aux fonctionnaires publics, soumis à la loi n° 83-112 du 12 décembre 1983 portant statut général du personnel de la fonction publique. Tel est encore le cas du code de commerce qui édicte en général des règles relatives aux commerçants et à l'exercice de l'activité commerciale. On peut citer encore le droit de vote qui est accordé à certaines personnes et refusé à d'autres selon l'âge, ou encore le droit au maintien dans les lieux accordé à certains locataires de locaux à usage d'habitation et non à tous. Cependant, il ne s'agit pas là d'exceptions réelles au caractère général de la règle de droit puisque l'application de ces règles est ouverte à tout sujet de droit qui en remplit les conditions d'application. Ainsi, la règle de droit est virtuellement applicable à tous les sujets de droit composant le groupement social. Toute personne appartenant à ce groupement a vocation à être régie par cette règle aussitôt qu'elle en remplit les

conditions et qu'elle s'y trouve visée <sup>(1)</sup>. Ainsi, le Code commerce régirait tous les commerçants et non certains commerçants désignés, le Code du travail s'appliquerait à tous les travailleurs du secteur privé...

### B. La règle de droit, règle permanente

20. Le caractère permanent de la règle droit signifie que celle-ci est faite pour durer, qu'elle s'applique du jour de sa naissance jusqu'au jour de sa disparition. Mais, ce caractère ne signifie pas que la règle de droit soit éternelle. Il signifie seulement que la règle doit être appliquée tant qu'elle n'a pas été abrogée, c'est à dire tant qu'elle est encore en vigueur. Aucun terme n'étant assigné à une règle, celle-ci ne cessera de s'appliquer que par son abrogation.

21. On peut rencontrer toutefois, des lois à caractère temporaire. Peu fréquentes, elles comportent des dispositions applicables pour une période déterminée. On peut citer à cet égard la loi n° 76-35 du 18 février 1976 octroyant le maintien dans les lieux dans certains contrats de bail à usage d'habitation. Dans ce cas, la loi temporaire cesse d'être en vigueur par l'arrivée du terme qui lui est fixé, à moins qu'il n'y ait prorogation de la vigueur par une autre loi. C'était le cas de cette loi de 1976 qui s'est trouvée prorogée d'année en année jusqu'à la loi n° 93-122 du 27 décembre 1993 qui l'a transformée en loi permanente, c'est à dire dont l'application n'est plus soumise à un délai déterminé. On peut citer encore la loi constitutionnelle n°99-52 en date du 30 juin 1999, portant dispositions dérogatoires au 3<sup>ème</sup> alinéa de l'article 40 de la Constitution, et établissant des conditions particulières à remplir pour les élections présidentielles du 24 octobre 1999, à défaut de remplir la condition du minimum nécessaire de signatures de personnes élues à présenter lors du dépôt de candidature.

<sup>(1)</sup> Une règle de droit qui ne viserait pas tous les sujets de droit mais une personne déterminée ne serait pas une règle, mais en réalité une décision. Tel est le cas de la décision attribuant une médaille à une personne déterminée, de la décision relative à la désignation d'un fonctionnaire, à la fermeture d'un établissement insalubre, à l'attribution de la nationalité à un individu ou à son retrait...

<sup>(1)</sup> On dit aussi disposition impersonnelle et abstraite.

### C- La règle de droit, règle obligatoire

22. Le caractère obligatoire est le caractère le plus important qui permet de reconnaître la règle de droit. Il signifie que celle-ci s'impose au besoin par la contrainte. En effet, une règle de droit que les sujets ne sont pas tenus de respecter risque de demeurer lettre morte puisque chacun peut échapper à ses prescriptions selon sa volonté <sup>(1)</sup>.

23. Il est vrai qu'en général, la règle de droit est spontanément respectée. Ainsi en est-il par exemple du conducteur d'automobile qui circule à droite, ou qui cède la priorité, du locataire qui paie ses loyers, du contractant qui exécute son contrat ...

24. Cependant, il existe des cas pathologiques dans la société, ou un individu ne respecte pas volontairement la règle de droit, et la contrainte devient alors le moyen nécessaire de l'amener à s'y conformer.

25. D'ailleurs, l'éventualité de la sanction facilite parfois l'application d'une règle de droit qui contient une prescription qui n'est pas spontanément admise. Ainsi, en est-il par exemple du port de la ceinture de sécurité dans les véhicules automobiles ou, de la construction en l'absence d'un permis de construire...

26. Le caractère obligatoire se manifeste par la contrainte qui revêt plusieurs formes. Ces formes sont d'autant plus graves que l'intérêt protégé par la règle est des plus importants. Ainsi, la contrainte varie du châtiment corporel ayant un caractère pénal jusqu'aux sanctions civiles de la nullité, de l'inopposabilité, de la

<sup>(1)</sup> « La règle de droit n'est ni un conseil ni une prière ; elle s'impose s'il le faut par la contrainte » M. CHARFI, *Introduction à l'étude du droit*, 3<sup>ème</sup> éd, 1997, Cérès éditions, Tunis n° 17. « Un précepte dont le respect serait laissé à la discrétion de chacun serait un conseil, non un ordre ». H. L. J MAZEAUD et F. CHABAS, *Leçons de droit civil, Introduction à l'étude du droit civil*, 10<sup>ème</sup> éd, Montchrestien, Paris, 1991, p. 16 n°4.

résolution, de la responsabilité civile, en passant par les sanctions administratives, disciplinaires et autres <sup>(1)</sup>.

27. La sanction constitue en principe un monopole qui appartient à l'autorité étatique. Ainsi, la loi comporte une formule exécutoire qui l'accompagne, d'après laquelle elle « sera publiée au journal officiel de la république tunisienne et exécutée comme loi de l'Etat ». De même, toute décision de justice comporte la formule exécutoire.

28. Ainsi, d'après l'article 253 du code de procédure civile et commerciale, toute grosse de jugement porte à la fin la mention suivante : « En conséquence, le président de la république tunisienne mande et ordonne à tous huissiers, sur ce requis d'y tenir la main, à tous commandants et officiers de la force publique de prêter main-forte lorsqu'ils en seront légalement requis » <sup>(2)</sup>.

29. A cet égard, il y a lieu de remarquer que l'Etat refuse parfois son concours pour faire respecter le droit. Il arrive en effet, que le Tribunal rende une décision mais que l'autorité compétente refuse de prêter le concours de la force publique pour aider à l'exécution. La raison invoquée est d'ailleurs généralement importante, s'agissant de l'ordre public et de la crainte que l'exécution ne perturbe la paix sociale. Lorsque le bénéficiaire de la décision se heurte à l'impossibilité d'exécution, il pourra cependant, faire condamner l'Etat à des dommages-intérêts <sup>(3)</sup>.

<sup>(1)</sup> M. CHARFI, *Introduction à l'étude du droit*, op.cit., n° 18,19 et 20 ; PH JESTAZ, *la sanction ou l'inconnue du droit*, D. 1986, p. 197 ; J. RIVERO, *sur l'effet dissuasif de la sanction juridique*, Mel. RAYNAUD, 1985, p. 675.

<sup>(2)</sup> S MELLOULI, *voies d'exécution, Procédures juridiques de recouvrement des créances*, C. L. E, Tunis, 1991, p.72.

<sup>(3)</sup> S MELLOULI, *voies d'exécution, Op. Cit.*, p. 73

## **Paragraphe deuxième Distinction de la règle de droit d'autres règles de conduite**

30. Le caractère général et le caractère permanent, nécessaires à la définition même de la règle de droit, sont pourtant de portée relative, et ne suffisent pas à distinguer le droit des autres règles de conduite. « L'homme en société est pris dans une multiplicité de réseaux normatifs »<sup>(1)</sup>, et c'est le caractère obligatoire et contraignant qui permet la distinction. Grâce à ce dernier caractère, la règle de droit se distingue de la règle morale, de la règle religieuse et de la règle d'usage.

### **A. Règle de droit et règle morale**

31. La règle de morale est incontestablement une règle de perfectionnement des consciences individuelles et par conséquent il s'agit d'une règle de conduite humaine. Ainsi en est-il de la règle qui veut que l'on ne porte pas atteinte à son prochain, ou encore que l'on vienne en aide à ses proches parents ou voisins, ou que l'on porte secours à une personne qui en a besoin...

Cependant, malgré les interférences possibles entre les deux notions, la règle de morale se distingue de la règle juridique, puisqu'elles n'ont ni le même domaine, ni la même sanction<sup>(2)</sup>.

#### **1. Domaine de deux règles**

32. La règle morale et la règle juridique n'ont pas le même domaine. Si la règle morale vise principalement le perfectionnement des consciences, et envisage par conséquent tous les devoirs que la conscience commande, il n'en est pas de même de la règle juridique dont le but est de résoudre des conflits d'intérêts entre les membres du groupe dans la perspective d'assurer l'organisation sociale, et dont le domaine se trouve ainsi limité par rapport à celui de la morale<sup>(3)</sup>.

<sup>(1)</sup> CARBONNIER, *Droit civil, Introduction*, Thémis, PUF, Paris 1997, n°17.

<sup>(2)</sup> PH JESTAZ, *Les frontières du droit et de la morale*, *Droit prospectif*, 1983, p.334.

<sup>(3)</sup> « Le droit a une liste de devoirs envers le prochain bien plus courte que la morale, seulement des devoirs de justice et encore strictement mesurés ». J. CARBONNIER *Droit civil, Introduction*, Op- cit n°16.

Cependant, malgré cette opposition de principe entre le droit et la morale quant à leurs domaines, les interférences existent et sont nombreuses, puisque le droit est souvent en contact avec la morale.

#### **a. Règle de droit conforme à la morale**

33. Le domaine de la morale est généralement plus vaste que celui du droit, ce dernier intervenant pour imposer des règles qui, si elles ont été laissées uniquement au domaine de la conscience, auraient pu entraîner l'anarchie au sein du groupe social et porté atteinte à la paix sociale qu'exige la vie en société.

34. Généralement, la règle juridique choisit dans la morale ce qui est nécessaire pour assurer la coexistence sociale et le reprend pour son propre compte. Parfois, le droit reprend pour son compte toute la règle morale et ainsi le droit se borne à consacrer le devoir moral en lui apportant l'élément de coercition qui lui manque.

35. C'est le cas de la règle juridique qui interdit de porter atteinte à la vie d'une personne ou à son intégrité corporelle (sauf rares exceptions comme la légitime défense ou le commandement de la loi ou de l'autorité légitime)<sup>(1)</sup>. C'est encore le cas de la règle juridique interdisant de causer à autrui un préjudice et fondant la responsabilité civile personnelle sur la faute<sup>(2)</sup>. Mais le droit se limite au juste nécessaire sans aller au-delà. Ainsi, à titre d'exemple, reprenant partiellement la règle morale de venir en aide à ses parents et à ses proches, le droit limite cette exigence aux rapports entre conjoints et entre ascendants et descendants<sup>(3)</sup>. Il ne l'étend pas, comme le fait la morale, à tous les proches tels que frères et sœurs, cousins, alliés et autres ...

<sup>(1)</sup> Art 39 et 42 C. pénal

<sup>(2)</sup> Art 82 et 83 C. O. C

<sup>(3)</sup> Art 37 C.S.P

36. Si la règle de droit est ainsi plus restreinte que la règle morale, c'est parce que le principe dans les rapports humains est la liberté, et que l'exception est constituée par les contraintes que dicte le «pacte social», le pacte de la vie en société. L'Etat est ainsi censé restreindre son intervention à l'essentiel, sans prétendre régir toute l'activité et la conduite humaine.

b- Règle de droit amoral ou en conflit avec la morale

37. On peut parfois rencontrer des règles juridiques qui ne sont pas parfaitement conformes à la morale, et que le droit impose pourtant parce qu'il les considère comme nécessaires à la vie en société. Tel est le cas pour la prescription extinctive lorsque, passé un certain délai, une personne ne peut plus agir efficacement pour recouvrer ses droits. Le débiteur peut impunément refuser de payer son créancier parce que sa demande en paiement serait tardive. Cette règle est moralement condamnable parce qu'on ne peut pas perdre son action par l'effet du temps<sup>(1)</sup>. Mais juridiquement, on admet que le manque de diligence pour agir constitue une présomption de paiement<sup>(2)</sup>.

38. On peut noter aussi l'existence de certaines règles juridiques qui ne peuvent être ni contre la morale, ni en accord avec elle. Elles sont moralement neutres et échappent à un effort de classification dans ce sens. Tel est le cas de certaines dispositions comme les règles de procédure régissant la requête introductive d'instance ou le pourvoi en cassation. Tel est encore le cas de certaines dispositions du Code de la route comme celle de la priorité à droite ou de l'obligation de circuler à droite. La preuve en est que dans certains pays, les règles juridiques sont différentes sans que l'on

<sup>(1)</sup> S. MELLOULI, *le juge et l'équité, réflexions sur le recours à l'équité par le juge en droit privé interne*, R. T. D 1983 p. 507.

<sup>(2)</sup> Art 384 C.O.C cette règle peut d'ailleurs s'expliquer par des raisons de sécurité juridique. En effet, si le principe est que le créancier soit diligent pour réclamer le paiement dans un délai raisonnable, on peut craindre qu'une demande tardive surprenne un débiteur qui, après paiement effectué, a pu égarer le titre qui prouve sa libération. La sécurité juridique exige donc que, passé un certain délai, le créancier ne puisse plus se prévaloir de sa créance.

puisse prétendre y voir une atteinte à la morale. Il s'agit cependant de règles juridiques absolument nécessaires à la société et il suffit pour s'en convaincre d'imaginer l'état de la circulation routière dans un pays où une pareille réglementation n'existerait pas. Il en est de même encore de la règle du code du statut personnel relative à la détermination de la durée légale de la grossesse. Cette règle qui a ses fondements dans la biologie et la médecine n'a pas de rapport a priori avec la morale.

39. Ainsi apparaît la différence entre la morale et le droit quant à leur domaine. Le domaine de la règle juridique est différent de celui de la morale en ce qu'il a pour but seulement de permettre la vie en société, pour cela de préciser les droits et les limites de chacun, d'établir une sorte de dosage et d'équilibre entre l'intérêt des particuliers et l'intérêt général<sup>(1)</sup>.

2. La règle morale et la règle juridique n'ont pas la même sanction

40. La règle morale est une règle de perfectionnement des consciences. En raison de ce but interne aux hommes qu'elle poursuit, la morale comporte seulement une sanction interne. Mais cette sanction peut s'avérer insuffisante, voire inefficace, chacun étant en même temps juge et partie pour l'appréciation de la moralité de son comportement, et la réprobation morale ou le repentir n'ayant pas la même signification pour tous.

41. C'est là qu'apparaît l'importance du droit, ayant pour objectif d'assurer la vie en société. Le droit ne se contente pas des sanctions de la conscience, mais applique des sanctions effectives et matérielles. Ces sanctions sont d'autant plus efficaces qu'elles sont externes, nul ne pouvant être à la fois juge et partie en regard du devoir juridique que la société impose.

<sup>(1)</sup> H.L.J. MAZEAUD et F. CHABAS, *Leçons de droit civil, Introduction*, Op.cit n°7.

42. Mais la différence entre droit et morale signifie-t-elle que le législateur se désintéresse de la seconde ? La réponse ne peut être que négative. D'ailleurs, souvent la règle de droit s'inspire de la morale et la consacre dans la mesure nécessaire à la pérennité du groupe social. De même, le législateur inclut la morale dans le système juridique et en fait parfois une règle à valeur obligatoire. On peut citer à cet égard la référence à la moralité de l'objet ou de la cause comme conditions de validité du contrat, ou encore la référence à la bonne foi dans l'exécution du contrat.

#### B- Règle de droit et règle religieuse

43. Dans la religion, on se trouve en présence d'un ensemble de prescriptions et d'interdictions que Dieu exige des hommes. Ces règles intéressent les rapports entre Dieu et les hommes, le comportement des hommes vis à vis d'eux-mêmes, et les rapports entre les hommes.

44. Ainsi, la religion a un domaine plus vaste que celui du droit ou de la morale. Elle se distingue de la morale qui ne s'occupe que des obligations des êtres humains vis à vis d'eux-mêmes et vis à vis des autres. Elle se distingue aussi du droit en ce que ce dernier s'occupe seulement des relations des êtres humains entre eux, au sein du groupe.

45. La religion contient cependant, comme la morale et le droit des règles de conduite humaine destinées à permettre la vie en société. De ce point de vue, la règle religieuse se rapproche de la règle juridique.

46. D'une manière générale, si la règle religieuse remplit comme la règle juridique et la règle morale les caractères de généralité et de permanence, cependant, le caractère contraignant lui fait défaut. Alors que dans la règle juridique la contrainte émane de l'Etat, dans la morale la contrainte émane de la personne intéressée elle-même, et dans la religion elle intervient dans l'au-delà, à moins que l'Etat n'applique cette règle comme droit positif.

47. Cependant, il y a lieu de remarquer que, même en cas de séparation entre droit et religion, on ne peut pas manquer de remarquer les liens réels qui peuvent exister entre les deux règles en tant qu'elles intéressent les rapports sociaux entre les hommes. Il suffit de citer l'interdiction de porter atteinte à la vie humaine qui, posée expressément dans les codes pénaux, se rencontre dans toutes les religions.

48. Dans les pays attachés à la religion chrétienne, on peut citer encore l'exclusion ou la limitation du droit au divorce qui a certainement une coloration religieuse, les prescriptions de l'église étant contraires à l'admission du divorce et à la dissolution du mariage. C'est ce qui explique en France le maintien de la séparation de corps, permettant aux catholiques dont la vie commune est devenue impossible, la possibilité de la séparation de corps en même temps que le maintien du lien du mariage <sup>(1)</sup>.

49. Dans les pays musulmans, le lien entre le droit et la religion est encore plus présent. Tel est le cas du droit tunisien où le législateur et le juge ne manquent pas souvent de fonder leurs règles ou leurs décisions sur les principes du droit musulman.

#### C- Règle de droit et règle d'usage

50. Dans chaque société humaine, on trouve un certain nombre de règles d'usage que les hommes se sont forgés et qu'ils suivent et respectent spontanément. Ces règles d'usage sont diverses et touchent divers aspects de la vie humaine. On les rencontre dans les relations publiques des êtres humains, dans leur présentation extérieure, dans leur habillement.

51. Ces règles sont héritées de génération en génération et continuent à être respectées tant qu'elles n'ont pas été remises en cause. « La complaisance, les menus usages de la vie courante, la simple courtoisie... sont éléments d'ordre et de tranquillité, qu'on ne saurait dédaigner. Non seulement, ils nous dictent une ligne de

<sup>(1)</sup> B. STARCK, *Introduction au droit*, 3<sup>ème</sup>-éd, par H. ROLAND et L. BOYER, Litec, Paris 1991, n°71, p.35 ; J. CARBONNIER, *introduction*, op.cit, n°54 et 55.

conduite en mainte occurrence où se taisent les lois les plus étendues... mais ils aident puissamment au fonctionnement de la machine sociale en versant de l'huile dans les rouages nombreux que l'égoïsme incomplètement réfréné par la loi ferait vite étrangement grincer »<sup>(1)</sup>.

52. Ces règles de conduite, malgré leur caractère social évident, se distinguent des règles juridiques en ce qu'elles ne tirent pas leur force du caractère contraignant que les pouvoirs publics leur attribuent, mais de cette adhésion spontanée de la part des membres de la société.

53. Parfois, certaines de ces règles de conduite sont promues par le législateur au rang de règles juridiques lorsqu'il les adopte et les reconnaît parmi les règles de droit. Tel est le cas par exemple de l'interdiction de fumer dans certains lieux publics, ou des usages qui entourent l'exécution de certains contrats, ou encore des usages en matière de cadeaux offerts entre fiancés, ou de la présomption de solidarité en matière commerciale...

54. Ainsi, il apparaît de tout ce qui précède que la règle juridique se caractérise seule par la sanction externe qui assure son respect. Les autres règles, quoique générales et permanentes comme le droit, puisqu'elles ont totalement ou partiellement une finalité sociale, ne sont pas pourvues d'une sanction externe et effective. Elles ne sont sanctionnées en cas de manquement ni par l'action en justice, ni par l'intervention de la puissance publique.

55. L'approche faite du droit se caractérise ainsi par son caractère obligatoire et contraignant. Cependant, cette approche qui est formelle et extérieure n'est pas la seule possible. Une autre approche mérite d'être aussi effectuée, plus profonde, et relative à la légitimité de la règle de droit qui n'est pas uniquement un acte contraignant et sanctionnateur. Il s'agit de l'approche du droit par son fondement, c'est-à-dire par la recherche de l'explication de l'acceptation de la coercition étatique qui caractérise le droit.

<sup>(1)</sup> M. E. H. PERREAU, *Courtoisie, complaisances et usages non obligatoires devant la jurisprudence*, R. T. D. C. 1914, p. 481.

## Section deuxième Le fondement de la règle de droit

56. La règle de droit vise à établir un certain ordre et une certaine discipline au sein du groupe social, destinés à permettre la coexistence entre les divers membres de ce groupe. Respecter la règle de droit et se soumettre à ses prescriptions permet donc la vie en société, tant nécessaire à l'homme.

57. La règle de droit permet aussi de satisfaire notre besoin fondamental de sécurité, c'est-à-dire notre « besoin de savoir ce que nous pouvons faire et ce que les autres peuvent faire, donc ce que nous devons supporter de leur part. Dès qu'une règle existe, nous pouvons agir dans le présent et connaître dans l'avenir les conséquences de nos actes, en un mot, nous pouvons vivre. Faute de règle, nous sommes paralysées »<sup>(1)</sup>.

58. Ainsi définie, la sécurité juridique permet à la personne de prévoir les conséquences de ses actes, et d'agir en société conformément aux règles que cette société a secrété en étant sûr que cet agissement sera admis par la société et ne sera pas remis en cause. La sécurité juridique constitue à cet égard une garantie de la liberté individuelle.

59. Ainsi par exemple, le propriétaire qui, en élevant une cheminée sur le toit de sa maison, cause un dommage minime à son voisin, qui ne dépasse pas les troubles ordinaires du voisinage, doit être sûr qu'il ne sera pas sanctionné pour cela. Les voisins doivent aussi savoir à l'avance qu'ils sont tenus de supporter ces troubles ordinaires. De même, celui qui contracte un acte juridique doit être sûr que l'acte étant valable, conclu conformément à la loi, lui permet d'exiger l'exécution du contrat. Celui qui contracte avec un mineur doit en revanche prévoir que son acte juridique est nul. Le droit remplit ainsi une fonction fondamentale dans la société, qui est d'assurer le besoin de sécurité chez les sujets de droit.

<sup>(1)</sup> H. L. J. MAZEAUD, *Leçons de droit civil*, Tome 1er, op. cit, n°4.

60. Ces diverses considérations expliquent sans équivoque la raison de base de la règle de droit. Mais, il faut remarquer que le besoin de sécurité ne justifie pas que l'homme puisse se satisfaire de n'importe quelle règle juridique. En effet, en plus de la sécurité, l'homme tend aussi, au fond de lui-même à satisfaire un besoin aussi important et aussi puissant, le besoin de justice.

61. Ces besoins de sécurité et de justice mettent en lumière une grande question, celle du fondement du droit, qui cherche « l'explication ultime de la norme juridique »<sup>(1)</sup>.

62. Pour répondre à cette question du fondement de la règle de droit, plusieurs écoles de philosophie du droit ont tenté d'apporter des solutions particulières tendant à expliquer et à justifier l'autorité de la règle de droit. Ces solutions peuvent être découvertes dans les grandes théories dues, d'une part aux doctrines idéalistes ou de droit naturel, et d'autres part aux doctrines positivistes<sup>(2)</sup>.

Ce sont ces doctrines qui seront présentées succinctement, avant de présenter un autre fondement important, lié à l'influence du droit musulman sur le droit positif.

### Paragraphe premier Les doctrines idéalistes et du droit naturel

63. L'expression « droit naturel » s'oppose à celle de droit positif. Le droit positif peut être défini comme étant l'ensemble des règles qui sont en vigueur dans un pays déterminé, à un moment donné. Par opposition au droit positif, le droit naturel se libère des effets du temps et de l'espace ; c'est en effet le droit supérieur, qui exprime un idéal de justice, et qui s'impose ainsi à tout législateur, à toute autorité publique qui édicte une règle de droit positif.

<sup>(1)</sup> J. GHESTIN et G. GOUBEAUX, *traité de droit civil, Introduction Générale*, L. G. D. J. Paris, 3<sup>ème</sup> éd. 1990, n°7.

<sup>(2)</sup> M. VILLEY, *philosophie du droit, précis* Dalloz, Paris, 1975 ; J. GHESTIN et G. GOUBEAUX, *op.cit.* n°7 et S ; Saleilles, *Ecole historique et droit naturel*, R. T. D. C, 1902, p.80.

64. L'idée essentielle des doctrines du droit naturel est donc de dire que le droit positif doit être conforme au droit naturel, pour être spontanément et naturellement admis. Une question importante se pose à cet égard, qui est de savoir où peut-on découvrir ce droit naturel, auquel doit se conformer le droit positif. Après avoir présenté l'état de la doctrine sur ce point, nous verrons que l'école du droit naturel a été critiquée en tant que fondement du droit positif.

#### A. Evolution du droit naturel

65. L'existence du droit naturel peut être déduite de l'observation de la société humaine. Celle-ci, quelque soit son époque ou le lieu où elle se trouve, révèle une unité autour de certains principes comme ceux de la bonne foi, de la justice, du respect de la parole donnée, du respect de la personne humaine, du droit à la vie, au travail... l'observation de la nature humaine permet aussi de dégager certaines règles exigées par le comportement humain lui-même : le besoin de propriété, l'union par le mariage, ... Ces exemples permettent de mettre en lumière une première définition du droit naturel, qui serait l'ensemble des règles conformes à la nature humaine, et que le droit positif ne peut méconnaître. Ces règles formeraient un droit idéal, permanent et commun à tous les hommes, qui devrait être respecté par les autorités qui ont compétence pour légiférer dans une société donnée ou par le juge qui appliquerait le droit positif.

66. Historiquement, le concept de droit naturel est très ancien puisqu'on le retrouve dans l'antiquité classique, depuis la célèbre réplique d'Antigone, dans la tragédie de Sophocle, invoquant contre les lois de l'Etat, les décrets divins, non écrits, immuables et éternels. En donnant une sépulture à son frère, Antigone a enfreint l'édit de Créon, en niant que cet édit s'impose à elle. Elle s'écrie : « Non, non, je n'ai pas dû croire que tes ordres eussent assez de force contre les lois non écrites des dieux.... Elles ne sont pas d'aujourd'hui ni d'hier, ces lois là. Elles ont été et elles seront toujours, et personne ne peut dire quand elles ont commencé... »<sup>(1)</sup>.

<sup>(1)</sup> Cité par GHESTIN et GOUBEAUX, *traité de droit civil, Introduction générale*, *op.cit.* n°9, réf. 4 ; H.L.J MAZEAUD, *Leçons de droit civil, Introduction*, *op.cit.* n°13-2 ; J. CARBONNIER, *Droit civil, Introduction*, *op.cit.* n°47 ; M. VILLEY, *Abrégé du droit naturel classique*, *Arch.de philosophie du droit*, 1961 p 25 et S.

67. Mais, c'est surtout au moyen âge que des théologiens invoquèrent le droit naturel pour limiter la puissance des monarques. A cet égard, Saint Thomas d'Aquin a eu une influence notable <sup>(1)</sup>. En effet, il a opposé clairement la loi naturelle à la loi humaine, en affirmant qu'il « existe une loi éternelle, qui est le plan de Dieu sur la création, la raison divine ordonnant le monde. Cette loi est immuable, complète et parfaite, car elle participe à tous les attributs de son auteur » <sup>(2)</sup>. Pour accéder à la connaissance de cette loi, deux voies sont possibles, celle de la raison humaine, mais aussi celle de la révélation.

68. A partir du 17<sup>ème</sup> siècle, les philosophes laïcisèrent cette notion de droit naturel. Il s'agit de l'école du droit de la nature et des gens dont le fondateur fût le Néerlandais Grotius (1583-1645). L'originalité de cette école tient à ce qu'elle a donné une direction nouvelle au droit naturel qui n'a plus une dimension essentiellement religieuse mais s'est tourné vers une direction individualiste ; le droit appartenant à l'individu en tant que tel. Le droit naturel émane de la nature sociale de l'homme. C'est de cette nature sociale que se dégagent les règles du droit naturel.

69. Cette nouvelle école se fonde sur deux idées essentielles. D'une part, il y a l'idée de « contrat social », en vertu duquel les hommes auraient organisé la vie en société, et renoncé à certains droits leur appartenant. Cependant, il ne peut pas y avoir de renonciation aux droits fondamentaux dérivant de la nature même de l'homme. Le droit positif ne peut porter, atteinte à ces droits fondamentaux. D'autres part, ces droits fondamentaux ne peuvent être découverts que par la raison. Pour cela, le droit naturel a un caractère universel et immuable car lié directement à la nature et à la raison humaine. Ces idées, reprises par LOCKE (1632-1704) et par J.J. ROUSSEAU (1712-1778), devaient inspirer la déclaration des droits de l'homme et du citoyen en France (1789), et plus tard, après la deuxième guerre mondiale, la déclaration universelle des droits de l'homme de l'O. N. U (1948).

<sup>(1)</sup> L. JUGNET, *La pensée de Saint Thomas d'Aquin*, ed. Bordas, Paris, 1964.

<sup>(2)</sup> J. GHESTIN et G. GOUBEUX, *Traité de droit civil*, op.cit, n°12.

## B. Rôle et critique du droit naturel

70. Le droit naturel remplit la fonction essentielle d'inspirer le droit positif. Et effectivement, il joue ce rôle d'inspiration dans la mesure où les préoccupations de justice et de protection du sujet de droit ne sont pas absentes de l'esprit du législateur <sup>(1)</sup>. Le droit naturel peut même combler les lacunes du droit positif dans la mesure où le juge peut recourir à l'équité, ou avoir sa façon personnelle de saisir l'idée de justice <sup>(2)</sup>.

71. Cependant, historiquement, le droit naturel avait un rôle plus précis. Il devait être utilisé comme instrument de résistance à la loi injuste <sup>(3)</sup>. Or, c'est ce rôle qu'il est bien difficile de faire passer de la doctrine vers les faits. En effet, il n'existe pas de moyen efficace permettant d'empêcher le législateur d'enfreindre le droit naturel. Et si le législateur respecte le droit naturel, ce n'est pas en raison d'une limitation extérieure de ses pouvoirs, mais en raison de son adhésion spontanée à ce droit. C'est la première critique qui a été adressée à la doctrine du droit naturel. Mais, on lui ajoute encore une seconde. Certains auteurs affirment en effet que si le droit naturel était éternel, commun à tous les hommes, il ne devrait exister entre les diverses législations du monde que des différences de détail. Or, tel n'est pas le cas dans les faits. Pascal ne disait-il pas déjà, « Plaisante justice qu'une rivière borne, vérité en deçà des Pyrénées, erreur au-delà ... un degré d'élévation au pôle renverse toute la jurisprudence » <sup>(4)</sup>.

72. Pour échapper à ces critiques, certains auteurs ont donné d'autres définitions du droit naturel. Stammeler en Allemagne, Salleilles en France, ont essayé de donner au droit naturel un contenu variable selon les civilisations et selon les époques. Génys et Planiol, auteurs français, ont pour leur part affirmé que le droit naturel devrait être réduit à des principes généraux. Mais tout ceci contredit l'idée

<sup>(1)</sup> Ph. JESTAZ, *L'avenir du droit naturel ou le droit de seconde nature*, R. T. D. C 1983, p. 233.

<sup>(2)</sup> S. MELLOULI, *le juge et l'équité, réflexions sur la recours à l'équité par le juge en droit privé interne*, R. T. D 1983, p. 507.

<sup>(3)</sup> M. DUVERGER, *Institutions politiques et droit constitutionnel*, P. U. F, Paris 1968, p. 56 et S ; Y. BEN ACHOUR, *Religion, justice et obéissance au pouvoir dans la pensée politique islamique classique*, R. T. D 1980, p.88.

<sup>(4)</sup> J. GHESTIN et G. GOUBEUX, *Introduction*, op.cit, n°17.

précise du droit naturel et ne permet plus au concept de droit naturel de jouer le rôle que ses créateurs ont voulu initialement lui assigner <sup>(1)</sup>.

Toutes ces critiques nous amènent à examiner un autre fondement possible du droit dans les écoles positivistes.

### Paragraphe deuxième Les écoles positivistes

73. Pour les écoles positivistes, il n'y a pas lieu de rechercher si la règle de droit est juste ou injuste. En effet, elle a une valeur en soi qui consiste à assurer la vie en société et la sécurité des sujets de droit. Pour ces écoles, il n'existe rien en dehors du droit positif, valablement élaboré par les autorités compétentes. Chercher dans un ordre juridique supérieur le fondement du droit positif serait pour cette école une spéculation étrangère au droit.

Les écoles positivistes sont représentées essentiellement par deux grands courants de pensée, le positivisme juridique et le positivisme scientifique.

#### A. Le positivisme juridique

74. Les doctrines du positivisme juridique concordent pour affirmer que le droit repose sur la volonté de l'Etat. Quant à la conformité du droit positif au droit naturel, ensemble de règles supérieures représentant un idéal de justice, elle n'est pas du tout évidente dans la mesure où l'idée de résistance aux lois injustes ne peut pas être effective. Le respect de la loi découle simplement du fait qu'il s'agit d'une loi.

75. L'expression de cette doctrine n'est pas nouvelle dans la mesure où on la retrouve chez Socrate, un philosophe aussi loin de notre époque et pourtant aussi présent. Celui-ci (470-399 av. J. C) «préféra accepter la mort plutôt que de désobéir à une loi injuste, car les bons citoyens doivent se soumettre aux lois, fussent-elles

<sup>(1)</sup> J. GHESTIN et G. GOUBEAUX, *Introduction*, op.cit, n°18 ; B. STARCK, *Introduction*, op.cit, n°359 ; J. CARBONNIER, *Introduction*, op.cit, n°48.

contraires à la justice, de peur que les mauvais n'enfreignent les lois justes »<sup>(1)</sup>.

76. Mais, c'est au 19<sup>ème</sup> siècle que se développent les doctrines du positivisme juridique en réponse aux thèses du droit naturel qui ont triomphé notamment au 18<sup>ème</sup> siècle. Ainsi, Hegel (1770-1831) explique-t-il le droit par le fait accompli et par la force. Selon lui, le droit se révèle par l'Etat, qui constitue la puissance capable de le réaliser. Le juriste Allemand Ihering (1818-1892) s'attache lui aussi à cette même idée en affirmant qu'il n'y a de droit que le droit positif dont la source est l'Etat qui est capable d'en imposer le respect<sup>(2)</sup>.

77. Un autre auteur célèbre du 20<sup>ème</sup> siècle, l'Autrichien KELSEN, fondateur de l'école de Vienne, appelée encore école normativiste, pense que le droit est constitué de normes hiérarchisées. Chaque norme tire son caractère obligatoire de sa conformité à la norme qui lui est supérieure. L'ensemble constitue l'ordonnement juridique à la tête duquel vient la constitution, suivie des lois, des règlements, des jugements et même des contrats. Ainsi, les normes tirent leur force de leur régularité formelle, indépendamment de leur contenu<sup>(3)</sup>.

78. Le reproche principal fait à cette dernière théorie est qu'elle ne justifie pas la norme qui est au sommet de cet ordonnement juridique, à savoir la constitution. Cette norme supérieure peut sembler, pour le moins, mystérieuse, comme l'affirme le doyen J. CARBONNIER<sup>(4)</sup>. Cependant, le rapport est direct entre l'Etat et la règle de droit, car le droit émane de l'Etat, et exprime sa volonté.

Une autre variante des doctrines positivistes est constituée par le positivisme scientifique.

<sup>(1)</sup> GHESTIN et GOUBEAUX, *Traité de droit civil, Introduction générale*, op.cit n°21, réf. 19.

<sup>(2)</sup> M. P. COULOMBEL, *force et but dans le droit selon la pensée juridique de Ihering*, R. T. D. C 1957, p.609 ; J. GHESTIN et G. GOUBEAUX, *Introduction*, op.cit ; n°22.

<sup>(3)</sup> J. CARBONNIER, *Droit civil, Introduction*, op.cit, n°39 ; J. GHESTIN et G. GOUBEAUX, *Introduction générale*, op.cit, n°23, B. STARCK, *Droit civil, Introduction*, op.cit, n°380.

<sup>(4)</sup> J. CARBONNIER, *Droit civil, Introduction* op.cit, n°39.

## B. Le positivisme scientifique

79. Il existe essentiellement deux écoles qui expriment le positivisme scientifique.

80. Il y a d'une part l'école historique dont le chef de file est l'Allemand SAVIGNY (1779-1861). D'après cette école, le droit est le produit spontané de l'évolution des peuples, mûri lentement par la société puis consacré comme règle. Cette règle n'a d'ailleurs pas besoin d'être codifiée, selon l'école historique, et s'il y a une codification, elle ne doit faire que recueillir et consacrer les résultats de la création historique de la règle de droit<sup>(1)</sup>.

81. Il y a par ailleurs une autre école du positivisme scientifique ; il s'agit de l'école sociologique représentée notamment par Auguste COMTE (1798-1857), DURKHEIM (1858-1917) et L. DUGUIT (1859-1928). D'après cette école, le droit découle des phénomènes sociaux, et doit être recherché dans les mœurs, les coutumes et le milieu social. Elle rejette par conséquent l'idée d'une volonté arbitraire de l'Etat derrière le phénomène juridique<sup>(2)</sup>.

82. Dans le positivisme scientifique il faut classer aussi la conception marxiste du droit. Cette conception insiste sur le facteur économique en tant que fondement du droit (K. MARX, 1818-1883, F. ENGELS, 1820-1895). D'après cette conception, l'Etat est le produit de la société à un certain stade de son développement. Il constitue l'aveu qu'il existe des antagonismes dont la société ne peut pas se débarrasser. A cause de ces antagonismes, le plus fort institue l'Etat, force qui est le produit de la lutte des classes. C'est ainsi par exemple qu'en 1789, l'Etat bourgeois et capitaliste a donné le pouvoir à la bourgeoisie industrielle et commerciale. L'Etat est un élément de contrainte, reflet d'une situation sociale caractérisée par la division et la lutte des classes. Le droit est alors un phénomène conditionné, puisque c'est le moyen d'action de l'Etat bourgeois. La règle de droit,

<sup>(1)</sup> J. GHESTIN et G. GOUBEUX, *Traité de droit civil, Introduction générale*, op.cit, n°24 ; B. STARCK, *Droit civil, Introduction*, op.cit, n°369 ; F. TERRE, *Introduction générale au droit*, précis Dalloz, Paris, 1998, n°139.

<sup>(2)</sup> J. GHESTIN et G. GOUBEUX, *Traité de droit civil, Introduction générale*, op.cit, n°24 ; F. TERRE, *Introduction*, op.cit, n°142.

comme l'Etat, a un caractère coercitif. Ils sont le produit d'un antagonisme de classes. Ce sont une superstructure de la réalité économique<sup>(1)</sup>.

83. En fin de compte, les deux doctrines du fondement du droit qui sont en opposition fondamentale peuvent s'expliquer simultanément et ont toutes les deux leur rôle respectif à jouer. La doctrine positiviste s'explique parce que le caractère contraignant exprime réellement une volonté étatique, et derrière elle, la volonté du groupe social. Le positivisme permet à la règle de droit de jouer un rôle nécessaire d'ordre au sein du groupe social. Mais cette doctrine ne rend pas compte globalement du fondement du droit. En effet, la règle de droit doit constituer une garantie précieuse de la liberté et des valeurs fondamentales de l'homme. L'existence de ces valeurs constitue une référence pour le législateur et le juge. Le législateur veille d'ailleurs à justifier ses règles par d'autres justifications que celles qui découlent de son autorité et de son pouvoir. Le juge pour sa part peut corriger l'application de la loi par le recours à l'équité, que celle-ci soit autorisée par la loi ou parfois même qu'elle soit un affront à la loi<sup>(2)</sup>.

## Paragraphe troisième Les rapports entre le droit musulman et le droit positif

84. Il s'agit dans ce paragraphe d'établir le lien qui peut unir le droit musulman et le droit positif et l'influence qu'exerce le droit musulman sur ce droit positif. Il est évident que le rapport entre le droit musulman et le droit positif ne peut être envisagé que dans les pays musulmans, pays dont la religion de l'Etat est l'islam. L'étude de ce rapport a fait l'objet d'approches doctrinales différentes qu'il faut présenter avant d'examiner la question au regard du droit positif tunisien.

<sup>(1)</sup> CF, pour plus de détails, G. POLITZER, *principes élémentaires de philosophie*, 210<sup>ème</sup> mille, éd. Sociales ; K. STOYANOVITCH, *la pensée marxiste et le droit*, P.U.F, 1974 ; A. BRIMO, *le dépérissement du droit dans la théorie marxiste du droit et de l'Etat, mélanges offerts à G. BURDEAU*, L.G.D.J, 1977.

<sup>(2)</sup> S. MELLOULI, *le juge et l'équité, réflexions sur le recours à l'équité par le juge en droit privé interne*, R. T. D 1983, p. 507.

### A. L'approche doctrinale des rapports entre le droit musulman et le droit positif

85. La question du rapport entre le droit musulman et le droit positif est une question très importante tant sur le plan théorique que sur le plan pratique.

86. Sur le plan théorique, cette question nous permet d'avoir une réponse possible au fondement du droit. Lorsque nous avons examiné les doctrines de droit naturel, nous avons constaté qu'elles justifient le droit positif par son respect de ces normes idéales, supérieures, censées représenter la justice. De même, nous avons vu que selon les doctrines positivistes, la règle de droit trouve son fondement dans la volonté supérieure de l'Etat, qui est en mesure de faire respecter sa propre règle. On ajoute encore une troisième réponse en disant que dans les pays musulmans, le droit positif tirerait son fondement du respect du droit musulman, droit supérieur puisqu'il est d'essence divine.

87. Sur le plan pratique, la question du rapport entre le droit musulman et le droit positif présente deux intérêts principaux, au même titre que les intérêts liés à l'admission des doctrines de droit naturel ou des doctrines positivistes. D'une part, lors de l'élaboration de la règle de droit, le législateur s'inspirerait du droit musulman. D'autre part, lorsqu'un problème d'interprétation se pose, l'interprète essaierait de trouver les solutions dans le droit musulman.

88. Le rapport entre le droit musulman et le droit positif se pose dans un cadre territorial précis, celui des pays musulmans. Quant au cadre temporel, c'est le cadre contemporain qui a vu la question posée sérieusement. En effet, jusqu'au début du 19<sup>ème</sup> siècle, le problème ne se posait pas. C'était le droit musulman qui s'appliquait directement en tant que droit positif. C'est avec la colonisation que la question a commencé à être posée, car la colonisation était porteuse d'idées différentes et de doctrines nouvelles par rapport à celles existant dans les pays colonisés.

89. A la question du rôle joué par le droit musulman vis à vis du droit positif, il y a trois réponses possibles qui peuvent être fournies.

#### 1. La séparation entre le droit musulman et le droit positif

90. Selon une première doctrine, qui défend la théorie de la laïcité, il faut distinguer entre l'islam en tant que religion, et le concept d'Etat et de droit.

91. Ainsi, dans le livre de Ali ABDERRAZAK publié au Caire en 1925, « L'islam et les fondements du pouvoir », cet auteur a essayé de démontrer qu'il n'y a pas de lien entre l'islam en tant que religion, et le concept juridique d'Etat, et que la mission du prophète était une mission purement religieuse et n'avait pas pour objet la constitution d'un Etat<sup>(1)</sup>.

92. Un autre auteur, Chafik CHEHATA, a essayé d'établir quant à lui, dans divers écrits, qu'il ne peut pas exister de rapports de fondement entre le droit musulman et le droit positif, dans la mesure où le droit musulman serait un droit laïque et positif.

93. D'après cet auteur, les versets coraniques ayant trait aux rapports entre les hommes et ayant un caractère juridique sont très peu nombreux et contiennent souvent des principes généraux. Quant à l'essentiel des règles juridiques du droit musulman, elles sont l'œuvre des jurisconsultes musulmans, donc l'œuvre des hommes<sup>(2)</sup>.

<sup>(1)</sup> M. HAKKI, Commentaire du livre « L'islam et les fondements du pouvoir », Lib. El Hayet, Beryrouth, 1978, cité par M. CHARFI, Introduction op.cit, n°84, réf. N°61 ; Cf-aussi, M. CHARFI, Introduction, op.cit n°100 et S ; M. CHARFI, Islam et liberté, le malentendu historique, Albin Michel, Paris, 1998.

<sup>(2)</sup> Chafik CHAHATA, Etudes de droit musulman, P.U.F, 1971, p. 42 ; Droit musulman, précis Dalloz, 1970, p 7 et S ; la religion et les fondements du droit en islam, Revue algérienne juridique, économique et politique, 1973, p. 563 ; M. EL SHAKANKIRI, loi divine, loi humaine et droit dans l'histoire juridique de l'islam, Rev. int. de droit comparé, 1981, p. 767. Cf. , aussi, M. CHARFI, Introduction à l'étude de droit, op.cit, n° 100 et S : A. MEZGHANI, Réflexions sur les relations du code du statut personnel avec le droit musulman classique, R.T.D 1975, II, p. 53.

94. Ces thèses ont reçu leur expression positive pour la première fois en Turquie d'après la première guerre mondiale, après la chute du dernier califat musulman, celui de l'empire ottoman.

## 2. La confusion entre le droit musulman et le droit positif

95. Les thèses de la séparation entre le droit musulman et le droit positif n'ont pas eu de succès dans les pays arabo-musulmans. Plusieurs auteurs, outre qu'ils contestent les arguments relatifs à la séparation entre Islam et Etat, estiment que le droit musulman doit être conçu en même temps comme étant un ensemble de règles positives, et comme un système cohérent permettant d'établir le droit positif.

96. En effet, dans le Coran et la Sunna, on trouve un ensemble de règles précises, destinées à régir les rapports sociaux. Ces règles doivent être retenues par le législateur et être appliquées par le juge. Mais par ailleurs, il existe aussi dans le Coran et la Sunna, des règles générales d'essence supérieure, représentant la justice sur terre, et à partir desquelles les jurisconsultes musulmans ont pour mission de dégager les solutions concrètes aux litiges qui opposent les membres de la société. C'est le rôle de l'Ijtihad, effort créateur des savants musulmans à partir des textes fondamentaux<sup>(1)</sup>.

97. Le droit musulman, en tant que droit positif, reçoit aujourd'hui application directe dans plusieurs pays musulmans comme dans le royaume d'Arabie Saoudite, les républiques islamiques de Pakistan, d'Iran ou du Soudan...

(1) محمود الشربيني، الشريعة الإسلامية أصل النظريات القانونية، مجلة القضاء والتشريع، 1981، عدد 10، ص 21، محمد الطاهر السنوسي، مطلع الداروي بتوجيه النظر الشرعي على القانون العقاري، (دون ناشر ولا تاريخ)، وهبة الزحيلي، الفقه الإسلامي وأدلته، دار الفكر، دمشق، الطبعة الثالثة، 1989، الجزء الأول، وفي تقديم الكتاب خاصة ص 7 و 8، سيد عبد الله علي حسين، المقارنات التشريعية بين القوانين الوضعية المدنية والتشريع الإسلامية، مقارنة في فقه القانون القرني ومذهب الإمام مالك ابن أنس رضي الله عنه، طبع دار إحياء الكتب العربية، القاهرة، الطبعة الأولى 1949، الجزء الرابع، ص 335-336، محمد مصطفى شلبي، المدخل في التعريف بالفقه الإسلامي وقواعد الملكية والعقود فيه، دار النهضة العربية، بيروت، الطبعة الثانية 1969.

## 3. Le droit musulman, fondement du droit positif

98. Selon une troisième théorie, qu'on rencontre dans plusieurs pays musulmans, le droit musulman est retenu comme l'un des fondements importants du droit positif. Dans ces pays, le droit musulman guide le législateur lorsqu'il élabore les règles de droit, de même qu'il inspire le juge dans l'interprétation du droit positif. Mais il n'est pas retenu comme un droit positif par lui-même, à moins que le législateur ou le juge n'adoptent directement et expressément ses règles<sup>(1)</sup>.

99. C'est le cas du droit positif tunisien dont l'examen nous permet d'affirmer que le droit musulman sert de fondement au droit positif, inspirant le législateur, et guidant le juge dans l'interprétation de plusieurs règles juridiques.

## B. L'approche entre droit musulman et droit positif tunisien

100. L'examen du droit positif tunisien démontre qu'il s'est assez souvent inspiré du droit musulman. En effet, l'islam est la religion de l'Etat tunisien, il donne son fondement à de nombreuses règles législatives, et il sert de source d'interprétation pour le juge.

### 1. L'islam, religion de l'Etat tunisien

101. Cette affirmation se fonde sur l'article premier de la constitution tunisienne. D'après cet article premier, «la Tunisie est un Etat libre, indépendant et souverain, sa religion est l'islam, sa langue l'arabe, et son régime la république». Il s'agit là d'une affirmation

(1) M.D. SANTILLANA, *Avant-propos de l'avant-projet de Code civil et commercial tunisien*, imprimerie générale, Picard (J) et compagnie, Rue AL DJAZIRA, 1899.

محمود شمام، الفقه الإسلامي وتأثيره في التشريع الوضعي، مجلة القضاء والتشريع، 1977، عدد 1، ص 13، عبد الرزاق أحمد السنهوري، مصادر الحق في الفقه الإسلامي، دراسة مقارنة بالفقه الغربي، دار النهضة العربية، القاهرة، 1954-1959، عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، الجزء الأول، الكلمة الإفتتاحية و ص 44 وما يليها، دار إحياء التراث العربي، بيروت، لبنان، محمد وحيد الدين سوار، الإتجاهات العامة في القانون المدني الأردني، دراسة موازنة للفقه الإسلامي والمدونات العربية، نشر مكتبة دار الثقافة، عمان، الأردن، 1996، الطبعة الأولى، المقدمة والتمهيد، صبحي المحمصاني، النظرية العامة للموجبات والعقود في الشريعة الإسلامية، بحث مقارنة في المذاهب المختلفة والقوانين الحديثة، دار العلم للملايين، بيروت، الطبعة الثانية، 1972، مقدمة الكتاب.

solennelle, dans le premier texte de l'ordonnancement juridique tunisien, selon laquelle l'islam est la religion de l'Etat. En outre, on trouve dans la constitution et dans la loi d'autres dispositions qui confortent cette affirmation de principe. D'une part, à la tête de la république, il y a un président de la république qui doit être musulman. L'article 38 de la constitution l'énonce expressément : «Le président de la république est le chef de l'Etat, sa religion est l'islam ». Cette exigence n'est d'ailleurs par une pétition de principe, dans la mesure où l'article 40 de la constitution exige encore que le candidat à la présidence de la république doive soumettre sa candidature à une commission dont le mufti de la république est membre.

102. D'autres part, il existe une direction auprès du premier ministère, qui est la direction du culte. Prévue par le décret n°70-118 du 11 avril 1970, elle s'occupe d'après l'article 5 de l'instruction religieuse islamique, de la construction des mosquées, de la nomination et de la rétribution des imams, ... ainsi que des relations avec les organisations islamiques étrangères et toutes autres questions relatives au culte. Plus tard, un décret n°94-597 du 22 mars 1994 précise les attributions d'un nouveau ministère : le ministère des affaires religieuses. D'après l'article 2 de ce décret, le ministère a pour mission notamment de prendre soin du Coran, d'encourager son apprentissage, sa récitation et sa compréhension, de participer au renforcement de la recherche scientifique dans le domaine islamique, de prendre soin des mosquées et monuments religieux, de superviser les cadres des mosquées (imams, prédicateurs...), d'organiser le pèlerinage et la omra...

103. En outre, le Mufti de la république est un personnage officiel régi par le décret n°62-107 du 6 avril 1962. L'article 2 de ce décret énonce que le Mufti est le Conseiller de l'Etat pour toutes les affaires charaïques et islamiques. Il est nommé par décret pris par le président de la république.

104. On peut citer encore la création Conseil islamique supérieur par le décret N°89-118 du 9 janvier 1989. Ce conseil est chargé d'une mission consultative à propos de toutes les questions que lui soumet le gouvernement, relatives à l'application de l'article

premier de la constitution, ou relatives au domaine social et à la doctrine musulmane. A cet effet, l'article 2 du décret lui permet de faire «toute proposition, de nature à préserver la nation, quant à sa religion, de tout relâchement moral, de toute claustration et de tout ce qui aurait une influence négative sur les fondements de son authenticité ». Les membres de ce conseil sont désignés par décret.

105. Notons enfin, que la Tunisie est membre du congrès islamique depuis sa création. Ce congrès est une instance supérieure qui réunit dans ses membres tous les pays islamiques<sup>(1)</sup>.

## 2. Le droit musulman en législation

106. Il existe plusieurs textes de lois inspirés directement du droit musulman.

107. A cet égard, il est de coutume de citer les dispositions du code du statut personnel du 13 août 1956. Il s'agit d'un ensemble de dispositions relatives au statut personnel inspirées directement du droit musulman selon les écoles Malekite et Hanafite. Notamment, les règles relatives au droit successoral sont essentiellement inspirées du Coran, de la Sourate «Les femmes »<sup>(2)</sup>.

108. Dans le code des obligations et des contrats, on trouve encore des références expresses à la loi musulmane. Tel est le cas par exemple de l'article 575 qui dispose : «est nulle entre musulmans la vente de choses déclarées impures par la loi religieuse, sauf les objets dont elle a autorisé le commerce, tels que les engrais, animaux pour les besoins de l'agriculture ». C'est aussi le cas l'article 1253 qui prévoit qu'est «nulle de plein droit, entre musulmans, toute société ayant pour objet des choses prohibées par la loi religieuse, et entre toutes personnes, celle ayant pour objet des choses qui ne sont pas dans le commerce ». On peut citer aussi, sans être exhaustif, l'article

<sup>(1)</sup> Loi n°73-1 du 31 janvier 1973, ratifiant la charte de Jeddah du 18 moharrem 1392 (4 mars 1972).

<sup>(2)</sup> Conférence de presse du Secrétaire d'Etat à la justice à l'occasion de la publication des deux décrets-lois relatifs à la modification de la loi sur l'état civil et du Code du statut personnel, R.J.L. 1966, n° spécial, la justice 10 ans après p.193 CF. encore, M. CHARKAOUI l'évolution, esprit de la loi islamique, Bibliothèque moderne, Beyrouth, 2<sup>ème</sup> éd, 1969, p. 271.

1107 du même code qui, à propos du contrat de mandat, déclare le mandat nul «s'il a pour objet des actes contraires à l'ordre public, aux bonnes mœurs ou aux lois civiles ou religieuses »<sup>(1)</sup>.

### 3. Le droit musulman et le juge

109. Lorsque le juge tunisien est en présence d'un texte obscur, ou d'une lacune la loi, il effectue parfois son œuvre d'interprétation en ayant recours au droit musulman. Le domaine d'élection de cette interprétation est le statut personnel<sup>(2)</sup>. Ainsi, par exemple, le problème s'était posé de savoir quelles sont les causes d'indignité successorale, et la cour de cassation s'est référée expressément au droit musulman. Tel est encore le cas pour l'interprétation des règles relatives à la détermination de l'héritier<sup>(3)</sup>. Il en a été de même à propos du changement de résidence du gardien d'un enfant et son influence sur le droit de garde<sup>(4)</sup>. Il faut remarquer que le recours par le juge au droit musulman ne s'arrête pas au droit de la famille, mais peut toucher d'autres domaines. Ainsi, en matière de droit de la preuve, la cour de cassation a admis le témoignage d'une seule personne en se fondant sur le droit musulman qui ne rejette pas dans tous les cas, le témoignage unique<sup>(5)</sup>.

110. En conclusion, il apparaît clairement de l'ensemble des données qui précèdent, que le droit musulman constitue certainement l'un des fondements importants du droit positif tunisien, inspirant le législateur et légitimant certaines règles du droit positif, de même qu'il sert à inspirer le juge dans son interprétation de certains textes obscurs ou du silence de la loi.

<sup>(1)</sup> M.D. SANTILLANA, *Avant-propos de l'avant-projet de Code civil et commercial tunisien*, Imprimerie générale, Picard (J) et Compagnie, rue Aldjazira, 1899.

<sup>(2)</sup> E. G de LAGRANGE, *le législateur tunisien et ses interprètes*, R.T.D 1968, p. 11

<sup>(3)</sup> Civ. n° 3384, du 31 janvier 1966, R.J.L. 1967, n°6 p. 37, R.T.D 1968, p. 115, note E. de LAGRANGE ; Civ. n°19407, du 27 septembre 1990, B. 1990, p. 228.

<sup>(4)</sup> Civ. n°3984, du 20 décembre 1965, R.J.L 1966, n°3, p. 46, R.T.D 1966-76, p. 195, note E. de LAGRANGE.

<sup>(5)</sup> Civ. n°2975, du 12 février 1981, R.J.L 1982, n°3, p. 106.

## CHAPITRE DEUXIEME

# L'EVOLUTION ET LES STRUCTURES DU DROIT POSITIF TUNISIEN

111. Le droit tunisien en tant que phénomène social, a connu une évolution intéressante liée directement à l'évolution de l'histoire du pays. C'est cette évolution qu'il faudra retracer avant d'étudier les structures du droit positif tunisien tel qu'il se présente de nos jours.

## Section première L'évolution du droit tunisien

112. L'évolution du droit tunisien est directement liée à l'histoire de la Tunisie. Or, notre pays a connu quatre grands moments dans son histoire, l'époque antérieure à l'islam, l'époque liée à l'avènement de l'islam, l'époque du protectorat et enfin l'époque de l'indépendance.

### A. Avant l'islam

113. La Tunisie d'avant l'islam est passée par une évolution en quatre étapes essentielles : celle de Carthage, celle de Rome, celle des Vandales et enfin celle de Byzance.

#### 1. Carthage (814-146 avant J.C.)

114. Si on laisse de côté l'étape historique de la Tunisie avant Carthage, qui est très riche en enseignements historiques, mais de laquelle on dispose de peu d'éléments juridiques<sup>(1)</sup>, on peut dire que les signes de l'évolution du droit existent à partir de l'époque carthaginoise.

<sup>(1)</sup> Hédi SLIM, *Histoire de la Tunisie*, tome 1er, S.T.D, Tunis, p. 7 à 22 ; R. JAMBU-MERLIN, *Le droit privé en Tunisie*, préf. G. LE BRAS, Paris, L.G.D.J., 1960, n°8 p. 12.

115. Cette époque avait commencé par l'arrivée des premiers phéniciens venus s'installer en Tunisie. Ceux-ci paraissaient avoir fondé leur plus ancienne colonie, Utique, vers 1101 avant J.C. Dès cette époque, les Phéniciens avaient établi des relais et des comptoirs le long des côtes tunisiennes, qui correspondaient en même temps à des points d'eau et de ravitaillement, mais aussi de relâche des navires. Ces divers relais en Tunisie servaient à atteindre un but ultime, l'Espagne<sup>(1)</sup>.

116. Carthage fût fondée en 814 avant J.C grâce à un site très avantageux, «placée au bord d'un golfe, à l'abri d'un cap qui lui assurait une sécurité absolue et favorisée par une position centrale en Méditerranée». Grâce aussi à ses fondateurs qui étaient aussi énergiques qu'intelligents, Carthage pouvait prospérer et même rayonner. Elle pût construire un immense empire maritime en Méditerranée, s'assurant l'exclusivité du transit vers l'orient<sup>(2)</sup>.

117. Carthage était dotée d'une constitution qui régissait la vie publique de la Cité et de tout le territoire carthaginois à partir du milieu du 6ème siècle avant J.C. «En premier lieu, cette constitution accorde au peuple le droit de vote. Elle proclame le principe de l'élection des rois, des généraux, des magistrats. Elle garantit le droit au travail à tous les citoyens. Les affaires de l'Etat se trouvaient donc entre les mains de rois élus, de sénateurs choisis dans la classe riche, et de l'ensemble des citoyens. Le droit de cité pouvait être concédé à des étrangers que l'Etat en jugeait dignes. Le droit de propriété était reconnu »<sup>(3)</sup>.

118. Le sénat, sorte de pouvoir législatif, «délibère sur les questions de guerre et de paix... Dans la politique intérieure, il prend les mesures qu'il juge nécessaire à la sécurité de l'Etat, s'efforçant de couper court aux projets d'un ambitieux, de "réconcilier deux personnages puissants dont la rivalité affaiblit la république, d'apaiser

<sup>(1)</sup> Hédi SLIM, *op.cit* p. 21, R. JAMBU-MERLIN, *op.cit* n°9, p.13.

<sup>(2)</sup> A. PELLEGRIN, *Histoire de la Tunisie*, ed. BEN SLAMA, Tunis, p. 42 ; Hédi SLIM, *op.cit*, p. 27.

<sup>(3)</sup> M. BOUALI, *Introduction à l'histoire constitutionnelle de la Tunisie*, T.I. éd EN-NAJAH, Tunisie, 1963, p.33 ; J. AUBONNET, *Aristote, politique*, Paris, 1960, p.170 et S. GSELL, *Histoire ancienne de l'Afrique du Nord*, II, p. 228, cités par M. BOUALI, *op.cit*, T.I, p. 105, réf. 9 et 10.

des rebelles en négociant avec eux. Il a sans doute à statuer sur les impôts, les revenus publics, l'usage qu'il convient d'en faire, à surveiller l'administration financière »<sup>(1)</sup>.

119. C'est pourquoi plusieurs historiens affirment que cette constitution constitue la première manifestation des idées de souveraineté, de démocratie et de liberté. Aristote, l'un des plus illustres philosophes de l'humanité, l'avait déjà affirmé dans son ouvrage «Politique», où après avoir étudié les cent cinquante huit constitutions connues à son époque disait à propos de celle de Carthage : «la constitution Carthaginoise présente un grand caractère de sagesse. (Elle) est surtout excellente ; quoique le peuple y ait part au gouvernement, jamais sédition n'a troublé l'Etat, jamais tyran n'a menacé la liberté »<sup>(2)</sup>.

120. Carthage devait demeurer ainsi jusqu'à sa destruction par les Romains à la suite de la troisième guerre punique en l'an 146 avant J.C.

## 2. La Tunisie sous les romains (146 av. J.C – 439 après J.C.)

121. Avec la chute de Carthage, Rome décide d'annexer la Tunisie et d'en faire une province romaine, la provincia africa.

122. Au début de son installation en Tunisie, Rome n'avait pas l'intention de coloniser le pays, mais simplement de garantir la protection de la péninsule italique à laquelle Hannibal fit courir un danger mortel. Mais par la suite, et avec l'essor de Rome devenue maîtresse de toute la Méditerranée, elle étendit l'emprise de la civilisation latine sur toute l'Afrique.

123. Carthage était dirigée par un proconsul désigné par le sénat avec agrément de l'empereur, parmi ses membres. «le proconsul avait, néanmoins, les pouvoirs les plus étendus pour assurer l'ordre et l'administration, rendre la justice au civil et au criminel... en cas

<sup>(1)</sup> S. GSELL, *op.cit*, II, p. 88, cité par M. BOUALI, *op.cit*, T. I, p. 106 réf. n° 18.

<sup>(2)</sup> Aristote, référence citée par M. BOUALI, *op.cit*, T.I, p. 108, n°31. Cf. aussi, A. AMOR, *Précis de droit constitutionnel*, C.E.R.P, Tunis 1987, p. 298 à 302.

d'absence ou de maladie, il était remplacé par le plus âgé des procureurs, hauts fonctionnaires chargés de gérer les domaines impériaux et de faire rentrer les impôts d'Etat dans la caisse du trésor. Les procureurs relevaient directement de César »<sup>(1)</sup>.

124. La domination romaine eût pour effet le développement rapide des villes et des cités ayant leur autonomie administrative. Il y eut en conséquence une vie municipale assez développée. Il y en avait de 4 variétés.

- la colonie romaine : dont les habitants sont des citoyens romains, et ont tous les droits de ces derniers, notamment le droit d'élire un conseil municipal qui a les mêmes prérogatives que celles reconnues aux conseils de Rome.

- le municipe romain, organisation comparable à celle des colonies romaines, composée elle aussi de citoyens romains, mais dont les biens fonciers sont soumis à des charges que ne supportent pas les colonies.

- le municipe latin, dont les institutions sont identiques aux deux premières, mais dont les habitants ne sont pas des citoyens romains. Leur droit de cité est cependant inférieur aux premiers dans la mesure où il est soumis à un contrôle effectif du proconsul.

- les communes pérégrines, comprennent des indigènes berbères, sédentaires ou nomades. Ces communes étaient sévèrement contrôlées par le pouvoir central, et soumises à l'autorité de « principes » nommés par le proconsul et contrôlés par des fonctionnaires romains<sup>(2)</sup>.

125. A l'intérieur de ces groupements, l'appartenance n'était pas très rigide. « Le pérégrin peut recevoir le droit latin, le citoyen de droit latin peut devenir citoyen romain, le citoyen romain qui s'est distingué dans les fonctions municipales peut recevoir de l'empereur le rang de chevalier et être appelé aux emplois de l'Etat »<sup>(3)</sup>.

<sup>(1)</sup> A. PELLEGRIN, *op.cit.* p. 80 ; R. JAMBU-MERLIN, *op.cit* n°12, p. 18.

<sup>(2)</sup> A. PELLEGRIN, *op.cit* p. 82 ; A. AMOR, *op.cit.* p. 306.

<sup>(3)</sup> A. PELLEGRIN, *op.cit* p. 82 ; A. AMOR, *op.cit.* p. 307.

126. L'appréciation générale de la domination romaine est qu'elle exerça une longue influence en Afrique dont on retrouve des traces non seulement dans le domaine économique, mais aussi dans le domaine culturel et juridique<sup>(1)</sup> ; le système juridique romain avait été appliqué pendant longtemps, bien qu'il n'en existât plus de trace notamment avec l'avènement de l'Islam dans notre pays<sup>(2)</sup>.

### 3. La Tunisie sous les Vandales (439 à 533 ap. J.C.)

127. Peuple germanique, les vandales, après avoir battu les romains, et sous l'autorité d'un jeune roi, Genséric, débarquèrent sur les côtes africaines en 429 après J.C et s'installèrent à Carthage en 439. Genséric fit de Carthage sa capitale et le « point de départ de l'organisation de sa conquête »<sup>(3)</sup>.

128. Les institutions vandales étaient caractérisées par le pouvoir absolu du roi dans tous les domaines, tant administratif que militaire ou judiciaire. S'agissant des lois, « les vandales étaient jugés selon leurs lois et coutumes, mais les latins et les Africains continuèrent à être assujettis à la loi romaine et avaient à leur tête un proconsul romain qui était un haut personnage de la cour royale »<sup>(4)</sup>.

### 4. La Tunisie sous byzance (533-698 après J.C)

129. Après la division de l'empire romain en 395 après J.C, s'est formé un empire d'Orient dans le sud-est d'Europe, ayant pour capitale Constantinople. Cet empire romain de Byzance, à l'époque de l'Empereur Justinien, avait récupéré Carthage et l'Afrique romaine en 533 après J.C, délogeant par-là les vandales.

130. En ordonnant la réorganisation de l'Afrique, Justinien avait pour pensée de faire assurer l'ordre et la paix d'une manière permanente dans ces territoires récupérés<sup>(5)</sup>.

<sup>(1)</sup> A. PELLEGRIN, *op.cit.* p. 100.

<sup>(2)</sup> M. CHARFI, *Introduction*, *op.cit* n°169.

<sup>(3)</sup> H. SLIM *op.cit.* p 313, A. PELLEGRIN, *op.cit.* p. 102.

<sup>(4)</sup> A. PELLEGRIN, *op.cit.* p. 104 ; A. AMOR, *op.cit* p. 308 ; R. JAMBU-MERLIN, *op.cit* n°14, p. 22

<sup>(5)</sup> A. PELLEGRIN, *op.cit.* p.114 ; R. JAMBU-MERLIN, *op.cit.* n°15, p.23.

131. La colonie africaine, dont la capitale était Carthage, devait être divisée en sept provinces dirigées soit par des consulaires soit par des proesides. A la tête de toutes les provinces se trouvait «le préfet du prétoire», personnage qui avait toutes les attributions, administratives, législatives, judiciaires et financières. Il était le représentant de l'empereur et cumulait, avec ses fonctions, celles de Commandant en Chef des troupes d'Afrique<sup>(1)</sup>.

132. Mais la paix ne dura pas longtemps et les révoltes se succédèrent à un rythme accéléré, préparant l'avènement de la conquête arabe et du règne de l'Islam.

#### B. L'Islam (660 après J.C. jusqu'à nos jours)

133. Vers 660 après J.C, plusieurs expéditions organisées par les Arabes et partant d'Egypte, ont permis de s'avancer jusque dans la plaine de Kairouan où fût établi un premier camp. Mais, c'est vers 667 qu'une expédition organisée à partir de Médine, et placée sous les ordres d'un homme audacieux et courageux Okba Ibn Nafaâ, permit de fonder la ville de Kairouan et d'y bâtir une majestueuse mosquée en 670. C'était le point de départ de la conquête de l'Afrique qui devait aboutir en l'an 700, à la conquête définitive de Carthage<sup>(2)</sup>. «La Tunisie était maintenant conquise par un peuple et une religion qui devaient marquer, d'une façon définitive, le cours ultérieur de son histoire. Coupée de l'occident et de sa civilisation, elle regardera, désormais, vers l'Orient musulman»<sup>(3)</sup>.

134. L'influence de la conquête musulmane sur le droit est incontestable, le droit musulman constituant le droit positif directement applicable. La doctrine juridique dominante est la doctrine Sunnite et le rite malékite est le plus répandu. Certes, les fatimides ont instauré le chiisme comme doctrine officielle au 10<sup>ème</sup> siècle, mais bien vite, les savants de Kairouan reprendront leur rôle et

<sup>(1)</sup> H. SLIM, *T.I op.cit*, p. 361 ; A. PELLEGRIN, *op.cit* p. 114 ; M. BOUALI, *op.cit* T.I, p. 133.

<sup>(2)</sup> A. PELLEGRIN, *op.cit*, p. 126 ; H. SLIM *T.I op.cit*, p. 392.

<sup>(3)</sup> H. SLIM, *T. I, op.cit*, p. 393.

le malékisme restera ainsi la doctrine majoritaire de tout le Maghreb<sup>(1)</sup>.

135. Une date importante dans l'histoire de la Tunisie est celle du 15 juillet 1574, date à laquelle la Tunisie fût prise par les Ottomans, mettant fin au règne de la dynastie Hafside.

136. En juillet 1705, investi par l'empire Ottoman des fonctions de bey, Hussein Ben Ali fonda la dynastie husseinite. Cette dynastie devait présider aux destinées de la Tunisie pendant plus de deux siècles et demi. L'une des réformes de cette dynastie était le pacte fondamental du 10 septembre 1857. Il s'agissait d'une charte reconnaissant les libertés fondamentales de l'homme, à l'instar des réformes politiques introduites dans l'empire Ottoman sous le nom de Tanzimet<sup>(2)</sup>.

Ce pacte stipulait :

- « 1. Complète sécurité à tous les sujets, sécurité des personnes, des biens, de l'honneur ;
2. Egalité devant l'impôt ;
3. Egalité devant la loi ;
4. Liberté des consciences et sécurité des cultes ;
5. Principe de la conscription au sort ;
6. Assesseurs israélites pour les tribunaux criminels ;
7. Principe d'un tribunal de commerce ;
8. Egalité des musulmans et des non-musulmans dans l'application des règlements ;
9. Liberté de commerce pour tous et interdiction pour le gouvernement de s'y livrer ;

<sup>(1)</sup> M. TALBI, *Biographies aghlabides, extraites des Madarik du Cadi Abou Al Fadhl Iyadh (1083-1149 Ap. J. C.)*, Imprimerie Officielle de la République Tunisienne, Tunis, 1968, cite pas moins de 173 éminents jurisconsultes musulmans dont grand nombre ont appris la Sharia directement de l'Imam Malek, Fondateur de l'un des 4 rites fondamentaux de l'Islam. Parmi ces jurisconsultes, on peut citer Abdallah Ibn Ganem, Bahloul Ibn Rached, Assad Ibn Al Fourat, Ali Ibn Zied, Abdallah Ibn Farroukh, l'Imam Sahnoun (ce dernier n'a pas rencontré l'Imam Malek directement) ; Cf. aussi, H. DJAIT, *Histoire de la Tunisie*, T2, La conquête arabe et l'émirat, S. T. D., Tunis, p. 165.

<sup>(2)</sup> Sur les circonstances ayant entouré ce pacte fondamental, cf. M. SMIDA, *Histoire de la Tunisie*, T. 3, S.T.D, Tunis, p. 330.

10. Liberté pour les étrangers d'exercer tous les métiers à condition de se soumettre aux lois du pays en la matière ;

11. Droit pour les étrangers d'acquérir des biens immobiliers »<sup>(1)</sup>.

137. Ce texte, directement imposé par la France à travers la personne de son consul Léon Roches, montre à travers ses articles les véritables mobiles du pacte fondamental, destiné à accroître les privilèges de la France et des Français en Tunisie, et peut être, préparer le protectorat<sup>(2)</sup>. Le 11ème point du pacte était notamment la grande conquête de la France car il lui ouvrait le droit à la pénétration dans la vie foncière et agricole du pays.

138. Le deuxième texte important qui avait suivi le pacte fondamental était la constitution du 26 avril 1861 qui fût le couronnement de la politique réformiste des princes husseinites du 19ème siècle. Cette constitution visait à établir un régime constitutionnel. Elle prévoyait l'existence de trois pouvoirs : le pouvoir exécutif détenu par le bey et ses ministres, le pouvoir législatif appartenant au conseil suprême, et le pouvoir judiciaire reconnu aux différents tribunaux.

139. Le conseil suprême était dans cette constitution un pouvoir important dans la mesure où l'article 63 énonçait que le concours de ce conseil était indispensable pour toutes les dispositions énoncées ci-dessous : faire de nouvelles lois, modifier la loi, augmenter ou diminuer les traitements ou les dépenses quels qu'ils soient, augmenter l'armée, son matériel ou celui de la marine, introduire une nouvelle industrie et toute chose nouvelle, révoquer un fonctionnaire coupable, interpréter la loi. L'article 9 prévoyait même que le Conseil avait la prérogative de déposer le bey si ses actes étaient jugés inconstitutionnels. L'impartialité des juges était garantie par leur inamovibilité prévue par l'article 28 de cette même constitution<sup>(3)</sup>.

<sup>(1)</sup> M. SMIDA, *op.cit.*, T 3, p. 332.

<sup>(2)</sup> M. SMIDA, *op.cit.*, T. 3 p. 333.

<sup>(3)</sup> M. SMIDA, *op.cit.*, T. 3 p. 337. *A propos de la constitution de 1861*, Cf. A. AMOR, *La Constitution tunisienne de 1861*, Revue « Servir », 1974-75, n°15 et 16, p.51

140. Ces deux premiers textes étaient annonciateurs de la codification. Ils étaient suivis de la promulgation du code civil et criminel tunisien, à la même année 1861. Ce code traitait du droit pénal, de la procédure civile et pénale, et du droit civil dans certains de ses aspects.

141. Cependant, le régime issu de la constitution de 1861 ne resta en vigueur que pendant trois ans (1861-1864) et fût vite abrogé après la révolte de Ali Ben GHDAHOM<sup>(1)</sup>. C'était, avec les grandes difficultés financières que connût la Tunisie, le prélude à la colonisation de la Tunisie par la France, sous le régime du protectorat.

### C. Le Protectorat (1881-1956)

142. La Tunisie avait perdu son indépendance par le Traité du Bardo signé le 12 mai 1881 par lequel la France s'était reconnue le statut de protecteur de la Tunisie. Un second texte, aussi important dans la consécration de la domination de la France, fût le traité de la Marsa du 8 juin 1883 grâce auquel la France se reconnaissait le droit d'intervenir dans tous les domaines en Tunisie. L'article premier de ce traité édictait notamment : « Afin de faciliter au gouvernement français l'accomplissement de son protectorat, son Altesse le Bey de Tunis s'engage à procéder aux réformes administratives, judiciaires et financières que le gouvernement français jugera utiles ».

143. Dans le domaine juridique, le protectorat français s'était traduit par l'élaboration et l'adoption de plusieurs textes régissant les divers domaines du Droit<sup>(2)</sup>. Certains textes avaient d'ailleurs été faits pratiquement dans l'intérêt essentiel des français eux-mêmes. Citons à cet égard le « Code foncier » du 1er juillet 1885 qui avait permis à la France de faciliter l'occupation par les colons des meilleures terres de la Tunisie<sup>(3)</sup>.

<sup>(1)</sup> M. SMIDA, *op.cit.*, T 3, p. 338

<sup>(2)</sup> R. JAMBU-MERLIN, *op.cit.* n°73, p. 91

<sup>(3)</sup> M. K. CHARFEDDINE, *L'évolution historique du régime foncier tunisien*, R.J.L 1987, n°9, p. 21 ; A. MAHJOUR, *L'établissement du protectorat en Tunisie*, publications de l'université de Tunis, Faculté des lettres et des sciences humaines de Tunis, IV, vol XVIII, 1977, p. 291.

144. Un autre code très important doit être cité ; il s'agit du code des obligations et des contrats du 15 décembre 1906, entré en vigueur le 1<sup>er</sup> juin 1907. Ce code était l'œuvre d'une commission qui avait été instituée en 1896, composée de juristes tunisiens et de juristes français et dont le rapporteur était M.D SANTILLANA, spécialiste de droit musulman et connaisseur des droits des pays européens. Les travaux préparatoires de ce code démontrent d'ailleurs que ses auteurs s'étaient inspirés beaucoup du droit musulman ainsi que, des droits français, allemand, suisse, italien et de la jurisprudence de l'époque<sup>(1)</sup>.

145. D'autres textes non moins importants avaient aussi vu le jour sous le protectorat. Tel était le cas du Code de procédure civile du 24 septembre 1910, du Code pénal du 9 juillet 1913, du code d'instruction criminelle du 30 décembre 1921. Plusieurs lois qui n'avaient pas la forme de codes avaient été également adoptées. On peut citer à titre d'exemple la loi française sur l'assurance de 1930 introduite en Tunisie par le décret de 1931.

146. Ce qui est remarquable, c'est que plusieurs textes du protectorat ont pu être conservés par le législateur de l'indépendance, car ils ne nécessitaient pas de réforme globale. C'est le cas du code des obligations et des contrats, ou encore du code pénal.

#### D. L'indépendance

147. La Tunisie a accédé à l'indépendance le 20 mars 1956, date de la signature du protocole franco-tunisien mettant fin au protectorat en Tunisie. Un événement aussi important devait avoir lieu une année plus tard, c'est la proclamation de la république le 25 juillet 1957. Cette proclamation a été suivie, deux ans plus tard, par l'adoption de la constitution tunisienne du 1<sup>er</sup> juin 1959.

<sup>(1)</sup> SANTILLANA, *Avant-propos du code civil et commercial tunisien, Avant-projet discuté et adopté au rapport de M.D.SANTILLANA, travaux de la commission de codification des lois tunisiennes, fascicule I, Imprimerie générale J.PICARD et Cie, Rue Al Djazira, Tunis, 1899.*

148. Sur le plan juridique, l'ère de l'indépendance a été fertile en événements, non seulement quant à la promulgation des lois, mais aussi, quant à l'unification de la justice.

#### 1. L'unification de la justice

149. Sous le protectorat, la Tunisie vivait sous le règne d'une justice divisée et hétérogène<sup>(1)</sup>.

150. En effet, un décret du 31 juillet 1884 liait la compétence des tribunaux à la nationalité des justiciables avec un privilège accordé aux juridictions françaises de Tunisie. Ce décret attribuait en matière civile et commerciale compétence aux tribunaux français dans les affaires où les Européens étaient en cause, et ne réservait qu'une exception aux tribunaux religieux pour le règlement des contestations relatives au statut personnel et aux successions des sujets tunisiens, musulmans ou israélites (juridictions charaïque – juridictions rabbiniques).

151. Il avait été même accordé à la justice française par différents décrets beylicaux une compétence exclusive dans des matières particulières, quelle que soit la nationalité des parties. Tel était le cas des accidents du travail (décret du 15 mars 1929), du registre de commerce (décret du 16 juillet 1926), de la vente et du nantissement du fonds de commerce (décret du 18 juillet 1927), de la profession de banquier (décret du 10 septembre 1935).

152. La justice française avait ainsi une compétence générale puisqu'il suffisait d'être européen, demandeur ou défendeur, pour qu'elle soit compétente. Elle était également compétente quelle que soit la nationalité des parties, lorsqu'il s'agissait de cas de compétence exclusive. La compétence des juridictions tunisiennes était par conséquent très réduite.

<sup>(1)</sup> H. ELGHACHEM, *L'organisation judiciaire de la Tunisie, Thèse, dactylo, Paris, 1950* ; S. MELLOULI, *Les effets de l'arrêt de cassation en matière civile, mémoire dactylo, Fac. De Droit, Tunis, 1976, p.1 à 5* ; R. JAMBU-MERLIN, *Le droit privé en Tunisie, op.cit, n°104, p. 134 et S* ; N. BEN AMMOU, *Le pouvoir de contrôle de la Cour de cassation, thèse, Fac. De Droit et des sciences politiques de Tunis, 1996.*

153. Avec l'autonomie interne, la convention franco-tunisienne du 3 juin 1955 a supprimé les extensions de compétence au profit de la justice française. Après l'indépendance, les tribunaux charaïques ont été intégrés aux juridictions de droit commun par l'effet du décret du 3 août 1956. Ensuite, la convention judiciaire franco-tunisienne du 9 mars 1957 a prévu la suppression des juridictions françaises de Tunisie et la dévolution de leur compétence aux juridictions tunisiennes. Enfin, par la loi du 27 septembre 1957, les juridictions rabbiniques ont été supprimées. Ainsi, en octobre 1957, la justice tunisienne a été totalement unifiée et sa compétence est devenue générale<sup>(1)</sup>.

Cet effort tendant à l'unification de la justice devait amener le législateur à accomplir aussi une grande œuvre législative.

## 2. La législation

154. L'ère de l'indépendance a été fertile en matière de législation<sup>(2)</sup>. L'une des premières œuvres législatives a été l'adoption le 13 août 1956, du code du statut personnel, véritable droit de la famille couvrant tous les aspects du statut personnel, à savoir le mariage, le divorce, la filiation, la capacité, les successions..., et applicable à tous les tunisiens sans distinction.

155. Parmi les autres codes importants de l'indépendance, on peut citer selon leur ordre chronologique :

- Le Code de la nationalité, en date du 26 janvier 1956, abrogé et refondu en 1963 ;
- Le code de procédure civile et commerciale, en date du 5 octobre 1959 ;
- Le code de commerce, en date du 5 octobre 1959 ;
- Le code de commerce maritime, en date du 24 avril 1962 ;

<sup>(1)</sup> A. CANAZZI, *La Convention judiciaire franco-tunisienne*, R.T.D 1955, p. 124 ; B. SLAMA, *A propos de la Cour de cassation*, R.J.L 1975, p. 77 ; M. CHARFI, *Introduction*, op.cit n° 189.

<sup>(2)</sup> R. JAMBU MERLIN, op.cit, n° 177 et S, p. 233 et S.

- Le code des droits réels, en date du 12 février 1965 ;
- Le code du travail, en date du 30 avril 1966 ;
- Le code de procédure pénale, en date du 6 août 1968 ;
- Le code de l'urbanisme, en date du 15 août 1979 ;
- Le code des assurances, en date du 9 mars 1992 ;
- Le code de l'arbitrage, en date du 26 avril 1993 ;
- Le code de la protection de l'enfant, en date du 9 novembre 1995.

L'ensemble de la législation nous amène à poser la question de savoir comment se présente globalement le droit positif tunisien moderne. C'est la question des structures du droit positif.

## Section deuxième Les structures du droit tunisien

156. Le droit tunisien peut être divisé en droit public et en droit privé. Cette distinction est d'ailleurs consacrée non seulement sur un plan doctrinal, mais même sur un plan pratique. Ainsi, cette distinction commande dans une certaine mesure la division des juridictions en juridictions de l'ordre judiciaire et juridictions de l'ordre administratif. On la trouve encore dans les règles applicables à l'administration publique et aux entreprises du secteur privé. Elle a aussi une incidence importante sur les voies d'exécution. Aussi, les matières juridiques sont elles partagés entre le droit public et le droit privé.

### **Paragraphe premier La distinction entre le droit public et le droit privé**

157. La distinction entre droit public et droit privé n'est pas nouvelle. Elle remonte même assez loin dans l'histoire. C'est ainsi que les romains ont déjà connu cette distinction et ULPIEN a déjà, à son époque, divisé le droit en droit public qui est le droit de l'Etat, et en droit privé, qui vise les intérêts des particuliers<sup>(1)</sup>. Le juriste français DOMAT (1625-1698), pour insister sur cette distinction, a élaboré deux ouvrages consacrés, l'un au droit public, l'autre au droit privé<sup>(2)</sup>. Cette distinction est nettement établie également dans les travaux de la doctrine française moderne<sup>(3)</sup>, et on la retrouve aussi dans les travaux de la doctrine tunisienne<sup>(4)</sup>.

Mais, que signifient ces deux expressions ?

158. Il est généralement admis que le droit public est le droit dont les règles régissent l'organisation de l'Etat, des collectivités publiques et des établissements publics pris comme expression de la puissance publique ainsi que leurs rapports avec les particuliers. M. DUVERGER dit que le droit public contient « l'ensemble des règles relatives au statut des gouvernants, à leurs pouvoirs et à leurs rapports avec les gouvernés »<sup>(5)</sup>.

159. Quant au droit privé, c'est le droit qui régit les rapports entre les particuliers individus ou groupes. M. DUVERGER définit le droit privé comme étant « l'ensemble des règles concernant les rapports juridiques entre gouvernés »<sup>(6)</sup>.

<sup>(1)</sup> A. AMOR, *Précis de droit constitutionnel*, C.E.R.P., Fac. de Droit de Tunis, 1987, op.cit., p.8 ; A. WEILL, *Droit civil, Introduction générale, Précis Dalloz*, 3<sup>ème</sup> éd., 1973, p. 33, n° 32 ; P. ORIANNE, *Introduction au système juridique*, Bruxelles, 1982, p. 95.

<sup>(2)</sup> A. AMOR, op.cit., p. 9 - A propos de cette distinction en droit musulman, cf. aussi, A. AMOR, op.cit., p. 10.

<sup>(3)</sup> R. SAVATIER, *Droit privé et droit public*, D. 1946, p. 25 ; H. MAZEAUD, *défense du droit privé*, D 1946, p. 17 ; RIVERO, *droit public et droit privé, conquête ou statut qui ?* D. 1947, p. 69 ; R. GUILLIEN, *Droit public et droit privé, Mél. Brethe de la Gressaye*, 1967, p. 311. Sur l'état de la question Cf. GHESTIN et GOUBEAUX, *Droit civil, Introduction*, op.cit., n° 93.

<sup>(4)</sup> M. CHARFI, *Introduction*, op.cit., n°194 et S ; A. AMOR, *précis de droit constitutionnel*, op.cit., p. 8.

<sup>(5)</sup> M. DUVERGER, *Institutions politiques et droit constitutionnel*, op.cit., p. 51.

<sup>(6)</sup> M. DUVERGER, *Institutions politiques et droit constitutionnel*, op.cit., p. 52.

160. De cette définition apparaît la première différence entre droit public et droit privé quant à leur but ; le premier vise à satisfaire les intérêts collectifs de la société alors que le deuxième permet de satisfaire les intérêts particuliers de sujets de droit.

161. On peut ajouter une deuxième différence tenant au caractère de ces deux droits et qui est la suite logique de la différence de but. Le droit public est essentiellement impératif, alors que le droit privé laisse une marge importante à l'autonomie de la volonté des particuliers.

162. Enfin, une dernière différence importante tient à la sanction de des deux droits. En effet, alors que le droit privé oblige le particulier à s'adresser à la justice pour obtenir une décision qu'il veillera à exécuter, le droit public quant à lui, mettant en cause l'Etat, celui ci dispose de ses propres moyens de contrainte permettant d'aboutir au respect de ses règles. L'acte administratif bénéficie d'une présomption de légalité et de ce qu'on appelle le privilège du préalable. L'administration peut exécuter directement ses actes sans les faire préalablement reconnaître par le juge<sup>(1)</sup>.

Cependant, cette distinction et ces différences ne se vérifient pas de manière absolue.

163. Tout d'abord, s'agissant du but poursuivi par les deux droits, la distinction n'est pas toujours certaine. En effet, des droits comme le droit du travail, le droit de la famille, le droit des transports, la procédure judiciaire, ne servent pas uniquement à satisfaire les intérêts individuels. Ils touchent même directement à la satisfaction de l'intérêt général de la collectivité.

164. Ensuite, s'agissant du caractère des deux droits, il n'est pas vrai que le droit privé n'est pas impératif. Plusieurs aspects du droit privé sont même d'ordre public. Il suffit de citer les législations particulières relatives au bail d'habitation, au bail commercial, les

<sup>(1)</sup> Y. BEN ACHOUR, *Droit administratif*, C.E.R.P., 1982, p. 601 et 604 ; A. WEILL, op.cit., p. 36, n° 35

nullités absolues des actes juridiques, le contrat de mariage, le droit de la filiation, l'organisation de la justice...

165. En outre, quant à la sanction des deux droits, l'Etat peut être condamné par une juridiction civile à la demande d'un particulier.

166. Ajoutons enfin que certains droits peuvent être difficilement classés dans l'une ou l'autre des catégories. Tel est le cas par exemple du droit pénal, ou du droit foncier.

167. Cependant, si la distinction entre droit privé et droit public ne se vérifie pas toujours, cela ne signifie pas qu'elle n'existe pas ou qu'elle soit inutile.

168. D'une part, le droit positif conserve la distinction malgré les rapprochements qui peuvent parfois être établis. Ainsi, l'administration est régie par ses propres règles, de même qu'elle est soumise à sa propre juridiction. Ces règles et cette juridiction sont nettement différentes de celles du droit privé<sup>(1)</sup>. La même affirmation peut être faite, s'agissant de l'organisation de l'Etat et des rapports entre les divers pouvoirs de l'Etat, ou encore des règles régissant les rapports entre les Etats.

169. D'autre part, la distinction entre droit public et droit privé permet de faciliter la présentation et la connaissance des règles de droit. Cela est d'autant plus vrai que les règles de droit sont aujourd'hui trop nombreuses et complexes, et la division en droit public et en droit privé permet, grâce à un effort de classification et grâce aux caractères généraux de chacun de ces droits, une meilleure perception des règles juridiques. En même temps, cette distinction répond à une nécessité, car on ne peut pas traiter de manière identique les rapports entre les particuliers et les rapports entre l'Etat et ses divers organes ou les rapports entre l'administration avec les administrés. Comme l'affirme A. WEILL, «une différence de méthodes et d'esprit contribue à la différenciation des groupements de règles»<sup>(2)</sup>.

<sup>(1)</sup> A. WEILL, *op.cit.*, p. 37, n° 37.

<sup>(2)</sup> A. WEILL, *Introduction*, *op.cit.*, n°29, p. 31.

La distinction étant ainsi établie entre le droit public et le droit privé, il reste à en déterminer le contenu.

### Paragraphe deuxième Le contenu de la distinction

170. La classification des diverses matières juridiques en matières de droit public ou en matière de droit privé n'est pas une classification légale, à moins de se référer aux matières d'enseignement du droit dans les facultés de droit et écoles et instituts de gestion et de commerce.

En réalité, cette classification est plutôt l'œuvre de la doctrine et constitue d'ailleurs une classification parfois imprécise puisque certaines matières peuvent relever indistinctement du droit public ou du droit privé et sont donc difficiles à soumettre à cette classification.

#### A. Les branches du droit public

Le droit public étant le droit qui régit l'organisation de l'Etat ainsi que les rapports entre l'Etat et les particuliers, il se divise en plusieurs branches dont on présentera les plus importantes.

##### 1. Le droit constitutionnel

171. D'après M. DUVERGER<sup>(1)</sup>, le droit constitutionnel peut être défini par référence à la constitution ou aux institutions politiques d'un pays.

172. Par référence à la constitution, le droit constitutionnel serait la branche du droit qui étudie les règles de la constitution, la constitution étant un texte écrit, déterminant l'organisation politique d'un pays.

<sup>(1)</sup> M. DUVERGER, *institutions politiques et droit constitutionnel*, *op.cit.*, p. 3

173. Mais le droit constitutionnel peut être défini par référence à ses institutions. Il désigne alors le droit qui s'intéresse à l'organisation de l'Etat, à son régime politique, à sa structure gouvernementale<sup>(1)</sup>.

174. En droit tunisien, le texte de base en cette matière est la constitution du 1er juin 1959.

175. D'après cette constitution, la Tunisie est un Etat dont le régime est la république, la religion est l'Islam et la langue est l'arabe. Dans divers chapitres, la constitution régit les libertés publiques, le pouvoir législatif, le pouvoir exécutif, le pouvoir judiciaire...

176. En dehors de la constitution il existe aussi des lois importantes touchant au droit constitutionnel, telles que celles relatives aux élections (le code électoral), ou encore la loi organisant les partis politiques (loi du 3 mai 1988).

## 2. Le droit administratif

177. Le droit administratif peut être défini comme étant le droit qui régit l'organisation et le fonctionnement de l'administration ainsi que les rapports existant entre l'administration et les administrés et les conflits qui peuvent les opposer<sup>(2)</sup>.

178. En France, le droit administratif a pour source essentielle la jurisprudence du Conseil d'Etat et des tribunaux administratifs. La jurisprudence française a créé le droit administratif en élaborant, à partir du contentieux, des règles propres à l'activité administrative (Responsabilité publique de l'administration pour faute de service, l'égalité devant le service public de l'administration, théorie du service public à caractère industriel et commercial, la police administrative...). Le Conseil d'Etat français étant d'une création ancienne, il a eu le temps de forger sa jurisprudence.

<sup>(1)</sup> Cf. sur la définition du droit constitutionnel en Tunisie, A. AMOR, *Précis de droit constitutionnel*, op.cit, p. 27 et S.

<sup>(2)</sup> J. RIVERO, *Droit administratif*, Précis Dalloz, Paris, 1973, 6<sup>ème</sup> éd, p. 201 ; G. VEDEL et P. DELVOLLE, *Droit administratif*, Thémis, PUF 11<sup>ème</sup> éd, 2. vol., 1990 ; p. 17 et S ; Y. BEN ACHOUR, *Droit administratif*, C.E.R.P., C.N.U.D.S.T, Tunis, 1982, p. 49, n°50.

179. En Tunisie, le Tribunal administratif est de création récente. Il date en effet du 1er juin 1972. A la naissance de ce Tribunal, un droit administratif d'origine légale et réglementaire a déjà bien vu le jour<sup>(1)</sup>. Mais depuis, une jurisprudence administrative s'est constituée et est devenue une base importante du droit administratif tunisien<sup>(2)</sup>.

## 3. Le droit international public

180. Le droit international public est le droit qui s'intéresse aux règles applicables dans les rapports entre les Etats, entre les Etats et les organisations internationales, ainsi que les règles d'organisation et de fonctionnement des organisations à caractère international ou régional<sup>(3)</sup>.

181. Malgré la contestation de cette branche du droit en ce qu'elle manque d'effectivité et de sanction, caractères essentiels du droit, on peut noter que le droit international public trouve sa source principalement dans les traités internationaux, les principes généraux du droit, les règles coutumières... Par ailleurs, on peut noter aussi l'existence de la Cour internationale de justice de La Haye qui peut être appelée, à l'initiative des Etats, à trancher des litiges à caractère international. Les décisions de cette cour ne s'appliquent cependant que si les Etats auxquels elles s'adressent veulent bien s'y soumettre. On peut remarquer également le rôle de plus en plus grand qui joue le Conseil de sécurité de l'O.N. U à l'échelle internationale, et la création récente des tribunaux pénaux internationaux.

<sup>(1)</sup> Y. BEN ACHOUR, *Droit administratif*, op.cit, n°64, p. 60. La compétence du tribunal administratif est régie par la loi du 1er juin 1972 relative au tribunal administratif, telle qu'elle a été modifiée par la loi organique n°96-39 du 3 juin 1996. Il faut noter aussi la loi organique n°96-38 du 3 juin 1996 relative à la répartition des compétences entre les tribunaux judiciaires et le tribunal administratif et à la création d'un conseil des conflits de compétence.

<sup>(2)</sup> Cf. la jurisprudence citée par Y. BEN ACHOUR, *Droit administratif* op.cit. p. 70 réf. n°35 et p. 71. Réf. n° 36 ; Cf. aussi Y. BEN ACHOUR *La jurisprudence et la procédure administratives*, Cérès éditions, Tunis, 1995.

<sup>(3)</sup> A. AMOR, *Précis de droit constitutionnel*, op.cit, p. 24 ; M. CHARFI, *Introduction*, op.cit, n°208.

## B. Les branches du droit privé.

On a déjà défini le droit privé comme étant l'ensemble des règles destinées à régir les rapports entre les particuliers. Le droit privé se divise en plusieurs branches dont on présentera les plus importantes.

### 1. Le droit civil

182. Si le droit privé groupe l'ensemble des règles régissant les rapports des particuliers entre eux, le droit civil constitue l'essentiel de ces règles. Historiquement, le droit privé s'identifiait même au droit civil, «droit des gens» qui régissait tous les rapports entre particuliers sans distinction. Chez les romains, le droit civil signifiait le droit des citoyens romains<sup>(1)</sup>. Comme l'affirme J. CARBONNIER, «C'est dans le droit privé que le droit civil prend place. Il en représente le droit commun et le tronc commun. Plus précisément, il est le droit privé lui-même, moins les rameaux spécialisés qui s'en sont, à différentes époques, détachés»<sup>(2)</sup>.

183. Le droit civil peut être défini aujourd'hui comme étant le droit commun, car c'est le droit applicable aux relations entre les particuliers à défaut de règles particulières. Mais en plus de cette fonction générale et noble, le droit civil stricto-sensu s'intéresse spécialement à l'étude des droits subjectifs, droits de créance et droits réels, l'état des personnes, le droit de la famille, les biens, les sûretés... L'enseignement du droit civil à l'université comprend notamment 4 rubriques générales :

- Les règles générales du droit civil (droit objectif, droits subjectifs, théorie du patrimoine, la preuve...)
- Le droit de l'état des personnes, le statut personnel et les successions.
- Le droit des biens, la publicité foncière.

<sup>(1)</sup> A. WEILL, *Droit civil, Introduction générale*, op.cit, p. 34, n°34.

<sup>(2)</sup> J. CARBONNIER, *Droit civil, Introduction*, op.cit, n°64.

- Le droit des obligations, les contrats spéciaux, les sûretés.

### 2. Le droit commercial

184. Le droit commercial est l'une des branches du droit privé qui a pris son autonomie par rapport au droit civil à partir de la fin du 18ème siècle. Il peut être défini comme étant le droit qui régit l'exercice du commerce<sup>(1)</sup>.

185. Le droit commercial contient notamment les règles qui définissent le commerçant, personne physique ou personne morale, les relations entre commerçants, les actes de commerce, les effets de commerce, le fonds de commerce, les procédures de redressement des entreprises en difficulté et la faillite des commerçants.

186. Le texte de base en matière commerciale est le code de commerce promulgué par la loi n°129-1959 du 5 octobre 1959 et entré en vigueur à partir du 1er janvier 1960.

### 3. Le droit du travail

187. Le droit du travail est la branche du droit qui régit les formes privées du travail subordonné. Il s'applique notamment pour résoudre les litiges opposant les employeurs et les employés, liés par un contrat de travail ou d'apprentissage. C'est aujourd'hui l'un des droits les plus importants qui se caractérise par l'intervention de l'Etat en tant que protecteur des forces du travail<sup>(2)</sup>.

<sup>(1)</sup> Sur l'autonomie du droit commercial, on peut consulter, en plus des manuels, les écrits suivants : J. HAMEL, *Droit civil et Droit commercial*, Mél. Ripert, 1950, T2, p. 261 ; VAN RYN, *Autonomie nécessaire et permanence du droit commercial*, R.T.D Com., 1953, p. 565 ; D. TALLON, *réflexions comparatives sur la distinction du droit civil et du droit commercial*, Mél. JAUFFRET, p. 649.

<sup>(2)</sup> P. DURAND, *le particularisme du droit du travail*, *Droit social* 1945, p. 298 ; G. H. CAMERLYNCK, *l'autonomie du droit du travail*, D 1956, p. 23 ; G. LYON CAEN, *Du rôle des principes généraux du droit civil en droit du travail*, R.T.D.C. 1974, p. 229 ; G. LYON-CAEN, J. PELISSIER, A. SUPLOT, *Droit du travail*, Précis DALLOZ, Paris, 18ème éd., 1996.

188. Le texte de base en cette matière est le code du travail promulgué par la loi n°66-67 du 30 avril 1966, modifié à plusieurs reprises. On peut citer encore des textes particuliers comme le code du travail maritime promulgué par la loi n°67-52 du 7 décembre 1967.

189. Une discipline annexe au droit du travail est constituée par la sécurité sociale qui fournit au travailleur les garanties de sécurité et d'assurance, mais régit aussi le droit à la retraite et aux diverses pensions. Droit du travail et sécurité sociale constituent les branches de ce qu'on appelle le droit social.

#### 4. Le droit judiciaire privé

190. Le droit judiciaire privé est une branche du droit privé qui comporte deux disciplines. Il y a, d'une part, la procédure civile qui détermine la manière de défendre et de faire valoir ses droits en justice, et d'autre part, les voies d'exécution qui permettent d'obtenir l'exécution d'une décision de justice.

191. Le texte de base du droit judiciaire privé est le code de procédure civile et commerciale, promulgué par la loi n° 130-59 du 5 octobre 1959.

192. En raison du fait que le droit judiciaire privé concerne le fonctionnement du service public de la justice, certains auteurs veulent le rattacher au droit public. Cependant, la majorité de la doctrine admet qu'il reste toujours une discipline du droit privé dans la mesure où le droit judiciaire privé est le droit qui permet de sanctionner essentiellement les droits subjectifs<sup>(1)</sup>.

#### 5. Le droit international privé

193. Le droit international privé est une branche du droit privé qui s'intéresse au règlement des questions dans lesquelles il y a un élément d'extranéité. Pour atteindre ce but, le droit international privé fixe les règles relatives à la nationalité, à la condition des étrangers, de

<sup>(1)</sup> G. CORNU et J. FOYER, *Procédure civile*, Thémis, P. U. F., Paris, 3<sup>ème</sup> éd., 1996 ; S. MELLOULI, *Voies d'exécution, Procédures juridiques de recouvrement des créances*, éd. C. L. E., Tunis, 1991.

même qu'il donne des solutions pour régler les conflits de lois dans l'espace et les conflits de juridictions entre juridictions de pays différents.

194. Parmi les sources légales du droit international privé en Tunisie, on peut citer :

- Le code de droit international privé promulgué par la loi n°98-97 du 27 novembre 1998<sup>(1)</sup> ;
- Le code de la nationalité du 28 février 1963 ;
- La nationalité des sociétés régie par le décret-loi n°61-14 du 30 août 1961 relatif aux conditions d'exercice de certaines activités commerciales, modifié par la loi n°85-84 du 11 août 1985 ;
- La loi n°68-7 du 8 mars 1968 relative à la condition des étrangers.

#### 6. Le droit pénal

195. Le droit pénal est une branche du droit privé qui régit les infractions pénales (crimes, délits et contraventions) et les sanctions qui leurs sont applicables, à raison du trouble causé à l'ordre social<sup>(2)</sup>. Le texte de base en cette matière est le code pénal promulgué par le décret beylical du 9 juillet 1913.

196. Certains auteurs estiment que cette branche relève du droit public. Que faut-il en penser ?

197. Il est vrai que le droit pénal se caractérise par la sanction qui est infligée au délinquant ; or, cette sanction, ce «droit de punir» appartient à l'Etat et ne peut être exercé que par lui. Nulle autre personne ne peut prononcer une peine pénale ou l'exécuter. De ce point de vue, le droit pénal qui aménage le droit de punir appartenant à

<sup>(1)</sup> Pour une étude de ce code, A. MEZGHANI, *commentaires du Code de Droit International Privé*, collection M/Sciences Juridiques, C. P. U, Tunis, 1999 ; *A propos du Droit international privé tunisien*, Cf. A. MEZGHANI, *Droit international privé, Etats nouveaux et relations privées internationales*, Cérès production, C. E. R. P., Tunis, 1991 ; M.L. HACHEM, *Leçons de droit international privé*, Livre I et Livre II, C. E. R. P, Tunis, 1996 et 1998.

<sup>(2)</sup> J. H. ROBERT, *Droit pénal général*, Thémis, P. U. F., 3<sup>ème</sup> éd. 1998.

la société, relève bien du droit public. Il en découle d'ailleurs deux conséquences importantes. D'une part, le droit de poursuivre les délinquants appartient au ministère public, corps de magistrats compétents pour mettre en mouvement l'action publique. D'autre part, la volonté de la victime de renoncer à la poursuite n'a en principe aucun effet, et le ministère public, représentant la société, peut poursuivre, malgré cette renonciation.

198. Cependant, à d'autres égards, le droit pénal apparaît comme relevant du droit privé. Tout d'abord, il intervient souvent pour protéger les individus dans leur vie, leur honneur, leurs biens. Ensuite, le droit pénal est soumis aux mêmes juridictions de l'ordre judiciaire qui sont en même temps compétentes en matière civile ou commerciale. Enfin, souvent le juge saisi en vertu du droit pénal peut se trouver saisi, en même temps et dans la même procédure, par une demande de la victime en réparation du préjudice causé par l'infraction. Les rapports du droit pénal avec le droit privé sont ainsi évidents et plus nets que ses rapports avec le droit public.

## CHAPITRE TROISIEME

### LES SOURCES DE LA REGLE DE DROIT

199. Nous avons défini le droit objectif comme étant l'ensemble des règles de conduite sociale qui ont le caractère obligatoire et dont le respect est assuré au besoin par la contrainte. Cette définition demeure insuffisante dans la mesure où elle ne précise pas quelle est l'autorité qualifiée pour établir ces règles de droit. Cela pose la question des sources de la règle de droit.

200. La notion de source a deux sens possibles. Parfois, elle vise les données historiques, économiques, sociales et politiques qui ont permis la naissance d'une règle de droit. Les auteurs de la règle de droit prennent en considération toutes ces données lors de l'élaboration de cette règle. On désigne ces données par le nom de « sources matérielles ». Dans un second sens, que nous retenons ici, on désigne par sources, l'autorité compétente pour créer la règle de droit, ainsi que la forme sous laquelle naît cette règle. On qualifie alors ces sources de « sources formelles » parce qu'elles produisent directement la règle de droit, selon des formes déterminées<sup>(1)</sup>.

201. En droit comparé, on distingue les pays de droit écrit et les pays de droit non écrit. Dans les premiers, la coutume prend une place secondaire et accessoire par rapport à la règle écrite qui accapare le domaine juridique (c'est le cas du droit français). A l'inverse, la coutume dans les pays de droit non écrit laisse peu de place à la règle écrite. C'est le cas des pays anglo-saxons où « la coutume, telle qu'elle résulte des décisions de jurisprudence, est la source essentielle du droit, la loi écrite venant s'y adjoindre »<sup>(2)</sup>.

<sup>(1)</sup> PH. JESTAZ, *Source délicieuse (Remarques en cascades sur les sources du droit)*, R.T.D.C 1993, p. 73.

<sup>(2)</sup> H. L. J. MAZEAUD et F. CHABAS, *Leçons de droit civil, Introduction*, op.cit, n°60, p. 105.

202. La Tunisie s'inscrit dans le cadre des pays de droit écrit, comme la France, qui n'a pas manqué de laisser ses empreintes dans notre droit, suite au protectorat qui a duré de 1881 à 1956.

203. L'examen de la question des sources révèle qu'il y a des autorités qui élaborent les règles de droit, alors que d'autres interprètent ces règles, leur donnent leur sens et leur portée, en assurent l'observation par les sujets de droit.

204. Ainsi, on peut affirmer qu'il y a deux sources distinctes de la règle de droit, bien qu'elles se complètent étroitement. Il existe d'une part des sources directes de la règle de droit, et d'autre part, des sources d'interprétation.

### **Section première Les sources directes de la règle de droit**

205. Dans la détermination des sources directes de la règle de droit, il faut distinguer les sources écrites d'une part, les sources non écrites d'autre part.

#### **Sous-section première Les sources écrites de la règle de droit**

206. La règle de droit écrite émane de sources nombreuses et variées. Il est nécessaire, par conséquent, d'établir un inventaire des sources écrites de la règle de droit et d'en déterminer la hiérarchie.

L'établissement de cet inventaire et de cette hiérarchie nous permettra d'envisager ensuite la force obligatoire de la règle de droit et le problème de son application dans le temps.

#### **Paragraphe premier L'inventaire et la hiérarchie des règles de droit**

207. Le problème de la hiérarchie des règles de droit se pose parce que les organes compétents pour poser des règles juridiques sont nombreux et variés. Certes, la constitution tunisienne distingue entre le pouvoir législatif et le pouvoir exécutif. Elle consacre au premier

les articles 18 à 36 et consacre au second les articles 37 à 63. Cependant, l'élaboration des règles juridiques n'est pas l'apanage du pouvoir législatif et le pouvoir exécutif élabore aussi des règles de droit.

208. L'idée essentielle à la base de la hiérarchie de la règle de droit est celle qu'à déjà établie H. KELSEN dans sa «Théorie pure du droit» où il estime que chaque règle tire sa force de son respect d'une norme qui lui est supérieure jusqu'à ce qu'on aboutisse à la norme suprême. Cette norme suprême est en droit tunisien la constitution. Au-dessous de cette norme suprême existent les traités internationaux, les lois et les règlements.

#### **A. La constitution**

209. La constitution et les lois constitutionnelles occupent le rang le plus élevé dans la hiérarchie des normes juridiques. Elles émanent d'un pouvoir de nature supérieure, qui est l'assemblée constituante ou l'assemblée législative intervenant en tant que pouvoir constituant.

210. La constitution tunisienne date du 1er juin 1959 et a été l'objet de dix modifications entre 1965 et 1998. Il s'agit de :

1. La loi constitutionnelle n°65-23 du 1er juillet 1965 modifiant l'article 29 de la constitution.
2. La loi constitutionnelle n°67-23 du 30 juin 1967 modifiant l'article 51 de la constitution.
3. La loi constitutionnelle n°69-63 du 31 décembre 1969 modifiant l'article 51 de la constitution.
4. La loi constitutionnelle n°75.13 du 19 mars 1975 modifiant les articles 40 et 51 de la constitution.
5. La loi constitutionnelle n°76-37 du 8 avril 1976 modifiant et complétant de nombreuses dispositions de la constitution (art.2, 19, 21, 22, 23, 24, 28, 32, 33, 34, 35, 36, 62), et modifiant le numérotage des art 52 à 64 devenus 64 à 76.

6. La loi constitutionnelle n°81-47 du 9 juin 1981, modifiant certains articles de la constitution et substituant à la dénomination «assemblée nationale» celle de «chambre des députés».
7. La loi constitutionnelle n°88-88 du 25 juillet 1988 modifiant la constitution (art. 21, 28, 39, 40, 57, 60, 62 et 63).
8. La loi constitutionnelle n°95-90 du 6 novembre 1995 introduisant le Conseil constitutionnel dans les dispositions de la constitution (Chapitre IX nouveau).
9. La loi constitutionnelle n° 97-65 du 27 octobre 1997 abrogeant et remplaçant les articles 20, 21, 32, 34, 35, 47, 69, 76, 77 et 78 de la loi constitution et ajoutant certaines dispositions aux articles 8 et 52.
10. La loi constitutionnelle n° 98-76 du 2 novembre 1998, modifiant le paragraphe premier de l'article 75 de la constitution.

211. La constitution est un texte écrit, déterminant l'organisation politique du pays, définissant les divers pouvoirs, leurs fonctionnements et leurs limites. Mais la constitution contient en outre des dispositions qui intéressent les libertés publiques et les droits fondamentaux des citoyens. Il s'agit des articles 5 à 17 de la constitution. Ces articles contiennent des dispositions qui garantissent des droits essentiels comme le droit à l'inviolabilité de la personne humaine, la liberté de conscience et la liberté du culte, l'égalité devant la loi, la liberté d'opinion et d'expression, le droit syndical, l'inviolabilité du domicile et de la correspondance, la liberté de circulation à l'intérieur et en dehors du territoire, la présomption d'innocence, la non-rétroactivité de la loi pénale, le droit de propriété..

212. La constitution étant la norme suprême, il en découle qu'aucune disposition ne doit la contredire. Toute autre disposition doit lui être conforme. Ceci nous amène à poser une question très importante. Qu'en est-il en cas de non-respect de la constitution ? Historiquement, il est intéressant de noter que la constitution

tunisienne du 26 avril 1861 avait prévu le contrôle de la constitutionnalité des lois prises par le conseil suprême ou par le bey. Ceci découlait des articles 11 et 60 de cette constitution<sup>(1)</sup>.

213. Aujourd'hui, il n'existe pas en droit positif tunisien un contrôle juridictionnel de la constitutionnalité des lois. Il faut cependant noter l'existence d'un conseil constitutionnel qui est passé en Tunisie par deux grandes étapes. D'un organe consultatif, il est devenu un organe délibératif.

214. L'évolution de ce conseil a commencé par un décret en date du 16 décembre 1987, devenu ensuite une loi n°90-39 du 18 avril 1990 relative à la création du conseil constitutionnel, avant d'être intégré à la constitution grâce à la loi constitutionnelle n°95-90 du 6 novembre 1995. Composé en application de la loi organique n°26-96 du 1<sup>er</sup> avril 1996 de membres désignés par le président de la république parmi les personnalités tunisiennes compétentes dans le domaine juridique et politique, ce conseil examine les projets de loi qui lui sont soumis par le président de la république. Pour certaines matières, la saisine du conseil est obligatoire (projets de loi organique, projets de loi soumis directement au référendum par le président de la république, modalités d'application de la constitution, nationalité, état des personnes, obligations...)<sup>(2)</sup>. La deuxième étape de l'évolution est due à la loi constitutionnelle n° 98-76 du 2 novembre 1998 modifiant l'article 75 de la constitution et rendant l'avis du conseil obligatoire.

215. D'après cet article 75, «l'avis du conseil constitutionnel doit être motivé. Il est communiqué au président de la république. Il s'impose à tous les pouvoirs publics sauf s'il porte sur les questions prévues au paragraphe dernier de l'article 72 de la constitution ».

<sup>(1)</sup>A. AMOR, *Précis de droit constitutionnel*, op.cit, p. 242. Cf. le texte de la constitution du 26 avril 1861 dans l'ouvrage de A. AMOR et K. SAID, *textes et documents politiques tunisiens*, C.E.R.P., Faculté de Droit et des Sciences politiques de Tunis, Tunis, 1987, p. 28.

<sup>(2)</sup> Art. 72 de la constitution.

216. Il n'en demeure pas moins que le conseil constitutionnel, formé de personnalités désignées, n'est pas un organe à caractère juridictionnel, et rend seulement des avis, même s'ils sont obligatoires pour les pouvoirs publics d'après l'article 75 de la constitution.

217. En droit comparé, on remarque l'existence de deux formes possibles d'organes de contrôle de la constitutionnalité des lois, le contrôle politique et le contrôle juridictionnel.

218. Le contrôle politique consiste à charger un organe politique et non un juge de contrôler la constitutionnalité des lois. Cet organe peut être élu ou désigné par le pouvoir exécutif, législatif, ou les deux à la fois. C'est le cas du conseil constitutionnel français créée par la constitution du 4 octobre 1958. Il est composé, outre les anciens présidents de la république française, de 9 membres dont 3 sont désignés par le président de la république parmi lesquels le président du conseil constitutionnel, 3 par le président de l'assemblée et 3 par le sénat, pour 9 ans non renouvelables<sup>(1)</sup>. Le conseil constitutionnel est saisi par le président de la république, le Premier Ministre, le président de l'assemblée nationale ou le président du sénat. Il peut être saisi aussi par 60 députés ou 60 sénateurs<sup>(2)</sup>. D'autre part, le conseil constitutionnel ne peut être saisi que des lois non encore promulguées, si bien que le contrôle s'exerce toujours a priori et non a posteriori<sup>(3)</sup>.

219. Le contrôle juridictionnel est un contrôle de la constitutionnalité des lois soumis à l'activité des juges. Il peut s'agir de juges spécialisés (Autriche, Espagne, Italie, Allemagne), ou de juridictions ordinaires (U. S. A)<sup>(4)</sup>.

220. Le contrôle juridictionnel peut être exercé par voie d'action ou par voie d'exception. Dans la première forme de contrôle, il s'agit d'une procédure qui est spécialement intentée à la loi, en raison de son inconstitutionnalité. Lorsque la loi est reconnue inconstitutionnelle, elle est annulée d'une façon générale à l'égard de tous. C'est le cas du droit suisse, allemand, italien, autrichien...<sup>(1)</sup>. Quant au contrôle par voie d'exception, il suppose qu'une procédure est déjà engagée devant une juridiction ordinaire, au cours de laquelle le juge est appelé à appliquer la loi. L'une des parties peut alors soulever l'exception d'inconstitutionnalité en demandant à la juridiction saisie de la demande principale de ne pas appliquer la loi en question parce qu'elle serait inconstitutionnelle. Lorsque la juridiction admet cette demande, elle s'abstiendra d'appliquer la loi au litige dont elle est saisie et au cours duquel l'exception a été soulevée. Mais, la loi ne sera pas annulée de manière définitive dans l'avenir. C'est le système retenu aux Etats Unis d'Amérique<sup>(2)</sup>.

221. S'il n'existe pas en droit tunisien un organe juridictionnel de contrôle de la constitutionnalité des lois, on peut se demander si les tribunaux ordinaires ne peuvent pas par voie d'exception soulever une inconstitutionnalité ? il s'agit, à l'occasion d'une procédure intentée devant le juge judiciaire, de savoir si l'une des parties peut se prévaloir de l'inconstitutionnalité d'une loi pour en écarter, exceptionnellement, l'application. Ainsi, le but de cette exception ne serait pas d'abroger la loi inconstitutionnelle, mais de ne pas l'appliquer spécialement au litige en question soumis au juge. Le juge fera prévaloir ainsi la constitution sur la loi au regard du litige dont il est saisi.

<sup>(1)</sup> M. DUVERGER, *Institutions politiques et droit constitutionnel*, op.cit, p. 227 et 651 ; Z. MDHAFFAR, *Introduction au droit constitutionnel*, E.N.A, Tunis, 1994, p. 170.

<sup>(2)</sup> PH. MALINVAUD, *Introduction à l'étude du droit*, 7<sup>ème</sup> éd, Litec, Paris, 1995, p. 17.

<sup>(3)</sup> PH. MALINVAUD, *Introduction*, op.cit, p. 17 ; Z. MDHAFFAR, *Introduction*, op.cit, p. 171.

<sup>(4)</sup> M. DUVERGER, *Institutions politiques*, op.cit, p. 226.

<sup>(1)</sup> M. DUVERGER, *Institutions politiques et droit constitutionnel*, op.cit, p. 227 ; A. AMOR, *Précis de droit constitutionnel*, op.cit, p. 243 ; Z. MDHAFFAR, op.cit, p. 173.

<sup>(2)</sup> M. DUVERGER, *Institutions politiques et droit constitutionnel*, op.cit, p. 243 ; A. AMOR, *Précis de droit constitutionnel*, op.cit, p. 245 ; E. ALLAN FARNS WORTH, *Introduction au système juridique des Etats Unis*, N.H, Paris, L.G.D.J, 1986, p. 49 ; Z. MDHAFFAR, op.cit, p. 173.

222. La question soumise à l'examen de la cour de cassation, a reçu une réponse négative. Les tribunaux ne peuvent pas intervenir pour statuer sur la constitutionnalité des lois<sup>(1)</sup>. Il s'agissait d'une affaire relative à la constitution illégale d'une association, de la tenue de réunions non autorisées, de distribution de tracts. Le Tribunal de première instance de Kairouan, après s'être reconnu le pouvoir de contrôler la loi par voie d'exception, a condamné les inculpés en se fondant sur l'article 30 de la loi n° 154 du 7 novembre 1959 relative aux associations, en considérant que cette loi n'est pas contraire à la constitution.

223. La cour d'appel de Sousse, saisie en tant que juridiction d'appel, a admis le moyen soulevé par les inculpés, et tiré de la violation de l'article 8 de la constitution par la loi du 7 novembre 1959 relative aux associations, ce qui en fait une loi inconstitutionnelle ; elle a décidé en conséquence de surseoir à l'application de l'article 30 de cette loi et de prononcer la relaxe des inculpés. Cependant, sur pourvoi en cassation intenté par l'avocat général auprès de la cour d'appel de Sousse, la cour de cassation a décidé de casser l'arrêt d'appel car le fait pour le juge de ne pas appliquer la loi du 7 novembre 1959 en raison de son inconstitutionnalité constitue une atteinte au principe de la séparation des pouvoirs et un cas d'excès de pouvoir entraînant la cassation<sup>(2)</sup>.

## B. Les traités internationaux

224. Les traités internationaux sont des conventions entre Etats. Ces conventions peuvent être bilatérales ou multilatérales. Les traités internationaux touchent des domaines très variés comme celui

des droits de l'homme, du commerce et de l'industrie, des investissements, du travail, de la coopération judiciaire... A côté des rapports entre Etats, les traités peuvent contenir des règles de droit privé, régissant la situation des ressortissants des Etats signataires. Tel est le cas de nombreuses conventions de coopération judiciaire conclues entre la Tunisie et divers Etats étrangers. Tel est le cas encore, à titre d'exemple, de la convention des Nations Unies sur le transport de marchandises par mer du 31 mars 1978, ratifiée par la loi n°80-33 du 28 mai 1980<sup>(1)</sup>.

225. L'entrée en vigueur des traités internationaux est soumise à leur ratification par le pouvoir législatif. C'est ce que prévoit l'article 33 de la constitution qui dispose que «les traités sont ratifiés par la loi», de même que l'article 32 qui dispose que «Les traités n'ont force de loi qu'après leur ratification....»<sup>(2)</sup>.

226. Lorsqu'un traité international a été ratifié conformément à la constitution, non seulement il entre en vigueur, mais encore, il a, en vertu de l'article 32 de la constitution, «une autorité supérieure à celle des lois». C'est la règle de la primauté du texte international sur le texte interne, sous réserve de la réciprocité de la part des autres Etats signataires.

## C. Les lois

227. Le terme «loi» est susceptible de deux sens, matériel ou formel. La loi au sens matériel se réfère à l'idée de source écrite du droit par opposition aux sources non écrites comme la coutume et la jurisprudence. Dans ce sens, la loi comprend l'ensemble des règles écrites, prises par les autorités publiques compétentes. Ainsi, la règle de l'article 545 du Code des obligations et des contrats d'après laquelle «nul n'est censé ignorer la loi» vise toutes les règles

<sup>(1)</sup> Cf. C. cass., n° 27971, du 1er juin 1988, R.J.L. 1988, n°5, p. 57. Sur la question posée : A. AMOR, *la question du contrôle de la constitutionnalité des lois en Tunisie*, R.T.D 1982, p. 11 (en arabe) ; R. BEN ACHOUR, *La question du contrôle de la constitutionnalité des lois à la fin de l'année 1987*, R.T.D 1988, p. 9 (en arabe) ; R. BEN ACHOUR, *Le contrôle de la constitutionnalité des lois selon l'arrêt de la Cour d'appel de Sousse du 11 avril 1988*, R.T.D 1989, p. 11 (en arabe) ; M. CHARFI, *Introduction*, op.cit, n° 43.

<sup>(2)</sup> Il faut signaler que la loi n° 154 du 7 novembre 1959 a été modifiée par la loi du 2 août 1988, de même qu'une loi nouvelle du 3 mai 1988 a été promulguée, relative à l'organisation des partis politiques.

<sup>(1)</sup> Cf. sur l'étude de cette convention, S. MELLOULI, *La responsabilité du transporteur maritime de marchandises*, C. E. R. P., Tunis, 1993.

<sup>(2)</sup> J. VERGES, *La constitution tunisienne du 1er juin 1959 et les traités*, R.T.D 1975, I, p. 87 ; L. BOUOUNY, *La conclusion des traités dans la république tunisienne*, mémoire de D.E.S., Fac de Droit de Tunis, 1972.

juridiques écrites. La loi au sens formel a une signification beaucoup plus précise. Il s'agit en effet de la règle écrite prise par la chambre des députés en tant que pouvoir législatif en Tunisie. En cela, la loi s'oppose aux règlements du pouvoir exécutif comme le décret ou l'arrêté. C'est ce second sens de la loi qu'on retient dans ce paragraphe.

228. L'examen de la constitution montre l'existence de trois variétés de lois :

- Les lois soumises à un referendum.
- Les lois organiques.
- Les lois ordinaires.

#### 1. Les lois soumises à un referendum

Il existe deux cas où une loi est soumise à un referendum, l'un est obligatoire, l'autre facultatif.

##### a. Le cas obligatoire

229. Le cas obligatoire est celui de l'article 2 de la constitution. D'après ce texte, les traités relatifs à l'unité du grand Maghreb «et qui seraient de nature à entraîner une modification quelconque de la présente constitution seront soumises par le président de la république à un referendum, après leur adoption par la chambre des députés, dans les formes et conditions prévues par la constitution ». Le referendum ne remplace pas le vote de la chambre des députés mais vient le renforcer.

##### b. Le cas facultatif

230. Le cas facultatif est celui de l'article 47 de la constitution. D'après cet article, «le président de la république peut soumettre directement au referendum les projets de loi ayant une importance nationale ou les questions touchant à l'intérêt supérieur du pays sans

que ces projets et questions soient contraires à la constitution »<sup>(1)</sup>. Le referendum ici remplace le vote de la chambre des députés alors que l'article 47 lui-même précise qu'il s'agit de projets d'importance capitale pour lesquels le vote de la chambre des députés aurait dû renforcer le vote populaire.

231. Ce genre particulier de lois soumises à un referendum demeure théorique et n'a encore reçu aucune application effective<sup>(2)</sup>.

#### 2. Les lois organiques

232. Avant la modification constitutionnelle du 25 juillet 1988, les lois organiques étaient votées à la majorité des deux tiers des députés. Avec cette modification, les lois organiques sont votées à la majorité absolue des membres de la chambre, comme les lois ordinaires. Qu'est ce qui caractérise alors ces lois organiques aujourd'hui ?

Les lois organiques se caractérisent par leur domaine particulier et par le délai de leur examen.

##### a. Le domaine des lois organiques

233. D'après l'article 28 de la constitution, ont le caractère de lois organiques les lois relatives aux articles 4, 8, 9, 10, 66, 67, 68, 69, 70 et 71 de la constitution. Il s'agit des lois relatives au drapeau de la république, à sa devise (liberté, ordre, justice) des lois relatives à l'organisation des libertés fondamentales, au droit syndical, au statut des magistrats, à la haute cour, au conseil d'Etat et au conseil économique et social, aux conseils municipaux et régionaux. Il faut ajouter aussi la loi électorale, la loi organique du budget ainsi que les lois de finances et de règlement du budget votées dans les conditions prévues par la loi organique du budget. Il s'agit par conséquent de matières très importantes que la constitution a voulu placer dans un rang supérieur à celui des lois ordinaires.

<sup>(1)</sup> l'art. 47 avant sa modification du 27 octobre 1997 n'utilisait pas le mot «directement », ce qui laissait entendre la nécessité du recours à la chambre des députés.

<sup>(2)</sup> Cf. sur cette question, L. BOUOUNY, *Réflexions sur l'introduction de la technique référendaire en droit constitutionnel tunisien*, R.T.D 1979, II, p. 87.

## b. La procédure d'examen des projets de lois organiques

234. D'après l'article 28 de la constitution, la loi organique ne peut être soumise «à la délibération de la chambre des députés qu'à l'expiration d'un délai de quinze jours après son dépôt». Cela signifie que la constitution veut éviter la précipitation dans l'examen de certaines questions qu'elle considère comme importantes.

235. A cet égard, il nous semble critiquable que l'exigence du vote aux deux tiers ait été supprimée dans la mesure où ces lois touchent effectivement des domaines graves et importants. En effet, de la majorité des deux tiers exigée initialement, la réforme du 25 juillet 1988 se contente aujourd'hui dans l'article 28 alinéa 4 de la constitution de la majorité absolue des membres de la chambre. Cet article dispose que «la chambre des députés adopte les lois organiques et les lois ordinaires à la majorité absolue des membres de la chambre».

## 2. Les lois ordinaires

236. Les lois ordinaires interviennent dans les domaines qui n'ont pas été réservés à la loi organique. L'initiative des lois appartient tant au président de la république qu'aux députés. Cependant la priorité appartient aux projets présentés par le président de la république<sup>(1)</sup>.

237. D'après l'article 9 du règlement intérieur de la chambre, le président de la chambre des députés reçoit les projets de lois dont il veille à l'inscription sur un registre spécial et qu'il transmet pour examen aux commissions spécialisées. Après discussion par ces commissions, la chambre examine le projet et décide par vote du sort

<sup>(1)</sup> Art. 28 constitution.

qui doit lui être réservé. Le projet est adopté lorsqu'il recueille la majorité absolue des membres de la chambre<sup>(1)</sup>.

238. S'agissant de la détermination du domaine de la loi, la doctrine s'est trouvée divisée depuis la réforme de la constitution par la loi constitutionnelle n°76-37 du 8 avril 1976. Avant cette loi constitutionnelle, le législateur pouvait intervenir et légiférer en toutes matières, sans distinction. Avec la réforme de 1976, les articles 34 et 35 nouveaux de la constitution ont déterminé des matières réservées à la loi et la question s'est posée en doctrine de savoir si ces deux articles assignaient un domaine réservé à la loi et créaient par conséquent un domaine autonome pour les règlements.

239. D'après l'article 34 nouveau de la constitution selon la réforme de 1976 :

«Sont pris sous forme de lois les textes relatifs :

- aux modalités générales d'application de la constitution, autres que celles devant faire l'objet de lois organiques ;
- à la création d'offices, d'établissements publics, de sociétés ou d'entreprises nationales ;
- à la nationalité, à l'état des personnes et aux obligations ;
- à la procédure devant les différents ordres de juridictions ;
- à la détermination des crimes et délits et aux peines qui leur sont applicables ;
- à l'amnistie ;
- à l'assiette et aux taux des impôts au profit de l'Etat, sauf délégation accordée au Président de la République par les lois de finances et les lois fiscales ;
- au régime d'émission de la monnaie ;
- aux emprunts et engagements financiers de l'Etat ;
- aux garanties fondamentales accordées aux fonctionnaires civils et militaires ».

<sup>(1)</sup> Art. 28 constitution.

240. Quant à l'article 35 nouveau de la constitution selon la réforme de 1976, il prévoit que :

- «La loi détermine les principes fondamentaux :
- du régime de la propriété et des droits réels ;
  - de l'enseignement ;
  - de la santé publique ;
  - du droit du travail et de la sécurité sociale ».

241. Peut-on déduire de ces deux textes que le décret peut intervenir librement dans les matières non citées dans l'article 34 et l'article 35 de la constitution ?

Pour répondre à cette question, deux thèses ont été soutenues en doctrine.

242. Selon une première thèse, les articles 34 et 35 de la constitution devaient être interprétés dans un sens qui leur attribue un intérêt et une portée pratique. Si les textes ont été modifiés, c'est que les auteurs de la réforme ont voulu leur donner un sens. Ainsi, en dehors des matières de l'article 34 et de l'article 35, le décret serait un règlement autonome, libéré de sa subordination vis à vis de la loi, et intervenant librement dans un domaine qui ne serait pas celui de la loi. De même, en dehors du domaine ainsi tracé de la loi, il n'y aurait que le décret qui pourrait intervenir<sup>(1)</sup>.

243. Selon une seconde thèse, on a pu soutenir qu'il n'y a pas lieu à un domaine assigné à la loi, le reste relevant des décrets. La raison principale en est qu'une pareille option est grave et ne peut être déduite implicitement de la lecture des textes. Elle doit être affirmée expressément par la constitution. Rien n'indique d'ailleurs que ce qui n'est pas cité dans les matières de l'article 34 doive relever du

<sup>(1)</sup> M. CHARFI, *Introduction*, op.cit, n° 255 et S. ; R. JENAYAH, *de l'existence des règlements autonomes*, R.T.D 1979, II, p. 233.

domaine réglementaire. De même, si l'article 35 soumet obligatoirement à la loi le soin de fixer les principes fondamentaux de certaines matières, cela ne signifie pas nécessairement que la loi ne peut faire que cela.

244. Cette dernière interprétation semblait être confirmée par les travaux préparatoires du projet de révision de la constitution en 1976 de même que par la pratique puisque depuis 1976, le législateur avait continué à intervenir comme par le passé dans tous les domaines<sup>(1)</sup>.

245. Tel n'est plus le cas aujourd'hui avec la nouvelle réforme de la constitution qui a consacré expressément la première thèse, en vertu des articles 34 et 35 tels qu'ils ont été modifiés par la loi constitutionnelle n°97-65 du 27 octobre 1997.

246. L'article 34 détermine aujourd'hui ainsi le domaine de la loi.

a. Matières entièrement de la compétence législative

Il s'agit des textes relatifs :

- aux modalités générales d'application de la constitution autres que celles devant faire l'objet de lois organiques ;
- à la création de catégories d'établissements et d'entreprises publics ;
- à la nationalité, à l'état des personnes et aux obligations ;
- à la procédure devant les différents ordres de juridiction ;
- à la détermination des crimes et délits et aux peines qui leur sont applicables, ainsi qu'aux contraventions pénales sanctionnées par une peine privative de liberté ;

<sup>(1)</sup> Y. BEN ACHOUR, *Droit administratif*, op.cit, n° 437 et 438, p. 431 et 432 ; A. AMOR, *Précis de droit constitutionnel*, op.cit, p. 393.

- à l'amnistie ;
- à l'assiette, aux taux et aux procédures de recouvrement des impôts, sauf délégation accordée au président de la république par les lois de finances et les lois fiscales ;
- au régime d'émission de la monnaie ;
- aux emprunts et engagements financiers de l'Etat ;
- aux garanties fondamentales accordées aux fonctionnaires civils et militaires.

b- Matières dont les principes sont seuls de la compétence législative

la loi détermine les principes fondamentaux

- du régime de la propriété et des droits réels ;
- de l'enseignement ;
- de la santé publique ;
- du droit du travail et de la sécurité sociale.

#### D. Les décrets autonomes

247. Toutes les matières qui ne sont pas énumérées à l'article 34 de la constitution relèvent du domaine des décrets autonomes, qu'on a appelé aussi «décrets législatifs»<sup>(1)</sup>. C'est ce que prévoit l'article 35 en édictant que «les matières autres que celles qui sont du domaine de la loi, relèvent de pouvoir réglementaire général».

248. Ainsi, une nouvelle règle de droit vient s'instaurer entre les lois et les règlements au sens classique du terme. Il n'y a plus de hiérarchie mais égalité entre la loi ordinaire et le décret autonome, la loi ayant un domaine propre, et le décret autonome un domaine général. L'article 35 de la constitution en tire la conséquence que les anciennes lois peuvent être modifiées par décret, si la matière de l'ancienne loi ne relève plus du domaine du pouvoir législatif. De

même, en cas de conflit à propos d'une loi intervenant dans le domaine du pouvoir réglementaire général, le différend est soumis par le président de la république au conseil constitutionnel qui statue dans les 10 jours à partir de la date de réception de la requête. Enfin, le contrôle de la constitutionnalité des lois qui s'exerce par le conseil constitutionnel sur les projets de lois que lui soumet le président de la république est remplacé, pour les décrets autonomes, par l'avis obligatoire du tribunal administratif. Ainsi, alors que les projets de loi sont soumis au contrôle obligatoire du conseil constitutionnel, les décrets autonomes intervenant dans le domaine législatif échappent à ce contrôle alors qu'ils méritent à ce titre de lui être soumis.

#### E. Les décrets-lois

249. Les décrets-lois constituent une règle juridique de nature mixte. C'est une règle qui traite une question du domaine de la loi. Cependant cette règle n'est pas prise par le pouvoir législatif mais par le président de la république<sup>(1)</sup>. Il est par conséquent nécessaire, devant cette source de droit mitigée, de déterminer le domaine du décret-loi et le sort qui doit lui être réservé quant à sa force obligatoire.

##### 1. Domaine des décrets-lois

Il existe trois hypothèses possibles dans lesquelles le président de la république peut prendre des décrets-lois.

##### a. L'article 28 alinéa 3 de la constitution

250. D'après ce texte, «la chambre des députés peut habiliter le président de la république pendant un délai limité et en vue d'un objet déterminé à prendre des décrets-lois qui doivent être soumis à la

<sup>(1)</sup> Cf. sur la question, H. AYADI, *les décrets-lois dans la constitution tunisienne du 1er juin 1959*, R.T.D. 1969-70 p. 99 ; Y. BEN ACHOUR, *contribution à l'étude théorique des décrets-lois*, R.T.D. 1972, p. 171 ; A. AMOR, *droit constitutionnel op.cit.* p. 464.

<sup>(1)</sup> PH. MALINVAUD, *Introduction à l'étude du droit, op.cit.* n°17.

ratification de la chambre à l'expiration de ce délai ». Ainsi, le président de la république intervient dans le domaine de la loi grâce à une délégation législative. Cette délégation est cependant soumise à une double restriction : une restriction dans le temps pendant lequel dure la délégation, et une restriction quant à l'objet de la délégation. Il ne faut pas, en effet, que la délégation aboutisse à un désistement pur et simple au profit du pouvoir exécutif.

#### b. L'article 31 de la constitution

251. En vertu de ce texte, le président de la république peut prendre des décrets-lois pendant les vacances législatives, avec l'accord de la commission permanente intéressée de la chambre des députés<sup>(1)</sup>.

Dans cette situation, on suppose qu'il y a urgence à prendre un texte sans attendre le début de l'année législative.

#### c. L'article 63 alinéa 3 de la constitution

252. Il s'agit de l'hypothèse de dissolution de la chambre des députés. En cas de dissolution, le président de la république prend des décrets-lois qui doivent être ensuite soumis à la ratification de la chambre nouvellement élue.

### 2. Le sort des décrets-lois

253. Les décrets-lois interviennent dans un domaine légal, mais sont l'œuvre du président de la république. Leur force exécutoire est donc provisoire. En effet, les décrets-lois doivent être ratifiés par la chambre des députés, détentrice du pouvoir législatif.

<sup>(1)</sup> L'article 30 de la constitution prévoit que « la chambre des députés élit parmi ses membres des commissions permanentes dont l'activité se poursuit durant les vacances de la chambre des députés ». Pour être valablement pris, le décret-loi de l'article 31 suppose au préalable l'accord de la commission permanente spécialisée.

254. Ainsi, lorsqu'il s'agit des décrets-lois de l'article 28 alinéa 3 de la constitution, ils doivent être ratifiés par la chambre des députés pendant la session législative qui se déroule à l'expiration du délai de la délégation.

S'agissant des décrets-lois pris pendant les vacances législatives ils doivent être ratifiés au cours de la session ordinaire suivante.

Quant aux décrets-lois pris suite à la dissolution de la chambre des députés, ils doivent être ratifiés par la chambre nouvellement élue lors de la première session législative ordinaire.

Lorsqu'un décret-loi n'est pas ratifié pendant ces délais, il devient caduc<sup>(1)</sup>.

#### F. Les règlements

255. Parmi les prérogatives appartenant au pouvoir exécutif, existe celle de prendre des règlements.

Ces règlements sont divers. Mais il pèse sur l'autorité qui les prend l'obligation de se conformer à la loi, norme supérieure par rapport aux règlements (sous réserve de ce qui a été dit à propos de ces nouveaux décrets à caractère législatif).

<sup>(1)</sup> L'hypothèse est exceptionnelle, mais s'est réalisée par exemple à l'occasion du décret-loi n°13-87 du 5 octobre 1987 créant le certificat de vocation d'immeuble. La ratification n'ayant pas eu lieu pendant la session législative octobre 1987-juillet 1988, le décret-loi s'est trouvé caduc de ce fait.

Cf. M. K. CHARFEDDINE, le certificat de vocation de l'immeuble, paru dans le droit de la promotion immobilière, *Fac de Droit de Tunis*, Coll « Forum des juristes », vol 1, 1989, p. 249 ; F. JEMAA, M. MHIRI, F. NASRI, A propos du certificat de vocation d'immeuble, collection des conférences de stage 1987-88, ordre national des avocats de Tunisie, Tunis, p. 335.

## 1. Les divers règlements

L'essentiel des règlements consiste dans les décrets et les arrêtés.

### a. Les décrets

256. Le pouvoir de prendre des décrets appartient au président de la république en sa qualité de chef du pouvoir exécutif on application de l'article 37 et de l'article 53 de la constitution.

257. Les décrets sont de deux types. Il existe les décrets à caractère réglementaire et les décrets à caractère individuel. Les premiers sont de véritables règles juridiques ayant le caractère général, permanent et obligatoire. Généralement, ces décrets consistent en décrets d'exécution des lois, dans la mesure où «le président de la république veille à l'exécution des lois et exerce le pouvoir réglementaire général»<sup>(1)</sup>. Mais les décrets peuvent être à caractère individuel, en visant notamment une personne nommément désignée ou individualisable<sup>(2)</sup>.

258. Seuls les décrets à caractère réglementaire constituent des règles de droit, car seuls ils posent des règles générales et impersonnelles. Ces décrets sont pris soit sur l'invitation du législateur, soit de la propre initiative du président de la république, en vue de l'exécution d'une loi intervenue dans une matière en tout ou en partie législative.

<sup>(1)</sup> Article 53 de la constitution.

<sup>(2)</sup> Y. BEN ACHOUR, *Droit administratif*, op.cit., n°453, p. 447. D'après l'article 55 de la constitution, «le président de la république nomme aux emplois supérieurs civils et militaires, sur proposition du gouvernement».

## b. les arrêtés

259. Les arrêtés, en tant que règles juridiques, peuvent être pris par diverses autorités administratives, dont notamment les ministres, les conseils municipaux et les conseils régionaux.

Ces arrêtés sont des arrêtés réglementaires quand ils ont le caractère général et impersonnel. Ils sont pris en vue de l'exécution de la loi. Mais, ils peuvent être à caractère individuel quand ils visent une personne particulière<sup>(1)</sup>.

### c. Les circulaires

260. Il s'agit de notes et de directives données par un ministre ou une autre autorité compétente à ses services relativement à la manière d'appliquer la loi. Il s'agit donc de documents internes à un département donné, et qui ne constituent pas de véritables règles juridiques, d'autant que, souvent, elles ne font pas l'objet de publication. Mais ces circulaires peuvent parfois avoir une importance considérable et un intérêt direct sur les usagers du droit. Tel est le cas des circulaires émanant de la direction générale des Impôts, de la direction générale de la Douane, de l'Office du Commerce de la Tunisie, de la Banque Centrale de Tunisie....

## 2. Le contrôle de la légalité des règlements

261. Les règlements autres que les décrets autonomes constituent des règles juridiques hiérarchiquement inférieures aux lois. D'où la nécessité pour le règlement de respecter la loi et ne pas la contredire. La question qui se pose est alors de savoir s'il existe un moyen permettant de veiller à assurer la supériorité de la loi.

<sup>(1)</sup> Y. BEN ACHOUR, *droit administratif*, op.cit, n°494 p. 491

La réponse est différente selon qu'il s'agit d'un décret ou d'un autre acte réglementaire de rang inférieur tel qu'un arrêté par exemple.

262. S'agissant des décrets à caractère réglementaire, la loi du 1er juin 1972 créant le tribunal administratif prévoit dans son article 4 que le projet de décret fait l'objet d'un examen préalable par ce tribunal. Mais le tribunal ne fait qu'émettre un avis consultatif qui ne lie pas l'auteur du décret. En revanche, la loi du premier juin 1972 ne permet pas d'attaquer un décret à caractère réglementaire devant le tribunal administratif. L'article 3 alinéa 2 de la loi prévoit expressément que «ne sont pas susceptibles de recours pour excès de pouvoir les décrets à caractère réglementaire»<sup>(1)</sup>.

263. En ce qui concerne les arrêtés, le tribunal administratif peut annuler un arrêté individuel ou encore un arrêté de nature réglementaire, quand il est contraire à un règle juridique supérieure, telle qu'une loi ou un décret. L'article 3 de la loi du 1er juin 1972 prévoit en effet expressément que tous les actes des autorités administratives centrales et régionales, des collectivités publiques locales et des établissements publics à caractère administratif, peuvent faire l'objet d'un recours en annulation pour excès de pouvoir. L'article 5 de la loi vise quant à lui le but de ce recours. «Le recours pour excès de pouvoir vise à assurer conformément aux lois et règlements en vigueur et aux principes généraux du droit, le respect de la légalité par les autorités exécutives».

<sup>(1)</sup> Sur la critique de cette exclusion, Cf. Y. BEN ACHOUR, *droit administratif*, op.cit, n° 617, p. 611.

## **Paragraphe deuxième La force obligatoire de la règle de droit**

264. La force obligatoire constitue un caractère essentiel de la règle de droit. Cette force n'est pas éternelle puisque la loi a une naissance de même qu'elle a une fin. Entre cette naissance et cette fin, la loi est en vigueur. La vigueur de la loi permet l'application de la règle selon laquelle nul n'est censé ignorer la loi.

### **A. La vigueur de la règle de droit**

265. La force obligatoire de la règle de droit dure tant que la règle de droit est en vigueur. Or, la règle de droit est en vigueur à partir de sa promulgation et sa publication jusqu'à son abrogation.

#### **1. L'entrée en vigueur de la règle de droit**

266. Si pour les décrets et les arrêtés, l'entrée en vigueur suppose la signature et la publication de ces actes, il n'en est pas de même pour la loi qui suppose qu'elle soit d'abord promulguée.

267. La promulgation consiste dans un décret pris par le président de la république, grâce auquel il constate l'existence et la régularité de la loi, et en ordonne la publication et l'exécution comme loi de l'Etat tunisien. C'est ce que prévoit expressément l'article 52 de la constitution<sup>(1)</sup>.

268. La promulgation doit intervenir dans un délai maximum de 15 jours à compter de la transmission qui est faite par le président de la chambre des députés au président de la république. Le président de la république peut, pendant ce délai, renvoyer le projet de loi à la chambre des députés pour une deuxième lecture. L'article 52 de la constitution prévoit alors que «si le projet de loi est adopté par la chambre des députés à la majorité des deux tiers de ses membres, la

<sup>(1)</sup> Cf. A. WEILL, *Introduction générale*, op.cit, n°113, p. 96 ; H.L.J. MEZEAUD et F. CHABAS, *Leçon de droit civil, T1, Introduction*, op.cit, n°77, p. 130

loi est promulguée et publiée dans un second délai maximum de 15 jours ».

269. Cependant, la promulgation ne suffit pas pour l'entrée en vigueur de la loi. Encore faut-il la porter à la connaissance des sujets de droit par la publication.

270. La publication se fait en principe par l'insertion du texte de la règle de droit dans le Journal Officiel de la république tunisienne. C'est grâce à cette publication que peut jouer la présomption de connaissance de la loi qui pèse sur les sujets de droit.

271. A cet égard, il faut noter que la publication de la règle de droit au Journal Officiel ne suffit pas encore pour son entrée en vigueur ; il faut en effet donner un temps minimum qui permet aux sujets de droit pour prendre connaissance du contenu de la règle juridique nouvelle. D'après les dispositions de la loi n°93-64 du 5 juillet 1993, relative à la publication des textes au Journal Officiel de la république tunisienne et à leur exécution, l'entrée en vigueur a lieu 5 jours après le dépôt du Journal Officiel dans lequel la règle de droit est insérée, au siège du gouvernement de Tunis. Le jour du dépôt n'est pas pris en considération dans le décompte du délai. Il s'agit donc de 5 jours francs. Le délai de 5 jours francs peut être défini comme étant 5 jours entiers qui commencent à zéro heure du jour qui suit le dépôt du Journal Officiel au siège du gouvernement de Tunis<sup>(1)</sup>. A partir de l'expiration du cinquième jour franc, on est censé connaître la règle de droit, et la respecter. Avant cette date, on est en droit d'ignorer le texte.

272. La loi du 5 juillet 1993 prévoit cependant que l'exécution immédiate pourra être expressément ordonnée. Dans ce cas, «l'affichage, le message radiophonique ou télévisé, l'insertion dans la

<sup>(1)</sup> La question était régie par le décret du 27 janvier 1883, complété et modifié par le décret du 8 septembre 1955 et le décret du 13 septembre 1956. Cf. M. CHARFI, *Introduction*, op.cit n° 272 ; R. ABBES, *La connaissance de la loi en matière civile, mémoire pour le D.E.A de droit privé général*, Fac. De Droit de Tunis, 1985-86, p. 37. Cf. H.L.J. MAZEAUD et F. CHABAS, *Leçons de droit civil*, T 1, *Introduction*, op.cit n° 78.

presse, l'utilisation des services d'un crieur public sont autant de modes de publicité valables »<sup>(1)</sup>.

273. On peut citer à cet égard le décret n° 78-51 du 26 janvier 1978 relatif à l'état d'urgence, ou encore la fermeture générale des établissements d'enseignements. On peut citer aussi les arrêtés municipaux qui, pour être opposables aux tiers, peuvent faire l'objet d'une publicité par affiche ou publication lorsqu'il s'agit d'actes réglementaires<sup>(2)</sup>.

274. Parfois, le délai de 5 jours francs paraît court pour permettre une bonne application de la règle de droit. La loi du 5 juillet 1993 prévoit alors la possibilité que la loi retarde l'application de la règle en donnant aux sujets de droit un délai d'entrée en vigueur plus long. On peut citer à titre d'exemple bien antérieur à la loi de 1993 le code du statut personnel promulgué par le décret du 13 août 1956, publié au Journal Officiel du 17 août 1956, et entré en vigueur le 1er janvier 1957. On peut citer encore le code des obligations et des contrats publié au Journal Officiel du 15 décembre 1906 et entré en vigueur le 1er juin 1907<sup>(3)</sup>.

## 2. L'abrogation de la règle de droit

275. La règle de droit demeure en vigueur tant qu'elle n'est pas abrogée. L'abrogation peut donc être définie comme étant le retrait de la force obligatoire à une règle de droit, qui marque ainsi son abolition.

276. L'abrogation émane de l'autorité qui a qualité pour créer la règle de droit. La loi est abrogée par une loi, le décret peut être abrogé par un autre décret ... Il faut remarquer à cet égard que le

<sup>(1)</sup> Y. BEN ACHOUR, *Droit administratif*, op.cit, n°529, p. 525 et n°459, p. 456 ; M. CHARFI, *Introduction*, op.cit, n°275 ; H.L.J MAZEAUD et F. CHABAS, *Leçons de droit civil*, *Introduction*, op.cit, n° 80.

<sup>(2)</sup> Article 83 de la loi du 14 mai 1975 relative aux communes, Cf. Y. BEN ACHOUR, *droit administratif*, op.cit, n° 280, p. 291.

<sup>(3)</sup> En vertu du décret du 27 janvier 1883 relatif à la publication des règles de droit, remplacé aujourd'hui par la loi n° 93-64 du 5 juillet 1993.

principe de la hiérarchie des règles juridiques permet à une autorité supérieure d'abroger aussi une règle inférieure. La loi peut poser des règles contraires à un décret, un décret peut abroger un arrêté .... Il faut noter cependant qu'avec la réforme de la constitution en date du 27 octobre 1997, «le décret autonome » peut modifier une ancienne loi si la matière de cette ancienne loi ne relève plus du domaine du pouvoir législatif.

277. D'ailleurs, l'abrogation n'est pas soumise à des règles différentes de celle de l'adoption et ceci en vertu du parallélisme de formes. Ainsi, en est-il par exemple des lois constitutionnelles qui ne peuvent être révisées qu'à certaines conditions particulières. En effet, l'initiative de la révision de la constitution appartient soit au président de la république, soit au tiers au moins des membres de la chambre des députés, et à condition de ne pas porter atteinte à la forme républicaine de l'Etat qui ne peut pas être modifiée<sup>(1)</sup>. Il faut en outre que cette initiative ne puisse entraîner des délibérations sur la révision qu'à la suite d'une résolution admettant le principe de la révision et en déterminant l'objet, prise à la majorité absolue<sup>(2)</sup>. Enfin, la révision ne peut être apportée à la constitution qu'après adoption par la chambre des députés du projet de révision, à la majorité des deux tiers de ses membres, au cours de deux lectures, la seconde intervenant 3 mois au moins après la première<sup>(3)</sup>.

278. S'agissant des règles juridiques ordinaires, c'est à dire autres que les lois constitutionnelles, leur abrogation est soumise à l'article 542 du Code des obligations et des contrats. D'après cet article, «Les lois ne sont abrogées que par des lois postérieures, lorsque celles-ci l'expriment formellement, ou lorsque la nouvelle loi est incompatible avec la loi antérieure, ou qu'elle règle toute la matière réglée par cette dernière ». L'idée qui ressort de cet article est qu'il existe trois modes possibles d'abrogation.

<sup>(1)</sup> Article 76 de la constitution

<sup>(2)</sup> Article 77 de la constitution

<sup>(3)</sup> Article 77 de la constitution

279. Il y a tout d'abord l'abrogation expresse qui résulte d'un nouveau texte qui abroge les dispositions de l'ancien texte. On peut citer à titre d'exemple la loi du 1<sup>er</sup> septembre 1986 qui a abrogé expressément certains articles du code de procédure civile et commerciale, tout en les remplaçant par de nouvelles dispositions. L'abrogation expresse peut être parfois massive en ce sens que la loi nouvelle abroge toute la loi ancienne. Tel est le cas du code des droits réels du 12 février 1965 qui a abrogé plusieurs textes intégralement dont la loi du 1er juillet 1885 relative à la propriété foncière.

280. L'abrogation tacite est une situation qui résulte de l'incompatibilité entre les dispositions de la loi ancienne et de la loi nouvelle, bien que cette dernière n'énonce pas expressément l'abrogation de la loi ancienne. Lorsque cette incompatibilité est évidente, on applique la loi nouvelle.

281. A l'abrogation tacite résultant de l'incompatibilité entre les deux textes, le législateur ajoute une deuxième hypothèse d'abrogation tacite, qui est celle où la loi nouvelle a réglé toute la matière de la loi ancienne. Ainsi en est-il par exemple lorsqu'un nouveau code promulgué, occupe toute la place de l'ancien qui, cependant, n'a pas été abrogé expressément.

282. Il est facile de déterminer la portée de l'abrogation tacite lorsqu'elle intervient entre deux lois générales ou deux lois spéciales. C'est la règle ancienne qui se trouve abrogée. Cependant la situation est différente à résoudre lorsqu'il s'agit d'un conflit entre une loi générale et une loi spéciale.

283. Lorsque le conflit oppose une loi nouvelle générale à une loi ancienne spéciale, la loi nouvelle générale n'abroge pas la loi spéciale, à moins que le législateur ne l'édicte expressément. Ainsi, lorsque le législateur modifie les règles générales relatives au bail dans le code des obligations et des contrats, il n'est pas censé avoir modifié les dispositions spéciales du bail commercial.

284. Lorsque le conflit oppose une loi nouvelle spéciale qui vient traiter un domaine où existe une loi générale ancienne, cette loi spéciale abroge dans son domaine particulier les dispositions de la loi ancienne générale. Ainsi par exemple la loi du 25 avril 1977 relatives aux baux à usage commercial est censée avoir abrogé les dispositions du Code des obligations et des contrats relatives au bail, quand les conditions d'applications de cette loi se trouvait réunies. Le fondement de ces solutions peut se trouver dans les règles générales du droit, et notamment les articles 533 et 534 du code des obligations et des contrats<sup>(1)</sup>.

### B. Portée de la force obligatoire de la règle de droit

285. Lorsque la loi a été régulièrement publiée, elle entre en vigueur et a force obligatoire sur tous les sujets de droit. Elle peut être appliquée au besoin par la contrainte. Le fondement en est que la loi est connue du sujet de droit qui doit alors la respecter. Cette règle doit être cependant atténuée en raison d'une distinction qui doit être faite entre les lois impératives et les lois supplétives.

#### 1. La connaissance de la loi

286. A l'expiration des délais de publication, la loi doit être appliquée car «nul n'est censé ignorer la loi». Le législateur a institué dans l'article 545 du code des obligations et des contrats la règle selon laquelle «Lorsque la loi a été publiée et que le délai fixé pour sa mise à exécution est écoulé, l'ignorance de la dite loi n'excuse pas lorsqu'il s'agit d'un fait illicite ou de ce qui est notoire aux plus illettrés».

287. Ainsi, grâce à la publication et aux délais qui la suivent, il y a une présomption de connaissance de la loi qui fait que son ignorance même effective n'excuse pas<sup>(2)</sup>. Cette présomption signifie que la loi s'appliquera même à ceux qui ne la connaissent pas. Elle repose sur une nécessité pratique, car si elle n'existait pas, chacun se

targuerait de son ignorance de la loi pour tenter d'échapper à ses prescriptions, ce qui viderait la loi de son contenu essentiel, qui consiste dans son caractère obligatoire. Ainsi, celui qui ignore la règle de droit demeure cependant tenu par ses effets.

288. Dans son application, l'article 545 du code des obligations et des contrats n'est pas de portée absolue. L'abondance des textes législatifs et réglementaires ne permet d'ailleurs pas matériellement de tout connaître. L'analphabétisation d'une partie de la population tunisienne vient également adoucir l'application de cet article 545.

289. Ainsi, la règle nul n'est censé ignorer la loi ne s'applique pleinement d'après l'article 545 du code des obligations et des contrats que lorsqu'il s'agit d'un fait illicite, ou lorsqu'il s'agit d'une règle notoire même aux plus illettrés. Ainsi, la règle reçoit pleinement son application en matière pénale par exemple puisque nul ne peut se prévaloir de son ignorance de la règle pénale pour échapper à ses prescriptions. Il en est de même de toute autre règle qui instaurerait une interdiction, quelle que soit la matière, civile, commerciale ou autre. Quant aux autres règles, on peut admettre l'excuse de l'ignorance au regard des illettrés lorsqu'il ne s'agit pas d'une règle notoire<sup>(1)</sup>.

290. D'ailleurs, le législateur consacre parfois de manière expresse le caractère relatif de la présomption de connaissance en admettant que l'ignorance de la loi excuse et peut justifier la nullité du contrat comme dans l'article 44 du code des obligations et des contrats qui tient l'erreur de droit pour vice du consentement. Parfois aussi, la loi oblige une partie à porter à la connaissance de l'autre le contenu de la loi. Tel est le cas lorsque la loi ne considère dans l'article 332 du code de procédure civile ou commerciale le procès verbal de saisi arrêt

<sup>(1)</sup> M. CHARFI, *Introduction*, op.cit, n° 291 ; C. LARROUMET, *Droit civil, T1, Introduction à l'étude du droit privé*, 3ème éd., Economica, Paris, 1998, n° 232 ; G. CORNU, *Droit civil, Introduction, Les personnes, les biens*, 5ème ed, Montchrestien, Coll. Domat, Droit privé, Paris, 1991, n° 110.

<sup>(1)</sup> H.L.J MAZEAUD et F. CHABAS, *Leçons de droit civil, Introduction*, n°83, p. 134.

<sup>(2)</sup> R. ABBES, *La connaissance de la loi en matière civile, mémoire pour le D.E.A de droit privé général*, Fac. de Droit, Tunis, 1985-86.

valable que lorsque sont reproduits textuellement certains articles déterminés de ce même code.

## 2. La distinction entre lois impératives et lois supplétives

291. Lorsque les conditions prévues par l'article 545 du code des obligations et des contrats se trouvent réunies, la règle "nul n'est censé ignorer la loi" doit recevoir application. Cependant, dans son application, cette règle comporte une nuance importante tenant à la distinction classique et pourtant fondamentale entre les lois impératives et les lois supplétives.

292. La loi impérative est une loi qui s'applique en toute circonstance dans la mesure où on ne peut pas en écarter l'application par l'expression d'une volonté contraire. Il s'agit d'une règle juridique dont la force obligatoire est rigoureuse. Tel est le cas par exemple de l'article 30 du code du statut personnel d'après lequel «le divorce ne peut avoir lieu que par devant le tribunal». Ou encore la règle de l'article 18 de ce même code, selon laquelle «la polygamie est interdite». Tel est encore le cas de l'article 66 du Code des obligations et des contrats interdisant les pactes sur successions futures.

293. A côté des lois impératives existent les lois supplétives ou interprétatives, dont la force obligatoire est moins rigoureuse. En effet, elles ne s'appliquent qu'à défaut de volonté contraire des intéressés. Les sujets de droits peuvent, par une manifestation de volonté, écarter les règles de loi supplétive en prévoyant des règles différentes. Tel est le cas de l'exigence que le prix de la vente soit payé au comptant. Cette exigence de l'article 676 du Code des obligations et des contrats est supplétive car les parties peuvent contracter une vente à crédit. Tel est encore le cas de l'article 784 de ce même code qui prévoit que «la restitution de la chose louée doit être faite dans le lieu du contrat, les frais de restitution sont à la charge du preneur, s'il n'y a convention ou usage contraire». Rien n'empêche les parties de prévoir un autre lieu de restitution ou de prévoir que les frais de la restitution sont à la charge du bailleur.

A partir de la définition des lois impératives et des lois supplétives, trois questions se posent.

### a. Quel est l'intérêt de chacune de ces catégories de lois ?

294. Les lois impératives interviennent généralement dans un domaine où c'est l'intérêt général qui est en jeu. Pour s'assurer que les parties ne préféreront pas leur intérêt particulier à l'intérêt général, le législateur édicte une loi impérative. La loi est ainsi impérative car elle est indispensable au maintien de l'organisation sociale, ou qu'elle organise une institution importante<sup>(1)</sup>.

295. Quant aux règles supplétives, elles correspondent souvent aux usages et à l'équité. Ce sont des règles que les parties auraient très probablement adopté en fonction des usages et de l'équité. Par conséquent si les parties n'ont rien prévu de contraire, ces règles s'appliquent. Mais, comme elles visent un intérêt particulier, les particuliers peuvent les écarter s'ils estiment qu'elles ne correspondent pas à leurs intérêts propres.

296. b. la loi supplétive pouvant être écartée par la volonté des sujets de droit, cela constitue-t-il une atteinte au caractère obligatoire de la règle de droit ?

La réponse ne peut être que négative. En effet, la loi supplétive pose une règle juridique obligatoire, mais qui s'impose lorsque les sujets de droit ne l'ont pas écarté par une clause contraire. Ainsi, lorsqu'il n'existe pas une manifestation de volonté contraire à une loi supplétive, celle-ci s'applique immédiatement et nécessairement<sup>(2)</sup>.

<sup>(1)</sup> J. CARBONNIER, *Droit civil, Introduction*, op.cit, n° 126 ; G. MARTY et P. RAYNAUD, *Droit civil, Introduction*, n° 99, p.174, G.FARJAT, *L'ordre public économique*, thèse, Dijon, 1963, L.G.D.J, Paris 1965 ; J. L. AUBERT, *Introduction au droit*, 4ème éd., A. COLIN, Paris 1990 n°99, p.92 ; B. STARCK, *Introduction*, op.cit, n°446 p.190 ; Cf. aussi, pour une étude détaillée, P. RAYNAUD, *L'ordre public économique*, cours de DES, Droit privé, 1965-66.

<sup>(2)</sup> H.L.J MAZEAUD et F. CHABAS, *Droit civil, Introduction*, op.cit, n°67, p.120 ; A. WEILL, *Droit civil, Introduction*, op.cit, n°125, p.106.

297. c. Certaines lois, quoique impératives, peuvent faire l'objet de dispense au profit de personnes déterminées. Tel est le cas d'après l'article 5 du Code du statut personnel, selon lequel l'âge minimum du mariage est fixé à 20 ans pour l'homme et à 17 ans pour la femme. Cependant, le juge peut autoriser des personnes à contracter mariage, avant d'avoir atteint l'âge requis. Ainsi, la force obligatoire d'une règle impérative peut se trouver atténuée en faveur d'un individu donné.

298. Il faut remarquer que ces dispenses ne sont pas arbitraires mais soumises à des conditions en dehors desquelles le juge qualifié pour autoriser la dispense ne pourra pas l'octroyer. Tel est le cas de l'article 5 du code de statut personnel qui suppose, pour écarter l'application de la condition d'âge prévue pour le mariage, que le juge vérifie l'existence de motifs graves de même que l'intérêt des deux futurs époux<sup>(1)</sup>.

### **Paragraphe troisième Application de la loi dans le temps**

299. La loi n'étant pas éternelle, elle est censée être abrogée un jour par une loi nouvelle. Lorsqu'une loi est abrogée, il se pose un problème de détermination du domaine d'application dans le temps de chacune de ces deux lois successives. Un conflit peut opposer les deux règles juridiques qui se sont succédés dans le temps<sup>(2)</sup>.

300. Des exemples permettent de bien saisir la situation qui se présente en cas de conflit entre deux lois successives.

**Premier exemple :** L'article 7 du Code des obligations et des contrats, tel qu'il a été modifié par le décret du 3 août 1956, a élevé l'âge de la majorité à vingt ans au lieu de dix huit ans. La question peut se poser alors de savoir à qui s'applique le nouveau texte. Il est évident que ce texte s'applique à ceux qui ne sont pas encore nés à cette date, de même qu'il s'applique à ceux qui n'ont pas encore atteint l'âge de dix huit ans à cette date. Mais s'applique-t-il à ceux qui, âgés de 18 à 20 ans, sont déjà majeurs selon les termes de l'ancien texte ?

**Deuxième exemple :** L'article 31 du code du statut personnel, tel qu'il a été modifié par la loi n°81-7 du 18 février 1981, prévoit le droit de la femme divorcée d'opter pour une réparation du préjudice, sous forme de capital servi en un seul versement, ou de rente payable mensuellement et à titre viager. Avant la loi de 1981, la femme ne pouvait demander que le versement d'un capital. Là aussi, la question se pose de savoir à qui s'applique le nouveau texte ? Certainement, le couple marié sous le régime de la loi nouvelle est soumis à la loi nouvelle. Mais, est-ce que la même solution s'applique aux couples mariés avant cette loi ?

**Troisième exemple :** L'article 214 du Code pénal tel que modifié par la loi du 1er juillet 1965 et le décret-loi du 26 septembre 1973, prévoit que l'avortement n'est pas punissable s'il a eu lieu dans les trois premiers mois de la grossesse, par voie médicale. Tel n'était pas le cas auparavant. D'où, un avortement qui a eu lieu moins de 3 mois après le début de la grossesse n'est pas punissable s'il a eu lieu sous le règne de la loi nouvelle. Mais en est-il de même si le fait de l'avortement a eu lieu sous le règne de la loi ancienne ? d'autre part, faut-il distinguer selon que l'avortement accompli sous le règne de la loi ancienne a été ou non déjà réprimé ?

**Quatrième exemple :** l'article 40 du Code des droits réels prévoit aujourd'hui que le possesseur de bonne foi d'un immeuble non immatriculé en devient propriétaire après 10 ans de possession. Si une loi nouvelle viendrait modifier ce délai pour le porter à 20 ans, elle s'appliquerait nécessairement à un possesseur qui, à la date de cette nouvelle loi, n'a pas encore commencé à posséder. Mais, faut-il

<sup>(1)</sup> Une autre illustration peut être trouvée dans l'article 137 du C.O.C, relatif au délai de grâce qui peut être accordé par le juge, en dispensant une partie au contrat de respecter le terme conventionnel. Cf. sur la question, J. CARBONNIER, *Droit civil, Introduction*, op.cit, n°126 ; GHESTIN et GOUBEUX, *Introduction*, op.cit, n°317, p.275.

<sup>(2)</sup> A. JELLOULI, *Domaine d'application de la règle de droit dans le temps*, thèse, Fac. de Droit de Tunis, 1991 ; L. BACH, *contribution à l'étude du problème de l'application des lois dans le temps*, R.T.D.C 1969, p.405 ; HERON, *Etude structurale de l'application de la loi dans le temps*, R.T.D.C 1985, p. 277.

distinguer, à la date de la loi nouvelle, entre celui qui a achevé sa possession et celui dont la possession se déroule encore ?

**Cinquième exemple :** Un bail a été conclu sous le règne du Code des obligations et des contrats qui prévoit qu'à la fin du bail, le bailleur reprend son immeuble. Une loi nouvelle intervient ensuite pour reconnaître le maintien du locataire dans les lieux (décret beylical de 1948 et ensuite loi de 1976). Le locataire qui a loué avant la loi nouvelle continue-t-il à se soumettre au Code des obligations et des contrats, ou bien peut-il bénéficier de la loi nouvelle ?

301. La réponse à la question de l'application de la loi dans le temps dans ces situations conflictuelles passe par des intérêts contradictoires. En effet, le besoin de sécurité exige que l'on restreigne au maximum le domaine d'application dans le temps de la loi nouvelle en cas de conflit avec une loi ancienne. En revanche, l'impératif de l'intérêt général, selon lequel la loi nouvelle est présumée réaliser une amélioration et un progrès par rapport à la loi ancienne, veut que le champ de la loi nouvelle soit élargi le plus possible.

302. En droit français, les rédacteurs du Code civil ont consacré à la question l'article deux de ce code. D'après ce texte, «la loi ne dispose que pour l'avenir, elle n'a point d'effet rétroactif». Il s'agit de ce qu'on appelle la règle de la non rétroactivité de la loi. Cette règle se trouve aussi dans les droits positifs comparés récents. On la retrouve par exemple dans l'article 2 du code civil algérien, ou encore dans l'article 10 du Code civil irakien...

303. En droit tunisien, il n'existe pas un texte de portée générale qui affirme la règle de la non rétroactivité de la loi, mais on retrouve indirectement exprimée cette règle<sup>(1)</sup>. En effet, si une pareille règle n'est pas inscrite en tant que disposition de portée générale, elle n'est cependant pas ignorée du législateur. D'abord, cette règle est

<sup>(1)</sup> Cf. la démonstration faite dans la note de A. JELLOULI, sous l'arrêt civ. n°8010, du 16 janvier 1975, R.T.D. 1977, n°1 p.117 et S.

énoncée dans les dispositions de promulgation de nombreux codes. Tel est le cas par exemple de l'article 3 du décret du 15 décembre 1906 promulguant le code des obligations et des contrats. D'après cet article 3, «les dispositions du présent code seront mises en vigueur et appliquées par nos juridictions tunisiennes à dater du 1er juin 1907. Elles n'ont pas d'effet rétroactif». Cette même règle se retrouve aussi dans l'article 2 du décret de promulgation du code du statut personnel, de l'article 2 du décret de promulgation du code de commerce maritime, ou de l'article 2 du décret de promulgation du code de commerce...

304. Ensuite, la règle de la non-rétroactivité de la loi est inscrite en matière pénale dans deux textes importants. L'article 13 de la constitution prévoit que «la peine est personnelle et ne peut être prononcée qu'en vertu d'une loi antérieure au fait punissable». L'article premier du code pénal affirme aussi, solennellement, «nul ne peut être puni qu'en vertu d'une disposition d'une loi antérieure».

305. Aussi, on peut affirmer que la règle de la non rétroactivité de la loi correspond à la volonté du législateur tunisien, telle qu'elle a été exprimée dans ces textes dispersés. Pour cette raison, la cour de cassation a toujours affirmé la règle de la non rétroactivité de la loi<sup>(1)</sup>. C'est en ce sens aussi que s'est prononcé le Tribunal administratif reconnaissant à la règle de la non-rétroactivité de la loi la valeur de règle générale de droit<sup>(2)</sup>.

306. Mais, que signifie tout d'abord la règle selon laquelle la loi ne dispose que pour l'avenir, et qu'elle n'a pas d'effet rétroactif ? Et ensuite, est-elle d'application absolue, ou bien reçoit-elle des exceptions ? Ce sont ces questions qui doivent être envisagées dans les deux points qui vont suivre.

<sup>(1)</sup> Civ. n° 8010, du 16 janvier 1975, B. 1975, p.42, R.T.D. 1977, n°1, p. 117, note . A. JELLOULI, de même que les nombreux arrêts cités par cet auteur.

<sup>(2)</sup> Cf. A. JELLOULI, note, op.cit. p. 123 ; Cf. aussi, A. JELLOULI, la non rétroactivité de la loi dans la jurisprudence du Tribunal administratif, R.T.D, 1985, p. 83 (partie arabe)

### A. Le sens de la règle de la non rétroactivité de la loi

307. Une simple lecture de la règle de la non-rétroactivité de la loi permet de dégager deux idées essentielles.

**Première idée :** La loi dispose pour l'avenir. Cette phrase signifie que lorsqu'une loi est entrée en vigueur, elle doit régir les situations juridiques nées postérieurement à sa mise en vigueur. Ainsi, une personne qui veut divorcer après le 13 août 1956 doit s'adresser au juge, car elle ne peut plus procéder à la répudiation.

**Deuxième idée :** La loi nouvelle n'a pas d'effet rétroactif. Cette phrase signifie que la loi nouvelle ne peut pas s'appliquer aux situations juridiques dont les effets se sont achevés sous le règne de la loi ancienne. Ainsi, celui qui a procédé à la répudiation avant la loi nouvelle du 13 août 1956 ne sera pas obligé de procéder de nouveau à un divorce judiciaire car il s'agit pour lui d'une situation définitivement achevée.

308. Ainsi présentée, la règle de la non rétroactivité de la loi est insuffisante pour résoudre tous les conflits. En effet, il existe des situations juridiques qui, nées sous le régime d'une loi ancienne, continuent à produire leurs effets sous le régime de la loi nouvelle. Tel est le cas de celui qui contracte un bail sous le régime du code des obligations et des contrats qui ne reconnaît pas de droit au renouvellement, lorsque ce bail continue de produire ses effets sous le régime de la loi nouvelle relative au maintien dans les lieux. Tel est encore le cas de celui qui commence à posséder sous le règne d'une loi, et continue ensuite à posséder sous le règne d'une autre loi nouvelle.

Deux doctrines se sont succédées pour résoudre le problème du conflit des lois dans le temps en cas de situation en cours, une doctrine dite classique, et une doctrine dite moderne.

### 1. La doctrine classique

309. La doctrine classique distingue entre les droits acquis et les simples expectatives.

Le droit acquis «est un droit définitivement entré dans un patrimoine, ou une situation juridique définitivement créée»<sup>(1)</sup>. Ainsi, un héritier a un droit acquis lorsque la succession est ouverte. L'ouverture de la succession intervient à l'instant de la mort du decujus. Il en découle que le droit acquis doit être sauvegardé même à l'encontre d'une loi nouvelle.

310. La simple expectative, en revanche, ne constitue qu'une espérance d'avoir un droit, un jour futur. Puisque la personne n'a encore aucun droit définitif, on estime que la simple expectative cède devant la loi nouvelle. Ainsi, le possesseur pendant 5 ans a une simple expectative de devenir propriétaire lorsqu'il accomplit les 10 ans de la loi. Tant qu'il n'a pas ce statut, la loi peut venir en changer les conditions<sup>(2)</sup>.

311. Cette doctrine classique a trouvé par conséquent un dénouement du conflit entre l'intérêt général qui suppose l'application immédiate de la loi nouvelle, et l'intérêt particulier qui suppose l'application de la loi ancienne qui assure la sécurité des sujets de droit. La doctrine des droits acquis et des simples expectatives permet un certain partage entre les domaines des lois, avec une faveur au profit de la loi ancienne. Les droits acquis doivent être sauvegardés même à l'encontre d'une loi nouvelle alors que les simples expectatives n'empêchent pas l'application de la loi nouvelle.

312. Cette doctrine classique, en apparence simple et défendable, a cependant été sévèrement critiquée. Des auteurs modernes ont reproché à cette doctrine que le critère de distinction des droits acquis et des simples expectatives est vague et imprécis car il est difficile de dire quand on est en présence d'un droit acquis, et

<sup>(1)</sup> H.L.J. MAZEAUD et F. CHABAS, *Leçons de droit civil, Introduction op.cit*, n° 140 p. 214.

<sup>(2)</sup> A. JELLOULI, *Thèse, op.cit*, p.39

quand on est en présence d'une simple expectative<sup>(1)</sup>. En outre, c'est un critère mal fondé car un sujet de droit ne saurait se prévaloir d'un droit acquis à l'encontre de la loi<sup>(2)</sup>. Enfin, un tel critère ne permet pas de résoudre des conflits de droits qui n'ont pas de valeur patrimoniale<sup>(3)</sup>.

313. La théorie des droits acquis reflète l'individualisme libéral qui a dominé le 19<sup>ème</sup> siècle. En effet, elle résout le conflit entre les lois par un mécanisme de défense des droits subjectifs acquis sous l'empire de la loi ancienne, contre la loi nouvelle qui constitue le droit objectif en vigueur<sup>(4)</sup>.

314. Le respect des droits acquis étant incompatible avec l'évolution du droit, la doctrine moderne a introduit des distinctions que ne permet pas la doctrine classique.

## 2. La doctrine moderne

315. On rattache généralement la doctrine moderne à Paul ROUBIER, dans son ouvrage, «Le droit transitoire», et on qualifie cette théorie de théorie de l'effet immédiat de la loi nouvelle<sup>(5)</sup>.

316. La théorie de P. ROUBIER repose sur un principe et une exception. Le principe est celui de l'effet immédiat de la loi nouvelle, et l'exception la survie de la loi ancienne. C'est cette doctrine qui s'applique aujourd'hui en jurisprudence, même si les tribunaux

<sup>(1)</sup> Ainsi, la Cour de cassation déclare parfois l'existence d'un droit acquis dans certaines décisions alors qu'elle nie ce même droit acquis dans d'autres décisions, Cf. A. JELLOULI, thèse, p. 48

<sup>(2)</sup> Cf. A. WEILL, *Droit civil, Introduction*, op.cit, n°135, p. 119. Cela constituerait d'ailleurs un obstacle devant toute réforme législative puisqu'en vertu des droits acquis, certains droits ne seront jamais touchés.

<sup>(3)</sup> En effet, peut-on parler de droits acquis en droit de la famille, au regard du tuteur testamentaire désigné par le père avant 1981, à l'encontre de la mère que la loi de 1981 considère tutrice légale au décès du père. A. JELLOULI, Thèse, op.cit, p. 51.

<sup>(4)</sup> GHESTIN et GOUBEUX, *Droit civil, Introduction*, op.cit, n°333, p. 295.

<sup>(5)</sup> P. ROUBIER, *Le droit transitoire* Paris, Dalloz, 2<sup>ème</sup> éd. 1960 ; P. ROUBIER, *les conflits de lois dans le temps*, 1<sup>ère</sup> éd. 1929-1933 ; cités par GHESTIN et GOUBEUX, *Droit civil, Introduction* op.cit, n°334 p.296.

utilisent parfois encore les termes droit acquis ou simple expectative<sup>(1)</sup>.

317. La loi nouvelle ne s'applique pas à une situation juridique qui a produit ses effets antérieurement à cette loi. Ainsi, une créance recouvrée, un divorce prononcé, un bail éteint, ne peuvent plus être remis en cause. La loi nouvelle ne peut rendre inefficaces des situations régulièrement constituées et qui ont valablement produit leurs effets sous l'empire de la loi ancienne.

318. Quant aux effets futurs des situations juridiques, il faut distinguer selon qu'il s'agit de situations non contractuelles ou de situations contractuelles.

a. Les situations non contractuelles en cours (objectives, légales).

319. Chaque fois qu'il s'agit d'une situation non contractuelle, la loi nouvelle s'applique immédiatement aux effets futurs de cette situation. L'état de père, d'époux, de propriétaire, de possesseur constituent des situations déterminées par la loi en dehors de la volonté du sujet. Le législateur peut modifier ces situations et la loi nouvelle reçoit application immédiate.

320. La règle de l'effet immédiat de la loi nouvelle s'applique aussi aux lois de compétence et de procédure judiciaire. En effet, lorsqu'une loi nouvelle vient modifier la compétence d'une juridiction où les règles de procédure à suivre devant elle, cette loi reçoit application immédiate aux instances en cours, et non seulement aux instances futures<sup>(2)</sup>. On peut remarquer cependant que le législateur écarte parfois l'application immédiate des lois nouvelles de procédure,

<sup>(1)</sup> Trib de première instance de Tunis, n°1502, du 31/03/1962, R.J.L 1964, p. 803, R.T.D 1963-65, p. 129 ; Cass civ. n° 4748 et 5347, du 5/12/1944, R.J.L 1960, n°9 et 10, p.117 n° 59 ; Cass. Civ n° 1283, 11/04/1961 B. 1961, p. 52 ; Cass Civ. n° 755, 21/11/1978, B. 1978, II, p. 154 ; Cass. Civ n°13324, 25/03/1986, B. 1986, I, p. 173 ; cités par A. JELLOULI, Thèse, p. 43.

<sup>(2)</sup> H.L.J MAZEAUD et F. CHABAS, *Leçons de droit civil, Introduction*, op.cit n°149-2, p.225 ; F.TERRE, *Introduction*, op.cit, n°442, p.366 ; A.Jellouli, Thèse, op.cit, p.263.

en faveur de la survie de la loi ancienne. Tel est le cas par exemple de l'article 5 de la loi du 5 octobre 1959 portant promulgation du Code de procédure civile et commerciale. D'après cet article, «Les affaires pendantes à la date du 1er janvier 1960 restent soumises aux règles de procédure en vigueur à la date de promulgation du Code de procédure civile et commerciale et jusqu'à ce qu'elles soient jugées par la juridiction devant laquelle elles sont pendantes. Les décisions rendues dans les affaires visées à l'alinéa précédent, ainsi que les décisions rendues avant la date du 1er janvier 1960 restent soumises, en ce qui concerne les voies de recours possibles et le tribunal compétent, aux dispositions de l'ancien code, toutes autres règles de procédure prévues par le nouveau code étant applicables ». On retrouve la même règle posée par la loi n°83 du 11 août 1976 ou par la loi n°87 du 1er septembre 1986 modifiant le Code de procédure civile et commerciale.

#### b. Les situations contractuelles en cours (subjectives)

321. Les effets futurs d'une situation contractuelle restent soumis à la loi en vigueur au jour de sa naissance. C'est la survie de la loi ancienne, qui se justifie comme étant la conséquence de l'autonomie de la volonté et de la liberté contractuelle. En effet, les contractants sont présumés s'être référés à la loi en vigueur lors de la conclusion de leur contrat. La loi nouvelle est écartée car elle risque de bouleverser et de perturber l'ordre juridique déjà établi par les parties. Ainsi, l'impératif d'application de la loi nouvelle cède devant l'impératif de sécurité des transactions<sup>(1)</sup>.

322. Toutefois, la survie de la loi ancienne reçoit exception lorsque la loi nouvelle est d'ordre public. L'impératif de sécurité cède alors à son tour devant l'intérêt général et il faut alors appliquer immédiatement la loi nouvelle l'ordre public aux effets futurs d'une

<sup>(1)</sup> Trib. Tunis, n°262, 23/03/1963, R.J.L 1965, n°2 à 5, p. 140-214 ; Cass. Civ n°78-74, 20/01/1972, B. 1972, p.11 ; Cass.civ n° 2887, 22/06/1937, R.J.L 1960, n°9 et 10, p. 152, n°13 ; Cass. Civ. n° 5951, 12/04/1949, R.J.L 1962, p.45 ; cités par A. JELLOULI, Thèse p.225.

situation contractuelle<sup>(1)</sup>. Cependant, l'application immédiate ne constitue pas une application rétroactive.

#### B. Les exceptions à la règle de la non rétroactivité de la loi

323. Les exceptions à la non rétroactivité de la loi touchent trois domaines principaux. En matière pénale, il s'agit des lois pénales plus douces ; en matière civile, il s'agit des lois expressément rétroactives et des lois interprétatives.

##### 1. Les lois pénales plus douces

324. L'article 13 de la constitution a édicté en droit tunisien le principe de la non-rétroactivité de la loi en matière pénale. Cet article dispose que «la peine est personnelle et ne peut être prononcée qu'en vertu d'une loi antérieure au fait punissable ». Cette disposition est protectrice de la liberté individuelle et aucune liberté ne subsisterait si on pouvait condamner un individu pour un acte licite lors de son accomplissement. C'est dans le même sens que s'est prononcée la déclaration universelle des droits de l'homme de 1948, dont l'article 11 dispose : « Nul ne sera condamné pour des actions ou omissions qui, au moment où elles ont été commises, ne constituaient pas un acte délictueux d'après le droit national ou international ».

325. Cependant, l'article premier du code pénal tempère l'application de cette règle en faveur du délinquant. D'après l'alinéa 2 de cet article, «si, après le fait, mais avant le jugement définitif, il intervient une loi plus favorable à l'inculpé, cette loi est seule appliquée »<sup>(2)</sup>.

326. Tel est le cas par exemple de la loi n°89-23 du 27 février 1989, modifiant certaines dispositions du Code pénal et remplaçant la peine des travaux forcés par l'emprisonnement. Tel est aussi le cas de l'article 214 du Code pénal qui, après la modification de 1973 n'exige

<sup>(1)</sup> Cass. Civ ; n°3842, 16/10/1981, B. 1981, III, p. 221.

<sup>(2)</sup> La même disposition se retrouve dans l'article 11 de la déclaration universelle des droits de l'homme.

plus que la femme mariée ait au moins 5 enfants pour procéder à un avortement licite. On peut citer encore la loi n°76-73 du 8 décembre 1973 relative à la relégation qui en fait une peine facultative alors qu'elle était obligatoire avant cette date.

327. Bien que l'article 2 alinéa 2 du code pénal contredit l'article 13 de la constitution, l'exception qu'il apporte se justifie pleinement. Il est logique en effet, qu'une loi nouvelle qui supprime ou adoucit une peine, reçoive application rétroactive en faveur du délinquant. Si le législateur estime qu'un fait n'est pas suffisamment grave pour être réprimé, ou que sa gravité ne justifie pas une peine excessive, l'idéal de justice veut que la personne qui n'a pas été condamnée pour ce fait, bénéficie de la faveur législative nouvelle. Certains auteurs estiment même qu'il n'y a pas lieu de parler de rétroactivité de la loi pénale dans ce cas, mais plutôt d'effet immédiat car la loi nouvelle s'applique à une situation qui ne s'est pas encore dénouée, qui est en cours de règlement tant qu'il n'y a pas eu condamnation définitive<sup>(1)</sup>.

328. Nous pensons cependant qu'il s'agit d'une véritable rétroactivité de la loi car le fait punissable est déjà réalisé, et la loi au jour de la réalisation du fait sanctionne ce fait. Il ne peut donc s'agir que d'une clémence du législateur en faveur du coupable. Si la loi nouvelle n'est pas plus clément, elle ne peut aucunement recevoir application au fait qui lui est antérieur.

## 2. Les lois civiles expressément rétroactives

329. Le principe de la non rétroactivité de la loi civile nouvelle résulte de la loi. Cela signifie que le législateur, qui a posé le principe, peut lui apporter des exceptions en faisant des lois rétroactives. Cependant, cette rétroactivité doit être exprimée d'une manière

expresse par le législateur, faute de quoi on applique le principe de la non rétroactivité<sup>(1)</sup>.

330. On peut citer à titre d'exemple de lois civiles rétroactives la loi n°360-68 du 29 novembre 1968 modifiant la législation sur les accidents du travail et augmentant le montant des réparations pour les accidents survenus à partir du 1er janvier 1968. On peut citer encore la loi n°47-71 de 10 novembre 1971 modifiant la loi électorale et prévoyant son application à partir du 8 juin 1970. On peut citer aussi le décret n°63-74 du 31 janvier 1974 relatif au régime de rémunération des responsables des entreprises publiques applicable à partir du 1er janvier 1974 et le décret n° 885-78 du 11 octobre 1978 applicable à partir du 1er avril 1978. On peut trouver encore un exemple dans la loi n°38-92 du 27 avril 1992 qui a donné un effet expressément rétroactif au décret-loi n°4-77 du 21 septembre 1977 ratifié par la loi n°64-77 du 26 octobre 1977 concernant la suppression de l'autorisation du gouverneur en matière de vente immobilière entre tunisiens. En vertu de cette loi rétroactive, on considérera comme valable la vente conclue avant 1977 sans autorisation du gouverneur alors qu'à cette date et en vertu de la loi ancienne en vigueur à cette époque, cette vente sans autorisation est une vente nulle.

## 3. Les lois civiles interprétatives

331. Lorsque la loi est obscure, le législateur intervient parfois par une loi interprétative ayant pour but d'éclairer et d'explicitier la loi interprétée. La loi interprétative ne faisant qu'expliquer une loi obscure précédente, elle fait corps avec la loi interprétée et elle s'appliquera par conséquent à des faits qui lui sont antérieurs mais qui sont postérieurs à la loi interprétée et qui n'ont pas encore reçu de jugement irrévocable. Elle prend effet à la date d'entrée en vigueur de la loi interprétée<sup>(2)</sup>.

<sup>(1)</sup> Cass. Civ. n° 8010, 16/01/1975, B. 1975, I, p.42, R.T.D 1977, I, p. 117, note A. JELLOULI.

<sup>(2)</sup> J. CARBONNIER, *Droit civil, Introduction*, op.cit, p. 229, n°132; GHESTIN et GOUBEUX, *Droit civil, Introduction générale*, op.cit, p. 306, n°349; M. CHARFI, *Introduction*, op.cit, n° 322.

<sup>(1)</sup> Cf. A. VITU, *Les conflits de lois dans le temps en droit pénal*, Thèse, Nancy, 1945; G. MARTY, *A propos de la prétendue rétroactivité des lois pénales plus douces*, Mél. Magnol, éd. Sirey, 1948, p. 297 et S.

332. Il est évident qu'il doit s'agir d'une véritable loi interprétative. C'est généralement le cas lorsque le législateur l'édicte lui-même, expressément. On peut citer à titre d'exemple de loi interprétative le décret-loi du 30 août 1962 modifiant l'article 41 de la loi de 1957 relative à l'état civil, concernant les délais des voies de recours et prévoyant que le délai d'un mois à partir du jugement s'applique au divorce, nullité du mariage et à toutes les autres parties du jugement y compris les dommages intérêts. On peut citer encore la loi n°44-58 du 31 mars 1958 interprétant l'article 2 bis du décret du 28 octobre 1948 relatif au bail à usage d'habitation<sup>(1)</sup>.

333. Cependant, si la loi nouvelle n'énonce pas son caractère interprétatif, la cour de cassation s'interdit de lui reconnaître ce caractère<sup>(2)</sup>. La position de la cour de cassation s'explique par le fait que la rétroactivité étant une exception, le caractère interprétatif de la loi nouvelle ne doit faire aucun doute. Mais, il est possible qu'une loi soit interprétative sans que le législateur ne l'édicte expressément. C'est le cas lorsque la loi se borne à reconnaître un droit préexistant qu'une définition ancienne a rendu susceptible de controverse<sup>(3)</sup>. La cour de cassation française reconnaît dans ce cas à la loi, muette sur son caractère, le caractère interprétatif<sup>(4)</sup>. La cour de cassation française est allée encore plus loin en se réservant même le droit d'apprécier s'il s'agit d'une véritable loi interprétative, alors que cette qualification lui a été attribuée expressément par le législateur. La cour de cassation française craint en effet que le législateur ne donne

le caractère faussement interprétatif à une loi pour en faire une loi rétroactive<sup>(1)</sup>.

334. Cette jurisprudence nous semble cependant critiquable dans la mesure où la qualification attribuée par le législateur à une loi, pour en faire une loi interprétative ou expressément rétroactive, s'impose nécessairement au juge. Le juge est alors tenu de s'incliner devant la qualification législative<sup>(2)</sup>, faute de quoi ce serait une jurisprudence abusive et contraire à la loi.

### **Sous-section deuxième Les sources non écrites de la règle de droit : la coutume**

335. Les sources principales de la règle de droit sont des sources écrites. Mais à côté des sources écrites existe une source de la règle de droit qui n'émane pas directement des pouvoirs publics et qui n'est pas écrite, c'est la coutume.

Cette source particulière de la règle de droit nécessite d'être définie avant d'examiner la question de son autorité en tant que règle juridique<sup>(3)</sup>.

### **Paragraphe premier La notion de coutume**

336. D'après l'article 18 de la constitution, «Le peuple exerce le pouvoir législatif par l'intermédiaire d'une assemblée représentative, dénommée «Chambre des députés»». Ce texte signifie que le pouvoir de faire des lois est un attribut de la souveraineté nationale appartenant au peuple et exercé par l'intermédiaire de ses représentants. Cela correspond aussi à l'article 3

<sup>(1)</sup> Cf., à titre d'exemple, l'article 2 de la loi n°34-87 du 2 août 1987, interprétant la loi n°17-68 du 2 juillet 1968. L'article 2 prévoit expressément qu'il a un caractère interprétatif.

<sup>(2)</sup> Civ. n° 8010, du 16 janvier 1975, R.T.D 1977, n°1, p. 117 et S. note A. JELLOULI, Thèse, p. 331

<sup>(3)</sup> A titre d'exemple, on peut citer la loi n°92-47 du 4 mai 1992 portant modification de l'article 581 du code des obligations et des contrats

<sup>(4)</sup> Soc. 19 juin 1963, G.P 1963, 2, p. 278 ; GHESTIN et GOUBEUX, Droit civil, Introduction, op.cit, n° 352 p. 308.

<sup>(1)</sup> Soc. 20 mai 1958 G.P 1958, 2, p. 60 ; Soc. 16 mai 1957, G.P. 1957, 2, p. 131.

<sup>(2)</sup> MARTY et RAYNAUD, Droit civil, Introduction, op.cit, n° 107 p. 192 ; GHESTIN et GOUBEUX, Droit civil, Introduction, op.cit, n° 353, p. 309.

<sup>(3)</sup> Cf. à propos de la coutume en droit tunisien ; S. ELLEUCH, La coutume dans le C.O.C, mémoire de DEA en Droit privé, Fac. De Droit de Tunis et des Sciences politiques de Tunis, 1992-93 (en arabe).

de la constitution qui édicte que «La souveraineté appartient au peuple tunisien qui l'exerce conformément à la constitution ».

337. Mais est ce que cela signifie que le peuple ne peut pas exercer ce pouvoir directement ? L'article 2 et l'article 47 de la constitution prévoient que le président de la république peut s'adresser au peuple pour le consulter sur l'adoption de certaines lois. Il s'agit de la procédure du referendum<sup>(1)</sup>. Mais en dehors de cette hypothèse, il y a la coutume, qui est une règle de droit mûrie directement par le peuple, et qui est générale, permanente et obligatoire.

338. La coutume peut être définie comme étant un usage qui accède au rang de la règle de droit, lorsqu'il remplit certaines conditions<sup>(2)</sup>.

#### A. Conditions de la coutume

La coutume, pour être règle de droit, suppose l'existence de deux éléments nécessaires, un élément matériel et un élément psychologique.

##### 1. L'élément matériel de la coutume

339. Une coutume a valeur de règle de droit lorsqu'elle est générale et ancienne. La coutume est générale en ce sens qu'elle est

<sup>(1)</sup> Il s'agit des traités conclus dans le cadre du grand Maghreb et qui seraient de nature à entraîner une modification quelconque de la constitution, des projets de lois portant sur l'organisation des pouvoirs publics ou tendant à ratifier un traité qui sans être contraire à la constitution, a des incidences sur le fonctionnement des institutions, ainsi que les lois ayant une importance nationale.

<sup>(2)</sup> On ne procédera pas à la distinction que fait parfois la doctrine entre coutume et usage. En effet, le droit tunisien, tant par les textes que par la jurisprudence ne distingue pas entre coutume et usage et leur confère les mêmes effets.

Cf. en France, J. CARBONNIER, *La genèse de l'obligatoire dans l'apparition de la coutume*, dans *Flexible droit*, 1976, p. 73 ; TANAKA, *fonction de la coutume en droit commercial*, *Etudes* GENY, 1934, III, p. 247 ; PEDAMON, *y a-t-il lieu de distinguer les usages et les coutumes en droit commercial*, *R.T.D. com.* 1959, p. 335 ; H.L.J. MAZEAUD et F. CHABAS, *Droit civil, Introduction*, op.cit, n°85 ; J. CARBONNIER, *Droit civil, Introduction*, op.cit, n°136 ; GHESTIN et GOUBEUX, *traité de Droit civil, Introduction*, op.cit, n°485 ; F. TERRE, *Introduction*, op.cit, n°202.

suivie par la plupart des gens qui y sont concernés. Cela signifie qu'elle doit être largement suivie et répandue dans un lieu donné, ou dans un milieu donné, généralement un milieu professionnel. La coutume est ancienne en ce sens qu'elle résulte d'actes répétés pendant une longue durée. Ainsi, le temps doit conférer à la coutume une pérennité et une sécurité sans lesquelles elle ne peut pas être une règle juridique.

#### 2. L'élément psychologique

340. Il ne suffit pas qu'une coutume soit générale et suffisamment ancienne pour être qualifiée de règle de droit. Il faut, en outre, qu'elle soit considérée comme ayant force obligatoire dans l'esprit des personnes concernées. Il s'agit de «La conviction d'agir en vertu d'une règle obligatoire»<sup>(1)</sup>, c'est à dire «de la croyance généralement répandue qu'il s'agit d'une règle juridiquement obligatoire»<sup>(2)</sup>.

341. Ainsi définie, la coutume n'est pas étrangère au droit tunisien, dans la mesure où on la trouve déjà occupant une place importante en droit musulman. En effet, il est remarquable de constater l'importance des coutumes de Médine dans l'école malékite, des coutumes de Bagdad dans l'école Hanéfite, des coutumes d'Egypte dans l'école Chaffaïte...<sup>(3)</sup>.

#### B. Intérêt de la coutume

342. Si la loi, expression de la volonté générale émanant des représentants élus des sujets de droit, exprime l'idée de démocratie, on peut se demander si la coutume n'est pas elle aussi compatible avec la démocratie<sup>(4)</sup>. Et d'ailleurs, on peut le penser puisque la coutume a son origine dans le peuple. «Si l'on identifie l'Etat avec les gouvernants, par opposition à la masse des gouvernés, ... la coutume paraît venir

<sup>(1)</sup> GHESTIN et GOUBEUX, *Droit civil, Introduction*, op.cit, n°489.

<sup>(2)</sup> A. WEILL, *Droit civil, Introduction*, op.cit, n° 143, p. 127.

<sup>(3)</sup> M. CHARFI, *Introduction*, n°335.

<sup>(4)</sup> J. CARBONNIER, *Introduction*, op.cit, n°12.

non d'en haut mais d'en bas, non des gouvernants mais de la masse »<sup>(1)</sup>. Cependant, même si on admettait cela, la coutume apparaît généralement comme une force conservatrice tandis que la loi écrite peut être l'instrument des transformations sociales<sup>(2)</sup>.

343. Par ailleurs, la coutume présente des avantages mais aussi des inconvénients certains par rapport à la loi écrite. Ainsi, la coutume a pour elle la souplesse, car elle est faite par les intéressés eux-mêmes, selon leurs besoins. La coutume se crée lentement, par un choix inconscient des sujets de droit, et correspond aux idées morales et aux besoins de la société. Mais, de cette souplesse vient son inconvénient. C'est qu'elle est imprécise, difficile à saisir dans ses conditions, sa portée, sa sanction. Le juge n'est pas censé connaître la coutume. On doit la lui prouver alors qu'il est censé connaître la loi<sup>(3)</sup>.

344. En revanche, la loi est précise, plus facile à saisir dans ses conditions et dans sa sanction. Elle assure plus que la coutume le besoin de sécurité. Peut être, est-ce pour ces raisons que le domaine de la coutume se rétrécit en faveur de celui de la loi écrite. C'est ce qui apparaît notamment à travers l'autorité de la coutume<sup>(4)</sup>.

### **Paragraphe deuxième L'autorité de la coutume**

345. La question de l'autorité de la coutume dépend de sa source. Or, la coutume peut avoir sa source dans la délégation de la loi. Mais peut-il y avoir une coutume autonome par rapport à la loi et peut-il y avoir de coutume contraire à la loi ?

<sup>(1)</sup> J. CARBONNIER, *Introduction*, op.cit, n°6.

<sup>(2)</sup> J. CARBONNIER, *Introduction*, op.cit, n° 12.

<sup>(3)</sup> Art. 543 C. O. C

<sup>(4)</sup> J. CARBONNIER, *Introduction*, op.cit, n° 135 et 136 ; H.L.J MAZEAUD et F. CHABAS, *Introduction*, op.cit, n° 85 ; F. TERRE, *Introduction*, op.cit, n°208.

### **A. La coutume par délégation de la loi**

346. Certaines coutumes tirent leur force de la loi en ce sens que c'est la loi elle-même qui renvoie à la coutume. Ce renvoi peut être effectué de manière expresse ou de manière implicite.

#### **1. La délégation expresse de la loi**

347. La loi opère assez souvent renvoi exprès à la coutume et aux usages en tant que règles de droit. Grâce à ce renvoi, la coutume va pouvoir compléter la règle écrite. On rencontre de nombreux cas de renvoi dans les diverses matières du droit.

348. Ainsi, dans le Code des obligations et des contrats, on peut citer à titre d'exemple l'article 516 d'après lequel on doit suppléer les clauses qui sont d'usage dans le lieu où l'acte a été fait ou qui résultent de sa nature. On peut citer encore l'article 243 d'après lequel les obligations doivent être exécutées de bonne foi et obligent à toutes les suites que la loi, l'usage ou l'équité donnent à l'obligation d'après sa nature. On peut citer aussi les articles 793 et 799 du même code qui prévoient que lorsque le bail est à durée indéterminée, le bailleur doit accorder au locataire un délai fixé selon les usages avant de l'obliger à quitter les lieux loués<sup>(1)</sup>.

349. On trouve le même renvoi à la coutume et aux usages dans le code des droits réels. Ainsi, par exemple s'agissant de la distance requise pour planter des arbres ou élever des édifices, l'article 168 renvoie aux règlements particuliers et aux usages. Dans la définition du mur mitoyen, l'article 72 de ce code renvoie également de manière expresse à la coutume.

350. L'une des premières dispositions du Code de commerce renvoie de même expressément aux usages en matière commerciale. Il s'agit de l'article 3 d'après lequel «est soumis aux lois et usages du commerce, quiconque, de manière habituelle, procède aux opérations

<sup>(1)</sup> On a pu dénombrer 84 articles se référant aux usages et coutumes dans le C.O.C S. ELLEUCH, *mémoire*, op.cit, p. 23.

visées à l'article 2, en vue de réaliser un bénéfice ». Il en est de même de l'article 597 d'après lequel « tous les contrats commerciaux sont régis par le présent code, à défaut par le code des obligations et des contrats, à défaut par l'usage ».

351. Dans le Code de commerce maritime, on trouve également la même référence à l'usage et à la coutume. A titre d'exemple, l'article 194 dispose que « le temps alloué à l'affrètement pour le changement et le déchargement est appelé « Staries » ». Ce temps est fixé par la convention ou, à défaut, par les usages du port. Il doit être compté par jour et d'heure à heure ». L'article 227 relatif à la vente maritime prévoit dans le même sens que celle-ci « comporte l'obligation de délivrer les documents prévus par la convention des parties, la loi ou l'usage ».

352. Dans le Code du statut personnel, les renvois à l'usage et à la coutume sont assez nombreux. Ainsi, l'article 26 relatif aux contestations entre les époux au sujet de la propriété des biens et à défaut de preuve, opère un renvoi aux usages. Quant à la détermination de l'étendue de la pension alimentaire, l'article 50 prévoit que « la pension alimentaire comprend la nourriture, l'habillement, le logement, l'instruction et tout ce qui est considéré comme nécessaire à l'existence selon l'usage et la coutume ».

353. Dans toutes les hypothèses de délégation expresse, l'application de la coutume ne fait pas de difficulté dans la mesure où la coutume tire sa force et son autorité de la loi elle-même. Mais à côté de la délégation expresse, on constate aussi l'existence d'une délégation tacite faite par la loi au profit de la coutume.

## 2. La délégation implicite de la loi

354. Il est parfois nécessaire de passer par la coutume pour pouvoir appliquer la règle de droit écrite. On suppose dans cette hypothèse que le législateur a tacitement renvoyé à la coutume. Tel est le cas de l'article 12 alinéa 2 du Code du statut personnel d'après lequel « le montant de la dot doit être sérieux. Son maximum ne peut être limité. La dot constitue pour l'épouse un bien dont elle dispose à

son gré ». La cour de cassation a affirmé que la coutume peut servir à la détermination des biens ayant la qualité de dot, même si le code du statut personnel ne renvoie pas directement à la coutume<sup>(1)</sup>.

355. D'autres textes ne peuvent, non plus, être correctement appliqués que si le juge se livre à une appréciation selon la coutume. On peut citer à titre d'exemple l'article 66 du Code des obligations et des contrats d'après lequel il faut définir la cause illicite par référence à la loi, mais aussi à l'ordre public et aux bonnes mœurs. Il en est de même de l'article 117 qui procède de la même manière pour la détermination de la condition d'une chose impossible ou contraire aux bonnes mœurs. Ces textes ont pour effet de donner une force juridique à des notions telles que les bonnes mœurs et l'ordre public. Or, ces notions sont établies par référence « aux coutumes des honnêtes gens »<sup>(2)</sup>.

356. Tel est encore le cas du concept de « bon père de famille » nécessaire pour la détermination du comportement fautif d'une personne. Cela implique que le juge doit « se reporter à l'usage couramment suivi par les pères de famille sérieux en semblables hypothèses »<sup>(3)</sup>.

## B. La coutume autonome

357. La coutume autonome peut être définie comme étant celle qui a force obligatoire en dehors d'un renvoi exprès ou tacite de la part de la loi. Ainsi, définie, la coutume autonome peut compléter la loi.

358. Dans certains pays, la référence à la coutume, en tant que source autonome, est expressément prévue par le législateur. Tel est le cas par exemple de l'article 1er alinéa 2 du code civil algérien.

<sup>(1)</sup> Civ. n° 6924, du 14 avril 1970, B. 1970, p. 69, R.T.D 1973, p. 149, note K. JELLOULI.

<sup>(2)</sup> J. CARGONNIER, *Droit civil, Introduction, op.cit.*, n° 135.

<sup>(3)</sup> J. CARBONNIER, *Droit civil, Introduction, op.cit.*, n° 135.

359. En France, on admet depuis Portalis, l'existence de la coutume autonome. Dans son discours préliminaire, Portalis disait que «à défaut d'un texte précis sur chaque matière, un usage ancien, constant et bien établi, une suite ininterrompue de décisions semblables, une opinion ou une maxime reçues tiennent lieu de loi»<sup>(1)</sup>. En droit tunisien, on ne trouve pas un texte général qui confère à la coutume le rôle de source autonome du droit. Cependant, le législateur ne rejette pas non plus ce rôle expressément. On trouve même dans l'article 543 du Code des obligations et des contrats que «la coutume et l'usage ne sauraient prévaloir contre la loi lorsqu'elle est formelle». D'après ce texte, le législateur ne permet pas qu'il y ait des coutumes contraires à la loi, mais il admet les autres coutumes<sup>(2)</sup>. On peut par conséquent penser que le législateur admet la coutume, même à défaut de renvoi exprès ou tacite. Ceci permet d'ailleurs d'assurer la sécurité juridique que recherchent les sujets de droit, dans la mesure où la coutume dans le cas de défaut de texte écrit, constitue une règle sur laquelle on peut compter.

### C. La coutume contraire à la loi

360. La coutume ne peut pas contredire la règle de droit écrite. L'article 543 du Code des obligations et des contrats le dit expressément : «la coutume et l'usage ne sauraient prévaloir contre la loi lorsqu'elle est formelle». Le texte formel est entendu largement dans le sens de «clair» et «explicite», par conséquent, la coutume ne peut contredire une loi claire, même s'il s'agit d'une loi supplétive<sup>(3)</sup>.

361. Cela se justifie d'ailleurs aisément. En effet, lorsque le législateur intervient par une règle écrite, il manifeste ainsi sa volonté de retirer toute force à la coutume. Cela s'applique même en cas de

<sup>(1)</sup> GHESTIN et GOUBEUX, *Introduction*, op.cit, n° 502 ; J. CARBONNIER, *Introduction*, op.cit, n° 136.

<sup>(2)</sup> Il y a lieu de noter cependant que l'article 535 C.O.C concernant l'interprétation en cas de silence de la loi, ne cite pas la coutume et se contente du QUYAS (analogie) et des règles générales du droit. Mais les règles générales du droit placées dans leur contexte historique qui est le droit musulman se réfèrent expressément à la coutume.

<sup>(3)</sup> Civ. 17 décembre 1931, R.J.L. 1960, n° 9 et 10, p. 27 ; Civ. 30 octobre 1956, R.J.L. 1960, n° 9 et 10 p. 168 ; Civ. n° 4623, du 2 mars 1967, B. 1967, p. 24.

conflit entre une coutume et une loi supplétive puisque cette dernière ne peut être écartée que par la volonté des sujets de droit. Il faut donc que cette volonté soit clairement exprimée de préférer la règle coutumière à la règle écrite.

## Section deuxième Les sources d'interprétation de la règle de droit

362. La règle de droit est destinée à résoudre les conflits opposant les membres du groupe social. Pour aboutir à ce résultat, la règle de droit doit être appliquée et interprétée. En effet, la règle de droit intervient de manière objective et générale, et lorsqu'il s'agit de l'appliquer au cas particulier, elle suppose d'être interprétée.

L'œuvre d'interprétation est d'autant plus nécessaire que la règle de droit peut être obscure. Parfois même, elle peut ne pas exister pour la résolution de certains litiges. On parle alors de lacune de la loi.

Ceci nous amène à poser deux questions. La première est de savoir qui interprète la règle de droit. La deuxième est de savoir comment la règle de droit est interprétée.

### Sous-section première Les interprètes de la règle de droit

363. Le meilleur interprète de la règle de droit est normalement le législateur lui-même. En effet, ayant posé la règle, il est le mieux placé pour en préciser le sens. Cependant, il est aisé de constater que le législateur n'intervient que très rarement pour interpréter la règle de droit. Son rôle ordinaire est de poser des règles générales et abstraites et il se décharge du fardeau de l'interprétation sur les organes qui ont pour mission d'appliquer la règle de droit. L'organe officiel est constitué par les tribunaux. Mais à côté de lui, il existe un autre interprète important mais qui n'a rien d'officiel ; il s'agit de la doctrine.

364. La doctrine peut être définie comme étant constituée par les opinions émises par les auteurs de droit sur les diverses questions du domaine juridique. Ces opinions se trouvent dans des écrits de natures diverses. Il peut s'agir de cours de droit, de thèses de doctorat, d'articles, de commentaires de lois, de commentaires de décisions de justice<sup>(1)</sup>.

365. En Tunisie, les manuels et les thèses de doctorat existent mais sont encore peu nombreux. En revanche, on trouve suffisamment de commentaires et d'articles portant étude de questions précises. On peut citer parmi les publications dans ce genre d'écrits :

- la revue tunisienne de droit, publiée depuis 1953 par la faculté de droit de Tunis et aujourd'hui par le Centre d'études, de recherches et de publication, devenu Centre de publication universitaire ;
- l'actualité juridique tunisienne, publiée par la Faculté de Droit de Tunis depuis 1979 ;
- la revue de jurisprudence et de législation, publiée par les services du ministère de la justice ;
- la revue «Servir», publiée par l'école nationale d'administration de Tunis ;
- la revue El Mouhamat (L'avocat), publiée par les services de l'ordre national des avocats de Tunisie ;
- La revue des Sciences juridiques, économiques et de gestion de la Faculté de Droit et des Sciences économiques de Sousse, depuis 1997.

366. La doctrine ne constitue pas une source officielle de la règle de droit, dans la mesure où l'opinion des auteurs ne s'impose pas aux tribunaux ni au législateur. Cependant, elle peut être considérée comme une autorité scientifique dans la mesure où les opinions qu'elle émet peuvent influencer le législateur ou le juge. Il arrive même que des décisions de jurisprudence citent des travaux de

<sup>(1)</sup> J. D BREDIN, *Remarques sur la doctrine*, Mél. HEBRAUD, p. 111 et S ; C. ATIAS, *La mission de la doctrine universitaire de droit privé*, J. C. P 1980, I, 2999.

doctrine à l'appui d'une interprétation qu'ils font de la règle de droit<sup>(1)</sup>.

367. La jurisprudence peut être définie, au sens large du terme, comme étant l'ensemble des décisions rendues par les juridictions, sur les diverses questions de droit. Au sens restreint, la jurisprudence est la manière dont les juges tranchent habituellement une difficulté juridique<sup>(2)</sup>.

368. Ainsi définie, la jurisprudence est liée à l'un des pouvoirs essentiels de l'Etat, le pouvoir judiciaire, dont la fonction essentielle est de rendre la justice. Il est nécessaire, en conséquence, d'étudier l'organisation de la justice pour pouvoir examiner par la suite, la question de savoir si la jurisprudence peut être considérée comme une source du droit.

### **Paragraphe premier L'organisation de la justice.**

La question de l'organisation de la justice passe par une distinction de base entre deux ordres de juridictions, à savoir l'ordre administratif et l'ordre judiciaire.

### **Sous paragraphe premier Le tribunal administratif**

369. En droit comparé, il existe deux systèmes qui ont été retenus par les législateurs. Il y a d'une part, le système de l'unité de juridiction, d'inspiration anglo-saxonne, consistant à confier le contentieux administratif à la compétence des juges de l'ordre judiciaire. Le second système, qu'on retrouve en France et dans les pays inspirés du droit français, est celui de la dualité de juridictions. Il consiste à créer, à côté des juridictions de l'ordre judiciaire, des

<sup>(1)</sup> Cf. par exemple Civ. n° 19398, 16 mars 1989, B. civ. 1989, p. 127.

<sup>(2)</sup> Dans son sens étymologique, jurisprudence vient de *juris* qui signifie droit, et *prudencia* qui signifie connaissance. C'est la connaissance du droit, la science du droit Cf. J. CARBONNIER, *Droit civil, Introduction*, op.cit, n° 142 ; GHESTIN et GOUBEAUX, *Traité de droit civil, Introduction*, op.cit, n° 383.

juridictions administratives spécialisées dans le règlement des litiges où l'administration est partie.

En Tunisie, le législateur a opté successivement pour le premier, puis pour le second système.

370. L'ancien système, celui de l'unité de juridiction, découlait du décret beylical du 27 novembre 1888. Ce décret soumettait aux juridictions judiciaires les instances tendant à faire déclarer l'administration débitrice à raison de tout acte par elle accompli, qui cause sans droit un préjudice à autrui. Cependant, ce décret interdisait au juge de prendre des mesures dont l'effet est d'entraver l'action de l'administration, ou de connaître du domaine de l'annulation d'un acte administratif.

371. Avec l'indépendance, la Tunisie a opté pour un régime politique qui se caractérise par la séparation des pouvoirs exécutif, législatif et judiciaire. La conséquence en est l'interdiction aux juridictions de l'ordre judiciaire d'examiner le contentieux administratif et surtout d'examiner le contentieux de l'annulation des actes administratifs. C'est pourquoi l'article 69 de la constitution a prévu la création du Conseil d'Etat qui se compose de deux organes : le Tribunal administratif et la Cour des comptes.

372. En application de l'article 69 de la constitution, a été adoptée la loi du 1er juin 1972 portant création du Tribunal administratif<sup>(1)</sup>.

En vertu de la loi du 1er juin 1972, le Tribunal administratif joue un double rôle.

1. Le tribunal administratif a tout d'abord un rôle consultatif. En effet, l'article 4 de la loi dispose que «Le tribunal administratif est obligatoirement consulté par le gouvernement sur les projets de décret à caractère réglementaire ».

<sup>(1)</sup> A. MESTRE, la loi du 1er juin 1972 relative au tribunal administratif, R.T.D 1974 p. 123. La loi de 1972 a subi une profonde modification par la loi n°96-39 du 3 juin 1996.-

2. Le Tribunal administratif a surtout une compétence juridictionnelle. La loi de 1972 attribue en effet le contentieux de l'excès de pouvoir au Tribunal administratif. L'article 3 prévoit en effet que «Tous les actes des autorités administratives centrales et régionales, des collectivités publiques locales et des établissements publics à caractère administratif » peuvent faire l'objet d'un recours en annulation pour excès de pouvoir. Cependant, le même article prévoit une exclusion dans la mesure où «ne sont pas susceptibles de recours pour excès de pouvoir les décrets à caractère réglementaire ».

L'article 5 de la loi définit ce recours en disposant qu'il « vise à assurer, conformément aux lois et règlements en vigueur et aux principes généraux du droit, le respect de la légalité par les autorités exécutives ».

373. La loi de 1972 n'avait pas abrogé tout le décret du 27 novembre 1888, car les tribunaux judiciaires étaient demeurés seuls compétents en premier degré, pour statuer sur le contentieux de la réparation des dommages dont l'administration est responsable. Cependant, le tribunal administratif jouait le rôle de juridiction d'appel en ce qui concerne les jugements des juridictions judiciaires sanctionnant les activités dommageables de l'administration et tendant à la déclarer débitrice. Avec l'article 4 de la loi n° 96-39 du 3 juin 1996, le décret beylical du 27 novembre 1888 est abrogé et tout le contentieux administratif relève aujourd'hui du tribunal administratif à l'exception de ce qui est prévu à l'article 17 nouveau reconnaissant que des lois spéciales peuvent attribuer compétence aux juridictions judiciaires pour certains litiges à caractère administratif.

374. Ainsi, mis à part les quelques cas où les juridictions de l'ordre judiciaire ont gardé une certaine compétence en matière administrative, la Tunisie vit aujourd'hui sous le régime de la dualité des juridictions. Il est à remarquer que des conflits de compétence sont possibles entre ces deux ordres. La loi n°96-38 du 3 juin 1996 a prévu la création d'une juridiction destinée à trancher ces conflits. Cette juridiction est le Conseil des conflits de compétence.

### Sous paragraphe deuxième Les juridictions de l'ordre judiciaire

375. Les juridictions de l'ordre judiciaire accomplissent une double mission, civile et pénale. La mission civile consiste à juger les différends qui opposent les particuliers (Annulation de contrat, réparation de dommage, prononcé de divorce, dissolution judiciaire de société, revendication de droit de propriété...). La mission pénale consiste quant à elle à frapper les auteurs d'infractions de peines pénales (peine capitale, emprisonnement, amende...).

376. La première remarque importante à faire est qu'il ne s'agit pas d'une dualité des juridictions civiles et répressives, mais plutôt de l'exercice d'une double mission par les mêmes juges de l'ordre judiciaire.

377. A cet égard, on peut parler d'unité des juridictions de l'ordre judiciaire. Ainsi, le même juge cantonal ou le même tribunal de première instance statue à la fois en matière civile et en matière pénale. Il peut arriver que la même juridiction statue dans le même procès en matière pénale et en matière civile à la fois. Ainsi, le tribunal de première instance est compétent pour statuer sur une affaire pénale, et en même temps sur l'action civile en réparation du dommage causé par l'infraction dont il est saisi.

378. Les juridictions de l'ordre judiciaire sont soumises à des règles générales régissant leur organisation. On examinera ces règles générales avant d'examiner particulièrement les différentes juridictions de l'ordre judiciaire.

#### A. Les règles générales relatives à l'organisation judiciaire

379. Les règles générales relatives à l'organisation judiciaire concernent le personnel judiciaire, le double degré de juridiction, la distinction entre juridiction de droit commun et juridiction d'exception et la distinction entre compétence d'attribution et compétence territoriale.

#### 1. Le personnel judiciaire

380. L'élément essentiel du personnel judiciaire est formé par les juges<sup>(1)</sup>.

Les juges sont répartis en deux catégories, les magistrats du siège et les magistrats du parquet. Cependant il ne s'agit pas de deux catégories fermées dans la mesure où les juges évoluent dans leur carrière en passant de l'une vers l'autre.

##### a. La magistrature du siège

381. Les juges du siège sont les juges qui ont reçu pour mission de connaître des litiges, de statuer sur les demandes de justice dont ils sont saisis. Ce sont donc les juges de «jugement». Pour cette raison, ils doivent accomplir leur mission en toute liberté, tant à l'égard du pouvoir politique qu'à l'égard des parties.

382. A l'égard du pouvoir politique, les juges sont protégés par les garanties attachées à l'exercice de leurs fonctions, comme celles relatives à leur promotion, à leur mutation, à leur discipline... Pour toutes les questions qui intéressent leur vie professionnelle, ils relèvent de leurs pairs qui composent le conseil supérieur de la magistrature<sup>(2)</sup>. Cette protection est garantie par la constitution dont l'article 65 prévoit que «l'autorité judiciaire est indépendante, les magistrats ne sont soumis dans l'exercice de leurs fonctions qu'à l'autorité de la loi». Les magistrats bénéficient également de l'immunité judiciaire. Celle-ci est instituée par l'article 22 de la loi n°67-29 du 14 juillet 1967 édictant que «aucun magistrat ne peut sans l'autorisation du Conseil Supérieur de la magistrature être poursuivi ou arrêté pour crime ou délit. Toutefois, s'il y a flagrant délit, il peut

<sup>(1)</sup> Les greffiers, les notaires et huissiers notaires, les experts, les interprètes assermentés et les avocats constituent des auxiliaires de justice et sont des organes nécessaires au bon déroulement de la justice.

<sup>(2)</sup> Loi n° 67-29 du 14 juillet 1967 plusieurs fois modifiée, relative à l'organisation judiciaire, au Conseil Supérieur de la magistrature et au statut des magistrats.

être procédé à son arrestation. Dans ce cas, le Conseil Supérieur de la magistrature en est informé sans délai ».

383. Vis à vis des particuliers, le législateur a prévu que la responsabilité des juges ne peut être mise en cause par les parties qu'en suivant la procédure de la prise à partie, procédure destinée à protéger le juge contre toute action abusive ou intempestive, et qui touche à l'honneur de la magistrature.

384. La prise à partie est une procédure par laquelle on agit en justice pour faire déclarer la responsabilité du juge en cas de dol, de fraude ou de corruption de celui-ci. Cette procédure est prévue par les articles 199 et suivant du code de procédure civile et commerciale qui prévoient que la prise à partie est de la compétence de la Cour de cassation, et que lorsque la demande de prise à partie est reconnue fondée, «le magistrat, coupable, est condamné aux dommages-intérêts et aux dépens, et les actes par lui accomplis sont annulés ».

#### b. La magistrature du parquet

385. Les magistrats du parquet sont des juges qui ont reçu pour mission de défendre la société et l'ordre public auprès des différentes juridictions. Ils jouent un rôle essentiel en matière pénale dans la mesure où ils ont reçu le pouvoir de mettre en mouvement et d'exercer l'action publique. Ils pourvoient aussi à l'exécution des décisions pénales<sup>(1)</sup>.

386. Les magistrats du parquet interviennent aussi en matière civile, notamment lorsque l'ordre public est mis en jeu et se trouve directement intéressé. C'est le cas lorsque l'Etat est en cause ou se trouve directement intéressé par une procédure civile, lorsqu'un mineur ou un majeur incapable est en cause dans un procès civil<sup>(2)</sup>...

<sup>(1)</sup> Cf. M.M. BOUGUERRA, *Le ministère public, organisation et attribution*, Mémoire de D.E.S Sciences criminelles, Fac. De Droit, Tunis, 1975.

<sup>(2)</sup> Cf. art. 251 du C.P.C.C ; Cf. aussi, T. CHABCHOUB, *Le Ministère public en matière civile, mémoire de D.E.A, Fac de Droit de Tunis, Tunis 1981*.

387. Le ministère public (magistrature du parquet) constitue un corps hiérarchisé, où les juges du parquet doivent obéir aux instructions de leurs supérieurs hiérarchiques et notamment au ministre de la justice. Cependant, cette règle est tempérée car elle ne s'applique qu'à propos de leurs conclusions écrites alors que leurs plaidoiries orales sont libres. On exprime cette idée par l'adage selon lequel, «la plume est servie mais la parole est libre ». Cet adage est expressément adopté par la loi n°67-29 du 14 juillet 1967 relative au statut de la magistrature dont l'article 15 édicte que «des magistrats du ministère public sont placés sous la direction et le contrôle de leurs chefs hiérarchiques et sous l'autorité du secrétaire d'Etat à la justice. A l'audience, leur parole est libre ».

388. Au sommet de la hiérarchie, il y a un procureur général auprès de chaque Cour d'appel, qui est assisté d'un certain nombre de substituts. Ensuite, le parquet est représenté auprès de chaque tribunal de première instance par un procureur de la république assisté d'un ou de plusieurs substituts. Le procureur de la république agit sous l'autorité du procureur général près la cour d'appel dont il relève<sup>(2)</sup>.

389. A la cour de cassation se trouve un parquet indépendant, ayant à sa tête le procureur général près la Cour de cassation. Il est assisté de plusieurs avocats généraux et de substituts des avocats généraux. La mission du parquet de la Cour de cassation n'est pas de mettre en mouvement l'action publique, mais de donner avis à la Cour de cassation à l'occasion de tous les pourvois en cassation dont celle-ci est saisie.

#### 2. La règle du double degré de juridiction

390. La règle du double degré de juridiction se manifeste par la possibilité qui appartient à tout plaideur, insatisfait d'une décision de justice rendue à son encontre, d'interjeter appel de cette décision devant une juridiction hiérarchiquement supérieure, la juridiction d'appel.

<sup>(2)</sup> B. ZAHRA, *Le ministère public*, R.J.L 1981, n°3 p. 7 ; M. M. BOUGUERRA, *Le ministère public, organisation et attributions, mémoire, op.cit.*

391. Ainsi définie, la règle du double degré de juridiction constitue une garantie de bonne justice à un triple point de vue. Tout d'abord, les décisions rendues par les juridictions sont une œuvre humaine, et peuvent en conséquence être entachées d'erreur. L'erreur est humaine et il n'y a que Dieu qui soit parfait. Il est nécessaire par conséquent, qu'un jugement puisse être examiné une seconde fois par des juges différents et qui soient hiérarchiquement supérieurs. Ensuite, les premiers juges, étant exposés au contrôle des juges du second degré apporteront plus d'attention et de soin au jugement des causes qui leurs sont soumises. Enfin, la cause arrive en appel alors qu'elle a été déjà instruite. Les juges d'appel bénéficient de tout le travail de leurs collègues du premier degré et peuvent par conséquent mieux juger l'affaire.

392. La règle du double degré de juridiction prend l'allure d'un principe fondamental qui vient d'être renforcé par les lois du 1er septembre 1986 et du 23 mai 1994 modifiant le Code de procédure civile et commerciale. Ces lois ont généralisé en effet la possibilité d'interjeter appel à toutes les causes dont les juges sont saisis.

393. L'appel s'effectue devant la Cour d'appel lorsque la décision attaquée émane du Tribunal de première instance, et devant le tribunal de première instance si la décision attaquée émane du juge cantonal. Cela signifie que l'appel doit toujours être porté devant une juridiction hiérarchiquement supérieure.

### 3. Juridiction de droit commun et juridiction d'exception

394. Une juridiction de droit commun est dotée d'une compétence générale en ce sens qu'elle peut examiner toute affaire, quelle que soit sa nature ou sa valeur, à moins qu'un texte particulier ne lui retire compétence, sur une question particulière, pour l'attribuer à une juridiction d'exception. La juridiction d'exception est donc celle qui n'a pas une compétence générale, mais une compétence particulière pour des affaires de nature déterminée<sup>(1)</sup>.

<sup>(1)</sup> S. MELLOULI, *Le juge cantonal, juridiction de droit commun ou juridiction d'exception ?* R.T.D 1990, p. 251.

395. Ainsi, le tribunal de première instance est la juridiction de droit commun du premier degré, alors que le tribunal immobilier ou le conseil de prud'hommes sont des juridictions d'exception. Le tribunal de première instance a en effet une compétence générale qui n'a pas besoin d'être spécifiée par un texte spécial, alors que le tribunal immobilier examine seulement les demandes d'immatriculation foncière, de même que le conseil de prud'homme examine seulement les litiges qui opposent les employeurs et les employés du secteur privé.

### 4. Compétence d'attribution et compétence territoriale

396. Les juridictions de l'ordre judiciaire sont nombreuses et variées, et par conséquent, la loi a du intervenir pour procéder à la répartition de la compétence entre elles.

Les règles de compétence sont celles qui permettent la détermination de la juridiction à laquelle un plaideur doit s'adresser pour juger un litige. Ainsi définie, la compétence est double : compétence d'attribution et compétence territoriale.

397. Les règles de compétence d'attribution sont celles qui permettent la répartition des demandes en justice, suivant leur nature ou leur montant, entre les différentes catégories de juridictions. Ainsi, telle demande sera de la compétence du tribunal de première instance, alors qu'une autre relèvera du juge cantonal, du Conseil de prud'hommes... Les règles de compétence d'attribution constituent des règles d'ordre public.

(Suite note page précédente)

La distinction entre juridiction de droit commun et juridiction d'exception est une distinction classique admise par la doctrine dominante. Cf. R. PERROT, *Droit judiciaire privé*, T1, les cours de droit, 1974-75, Paris, p. 174 ; J. VINCENT et S. GUINCHARD, *Procédure civile*, Dalloz, Paris, 20<sup>ème</sup> éd. 1981, n° 110 et 159 ; G. GIVERDON, *Compétence civile des tribunaux d'instance*, encycl. Dalloz, 1978, n° 2 ; J. CARBONNIER, *Introduction*, op.cit. n°90, 91 et 94 ; F. TERRE, *Introduction*, op.cit. n°102, 103 et 104 ; GHESTIN et GOUBEAUX, *Introduction*, op.cit. n°391, 392 et 393.

398. Les règles de compétence territoriale sont celles qui permettent la détermination de la juridiction compétente à l'échelle territoriale, et désignent par conséquent la juridiction géographiquement compétente pour examiner le litige. Généralement, celle-ci est la juridiction du lieu du domicile du défendeur. Les règles de compétence territoriale sont en principe des règles d'intérêt privé.

## B. Les différentes juridictions de l'ordre judiciaire

399. L'étude des différentes juridictions de l'ordre judiciaire passe par une distinction fondamentale entre les juridictions du fond et la Cour de cassation. Les juridictions du fond sont les juridictions qui examinent le litige dans sa totalité, en fait et en droit. Cela signifie que les juges du fond examinent les faits, les apprécient, et leur appliquent ensuite la règle de droit appropriée. En raison de cette mission générale, consistant dans l'appréciation du fait et du droit, la loi reconnaît le double degré de juridiction, c'est à dire la possibilité d'un double examen de l'affaire, par des juridictions premier degré et ensuite par des juridictions de second degré. En revanche, la Cour de cassation est une juridiction du droit ; unique pour toute la Tunisie, son rôle se cantonne en principe dans l'appréciation de la bonne application du droit par les juges du fond<sup>(1)</sup>. Elle ne réexamine par les faits car elle n'est pas un troisième degré de juridiction. Ainsi, toutes les juridictions sont des juridictions du fond sauf la Cour de cassation qui est juge du droit.

### I. Les juges du fond

Les juridictions du fond sont constituées par des juridictions du premier degré et des juridictions du second degré.

#### 1. Les juridictions du premier degré

400. Les juridictions du premier degré sont soit des juridictions de droit commun, soit des juridictions d'exception.

<sup>(1)</sup> La Cour de cassation a cependant quelques rares compétences particulières comme celle de la prise à partie par exemple.

#### a. Le tribunal de première instance, juridiction de droit commun

401. La juridiction de droit commun est celle qui est compétente pour connaître des litiges d'une manière générale, à l'exception de ceux dont la connaissance lui a été retirée par un texte particulier et de manière expresse.

402. Cette définition s'applique au tribunal de première instance puisque l'article 40 du Code de procédure civile et commerciale dispose expressément que «le tribunal de première instance connaît en premier ressort de toutes les actions sauf dispositions contraires expresses de la loi ».

403. Ainsi, d'après la loi elle-même, le tribunal de première instance a une vocation générale à examiner tous litiges à l'exception de ceux qui lui ont été retirés expressément par la loi pour être attribués à une juridiction d'exception<sup>(1)</sup>.

404. Le tribunal de première instance est une juridiction collégiale. En effet, pour rendre valablement la justice, le tribunal «se compose d'un président et de deux assesseurs, et en cas d'empêchement, le président peut être remplacé par un juge»<sup>(2)</sup>. Quant au parquet de ce tribunal, il se compose d'un procureur de la république assisté d'un ou de plusieurs substituts.

#### b. Les juridictions d'exception

405. Les juridictions d'exception sont des juridictions qui n'ont pas reçu vocation générale à examiner toutes sortes de litiges, mais des litiges qui leurs ont été attribués expressément par la loi. Il

<sup>(1)</sup> S. MELLOULI, *Le juge cantonal, juridiction de droit commun ou juridiction d'exception ?* R.T.D 1990, p. 251 ; GHESTIN et GOUBEAUX, *Introduction, op.cit*, n° 392 ; F. TERRE, *Introduction, op.cit*, n°103.

<sup>(2)</sup> Art. 40 alinéa 3 C. P. C. C.

s'agit notamment du juge cantonal, du Conseil de prud'hommes et du tribunal immobilier<sup>(1)</sup>.

### 1. Le juge cantonal

406. Le législateur a attribué expressément compétence au juge cantonal pour examiner certaines questions, et ceci dans l'article 39 du code de procédure civile et commerciale. D'après cet article, le juge cantonal est compétent en matière civile pour examiner les actions personnelles et mobilières, et en matière commerciale pour examiner les actions en paiement. Dans ces matières, la compétence du juge cantonal est limitée à l'examen des demandes dont la valeur n'excède pas 7 000 dinars. Dans ces limites, le juge cantonal peut émettre des injonctions de payer et des ordonnances sur requête.

407. L'article 39 attribue aussi une compétence exclusive au juge cantonal pour statuer sur les pensions alimentaires quel qu'en soit le montant, et sur les actions possessoires, c'est à dire les actions tendant à protéger le possesseur, conformément aux articles 51 à 58 du code de procédure civile et commerciale<sup>(2)</sup>.

408. Le juge cantonal est une juridiction composée d'un juge unique<sup>(3)</sup>. Le parquet n'y est pas représenté en permanence par un membre particulier, mais relève de la compétence du procureur de la république auprès du tribunal de première instance dans le ressort duquel se trouve la justice cantonale en question.

### 2. Le conseil de prud'hommes

409. D'après l'article 183 du Code du travail, «les conseils de prud'hommes ont pour attribution de résoudre les différends qui peuvent, à l'occasion du contrat de travail ou d'apprentissage, s'élever

<sup>(1)</sup> S. MELLOULI, *Le juge cantonal, juridiction de droit commun ou juridiction d'exception*, op.cit, p. 251 ; J. VINCENT, *Procédure civile*, Prévis Dalloz, 16<sup>ème</sup> éd., n° 391 ; F. TERRE, *Introduction*, op.cit, n°102 ; J. CARBONNIER, *Introduction*, op.cit, n°90.

<sup>(2)</sup> F. MECHRI, *La compétence exclusive*, R.T.D. 1975, II, p. 21 et S.

<sup>(3)</sup> Art. 39 C. P. C. C.

entre les parties contractantes. Leur compétence s'étend également aux différends nés entre salariés à l'occasion du travail ».

410. Il apparaît clairement à travers ce texte que le Conseil de prud'hommes est une juridiction d'exception. Sa compétence se limite uniquement aux litiges du travail. D'ailleurs, le même article limite cette compétence en excluant les «actions fondées sur des accidents du travail et des maladies professionnelles, non plus que des litiges relatifs aux régimes de sécurité sociale ».

411. En vertu du décret n°79-751 du 21 août 1979, il existe un conseil de prud'hommes dans la circonscription de chaque tribunal de première instance. Mais, en l'absence d'un conseil de prud'hommes, l'article 185 du Code du travail prévoit que la compétence revient au juge cantonal ou au tribunal de première instance, selon que le montant de la demande est inférieur ou dépasse la somme de 7 000 dinars.

412. Pour statuer valablement, l'article 186 du Code de travail prévoit que le conseil se compose d'un président magistrat, et de deux conseillers dont l'un représente les patrons et l'autre les salariés. L'article 199 prévoit quant à lui que les jugements sont rendus par le magistrat président alors que les conseillers ont une voix consultative.

### 3. Le tribunal immobilier

413. Le tribunal immobilier constitue une juridiction d'exception dans la mesure où l'article 310 du Code des droits réels prévoit que «le tribunal immobilier statue sur les demandes d'immatriculation ». Ainsi, le tribunal immobilier est une juridiction dotée principalement d'une mission particulière, procéder à l'immatriculation des immeubles<sup>(1)</sup>.

<sup>(1)</sup> H. SAIED, *Le régime foncier et le Tribunal immobilier à la croisée des chemins (en arabe)*, R.J.L 1959, n° 11, p. 13 ; *La législation foncière au service de la propriété*, R.J.L 1967, n°7, p. 83 ; M. K. CHARFEDDINE, *L'évolution historique du régime foncier tunisien*, R.J.L 1987, n°9 p. 21.

414. C'est une juridiction collégiale puisque pour rendre une décision sur une demande d'immatriculation, le tribunal immobilier est composé de trois magistrats<sup>(1)</sup>. Statuant sur la demande d'immatriculation, lorsque le tribunal décide le rejet de la demande d'immatriculation, ce rejet est provisoire et la décision n'a pas l'autorité de la chose jugée en ce sens que le requérant peut reprendre la procédure sur la base de nouvelles preuves de ses droits<sup>(2)</sup>.

415. Les décisions rendues par le tribunal immobilier ne sont pas susceptibles en principe de voies de recours. La loi n°95-10 du 23 janvier 1995, modifiant et complétant certaines dispositions du Code des droits réels a cependant introduit dans l'article 332 certains cas de révision des jugements du tribunal immobilier, qui relèvent de la compétence des chambres réunies de ce tribunal. Il s'agit :

1. du cas où le jugement est fondé sur un texte abrogé ou modifié ;
2. de l'existence d'un jugement civil ayant acquis l'autorité de la chose jugée, en contradiction avec le jugement du tribunal immobilier, alors qu'il a été versé dans le dossier de la réquisition d'immatriculation ;
3. du cas où le jugement ne prend pas en considération des pièces déjà versées au dossier et ayant une incidence déterminante sur le litige ;
4. de l'existence préalable d'un jugement d'immatriculation en contradiction avec le jugement objet de la demande de révision ;
5. du jugement fondé sur des preuves dont le faux ou la falsification a été établie pénalement par un jugement définitif.

<sup>(1)</sup> Art. 311 C.D.R, tel que modifié par la loi du 23 janvier 1995.

<sup>(2)</sup> Art. 332 et 336 C.D.R ; A. BEN FREDJ et M. MESTIRI, *Le caractère irrévocable des jugements du Tribunal immobilier*, R.J.L 1976, n°7, p. 11.

416. La révision des jugements du tribunal immobilier peut être demandée par l'une des parties dans un délai de deux mois à partir de la date de leur prononcé. Le recours en révision est intenté devant le président du tribunal immobilier par une requête présentée par un avocat à la cour de cassation ou par le chef du contentieux de l'Etat lorsque l'Etat est parti. Les chambres réunies qui connaissent de la demande en révision se composent de président ou premier vice-président du tribunal, et de quatre vice-présidents n'ayant pas participé auparavant au jugement.

## 2. Les juridictions du second degré

417. Les juridictions du second degré sont des juridictions qui ont reçu compétence pour réexaminer en appel une affaire qui a déjà fait l'objet d'un premier examen par les juges du premier degré. Les juridictions du second degré sont donc la manifestation du principe du double degré de juridiction.

Les juridictions d'appel sont au nombre de deux, le tribunal de première instance et la cour d'appel.

### a. Le tribunal de première instance

418. C'est la juridiction d'appel compétente pour examiner l'appel interjeté contre les jugements rendus par le juge cantonal en premier ressort. Une décision rendue en premier ressort est en effet une décision susceptible d'appel.

Toutes les décisions rendues par le juge cantonal sont susceptibles d'appel<sup>(1)</sup>.

La décision rendue par le tribunal de première instance en tant que juridiction d'appel est une décision en dernier ressort, c'est à dire qu'elle ne peut pas être attaquée par la voie de l'appel. Elle n'est susceptible que d'un recours en cassation.

<sup>(1)</sup> Art. 39 et 40 C.P.C.C.

## b. La cour d'appel

419. La cour d'appel est la juridiction d'appel compétente pour examiner les demandes d'appel interjetées contre les décisions rendues en premier ressort par le tribunal de première instance<sup>(1)</sup>. Toutes les décisions du tribunal de première instance sont des décisions rendues en premier ressort à l'exception des décisions rendues par lui en tant que juridiction d'appel qui sont en dernier ressort.

La cour d'appel est une juridiction collégiale. Lorsqu'elle rend ses décisions, elle est composée de trois magistrats, un président et deux conseillers. La cour d'appel statue toujours en dernier ressort. Cela signifie que ses décisions ne sont pas susceptibles d'appel. Elles sont susceptibles en revanche d'un pourvoi en cassation.

## II. La cour de cassation

420. Le pourvoi en cassation est une voie de recours extraordinaire par laquelle on poursuit la cassation de décisions rendues en dernier ressort par les juges du fond<sup>(2)</sup>.

421. L'institution de la cour de cassation, indispensable dans un système judiciaire, n'a pas toujours été connue en Tunisie. D'ailleurs, l'histoire de la cour de cassation n'est pas très ancienne puisqu'elle remonte à la constitution du 26 avril 1861 où il était prévu un Conseil suprême, «juge de cassation et gardien de la constitution. Aussi, si un jugement ou un arrêt à lui déféré violent la loi ou la constitution, il le cassait et ordonnait, et c'est cela sa particularité, que de nouveaux débats aient lieu devant lui »<sup>(3)</sup>.

<sup>(1)</sup> Art. 41 C.P.C.C.

<sup>(2)</sup> S. MELLOULI, *Les effets de l'arrêt de cassation en matière civile, mémoire, Fac. de Droit, Tunis, 1975-76 p.1* ; F. MECHRI et S. BOURAOUI, *la cour de cassation en Tunisie, R.T.D 1987, p. 299* ; N. BEN AMMOU, *Le pouvoir de contrôle de la Cour de cassation, Thèse pour le Doctorat d'Etat en Droit, Faculté de Droit et des Sciences politiques de Tunis, 1996.*

<sup>(3)</sup> H. EL GHACHEM, *L'organisation judiciaire de la Tunisie, Thèse dactylo, Paris 1950 p. 9.*

422. Seulement, la constitution fût suspendue le 30 avril 1864, et il a fallu attendre le code de procédure civile du 24 décembre 1910 qui a réintroduit le recours en cassation dans les articles 103 et suivants. Par application de ces dispositions, ce recours s'effectuait devant une commission des requêtes dont la composition était particulière puisque, à sa tête, il y avait le ministre de la plume, aidé de deux conseillers pris parmi les présidents de chambre de l'ouzara<sup>(1)</sup>.

423. Une réforme importante<sup>(2)</sup> devait intervenir plus tard, par le décret du 26 avril 1921 qui prévoyait que le président de la commission des requêtes est nommé par décret beylical parmi les membres du corps judiciaire. En cas d'empêchement, c'est le plus ancien des présidents de chambre de l'ouzara qui préside la commission. Par cette réforme, la caractère administratif de la commission des requêtes est supprimé puisqu'elle devient purement judiciaire. Cependant, la compétence de la commission des requêtes était limitée car la compétence des juridictions tunisiennes dont elle devait assurer le contrôle était-elle aussi restreinte<sup>(3)</sup>.

424. En effet, un décret du 31 juillet 1884 liait la compétence des tribunaux à la nationalité des justiciables. Il donnait en matière civile et commerciale compétence aux tribunaux français dans les affaires où les européens étaient en cause, et ne réservait qu'une exception aux tribunaux religieux pour le règlement des contestations relatives au statut personnel et aux successions des sujets tunisiens, musulmans ou israélites. Il a été même accordé à la justice française par différents décrets beylicaux, une compétence exclusive dans des matières particulières, indépendamment de la nationalité des parties. Ainsi, en est-il des accidents du travail<sup>(4)</sup>, du registre de commerce<sup>(5)</sup>, de la vente et du nantissement du fonds de commerce<sup>(6)</sup>, de la profession de banquier<sup>(6)</sup>...

<sup>(1)</sup> L'ouzara est l'équivalent de la cour d'appel actuelle (art. 86 C.P.C.).

<sup>(2)</sup> B. SLAMA à propos de la cour de cassation, R.J.L juin 1975, p. 77.

<sup>(3)</sup> A. CANAZZI La convention judiciaire franco-tunisienne R.T.D 1955, p. 124.

<sup>(4)</sup> Décret du 15 mars 1929.

<sup>(5)</sup> Décret du 16 juillet 1926.

<sup>(6)</sup> Décret du 18 juillet 1927.

<sup>(6)</sup> Décret du 10 septembre 1935.

425. La justice française avait ainsi une compétence générale puisqu'il suffisait qu'un européen soit en cause, demandeur ou défendeur, pour qu'elle soit compétente. Elle était également compétente même si les deux parties sont de nationalité tunisienne, lorsqu'il s'agit des cas de compétence exclusive. La compétence des juridictions tunisiennes était de ce fait réduite, ce qui limitait par la même la compétence de la cour de cassation.

426. Pour toutes ces raisons, il a fallu attendre l'autonomie interne pour changer cette situation. Le 3 juin 1955, la convention franco-tunisienne déclare dans son article 1er que les extensions de compétence *ratione materiae* au profit de la justice française sont supprimées. Par le décret du 3 août 1956, les tribunaux charaïques ont été intégrés dans le cadre des juridictions de droit commun. Ces juridictions seront officiellement supprimées par le décret du 25 septembre 1956<sup>(1)</sup>. Le 9 mars 1957, la convention judiciaire franco-tunisienne a prévu la suppression des juridictions françaises de Tunisie et la dévolution aux juridictions tunisiennes de toutes les matières qui ressortissaient de leur compétence. L'article 5 al. 1 de la même convention a prévu que la cour de cassation française doit se dessaisir au profit de la cour de cassation tunisienne des pourvois formés contre les décisions des juridictions françaises de Tunisie. Enfin, par la loi du 27 septembre 1957, les tribunaux rabbiniques ont été supprimés<sup>(2)</sup> et leur compétence dévolue aux juridictions de droit commun, ce qui fait que la justice tunisienne a été totalement unifiée et sa compétence est devenue générale.

427. La cour de cassation tunisienne a bénéficié de cette évolution puisque son pouvoir de contrôle est devenu général et a été étendu à toutes les décisions judiciaires<sup>(3)</sup>.

<sup>(1)</sup> A. MEZGHANI, *Droit international privé*, op.cit, n°185, p. 75 ; H. BEN SLAMA, *A propos de la Cour de cassation*, R.J.L 1975, n°6, p. 77.

<sup>(2)</sup> A. MEZGHANI, *Droit international privé*, op.cit, n°187, p. 75 ; H. BEN SLAMA, *A propos de la Cour de cassation*, op.cit, p. 77.

<sup>(3)</sup> H. BEN SLAMA, *A propos de la Cour de cassation*, op.cit, p. 77.

428. Par la suite, plusieurs textes ont été pris en matière d'organisation judiciaire qui réservent une place de choix aux magistrats de la cour de cassation. Une loi du 14 juillet 1967<sup>(1)</sup> prévoyait dans son article 13 que «la hiérarchie du corps judiciaire comprend 6 grades». Le premier président figurait parmi les magistrats du premier grade, les présidents de chambres à la Cour de cassation parmi ceux du deuxième grade et les conseillers parmi ceux du troisième grade.

429. Une loi du 3 mai 1971<sup>(2)</sup> qui est venue modifier l'article 13 de la loi de 1967 a prévu notamment que la hiérarchie du corps judiciaire ne comprend plus que 3 grades, et les conseillers à la cour de cassation appartiennent désormais au grade le plus élevé.

430. Dans le même sens, la loi régissant le statut d'avocat<sup>(3)</sup> prévoit que seuls les avocats ayant une ancienneté de 10 ans et ayant des «qualités de droiture, de modération et d'aptitude professionnelle ainsi qu'une compétence juridique», sont admis à plaider devant la cour de cassation.

431. Le texte le plus important intervenu en matière de cassation reste cependant le Code de procédure civile et commerciale promulgué le 5 octobre 1959 et entré en vigueur le 1er janvier 1960. Ce code a réservé à la cassation un chapitre particulier, le chapitre IV de son titre IV consacré aux voies de recours, et a fait de la cour de cassation le gardien du droit, qui veille au respect de la loi quant à sa lettre et quant à son esprit.

<sup>(1)</sup> Loi n°67-29, du 14 juillet 1967, J.O.R.T 1967, 2, p. 932.

<sup>(2)</sup> Loi n° 71-19 du 3 mai 1971, JORT 1971 1.p.528.

<sup>(3)</sup> Art. 4 de l'ancienne loi n° 58-37 du 15 mars 1958, JORT 1958, 1, p. 278, et art. 16 de la loi n°89-87 du 7 septembre 1989, J.O.R.T 1989, n°61, p. 1385.

## 1. La composition de la cour de cassation

432. Unique pour toute la Tunisie, la cour de cassation constitue la juridiction suprême de l'ordre judiciaire. Son siège est à Tunis<sup>(1)</sup>. La cour de cassation est une juridiction collégiale. Elle a à sa tête un premier président, et se compose de plusieurs présidents de chambres, présidant les diverses chambres de la cour de cassation de même que plusieurs conseillers affectés aux diverses chambres. Quant au ministère public, il est représenté par un procureur général auprès de la cour de cassation, assisté de plusieurs avocats généraux et de substituts des avocats généraux.

## 2. La mission de la cour de cassation

433. La cour de cassation assure une double mission : veiller à la bonne application du droit et assurer l'interprétation uniforme de la règle de droit.

### a. La cour de cassation veille à la bonne application de la règle de droit

434. Sont susceptibles d'un recours en cassation, les décisions rendues par les juges du fond en dernier ressort. Il s'agit essentiellement :

- des arrêts rendus par la Cour d'appel ;
- des jugements rendus par le Tribunal de première instance en tant que juridiction d'appel.

435. Lorsqu'un plaideur est insatisfait d'une décision en dernier ressort rendue à son encontre, il saisit la cour de cassation en vertu d'un pourvoi en cassation. Cependant, il ne peut saisir la cour de cassation que lorsqu'il reproche à la décision attaquée la mauvaise

<sup>(1)</sup> Art. 1<sup>er</sup> loi n°67-29 du 14/07/1967 : « Les juridictions de l'ordre judiciaire comprennent :  
1° Une cour de cassation siégeant à Tunis ;  
2° ..... »

application de la règle de droit. En effet, la cour de cassation n'est pas un juge du fait, c'est un juge du droit. C'est ce qui ressort notamment de l'article 175 du Code de procédure civile et commerciale instituant les cas d'ouverture à cassation. Ces cas qui sont au nombre de sept se résument tous dans la mauvaise application et la mauvaise interprétation de la règle de droit. Ainsi, la cour de cassation ne peut pas réexaminer les faits pour en donner une nouvelle appréciation. Les faits sont souverainement appréciés par les juges du fond et la cour de cassation doit considérer ces faits comme définitivement établis par la décision attaquée. Ce qui rentre en revanche dans le rôle de la cour de cassation, c'est de vérifier si la règle de droit a été bien appliquée au fait<sup>(1)</sup>.

## Que peut faire la cour de cassation ?

La cour de cassation n'étant pas un troisième degré de juridiction, ne peut pas en principe juger elle-même l'affaire. Elle peut seulement rejeter le pourvoi en cassation qui la saisit ou bien prononcer la cassation de la décision attaquée<sup>(2)</sup>.

436. La cour de cassation rend un arrêt de rejet du pourvoi en cassation lorsque le moyen du pourvoi n'est pas reconnu fondé. Cela signifie que la décision attaquée est réputée avoir bien appliqué la loi. Elle conserve alors tous ses effets et peut être exécutée.

437. La cour de cassation rend un arrêt de cassation quand elle estime que la loi n'a pas été bien appliquée par les juges du fond. Dans ce cas, la décision attaquée et cassée perd sa force juridique. D'après l'article 191 du Code de procédure civile et commerciale, « l'arrêt de cassation remet les parties en l'état où elles étaient avant la décision cassée et ce, dans la limite des moyens cassés »<sup>(3)</sup>. La cour de

<sup>(1)</sup> G. MARTY, *La distinction du fait et du droit, essai sur le pouvoir de contrôle de la cour de cassation sur les juges du fait*, thèse, Toulouse 1929. Il y a lieu de remarquer qu'il pèse sur les juges du fond une obligation de motiver leurs décisions, c'est à dire de les justifier par un raisonnement juridique. La Cour de cassation contrôle donc la motivation car c'est à travers la motivation que la cour peut contrôler la bonne application du droit.

<sup>(2)</sup> Art. 176 al. 1 C. P. C.C.

<sup>(3)</sup> Cf. S. MELLOULI, *Les effets de l'arrêt de cassation en matière civile*, op.cit, p. 12.

cassation doit alors renvoyer l'affaire devant les juges du fond pour nouvel examen. Le renvoi peut être effectué soit devant la même juridiction dont la décision est cassée, mais qui doit réexaminer l'affaire en étant « autrement composée », c'est à dire composée de juges différents de ceux qui ont examiné l'affaire la première fois<sup>(1)</sup>. Mais, le renvoi peut aussi être effectué devant une autre juridiction, de même nature et de même degré<sup>(2)</sup>. Par exemple, si la décision attaquée émane de la cour d'appel de Sousse, la cour de cassation, peut renvoyer devant la cour d'appel de Tunis<sup>(3)</sup>.

438. Lorsque la cour de cassation prononce la cassation avec renvoi, la juridiction de renvoi est en principe libre de la solution qu'elle donne au litige puisque la décision de la cour de cassation ne s'impose pas à elle. Elle peut donc se plier et suivre la doctrine de la cour de cassation. Mais elle peut aussi s'opposer à la décision de la cour de la cassation et la décision ainsi rendue par la juridiction de renvoi peut faire l'objet d'un nouveau pourvoi en cassation. Dans ce cas, une distinction doit être opérée. En effet, le second pourvoi en cassation peut soulever un moyen qui n'a pas été soulevé lors du premier pourvoi en cassation. Dans ce cas, c'est l'une des chambres de la cour de cassation qui examine ce second pourvoi en cassation. Mais, il est possible que le second pourvoi en cassation soulève le même moyen que celui qui a été soulevé lors du premier pourvoi. Dans ce cas, ce sont les chambres réunies de la cour de cassation qui se saisissent du pourvoi en cassation<sup>(4)</sup>. Les chambres réunies de la Cour de cassation se composent du premier président, de tous les présidents de chambre et du conseiller le plus ancien de chaque chambre. Elles siègent en présence du procureur général auprès de la Cour de cassation<sup>(5)</sup>.

<sup>(1)</sup> Art. 178 al. 1 C. P. C. C.

<sup>(2)</sup> Art. 178 al. 2 C. P. C. C.

<sup>(3)</sup> Dans certains cas exceptionnels, la Cour de cassation peut prononcer la cassation sans renvoi, lorsque la cassation ne laisse rien à juger, ou bien lorsque le retranchement de la disposition cassée dispense de tout renvoi. A titre d'exemple, lorsque la cassation se fonde sur l'incompétence du juge saisi ou sur le non-respect de l'autorité de la chose jugée, il n'y a pas lieu à renvoi. La simple cassation suffit. Tel est aussi le cas lorsque la décision cassée a déclaré recevable un appel tardif.

<sup>(4)</sup> Art. 191 al. 2 C.P.C.C ; C. cass., Ch. Réun. N°25544, 2 mars 1990, R.J.L 1992, n°1 p. 62.

<sup>(5)</sup> Art. 193 C.P.C.C

439. La saisine des chambres réunies s'explique par le fait qu'il existe un conflit entre la cour de cassation et les juges du fond. Il faut par conséquent qu'une formation particulièrement importante tranche ce conflit. Les chambres réunies peuvent s'aligner sur la position des juges du fond et rejeter le pourvoi en cassation. Mais, les chambres réunies peuvent s'aligner sur la position de la chambre de la cour de cassation. Elles prononcent alors la cassation. L'arrêt rendu par les chambres réunies s'impose alors à la juridiction de second renvoi. Celle-ci doit se conformer à la décision des chambres réunies et perd sa liberté totale d'appréciation<sup>(1)</sup>.

440. Il faut noter que la loi n° 86-87 du 1er septembre 1986, modifiant le Code de procédure civile et commerciale, a apporté une modification de taille au rôle de la cour de cassation. En effet, d'après les articles 176 alinéa 3 et 191 alinéa 3 nouveaux, la cour de cassation saisie par un second pourvoi en cassation peut statuer sur le fond lorsque « l'affaire est en état ». L'affaire est dite « en état » lorsqu'elle ne nécessite plus aucune mesure d'instruction particulière et qu'elle est prête à recevoir un jugement. Ainsi, à titre exceptionnel, la Cour de cassation joue le rôle d'un juge du fond<sup>(2)</sup>.

#### b. La cour de cassation veille à assurer l'unité d'interprétation de la loi

441. Dans la mesure où les juridictions du fond sont nombreuses dans notre pays, il existe un risque certain d'interprétations divergentes de la loi par chacune d'elles. C'est là un danger certain dans la mesure où les citoyens étant égaux devant la loi, ce principe peut être remis en cause par la diversité des interprétations. A propos d'une même situation juridique, il est possible que les juges du fond de Tunis, de Sousse, de Sfax ou de Kairouan... interprètent de manière différente la loi. Ce qui s'ensuit est que le droit serait différent selon que l'on est justiciable d'une ville ou d'une autre. Pour éviter ce risque, la cour de cassation intervient en

<sup>(1)</sup> Art. 191 al. 3 C.P.C.C

<sup>(2)</sup> Sur le rôle des chambres réunies de la Cour de cassation, Cf. S. MELLOULI, les effets de l'arrêt de cassation en matière civile, Mémoire pour le D.E.S de Droit privé, op.cit, p. 57 et S.

vue d'assurer non seulement la bonne application de la loi, mais aussi l'unité de son interprétation. La cour de cassation étant unique, elle impose par la voie de la cassation, aux différentes juridictions, la même interprétation de la loi. Les arrêts de la Cour de cassation orientent aussi les juges du fond sur l'interprétation de la loi. C'est pour cette raison qu'on attribue à la cour de cassation l'appellation de « Cour régulatrice ». Cependant, il faut remarquer que ce pouvoir d'unification est un pouvoir de fait dans la mesure où la décision, rendue par les chambres réunies ne s'impose que vis à vis de la juridiction de second renvoi saisie et pour la cause dont elle est particulièrement saisie. L'arrêt de cassation n'a pas valeur d'un arrêt de règlement. Mais, en fait, les juges du fond acceptent généralement de se conformer à la cour de cassation en raison de l'autorité morale qu'à cette haute juridiction.

442. Enfin, il faut noter qu'il peut y avoir divergence d'interprétation de la loi au sein même de la cour de cassation, entre ses diverses chambres. Le premier président de la cour de cassation peut dans ce cas appeler les chambres réunies à siéger pour unifier la jurisprudence de la cour de cassation<sup>(1)</sup>.

### **Paragraphe deuxième La jurisprudence, source de la règle de droit**

443. L'une des grandes questions que se posent les juristes est de savoir si la jurisprudence est une source du droit, et lorsque la réponse est positive, d'en déterminer la mesure<sup>(2)</sup>.

<sup>(1)</sup> Art. 192 C.P.C.C

<sup>(2)</sup> Cf. sur cette question, S. BELAID, *Essai sur le pouvoir créateur et normatif du juge*, Thèse, Paris, LGDJ, 1974 ; S. MELLOULI, *Le juge et l'équité, réflexions sur le recours à l'équité par le juge en droit privé interne*, RTD 1983, p. 507 et S., notamment, p. 520 et S ; M. CHARFI, *Introduction*, op.cit, n°412 et S ; MAURY, *Observations sur la jurisprudence en tant que source de droit*, Etudes Ripert, 1950, T.1, p.28 ; SAUVEL, *Essai sur la notion de précédent*, D. 1955, p.93 ; P. ESMEIN, *La jurisprudence et la loi*, RTDC 1952, p.17 ; PH. MALAURIE, *La jurisprudence combattue par la loi*, Mél. SAVATIER, 1965, p. 603 ; J. BOULANGER, *Notations sur le pouvoir créateur de la jurisprudence civile*, RTDC 1961, p.417, ESMEIN, *La jurisprudence et la doctrine*, RTDC 1902, p.5 ; PH. JESTAZ, *La jurisprudence : Réflexions sur un malentendu*, D. 1987, Chr, p. 11 ; PH. JESTAZ, *La jurisprudence, ombre portée du contentieux*, D 1989, Chr, p ; 149 ; Conte, *l'arbitraire judiciaire*, JCP 1988, I, 3343.

444. Il faut procéder immédiatement à une distinction entre jurisprudence source des droits et jurisprudence source du droit. La jurisprudence est une source des droits subjectifs dans la mesure où le juge applique la règle de droit aux espèces particulières. Dans cette application, il crée ou constate les droits subjectifs des sujets de droit, c'est à dire les prérogatives dont les sujets de droit peuvent se prévaloir sous la protection de l'autorité publique. Bien différente est la question de savoir si la jurisprudence est une source du droit, c'est à dire une source de la règle de droit.

445. En principe, la mission du juge est d'appliquer la loi aux situations particulières qui lui sont soumises. A l'occasion de l'application de la loi, il peut être amené à l'interpréter, en fonction de l'intention du législateur. Mais a priori il n'appartient pas au juge de créer la règle de droit. Il faut alors se demander d'une part pourquoi le juge est-il absent en principe de la création de la règle de droit, et d'autre part si cette absence est réelle, ou bien si elle n'est pas détournée en pratique.

#### **A. Le rôle du juge est d'appliquer la loi**

446. Il existe deux raisons qui sont généralement avancées pour écarter le juge du domaine de la création de la règle de droit. Il s'agit d'une part du principe de la séparation des pouvoirs, et d'autre part de l'autorité relative de la chose jugée au civil.

##### **1)- Le principe de la séparation des pouvoirs**

447. S'inspirant de la doctrine de Montesquieu et craignant l'autorité du pouvoir judiciaire, les révolutionnaires français avaient interdit aux juges de sortir de leur rôle classique qui consistait dans l'application de la loi, pour s'immiscer dans le domaine législatif ou exécutif. De là est né l'article 5 du Code civil français selon lequel « il est défendu aux juges de prononcer par voie de disposition générale et réglementaire sur les causes qui leur sont soumises ». Cela signifie que le juge se prononce uniquement sur la cause qui lui est soumise.

448. En droit tunisien, la constitution du 1er juin 1959 a retenu le principe de la séparation des pouvoirs en attribuant au pouvoir législatif la compétence d'élaborer la loi, et en donnant au pouvoir judiciaire le pouvoir de rendre les jugements.

## 2)- L'autorité de la chose jugée

449. En principe, l'autorité de la chose jugée est relative en ce sens que la décision rendue n'a d'effet qu'à l'égard des parties au procès. Elle n'a lieu non plus qu'à l'égard de ce qui a fait l'objet du jugement. Si la chose jugée n'existe qu'entre les parties au jugement, à propos du même objet contesté, et en se fondant sur la même cause, comment peut-on admettre que la jurisprudence puisse être une source de droit ? Ainsi, le jugement, malgré son importance, apparaît bien différent de la règle de droit qui, elle, est une disposition générale, applicable à tous. Et la multiplication des jugements peut être perçue comme constituant un ensemble de solutions particulières destinées à résoudre des conflits opposant des particuliers déterminés.

450. C'est ce que prévoit l'article 481 du Code des obligations et des contrats qui énonce que « l'autorité de la chose jugée ne s'attache qu'au dispositif du jugement, et n'a lieu qu'à l'égard de ce qui en fait l'objet ou de ce qui en est une conséquence nécessaire et directe. Il faut :

1. que la chose demandée soit la même ;
2. que la demande soit fondée sur la même cause ;
3. que la demande soit entre les mêmes parties et formée par elles et contre elles en la même qualité.

451. La solution donnée par le jugement vaut seulement pour l'espèce à propos de laquelle la juridiction a été saisie. Cette juridiction pourrait, par conséquent, si elle est saisie ultérieurement d'une affaire similaire, rendre une décision différente. De même, lorsqu'une juridiction, quelque soit son rang hiérarchique, a statué sur

un litige dans un certain sens, cela n'oblige nullement une autre juridiction, même inférieure, à adopter la même solution<sup>(1)</sup>.

452. Il faut remarquer aussi que le moyen pris de la violation de la jurisprudence même de la cour de cassation ne peut être admis comme cas d'ouverture à cassation, et que la jurisprudence serait en principe insuffisante pour constituer une base légale à une décision de justice même si les juridictions y recourent quelques fois<sup>(2)</sup>.

453. Cependant, il est incontestable que, malgré ces écueils, la jurisprudence joue parfois le rôle de source créatrice de la règle de droit.

## B. La jurisprudence crée la règle de droit

454. Il arrive que la jurisprudence crée la règle de droit. Cette création peut parfois être faite conformément à la volonté du législateur lui-même. Mais, cette création peut parfois ne pas correspondre à la volonté du législateur.

### 1. La jurisprudence source conforme à la volonté du législateur

455. Le juge peut se trouver devant un litige à propos duquel le législateur ne s'est pas prononcé par voie de disposition générale. De même, il est possible que la règle générale existe, mais qu'elle soit obscure au point d'être difficilement applicable en tant que telle. Portalis disait, dans son discours préliminaire sur le projet de Code

<sup>(1)</sup> Il faut réserver cependant le cas déjà examiné, de la juridiction de renvoi saisie par un arrêt des chambres réunies. Cette juridiction doit suivre la décision des chambres réunies, mais uniquement pour la cause objet du renvoi.

<sup>(2)</sup> Il arrive d'ailleurs que la jurisprudence soit elle-même divisée. Il peut y avoir division entre la Cour de cassation et les juges du fond, ou entre les juges du fond eux-mêmes ou entre les chambres de la Cour de cassation. Devant une pareille incertitude, comment peut-on parler de jurisprudence source de droit ! Cf. par exemple à propos de la question de la validité des clauses d'agrément et de préemption dans la société anonyme, Y. KNANI, *La clause d'agrément et de préemption*, R.T.D 1992, p. 241. Cf. sur la division de la jurisprudence, S. BEN HALIMA, *La divergence dans la jurisprudence des chambres de la cour de cassation*, Forum des juristes, n°2, Fac. de Droit et des Sciences Politiques de Tunis, 1989, p. 135.

civil français que « l'office de la loi est de fixer par de grandes vues, les maximes générales du droit, d'établir des principes féconds en conséquences, et non de descendre dans le détail des questions qui peuvent naître sur chaque matière ». Le juge peut-il, en se fondant sur la lacune ou l'obscurité de la loi, refuser de statuer ? La réponse est certainement négative<sup>(1)</sup>. En effet, d'après l'article 108 du Code pénal, le juge serait coupable de déni de justice s'il se refusait à statuer sous prétexte d'obscurité ou de lacune de la loi. D'après cet article, « Tout fonctionnaire de l'ordre judiciaire, qui sous quelque prétexte que ce soit, même du silence ou de l'obscurité de la loi, refuse de rendre justice aux parties après en avoir été requis, et qui persévère dans son refus, après avertissement ou injonction de ses supérieurs, est puni d'une amende de mille francs ».

456. Puisque le juge est obligé de statuer, et que la loi ne lui fournit pas la solution ou ne la fournit que partiellement, il peut être appelé à faire œuvre de législateur si les moyens d'interprétation de la loi ne lui permettent pas de résoudre le litige. En répétant cet agissement, le juge crée un précédent. Cela signifie que le juge peut se prononcer de la même manière si le litige vient à se répéter devant lui.

457. En donnant cette possibilité au juge, le législateur a voulu éviter qu'un litige ne reste sans jugement. Ceci est d'autant plus légitime que la justice étatique constitue en principe un monopole, malgré l'exception de l'arbitrage, et que le sujet de droit ne doit pas se faire justice à lui-même.

Cependant, il peut arriver que le juge procède à la création de la règle de droit, en dehors de cette limite de l'autorisation législative.

<sup>(1)</sup> S. MELLOULI, *Le juge et l'équité*, op.cit, p 520 et S. Portalis affirmait dans le discours préliminaire au Code civil français : « C'est à la jurisprudence que nous abandonnons les cas qui ne sauraient entrer dans le plan d'une législation raisonnable, les détails trop variables et trop contentieux qui ne doivent point occuper le législateur, et tous les objets que l'on s'efforcera inutilement de prévoir, ou qu'une prévoyance précipitée ne pourrait définir sans danger ».

## 2. La jurisprudence contraire à la loi

458. Il arrive que la jurisprudence soit contraire à la loi. En principe, cela ne devrait pas être possible car le rôle normal du juge est d'appliquer et d'interpréter la loi, et non de l'écarter pour poser ses propres règles. C'est au pouvoir législatif qu'appartient le rôle de légiférer.

459. Cependant, se basant sur la nécessité d'adapter la règle légale aux besoins de la société, les juges déforment parfois le sens ou la portée d'une règle de droit. En France, l'exemple d'interprétation de l'article 1384 alinéa 1er du Code civil est très célèbre dans ce sens<sup>(1)</sup>. En Tunisie, on a aussi un exemple non moins célèbre. Il s'agit de l'interprétation des règles du code du statut personnel relatives à la filiation légitime.

460. La cour de cassation a pu affirmer à plusieurs reprises que la promesse de mariage (et tel est le cas des fiançailles) est constitutive de mariage nul, dans le but de légitimer les enfants issus de relations sexuelles suite à ces promesses<sup>(2)</sup>. Il est évident que si on considère la promesse de mariage comme équivalant à un mariage nul, il s'ensuit l'établissement de la filiation légitime. En fait, c'est là une déformation de la teneur de la loi car, juridiquement, la promesse de

<sup>(1)</sup> Se fondant sur l'article 1384 alinéa 1er du Code civil, la jurisprudence française a construit la théorie générale de la responsabilité du fait des choses. Le gardien d'une chose ne peut échapper à la réparation du dommage causé par cette chose que s'il établit l'existence d'une cause étrangère telle que le cas fortuit ou de force majeure. Cette jurisprudence est une innovation totale car « depuis la promulgation du Code civil, presque jusqu'à la fin du 19ème siècle, il a été communément admis par la doctrine et la jurisprudence française qu'il y avait dans notre droit seulement deux cas particuliers de responsabilité du fait de choses : la responsabilité du fait des animaux et celle du fait des bâtiments, respectivement réglementées par les articles 1385 et 1386 du Code civil ». MARTY et RAYNAUD, *Droit civil*, T2, VI, *Les obligations*, Sirey 1962, n° 430.

<sup>(2)</sup> Civ. n°7900, du 14 novembre 1972, B. 1972, p54 ; Civ. n°5350, du 2 avril 1968, R.J.L. 1969, p.25 RTD 1969-70, p. 124 note E. de LAGRANGE ; Civ. n°5931, du 21 octobre 1968, R.J.L. 1969, p.493 ; C appel - Tunis, n°28744, du 19 mars 1969, R.J.L. 1971, p.89. Cf. S. BEN HALIMA, *La filiation paternelle légitime en droit tunisien*, Thèse Fac. de Droit, Tunis, 1976 ; L. PRUVOST, *L'établissement de la filiation en droit tunisien*, Thèse, Fac. De Droit de Paris, 1977 ; M.M BOUGUERRA, *L'établissement de la filiation de l'enfant de fiancés*, mémoire, Fac de Droit, Tunis 1979.

mariage ne constitue pas un mariage nul. C'est peut être pour cette raison que la cour de cassation a révisé cette jurisprudence et que depuis 1973, elle n'analyse plus les textes de la même manière, considérant les relations sexuelles en dehors du mariage comme étant illicites et que l'enfant né de ces relations ne peut être déclaré légitime en raison de la simple promesse<sup>(1)</sup>.

461. En matière de droit du travail, on peut citer encore la jurisprudence par laquelle la cour de cassation a renversé expressément la charge de la preuve dans les litiges relatifs aux licenciements abusifs de l'employé. Contrairement aux textes, la cour de cassation affirme en effet que «la charge de la preuve du licenciement abusif ne pèse pas sur l'employé mais sur l'employeur»<sup>(2)</sup>.

### Sous section deuxième L'interprétation de la règle de droit

462. La mission du juge est d'appliquer la règle de droit. Pour pouvoir l'appliquer, il a souvent besoin de l'interpréter. En effet, la loi ne vise pas toujours directement les cas auxquels il faut l'appliquer. On peut parfois être en présence d'une lacune de la loi pour résoudre un litige. Ensuite, même si la loi existe, elle peut être obscure quant à la détermination précise de ses sens, de ses conditions ou de ses effets.

463. Devant la nécessité de l'interprétation, un premier problème se pose. Pourquoi le législateur n'intervient-il pas lui-même pour dire ce qu'il entend par le texte posé, au lieu que ce soit l'interprète qui cherche ce qu'a voulu dire le législateur ?

464. La réponse à cette question nous vient de l'un des rédacteurs et rapporteur du Code civil français. Portalis disait dans son

<sup>(1)</sup> Civ. n°9210, du 6 mars 1973, B. 1973, I, P.142 ; Civ. n°9108, du 11 décembre 1973, B. 1973, I, p.44 ; Civ. n°11609, du 15 juillet 1975, B. 1975, II, p. 182 ; Civ. n°790, du 26 avril 1977, B. 1977, I, p. 243. Cf. S. MELLOULI, *Le juge et l'équité*, op.cit p.524.

<sup>(2)</sup> En matière de droit de travail, Civ. n°1934, 26 février 1981, B. 1981, I, p.70 ; Civ. n°16789, 2 février 1987, B. 1987, I, p. 327.

discours préliminaire sur le projet de Code civil : «L'office de la loi est de fixer, par de grandes vues, les maximes générales du droit, d'établir des principes féconds en conséquence, et non de descendre dans le détail des questions qui peuvent naître sur chaque matière ... C'est à la jurisprudence que nous abandonnons les cas qui ne sauraient entrer dans le plan d'une législation raisonnable, les détails trop variables et trop contentieux qui ne doivent point occuper le législateur, et tous les objets que l'on s'efforcerait inutilement de prévoir, ou qu'une prévoyance précipitée ne pourrait définir sans danger ».

465. La mission du législateur est ainsi de poser les règles générales et il appartient au juge d'appliquer ces règles aux situations particulières en les interprétant. Si la règle de droit se suffit à elle-même, il n'y a pas alors de problème majeur de droit, la loi étant simplement appliquée au fait qui est soumis au juge. Tel est le cas souvent en matière pénale où le juge dispose de règles précises et détaillées lui permettant de s'assurer de l'existence du fait et de son imputabilité à l'inculpé pour prononcer ensuite la peine appropriée. En matière civile aussi, la règle peut être suffisante pour résoudre directement le litige. A titre d'exemple, le juge qui constate la majorité du contractant prononce la nullité, le juge qui constate l'écoulement du délai d'appel ou de cassation prononce en principe la déchéance, le juge qui constate l'existence de la clause de résolution prévue au contrat et sa réalisation prononce la résolution...

466. Cependant, les problèmes commencent à se poser dès que la règle de droit apparaît obscure ou insuffisante pour résoudre le litige. Tel est le cas par exemple lorsqu'il s'agit de déterminer les cas d'indignité successorale. L'article 88 du Code du statut personnel paraît insuffisant pour résoudre une pareille question<sup>(1)</sup>. Tel est encore le cas lorsqu'il s'agit de préciser si l'article 9 du Code des droits réels

<sup>(1)</sup> A. ZARROUGUI, *L'interprétation de l'article 88 du Code du statut personnel*, mémoire pour le DEA en Droit privé, Fac. de Droit et de Sciences politiques de Tunis, 1988. On peut aussi citer d'autres situations récentes de silence comme celle relative à la procréation artificielle ou celle relative à l'état civil en cas de changement de sexe, ou encore celle relative à la valeur des clauses statutaires d'agrément et de préemption dans la société anonyme.

visé tous les cas de destination économique ou seulement la destination agricole<sup>(1)</sup>.

467. L'obscurité ou le silence de la loi n'est pas une raison suffisante pour que le juge se refuse à examiner le litige. L'article 108 du Code pénal prévoit en effet que le juge qui « sous quelque prétexte que ce soit, même du silence ou de l'obscurité de la loi, refuse de rendre justice aux parties après en avoir été requis, et qui persévère dans son refus, après avertissement ou injonction de ses supérieurs », serait coupable de déni de justice.

Comment procède-t-on à l'interprétation de la règle de droit ? A cette question, la doctrine a apporté des solutions variées qu'il faut présenter avant d'examiner la question au regard du droit positif.

### **Paragraphe premier Les méthodes d'interprétation de la règle de droit devant la doctrine**

468. Il existe deux méthodes d'interprétation possibles de la règle de droit. Une première méthode, classique, est la méthode exégétique qui se veut proche du texte de loi à interpréter ; une seconde méthode, moderne, plus libre au regard du texte, est la méthode scientifique.

#### **A. La méthode exégétique**

469. La méthode exégétique est une méthode d'interprétation soucieuse d'assurer le respect de la règle de droit, et exige par conséquent que l'interprétation soit orientée vers la recherche de l'intention du législateur. Ainsi, en interprétant la règle de droit, le juge doit le faire en écartant toute intervention subjective, mais en s'attendant à découvrir la volonté du législateur, c'est à dire le sens que le législateur a eu principalement en vue en élaborant la règle de droit interprétée<sup>(2)</sup>.

<sup>(1)</sup> Civ. n°7973, du 23 mars 1972, R.J.L. 1972, p. 913, note M. MABROUK ; R.T.D. 1974, p. 221, note A. BEN ADHIA.

<sup>(2)</sup> Cf. E. GAUDEMET, *L'interprétation du Code civil en France depuis 1804*, Paris, 1935 ; J. BONNECASE, *L'école de l'exégèse en droit civil*, 2<sup>ème</sup> éd. 1924 ; L. HUSSON, *Analyse critique de la méthode de l'exégèse, dans l'interprétation dans le droit*, Archives de philosophie du droit, T. XVII, 1972, p. 115 ; L. HUSSON, *Examen critique des assises*

470. Cette méthode était la méthode principale en France au 19<sup>ème</sup> siècle, parce que la promulgation du Code civil était encore proche, et le texte étant récent, les règles qu'il contenait étaient satisfaisantes dans leur ensemble<sup>(1)</sup>.

471. Pour mieux approcher cette méthode d'interprétation, il serait intéressant de distinguer entre les deux grandes hypothèses dans lesquelles un texte nécessite interprétation. Il s'agit d'une part de l'obscurité de la loi, et d'autre part de la lacune de la loi.

#### **1. L'obscurité de la loi**

472. Lorsqu'un texte est obscur, il faut l'interpréter pour le clarifier et le rendre applicable aux litiges qui opposent les sujets de droit. Pour aboutir à ce résultat dans le respect de la volonté du législateur, la méthode exégétique utilise principalement deux procédés d'interprétation. Il s'agit du recours aux travaux préparatoires et aux précédents historiques.

##### **a. Le recours aux travaux préparatoires**

473. L'intention du législateur peut être décelée par le recours aux travaux préparatoires, qui sont des documents publiés par la chambre des députés contenant les travaux préparatoires et les discussions parlementaires qui ont précédé l'adoption de la loi.

474. Ainsi définis, ces documents permettent de déterminer le sens que le législateur a voulu donner au texte interprété. Cependant, il faut souligner un inconvénient possible lié au recours à ce procédé. D'abord, l'interprète risque parfois de se perdre entre des opinions divergentes soutenues pendant la discussion du texte de loi. Ensuite, il est certain que la véritable discussion se fait au sein des commissions spécialisées de la chambre des députés. Or, ces discussions ne sont pas

(suite note page précédente) doctrinales de la méthode de l'exégèse, RTDC 1976, p. 413 et S. Cf. aussi parmi les traités et manuels, J. GHESTIN et G. GOUBEUX, *Droit civil, Introduction*, n°142, réf. N°36 ; M. CHARFI, *Introduction*, op.cit n°429.

On qualifie encore cette méthode de « historique » puisqu'elle prescrit à l'interprète de restituer l'intention originelle du législateur qui a posé la loi, le législateur historique ». G. CORNU, *Droit civil, Introduction, les personnes, les biens*, 5<sup>ème</sup> éd., Montchrestien, Paris, 1991, n°392.

<sup>(1)</sup> J. BERTHE DE LA GRESSAYE, *Souvenirs d'un civiliste*, R.T.D.C. 1975, p. 661.

publiées. Enfin, le recours aux travaux préparatoires, même s'il est utile pour l'interprétation de la loi, ne présente pas de grand intérêt lorsque le texte à interpréter est un décret. Le décret fait l'objet non de travaux préparatoires, mais d'un exposé des motifs, généralement succinct et insuffisant en tant que tel pour interpréter une disposition obscure.

### b. Le recours aux précédents historiques

475. Le recours aux précédents historiques, c'est à dire aux sources historiques qui ont servi à inspirer le législateur, peut être utile pour aider à l'interprétation de la règle de droit. Mais ce recours ne se vérifie pas dans tous les cas où l'interprétation est nécessaire. Parmi les textes où le précédent historique est utile à l'interprétation, on peut citer le Code du statut personnel qui est inspiré du droit musulman et où on peut par conséquent recourir au droit musulman pour interpréter la règle positive. Il en est de même de nombreuses dispositions du Code des obligations et des contrats comme celle de la dernière maladie, de la vente de la chose d'autrui, des troubles anormaux du voisinage..., inspirées également du droit musulman. Le code des droits réels peut être inspiré de son précédent historique, le code foncier...

## 2. La lacune de la loi

476. Même si le législateur n'a pas prévu de disposition spéciale pour résoudre un litige, le juge est tenu par un effort d'interprétation, de suppléer à la lacune de la loi. Pour aboutir à ce résultat, la méthode exégétique propose certains procédés de raisonnement logique. On peut citer essentiellement l'analogie, le raisonnement a fortiori, le raisonnement a contrario.

### a. Le raisonnement par analogie

477. Ce raisonnement permet de prendre la solution donnée par la loi pour un cas, en vue de l'étendre à un cas voisin en raison du rapprochement qui existe entre les deux cas. Ainsi par exemple, l'analogie permet parfois d'étendre aux personnes morales certaines règles prévues pour les personnes physiques. L'analogie permet aussi d'appliquer à la question du retard dans la livraison des marchandises suite à un contrat de transport, les règles légales prévues pour le retard dans l'affrètement.

### b. Le raisonnement a fortiori

478. C'est une forme de raisonnement analogique qui consiste à appliquer la solution donnée par le législateur à une situation déterminée à un cas voisin parce que son application au cas voisin est encore plus évidente (à plus forte raison).

479. Ainsi, l'interdiction de vendre permet de dire qu'a fortiori il ne peut y avoir de donation. Ou bien encore le pouvoir de faire des actes d'administration emporte, à plus forte raison, d'accomplir des actes conservatoires. De même, le refus de certification du chèque en cas d'insuffisance de la provision, emporte a fortiori le refus de certification en cas de défaut de provision (art 350 al. 3 C. Com).

### c. Le raisonnement a contrario

480. C'est un procédé qui consiste à appliquer la solution inverse de celle prévue par la loi, à une situation qui serait contraire de celle envisagée par le législateur. A titre d'exemple, la loi interdit de déroger par convention aux règles d'ordre public. Donc, on peut déroger par convention aux règles d'intérêt privé supplétives de volonté. Un autre exemple peut être trouvé dans l'article 7 du Code des obligations et des contrats qui définit le majeur toute personne ayant atteint l'âge de 20 ans révolus. La minorité se définit a contrario comme étant l'état de la personne qui n'a pas encore atteint cet âge.

### d. Les maximes juridiques

481. La méthode exégétique propose aussi, en vue de combler les lacunes de la loi, de recourir à certains adages, maximes juridiques qui aident à dégager l'interprétation la plus appropriée. On peut citer à titre d'exemple, la maxime selon laquelle les exceptions sont d'interprétation stricte, ou bien encore celle qui prévoit qu'il ne faut pas distinguer là où la loi ne distingue pas, ou que la bonne foi se présume et c'est à celui qui invoque la mauvaise foi d'en rapporter la preuve...

482. Ainsi, se manifeste clairement le souci de l'école de l'exégèse, qui est de veiller à une interprétation conforme à la volonté et à l'intention véritable du législateur. Cette école veut par là éviter l'arbitraire du juge, ce qui est en soi une chose louable. Cependant, cette méthode peut être parfois insuffisante pour permettre de dégager une interprétation valable de la loi. Les travaux préparatoires ou les précédents historiques peuvent ne pas exister. Un texte de départ

permettant le raisonnement logique peut ne pas se trouver. D'autres écoles, présentent des méthodes différentes, proposées à la place de la méthode classique.

## B. Les méthodes scientifiques

483. Les méthodes scientifiques, œuvres d'illustres auteurs comme Saleilles et GENY, partent de l'idée qu'on ne peut tout ramener à l'intention du législateur car ce dernier n'a pas pu tout prévoir, cette tâche étant impossible. S'il est légitime de rechercher la volonté du législateur, cependant, «L'abus des procédés de raisonnement logique aboutit à prêter au législateur des intentions qu'il n'a probablement jamais eues, surtout lorsque le cas auquel on étend un texte n'avait pas été envisagé par lui »<sup>(1)</sup>.

Deux méthodes ont été essentiellement proposées par les écoles scientifiques. Il s'agit de la méthode déformante et de la méthode de la libre recherche scientifique.

### 1. La méthode déformante (méthode historique ou évolutive)

484. Cette méthode, due essentiellement à l'auteur français Saleilles, soutient que l'interprète doit adapter librement le texte aux nécessités de son époque, rechercher ce que serait la pensée du législateur s'il avait légiféré aujourd'hui et non ce qu'était sa véritable volonté le jour de l'élaboration du texte. Ainsi, en interprétant un texte pris au début du siècle, il n'est pas toujours possible de lui donner le sens voulu par son auteur, mais il serait bon de lui donner la volonté d'un législateur de nos jours. Il faut, dit Saleilles, aller «au-delà du Code civil mais par le Code civil »<sup>(2)</sup>.

<sup>(1)</sup> A. WEILL, *Droit civil, Introduction*, op. cit. n° 189, p. 174.

<sup>(2)</sup> Cf. SALEILLES, le rôle de la méthode historique dans l'enseignement du droit, *Rev. internat. De l'enseignement*, T. XIX, 1890, 1<sup>er</sup> sem, p. 482-503 ; la déclaration de volonté, Paris, 1901 ; *Introduction au Code civil allemand*, Paris, 1904 ; cités par GHESTIN et GOUBEUX, *Traité de droit civil, Introduction*, op. cit. n° 149, réf. n° 69.

## 2. La méthode de la libre recherche scientifique

485. Cette méthode, proposée par F. GENY<sup>(1)</sup>, part de l'idée que le droit ne peut pas être entièrement contenu dans la règle de droit écrite. A défaut de règle, le juge doit chercher librement la solution la plus convenable au litige. D'après cet auteur, «Un texte ne peut pas être dilaté à l'infini par interprétation, à partir d'un certain seuil, il n'y a plus de texte à interpréter mais un vide qu'il s'agit de combler. On passe alors de l'interprétation à la libre recherche scientifique. Le juriste doit alors purement et simplement élaborer la solution qui lui paraît la meilleure, compte tenu du donné idéal, et faire véritablement œuvre de législateur »<sup>(2)</sup>.

Devant des méthodes aussi variées et aussi diverses, quel a été le choix du législateur tunisien ?

### Paragraphe deuxième L'interprétation de la règle de droit en droit positif

486. En droit positif, il existe une règle de base selon laquelle il n'y a pas lieu d'interpréter un texte clair. On ne peut donc interpréter que lorsqu'on est en présence d'un texte obscur, ou bien en cas de lacune de la loi.

#### A. La règle de droit est claire

487. Lorsque la loi est claire, elle doit être appliquée purement et simplement, car elle ne nécessite pas d'interprétation. La cour de cassation a toujours affirmé cette règle de base, en énonçant qu'il « appartient aux juges du fond d'interpréter les règles de droit qui ne sont pas claires, mais il ne leur appartient en aucun cas de modifier le sens des lois claires... »<sup>(3)</sup>. C'est le principe même de l'exégétisme puisque selon cette école, l'intention du législateur étant claire, il n'y a aucune raison pour la rechercher ailleurs que dans le texte, sous couvert d'interprétation.

<sup>(1)</sup> *Méthode d'interprétation et sources en droit privé positif*, Paris, 1899 ; *science et technique en droit privé positif*, Paris, 1924, cité par GHESTIN et GOUBEUX, op. cit., n° 149, réf. n° 70.

<sup>(2)</sup> Cité par M. VASSEUR, *Cours de droit civil, Introduction*, les cours de droit, p. 164 et S.

<sup>(3)</sup> Cf. par exemple, Civ. n° 6396, du 18 février 1969, B. 1969, p. 25.

488. Cette règle de base ne manquait pas de poser un problème en droit tunisien, en cas de divergence entre le texte arabe et le texte français de la règle de droit. En effet sous le protectorat, les règles de droit étaient publiées au journal officiel en langue arabe et en langue française, par l'effet du décret du 27 janvier 1883 relatif à la publication des décrets et des arrêtés. En cas de divergence, la version arabe ou la version française prévalait selon que le litige relevait de la compétence des juridictions tunisiennes ou des juridictions françaises. Avec l'indépendance, l'un des premiers textes à être modifié fût de décret du 27 janvier 1883. Ceci a eu lieu grâce au décret du 8 septembre 1955 modifiant l'article 2 du décret du 27 janvier 1883. L'article 2 nouveau est devenu ainsi rédigé : «En cas de contestation, le texte arabe fait foi ». En effet, la souveraineté n'étant plus partagée, il était normal que le texte arabe fasse foi en cas de divergence avec le texte français<sup>(1)</sup>.

La cour de cassation a depuis cette date, fait toujours prévaloir le texte arabe sur le texte français de la règle de droit<sup>(2)</sup>.

489. Malgré la clarté de ces règles, un problème n'a pas manqué de se poser à l'occasion d'un arrêt rendu par la cour de cassation le 11 septembre 1982<sup>(3)</sup>. Dans cet arrêt s'est posé le problème de la contradiction entre la version arabe et la version française de l'article 242 du Code de commerce. Selon la version française, le texte vise «le propriétaire» qui poursuit la résiliation du bail de l'immeuble dans lequel est exploité un fonds de commerce grevé d'inscriptions. Mais la version arabe vise «le vendeur» qui poursuit la résiliation du bail. C'est une contradiction flagrante et importante. La cour de cassation, cassant la décision des juges du fond, a fait prévaloir la version française car c'est cette version qui est susceptible de donner un sens logique au texte, outre que l'article 505

<sup>(1)</sup> Décret du 8 septembre 1955, modifiant le décret du 27 janvier 1883 (J.O.R.T. du 9 septembre 1955, p. 1832, arabe).

<sup>(2)</sup> Civ. n°6396, du 18 février 1969, B. 1969, p. 25 ; Civ. n°10227, du 3 décembre 1974, B. 1974, II p. 58. Cf. M. CHARFI, *Introduction*, op.cit n° 270 et S ; R. MEZGHANI et A. ABOUDA, *L'interprétation judiciaire en droit civil*, Ecole de l'administration publique, Arabe Saoudite, 1983, p. 86.

<sup>(3)</sup> Civ. n°7924, du 11 septembre 1982, Revue EL MOUHAMED (L'avocat), n°2, mars 1984 note M. HACHEM. Le même problème s'est posé de nouveau dans les mêmes termes, par l'arrêt de la cour de cassation, Civ. n°23579, du 4 octobre 1989, B. 1989, p. 390.

du Code de commerce français, dont est inspiré l'article 242 tunisien, vise lui aussi le propriétaire<sup>(1)</sup>.

490. Aujourd'hui la question de la langue de publication des textes est résolue par la loi n°93-64 du 5 juillet 1993, relative à la publication des textes au Journal Officiel de la République Tunisienne et à leur exécution. L'article premier prévoit que «les lois, les décrets-lois, les décrets et les arrêtés sont publiés au journal officiel de la république tunisienne en langue arabe. Ils sont publiés également dans une autre langue et ce uniquement à titre d'information ». La loi du 5 juillet 1993 parachève ainsi l'évolution qu'a connu la question de la langue de publication des règles juridiques. De la valeur égale reconnue aux deux langues arabe et française par le décret du 27 janvier 1883, le décret du 8 septembre 1955 reconnaît la préséance de la langue arabe et la loi du 5 juillet 1993 ne reconnaît plus à l'édition française de la règle de droit que la valeur de traduction à titre d'information. Mais en fait, cette dernière loi ne change pas beaucoup l'état de la question par rapport au décret de 1955 dans la mesure où ce dernier déjà donnait la préférence aux règles rédigées en langue arabe. C'était déjà d'une manière indirecte reconnaître à l'édition en langue française du texte juridique la valeur de traduction à titre d'information.

#### B. L'interprétation en cas d'obscurité et de lacune de la loi

491. Le législateur a opté expressément pour la méthode exégétique. L'article 532 du Code des obligations et des contrats qui est le texte de base relatif à l'interprétation en cas d'obscurité énonce, «en appliquant la loi, on ne doit lui donner d'autre sens que celui qui résulte de ses expressions, d'après leur ordre grammatical, leur signification usuelle, et l'intention du législateur ». D'après cet article, il faut interroger le texte lui-même pour découvrir la volonté du législateur. Il faut étudier les expressions utilisées par le législateur, en faire l'analyse grammaticale, s'attacher à la signification usuelle des termes. De même, en cas de lacune de la loi, le juge n'est pas totalement libre de créer la règle applicable, puisque l'article 535 du

<sup>(1)</sup> Dans le même sens, Trib. de première instance Tunis, n°253, 5 février 1973, R.J.L 1974, p. 29 (à propos de la saisie arrêt pratiquée par le créancier qui n'a pas produit dans les délais à la procédure de faillite). Cependant, la cour de cassation n'a pas toujours interprété ainsi la divergence entre les textes arabe et français des lois : Civ. n°6396, du 18 février 1969, B. 1969, p.25 ; Civ. n°10227, 3 décembre 1974, B. 1974, II, p.58. Dans ces arrêts, il est vrai, le texte arabe pouvait recevoir application malgré la divergence avec le texte français.

même code énonce que «lorsqu'un cas ne peut être décidé par une disposition précise de la loi, on aura égard aux dispositions qui régissent les cas semblables ou des matières analogues, si la solution est encore douteuse, on décidera d'après les règles générales de droit».

492. Quant aux procédés que le législateur propose au juge pour l'aider dans l'acte d'interprétation, ce sont évidemment des procédés exégétiques. Ainsi, lorsque le législateur vise l'intention du législateur dans l'article 532 du Code des obligations et des contrats, il sous-entend le recours aux travaux préparatoires et aux précédents historiques. De même l'article 535 du même code prévoit le recours à l'analogie et aux règles générales du droit. L'article 550 vise le raisonnement *a fortiori*<sup>(1)</sup>. L'article 534 vise le raisonnement *a contrario*<sup>(2)</sup>. Enfin, plusieurs maximes d'interprétation sont posées. Tel est le cas de l'article 533 qui prévoit qu'il ne faut pas distinguer là où la loi ne distingue pas. L'article 540 prévoit la maxime selon laquelle les exceptions sont d'interprétation stricte...<sup>(3)</sup>.

493. Si, d'après les dispositions du Code des obligations et des contrats, le législateur semble avoir adopté la méthode exégétique, cependant deux questions demeurent encore posées. D'une part, quel est le rôle du droit musulman dans l'effort d'interprétation de la loi ? D'autre part, est-ce que le législateur a entendu exclure les méthodes scientifiques ?

### 1. Le rôle du droit musulman

494. Dans les législations de la plupart des pays arabes, les textes font référence expresse au droit musulman en tant que source d'interprétation du droit positif. Ainsi, dans l'article 3 du Code civil jordanien, il est prévu de recourir dans la compréhension du texte, son explication, son interprétation et sa signification, aux règles de base du droit musulman. De même, l'article 2 du Code civil algérien prévoit que «en l'absence d'une disposition légale, le juge se prononce selon les principes du droit musulman et, à défaut, selon la coutume. Le cas échéant, il a recours au droit naturel et aux règles de l'équité».

<sup>(1)</sup> Art. 550 COC «Celui qui peut le plus peut le moins».

<sup>(2)</sup> Art. 534 COC «Lorsque la loi réserve un cas déterminé, elle s'applique à tous les autres cas qui ne sont pas expressément exceptés».

<sup>(3)</sup> Cf. notamment art. 546 à 562 du COC.

L'article 2 du Code civil syrien énonce aussi : «A défaut d'une disposition législative applicable, le juge statuera d'après les principes du droit musulman et à défaut, d'après la coutume, et, à défaut, suivant le droit naturel et les règles de l'équité»<sup>(1)</sup>.

495. En droit tunisien, une pareille référence explicite au droit musulman n'existe pas. L'article 535 du Code des obligations et des contrats énonce en effet que «lorsqu'un cas ne peut être décidé par une disposition précise de la loi, on aura égard aux dispositions qui régissent les cas semblables ou des matières analogues, si la solution est encore douteuse, on décidera d'après les règles générales du droit».

496. Cependant, l'absence référence explicite au droit musulman ne signifie pas que celui-ci est écarté. En effet, le droit musulman est en Tunisie l'une des sources du droit positif.

497. D'une part, l'article 535 du Code des obligations et des contrats, sans citer le droit musulman, fait référence aux règles générales du droit comme source d'interprétation. Or, toutes les règles générales du droit prévues dans le Code des obligations et des contrats au chapitre de l'interprétation de la loi sont des règles directement prises dans le droit musulman. Ces règles générales du droit ont été puisées directement dans le Code ottoman «Majallet El Ahkam El Adlia» qui est une compilation des règles du droit musulman selon le rite hanafite<sup>(2)</sup>, et notamment parmi les articles 1 à 99 de cette «Majalla». A cet égard, on peut remarquer que l'article 541 du Code des obligations et des contrats correspond à l'article 17 de la majalla, que l'article 537 correspond à l'article 23 ; que l'article 538 correspond à l'article 24 que l'article 556 correspond à l'article 29<sup>(3)</sup>

...

<sup>(1)</sup> Dans le même sens aussi, le Code civil égyptien qui fait cependant passer la coutume avant le droit musulman.

<sup>(2)</sup> Cf. M. L. HACHEM, conférences de droit civil, Fas. II, Cours dactylo, Fac. de Droit et des Sciences politiques de Tunis, 1986-87, p. 22 et 23 ; M. CHARFI, Introduction, op.cit, n°433 ; M. KARI, note à propos d'un texte ambiguë ; l'article 535 du COC, RTD 1992 p. 203.

<sup>(3)</sup> Cf. S. R. BAZ, L'exégèse du Code, maison de la renaissance du patrimoine arabe, Liban 3<sup>ème</sup> éd.

498. La jurisprudence a, quant à elle, affirmé clairement et de manière constante que le droit musulman est l'une des sources du droit positif<sup>(1)</sup>. Cela se comprend d'autant mieux que plusieurs de nos codes sont inspirées du droit musulman. Tel est le cas de grand nombre de dispositions du Code des obligations et des contrats, ou bien encore du Code du statut personnel... Des exemples révélateurs de cette affirmation peuvent être donnés. Ainsi, dans l'interprétation des cas d'indignité successorale, la jurisprudence a interprété l'article 88 du code du statut personnel conformément au droit musulman.

499. De même, dans l'interprétation des règles relatives à l'établissement de la filiation, la cour de cassation fait application d'hypothèses tirées du droit musulman et non prévues expressément dans le Code du statut personnel, comme la technique appelée «ISTILHAQ» qu'elle soumet aux conditions posées par les jurisconsultes musulmans<sup>(2)</sup>.

500. Il en est de même encore concernant la qualité d'héritier de l'Etat, où la cour de cassation s'est référée à la pratique des compagnons du prophète<sup>(3)</sup>.

501. En dehors du statut personnel, les exemples ne manquent pas non plus. Ainsi, dans l'interprétation des règles relatives à l'inaliénabilité touchant les biens, la cour de cassation revient aussi aux jurisconsultes musulmans<sup>(4)</sup>; de même encore, dans l'appréciation de la preuve par témoignage prévue par l'article 427 du Code des obligations et des contrats, la cour de cassation ne manque pas de se référer au droit musulman qui admet tant le témoignage unique que la pluralité des témoignages, selon les hypothèses et les questions envisagées<sup>(5)</sup>.

<sup>(1)</sup> Civ. n°3384, du 31 janvier 1966, RJI 1967, p.389, RTD 1968, p.114 note E. de LAGRANGE, Civ. n°10610, du 13 février 1985, inédit. Cf. A. ZARROUKI, *L'interprétation de l'article 88 du Code du statut personnel, mémoire pour le DEA en Droit privé Fac. de Droit de Tunis 1988.*

<sup>(2)</sup> Civ. n°3712, du 12 mars 1981, B. 1981, I. p. 99.

<sup>(3)</sup> Civ. n°19407, du 27 septembre 1990, B. 1990, p. 228.

<sup>(4)</sup> Civ. n°4366, du 1er juillet 1980, B. 1980, II, p. 15.

<sup>(5)</sup> Civ. n°2975, du 12 février 1981, B. 1981, I, p. 52.

502. En conclusion, on peut affirmer qu'à l'instar des autres pays arabes, la Tunisie reconnaît une place importante au droit musulman, parmi les sources du droit.

## 2. Le droit tunisien et les méthodes d'interprétation scientifique

503. L'adhésion du droit positif tunisien à l'école de l'exégèse ne signifie pas l'exclusion absolue du recours à la méthode scientifique d'interprétation.

504. D'une part, le Code des obligations et des contrats apporte des tempéraments à l'exégèse retenue comme principe. Ainsi, le législateur prévoit que le juge doit interpréter la loi en fonction de ses motifs. Lorsque le motif qui est à l'origine de la loi cesse, l'obligation ou l'interdiction qui est instaurée doit cesser<sup>(1)</sup>. D'autre part, l'article 108 du Code pénal amène parfois le juge à faire oeuvre de législateur, ce qui est le propre de la méthode de la libre recherche scientifique. En effet, le juge est tenu de statuer sous peine de déni de justice, même en cas d'obscurité ou de lacune de la loi. Si tel est le cas, on peut envisager que le juge soit amené à poser sa propre règle, si une règle positive n'existe pas ou ne peut pas être déduite de celles qui existent.

505. La jurisprudence a montré parfois de l'audace dans l'interprétation de la règle de droit en s'écarter de la véritable volonté du législateur. On a déjà vu des exemples où la cour de cassation s'écarter d'un texte clair, procède à une interprétation déformante en raison des besoins sociaux du moment<sup>(2)</sup>.

<sup>(1)</sup> Art. 536, 537 et 538 du C.O.C.

<sup>(2)</sup> Cf. à titre d'exemple civ. n° 5931, du 21 octobre 1968, RJI 1969, p. 493 ; Civ. n°5350, du 2 avril 1968, RJI 1969, p.25, RTD 69-70, p. 124, note E. de LAGRANGE ; Civ. n°7900, du 14 novembre 1972, B. 1972, p. 54; Cf. S. MELLOULI, *Le juge et l'équité, op.cit. p. 524.*

## DEUXIEME PARTIE

### LES DROITS SUBJECTIFS

506. Le droit objectif est l'ensemble des règles destinées à organiser la vie en société et qui s'imposent aux membres de la société, au besoin par la contrainte. Ce droit objectif va donner naissance aux droits subjectifs, droits dont se prévalent les sujets de droit, en application du droit objectif.

507. Les droits subjectifs peuvent être définis comme étant des prérogatives reconnues aux sujets de droit par le droit objectif, et dont ils jouissent sous la protection de l'autorité étatique. Ces droits sont reconnus soit sur les biens, soit à l'égard des autres sujets de droit<sup>(1)</sup>. Tel est le cas lorsqu'une personne se prévaut vis à vis d'une autre d'un contrat de bail pour exiger le paiement d'un loyer ; ou encore lorsqu'un commerçant cédant exige de son cessionnaire qu'il n'exerce pas la même activité dans un rayon géographique déterminé pour ne pas lui faire concurrence déloyale ; ou bien encore lorsqu'une personne se prévalant de son droit de propriété, agit pour faire cesser le trouble que lui cause un voisin, et qui dépasse les troubles ordinaires du voisinage...

508. Ainsi défini, le droit subjectif donne vie au droit objectif, puisque le droit objectif constitue une norme générale et objective, alors que le droit subjectif consiste dans la mise en œuvre de ce droit objectif par une personne déterminée.

509. La notion de droit subjectif est une notion controversée en doctrine. On a reproché tout d'abord à cette notion que le droit n'a pas pour rôle la satisfaction des intérêts personnels de chaque personne, mais plutôt de satisfaire les intérêts généraux du groupe social. Il ne

---

<sup>(1)</sup> A. WEILL. *Droit civil, Introduction générale*, op.cit, n°24, p. 26 ; H.L.J MAZEAUD et F. CHABAS, *Leçons de droit civil, Introduction*, op.cit, n°185 ; J. CARBONNIER, *Droit civil, T.I, Introduction*, op.cit, n°161.

faudrait pas parler de droits mais de devoirs car les droits ne sont que des fonctions sociales que les sujets de droit doivent remplir<sup>(1)</sup>.

510. On lui a reproché encore que le droit subjectif, trop individualiste, peut conduire à l'absolutisme des droits puisqu'ils peuvent être exercés discrétionnairement par leurs titulaires. Or, les droits subjectifs s'exercent en société, et il faut veiller à la protection des droits d'autrui. Il ne suffit pas d'agir dans les limites du droit objectif alors que l'agissement peut être guidé par l'intention de nuire ou tout autre motif illégitime<sup>(2)</sup>.

511. Cependant, malgré ces critiques, la notion de droits subjectifs n'est pas sérieusement entamée. Elle se trouve même reconnue par la plupart des auteurs modernes<sup>(3)</sup>.

Comment peut-on expliquer que cette notion a réussi à demeurer aussi importante, malgré les critiques que d'éminents auteurs lui ont adressé ?

512. Il y a tout d'abord des raisons politiques. Les droits subjectifs «sont le produit d'un mouvement d'idéologie démocratique et libérale, tendant à protéger l'individu contre les excès de l'absolutisme étatique »<sup>(4)</sup>. Ainsi, la notion de droit subjectif répond à un sentiment de respect de la personne humaine.

<sup>(1)</sup> Cf. F. GENY, *Les bases fondamentales du droit civil en face des théories de L. DUGUIT*, RTDC 1922, p. 779 et S ; MICHAELIDES-NOUAROS, *L'évolution récente de la notion de droit subjectif*, RTDC 1966, p. 216 et S ; J. DABIN, *Le droit subjectif*, éd. DALLOZ, 1952 ; R. MARTIN, *de l'usage des droits et particulièrement du droit de propriété*, RTDC 1975, p. 52 Cf. sur les auteurs et leurs critiques, A. WEILL, *droit civil, Introduction générale*, op.cit n°25, p. 27, et notamment réf. 1 ; GHESTIN et GOUBEAUX, *Traité de droit civil, Introduction*, n° 165 et S ; J. LUC AUBERT, *Introduction au droit*, op.cit n°177.

<sup>(2)</sup> Selon A. COMTE, «L'homme n'a d'autre droit que celui de faire son devoir », cité par A. WEILL, *Droit civil, Introduction*, op.cit p. 27, réf. n°2.

<sup>(3)</sup> H.L.J. MAZEAUD et F. CHABAS, *Leçons de droit civil, Introduction*, op.cit, n°1 et n°155, J. CARBONNIER, *Droit civil, Introduction*, op.cit, n°162 ; GHESTIN et GOUBEAUX, *Traité de droit civil, Introduction*, op.cit, n°170.

<sup>(4)</sup> MICHAELIDES-NOUAROS, op.cit, p. 221 ; GHESTIN et GOUBEAUX, *Traité de droit civil, Introduction*, op.cit, n°170.

513. Il faut noter ensuite que l'évolution économique et sociale a entraîné un accroissement considérable de la valeur des droits subjectifs. Tel est le cas des droits intellectuels appartenant aux auteurs et artistes sur leurs œuvres, des droits de la personnalité, des droits sociaux, comme le droit syndical, le droit aux congés-payés, les droits relatifs à la sécurité sociale...

514. Cependant, malgré le succès des droits subjectifs, il faut remarquer que ces droits sont efficaces parce qu'ils sont consacrés et reconnus par le droit objectif. En effet, c'est le droit objectif qui établit et reconnaît les prérogatives des particuliers<sup>(1)</sup>. Il faut noter aussi que les droits subjectifs ne sont pas absolus et qu'ils ont leur propre limite dans le respect des droits d'autrui et de l'intérêt général. C'est ce qui explique l'existence de notions comme celles de l'abus des droits<sup>(2)</sup> ou des troubles anormaux du voisinage<sup>(3)</sup>, ou encore de l'expropriation pour cause d'utilité publique<sup>(4)</sup> et même privée<sup>(5)</sup>.

515. Ainsi présentés, les droits subjectifs font l'objet de plusieurs classifications qu'il faut tout d'abord établir. Ensuite, il faut déterminer la place des droits subjectifs dans le patrimoine de la personne. Enfin, les droits subjectifs appartenant aux sujets de droit, ces derniers doivent en établir l'existence, car le droit subjectif n'est pas efficace si sa preuve n'est pas rapportée.

Chapitre premier : Classification des droits subjectifs et des biens sur lesquels portent les droits subjectifs

Chapitre deuxième : Le patrimoine

Chapitre troisième : La preuve des droits subjectifs

<sup>(1)</sup> Cf. par exemple, B. STARCK, *Droit civil, Introduction*, op.cit, n°889 qui écrit qu'il «ne peut y avoir de droit subjectif que dans le cadre que trace le droit objectif ».

<sup>(2)</sup> Art. 103 C.O.C Cf. N. BEN AMMOU, *Essai sur l'abus des droits à travers l'article 103 du C.O.C, mémoire de D.E.A en Droit privé, Fac. de Droit de Tunis*, 1983-84.

<sup>(3)</sup> Art. 99 et 100 du C.O.C ; S. MELLOULI, *Les troubles anormaux du voisinage entre la loi et la jurisprudence*, R.T.D 1984, p. 175.

<sup>(4)</sup> Loi n°76-85 du 11 août 1976 relative à l'expropriation pour cause d'utilité publique.

<sup>(5)</sup> Art. 37 C.D.R ; M. MECHRIA, *La propriété privée et la notion d'intérêt général* R. J. L. 1989, n°1, p. 7

## **CHAPITRE PREMIER**

# **CLASSIFICATION DES DROITS SUBJECTIFS ET DES BIENS SUR LESQUELS PORTENT LES DROITS SUBJECTIFS**

516. Les droits subjectifs sont nombreux. Il est par conséquent nécessaire d'en établir la classification. Celle-ci permettra de dégager leurs caractères et leur régime.

Par ailleurs, les droits subjectifs sont en rapport avec des biens. Ces biens sont également susceptibles de diverses classifications ayant une incidence directe sur les droits subjectifs dont ils sont l'objet.

### **Section première Classification des droits subjectifs**

517. La distinction fondamentale à la base des droits subjectifs est celle qui oppose les droits patrimoniaux et les droits extrapatrimoniaux.

518. On appelle droits patrimoniaux les droits subjectifs qui font partie du patrimoine de la personne, ont une valeur marchande et sont dans le «commerce juridique». Ce sont des droits appréciables en argent. Tel est le cas du droit de propriété ou du droit de créance. Ayant une valeur d'échange, ils sont alors dans le «commerce juridique». Cela signifie qu'ils sont cessibles à un nouveau titulaire ; ils sont transmissibles à cause de mort ; ils sont saisissables par les créanciers ; ils sont enfin prescriptibles par la prescription acquisitive ou par la prescription extinctive.

519. Les droits extrapatrimoniaux sont des droits qui se situent en dehors du patrimoine. Ils n'ont pas de valeur marchande envisagés en eux-mêmes et quant à leur objet direct. Ils sont en dehors du commerce juridique. Tel est le cas des droits familiaux, des droits attachés à la personne humaine, du droit moral de l'auteur sur son

commerce juridique. Tel est le cas des droits familiaux, des droits attachés à la personne humaine, du droit moral de l'auteur sur son oeuvre... Les droits extra-patrimoniaux sont en dehors du «commerce juridique» car ils ne figurent pas parmi les éléments du patrimoine d'une personne. Ainsi, ils ne sont pas cessibles à une autre personne, leur titulaire ne peut ni les vendre, ni les échanger, ni les donner. Ils ne sont pas saisissables par les créanciers. Ils sont en principe imprescriptibles. Il y a lieu de remarquer cependant, que certains droits extra-patrimoniaux produisent des conséquences pécuniaires. Ainsi, en est-il de certains droits familiaux comme le droit à la pension alimentaire qui a une nature pécuniaire, ou encore de l'atteinte à la vie ou à l'intégrité de la personne qui peut justifier le droit à des dommages-intérêts. Mais il ne s'agit pas d'une réelle atteinte à la distinction entre droits patrimoniaux et extra-patrimoniaux dans la mesure où les effets pécuniaires en question ne constituent que des conséquences du droit extra-patrimonial et non l'essence du droit lui-même. D'ailleurs, ils demeurent en dehors du commerce et échappent à l'action des créanciers<sup>(1)</sup>.

520. Entre ces deux catégories de droits subjectifs se classe une variété intermédiaire de droits qui prend des caractères de la première et de la seconde. Il s'agit des droits intellectuels.

### **Paragraphe premier Les droits extrapatrimoniaux**

521. Les droits extrapatrimoniaux sont des droits attachés à la personne humaine et qui ne peuvent s'en détacher. Ils sont en conséquence des droits incessibles, insaisissables et imprescriptibles. Ainsi présentés, ils ne font pas partie du patrimoine<sup>(2)</sup>.

<sup>(1)</sup> J. L. AUBERT, *Introduction au droit*, op.cit, n°192 ; J. GHESTIN et G. GOUBEAUX, *Introduction générale*, op.cit n°207.

<sup>(2)</sup> Cf. cependant, en sens contraire, H.L.J MAZEAUD et F. CHABAS, *Leçons de droit civil*, *Introduction*, op.cit, n°292, qui contestent que les droits extra-patrimoniaux ne puissent pas figurer dans le patrimoine.

Ces droits extrapatrimoniaux, rattachés à la personne, consistent essentiellement dans les droits politiques, les droits de la personnalité et les droits familiaux<sup>(1)</sup>.

### **A. Les droits de la personnalité**

522. Chaque personne humaine possède un ensemble de droits qui sont directement attachés à son individualité et à sa personnalité. Ces droits, qui permettent la vie de l'homme en société, s'attachent d'une part à l'intégrité physique de la personne, et d'autre part à l'intégrité morale<sup>(2)</sup>.

#### **1. Le droit à l'intégrité physique**

523. Le premier droit fondamental de la personne consiste dans la protection du corps humain. L'une des prérogatives essentielles de l'homme est en effet relative au droit à la vie et à l'intégrité corporelle. Il s'agit de l'une des affirmations les plus solennelles de la déclaration universelle des droits de l'homme ratifiée par la Tunisie. L'article 3 de cette déclaration affirme que «Tout individu a droit à la vie», et l'article 5 ajoute que «Nul ne sera soumis à la torture ni à des peines ou traitements cruels, inhumains ou dégradants».

524. Le droit à l'intégrité physique est protégé tant par la loi interne que par le Droit International.

<sup>(1)</sup> Les droits politiques sont les droits qui consistent à participer à l'organisation et au fonctionnement des pouvoirs publics. C'est le cas notamment du droit à l'électorat et à l'éligibilité. Ces droits sont exercés conformément à la constitution et aux lois organisant la vie politique et publique. L'article 3 de la constitution précise à cet égard que «la souveraineté appartient au peuple tunisien qui l'exerce conformément à la constitution». L'étude de cette question relève du droit public. Cf. D. JAZY, *Les rapports entre Etat et citoyen en Tunisie indépendante, le problème des libertés publiques*, Thèse, Paris, 1982.

<sup>(2)</sup> KAYSER, *Les droits de la personnalité, aspects théoriques et pratiques*, R.T.D.C 1971, p. 445 et S. ; F. LUCHAIRE, *les fondements constitutionnels du droit civil*, R.T.D.C 1982, p. 245.

525. En droit interne, la Constitution affirme dans son article 5 que «la république tunisienne garantit l'inviolabilité de la personne humaine... ».

526. Le Code pénal sanctionne des peines les plus graves, c'est à dire la peine capitale et l'emprisonnement, les atteintes à la vie et à l'intégrité corporelle. La sanction est d'autant plus grave que l'atteinte est plus grave. Ainsi l'assassinat est puni de la peine capitale<sup>(1)</sup> de même que le meurtre lorsqu'il est accompagné ou suivi d'une infraction comportant la peine de l'emprisonnement<sup>(2)</sup>. De même, est puni d'emprisonnement pendant cinq ans «celui qui, sciemment, aide à un suicide»<sup>(3)</sup>. L'homicide involontaire et les coups et blessures, volontaires, sont également sanctionnées par l'emprisonnement<sup>(4)</sup>.

527. La peine d'emprisonnement est plus grave lorsque l'auteur de la violence est un fonctionnaire public ou assimilé dans l'exercice de ses fonctions. L'article 101 du Code pénal prévoit une peine de 5 ans d'emprisonnement, qui s'applique à l'encontre du fonctionnaire auteur d'un acte de violence, qui détient une parcelle de la puissance publique en vue de l'application des lois, des règlements et des jugements, et en vue de veiller à l'ordre public. La cour de cassation a exclu par conséquent du champ d'application de cet article l'instituteur qui n'a pas un pouvoir de puissance publique mais seulement une autorité morale sur ses élèves<sup>(5)</sup>.

528. En droit civil, la sanction consiste dans la condamnation de l'auteur du préjudice à des dommages-intérêts au profit de la victime.

<sup>(1)</sup> Art. 201-202 C. pen.

<sup>(2)</sup> Art. 204 C. pen.

<sup>(3)</sup> Art. 206 C. pen.

<sup>(4)</sup> Art. 217, 218 à 225 C. pen.

<sup>(5)</sup> La Cour de cassation a exclu par conséquent du champ d'application de cet article l'instituteur qui n'a pas un pouvoir de puissance publique mais seulement une autorité morale sur ses élèves. Cf. en ce sens, Cass. N°4960, du 16 janvier 1967, B. 1967, p. 79. Cf. aussi Art. 103, 250, 251 C. pen.

529. En droit international, on peut noter la ratification par la Tunisie de la Convention des nations unies du 10 décembre 1984 relative à l'interdiction de la torture et toutes autres formes de sévices et traitements cruels, inhumains et dégradants. La ratification a eu lieu sans réserves par l'effet de la loi n° 79-88 du 11 juillet 1988.

530. Cependant, le droit à l'intégrité physique subit quelques atteintes. Parfois, la protection de la société exige de soumettre l'individu à certaines mesures prophylactiques. Tel est le cas s'agissant de l'internement des aliénés, de la soumission d'un conducteur en état d'ivresse à l'alcoo-test ou à l'examen sanguin. Le refus de s'y soumettre est une présomption de conduite en état d'ivresse... Mais, ces atteintes résultent de la loi. La protection s'étend aussi au malade dont le consentement est nécessaire avant toute intervention chirurgicale de la part du médecin compétent. Si le malade n'est pas en mesure de donner son consentement, il faut obtenir celui de sa famille, sauf impossibilité absolue due à l'urgence de la situation<sup>(1)</sup>.

## 2. Le droit à l'intégrité morale

531. Le droit positif garantit aussi l'intégrité morale de la personne comme étant une autre expression des droits de la personnalité. Les expressions de la protection de l'intégrité morale sont nombreuses.

### a. Le droit à la liberté intellectuelle

532. Il s'agit d'un droit garanti par la constitution. L'article 5 garantit la liberté de conscience et de religion<sup>(2)</sup>. L'article 8 garantit la liberté d'opinion, d'expression, de presse, de publication, de réunion

<sup>(1)</sup> Loi n°91-22 du 25 mars 1991 relative au prélèvement et à la greffe d'organes humains, dont l'article 1<sup>er</sup> édicte «l'intégrité physique de la personne humaine est garantie ». Cf. C. MZOUGHJI, les prélèvements d'organes, mémoire de D.E.A., Droit privé, Fac. de Droit de Tunis, 1991-92 ; J. BOURAOUI, La conduite sous l'empire d'un état alcoolique, Bull. De l'actualité juridique, C.E.R.P., Tunis, p. 29 ; loi n° 92-83 du 3 août 1992 relative à la santé mentale et aux conditions d'hospitalisation en raison des troubles mentaux.

<sup>(2)</sup> Cf. aussi art. 165 et 166 du C. pen.

et d'association. Ces mêmes droits sont reconnus par la déclaration universelle des droits de l'homme dans ses articles 18, 19 et 20.

#### b. Le droit à l'intimité familiale

533. Le droit protège également la vie privée de la personne. Cette protection est également garantie par la constitution dans son article 6 qui garantit « l'inviolabilité du domicile et le secret de la correspondance... sauf dans les cas exceptionnels prévus par la loi ».

534. Ces deux droits sont protégés par le droit pénal. D'après l'article 102 du Code pénal, «est puni d'un emprisonnement d'un an et d'une amende de 300 Francs le fonctionnaire ou assimilé qui, sans observer les formalités requises ou sans nécessité démontrée, pénètre dans la demeure d'un particulier contre le gré de celui-ci »<sup>(1)</sup>. L'article 253 du Code pénal sanctionne quant à lui, de l'emprisonnement pendant 3 mois, «celui qui, sans y être autorisé, divulgue le contenu d'une lettre, d'un télégramme ou de tout autre document appartenant à autrui». Cette peine est portée au double lorsque l'auteur de la révélation du secret est un membre du personnel médical ou toute autre personne dépositaire par état ou profession des secrets qui leur sont confiés<sup>(2)</sup>.

<sup>(1)</sup> Cf. aussi art. 256 et 257 C. pen.

<sup>(2)</sup> Art. 254 C. pen. Cet article excepte les cas où la loi oblige ces personnes à se porter dénonciateurs : loi n°92-71 du 27 juillet 1992 relative aux maladies transmissibles, abrogeant la loi n°69-53 du 26 juillet 1969. Sur le secret professionnel : DECHEIX, un droit de l'homme mis à mal : le secret professionnel, D. 1983, p. 133 ; Delmas-Marty, A propos du secret professionnel, D. 1982, p. 267 ; MONZEIN, Réflexions sur le secret médical, D. 1984, p. 9 ; Le Roy, le secret professionnel en matière médicale, G.P 1983, II, D. 339 ; RASSAT, la révélation médicale, D. 1989, p. 107 ; M. R. AJHOURI, La protection du secret des correspondances en droit tunisien et comparé, mémoire de D.E.A, Fac. de Droit, Tunis 1981 ; A. DHAHBI, la perquisition et l'intégrité du domicile, R.J.L 1977, n°6, p. 7. Parmi les professions soumises au secret professionnel, on peut citer, outre la profession médicale, celle des avocats (art. 18, loi n°82-62 du 30 juin 1982) ; celle des notaires (art. 37, loi n°94-60 du 23 mai 1994), des huissiers notaires (art. 35, loi n°95-29 du 13 mars 1995).

#### c. Le droit au mariage

535. Le droit au mariage est un droit fondamental de la personne. Aucune atteinte ne peut lui être portée. C'est ce qu'exprime clairement le Code des obligations et des contrats dont l'article 118 dispose : «est nulle toute condition ayant pour effet de restreindre ou d'interdire l'exercice des droits et facultés appartenant à toute personne humaine, telles que celles de se marier, d'exercer ses droits civils ». Ainsi, une pareille condition insérée comme clause d'un acte juridique serait nulle de plein droit car portant atteinte à un droit fondamental de la personnalité<sup>(1)</sup>.

#### d. Le droit à l'image

536. Il s'agit d'un droit de la personnalité qui s'oppose à la prise de photographie et à sa reproduction et publication sans le consentement de l'intéressé. L'atteinte à ce droit peut constituer une violation du secret de la vie privée lorsque la photographie est prise dans la demeure ou la propriété de la personne, ou dans tout autre lieu où on a pu saisir un événement de la vie privée de la personne. Mais le droit à l'image constitue aussi un droit spécifique puisque sa protection est reconnue même lorsque la prise de l'image a eu lieu dans un lieu public, quand la publication n'est pas autorisée.

537. La question s'était posée devant la cour d'appel de Tunis, à l'occasion d'un litige qui opposait un banquier et un éditeur à un citoyen dont l'image a été reproduite sur des calendriers distribués à grande échelle, sans obtenir au préalable son consentement. La cour d'appel a estimé que cet agissement constitue une atteinte au respect de la vie privée de la personne humaine, faisant naître un droit à la réparation du dommage subi<sup>(2)</sup>.

<sup>(1)</sup> Il faut noter cependant la nécessité de l'autorisation dans certaines professions comme la profession militaire ou la profession diplomatique.

<sup>(2)</sup> C. appel de Tunis, n°67367, du 3 décembre 1986, inédit. E. GAILLARD, La double nature du droit à l'image et ses conséquences en droit positif français, D. 1984, p. 161 ; J. STOUFFLET, Les droits de la personne sur son image, J. C.P. 1957, I, 1374

## e. Le droit à l'honneur

538. Toute personne a le droit de défendre son honneur. Ce droit, prévu expressément par l'article 12 de la déclaration universelle des droits de l'homme, est protégé par le droit pénal. Le code pénal sanctionne en effet, la diffamation, la calomnie et la dénonciation calomnieuse<sup>(1)</sup>. Le droit à l'honneur est également protégé par le Code de la presse qui permet, outre les sanctions pénales, la possibilité d'user du droit de réponse<sup>(2)</sup>. Enfin, l'article 87 du Code des obligations et des contrats ouvre en cette matière le droit à des dommages-intérêts au profit de la personne calomniée ou diffamée.

## B. Les droits familiaux

539. Certains droits extrapatrimoniaux sont des droits attribués à la personne en tant que membre de la famille. Il s'agit donc de droits attachés à la famille et qui sont en dehors du commerce juridique. Quelques exemples peuvent être tirés du Code du statut personnel.

## 1. La qualité de chef de famille du mari

540. La qualité de chef de famille est attribuée au mari par l'article 23 alinéa 4 du Code du statut personnel. D'après cet article, «le mari en tant que chef de famille, doit subvenir aux besoins de l'épouse et des enfants dans la mesure de ses moyens et selon leur état dans le cadre des composantes de la pension alimentaire». Parmi les prérogatives qui relèvent de la qualité de chef de famille, on peut citer le choix de la résidence de la famille. Ce choix appartient au mari, à condition de ne pas être abusif et contraire aux intérêts de la famille. Il faut noter cependant que la qualité de chef de famille ne donne au mari aucun pouvoir sur les biens de sa femme. Celle-ci demeure libre d'en

<sup>(1)</sup> Art. 245 à 249 du C. pen.

<sup>(2)</sup> Art. 50 et S. du Code de la presse pour les sanctions pénales, et art. 27 et 55 pour le droit de réponse.

disposer et «le mari ne dispose d'aucun pouvoir d'administration sur les biens propres de la femme»<sup>(1)</sup>.

## 2. Le devoir de fidélité

541. Il s'agit d'un devoir qui est de l'essence même du mariage. Aussi, s'impose-t-il tant au mari qu'à la femme. Une conséquence très importante en est tirée sur le plan pénal. C'est l'incrimination de l'adultère tant du mari que celui de la femme, et qu'il soit commis dans le domicile conjugal ou en dehors de ce domicile. La commission de cette infraction dans le domicile conjugal constitue même une circonstance aggravante car elle exclut le bénéfice des circonstances atténuantes ou du sursis à l'exécution<sup>(2)</sup>. En droit civil, la conséquence de l'adultère consiste dans la possibilité de demander le divorce aux torts du conjoint fautif<sup>(3)</sup>.

## 3. Le droit aux aliments ou l'obligation alimentaire

542. L'obligation alimentaire prend sa source, d'après l'article 37 du Code du statut personnel, «dans le mariage, la parenté ou l'engagement volontaire». Le mari est tenu de l'obligation alimentaire vis à vis de sa femme<sup>(4)</sup>; de même, il en est tenu, en qualité de père, vis à vis de ses enfants; et en qualité de descendant, vis à vis de ses père et mère, grands-parents paternels à quelque degré qu'ils appartiennent et les grands-parents maternels appartenant au premier degré<sup>(5)</sup>. La pension alimentaire couvre «la nourriture, l'habillement, le logement, l'instruction et tout ce qui est considéré comme nécessaire à l'existence selon l'usage et la coutume»<sup>(6)</sup>.

<sup>(1)</sup> Art. 24 C.S.P Le principe de la séparation du patrimoine est un principe qui vient d'être tempéré par la loi n° 98-91 en date du 9 novembre 1998 instituant un régime facultatif de communauté des biens entre époux.

<sup>(2)</sup> Art. 236 C. pen.

<sup>(3)</sup> Art. 31, 2°, C. S. P

<sup>(4)</sup> Art. 38 C. S. P

<sup>(5)</sup> Art. 43 et 44 C. S. P

<sup>(6)</sup> Art. 50 C. S. P

### **Paragraphe deuxième Les droits patrimoniaux**

543. Les droits patrimoniaux sont des droits subjectifs dont la nature est d'être appréciables en argent et qui sont dans le commerce juridique. L'appellation «droits patrimoniaux» provient du fait qu'ils font partie du patrimoine, lequel comprend les biens, droits et obligations de valeur pécuniaire, et dont l'actif permet de répondre du passif, ce qui constitue la garantie de base des créanciers.

544. Les droits patrimoniaux se répartissent en deux catégories essentielles ; il s'agit des droits réels et des droits personnels. Après les avoir présentés successivement, il faut procéder à une comparaison entre ces deux catégories de droits patrimoniaux.

#### **A. Les droits réels**

545. Le droit réel est un droit qui porte sur une chose et confère à son titulaire un pouvoir direct et immédiat qui s'exerce sur cette chose. Tel est le cas par exemple du droit de propriété qui confère à son titulaire un pouvoir direct et immédiat d'usage, de jouissance et de disposition sur la chose, objet du droit de propriété. Ainsi défini, le droit réel constitue un lien de droit entre une personne et une chose.

Les droits réels sont de deux catégories. Il existe des droits réels principaux et des droits réels accessoires.

#### **1. Les droits réels principaux**

546. Le droit de propriété est le droit réel le plus complet qui donne les prérogatives les plus grandes à son titulaire. En effet, le droit de propriété confère à son titulaire trois attributs : l'usage de la chose (usus), la jouissance de la chose ou le droit d'en tirer tous les fruits (fructus), le droit d'en disposer par un acte matériel ou par un acte juridique (abusus). Cette définition du droit de propriété découle de la loi. En effet, l'article 17 du Code des droits réels prévoit que «la propriété confère à son titulaire le droit exclusif d'user de sa chose, d'en jouir et d'en disposer».

Ces attributs qui, réunis, constituent le droit de propriété, peuvent être dissociés entre plusieurs personnes. Il s'agit alors des démembrements du droit de propriété.

#### **b. Les démembrements du droit de propriété**

547. On parle de démembrement du droit de propriété quand la propriété est démembrée, dissociée entre plusieurs individus. Les démembrements du droit de propriété sont principalement l'usufruit, l'usage et l'habitation, les servitudes.

#### **1. L'usufruit**

548. L'article 142 du Code des droits réels définit l'usufruit comme étant «le droit d'user et de jouir, comme le propriétaire lui-même, d'un bien appartenant à autrui, mais à charge d'en conserver la substance». L'usufruit est un droit réel car il donne un pouvoir direct et immédiat sur une chose. Ce droit confère à l'usufruitier deux attributs, l'usage et la jouissance de la chose. Mais le droit de disposer de la chose demeure entre les mains du propriétaire qui, n'ayant plus l'usage et la jouissance, est un nu-propriétaire. L'usufruit est un démembrement du droit de propriété car les trois attributs de la propriété ne se trouvent plus réunis entre les mains de la même personne. Le nu-propriétaire conserve seulement le droit de disposer. L'usufruitier a l'usage et la jouissance.

549. Cette situation de démembrement n'étant pas économiquement bonne, le législateur prévoit qu'après un certain temps, la propriété sera remembrée entre les mains de son propriétaire. En effet, l'usufruit est un droit temporaire, qui est au plus tard viager, c'est à dire qu'il s'éteint au maximum par la mort de l'usufruitier<sup>(1)</sup>.

---

<sup>(1)</sup> Art. 157. C. D. R

## 2. Le droit d'usage et le droit d'habitation

550. Le droit d'usage consiste à se servir d'un bien et à en percevoir les fruits, dans la limite des besoins indispensables du bénéficiaire et de sa famille<sup>(1)</sup>. Le droit d'habitation est celui de se servir de la chose pour s'y loger avec sa famille. C'est donc un droit d'usage limité à l'habitation familiale. Là encore, on parle de démembrement puisque droit d'usage et droit d'habitation ne sont que deux formes particulières d'usufruit à effet restreint.

## 3. La servitude

551. L'article 165 du Code des droits réels prévoit que «la servitude est un droit établi sur un immeuble pour l'utilité d'un immeuble appartenant à un autre propriétaire». La servitude est un démembrement du droit de propriété parce qu'elle consiste à permettre à un propriétaire de se servir du fonds voisin. Tel est le cas de la servitude de passage qui permet à son titulaire de passer sur le terrain d'autrui lorsque son fonds n'a pas d'issue sur la voie publique ou n'y a qu'une issue insuffisante. Tel est encore le cas de la servitude de ne pas bâtir qui interdit à une personne de construire, dans l'intérêt du fonds voisin.

552. La servitude n'est pas attachée à une personne. Elle est attachée à un fonds. Celui qui en bénéficie est le fonds dominant. Celui qui la souffre est le fonds servant<sup>(2)</sup>.

## 2. Les droits réels accessoires, les sûretés réelles

553. Les droits réels accessoires sont des droits réels qui accompagnent un droit de créance. En effet, pour se prémunir contre l'insolvabilité du débiteur, un créancier dispose d'un droit réel en garantie du paiement de la créance. Ce droit peut résulter de la loi ou de la convention.

Les droits réels accessoires les plus importants sont l'hypothèque, le gage et les privilèges.

### a. L'hypothèque

554. L'hypothèque est une sûreté réelle conventionnelle conférée à un créancier sur un immeuble appartenant au débiteur ou à un tiers agissant dans son intérêt. Elle permet au créancier de vendre l'immeuble hypothéqué et de se payer sur sa valeur, par préférence à tous autres créanciers, lorsque le débiteur manquerait à le désintéresser à l'échéance<sup>(1)</sup>.

L'hypothèque est un droit réel car elle confère à son titulaire un droit direct sur un immeuble. Elle crée un lien juridique entre le créancier et la chose immobilière, qui s'exerce sans l'entremise du débiteur.

### b. Le gage

555. Le gage est une sûreté réelle conventionnelle portant sur un meuble appartenant au débiteur ou à un tiers agissant dans son intérêt. Il confère au créancier le droit de vendre le meuble engagé et de se payer sur le prix qu'il procure par préférence aux autres créanciers, lorsque le débiteur manquerait à le désintéresser<sup>(2)</sup>.

Le gage est, comme l'hypothèque, un droit réel car il confère à son titulaire un droit direct sur un meuble appartenant au débiteur.

### c. Le privilège

556. Aux termes de l'article 194 du Code des droits réels, «le privilège est un droit réel de préférence que la loi accorde sur les biens du débiteur à raison de la cause de la créance». Il s'agit donc d'une sûreté légale réelle sans dépossession qui confère à son titulaire un

<sup>(1)</sup> Art. 162 C. D. R

<sup>(2)</sup> A. HILALI, *Les servitudes et l'action possessoire*, R. J. L 1970, n°3 p. 11 ; T. ABID, *Action possessoire et possession dans les servitudes*, R. J. L 1990, n°6, p. 7.

<sup>(1)</sup> Art. 201 C. D. R ; Cf. M. T. BEN BECHIR, *L'hypothèque et sa réalisation*, R. J. L 1960, n°3, p. 5 ; A. BRAHMI, *L'hypothèque conventionnelle*, R. J. L 1989, n°7, p. 7

<sup>(2)</sup> Art. 201 C. D. R

droit de préférence au paiement. Lorsque le privilège porte sur tous les meubles et immeubles du débiteur, il est dit général. Mais il peut s'appliquer seulement à certains meubles ou immeubles définis par la loi, il est alors un privilège spécial. Dresser la liste des privilèges est une tâche très difficile car les privilèges pullulent et prennent dans les lois une place importante. On peut citer à titre d'exemple le privilège général du trésor prévu par l'article 199.4° du Code des droits réels, ou le privilège spécial du vendeur de fonds de commerce prévu par l'article 205 du Code de commerce.

### B. Les droits personnels

557. Le droit personnel, qu'il faut distinguer du droit de la personnalité dont la nature est extra-patrimoniale, est un droit qui permet à son titulaire d'exiger d'une autre personne, une certaine prestation. On l'appelle encore droit de créance ou obligation car il met en présence un créancier et un débiteur.

558. Si le droit réel est un droit exercé par une personne sur une chose, le droit personnel est un droit exercé par une personne à l'encontre d'une autre personne. Dans ce rapport juridique, on est en présence d'un sujet actif, le créancier, d'un sujet passif, le débiteur, et d'un objet qui consiste dans la prestation due.

La prestation due peut consister dans une obligation de donner, de faire, ou de ne pas faire.

559. L'obligation de donner est celle en vertu de laquelle le débiteur s'engage à transférer au créancier le droit de propriété ou un autre droit réel sur la chose qui lui appartient. Tel est le cas de la vente qui crée une obligation de donner, consistant dans le transfert de la propriété du bien vendu.

560. L'obligation de faire est celle qui consiste dans l'engagement du débiteur à effectuer une prestation positive au profit du créancier. Tel est le cas du transport qui crée une obligation de faire consistant à acheminer en toute sécurité et en bon état, une personne ou un bien d'un lieu à un autre.

561. L'obligation de ne pas faire consiste dans l'engagement du débiteur à s'abstenir de faire quelque chose. Ainsi, en cas de vente d'un fonds de commerce, il pèse sur le vendeur une obligation de ne pas faire consistant à ne pas se réinstaller dans un certain périmètre donné, pour ne pas faire concurrence déloyale à l'acheteur.

### C. Comparaison entre le droit réel et le droit personnel

La doctrine révèle plusieurs différences importantes qui séparent les droits réels des droits personnels<sup>(1)</sup>.

#### 1. Les droits réels sont en nombre limité

562. La loi détermine les droits réels. En effet, d'une part, le droit réel est un droit sur la chose ; il met en présence une personne et une chose. C'est la loi qui le crée et précise les pouvoirs de son titulaire. D'autre part, le droit réel est opposable à tous. Il risque donc de nuire aux tiers, ce qui explique encore que la loi en limite le nombre<sup>(2)</sup>.

Les droits personnels sont en revanche en nombre illimité. Ils sont dus souvent à la libre volonté de parties, et les contractants peuvent les faire varier indéfiniment, selon leurs intérêts et leurs rapports juridiques.

<sup>(1)</sup> Une partie de la doctrine a critiqué la distinction, notamment, Planiol qui estime que tous les droits se ramènent à des droits personnels, et GINOSSAR qui ramène tout au droit réel. Ces critiques, citées dans la plupart des ouvrages de droit civil, n'ont jamais entamé sérieusement la distinction. C.F. GHESTIN et GOUBEUX, *Traité de Droit civil, Introduction*, op.cit n°217 et S ; H.L.J MAZEAUD et F. CHABAS, *Leçons de droit civil, Introduction générale*, op.cit n°209 et S, p. 192 et S.

Cf. GINOSSAR, *droit réel, propriété et créance, élaboration d'un système rationnel des droits patrimoniaux*, thèse, L. G. D. J., 1960 ; Pour une meilleure définition du droit réel et du droit personnel, RTDC, 1962 p. 573 ; J. DABIN, *une nouvelle définition du droit réel*, RTDC 1962, p.20 ; Cf. aussi, pour une comparaison précise, H.L.J MAZEAUD et F. CHABAS, *Leçons de droit civil, Introduction*, op.cit n°164 ; A. WEILL, *Droit civil, Introduction générale*, op.cit. n°206, p.189 ; M. K. CHARFEDDINE, *Droit des biens, Cours polycopiés, Fac de Droit et des Sciences politiques de Tunis, année universitaire 1999-2000 n°9 et s. (en arabe)*.

<sup>(2)</sup> Art.35 de la Constitution : "La loi détermine les principes fondamentaux du régime de la propriété et des droits réels,..."

## 2. Les droits réels confèrent un droit direct sur la chose

563. Si les droits réels confèrent un droit direct sur une chose, en revanche, les droits personnels confèrent uniquement un droit contre une personne. Il en découle que le titulaire du droit réel peut agir directement sur la chose objet de son droit, alors que le titulaire du droit personnel dispose simplement d'une action contre son débiteur.

Ainsi, à titre d'exemple, l'usufruit confère à l'usufruitier un droit qu'il peut exercer directement sur l'objet de son usufruit. Il peut ainsi entrer en jouissance de son usufruit malgré l'opposition du nu-propriétaire. En revanche, le locataire dispose d'un droit personnel contre le bailleur, et en cas d'opposition du bailleur, le locataire ne peut qu'agir en réparation. De même, il ne peut expulser un autre locataire qui occupe les lieux, même si sa location est antérieure en date à celle de l'occupant.

## 3. Le droit réel est opposable

564. Le droit réel porte sur une chose et nul ne peut le méconnaître. En revanche, le droit personnel est relatif. Il ne s'impose qu'au débiteur et ne peut créer d'obligations qu'à son encontre. En effet il établit un rapport juridique entre deux personnes, le créancier et le débiteur. C'est le débiteur qui, seul, est tenu d'exécuter la prestation<sup>(1)</sup>.

## 4. Le droit réel emporte un droit de suite

565. Le créancier titulaire d'un droit réel accessoire peut suivre la chose en quelques mains qu'elle passe. C'est le cas du créancier nanti d'une hypothèque. Il peut suivre l'immeuble hypothéqué là où il

se trouve, que ce soit entre les mains du propriétaire débiteur, ou entre les mains de tout acquéreur ultérieur du bien. Tel n'est pas le cas du droit personnel qui ne confère aucun droit de suite. En effet, le titulaire du droit personnel ne dispose que d'un droit de gage général sur tous les biens de son débiteur, mais ne possède aucun droit particulier sur tel ou tel bien. En conséquence, le débiteur demeure libre de disposer de tous les biens de son patrimoine sans que son créancier «chirographaire» ne puisse s'y opposer. Il faut excepter cependant la fraude du débiteur qui doit être établie<sup>(1)</sup>.

## 5. Le droit réel emporte un droit de préférence

566. En effet, s'il y a un conflit entre le titulaire d'un droit réel et le titulaire d'un droit personnel, c'est le premier qui est préféré au second. Le droit personnel n'emporte pas, quant à lui, droit de préférence. Ainsi, sur le bien objet du droit réel qui est vendu, il faut d'abord désintéresser celui qui est titulaire du droit réel. Ensuite, sera désintéressé le créancier chirographaire.

## Paragraphe troisième Les droits intellectuels

567. Les droits intellectuels sont des droits dont la nature est à la fois patrimoniale et extrapatrimoniale, et qui échappent à la classification en droits réels et en droits personnels. En effet, ils ne s'exercent pas contre une personne, et ne portent pas sur une chose, dans le sens matériel du terme. Mais, ils se rapprochent des droits patrimoniaux en ce qu'ils confèrent à leur titulaire un droit d'exploitation qui est un droit de nature pécuniaire. Cependant, ce rapprochement avec les droits patrimoniaux n'est pas absolu puisque les droits intellectuels présentent un aspect moral irréductible aux droits patrimoniaux.

<sup>(1)</sup> Il ne faut pas trop exagérer ce contraste. L'opposabilité du droit réel à l'égard des tiers peut être subordonnée à l'accomplissement de formalités légales comme la publication ou l'inscription. D'autre part, le droit personnel, quoique relatif au créancier et au débiteur, a une existence sociale qui en impose le respect pour les autres.

<sup>(1)</sup> Art. 306 COC ; C. app. Monastir, n°773, du 30 janvier 1986, R. J. L. 1987, n°8, p.19, note S. MELLOULI.

568. Les droits intellectuels ne s'exercent pas contre une personne déterminée, ce qui permet de les distinguer des droits personnels. De même, ils portent sur un objet incorporel alors que le droit réel a pour objet une chose matérielle<sup>(1)</sup>.

569. N'étant pas exactement des droits réels ni des droits personnels, étant à la fois patrimoniaux et extra-patrimoniaux, les droits intellectuels sont des droits de nature particulière dont il nous faut déterminer l'objet.

570. Cet objet est incorporel et consiste généralement dans l'activité intellectuelle de son titulaire.

571. S'agissant des œuvres de l'esprit, on peut citer le droit d'auteur appartenant à tout auteur sur son œuvre. Il peut s'agir d'une œuvre littéraire, artistique, musicale... Le droit d'auteur a un double aspect. D'une part, il a un aspect pécuniaire qui consiste dans la possibilité de tirer des profits en argent en exploitant pécuniairement l'œuvre. D'autre part, le droit d'auteur a un aspect moral, attaché à la personnalité de son auteur. L'œuvre étant une création de l'esprit, elle reste liée à son auteur même si le droit d'exploitation a été par ailleurs cédé. L'auteur peut donc toujours protéger son œuvre contre sa modification, contre sa traduction infidèle. De même, lorsqu'il s'agit d'une œuvre commandée, l'auteur décide souverainement du moment où il estime qu'elle est achevée. L'auteur peut décider aussi de ne plus rééditer l'œuvre, et même de la retirer de la circulation.

572. Ce droit d'auteur s'applique même s'il ne s'agit pas d'une véritable œuvre créatrice dans le sens artistique ou littéraire du terme. Tel est le cas de la lettre missive. Le destinataire a sur la lettre un droit

de propriété corporelle, mais qui ne peut violer le droit d'auteur appartenant à l'expéditeur. Ce dernier a toujours droit au secret, qui est un droit extra-patrimonial. La conséquence en est que la lettre missive ne peut être publiée qu'après avoir obtenu le consentement de son auteur.

573. En droit tunisien, il existe de nombreux textes régissant les droits intellectuels. On peut citer notamment la loi n°94-36 du 24 février 1994 relative à la propriété littéraire et artistique. Cette loi confère aux auteurs d'œuvres littéraires et artistiques le droit de jouir durant toute leur vie du droit exclusif en matière de vente, de reproduction, de représentation, d'exécution et de distribution de leurs ouvrages en Tunisie. Ce droit se prolonge ensuite au profit de ses héritiers pendant une période de 50 ans après le décès de l'auteur<sup>(1)</sup>.

574. En matière de propriété industrielle et commerciale, on peut citer la convention de Paris du 20 mars 1883 pour la protection de la propriété industrielle applicable en Tunisie en vertu du décret du 2 janvier 1940. En matière de brevet d'invention a été établi le décret du 26 décembre 1888 plusieurs fois modifié et le décret d'application du 3 juillet 1889. Quant à la protection des dessins et modèles industriels, elle est l'œuvre du décret du 25 février 1911<sup>(2)</sup>.

575. S'agissant des droits de clientèle, ce sont des droits qui confèrent à leur titulaire la possibilité de tirer des profits pécuniaires de l'exploitation d'une clientèle. Si cette clientèle est constituée dans un fonds de commerce, c'est une clientèle commerciale qui constitue un élément patrimonial dans le «commerce juridique». Elle suit le sort du fonds de commerce qui est un bien cessible, transmissible et saisissable. En principe, il est difficile de considérer la clientèle comme objet d'appropriation dans la mesure où rien n'oblige un client à demeurer indéfiniment le client d'un fonds de commerce déterminé.

<sup>(1)</sup> PIEDELIEVRE, *Le matériel et l'immatériel, essai d'approche de la notion de bien, in aspects du droit privé en fin du 20<sup>ème</sup> siècle*, Mél. De Juglart, p.55 ; P. ROUBIER, *Droits intellectuels et droits de clientèle*, R.T.D.C 1935, p 251 ; R. SAVATIER, *Essai d'une présentation nouvelle des droits incorporels*, R.T.D.C 1958, p. 331 ; P. CATALA, *La transformation du patrimoine dans le droit civil moderne*, R.T.D.C 1966, p. 185 et S.

<sup>(1)</sup> Art. 18 de la loi du 24 février 1994 ; Cf. J. THOMAS, *Le droit de l'entreprise en Tunisie*, E. N. A, Tunis, 1971, p. 84 ; S. DURRANDE, *les héritiers du droit au respect*, D. 1989, p. 189 ; N. MEZGHANI, *Aperçu sur la propriété littéraire et artistique en Tunisie*, R. T. D 1982, p. 335.

<sup>(2)</sup> Sur la question de la propriété industrielle et commerciale en Tunisie, Cf. J. THOMAS, *Le droit de l'entreprise en Tunisie*, op.cit p. 81 et S.

Le «propriétaire» de la clientèle n'a aucun droit contre ses clients. Mais, la cession de la clientèle peut avoir lieu lorsque le commerçant cédant s'engage à accomplir une double obligation. La première obligation consiste dans la présentation du cessionnaire aux clients. Cette présentation peut se manifester de manière indirecte, par la cession du nom commercial ou de l'enseigne. La seconde obligation consiste dans l'engagement que prend le cédant de ne pas faire de concurrence au cessionnaire, notamment en s'engageant à ne pas se rétablir dans un périmètre donné, pour éviter de récupérer la clientèle cédée. S'agissant des clientèles civiles, notamment celles des professions libérales, le droit sur la clientèle semble incertain. Si cette clientèle constitue certainement une valeur, le caractère personnel du lien entre le professionnel et ses clients est un obstacle a priori à sa cession pécuniaire, l'attachement de la clientèle étant justifié en raison de la confiance dans le professionnel<sup>(1)</sup>.

## Section deuxième Classification des biens

576. On distingue les biens corporels et les biens incorporels. Les biens corporels sont les biens qui ont une existence matérielle, et qui tombent sous les sens : un animal, une table, une voiture, une maison... Les biens incorporels sont les biens qui n'ont pas d'existence physique car ils n'ont pas de substance matérielle : Il s'agit des droits<sup>(2)</sup>.

577. Le statut juridique des biens varie selon que ces biens sont mobiliers ou immobiliers. Le législateur retient expressément cette classification des biens dans l'article 2 du Code des droits réels qui dispose que «les biens sont meubles ou immeubles». Cet article 2 constitue la reprise de l'article 516 du Code civil français qui énonce : «Tous les biens sont meubles ou immeubles».

<sup>(1)</sup> Cf. J. HAMEL, G. LAGARDE et A. JAUFFRET, *Traité de droit commercial*, T. 2, éd. DALLOZ, Paris, 1966, n°1018 ; G. MARTY et P. RAYNAUD, *Droit civil*, II, vol.2, les biens, éd. Sirey, Paris, 1965, n°432, p. 426 ; P. JULIEN, *Les clientèles civiles, remarques sur l'évolution de leur patrimonialité*, R.T.D.C 1963, p.213 ; P. LECLERCQ, *les clientèles attachées à la personne*, Paris, L.G.D.J 1965, Pref. P. CATALA.

<sup>(2)</sup> H. L. J. MAZEAUD et F. CHABAS, *Leçons de droit civil, Introduction*, op.cit n°173 et S.

578. Cette distinction remonte au droit romain où le critère de la distinction était simple et résidait dans la nature des choses. Les immeubles étaient constitués du sol, des constructions et des plantations insusceptibles de déplacement. Les autres choses sont des choses mobilières. Partant de cette distinction, le droit romain posait un régime juridique différent en matière de transfert de propriété, d'usucapion, de possession<sup>(1)</sup>.

579. La distinction, amorcée en droit romain, devint la Summa divisio de l'ancien droit français. Sous l'ancien droit, l'importance de la terre était considérable car «la hiérarchie des personnes était liée dans une grande mesure, à la hiérarchie des terres. Sur le plan économique, la terre représentait dans la société fermée du haut moyen âge la seule richesse, la seule source de revenus»<sup>(2)</sup>. En face des immeubles, les meubles n'avaient en général que peu de valeur. Il s'agissait essentiellement des meubles meublants, du numéraire et des bijoux. D'où l'adage «Res mobilis, res vilis»<sup>(3)</sup>.

580. Les droits modernes ont gardé la distinction. (Mais, les meubles prenant de l'importance, les législateurs n'ont pas hésité à considérer certains meubles comme étant juridiquement des immeubles). C'est ainsi que l'article 516 du Code civil français a recueilli cette distinction entre meubles et immeubles, en faisant d'elle une règle de base du droit civil. C'est le cas aussi du droit tunisien où la distinction a été adoptée dans le Code foncier du 19 juillet 1885 et aujourd'hui dans l'article 2 du Code des droits réels.

C'est cette distinction de base qu'il faudra présenter dans un premier temps, avant d'en dégager les intérêts qu'elle présente ensuite.

<sup>(1)</sup> Cf. H.L.J MAZEAUD et F. CHABAS, *Leçons de droit civil, Introduction*, op.cit, n°176 ; A. WEILL est moins catégorique sur la distinction en droit romain ; *Droit civil, Introduction générale*, op.cit, n°223, p.201.

<sup>(2)</sup> H.L.J. MAZEAUD et F. CHABAS, *Leçons de droit civil, Introduction* op.cit n° 177 ; A. WEILL, *droit civil, Introduction générale*, op.cit, n°223, p.201.

<sup>(3)</sup> Chose mobilière, chose de peu de valeur.

### **Paragraphe premier La distinction entre les meubles et les immeubles**

581. D'après l'article 4 du Code des droits réels, «les biens sont immeubles ou par leur nature ou par leur destination ou par l'objet auquel ils s'appliquent»<sup>(1)</sup>. L'article 4 ainsi présenté distingue entre les choses immobilières et les droits immobiliers. Les immeubles par l'objet auquel ils s'appliquent sont en effet des droits portant sur les immeubles, alors que les immeubles par nature ou par destination sont des choses immobilières.

582. Quant à l'article 13 du Code des droits réels, il énonce que «les biens sont meubles, soit par leur nature soit par détermination de la loi»<sup>(2)</sup>. Là encore, en matière mobilière, le législateur distingue entre les choses mobilières et les droits mobiliers. Les meubles par détermination de la loi sont en effet des droits qui s'appliquent à des meubles, alors que les meubles par nature sont des choses mobilières.

Ceci nous conduit à étudier d'une part les choses mobilières et immobilières, et d'autre part, les droits mobiliers et immobiliers.

#### **A. Choses mobilières et choses immobilières**

583. Le Code des droits réels distingue trois catégories de choses corporelles. Il s'agit des immeubles par nature, des meubles par nature et des immeubles par destination.

##### **1. Les immeubles par nature**

584. Le critère de détermination des immeubles par nature est un critère qui est tiré de leur fixité. C'est ainsi que l'article 3 du Code des droits réels dispose : «Est immeuble toute chose fixe qu'on ne peut déplacer sans dommages».

585. Les articles 5 à 8 du même code viennent ensuite citer les biens qui peuvent avoir la qualité d'immeuble par nature. Il s'agit du sol, des constructions, des plantations, des installations et canalisations partie intégrante du fonds, des récoltes pendantes par les racines et les fruits non encore cueillis. Mais bien que la liste semble assez longue, elle se ramène en réalité aux trois rubriques principalement annoncées par l'article 5 du Code, à savoir le sol, les constructions et les plantations.

##### **a. Le sol**

586. Le sol, appelé aussi par le législateur «fonds de terre», constitue l'immeuble par nature par excellence. Le sol est en effet, la chose qui est fixe par nature, qui ne se déplace pas, même si la terre, en tant qu'un tout, tourne autour d'elle-même et tourne autour du soleil.

587. Le sol comprend non seulement la surface, mais aussi d'après l'article 18 du Code des droits réels, le dessus et le dessous. On est propriétaire de tout ce qui est édifié sur la surface, mais aussi du tréfonds, sauf disposition légale spéciale.

##### **b. Tout ce qui adhère au sol**

588. Est immeuble par nature, en plus du sol, tout ce qui adhère au sol. Il s'agit des constructions et des plantes.

##### **1. Les constructions**

589. Les constructions, que le législateur appelle «bâtiments» sont des immeubles par nature à condition qu'elles adhèrent au sol et qu'elles n'en soient pas détachées. Bien que le texte vise les bâtiments, il s'applique à tout édifice adhérent au sol comme une digue, une fontaine ou un barrage<sup>(1)</sup>. Sont aussi immeubles par nature,

<sup>(1)</sup> A. WEILL, *Droit civil, Introduction générale*, op.cit, n°226, p.205 La jurisprudence française considère aussi des poteaux électriques comme immeubles par nature. Civ. 4 mai

<sup>(1)</sup> L'article 4 C. D. R. semble repris de l'article 517 C. Civ.

<sup>(2)</sup> L'article 13 C. D. R. semble repris de l'article 527 C. civ.

car accessoires du bâtiment, «des installations et canalisations qui font partie intégrante du fonds ou du bâtiment auxquels elles sont attachées», selon l'article 6 du Code des droits réels. En effet, sans ces accessoires incorporés à la construction, celle-ci serait incomplète<sup>(1)</sup>.

## 2. Les plantes

590. Les plantes sont aussi des immeubles par nature tant qu'elles adhèrent au sol. Même « les récoltes pendantes par les racines et les fruits non encore cueillis » sont immeubles par nature. Cependant, « lorsque les épis sont coupés et les fruits détachés, quoique non enlevés, ils deviennent meubles »<sup>(2)</sup>.

591. Qu'il s'agisse des constructions ou des plantes, la condition nécessaire pour les considérer immeubles par nature est leur adhérence au sol. En revanche, lorsque le lien avec le sol est rompu, l'immeuble se transforme en meuble. Tel est le cas des matériaux d'un édifice détruit, ou encore des arbres et des branches coupés<sup>(3)</sup>.

## 2. Les meubles par nature

592. «Sont meubles par nature, les corps qui peuvent se transporter d'un lieu à un autre, soit par eux-mêmes, soit par l'effet d'une force étrangère», dispose l'article 14 du Code des droits réels, inspiré de l'article 528 du Code civil ou on retrouve presque les mêmes termes.

593. Ainsi, pour déterminer les meubles par nature, le critère essentiel est tiré de la mobilité de la chose. Toutes les choses susceptibles de déplacement sont des meubles par nature. La chose peut se déplacer par elle-même comme un animal, ou par l'effet d'une force étrangère comme une voiture ou un vélomoteur, des livres, de la vaisselle...

594. On retient aussi, dans la catégorie des meubles par nature, les titres au porteur. Il s'agit d'un droit de créance incorporée dans un titre et qui se transmet avec la transmission du titre. Celui qui porte le titre porte le droit de créance. L'article 405 du Code de procédure civile et commerciale édicte expressément que «les titres au porteur sont assimilés, en ce qui concerne les voies d'exécution, à des meubles corporels». C'est le cas des actions et des obligations émises par les sociétés commerciales sous la forme au porteur. C'est aussi le cas des billets de banque...

595. Il arrive aussi qu'un immeuble par nature devienne meuble, avant d'être séparé du sol. Il s'agit d'un meuble par anticipation. Tel est le cas de la vente d'une récolte sur pied, traitée par le législateur en matière de saisie, comme une vente mobilière. La notion de meuble par anticipation est reconnue par le législateur dans l'article 402 du Code de procédure civile et commerciale qui dispose que «les récoltes et les fruits proches de la maturité peuvent être saisis avant d'être séparés du fonds... Les fruits et récoltes saisis sont vendus sur pied»<sup>(1)</sup>.

## 3. Les immeubles par destination

596. Les immeubles par destination sont des meubles par nature auxquels le législateur confère le statut d'immeuble, et ceci par exception au critère de fixité qui caractérise l'immeuble. L'attribution

(Suite note page précédente)

1937, D. H. 1937, p.471, H. L. J. MAZEAUD et F. CHABAS, *Droit civil, Introduction, op.cit.*, n° 188.

<sup>(1)</sup> Canalisations d'eau, de gaz, d'électricité ... Art. 523 C. civ.

<sup>(2)</sup> Art. 7 C.D.R ; Art 520 et 521 C. civ.

<sup>(3)</sup> Article 8 C. D. R.

<sup>(1)</sup> S. MELLOULI, *Voies d'exécution, procédures juridiques de recouvrement de créances, op.cit.*, p.121.

du caractère immobilier à un meuble est une attribution fictive justifiée par le lien qui unit l'immeuble par nature et le meuble par nature. Le meuble est en effet attaché ou affecté à l'immeuble de manière à lui être indispensable. Il est par conséquent logique de soumettre le meuble à l'immeuble, c'est à dire de soumettre l'accessoire au principal<sup>(1)</sup>. Ainsi la vente portant sur un immeuble s'étend à l'immeuble par destination, de même l'hypothèque accordée sur un immeuble s'étend aux meubles ayant le caractère d'immeuble par destination....<sup>(2)</sup>.

597. L'intérêt principal de la création des immeubles par destination est de soumettre le meuble ainsi déclaré au régime des immeubles par nature auquel il est attaché. A cela, le législateur apporte cependant une exception notable dans l'article 305 du Code de procédure civile et commerciale. Cet article dispose en effet que les immeubles par destination «ne peuvent être saisis qu'avec le fonds dont ils font partie, si ce n'est pour sommes dues aux fabricants ou vendeurs des dits objets ou à celui qui aura prêté pour les acheter, fabriquer ou réparer, auquel cas ils peuvent être saisis et vendus comme les meubles »<sup>(3)</sup>.

598. Les immeubles par destination sont régis par les articles 9 et 10 du Code des droits réels<sup>(4)</sup>. En vue de leur application, ces deux textes supposent, pour attribuer à un meuble le statut d'immeuble par destination, une condition générale tenant à l'identité de propriétaire

<sup>(1)</sup> Selon A. WEILL, «pour réaliser la solidarité désirable entre l'immeuble et ses accessoires mobiliers, le législateur n'avait nul besoin de recourir à la fiction de l'immobilisation, la règle accessorium sequitur principale, sagement interprétée, aurait suffi pour éviter que les objets mobiliers accessoires ne soient séparés du fonds auquel ils sont attachés ». *Introduction générale*, op.cit, n° 227, p. 207. Si cette remarque est vraie, cependant, l'existence d'un texte spécial permet généralement de dissiper certains doutes quant à l'application de la règle.

<sup>(2)</sup> Cf. par ex : Art 97, 612, 619 C. O. C ; S. MELLOULI, *A propos du conflit entre le créancier hypothécaire et le créancier nanti du fonds de commerce*, note sous Civ, n° 11446, 3 juin 1985, R. J. L 1988, n°4, p. 29.

<sup>(3)</sup> S. MELLOULI, *Voies d'exécution*, op.cit, p. 105.

<sup>(4)</sup> Dans le Code civil français, art. 524 et 525.

du meuble et de l'immeuble. Le propriétaire d'un immeuble par nature ne peut pas rendre immeubles par destination des meubles qui ne lui appartiennent pas. En effet, lorsque le meuble et l'immeuble appartiennent à deux propriétaires différents, ils se trouvent dans deux patrimoines différents et il ne sert à rien de les soumettre au même régime. Ainsi, les meubles par nature appartenant à un locataire ou à un fermier gardent leur caractère mobilier même s'ils sont destinés à l'exploitation du fonds<sup>(1)</sup>.

599. Lorsque la condition d'identité de propriétaire est établie, il faut en outre que le meuble soit destiné à l'immeuble. La destination est fixée par le législateur selon deux critères différents ; il s'agit du critère de destination économique et du critère d'attache matérielle. Le premier est posé par l'article 9 du Code des droits réels, le second par l'article 10 de ce même code.

#### a. La destination économique

600. D'après l'article 9 du Code des droits réels, «sont immeubles par destination les animaux, le matériel et autres objets que le propriétaire du fonds y a placés pour le service et l'exploitation de ce fonds ».

601. L'hypothèse de l'article 9 est celle des meubles qui sont placés par le propriétaire dans le fonds en vue de son exploitation. Le lien entre le meuble et l'immeuble est donc un lien économique seulement, car le législateur n'exige pas une attache matérielle entre les deux biens. Cependant, ce lien économique doit être destiné à l'exploitation du fonds et non seulement au service personnel du propriétaire. De même, le meuble doit être nécessaire à l'exploitation du fonds. Ceci permet d'éviter d'attribuer le caractère d'immeuble par destination à un meuble qui n'est pas réellement destiné à l'immeuble.

<sup>(1)</sup> Ainsi, une cuve appartenant à une société pétrolière et installée chez un distributeur de carburant propriétaire du fonds de terre ne peut pas être déclarée immeuble par destination ; le tracteur appartenant au fermier et destiné à l'exploitation d'une ferme par lui louée ne peut pas être considéré immeuble par destination. Dans ces deux exemples, la raison de l'absence d'immobilisation tient à l'absence d'identité de propriétaire du meuble et de l'immeuble.

Ainsi sera protégé le créancier chirographaire en face d'un créancier hypothécaire qui veut être préféré sur les meubles en les qualifiant immeubles par destination alors que le caractère indispensable et nécessaire n'est pas établi<sup>(1)</sup>.

602. L'article 9 du code des droits réels pose un problème en ce qui concerne son champ d'application. En effet, la question se pose de savoir quelle est la destination économique visée par le législateur.

603. Une interprétation exégétique de l'article 9 du Code des droits réels semble conduire à réserver l'application de ce texte à l'activité agricole uniquement. Cette interprétation se fonde sur la version arabe de l'article 9 d'après laquelle «sont immeubles par destination, le matériel, les animaux et autres objets que le propriétaire place sur sa terre pour la travailler et l'exploiter»<sup>(2)</sup>. Le texte arabe utilise le terme «terre» qui est plus précis que le terme «fonds» utilisé dans la version française. En outre, le législateur précise les meubles destinés à l'exploitation de la terre. Il s'agit des animaux, matériel et autres objets pour travailler et exploiter la terre, ce qui a une connotation agricole.

604. La cour de cassation, saisie de la question de la détermination de la portée de l'article 9, semble avoir opté pour la thèse restrictive, limitant la destination économique à l'activité agricole<sup>(3)</sup>. La question posée à la cour de cassation dans cet arrêt était de savoir si les machines d'une usine peuvent être considérées comme

<sup>(1)</sup> A. WEILL, *Droit civil, Introduction générale*, op.cit. n°229, p.208 ; H.L.J. MAZEAUD et F. CHABAS, *Leçons de droit civil, Introduction*, op.cit. n°191, Cf. en jurisprudence française à titre d'exemple : Civ. 27 juin 1944, G.P 1944, 2, p.97 ; Civ. 18 février 1957, D. 1957, p. 249 ; Civ. 24 janvier 1912, D. P. 1913, 1, p. 337, note F. P ; Civ. 1ère, 1er décembre 1976, J.C.P 1977, II, 18735, Concl Gulphe.

<sup>(2)</sup> En cas de divergence entre le texte arabe et le texte français, c'est le texte arabe qui fait foi. Cf. *Supra*.

<sup>(3)</sup> Civ. n°7973, du 23 mars 1972, R.J.L. 1972, p. 913, note M. MABROUK, R.T.D 1974, p. 221, note A. BEN DHIA ; R. MEZGHANI et A. ABOUDA, *l'interprétation judiciaire en droit civil*, Institut d'administration publique, Arabie Saoudite, 1983, p. 86.

immeubles par destination, à défaut de lien d'attache matérielle entre le meuble et l'immeuble. La cour de cassation a répondu à cette question par la négative, mais de manière implicite. En effet, elle a placé la discussion sur le terrain de l'article 10 du Code des droits réels relatif à l'immobilisation par attache matérielle. En revanche, elle n'a pas du tout soulevé la possibilité d'appliquer l'article 9 relatif à la destination économique. La doctrine en a conclu que la cour de cassation a voulu écarter l'application de ce texte s'agissant de l'exploitation commerciale est industrielle<sup>(1)</sup>. Cette interprétation de la cour de cassation semble conforme à la lettre du texte. Le législateur tunisien a opté en effet, pour l'interprétation exégétique dans les articles 532 et suivants du Code des obligations et des contrats. Cette interprétation exégétique conduit à restreindre la destination économique de l'article 9 dans l'activité agricole. Cela est d'autant plus vrai que l'immobilisation par destination est fondée sur la règle selon laquelle «l'accessoire suit le principal». Or, dans l'agriculture, la richesse principale réside dans les fonds de terre. Quant aux meubles, ce sont des accessoires de la terre. Mais dans l'activité commerciale et industrielle, les usines et les installations, les éléments du fonds de commerce peuvent coûter beaucoup plus que le fonds de terre. C'est le meuble qui devient le principal alors que la terre constitue matériellement un accessoire<sup>(2)</sup>.

605. Cependant, une question ne manque pas d'être posée : est-ce que l'intention du législateur était vraiment d'écarter la destination commerciale et industrielle du champ de l'immobilisation par destination ? Nous ne pensons pas que cela soit évident. D'ailleurs, les moyens d'interprétation exégétique du Code des obligations et des contrats permettent d'aboutir à une interprétation extensive de la notion de destination économique<sup>(3)</sup>.

<sup>(1)</sup> Cf. A. BEN DHIA, note, op.cit. p. 223 ; M. CHARFI, *Introduction*, op.cit. n° 474 ; M. K. CHARFEDDINE, *Droit des biens*, op.cit., n°33.

<sup>(2)</sup> Cf. M. CHARFI, *Introduction*, op.cit. n°475.

<sup>(3)</sup> Cf. A. BEN DHIA, note op.cit. p. 237.

606. Tout d'abord, le recours au précédent historique permet d'aboutir à une interprétation extensive dans la mesure où l'article 10 du Code foncier admet l'immobilisation par destination dans le domaine agricole et dans le domaine industriel. L'article 10 du code foncier, précédent historique de l'article 9 du Code des droits réels, prévoit que les ustensiles nécessaires à l'exploitation des forges, papeteries et autres usines constituent des immeubles par destination. L'article 9 du Code des droits réels n'est pas nécessairement différent de l'article 10 du Code foncier, mais est rédigé de manière plus concise, ce qui a créé cette confusion dans l'interprétation. Ceci est d'autant plus vrai que l'article 10 du Code foncier utilise lui aussi le terme «terre» en langue arabe et «fonds» en langue française.

607. Ensuite, le droit français duquel est repris l'article 10 du Code foncier, et qui a inspiré assez largement le Code des droits réels, envisage la destination économique au sens large du terme. En effet, l'article 524 du Code civil prévoit expressément la destination agricole et la destination industrielle. La jurisprudence française, en bonne logique, y a ajouté la destination commerciale. Aussi, a-t-elle appliqué l'article 524 du Code civil au mobilier et matériel d'un hôtel<sup>(1)</sup>, à une installation frigorifique<sup>(2)</sup>, aux coffres d'une banque<sup>(3)</sup>, aux installations sanitaires d'une salle de bains<sup>(4)</sup>...

608. Enfin, même en logique, il ne nous semble pas qu'il y ait des raisons déterminantes pour limiter la destination économique au domaine agricole. Les chaises, tables, vaisselles... sont aussi indispensables à un hôtel qu'un tracteur pour une propriété agricole ; les machines d'une usine sont aussi indispensables à l'exploitation de l'industrie que la moissonneuse batteuse pour l'agriculture céréalière... Aussi, le droit comparé est-il généralement dans le sens

<sup>(1)</sup> Paris, 28 novembre 1935, D. P. 1936, 2 p. 30, note Lalou ; Nancy, 4 décembre 1936, D. H. 1937, p. 123.

<sup>(2)</sup> Civ. 1, 4 juin 1962, D. 1962, Som. P. 133.

<sup>(3)</sup> Trib. Civ. Seine, 20 avril 1907, D. P. 1908, 2, p. 348.

<sup>(4)</sup> Civ. 1, 18 juin 1963, D. 1964, Som. P. 1.

de l'interprétation large du domaine de l'activité économique. Tel est le cas du droit égyptien, libyen et irakien...<sup>(1)</sup>.

#### b. L'attache matérielle

609. Le critère de l'attache matérielle est prévu par l'article 10 du code des droits réels. D'après cet article, «sont immeubles par destination, les objets mobiliers que le propriétaire attache à son fonds de telle sorte qu'on ne saurait les en détacher sans les détériorer, ou sans détériorer la partie du fonds à laquelle ils sont attachés».

610. Le fondement de ce cas d'immobilisation par destination n'est plus l'exploitation et le service qui lie le meuble à l'immeuble. En effet, l'immobilisation se réalise dès que le meuble est attaché matériellement à l'immeuble, par un lien d'attache solide et durable, même si par ailleurs le meuble ne présente pas d'utilité ou de caractère de nécessité par rapport à l'immeuble<sup>(2)(1)</sup>. Le lien d'attache doit être tellement solide que l'enlèvement du meuble risque de produire une détérioration de ce meuble ou de l'immeuble par nature auquel il est attaché.

611. L'article 10 du code des droits réels pose deux problèmes dans son application. Le premier concerne les moyens d'attache permettant de réaliser l'immobilisation, le second concerne le domaine de l'attache.

<sup>(1)</sup> Cf. sur ce droit comparé, A. BEN DHIA, note op.cit, p. 238 et 239 et les références par lui citées.

<sup>(2)</sup> Mais la condition d'identité de propriétaire doit être là encore établie

## 1. Les moyens de l'attache matérielle

612. L'article 10 du Code des droits réels exige l'attache sans en préciser les moyens. On peut donc admettre tout genre d'attache à condition d'être suffisamment solide de façon que l'enlèvement entraîne la détérioration.

613. Le droit comparé peut nous aider à déterminer les moyens d'attache possible. Ainsi, l'article 525 du Code civil français prévoit le scellement «en plâtre ou à chaux ou à ciment...». Mais, de toute façon, il s'agit là d'une question de fait qui relève de l'appréciation souveraine des juges du fond. L'essentiel est que le juge vérifie l'existence du lien et son caractère suffisamment durable du fait que l'enlèvement risque d'entraîner une détérioration du meuble ou de la partie de l'immeuble à laquelle il est attaché.

614. Comment distinguer dans ce cas l'immeuble par destination de l'immeuble par nature ? Le meuble est considéré comme immeuble par nature lorsqu'il fait partie intégrante de l'immeuble, c'est à dire une partie de l'immeuble par nature dont il ne peut plus être détaché. Il en est ainsi lorsque le meuble est un élément de la masse construite. L'article 6 du Code des droits réels le prévoit pour les cadres des portes, des fenêtres, les tuyauteries, les canalisations... D'après ce texte, «sont immeubles par nature, les installations et canalisations qui font partie intégrante du fonds ou du bâtiment auxquels elles sont attachées »<sup>(1)</sup>.

615. Les immeubles par destination selon l'article 10 du Code des droits réels sont donc des meubles qui, bien qu'attachés à un immeuble par nature, gardent leur individualité en ce sens qu'ils peuvent être séparés de l'immeuble, en subissant une détérioration ou

<sup>(1)</sup> Il faut ainsi distinguer l'attache de l'incorporation. L'incorporation des matériaux mobiliers dans un bâtiment en fera une partie intégrante du bâtiment. En ce cas, les matériaux incorporés deviennent immeubles par nature. Cf. B. STARCK, *Introduction*, op.cit, n° 1211.

en faisant subir cette détérioration à l'immeuble auquel ils sont attachés. Tel est le cas si les canalisations ou installations ne sont pas partie intégrante de l'immeuble par nature. (A titre d'exemple, des éléments de chauffage, un lavabo ou une glace scellés au mur...). Tel est aussi le cas des machines d'une usine qui sont scellées au sol par un lien de scellement solide...

## 2. Le domaine de l'attache

616. La question peut être posée de savoir si on peut se contenter d'une détérioration esthétique au lieu d'une détérioration matérielle, comme critère de l'immobilisation par destination ?

617. Cette question est inspirée du droit français où l'article 525 in fine du Code civil prévoit : «quant aux statues, elles sont immeubles lorsqu'elles sont placées dans une niche pratiquée exprès pour les recevoir, encore qu'elles puissent être enlevées sans fracture ou détérioration». Ainsi, en droit français, on n'exige pas obligatoirement une attache matérielle mais on se contente d'une attache esthétique.

618. D'ailleurs le droit français ne parle pas du critère de l'attache matérielle, mais de l'attache à perpétuelle demeure. La jurisprudence applique l'attache esthétique à des objets d'ornementation et de décoration, pour les considérer immeubles par destination même si ces objets sont simplement posés et non-scellés en béton ou en plâtre<sup>(1)</sup>.

619. Cependant, nous pensons qu'en droit tunisien une pareille extension ne serait pas possible car elle serait contraire au texte. En effet, l'article 10 du Code de droits réels, contrairement à l'article 525 du code civil français, est rédigé en termes précis et exige

<sup>(1)</sup> Paris, 27 mars 1963, D. 1964, p. 27 ; Douai, 1er février 1900, D. P. 1900, 2, p. 447 ; Poitiers, 23 avril 1968, J.C.P 1969, II, 15857, R.T.D.C 1969, p. 585, obs. Bredin ; Civ. 3°, 3 juillet 1968, D. 1969, p. 161 ; J.C.P 1968, II, 15695, note GOUBEAUX.

expressément l'attache matérielle. Comme l'immobilisation par destination constitue déjà une exception et que le principe demeure que chaque bien garde sa nature juridique propre, il nous semble qu'une pareille extension ne saurait être admise, les exceptions étant d'interprétation stricte selon les termes même de l'article 540 du Code des obligations et des contrats.

## B. Droits mobiliers et droits immobiliers

620. L'article 2 du Code des droits réels définit les biens comme étant des meubles et des immeubles : «les biens sont meubles ou immeubles ». Les biens étant des choses et des droits, il en découle que les droits sont eux aussi mobiliers ou immobiliers.

### 1. Les droits mobiliers

621. Les droits mobiliers sont les droits qui portent sur des meubles. D'après l'article 15 du Code des droits réels, «sont meubles par détermination de la loi, les créances, les droits réels et les actions portant sur des meubles ainsi que les parts sociales, les actions et les obligations émises par toutes sociétés, encore que ces sociétés soient propriétaires d'immeubles ».

622. Sont donc droits mobiliers, en vertu de ce texte, les créances, les droits réels mobiliers, les actions en justice portant sur des meubles, ainsi que les titres émis par les personnes morales.

### 2. Les droits immobiliers

623. Les droits immobiliers sont les droits portant sur des immeubles. C'est ce qu'exprime l'article 11 du Code des droits réels d'après lequel «sont immeubles par l'objet auquel ils s'appliquent, les droits réels immobiliers et les actions fondées sur ces droits ».

624. L'article 12 cite les droits réels immobiliers. On y trouve notamment le droit de propriété, les démembrements du droit de propriété (usufruit, servitudes, droit d'usage et d'habitation), et les droits réels accessoires immobiliers (les hypothèque et privilèges immobiliers).

625. Il en est de même d'après l'article 11 des actions fondées sur un droit réel immobilier. Ainsi, l'action immobilière se confond avec le droit réel immobilier car elle prend sa source dans ce droit. Parmi les actions immobilières, on peut citer l'action en revendication d'immeuble, l'action en distraction d'objet immobilier saisi, l'action en reconnaissance ou en négation de servitude, l'action hypothécaire... Toutes ces actions constituent des actions réelles immobilières<sup>(1)</sup>.

## **Paragraphe deuxième Les intérêts de la classification en meubles et immeubles**

626. La classification en meubles et immeubles est une classification fondamentale, non seulement parce qu'elle est reconnue par le législateur comme étant la base du droit des biens (article 2 du code des droits réels), mais encore et surtout par les conséquences juridiques qu'elle produit. Ces conséquences touchent divers domaines du droit.

### 1. en matière de possession

627. En matière immobilière, la possession se distingue nettement de la propriété. En effet, la simple possession d'un immeuble non immatriculé n'implique pas nécessairement la propriété. La propriété immobilière ne s'acquiert que par la possession prolongée dans le temps. D'après l'article 45 du Code des droits réels, la possession doit durer pendant 15 ans pour faire acquérir la propriété par la prescription acquisitive. Quant à l'article 46, il ramène ce délai

<sup>(1)</sup> A. WEILL, *Droit civil, Introduction générale*, op.cit, n°236, p. 215 ; H.L.J MAZEAUD et F. CHABAS, *Leçons de droit civil, Introduction*, op.cit n° 200 ; B. STARCK, *Introduction*, op.cit, n° 1197 et S.

à 10 ans lorsque le possesseur est de bonne foi. L'article 47 porte ce délai à 30 ans dans les rapports entre héritiers<sup>(1)</sup>.

628. En revanche, en matière mobilière, la simple possession de bonne foi vaut immédiatement titre de propriété, par application de l'article 53 du Code des droits réels. La propriété des meubles corporels est présumée par le fait de la possession.

629. La raison de cette différence tient notamment à la nature du bien. Le meuble est un bien qui se déplace facilement. La sécurité juridique implique de reconnaître la propriété à travers la possession, quitte à admettre la preuve du contraire. Tel n'est pas le cas des immeubles qui par nature ne se déplacent pas. Le contrôle des transactions juridiques et de la qualité de propriétaire sont donc plus faciles a priori, et l'organisation des mesures de publicité est encore plus aisée.

## 2. En matière de vente

630. D'après l'article 580 du Code des obligations et des contrats, la vente est parfaite par le simple échange des consentements. Cette règle s'applique aux meubles corporels. En revanche, en matière immobilière, l'échange des consentements devient insuffisant et doit être complété par une autre condition de validité. L'article 581 du Code des obligations et des contrats exige en effet que la vente soit constatée par un écrit ayant date certaine pour sa validité<sup>(2)</sup>.

<sup>(1)</sup> En revanche, un immeuble immatriculé ne subit pas la prescription acquisitive. L'art. 307 (nouveau) dispose que «le droit inscrit ne se prescrit pas. Nul ne peut se prévaloir d'une possession si longue soit-elle».

<sup>(2)</sup> Pour les immeubles immatriculés, l'article 305 (nouveau) C. D. R ajoute que «tout droit réel ne se constitue que par le fait et du jour de son inscription sur le livre foncier».

## 3. Hypothèque et gage

631. L'immeuble fait l'objet d'une hypothèque. L'hypothèque qui doit être constatée par écrit au titre de la validité, est soumise en outre à des conditions de publicité au titre de l'opposabilité<sup>(1)</sup>. Tel n'est pas le cas du gage ordinaire portant sur un meuble corporel<sup>(2)</sup>. Il faut noter cependant que lorsque la publicité du gage est techniquement possible, le législateur l'exige, ce qui rapproche le gage de l'hypothèque. Tel est le cas par exemple du gage portant sur un fonds de commerce, qu'on qualifie de nantissement du fonds de commerce...<sup>(3)</sup>.

## 4. La compétence des tribunaux

632. D'après l'article 38 du Code de procédure civile et commerciale, sont portées devant le tribunal du lieu de la situation de l'immeuble, les actions immobilières. Il s'agit des actions possessoires, des actions pétitoires et des actions personnelles introduites à l'occasion de dommages causés au fonds. Cette règle de compétence est d'ailleurs naturelle puisque les éléments de renseignement intéressant l'immeuble et en rapport avec le litige se trouvent là où est situé l'immeuble.

633. Quant aux litiges portant sur un meuble, la compétence territoriale en revient en principe au tribunal du lieu du domicile du défendeur, selon l'article 30 du même code. En effet, les meubles sont par hypothèse mobiles. Il n'y a donc pas lieu de s'attacher au lieu du meuble qui par hypothèse n'est pas fixe.

<sup>(1)</sup> Article 274 et 278 C.D.R.

<sup>(2)</sup> Article 212 C. D. R

<sup>(3)</sup> Article 236 et S. C. D. R

## 5. En matière de saisie

634. La saisie immobilière est une saisie qui se caractérise par sa complexité, son formalisme, et surtout son caractère judiciaire. L'adjudication a lieu devant le tribunal de première instance<sup>(1)</sup>. Quant à la saisie mobilière, elle est beaucoup plus simple et nécessite seulement l'intervention d'un huissier notaire pour la validité de l'adjudication<sup>(2)</sup>.

635. La distinction entre meubles et immeubles a une incidence très importante sur le droit de la saisie dans la mesure où le législateur ne tolère de saisir les immeubles qu'après avoir commencé par saisir les meubles et que ces derniers s'avèrent insuffisants. Cette règle est exprimée par l'article 304 du Code de procédure civile et commerciale qui dispose que «sauf le cas de créances hypothécaires ou privilégiées, l'exécution est assurée sur les biens mobiliers ; en cas d'insuffisance ou d'inexistence de ces biens, elle est poursuivie sur les biens immobiliers»<sup>(3)</sup>.

<sup>(1)</sup> Art. 410 à 462 C. P. C. C

<sup>(2)</sup> Art. 390 à 403 et 330 à 347 du C. P. C. C

<sup>(3)</sup> Sur la saisie mobilière, Cf. S. MELLOULI, *voies d'exécution*, op.cit, p. 103 et sur la saisie immobilière, *idem*, p. 167.

## CHAPITRE DEUXIEME

## LE PATRIMOINE

636. Le patrimoine peut être défini comme étant l'ensemble des droits, des biens et des obligations appartenant à une personne. C'est une universalité juridique où l'actif répond du passif. Lorsqu'une personne est débitrice d'une obligation qu'elle n'est pas en mesure d'acquitter, elle demeure tenue sur tous les biens dont elle dispose, ainsi que sur les biens qu'elle viendra à acquérir ultérieurement, c'est à dire ses biens à venir. C'est cette définition que traduit l'article 192 du Code des droits réels lorsqu'il énonce que «les biens du débiteur sont le gage commun de ses créanciers et le prix s'en distribue entre eux par contribution, à moins qu'il n'y ait entre les créanciers des causes légitimes de préférence».

637. La notion de patrimoine est une notion classique qui constitue essentiellement une œuvre doctrinale. La paternité de la théorie du patrimoine revient à Aubry et Rau qui, les premiers, ont affirmé clairement que le patrimoine est un attribut de la personnalité dont découlent des conséquences importantes<sup>(1)</sup>.

638. D'abord, seule une personne a un patrimoine. En effet, seule la personne a l'aptitude à recevoir et exercer les droits et assumer les obligations.

639. Ensuite, toute personne a nécessairement un patrimoine, même si ce patrimoine ne contient que des dettes. En effet, le patrimoine est une virtualité, une aptitude à acquérir des droits et assumer des obligations. C'est un contenant distinct des éléments qui le composent.

640. Enfin, chaque personne n'a qu'un patrimoine. Celui-ci est indivisible comme la personnalité humaine. En conséquence, les biens et les obligations d'une même personne ne peuvent être fractionnés en universalité distincte comportant chacune un actif et un passif propre, distincts du patrimoine général de la personne. Ainsi, lorsqu'une

<sup>(1)</sup> S. MELLOULI, *y a-t-il un patrimoine d'affectation en droit tunisien*, *Actualités juridiques tunisiennes*, 1990, n°3 p.9

personne affecte certains de ses biens à l'exercice d'une activité commerciale, ces biens ne constituent pas une universalité séparée. Le créancier a le droit de saisir tous les biens du débiteur sans distinguer entre son «patrimoine commercial» et son «patrimoine général». Ce dernier caractère fondamental, est celui de l'indivisibilité et de l'unicité du patrimoine<sup>(1)</sup>.

641. Une partie de la doctrine a critiqué ce dernier caractère en partant de l'idée que la vie des affaires souffre de l'unicité et de l'indivisibilité du patrimoine. Il serait souhaitable, selon cette doctrine, «de pouvoir isoler les masses de biens et de dettes» qui correspondent à des activités différentes<sup>(2)</sup>. Grâce à cette reconnaissance, on reconnaîtrait à côté du patrimoine général, un autre patrimoine qui serait le patrimoine d'affectation<sup>(3)</sup>.

642. En droit français, le législateur vient récemment de légaliser l'existence du patrimoine d'affectation par l'effet de la loi n°85-697 du 11 juillet 1985 instituant la société à associé unique<sup>(4)</sup>. Par cette loi, le législateur français admet la possibilité pour une personne de constituer seule une société et d'affecter une partie de son patrimoine à l'exercice d'une activité déterminée. Il faut cependant remarquer que le législateur français n'a pas innové dans la mesure où il a été précédé en cela par le législateur allemand qui, depuis longtemps déjà, avait admis la notion de patrimoine d'affectation et même la notion de patrimoine sans maître.

<sup>(1)</sup> Cf. AUBRY et RAU, *Cours de droit civil français*, 5<sup>ème</sup> éd. T. IX, n° 573 et S.

<sup>(2)</sup> GHESTIN et GOUBEAUX, *Traité de droit civil, Introduction*, op.cit. n° 201 ; Cf. aussi, AUSSEDAT, *Société unipersonnelle et patrimoine d'affectation*, Rev. soc. 1974, p. 221 et S ; F. H. SPETH, *La divisibilité du patrimoine et l'entreprise d'une personne*, L. G. D. J, Paris, éd. DESOER, liège.

<sup>(3)</sup> Le premier auteur français à avoir défendu le patrimoine d'affectation est SALEILLES, dans son ouvrage «De la personnalité juridique, Histoire et théorie», éd. Rousseau, 1922, p. 658 ; Etude sur l'histoire des sociétés en commandite, Ann. De droit commercial, 1897, p. 37, cités par F. H. SPETH, op.cit. n° 29, p. 21.

<sup>(4)</sup> Cf. l'étude de P. SERLOOTEN, *L'entreprise unipersonnelle à responsabilité limitée*, D 1985, chr. p. 187.

643. La question se pose, devant ce vaste mouvement doctrinal et législatif, de savoir quelle est la position du droit tunisien en face de la notion de patrimoine. A cette question, le législateur répond par une solution de principe, celle du maintien de l'unicité et de l'indivisibilité du patrimoine. Cependant, il est loin de nier totalement l'existence du patrimoine d'affectation<sup>(1)</sup>.

## Section première Le maintien de la théorie classique du patrimoine

644. Le législateur tunisien ne permet pas aujourd'hui encore à une personne de fractionner son patrimoine ni d'ériger son entreprise commerciale en un patrimoine d'affectation distinct du reste de son patrimoine. Cette interdiction, dont le fondement moral est certain, est cependant parfois détournée par les commerçants en recourant à certaines techniques juridiques appropriées.

### Paragraphe premier Le fondement de l'unicité et de l'indivisibilité du patrimoine

645. Le législateur a rejeté la possibilité qu'une personne puisse créer un patrimoine d'affectation, en disposant dans l'article 192 du Code des droits réels que «les biens du débiteur constituent le gage commun de ses créanciers et le prix s'en distribue entre eux par contribution, à moins qu'il n'y ait entre les créanciers des causes légitimes de préférence».

646. L'idée essentielle qui ressort de ce texte est que l'actif et le passif se compensent à l'intérieur du patrimoine de la personne. Chacun doit répondre de toutes ses dettes sur tous ses biens, sans qu'il lui soit possible d'en exclure une partie sous prétexte qu'elle est réservée à sa vie privée ou au profit des créanciers du patrimoine d'affectation. Le fondement de ce texte est un fondement moral. En effet, il serait immoral et choquant qu'un débiteur puisse limiter sa

<sup>(1)</sup> Cf. S. MELLOULI, y a-t-il un patrimoine d'affectation en droit tunisien, *Revue Actualités juridiques*, p.9 et S. Le projet de Code des sociétés commerciales, encore en discussion, a retenu la société à associé unique dans la S.A.R.L.

responsabilité envers ses créanciers, en mettant une partie de sa fortune à l'abri des poursuites.

647. Certains auteurs contestent ce fondement moral. « N'est-il pas temps, se demande AUSSEDT, ne serait ce que pour une raison d'équité, d'assurer les mêmes droits et d'imposer les mêmes obligations à toutes les entreprises, quelle que soit leur expression juridique »<sup>(1)</sup>. Cet auteur cherche, à travers son interrogation, à faire bénéficier les entreprises individuelles de la limitation de responsabilité dont bénéficient certaines entreprises sociétaires<sup>(2)</sup>.

648. Nous ne partageons pas cette opinion. En effet, si l'équité exige de veiller à assurer une certaine égalité entre les entreprises, quelle que soit leur forme, cependant, l'équité exige encore plus de ne pas léser les créanciers en faisant échapper une partie du patrimoine du débiteur à leur gage général. C'est le souci d'éviter une telle injustice qui a guidé le législateur à interdire la création des sociétés unipersonnelles.

649. Néanmoins, certains commerçants détournent cette interdiction par la création d'une personne morale fictive leur permettant de limiter leur responsabilité devant les créanciers. On débouche ainsi sur la création déguisée d'un patrimoine d'affectation au profit d'un commerçant individu.

### Paragraphe deuxième Le détournement de la règle de principe

650. Il est une règle de base du droit commercial tunisien, selon laquelle une personne ne peut, à elle seule, constituer une société ayant un patrimoine autonome, quelle que soit l'importance du capital affecté à cette société.

651. En effet, le législateur exclut la possibilité que puisse être créée une société unipersonnelle. La société est un contrat qui suppose la réunion de deux personnes au moins en vue de la création d'une

<sup>(1)</sup> AUSSEDT, *Société unipersonnelle et patrimoine d'affectation*, op.cit, p. 240

<sup>(2)</sup> Dans le même sens, GHESTIN et GOUBEAUX, *Traité de droit civil, Introduction*, op.cit, n°201.

personne morale<sup>(1)</sup>. Le Code de commerce en exige même sept pour la validité de la création d'une société anonyme<sup>(2)</sup>.

652. En réalité, cette interdiction est facilement détournée par une personne qui veut créer un patrimoine d'affectation par la création d'une société de capitaux. Le commerçant constitue une société avec d'autres personnes tout en se réservant indirectement le pouvoir de direction par une prise majoritaire. Les autres associés servent de prête-nom. Ainsi, ne pouvant pas affecter une partie de son patrimoine à ses affaires commerciales, le commerçant arrive, par le biais de la constitution d'une personne morale fictive, à réaliser cette affectation.

653. Il faut noter à cet égard que le législateur ne laisse pas les créanciers sans protection en face de cette situation. En effet, en cas de procédure collective contre la société, les dirigeants ne sont pas épargnés dans la mesure où ils peuvent être appelés au comblement du passif de même que tout associé peut voir la faillite étendue à son patrimoine personnel<sup>(3)</sup>. Ainsi, les créanciers retrouvent leur droit de gage commun et général sur le patrimoine de leur débiteur, malgré l'écran de la société. C'est, là encore, l'expression de la même donnée morale selon laquelle il ne serait pas équitable d'isoler une partie de son patrimoine pour la faire échapper à la poursuite des créanciers.

### Section deuxième L'admission du patrimoine d'affectation

654. L'admission du patrimoine d'affectation en droit tunisien est exceptionnelle. Sa manifestation explicite se trouve en droit maritime. Mais, elle peut être déduite implicitement dans quelques autres cas particuliers<sup>(4)</sup>.

<sup>(1)</sup> Art. 1249 du C. O. C.

<sup>(2)</sup> Art. 48 C. Com.

<sup>(3)</sup> Art. 74 et 596 du C. com.

<sup>(4)</sup> Sur l'opportunité de l'admission du patrimoine d'affectation, Cf. S. MELLOULI, *y a-t-il un patrimoine d'affectation en droit tunisien*, op.cit, p. 15.

### Paragraphe premier Le patrimoine de mer

655. L'idée d'un patrimoine d'affectation au profit de l'armateur n'est pas nouvelle. Elle s'était traduite depuis longtemps par les règles de l'abandon en nature du navire. Lorsque l'armateur était déclaré responsable, il avait la possibilité de se libérer en abandonnant aux créanciers «sa fortune de mer» constituée par le navire qui avait assuré l'expédition, sans être tenu sur ses autres biens qui formaient, par opposition, sa «fortune de terre»<sup>(1)</sup>. L'armateur risquait au maximum sa «fortune de mer» constituée par le navire engagé dans l'expédition maritime.

656. Aujourd'hui, les articles 132 à 143 du Code de commerce maritime limitent la responsabilité de l'armateur vis à vis des créanciers maritimes à une somme forfaitaire déterminée en fonction de la jauge du navire.

657. Le montant de la limitation de responsabilité est fixé à un montant global maximum de 150 dinars par tonneau de jauge brute pour la réparation des dommages matériels, et à un montant global maximum de 250 dinars par tonneau de jauge brute pour la réparation des dommages corporels subis par les passagers<sup>(2)</sup>. La jauge brute est «la capacité intérieure complète du navire et de toutes les constructions qui se trouvent sur le pont»<sup>(3)</sup>.

658. Les sommes réunies forment respectivement des fonds de limitation de la responsabilité de l'armateur affectés au désintéressement des créanciers maritimes proportionnellement au montant de leurs créances, à l'exclusion de ses autres biens<sup>(4)</sup>.

659. Ainsi, le droit maritime reconnaît au profit de l'armateur l'existence d'un patrimoine d'affectation dont la valeur dépend du tonnage du navire et qui répond seul des dettes maritimes.

660. En dehors de ce cas particulier d'admission explicite du patrimoine d'affectation, on rencontre encore en droit tunisien quelques manifestations implicites, résultant de l'interprétation des textes.

### Paragraphe deuxième Quelques cas de reconnaissance implicite du patrimoine d'affectation

661. L'existence du patrimoine d'affectation peut être déduite de l'examen de certaines règles de droit.

662. Tel est le cas tout d'abord en matière successorale où la règle «il n'y a d'hérédité qu'après l'acquittement des dettes» est posée, à partir du droit musulman, dans l'article 553 du Code des obligations et des contrats et dans l'article 87 du Code du statut personnel. En effet, en cas de décès d'une personne, il y a transmission immédiate de la succession aux héritiers, mais la succession constituera un patrimoine distinct de celui de l'héritier, tant qu'il n'y a pas eu apurement. L'héritier se trouve provisoirement à la tête de deux patrimoines, le sien propre et celui du défunt qu'il a recueilli par voie de succession. Les créanciers de la succession peuvent se faire payer sur l'actif successoral avant les héritiers et les créanciers des héritiers. Les héritiers sont ainsi propriétaires des biens successoraux par la mort de leur auteur, mais la succession demeure grevée dans l'intérêt des créanciers de la succession<sup>(1)</sup>.

663. On rencontre aussi l'idée de patrimoine d'affectation en matière de faillite. Celle-ci crée dans le chef du failli une division de son patrimoine en trois compartiments distincts. L'actif présent et futur est en principe affecté par préférence aux créanciers antérieurs à la faillite. Les créanciers postérieurs n'ont pour gage que le solde actif éventuel résultant de la liquidation de la faillite. S'il s'agit de créances commerciales postérieures à la faillite, les créanciers ont un gage propre constitué par les biens nouveaux acquis par le failli à l'occasion des transactions ayant donné naissance à ces créances. Cette division au sein du patrimoine général du commerçant coïncide avec les éléments caractéristiques du patrimoine d'affectation.

<sup>(1)</sup> Cf. sur l'origine et le fondement de cette règle, S. MELLOULI, *la responsabilité du transporteur maritime de marchandises C.E.R.P.*, Tunis, 1993, p. 326.

<sup>(2)</sup> art. 133 C. com. Marit. (les chiffres sont établis par le décret n°90-2259 du 31 décembre 1990).

<sup>(3)</sup> E. DUPONTAVICE, *Le statut des navires*, Lib. Tech. Paris, 1976, p. 227 et S.; S. MELLOULI, *la responsabilité du transporteur maritime de marchandises*, op.cit. p.334.

<sup>(4)</sup> Art. 135 C. com. Marit.

<sup>(1)</sup> Cf. sur cette question et sur celle de la conséquence de la disparition sur le patrimoine, S. MELLOULI, *y a-t-il un patrimoine d'affectation en droit tunisien*, op.cit. p. 17 et S.

## CHAPITRE TROISIEME

### LA PREUVE DES DROITS SUBJECTIFS

664. Dans le sens littéraire du terme, la preuve est définie comme étant une opération qui consiste à démontrer une affirmation comme étant vraie et certaine<sup>(1)</sup>.

665. Cette définition est valable en matière juridique en y ajoutant toutefois que c'est le juge qu'il s'agit de convaincre de la vérité et de la certitude de la prétention<sup>(2)</sup>.

666. La question de la preuve n'est pas nécessairement liée à une procédure judiciaire. Un sujet de droit peut être amené à prouver une allégation en dehors de toute instance judiciaire. Ainsi, pour acquérir un véhicule automobile et réaliser le transfert de propriété, il faut prouver qu'on est en règle avec l'administration fiscale ; pour réaliser telle marge bénéficiaire, le commerçant doit établir par facture le prix de revient de l'objet à vendre...

667. Cependant, la question de la preuve prend toute son importance dans une instance judiciaire. En effet, le jugement établit définitivement les droits, et pour convaincre le juge, il faut lui rapporter des preuves suffisantes, conformément aux règles de droit posées par le législateur. L'importance de la preuve résulte de ce que, pour se prévaloir d'un droit dont on se prétend titulaire, il faut en prouver l'existence et l'étendue. Ne pas avoir un droit ou ne pas le prouver sont en pratique des situations assez proches, puisque à défaut de preuve, tout devrait généralement se passer comme si le droit n'existait pas<sup>(3)</sup>. Néanmoins, le droit et la preuve du droit sont deux situations qui ne se confondent pas nécessairement sur le plan juridique.

---

<sup>(1)</sup> Selon le LARROUSSE par exemple, la preuve est « ce qui démontre, établit la vérité d'une chose ». Prouver, c'est « établir la vérité d'une chose par des raisonnements, des témoignages incontestables ».

<sup>(2)</sup> Cf, pour une étude sociologique de la preuve, H. LEVY-BRUHL, la preuve judiciaire, étude de sociologie juridique, Paris, 1964. Cf. pour une étude générale de la preuve, R. MEZGHANI, Les règles de la preuve, Institut d'administration publique, Royaume d'Arabie Saoudite, 1985 (en arabe)

<sup>(3)</sup> Un adage de l'ancien droit français énonce « idem est non esse e non probari ».

668. Parfois, certains droits n'ont pas besoins d'être prouvés. Ce sont notamment les droits dont l'existence est présumée par le législateur. Tel est le cas de la filiation légitime lorsqu'il s'agit d'un enfant né six mois au moins après la conclusion du mariage, ou bien de la présomption de fraude qui entache la vente en justice lorsque l'acquéreur est un juge ou un avocat chargés de poursuivre la vente. Dans d'autres cas, il est inutile de rapporter la preuve d'une situation juridique, quand le législateur ne veut pas la reconnaître. Ainsi, lorsqu'un mariage n'a pas été contracté conformément à la loi, en dressant un acte authentique qui en constate et valide l'existence, la loi déclare ce mariage comme nul. Il y a lieu de remarquer que le législateur exige parfois la rédaction d'un écrit en tant que condition de forme. Dans ce cas, l'existence d'un écrit valable conditionne l'existence du droit et non seulement sa preuve. Tel est le cas par exemple de l'acte juridique de mariage, du contrat d'hypothèque, de la cession d'un fonds de commerce...<sup>(2)</sup>

La preuve, en matière juridique, pose quatre séries de problèmes :

1. qui doit rapporter la preuve du fait allégué ?
2. sur quel objet porte la preuve ?
3. quelles sont les preuves admissibles selon les diverses questions soumises au juge ?
4. quels sont les divers procédés de preuve possibles ?

### Section première La charge de la preuve

669. Dans un procès civil, interviennent trois personnages importants qui jouent des rôles différents. Il y a tout d'abord le demandeur qui intente l'action en justice en saisissant le juge. Il y a ensuite le défendeur contre qui l'action est intentée. Enfin, il y a le juge qui a pour mission d'examiner la demande pour dire si elle est fondée. Il tranche le litige qui oppose le demandeur au défendeur. Dans l'étude de la charge de la preuve, il s'agit de déterminer lequel de ces trois personnages est tenu de rapporter les éléments de preuve relatifs au litige.

670. La réponse à cette question passe par la détermination du rôle du juge et de celui des parties en matière de preuve.

<sup>(2)</sup> Cf. A. GUERRIERO, *L'acte juridique solennel*, Thèse, L. G. D. J., Paris 1975, p. 165.

### Paragraphe premier Le rôle du juge en matière de preuve

671. De lege ferenda, deux systèmes sont possibles pour répondre à la question de savoir quel est le rôle du juge en matière de preuve.

672. Dans un premier système, dit système inquisitoire, l'initiative de la preuve appartient au juge. Le juge assume la conduite de l'instruction et la recherche des éléments de preuve susceptibles d'établir la vérité relativement au fait qui lui est soumis.

673. Dans un second système, dit système accusatoire, l'initiative de la preuve appartient aux parties qui doivent établir les éléments de preuve relatifs au fait soumis au juge. Celui-ci tranche les litiges en fonction des preuves qui lui sont présentées.

Quel a été le choix du législateur tunisien entre le système inquisitoire et le système accusatoire ?

674. Dans les instances pénales, le législateur a opté pour le système inquisitoire. En effet, dans ces instances, l'intérêt général se trouve en cause. Pour cette raison, le juge ne peut pas se décharger sur les parties en matière de recherche de la preuve. C'est le juge qui assume la conduite de l'instruction, de même qu'il a l'initiative de la recherche des preuves pour établir la vérité.

675. Le rôle inquisitoire du juge dans la procédure pénale apparaît clairement à travers les dispositions du Code de procédure pénale. D'après l'article premier de ce code, toute infraction donne ouverture à une action publique ayant pour but l'application des peines prévues par le Code pénal et les autres dispositions pénales. L'article 2 prévoit que « la police judiciaire est chargée de constater les infractions, d'en rassembler les preuves, d'en rechercher les auteurs et de livrer ces derniers aux tribunaux tant qu'une information n'est pas ouverte ». Cette police judiciaire est exercée, selon les termes de l'article 10, sous l'autorité des procureurs généraux auprès des cours d'appel, par les procureurs de la république et leurs substituts, les juges cantonaux, les commissaires, officiers, chef de postes de la police et de la garde nationale, les Omdas...

676. Par ailleurs, les articles 47 et suivants du Code de procédure pénale prévoient l'existence d'un juge spécialisé en matière d'instruction pénale, c'est le juge d'instruction qui est doté de larges pouvoirs en vue d'établir les faits.

677. Enfin, comme conséquence du caractère inquisitoire reconnu à la procédure pénale, l'article 150 prévoit que «les infractions peuvent être établies par tout mode de preuve et le juge décide d'après son intime conviction».

678. Dans les instances civiles le choix du législateur a été différent, puisqu'il a adopté en principe le système accusatoire avec cependant plusieurs atténuations.

#### A. Le principe de la neutralité du juge

679. Le principe de la neutralité du juge en matière civile signifie que le juge ne se préoccupe pas d'établir lui-même les moyens de preuve relatifs aux faits invoqués par le demandeur ou aux moyens de défense opposés par le défendeur. Non seulement le juge ne doit pas s'immiscer dans l'administration de la preuve, mais il ne doit pas faire état de sa connaissance personnelle des faits invoqués. S'il en est ainsi, c'est parce que l'instance est relative aux droits privés des parties. L'impartialité du juge et sa neutralité font qu'il doit en principe jouer le rôle d'un arbitre, se contentant de trancher le litige en fonction des moyens de preuve qui lui ont été présentés<sup>(1)</sup>.

680. Le principe de la neutralité du juge trouve son expression dans l'article 12 du Code de procédure civile et commerciale selon lequel «le tribunal n'a pas l'obligation de constituer, compléter ou produire les moyens de preuve à l'appui des prétentions des parties». Comme l'intervention dans le domaine de la preuve est facultative

<sup>(1)</sup> Cf. A. AHMADI, *Le rôle du juge dans l'instruction de l'instance civile*, Thèse, Fac. de Droit de Tunis, 1988, p. 91 et S.; Z. MAZOUNI, *Le principe de la neutralité du juge civil dans le droit tunisien, mémoire pour le D.E.A.*, Fac de Droit de Tunis, 1980-81; Cf. aussi, G. ANDRE, *Du principe de la neutralité du juge dans l'instruction des affaires civiles*, thèse, Paris, 1910; J. NORMAND, *Le juge et le litige*, L.G.D.J., Paris 1965; R. LEGEAIS, *Les règles de preuve en droit civil, permanences et transformations*, L.G.D.J., Paris 1955; A. MARTIN, *Réflexions sur l'instruction du procès civil*, R. T. D. C. 1971, p. 279.

pour le juge, le principe demeure donc la neutralité du juge. Cette interprétation trouve écho dans un autre texte, non moins important, qui est l'article 23 de la loi n°67-29 du 14 juillet 1967 relative à l'organisation judiciaire. D'après cet article, «les magistrats doivent rendre impartialement la justice, sans considération de personnes ni d'intérêt. Ils ne peuvent se prononcer en se fondant sur la connaissance personnelle qu'ils peuvent avoir de l'affaire. Ils ne peuvent défendre ni verbalement ni par écrit, même à titre de consultation, les causes autres que celles qui les concernent». Ce texte fait peser sur le juge une obligation expresse d'impartialité de même qu'une interdiction claire de se prononcer en se fondant sur la connaissance personnelle qu'il peut avoir de l'affaire<sup>(1)</sup>.

681. La cour de cassation a toujours affirmé le principe de la neutralité du juge en posant la règle que «le juge doit statuer sur l'affaire selon les moyens de preuve qui lui ont été présentés par les parties, et qu'il ne peut pas refuser de statuer sous prétexte qu'il n'a pas pu faire prévaloir les moyens de preuve du demandeur à ceux du défendeur»<sup>(2)</sup>.

682. Cependant, il faut remarquer que ni l'article 12 du Code de procédure civile et commerciale, ni la cour de cassation ne font du principe de la neutralité du juge un principe absolu.

#### B. Les atténuations au principe de la neutralité du juge

683. L'article 12 du Code de procédure civile et commerciale ne pose pas une règle absolue. L'interprétation exégétique de ce texte est d'ailleurs dans ce sens. D'après ce texte, «le tribunal n'a pas l'obligation de constituer, compléter ou produire les moyens de preuve à l'appui des prétentions des parties». Si le tribunal n'a pas cette obligation, cependant, il peut l'exercer, s'il l'estime nécessaire. L'intervention facultative du juge dans le domaine de la preuve a même des appuis dans la loi.

<sup>(1)</sup> J. CHEVALLIER, *Remarques sur l'utilisation par le juge de ses informations personnelles*, R. T. D. C 1962, p.5 et S.

<sup>(2)</sup> Civ. n°1292, du 6 février 1962, B. 1962, p. 11; Cf. aussi, Civ. n°189, du 13 janvier 1977, B. 1977, I p. 29; Civ. n°4755, 18 mai 1948, R. J. L 1960, n°9 et 10, p. 167.

a. L'article 86 alinéa 1er du Code de procédure civile et commerciale

684. D'après ce texte, «le tribunal peut, s'il le juge nécessaire, faire procéder par le juge rapporteur à toutes mesures d'instruction, telles que l'enquête, le transport sur les lieux, l'expertise, l'inscription de faux ou toute autre mesure utile à la manifestation de la vérité ».

685. L'article 86 est ainsi clair quand au rôle actif que peut jouer le juge dans l'administration de la preuve. Le juge peut intervenir par le moyen des enquêtes, du transport sur les lieux, de l'expertise, en vue d'obtenir une meilleure appréciation du litige. Cependant, l'article 86 ne constitue pas une règle de principe, mais une règle d'exception édictée comme assouplissement du principe tempéré posé par l'article 12. Le principe demeure la neutralité du juge. Mais, lorsque le tribunal «le juge nécessaire», il peut ordonner toute mesure d'instruction....<sup>(1)</sup>. Ce qui démontre que l'article 86 constitue une règle d'exception, c'est que d'une part l'intervention du juge, d'après ce texte, est facultative. D'autre part, cette intervention doit être justifiée par la nécessité<sup>(2)</sup>.

686. Ainsi, le système retenu par le législateur tunisien dans les articles 12 et 86 du Code de procédure civile et commerciale permet de concilier «l'intérêt particulier du plaideur et l'intérêt plus général d'une bonne justice»<sup>(3)</sup>. L'initiative de la preuve appartient aux parties, puisque le litige est leur chose, leur affaire, leur intérêt privé. Mais, pour bien apprécier le litige, le juge peut intervenir dans les moyens de preuve en ordonnant des mesures d'instruction utiles pour trancher le litige.

<sup>(1)</sup> Art. 86 al. 2 C. P. C. C

<sup>(2)</sup> Civ. n° 6993, du 19 mai 1970, B. 1970, p. 94 ; Civ. n° 189, 13 janvier 1977, B. 1977, I, p. 29.

<sup>(3)</sup> C. MARRAUD, *Le droit à la preuve, la production forcée des preuves en justice*, J. C. P. 1973, I, 2572, n°5.

b. Autres règles de droit limitant le principe de la neutralité

687. A côté des articles 12 et 86 du Code de procédure civile et commerciale, qui constituent les règles de base relatives à la neutralité du juge, ainsi qu'à ses atténuations, on peut citer encore d'autres règles permettant l'intervention du juge dans la preuve civile<sup>(1)</sup>.

688. Tel est le cas du serment supplétoire qui peut être déféré d'office par le juge à l'une des parties en vue de mieux forger et asseoir son intime conviction. L'article 508 du Code des obligations et des contrats autorise le juge à recourir au serment supplétoire «pour en faire dépendre la décision de la cause ou seulement pour déterminer le montant de la condamnation ». Il est évident que dans cette hypothèse, le serment supplétoire ne doit pas constituer l'unique moyen de preuve, mais un moyen de preuve destiné à compléter d'autres preuves présentées par les parties, ce qui consolide ainsi la conviction du juge.

689. On peut citer encore l'article 12 du Code de commerce d'après lequel «la représentation des livres de commerce peut toujours être offerte, requise et prescrite même d'office, afin d'en extraire ce qui concerne le litige ». Si la partie requise refuse de représenter le livre, sans motif valable, l'article 13 du Code de commerce édicte comme sanction énergique que «le juge admettra le dire de l'autre partie en lui déférant le serment »<sup>(2)</sup>.

**Paragraphe deuxième Le rôle des parties en matière de preuve.**

690. Dans une prétention, il y a deux parties, un demandeur et un défendeur. Le demandeur à la procédure est celui qui intente l'action en justice, et le défendeur à la procédure est celui qui se défend contre cette action. Il s'agit de déterminer qui de ces deux personnages doit rapporter les éléments de preuve relatifs au litige.

<sup>(1)</sup> C. MARRAUD, *Le droit à la preuve*, op.cit, n°2572 ; BOITARD et BOUQUET, *Réflexions sur la communication d'une pièce imposée par le juge dans le procès civil*, G.P 1976, 2, Doct. 639.

<sup>(2)</sup> Civ. n°11509, 8 avril 1985, B. 1985, I, p. 159 ; G. PARLEANI, *un texte anachronique, le nouvel article 109 du Code de commerce*, D. 1983, chr. p. 65.

691. A cette question, le législateur a apporté une solution de principe. Cependant l'application de cette solution de principe ne manque pas de connaître certaines exceptions.

### A. La solution de principe

692. La solution de principe en matière de charge de la preuve est fournie par les articles 420 et 421 du Code des obligations et des contrats<sup>(1)</sup>.

Après avoir présenté cette solution, il faudra se demander quel est son fondement.

#### 1. Les articles 420 et 421 du Code des obligations et des contrats

693. D'après l'article 420 du Code des obligations et des contrats, «la preuve de l'obligation doit être faite par celui qui s'en prévaut». Ainsi, lorsqu'une personne se prévaut d'une obligation, lorsqu'elle avance la réalité d'un fait, elle doit en rapporter la preuve. Si une personne prétend être créancière et exige l'exécution, elle doit rapporter la preuve de l'existence de l'acte juridique ou du fait dont découle la créance<sup>(2)</sup>. C'est cette règle que l'on trouve exprimée en droit romain par les termes «Actori incumbit probatio», et en droit musulman par les termes «la preuve est à la charge du demandeur» (البينة على من ادعى).

694. Lorsque la preuve est établie par le demandeur, c'est au défendeur qui, pour se défendre, fait valoir une allégation, d'en rapporter à son tour la preuve. C'est ce qu'énonce l'article 421 du Code des obligations et des contrats d'après lequel «lorsque le demandeur a prouvé l'existence de l'obligation, celui qui affirme qu'elle est éteinte ou qu'elle ne lui est pas opposable doit le

<sup>(1)</sup> Ces articles trouvent leur équivalent dans l'article 1315 du Code civil français. J. DEVEZE, Contribution à l'étude de la charge de la preuve (en matière civile), thèse, Toulouse, 1980.

<sup>(2)</sup> Civ. n°10280, 28 avril 1959, R.J.L. 1960, n°6, p. 56-460; Civ. n°179/45, 3 octobre 1960, B. 1960, p.34; Civ. n°7117, 5 mars 1970, B. 1970, p. 45; Civ. n°1341, 8 février 1979, B. 1979, p. 66.

prouver». Ainsi, le défendeur à la procédure qui se prévaut d'une allégation devient demandeur à la preuve. Il doit établir le bien fondé de son allégation<sup>(1)</sup>. C'est ce que le droit romain exprime par la règle «reus in excipiendo fit actor», et le droit musulman par la règle posée en termes plus généraux «la preuve est à la charge du demandeur», c'est à dire celui qui prétend quelque chose, soit comme demandeur procédural, soit comme défendeur<sup>(2)</sup>.

695. Les termes demandeur et défendeur peuvent paraître équivoques. En effet, ils expriment en même temps une règle de procédure et une règle de fond. Demandeur et défendeur à la procédure ne sont pas nécessairement demandeur et défendeur à la preuve. Ainsi, dans une action en paiement, si le débiteur prétend qu'il a payé, il doit faire la preuve de cette allégation. Il se trouve défendeur à la procédure, qualité qui ne change pas le long de l'instance, et demandeur à la preuve, qualité changeante pendant une même instance. En effet, la charge de la preuve pèse tantôt sur le demandeur à la procédure, tantôt sur le défendeur<sup>(3)</sup>.

#### 2. Le fondement de la solution de principe

696. La règle selon laquelle la charge de la preuve incombe au demandeur trouve son fondement dans l'idée que chaque personne est libre de tout engagement tant que cet engagement n'est pas prouvé. Lorsqu'une personne affirme un fait, l'autre peut se contenter de le contester et d'attendre que la preuve en soit rapportée. Tant que cette preuve n'est pas rapportée, elle est présumée libre de ce fait<sup>(4)</sup>. Le législateur tunisien, s'inspirant de la Majalla ottomane tirée du droit musulman, a reconnu expressément ce fondement dans l'article 560 du Code des obligations et des contrats selon lequel, «en principe, chacun est présumé libre de toute obligation jusqu'à preuve du contraire».

<sup>(1)</sup> Civ. n°4418, 11 octobre 1966, R.J.L. 1967, n°1, p.47; Civ. n°1101, 23 février 1962, B. 1962, p. 22; Civ. n°4296, 14 juillet 1981, B. 1981, III, p. 48.

<sup>(2)</sup> F. BOULANGER, Réflexions sur le problème de la charge de la preuve, R.T.D.C. 1966, p. 736; R. MEZGHANI, op.cit, p. 45, réf. n°4.

<sup>(3)</sup> Civ. n°7117, du 5 mars 1970, R.J.L. 1970, p. 811, B. 1970, p.45. Cf. J. CHEVALLIER, La charge de la preuve, Cours de droit civil approfondi, les cours de droit, Paris 1958-1959, polycopié.

<sup>(4)</sup> Cf. par exemple : Civ. n°1292, du 6 février 1962, B. 1962, p. 11; Civ. n°562, du 11 mars 1978, B. 1978, I. p. 103; Civ. n°7117, du 5 mars 1970, B. 1970, p. 45.

697. La règle s'explique aussi par des considérations d'opportunité. Entre deux affirmations douteuses, le juge se prononcera contre le demandeur qui n'a pas rapporté la preuve de son affirmation, ce qui permet le maintien du statu quo dans un but de tranquillité et de paix sociale. En effet, il est admis généralement qu'il ne convient pas de troubler les situations de fait établies tant que la preuve qui le permet n'a pas été rapportée<sup>(1)</sup>.

698. Cette règle n'est d'ailleurs pas propre à la matière de la preuve civile. On la rencontre aussi en droit pénal, en procédure civile, dans le droit des biens ainsi que dans diverses autres matières.

699. Ainsi, en droit pénal, la présomption d'innocence fait que l'inculpé est présumé innocent tant que la preuve de sa culpabilité n'a pas été établie par le demandeur, en l'occurrence, le ministère public<sup>(2)</sup>. De même, en procédure civile, comme on est présumé ne rien devoir à personne, c'est au demandeur de se déplacer pour saisir le tribunal du lieu du domicile du défendeur, alors que le défendeur n'a pas à faire un pareil déplacement. En matière de droit des biens, la possession de bonne foi en matière mobilière équivaut à la propriété. C'est au demandeur qui revendique la propriété contre la possession d'établir la réalité de ce qu'il prétend...

700. Cependant, s'il est nécessaire de garantir les situations établies, il n'en demeure pas moins que la règle selon laquelle «la charge de la preuve incombe au demandeur» pose des difficultés quant à son application.

## B. Les exceptions à la solution de principe

701. Dans son application, la règle selon laquelle «la charge de la preuve incombe au demandeur» connaît deux exceptions. La première due à la jurisprudence, tient à la question de la preuve d'un fait négatif et la deuxième, légale, tient à l'attribution particulière de la charge de la preuve, par voie de présomption, dans certains cas.

### 1. La preuve d'un fait négatif devant la jurisprudence

702. Dans sa prétention, le demandeur peut se prévaloir soit d'un fait positif, soit d'un fait négatif. Il peut se prévaloir d'un fait positif lorsque par exemple, il exige le paiement en vertu d'un contrat. La preuve de l'existence d'un contrat constitue la preuve d'un fait positif. Il en est de même, lorsqu'une personne se prévaut de la faute du débiteur de l'obligation. Elle se prévaut là encore de la preuve d'un fait positif. Mais une personne peut se prévaloir aussi d'un fait négatif. Tel est le cas par exemple de la preuve par l'assureur que l'assuré n'a pas fait de déclaration du sinistre. Il s'agit là de la preuve d'un fait négatif. Il en est de même lorsqu'une personne est tenue de rapporter la preuve de l'absence de faute dans certains cas de responsabilité...<sup>(1)</sup>.

703. La preuve d'un fait négatif étant souvent difficile à rapporter, ceci a amené la cour de cassation parfois à renverser la charge de la preuve en exigeant du défendeur la preuve d'un fait positif.

704. a. Dans le contrat d'assurance : Il s'agissait d'un assureur, qui, pour échapper à la garantie, invoquait le fait que l'assuré ne lui avait pas fait la déclaration du sinistre dans les délais pour bénéficier de la garantie. Les juges du fond ont rejeté la demande de l'assureur parce que la preuve du défaut de déclaration n'a pas été établie. L'assureur s'était alors pourvu en cassation en reprochant aux juges du fond d'avoir mis à sa charge la preuve d'un fait négatif. La cour de cassation a cassé la décision attaquée parce que «le défaut de

<sup>(1)</sup> F. TERRE, *Introduction*, op.cit, n°502 ; Cf. aussi, Art. 5, 6 et 10 de la Medjella ottomane, légiférant selon le rite hanefite.

<sup>(2)</sup> Il s'agit d'une règle constitutionnelle puisque l'article 12 de la constitution prévoit que «tout prévenu est présumé innocent jusqu'à l'établissement de sa culpabilité à la suite d'une procédure lui offrant les garanties indispensables à sa défense ».

<sup>(1)</sup> Cf. LARGUIER, *la preuve d'un fait négatif*, R.T.D.C 1953, p.1 et suivants ; SAVATIER, *note sous civ. 29 mai 1951*, D. 1952, p. 53 ; NERSON, *note sous S. 1953, 1, p. 41* (même arrêt) ; PERROT, *note sous J.C.P 1951, II, 6421* (même arrêt).

déclaration est un fait négatif dont la preuve est difficilement imaginable, qu'en conséquence, le jugement n'est fondé »<sup>(1)</sup>.

705. Il s'agit là certainement d'un arrêt critiquable. En effet, même si la preuve d'un fait négatif est difficile à rapporter, elle n'autorise pas à renverser la charge de la preuve car cela constitue une violation des articles 420 et 421 du Code des obligations et des contrats relatifs à la répartition du fardeau de la preuve.

706. D'autre part, il faut remarquer que le législateur lui-même exige parfois la preuve d'un fait négatif, malgré la difficulté de la preuve d'un pareil fait. Ainsi, le législateur a institué par exemple des cas de responsabilité du fait d'autrui, fondés sur une présomption de faute. Ainsi, le législateur met à la charge du présumé responsable, en vue de se libérer de sa responsabilité, la preuve de l'absence de faute qui constitue la preuve d'un fait négatif<sup>(2)</sup>. Il en est de même de la personne qui, en application de l'article 73 du Code des obligations et des contrats, exige la répétition de l'indu. Cette personne doit rapporter la preuve d'un fait négatif, en établissant qu'elle n'est pas débitrice de celui qui a reçu paiement.

707. Enfin, on peut remarquer que la preuve d'un fait négatif n'est pas toujours difficile puisque «la prétendue preuve d'un fait négatif se réduit souvent à la preuve d'un fait positif contraire... Au demeurant, ... le juge pourra se montrer plus libéral dans l'appréciation de la preuve qui sera déplacée sur des faits voisins permettant de tenir pour probable le fait en question »<sup>(3)</sup>.

<sup>(1)</sup> Civ. n°7117, du 5 mars 1970, B. 1970, p. 45.

<sup>(2)</sup> Cf. art. 93 et 94 du C.O.C relatif à la responsabilité des père et mère du fait de leurs enfants mineurs de moins de 18 ans habitant avec eux ; du gardien du fait des infirmes d'esprit même majeurs ; du fait des animaux qu'une personne a sous sa garde.

<sup>(3)</sup> A. WEILL, *Droit civil, Introduction générale*, op.cit, n° 317, p. 282.

## b. Dans le contrat de travail

708. Nous avons cité ce cas d'espèce où la cour de cassation, estimant que la preuve par l'assureur du défaut de déclaration, fait négatif, était très difficile à rapporter, à mis à la charge de l'assuré la preuve qu'il a effectué la déclaration, fait positif<sup>(1)</sup>.

709. Cependant, il existe toute une jurisprudence en matière de droit du travail où la cour de cassation renverse expressément la charge de la preuve. Il s'agit des litiges relatifs au licenciement abusif de l'employé.

710. D'après l'article 23 du Code du travail, «la rupture abusive du contrat de travail par l'une des parties peut donner lieu à des dommages-intérêts qui ne se confondent pas avec l'indemnité due pour inobservation du délai-congé ou avec l'indemnité de licenciement prévue à l'article précédent ». Il ressort de la lecture de ce texte que celui qui est victime d'une rupture abusive de contrat de travail peut réclamer des dommages-intérêts, et l'application de l'article 420 du Code des obligations et des contrats entraîne que si c'est l'employé qui invoque le caractère abusif de la rupture, il doit en rapporter la preuve. Cependant, la cour de cassation a toujours considéré que «la charge de la preuve du licenciement abusif en matière prud'homale ne pèse pas sur l'employé mais sur l'employeur, et que le jugement qui statue en sens contraire fait peser sur l'employé la preuve d'un fait négatif »<sup>(2)</sup>.

711. La cour de cassation justifie cette jurisprudence contraire à l'article 420 du Code des obligations et des contrats par la difficulté que peut éprouver l'employé à établir le fait négatif de l'abus dans le licenciement. En effet, il s'agit pour lui de prouver son absence de faute alors que la charge de la preuve, placée du côté de l'employeur, consiste à obliger ce dernier à prouver un fait positif, qui est la faute de l'employé dans l'exécution de ses obligations.

<sup>(1)</sup> Civ. n°7117, du 5 mars 1970, R. J. L 1970, p. 811.

<sup>(2)</sup> Civ. n°1934, du 26 février 1981, B. 1981, I, p. 70 ; Cf. aussi, Civ. n°16789, du 2 février 1987, B. 1987, I, p. 327 ; Civ. n°15180, du 23 février 1987, R. J. L. 1989, n°6. Cf. A. KRAIEM, *Le licenciement abusif en droit tunisien, mémoire pour le D.E.A en Droit, Fac. de Droit de Tunis*, 1981.

## 2. L'attribution légale de la charge de la preuve, par voie de présomption

712. Il arrive que la loi modifie la règle générale de la charge de la preuve en déterminant à propos de questions particulières la personne qui supporte la charge de la preuve. Cela est possible puisque c'est le législateur qui a posé la règle générale. Il peut donc l'écarter par une règle particulière. Il le fait généralement à l'aide de présomptions.

713. Il existe plusieurs cas légaux de modification de la charge de la preuve par l'usage de la technique de la présomption légale. Mais il ne s'agit pas d'une présomption qui corresponde à la définition légale de l'article 479 du Code des obligations et des contrats. Ce texte définit en effet la présomption légale comme étant un ensemble d'indices au moyens desquels la loi établit l'existence de certains faits inconnus. D'après cette définition, la présomption légale consiste dans un déplacement de l'objet de la preuve et non dans un déplacement de la charge de la preuve.

714. En matière de charge de la preuve, la présomption est une technique qui permet à la loi de tenir un fait pour établir, à défaut de preuve contraire que doit rapporter l'autre partie. En raison de sa nature particulière, certains auteurs lui donnent le nom de « présomption antéjudiciaire »<sup>(1)</sup>.

715. Tel est le cas de la présomption posée par l'article 558 du Code des obligations et des contrats, d'après lequel « la bonne foi se présume toujours, tant que le contraire n'est pas prouvé ». Elle signifie que lorsqu'une personne se prévaut de sa bonne foi, elle n'a pas besoin d'en rapporter la preuve. Le demandeur à la preuve n'a pas besoin de prouver sa bonne foi, ni directement, ni indirectement, en prouvant certains indices. Il est purement et simplement déchargé de la preuve. En revanche, si l'autre partie conteste cette bonne foi présumée, elle doit rapporter la preuve de la mauvaise foi.

<sup>(1)</sup> J. CHEVALLIER, *Cours de droit civil approfondi, la charge de la preuve*, op.cit. p. 217 ; GHESTIN et GOUBEAUX, *Traité de droit civil, Introduction*, n°582.

716. Tel est aussi le cas de l'article 174 du Code des obligations et des contrats qui pose une présomption d'absence de solidarité en matière civile. Il n'est nul besoin de rapporter la preuve de ce fait négatif. Le législateur l'établit par présomption. En revanche, si on conteste cette présomption simplement posée par le législateur, il faut démontrer le contraire, c'est à dire prouver l'existence de la solidarité.

717. On peut citer encore la présomption de l'article 35 du Code des droits réels d'après lequel les constructions et plantations sont présumées être la propriété du propriétaire du sol. Le propriétaire du sol n'a besoin de rapporter aucune preuve particulière puisqu'il bénéficie d'une présomption légale. Cependant, si on conteste cette présomption, il faut rapporter la preuve positive qui permette de l'écarter.

## Section deuxième L'objet de la preuve

718. Toute prétention, portée devant les tribunaux, suppose deux éléments ; d'une part, une situation de fait objet de contestation et d'autre part, la règle de droit qui est applicable à cette situation de fait. Ainsi, lorsqu'une personne exige le remboursement d'une somme d'argent prêtée, elle doit établir l'existence du contrat de prêt, pour se prévaloir ensuite de l'application de la règle de droit qui lui est afférente...

719. Partant de cette distinction entre le fait et le droit, il est évident que le demandeur à la preuve doit établir les faits contestés, mais qu'il n'a pas à prouver la règle de droit. De même, il est possible que le fait contesté soit difficile à prouver, voire impossible. Dans ce cas, le législateur procède, par le biais des présomptions légales, au déplacement de l'objet de la preuve.

## Paragraphe premier La distinction du fait et du droit

720. En vertu du caractère accusatoire de la procédure civile et du principe de la neutralité du juge, il est certain que le litige civil est « la chose des parties ». Celles-ci doivent rapporter la preuve des faits qu'elles invoquent au soutien de leurs prétentions. Cependant, les

parties n'ont pas à prouver le droit qui servira à trancher le litige. En effet, le juge est censé connaître la loi. Même lorsque la loi est obscure ou encore en cas de silence de la règle de droit, il est tenu de procéder à une œuvre d'interprétation sous peine de déni de justice<sup>(1)</sup>. Si le législateur a posé la règle générale que nul n'est censé ignorer la loi en vue de l'appliquer à tous les sujets de droit, la connaissance du droit est encore plus évidente chez le juge. Ainsi, il suffit aux parties à un litige de se prévaloir de la règle de droit sans qu'il ne soit nécessaire d'en démontrer l'existence.

721. Cependant, une question se pose lorsque la règle de droit dont on se prévaut est une loi étrangère, ou bien encore lorsqu'il s'agit d'une règle coutumière. Le juge est-il, là encore, censé connaître la loi, sans pouvoir exiger des parties qu'elles en prouvent l'existence et le contenu ?

#### A. La preuve de la loi étrangère.

722. Il est possible qu'un litige nécessite, pour être jugé, l'application d'une loi étrangère. Le juge est-il censé connaître cette loi ?

723. En jurisprudence française, la cour de cassation a considéré l'existence de la loi étrangère comme un élément de fait qui doit être prouvé par la partie qui l'invoque<sup>(2)</sup>. S'il en est ainsi, c'est parce que la présomption de connaissance de la loi par le juge joue à l'égard de son propre droit national. En revanche, la présomption ne joue pas nécessairement lorsqu'il s'agit d'une loi étrangère<sup>(3)</sup>.

<sup>(1)</sup> Art. 108 C. pen. ; *Jura novit curia*, la Cour connaît le droit, disait une vieille maxime juridique, A. WEILL, *Droit civil, Introduction générale*, op.cit. n°318, p. 283.

<sup>(2)</sup> Civ. 25 mai 1948, D. 1948, p. 357, note P.L.P. ; Civ. 26 avril 1950, D. 1950, p. 361, note LENOAN ; Civ. 1<sup>o</sup>, 13 juin 1967, B. Civ. 1967, I, n°212, p. 154 ; Com. 13 novembre 1968, B. Civ. 1968, IV, n°318, p. 286 ; Cass, Com. 14 février 1983, B. civ. 1983, IV, n°57, p.46 ; Cass., civ. 1<sup>o</sup>, 21 juillet 1987, B. civ. 1987, I, n°240, p. 175.

<sup>(3)</sup> A. MZEGHANI, *Droit international privé, Etats nouveaux et relations privées internationales, cérès productions, Tunis, 1991, n°789 et S.* ; commentaires du Code de droit international privé, C. P. U, Tunis, 1999, p. 70 et S. ; Cf. encore, sur cette question, PH. FRANCESCAKIS, *La loi étrangère à la Cour de cassation*, D. 1963, Ch. p. 7 ; H. MOTULSKY, *L'évolution récente de la condition de la loi étrangère en France*, Mélanges offerts à R. SAVATIER, p. 681 ; H. BOUFARES, *Le rôle du juge dans l'application de la loi étrangère, mémoire pour le D.E.S de Droit privé, Fac. de Droit de Tunis, 1977.*

724. En droit tunisien, la réponse à la question est aujourd'hui donnée par les textes. En effet, le Code de droit international privé du 27 novembre 1998 (loi n°98-97) prévoit dans son article 32 que le juge peut faire état de sa connaissance personnelle de la loi étrangère pour en faire application. En revanche, s'il n'a pas connaissance de cette loi, «la partie dont la demande est fondée sur la loi étrangère est tenue d'en établir le contenu ».

725. La loi étrangère étant un fait qui doit être prouvé par les parties, la question se pose de savoir comment peut être établie l'existence de la loi étrangère.

726. Il est certain que la meilleure preuve possible consiste dans la production du texte lui-même tel qu'il est publié au journal officiel du pays étranger<sup>(1)</sup>. Mais la loi étrangère peut être prouvée par tout autre moyen et notamment par des «certificats de coutumes» délivrés par les autorités diplomatiques du pays étranger. L'information sur le contenu de la loi étrangère peut être recherchée également dans les ouvrages de doctrine étrangers<sup>(2)</sup>. C'est ce que prévoit l'article 32 alinéa 3 du Code de droit international privé.

727. Il faut encore remarquer qu'il n'est pas interdit aux juges «de procéder eux-mêmes à la recherche de la loi étrangère et de préciser les dispositions du droit étranger compétent, de même qu'ils peuvent contrôler ou compléter par leurs propres recherches les éléments qui leurs sont fournis par les parties»<sup>(3)</sup>. En effet, quoique considérée comme élément de fait pour les besoins de la preuve, la loi étrangère garde cependant son caractère de règle de droit. L'article 32 alinéa premier du Code de droit international privé prévoit à cet égard que «le juge peut, dans la limite de sa connaissance et dans un délai raisonnable, rapporter d'office la preuve du contenu de la loi étrangère

<sup>(1)</sup> C'est au plaideur qui soutient que le texte n'est plus en vigueur d'en rapporter la preuve. Cf. Tunis, 24 mai 1973, R. J. L. 1974, p. 410.

<sup>(2)</sup> C. app. Tunis, n°86249, 20 décembre 1982, R. T. D. 1984, p. 816, note K. MEZIOU ; Trib. Tunis, 30 avril 1981, R. T. D. 1981, p. 423, note A. MEZGHANI. Cf. aussi, H. BOUFARES, *Le rôle du juge dans l'application de la loi étrangère*, op.cit. p. 59 ; A. MEZGHANI, *Droit international privé*, op.cit. n°795 et S.

<sup>(3)</sup> A. WEILL, *Droit civil, Introduction générale*, op.cit. n°318, p. 284 ; civ. 1<sup>o</sup>, 2 mars 1960, *Revue critique de droit international privé*, 1960, p. 97, note H. B. ; J. C. P. 1960, II, 11 734, note H. M. ; F. TERRE, *Introduction*, op. cit. n°508

désignée par la règle de rattachement, et ce avec le concours des parties le cas échéant ».

728. Il y a lieu de noter enfin que l'article 32 alinéa 4 de ce même code prévoit l'application de la loi tunisienne lorsque le contenu de la loi étrangère ne peut être établi par aucun moyen.

#### B. La preuve de la coutume

729. La coutume est une règle de droit. Il s'ensuit que les parties peuvent l'invoquer devant le juge. Cependant, la connaissance de la coutume par le juge est difficile car les coutumes sont nombreuses et diverses. Aussi, est-ce avec raison que l'article 544 du code des obligations et des contrats dispose que « celui qui invoque l'usage doit en justifier l'existence »<sup>(1)</sup>.

La preuve de la coutume peut être rapportée par tout moyens. Elle est faite parfois par des recueils, mais elle peut être rapportée par des attestations fournies par les organismes officiels, par témoignage, par expertise...<sup>(2)</sup>.

#### Paragraphe deuxième Le déplacement de l'objet de la preuve : Les présomptions légales

730. En principe, la preuve est directe en ce sens qu'elle porte directement sur le fait contesté lui-même. Tel est le cas de celui qui se prévaut d'un acte juridique. Il peut en rapporter la preuve directe en présentant l'écrit qui constate cet acte. Cependant, il n'est pas rare qu'une pareille preuve directe soit difficile, voire impossible. Le législateur autorise alors dans certains cas à rapporter la preuve de faits voisins d'où on peut déduire l'existence du fait contesté. Le législateur déplace ainsi l'objet de la preuve du fait contesté lui-même vers d'autres faits dont l'existence permet de conclure au fait inconnu et contesté. C'est la présomption légale dont on déterminera d'une part la notion et d'autre part la force probante.

#### A. La notion de présomption légale

731. L'article 479 du Code des obligations et des contrats définit les présomptions légales comme étant « des indices au moyen desquels la loi... établit l'existence de certains faits inconnus ».

732. D'après ce texte, la présomption légale apparaît clairement comme étant un déplacement de l'objet de la preuve dans la mesure où la loi déduit l'existence de certains faits inconnus à partir de la preuve de certains indices et faits voisins. Ce déplacement de l'objet de la preuve est effectué par le législateur pour venir en aide à un plaideur lorsque l'établissement direct du fait à prouver se trouve difficile. Cette situation est jugée par le législateur suffisamment grave pour justifier un déplacement de l'objet de la preuve. Cependant, pour que le mécanisme de la présomption puisse fonctionner, il est nécessaire d'établir les faits exigés par la loi elle-même, et à partir desquels on déduit le fait inconnu<sup>(1)</sup>.

733. Tel est le cas par exemple lorsqu'il s'agit d'établir la filiation légitime. En principe, lorsqu'un individu veut établir sa filiation légitime, la preuve directe exigerait de lui la démonstration qu'il est issu des œuvres du mari de sa mère. Cependant, il s'agit là d'une preuve très difficile. C'est pourquoi, la loi a établi une présomption en faveur de la personne qui veut établir sa filiation légitime. D'après l'article 71 du Code du statut personnel, « l'enfant né d'une femme mariée, 6 mois au plus après la conclusion du mariage, a pour père le mari ». D'après cette présomption, il y a un déplacement de l'objet de la preuve dans la mesure où il suffit d'établir certains indices pour en déduire le fait contesté de la filiation. Ces indices sont les suivants :

- la preuve qu'on est l'enfant d'une femme mariée
- la preuve qu'on est né au moins 6 mois après le mariage.

<sup>(1)</sup> Tout ceci, à moins qu'il ne s'agisse d'une présomption légale dispense de preuve. On peut citer comme exemple de dispense de preuve l'article 558 C. O. C d'après lequel « la bonne foi se présume toujours tant que le contraire n'est pas prouvé ».

<sup>(1)</sup> Civ. n°16267, 24 janvier 1989, R. J. L 1991, n°6, p. 78.

<sup>(2)</sup> F. TERRE, Introduction, op.cit, n°507 ; GHESTIN et GOUBEAUX, Introduction, op.cit, n°514.

734. Un autre exemple de présomption légale peut être tiré de l'article 93 alinéa 3 du Code des obligations et des contrats. D'après ce texte, il suffit à la victime d'un dommage causé par l'agissement d'un enfant d'établir l'existence d'un dommage causé par un enfant de moins de 18 ans et qui habite avec ses parents. Le législateur en déduit la faute des parents qui ont mal surveillé et éduqué leur enfant. Le père et la mère en sont solidairement responsables<sup>(1)</sup>.

735. L'article 480 du Code des obligations et des contrats, inspiré de l'article 1350 du Code civil, a prévu trois grandes variétés de présomptions légales<sup>(2)</sup>.

1. « Les actes que la loi déclare nuls d'après leurs seules qualités comme présumés faits en fraude de ses dispositions ».

736. Parmi les actes juridiques que la loi déclare nuls, on peut citer les actes de vente de biens litigieux, au profit des magistrats ou avocats qui exercent dans le ressort du tribunal dont relèvent ces biens. D'après l'article 566 du Code des obligations et des contrats, il suffit de prouver l'existence d'une vente au profit de l'une de ces personnes, d'établir le caractère litigieux du bien et d'établir qu'il relève de la compétence des tribunaux dans le ressort desquels ces personnes exercent leurs fonctions. A partir de ces indices, le législateur présume la fraude et annule l'acte<sup>(3)</sup>.

2. « Les actes dans lesquels la loi déclare que l'obligation ou la libération résultent de certaines circonstances déterminées, telles que la prescription ».

<sup>(1)</sup> On peut citer encore la solidarité entre commerçants (art. 175 C. O. C.) ; ou encore la dernière maladie (art. 354 C. O. C.)

<sup>(2)</sup> L'art. 480 COC, tout comme l'art. 1350 C. civ., sont en effet, énonciatifs et non limitatifs. Il existe plusieurs présomptions qui ne rentrent pas dans l'une des trois situations prévues par ces textes, comme la présomption de filiation légitime (art. 73 CSP), la possession de bonne foi mobilière qui vaut titre (art. 53 C.D.R.).

<sup>(3)</sup> Civ. n°7606, 26 mars 1959, R. J. L 1960, n°6, p.33 ; C. app. Tunis, n°2973, 11 novembre 1971, R. J. L 1972, n°1, p. 105.

737. En effet, lorsqu'une personne poursuivie en paiement d'une créance, établit la prescription extinctive, elle est présumée avoir déjà payé. La preuve du fait de l'écoulement d'un certain temps sans que le créancier n'agisse pour réclamer le paiement est une présomption que le paiement a été effectué<sup>(1)</sup>.

3. « L'autorité que la loi attribue à la chose jugée ».

738. L'autorité de la chose jugée fait qu'une personne titulaire d'une décision de justice ayant ce caractère, n'a plus à prouver le droit reconnu dans cette décision. La décision de justice représente la « vérité judiciaire » et il suffit de se prévaloir de cette décision<sup>(2)</sup>.

739. Il existe dans l'article 1350 du Code civil une quatrième variété de présomption légale que le législateur tunisien n'a pas repris, avec raison d'ailleurs parce qu'elle semble inutile. Il s'agit de « la force que la loi attache à l'aveu de la partie ou à son serment ». En effet, l'aveu et le serment, loin d'être le résultat d'une présomption, constituent par eux-mêmes des modes de preuve<sup>(3)</sup>.

## B. Force probante des présomptions légales

740. Au regard de leur force probante, les présomptions légales sont de trois catégories : simples, irréfragables, mixtes.

### 1°/ Les présomptions légales simples

741. La présomption légale est dite simple lorsqu'elle admet la preuve contraire. Tel est le cas de la présomption de filiation légitime, ou de la présomption de faute qui pèse sur le père et la mère de l'enfant mineur qui cause à autrui un dommage. Il s'agit de présomptions fondées sur une simple vraisemblance, qui peuvent être détruites par la preuve contraire. Tel est encore le cas de la présomption légale posée par l'article 53 du Code des droits réels qui considère qui la possession d'un meuble, exercée de bonne foi,

<sup>(1)</sup> Civ. n°6266, 22 janvier 1970, B. 1970, p. 15.

<sup>(2)</sup> Civ. n°5237, 21 mars 1968, R. J. L 1968, n°10, p. 38/646; Civ. n°3994, 18 février 1982, B. 1982, I, p. 404.

<sup>(3)</sup> Cf. A. WEILL, *Droit civil, Introduction Générale*, op.cit. n°320, p. 286.

constitue une présomption de propriété, mais pouvant être combattue par la preuve du contraire. Il en est de même aussi de la solidarité passive entre commerçants, présumée par l'article 175 du Code des obligations et des contrats et qui peut être détruite par la preuve contraire...

### 2°/ Les présomptions légales irréfragables

742. La présomption légale est dite irréfragable lorsqu'elle ne peut jamais être combattue par la preuve du contraire.

743. Tel est le cas de la présomption de fraude qui entache un acte de vente au profit d'un magistrat ou d'un avocat, lorsqu'il s'agit d'un bien litigieux. Il s'agit dans ce cas, d'un déplacement de la preuve posé par le législateur, qui s'accompagne d'une interdiction absolue de rapporter la preuve contraire<sup>(1)</sup>. Tel est encore le cas de la présomption de favoriser un successible par rapports aux autres, lorsqu'il s'agit d'un acte de disposition fait par un malade pendant sa dernière maladie<sup>(2)</sup>.

744. Le principe est que la présomption soit irréfragable à moins que le législateur n'autorise expressément la preuve du contraire. C'est ce qui découle de l'article 485 alinéa 2 du Code des obligations et des contrats, d'après lequel «Nulle preuve n'est admise contre la présomption de la loi». La cour de cassation semble appliquer strictement cette règle et n'admet même pas le serment décisore pour faire échec à une présomption irréfragable<sup>(3)</sup>.

### 3°/ Les présomptions légales mixtes

745. Les présomptions légales mixtes sont des présomptions qui ne peuvent pas être classées dans l'une des deux catégories précédentes. Elles ne sont pas irréfragables parce qu'elles peuvent être combattues par la preuve contraire. Elles ne sont pas simples car on n'admet pas toute preuve contraire pour les combattre.

<sup>(1)</sup> Art. 566 et S. C.O.C.

<sup>(2)</sup> Art. 354, 355 et 565 C.O.C.

<sup>(3)</sup> Civ. n°6266, 22 janvier 1970, R. J. L 1970, n°6, p. 40/558 ; Cf. en droit français, art. 1352 C. civ.

746. Tel est le cas de l'autorité de la chose jugée qui, d'après l'article 484 du Code des obligations et des contrats, peut être combattue par la preuve de la fausseté des titres et autres preuves sur lesquelles se fonde le jugement, ou par la preuve de faits pouvant donner lieu à prise à partie du juge. Cet article 484 se retrouve aussi, mais dans une rédaction encore plus nette, dans le Code de procédure civile et commerciale. Les articles 156 et suivants de ce code détaillent la procédure de la requête civile qui permet de rétracter un jugement en dernier ressort si ce jugement a été motivé par le dol de l'une des parties, par des pièces reconnues fausses, ou par l'absence de pièces, retenues frauduleusement par une partie puis recouvertes par l'autre partie, après le jugement. Dans ces hypothèses, le législateur admet la preuve du contraire, mais limite les cas de preuve contraire possibles.

## Section troisième L'admissibilité de la preuve

747. De lege Ferenda, deux systèmes de preuve sont concevables et s'offrent au législateur. Il s'agit d'une part du système de la preuve légale, et d'autre part, du système de la preuve morale.

748. Dans le système de la preuve légale, la liberté du juge est réduite au maximum. En effet, c'est la loi qui fixe les divers moyens de preuve, en établit la hiérarchie, en détermine les conditions et la force probante. La loi commande au juge de tenir pour vrais les faits établis conformément aux exigences légales.

749. Dans le système de la preuve morale, dit aussi système de la liberté de la preuve, le législateur laisse toute liberté au juge pour apprécier les preuves présentées et déterminer le degré de foi qui doit leur être accordé. Le juge statue selon son intime conviction et il n'existe aucune hiérarchie entre les modes de preuve<sup>(1)</sup>.

<sup>(1)</sup> F. TERRE, *Introduction générale au droit*, op.cit, n°582 ; GHESTIN et GOUBEAUX, *Traité de droit civil, Introduction générale*, n°565 ; H. L. J MAZEAUD et F. CHABAS, *Leçons de droit civil, Introduction*, op.cit, n°388.

750. Le droit civil tunisien pratique un système mixte, qui est moins rigide que chacun des deux systèmes précédents. Les articles 427 et suivants du Code des obligations et des contrats distinguent entre les procédés de preuve parfaits, à savoir l'écrit, l'aveu judiciaire et le serment décisoire, et les procédés de preuve imparfaits qui sont essentiellement le témoignage, l'aveu extrajudiciaire, les présomptions de l'homme et le serment supplétoire. Les procédés parfaits sont en principe admissibles quelque soit l'objet du litige et lient le juge. Les procédés imparfaits sont admis dans certaines matières et ne lient par le juge.

751. La question de l'admissibilité de la preuve est dominée par une distinction fondamentale, entre les actes juridiques et les faits juridiques. Les premiers sont soumis à la preuve légale, limitée et de force probante déterminée par la loi. Les seconds sont soumis à la preuve morale, c'est à dire à la libre appréciation du juge.

752. L'acte juridique peut être défini comme étant une manifestation de volonté destinée à produire un effet de droit. Tel est le cas par exemple des contrats ou des actes juridiques unilatéraux. Les faits juridiques sont en revanche des situations auxquelles la loi attache des conséquences juridiques, sans rechercher si ces situations ont été voulues ou non par les sujets de droit. Tel est le cas par exemple de l'activité dommageable pour autrui, de la prescription extinctive, de la naissance, du décès...

753. La distinction entre actes juridiques et faits juridiques sert de base à la classification des procédés de preuve. Elle s'explique dans la mesure où il est possible d'exiger une preuve préconstituée pour les actes, alors qu'une telle exigence est en principe plus difficile ou même parfois impossible pour les faits. Cette distinction est consacrée par les articles 473 et suivants du Code des obligations et des contrats.

### Paragraphe premier La preuve des actes juridiques

754. Pour prouver un acte juridique, le législateur a posé un principe qui est celui de l'exigence d'un écrit. Cependant, ce principe est tempéré par l'admission de nombreuses exceptions<sup>(1)</sup>.

#### A. Le principe : L'exigence d'un écrit

755. L'exigence de la preuve écrite dans les actes juridiques est posée par les articles 473 et 474 du Code des obligations et des contrats. D'après l'article 473, «les conventions ou autres faits juridiques, ayant pour but de créer, de transférer, de modifier ou d'éteindre des obligations ou des droits, et excédant la somme ou valeur de trois mille francs, ne peuvent être prouvés par témoins ; il doit en être passé acte devant notaires ou sous seing privé »<sup>(2)</sup>. L'article 474 ajoute : «Il n'est reçu entre les parties aucune preuve par témoins contre et outre le contenu des actes, et encore qu'il s'agisse d'une somme ou valeur inférieure à trois mille francs ». Ces deux articles qui, ensemble, font l'équivalent de l'article 1341 du Code civil français, prévoient en fait deux règles juridiques distinctes. Il s'agit de la règle de la préconstitution d'une preuve écrite pour tout acte juridique de valeur supérieure à trois mille francs, et de la règle interdisant de prouver par témoins contre et outre le contenu des actes<sup>(3)</sup>.

<sup>(1)</sup> Ce principe et cette exception ont été déjà posés en droit musulman par le Coran qui exige la preuve écrite en matière d'actes juridiques et prévoit l'exception en matière commerciale. Sourate 2, verset 282.

<sup>(2)</sup> En parlant des conventions ou autres faits juridiques, le législateur tunisien, s'inspirant, en 1906, date d'élaboration du C.O.C. du droit français, est resté fidèle à une expression inspirée d'Aubry et Rau. Ceux ci distinguent les faits juridiques et les faits matériels ou purs et simples. Les faits juridiques visent ce que la doctrine appelle aujourd'hui les actes juridiques. Cf. GHESTIN et GOUBEUX, *Traité de Droit civil Introduction*, op.cit. n°598 ; J. VIATTE, *La preuve des actes juridiques*, commentaire de la loi n°80-525 du 12 juillet 1980, G.P. 1980, D. p. 581.

<sup>(3)</sup> Les articles 473 et 474 du C.O.C opposent l'écrit au témoignage. En effet, d'après ces articles, l'acte juridique se prouve par écrit et ne peut être prouvé par témoignages. Cependant, les autres modes de preuve prévus par l'article 427 du C.O.C suivent soit l'écrit, soit le témoignage. Ainsi, est recevable pour la preuve des actes juridiques au même titre que l'écrit, l'aveu judiciaire et le serment décisoire (art. 434 et 497 C.O.C) sauf les exceptions expressément prévues comme celle de l'article 500 C.O.C. De même, est recevable au même

### 1. L'obligation de préconstitution d'un écrit

756. Chaque fois que l'on se trouve en présence d'un acte juridique, c'est à dire d'une manifestation de volonté destinée à produire un effet de droit, il est nécessaire de rapporter un écrit pour en faire la preuve. La seule limite à cette règle est que l'acte juridique soit d'une valeur inférieure à 3 000 francs. Le texte a été rédigé en 1906, à une époque où la monnaie légale était le franc tunisien. Avec l'indépendance, la monnaie légale est devenue le dinar tunisien et la somme de 3 000 francs a été convertie en 3 dinars<sup>(1)</sup>. Il faut cependant remarquer que cette somme, qui avait une signification en 1906, date de rédaction du Code, n'a plus cette valeur aujourd'hui et l'article 473 mérite par conséquent d'être modifié en vue d'augmenter cette valeur et de traduire ainsi la dévaluation de la monnaie<sup>(2)</sup>.

757. Il est important de souligner que la règle posée par l'article 473 du Code des obligations et des contrats est une règle de preuve sans incidence sur la validité de l'acte juridique<sup>(3)</sup>. En effet, l'acte juridique se forme en principe par le seul échange des consentements. L'écrit qui constate l'acte juridique est exigé simplement à titre de preuve en cas de contestation. Cela signifie qu'un acte juridique est valable même s'il n'a pas été constaté par écrit. On dit que l'écrit est exigé *ad probationem*, et non *ad solemnitatem*. Cependant, parfois le législateur exige un écrit pour la validité d'un acte juridique. On parle alors d'actes juridiques solennels et le législateur doit en faire l'exigence expressément. Tel est le cas

(Suite note page précédente) titre que le témoignage, la preuve par les autres procédés imparfaits de preuve tels que les présomptions de l'homme, l'aveu extrajudiciaire... Cf. Civ. 11 mars 1976, B. 1976, I, p. 131 ; R. MEZGHANI, *Les règles de la preuve*, op.cit, n°395 ; J. GHESTIN et G. GOUBEUX, *Introduction générales*, op.cit n°595.

<sup>(1)</sup> Cf. par exemple, Civ. n°7915, du 21 mars 1983, B. 1983, I, p. 212 ; Civ. n°7473, du 16 juin 1982, B. 1982, III, p. 196 ; Civ. n°9991, du 3 juin 1959, R.J.L. n°6, 1960, p.457/53.

<sup>(2)</sup> L'article 1341 du Code civil français, qui a inspiré l'article 473 du Code des obligations et des contrats, a subi plusieurs modifications successives. En France, l'écrit est exigé pour la preuve des actes excédant une somme ou une valeur de 5 000 F (Décret n°533 du 15 juillet 1980), équivalant de près de 1 000 D.T.

<sup>(3)</sup> Art. 422 et 425 C.O.C ; Cf. Civ. n° 7079, 12 mars 1970, B. 1970, p.50.

par exemple de l'acte de mariage, de la vente du fonds de commerce, de l'acte d'hypothèque..., qui n'existent pas sans l'écrit qui les constate.

758. La question peut être posée de savoir comment s'évalue la valeur de l'acte juridique pour déterminer si un écrit est nécessaire. En principe, il n'y a pas de difficulté à déterminer la valeur de l'acte juridique lorsqu'il s'agit d'un acte qui porte une obligation de somme d'argent. Lorsqu'il ne s'agit pas d'une obligation en somme d'argent, il appartient au plaideur de l'évaluer et cette évaluation a des conséquences sur la preuve de l'acte juridique. Cette évaluation lie son auteur par application de l'article 475 du Code des obligations et des contrats. D'après ce texte, «celui qui a formé une demande excédant trois mille francs ne peut plus être admis à la preuve testimoniale, même en restreignant sa demande primitive, s'il ne justifie pas que cette demande a été majorée par erreur»<sup>(1)</sup>. Enfin, lorsque l'objet du litige consiste dans une obligation indéterminée en valeur, il faut en rapporter la preuve par écrit<sup>(2)</sup>.

### 2. La preuve contre et outre le contenu de l'écrit

759. Lorsqu'un acte juridique a été constaté dans un écrit destiné à faire preuve, le législateur interdit d'établir que cet acte juridique est inexact ou incomplet, autrement que par un autre écrit. Cette interdiction s'applique même si la valeur de l'acte juridique est inférieure à 3 dinars. L'article 474 du Code des obligations et des contrats édicte en effet que, «il n'est reçu entre les parties aucune preuve par témoins contre et outre le contenu des actes, et encore qu'il s'agisse d'une somme ou valeur inférieure à trois mille francs». La preuve contre l'acte signifie une preuve d'un élément contraire aux énonciations expresses de l'acte, la preuve outre est la preuve d'un élément qu'on prétend avoir omis lors de la rédaction de l'acte<sup>(3)</sup>.

<sup>(1)</sup> Civ. n°9991, du 3 juin 1959, R.J.L. 1960, n° 6, p. 53 ; Civ. n°1848, du 24 septembre 1931, R.J.L 1960, n°9 et 10, p. 35.

<sup>(2)</sup> F. TERRE, *Introduction générale au droit*, op.cit, n°590 ; GHESTIN et GOUBEUX *Traité de Droit civil, Introduction générale*, n°597.

<sup>(3)</sup> Ainsi, la contre lettre fixant un prix supérieur à celui de l'acte apparent de vente doit être établie par écrit, Civ. n°297 du 10 octobre 1960, R.J.L 1961, n°3, p.1064 ; Civ. n°7812, du 13

760. Dans son application, l'article 474 du Code des obligations et des contrats appelle deux précisions qui découlent de son alinéa 2, d'après lequel «cette règle reçoit exception au cas où il s'agit de prouver des faits de nature à établir le sens des clauses obscures ou ambiguës d'un acte, à en déterminer la portée ou à en constater l'exécution».

761. La première est relative au cas d'obscurité de l'acte. Les tribunaux estiment à raison que l'article 474 ne s'oppose pas à l'usage de tous les moyens de preuve pour permettre au juge de procéder à l'interprétation de l'acte juridique<sup>(1)</sup>.

762. La deuxième précision concerne les circonstances postérieures à l'écrit qui, sans le modifier, ont cependant une influence sur les rapports entre parties. La preuve de ces circonstances ne constitue pas une preuve contre et outre le contenu de l'acte. Ainsi par exemple, la détermination du mode d'exécution du contrat n'est pas une preuve contre et outre le contenu de l'acte<sup>(2)</sup>. Tel est aussi le cas lorsqu'il s'agit de prouver l'extinction de l'obligation, comme par la prescription extinctive<sup>(3)</sup>.

#### B. Les exceptions à l'exigence de l'écrit

763. Si on écarte l'exception tenant à la modicité de la valeur de l'acte (3 dinars), prévue par l'article 473 du Code des obligations et des contrats qui a posé lui-même l'exigence de l'écrit pour la preuve des actes juridiques, il reste encore quatre autres exceptions importantes prévues par le législateur. Il s'agit des actes juridiques en

matière commerciale, de l'existence d'un commencement de preuve par écrit ou d'une situation dont résulte l'impossibilité de la preuve écrite. La dernière exception, quant à elle, tient au caractère d'intérêt privé des règles relatives à la preuve.

#### 1. En matière commerciale

764. Le droit commercial étant soumis à un impératif fondamental, celui de la rapidité des opérations commerciales, ne peut pas souffrir de l'application de la règle de l'exigence de l'écrit pour prouver les actes juridiques de nature commerciale. Aussi, l'article 478.2° du Code des obligations et des contrats énonce-t-il expressément que «la preuve testimoniale est recevable par exception aux dispositions ci-dessus : ... entre commerçants dans les affaires où il n'est pas d'usage d'exiger des preuves écrites». L'interprétation exégétique de ce texte suppose que l'exception soit limitée aux cas où les usages commerciaux dispensent de la preuve écrite. Cependant, la jurisprudence a admis l'application de l'exception de manière générale en matière commerciale, sans se référer aux usages particuliers<sup>(1)</sup>.

765. L'exception à l'exigence de l'écrit en matière commerciale est aujourd'hui posée par l'article 589 du Code de commerce d'après lequel «les engagements commerciaux se constatent : ...7° par la preuve testimoniale et par présomptions dans le cas où le tribunal croira devoir les admettre».

766. Le législateur affirme ainsi expressément le principe de la liberté de la preuve en matière commerciale. Cependant, lorsqu'on est en présence d'un acte de commerce mixte, c'est à dire passé entre un commerçant et un non commerçant, la liberté de la preuve ne joue qu'à l'encontre de la partie vis à vis de laquelle l'engagement est de nature commerciale. En revanche, le commerçant qui entend prouver un engagement contre un non commerçant, est tenu d'en rapporter la

(Suite note page précédente) juillet 1959, R.J.L 1960, n°6, p. 35 ; Civ. 10509, du 15 janvier 1959, R.J.L 1960, n°9 et 10, p. 37 ; C. appel de Tunis, n°509, du 10 avril 1961, R.J.L 1962, n°10, p. 846 ; Civ. n°6012, 4 juin 1981, B. 1981, II, p. 115.

<sup>(1)</sup> C. appel de Tunis, n°509, du 10 avril 1961, R.J.L 1962, n°10, p. 846.

<sup>(2)</sup> Civ. n°10509, du 15 janvier 1959, R.J.L 1960, n°9 et 10, p. 37 ; Civ. n°10665, du 8 décembre 1959, R.J.L n°2, 1960, p. 18/90 ; Civ. n°5171, 27 juin 1967, R.J.L n°3, 1968, p. 54/214, B. 1967, p. 52 ; Civ. n°7473, 16 juin 1982, B. 1982, 3, p. 196.

<sup>(3)</sup> F. TERRE, Introduction générale au droit, op.cit., n°590 ; GHESTIN et GOUBEAUX, Traité de droit civil, Introduction générale, op.cit., n°600.

<sup>(1)</sup> Civ. n°39-301 du 16 juin 1960, B. 1960, p. 50 ; Civ. n°56/1290, 27 octobre 1960, B. 1960, p. 105. Cf. M. CHARFI, Introduction, op.cit., n°565 ; R. MEZGHANI, les règles de preuve, Publications de l'Institut d'administration publique, Arabie Saoudite, 1985, p. 218. Cf. en droit français, art. 1341 al. 2 C. civ. et art. 109 C. com.

preuve par écrit ou un autre mode parfait de preuve. Tel est le cas d'un prêt conclu entre un commerçant et un civil. Ce prêt peut être prouvé librement à l'encontre du commerçant alors que ce dernier ne peut l'établir vis à vis de son client que par écrit<sup>(1)</sup>.

767. Enfin, il faut remarquer que certains contrats, bien que commerciaux, échappent à la liberté de la preuve et ne peuvent être établis que par écrit. Généralement, l'écrit est exigé dans ces contrats, non pas à titre de preuve, mais à titre de validité. Il en est ainsi par exemple du contrat de société<sup>(2)</sup>, ou du contrat de vente de fonds de commerce<sup>(3)</sup> ou encore du nantissement du fonds de commerce<sup>(4)</sup>.

## 2. L'existence d'un commencement de preuve par écrit

768. L'article 477 du Code des obligations et des contrats déroge à l'exigence de la preuve par écrit des actes juridiques, lorsqu'il y a un commencement de preuve par écrit. D'après cet article, «on appelle ainsi tout écrit qui rend vraisemblable le fait allégué, et qui émane de celui auquel on l'oppose, de son auteur ou de celui qui le représente»<sup>(5)</sup>.

769. Ainsi, il s'agit d'un acte juridique pour lequel on ne dispose pas d'une preuve écrite dressée en vue de l'établir, mais on dispose d'un écrit qui sans être rédigé pour prouver l'acte en question, permet cependant de l'établir s'il est corroboré par des témoignages.

770. D'après la définition qui en est donnée par l'article 477 du Code des obligations et des contrats, le commencement de preuve

<sup>(1)</sup> Civ. n°1521, du 14 janvier 1930 R.J.L n°9 et 10, 1960, p. 35 ; Cf. F. TERRE, *Introduction générale au droit*, op.cit, n°596 ; H. L. J. MAZEAUD et CHABAS, *Droit civil, Introduction*, op.cit, n°400 ; R. MEZGHANI, *Les règles de preuve*, op.cit, p. 219.

<sup>(2)</sup> Art. 16 C. com.

<sup>(3)</sup> Art. 190 C. com

<sup>(4)</sup> Art. 238 C. com

<sup>(5)</sup> L'article 1347 C. civ. définit le commencement de preuve par écrit de manière quasi-similaire.

par écrit nécessite la réunion de trois éléments relatifs à l'écrit servant de commencement de preuve, à son origine, et à sa pertinence.

### a. La nature du commencement de preuve par écrit

771. Le commencement de preuve par écrit suppose au préalable l'existence d'un écrit. Mais la notion d'écrit est largement admise.

772. Il peut s'agir d'un écrit sous seing privé rédigé en vue de faire preuve mais qui est vicié parce qu'il lui manque une condition de validité. Tel est le cas par exemple lorsqu'il s'agit d'un écrit non signé de son auteur<sup>(1)</sup>. Mais, il peut s'agir aussi d'un écrit quelconque, non élaboré à l'origine pour faire preuve. Ainsi en est-il d'une lettre missive, de papiers domestiques, de simples notes...

773. S'agissant d'un acte authentique nul, l'article 448 du Code des obligations et des contrats admet qu'il puisse valoir acte sous seing privé s'il est signé des parties. S'il n'est pas signé des parties, il peut être retenu comme commencement de preuve par écrit. Cependant, lorsque l'acte authentique est entaché d'un vice de fraude, tel que sa rédaction par surprise, il est atteint de nullité absolue et l'article 447 du même code prévoit qu'il ne vaut même par commencement de preuve par écrit.

774. La notion d'écrit a été étendue en droit français<sup>(2)</sup> aux simples paroles, tenues par une personne devant le juge au cours d'une

<sup>(1)</sup> La jurisprudence admet que la lettre de change à laquelle manque une mention obligatoire ne vaut pas lettre de change, mais peut valoir commencement de preuve par écrit d'une obligation civile ou commerciale. Cf. Y. KNANI, *Droit commercial, les effets de commerce et le chèque*, C.R.E.P, Tunis, 1988, n°50, p.67, et la jurisprudence citée.

De même, le connaissance est un écrit qui, rédigé conformément à l'article 209 du Code de commerce maritime, et comportant les mentions légales, fait preuve de la prise en charge de la marchandise par le transporteur maritime. S'il ne contient pas certaines de ces mentions, le même article prévoit qu'il vaudra commencement de preuve par écrit. Cf. S. MELLOULI, *La responsabilité du transporteur maritime de marchandises*, C.E.R.P, Tunis, 1993, p. 128.

<sup>(2)</sup> L'article 1347 du Code civil a inspiré les rédacteurs de l'article 477 du Code des obligations et des contrats.

comparution personnelle, et retenues comme commencement de preuve par écrit, de même que son refus de répondre ou son absence de comparution. D'après l'article 1347 alinéa 2 du Code civil français, tel que modifié par la loi n° 75-596 du 9 juillet 1975, «peuvent être considérés par le juge comme équivalant à un commencement de preuve par écrit, les déclarations faites par une partie lors de sa comparution personnelle, son refus de répondre ou son absence à la comparution»<sup>(1)</sup>. Il y a lieu de remarquer à cet égard que l'article 429 du Code des obligations et des contrats fait un aveu judiciaire «du silence de la partie, lorsque, formellement invitée par le juge à s'expliquer sur la demande qui lui est opposée, elle persiste à ne pas répondre, et ne demande pas de délai pour ce faire». La Cour de cassation n'applique cette sanction sévère qu'au silence de la partie elle-même, non au silence de son représentant ou mandataire<sup>(2)</sup>.

775. La question s'était posée aussi en jurisprudence française pour savoir s'il est possible d'admettre l'enregistrement de la voix humaine comme commencement de preuve par écrit<sup>(3)</sup>. Il est évident que si l'enregistrement a été effectué dans des circonstances douteuses, à l'insu ou en fraude de celui qui a parlé, il ne peut être retenu à titre de preuve<sup>(4)</sup>. Mais, lorsque l'enregistrement a été fait ostensiblement, au vu et au su de celui qui a parlé, cet enregistrement peut être retenu comme commencement de preuve par écrit. Certes, le risque de truquage existe, mais ce risque n'est pas propre à

l'enregistrement car le truquage s'applique encore plus à l'écrit. Quant à l'exigence de l'écrit, il est vrai que dans l'enregistrement, il n'y a pas d'écrit au sens matériel du terme, «cependant, l'enregistrement tout à la fois fixe le langage et permet d'identifier l'auteur de la déclaration, ce qui correspond aux deux fonctions de l'écriture, de sorte qu'il n'est pas impossible de l'assimiler à un écrit»<sup>(1)</sup>.

#### b. L'origine du commencement de preuve par écrit

776. D'après l'article 477 du Code des obligations et des contrats, le commencement de preuve par écrit «émane de celui auquel on l'oppose, de son auteur, ou de celui qui le représente».

777. Il est évident que l'écrit invoqué comme commencement de preuve par écrit doit émaner de celui contre lequel on l'utilise. En revanche, l'écrit ne peut pas émaner de celui qui l'invoque car l'article 548 du Code des obligations et des contrats édicte que «nul ne peut se constituer un titre à soi-même». L'écrit n'a pas besoin d'être signé de son auteur. D'ailleurs, la signature conférerait à l'écrit la qualité d'acte sous seing privé et non seulement d'un commencement de preuve par écrit<sup>(2)</sup>.

778. L'écrit peut émaner de celui à qui on l'oppose personnellement. Il en est alors l'auteur matériel. Mais il suffit qu'il en soit l'auteur intellectuel, lorsqu'il en a dicté le texte à une tierce personne<sup>(3)</sup>. Cependant, l'écrit ne doit pas être l'œuvre d'un tiers étranger à la contestation et aux parties car ce serait dans ce cas admettre le témoignage par écrit et non le commencement de preuve par écrit<sup>(4)</sup>.

<sup>(1)</sup>Voir en jurisprudence française, à propos des déclarations faites par le prévenu dans des interrogatoires subis devant le juge d'instruction, Crim. 23 nov. 1923, D.H. 1924, p. 90 ; Les déclarations faites dans un inventaire dressé par un officier public, Civ. 26 déc. 1916, D.P. 1921, I, p. 19. Voir, en jurisprudence tunisienne, à propos de la déclaration faite par une partie, et enregistrée dans un écrit ou dans un jugement, Civ. n°2661, du 16 avril 1935, R.J.L. 1960, n°9 et 10, p.36 (Art. 477 C.O.C) . sur le refus de répondre et sa valeur en jurisprudence tunisienne, Cf. Civ. 1075, 20 février 1979, B. 1979, p. 86 ; Déclaration administrative C.P.E, Civ. n°1174, 21 octobre 1930, R.J.L 1960, n°9 et 10, p. 167.

<sup>(2)</sup>Civ. 11 octobre 1966, R.J.L 1967, n°1, p.47.

<sup>(3)</sup>IVAINER, *Le magnétophone, source ou preuve de rapports juridiques en droit privé*, G.P. 1966, II, Doct. P.91 ; P. MIMIN, *La preuve par magnétophone*, J.C.P. 1957, I, 1370

<sup>(4)</sup>*Fraus omnia corrumpit*, Civ. 18 mars 1955, G.P. 1955, I, P. 249 ; Paris, 9 novembre 1966, D. 1967, p. 273 ; Civ. 15 janvier 1970, J.C.P. 1970, II, 16320, note P.L.

<sup>(1)</sup> GHESTIN et GOUBEUX, *Traité de Droit civil, Introduction générale*, op.cit, n°604 ; Legeais, note sous Trib. Civ. Dijon, 16 novembre 1954, J.C.P. 1955, II, 8550 ; Dijon, 29 juin 1955, D. 1955, p. 583.

<sup>(2)</sup> Civ. n°9743, 6 juin 1974, B. 1974, I, p. 154.

<sup>(3)</sup> Req. 6 décembre 1933, D.P. 1935, I, p. 61, note DESIRY, Civ. 1°, 7 juillet 1955, D. 1955, p. 737.

<sup>(4)</sup> Civ. 15 mai 1934, D.P. 1934, I, p. 113, note E. P.

### c. La pertinence du commencement de preuve par écrit

779. Pour valoir commencement de preuve par écrit, l'écrit invoqué doit rendre vraisemblable le fait allégué. La vraisemblance est une situation qui se place entre la simple probabilité et la certitude. L'écrit présenté comme commencement de preuve fournit un élément de preuve plus fort que la simple probabilité. La vraisemblance n'est, en effet, ni la simple probabilité, ni la simple hypothèse<sup>(1)</sup>. De même, la vraisemblance n'est pas la certitude. Le commencement de preuve par écrit serait donc insuffisant, à lui seul, pour prouver l'acte contesté<sup>(2)</sup>. En effet, il ne fait pas pleine preuve et il doit être complété par des procédés imparfaits de preuve tels que le témoignage et les présomptions. Ainsi, le commencement de preuve par écrit, complété par une preuve imparfaite, transforme la vraisemblance en certitude. Il permet ainsi de prouver l'acte juridique.

### 3. L'impossibilité de la preuve écrite

780. «A l'impossible, nul n'est tenu». Cet adage qu'on rencontre dans divers domaines du droit, a reçu application aussi en matière de preuve des actes juridiques. L'article 478 du Code des obligations et des contrats prévoit en effet que «la preuve testimoniale est recevable, par exception aux dispositions ci-dessus :

1- toutes les fois que la partie a perdu le titre qui constituait la preuve littérale de l'obligation ou de la libération en conséquence d'un cas fortuit, d'une force majeure, d'une soustraction frauduleuse...

2- lorsqu'il n'a pas été possible au créancier de se procurer une preuve littérale de l'obligation ; ... L'appréciation des cas où il n'a pas été possible au créancier de se procurer une preuve écrite est remise à la prudence du tribunal ».

<sup>(1)</sup> Civ. 3, 1er avril 1971, J.C.P. 1971, II, 16998, note GHESTIN

<sup>(2)</sup> Civ. n°2661, du 16 avril 1935, R.J.L. 1960, n°9 et 10 p.36

781. Ainsi, l'exigence de la preuve écrite en matière d'actes juridiques cède lorsqu'on est dans une situation où il a été impossible de se ménager une preuve écrite<sup>(1)</sup>. Le législateur autorise alors le recours aux témoignages et aux autres preuves imparfaites.

782. L'article 478 du Code des obligations et des contrats distingue deux situations différentes, selon qu'il s'agit de l'impossibilité de préconstituer un écrit, ou de la perte de l'écrit précédemment constitué.

#### a. L'impossibilité de préconstituer un écrit

783. Il est possible que les parties à l'acte juridique soient, dès le départ, dans une situation telle qu'elles ne peuvent pas préconstituer à l'avance, une preuve écrite de cet acte. L'article 478 du Code des obligations et des contrats prévoit que l'appréciation de l'impossibilité est remise à la prudence du tribunal. L'examen de la loi et de la jurisprudence révèle que l'impossibilité de préconstituer une preuve écrite peut être une impossibilité matérielle ou même une impossibilité morale.

#### 1. L'impossibilité matérielle

784. L'article 1003 du Code des obligations et des contrats cite une hypothèse d'impossibilité matérielle de la preuve écrite dans le contrat de dépôt. D'après cet article, «le dépôt doit être constaté par écrit, lorsqu'il a une valeur excédant trois mille francs ; cette règle ne s'applique pas au dépôt nécessaire ; le dépôt nécessaire est celui qui a été forcé par quelque accident, tel qu'un incendie, un naufrage ou autre événement imprévu ou de force majeure ; la preuve peut en être faite par tous moyens, quelle que soit la valeur de l'objet du dépôt ». La règle s'explique par la rapidité des circonstances qui font

<sup>(1)</sup> Cf. sur cette question, Ph. MALINVAUD, *L'impossibilité de la preuve écrite*, J.C.P. 1972, I, n° 2468. Cf. Art. 1348 du Code civil français dont la modification par la loi du 12 juillet 1980 ajoute l'impossibilité morale.

naître l'obligation. Il s'agit en effet de situations accidentelles imprévues mettant les parties dans l'impossibilité de dresser un écrit.

785. Ce texte trouve son origine dans l'article 1348-2° et 3° du Code civil français qui cite cependant d'autres hypothèses comme le dépôt fait par les voyageurs logeant dans un hôtel. En fait, l'hôtelier étant un commerçant il nous semble que l'exception se justifie par la nature commerciale de l'acte juridique à son encontre, plutôt que par l'existence d'une quelconque impossibilité.

786. Le cas du dépôt nécessaire ne constitue cependant qu'un exemple et le tribunal peut apprécier librement les circonstances dont découle l'impossibilité matérielle<sup>(1)</sup>.

## 2. L'impossibilité morale

787. L'énumération des cas prévus par l'article 478 du Code des obligations et des contrats n'étant pas une énumération limitative, la jurisprudence a eu l'occasion d'étendre l'impossibilité matérielle à l'impossibilité morale<sup>(2)</sup>. Cette extension était d'autant plus aisée que l'article 478 considère les hypothèses d'impossibilité comme des situations de fait soumises à l'appréciation souveraine des juges du fond sans contrôle de la part de la cour de cassation<sup>(3)</sup>. L'impossibilité morale résulte généralement soit des relations d'affection entre les parties, soit de certains usages particuliers.

788. S'agissant des relations d'affection, elles découlent des relations parentales entre père et fils, entre frères et sœurs, et même entre oncles et nièces<sup>(4)</sup>. En effet, les liens de parenté peuvent être des obstacles psychologiques à l'établissement d'un écrit, mais ce qui compte est beaucoup plus le lien d'affection résultant de la parenté que la parenté elle-même. D'ailleurs, le lien de parenté peut être analysé comme constitutif d'une présomption d'impossibilité morale

de la preuve écrite qui peut être écartée en démontrant qu'il n'existait aucun lien d'affection entre les parties au moment de la conclusion de l'acte<sup>(1)</sup>. La relation d'affection peut résulter aussi des rapports entre fiancés rendant la preuve écrite impossible<sup>(2)</sup>.

789. Une autre source possible d'impossibilité morale se trouve dans certains usages qui empêchent l'exigence d'un écrit. Il en est ainsi par exemple des relations juridiques entre médecin et patient, ou bien entre avocat et client, s'agissant de leurs honoraires<sup>(3)</sup>.

## b. La perte de l'écrit antérieurement préconstitué

790. La perte de l'écrit constitue un cas d'impossibilité de preuve écrite lorsqu'elle est due à un cas fortuit ou de force majeure. Il ne s'agit pas cependant d'une impossibilité de préconstitution puisqu'un écrit a déjà été préconstitué.

791. Le bénéfice de cette exception suppose que soit établi le cas fortuit ou de force majeure en raison duquel l'écrit a été perdu. Cette exigence se justifie par la nécessité d'éviter la fraude. Aussi, seule une circonstance sérieuse permet de se prévaloir de l'exception à l'exigence de l'écrit.

## 4. Les conventions contraires

792. La question peut être posée de savoir si les règles relatives à la preuve sont d'ordre public ou d'intérêt privé. Si elles sont d'ordre public, elles s'imposent à tous et ne peuvent être écartées d'un commun accord des parties. En revanche, si elles sont d'intérêt privé, les parties peuvent y déroger par convention contraire.

<sup>(1)</sup> Civ. n° 10478, du 22 décembre 1959, R.J.L 1960, n°3, p. 30-201.

<sup>(2)</sup> Civ. n° 10991, du 19 février 1976, B. 1976, I, p. 80 ; Civ. n° 12671, 5 novembre 1985, B. 1985, II, p. 209.

<sup>(3)</sup> Civ. n° 10478, du 22 décembre 1959, R.J.L 1960, n°3, p. 30-201.

<sup>(4)</sup> Civ. n° 10991, du 16 février 1976, op. Cit.

<sup>(1)</sup> Crim. n° 15226, du 5 février 1986, R.J.L 1988, n°6, p. 118.

<sup>(2)</sup> Civ. n° 12671, du 5 novembre 1985, B. 1985, II, p. 209, M. M. BOUGUERRA, *L'établissement de la filiation de l'enfant de fiancés, mémoire de D.E.S en Droit privé, Fac. de Droit et des Sciences politiques et économiques de Tunis, 1979.*

<sup>(3)</sup> Cf. PH. MALINVAUD, *article op.cit*, n°24 ; HUGUENEY, *note sous req. 1<sup>er</sup> mai 1911, S. 1913, I. p. 305.*

793. Appliquée à la question de l'admissibilité de la preuve et à la distinction probatoire entre actes juridiques et faits juridiques, cette question a reçu une réponse claire de la part de la Cour de cassation. Celle-ci affirme que l'article 473 du Code des obligations et contrats n'est pas d'ordre public et que les juges ne peuvent écarter la preuve par témoignage si les parties ne s'opposent pas à l'admission d'un pareil mode de preuve pour établir l'existence d'un acte juridique<sup>(1)</sup>. Cette position de la Cour de cassation considérant les règles de la preuve comme des règles d'intérêt privé trouve son fondement dans l'article 422 du Code des obligations et des contrats d'après lequel « aucune forme spéciale n'est requise pour la preuve des obligations, si ce n'est dans les cas où la loi prescrit une forme déterminée ».

794. Ceci s'explique par le fait que dans le procès civil, les intérêts en cause sont des intérêts privés. Le procès civil lui-même est considéré comme étant l'affaire des particuliers et les parties peuvent disposer librement de leurs droits<sup>(2)</sup>.

795. Du caractère d'intérêt privé des règles relatives à la preuve découlent des conséquences importantes.

796. D'une part, les règles relatives à la preuve peuvent faire l'objet de renonciation ou d'attribution conventionnelle de la charge de la preuve. Ainsi, est valable la convention admettant la preuve testimoniale d'un acte juridique puisque la Cour de cassation a admis que le simple silence gardé sur la présentation d'un témoignage destiné à prouver un acte juridique constitue une renonciation à la

preuve écrite<sup>(1)</sup>. De même, est valable la convention portant que la preuve ne peut être faite que selon tel ou tel mode donné<sup>(2)</sup>.

797. D'autre part, les règles relatives à la preuve étant d'intérêt privé, le juge ne peut pas relever d'office la violation de ces règles, pas plus que les parties ne peuvent l'invoquer pour la première fois devant la Cour de cassation<sup>(3)</sup>.

### Paragraphe deuxième La preuve des faits juridiques

798. En matière de faits juridiques règne le principe de la liberté de la preuve. C'est ce qui se dégage de l'article 478 du Code des obligations et des contrats. D'après cet article, « la preuve testimoniale est recevable, par exception aux dispositions ci-dessus : ... lorsqu'il n'a pas été possible au créancier de se procurer une preuve littérale de l'obligation ; tel est le cas des obligations provenant des quasi-contrats et des délits ou quasi-délits et celui où il s'agit d'établir une erreur matérielle commise dans la rédaction de l'acte, ou des faits de violence, simulation, fraude ou dol dont l'acte est entaché... ».

799. La liberté de la preuve signifie que les parties peuvent recourir aux procédés imparfaits de preuve et notamment au témoignage. Cela signifie aussi que le juge a toute liberté pour forger son intime conviction quant aux faits soumis à son appréciation.

<sup>(1)</sup> Civ. n°889 du 10 janvier 1929, *op.cit* ; Civ. n°2116 du 22 février 1935, *op.cit*.

<sup>(2)</sup> Cf. en jurisprudence française, Civ. 6 août 1901, S. 1901, I, 481, note CHAVEGRIN. Cf. également Civ. 2°, 6 mars 1958, J.C.P 1958, II, 10902, note CHEVALLIER ; Com, 19 juillet 1965, B. civ. 1965, III, n°456, p. 416. Il s'agit dans ce dernier arrêt d'une convention prévoyant qu'un cocontractant pourra rompre le contrat sans établir une cause légitime de rupture, la charge de la preuve de l'abus incombant à l'autre cocontractant.

<sup>(3)</sup> Civ. n°7079, 12 mars 1970, B. 1970, p.50 ; Civ. n°889, 10 janvier 1929, R.J.L 1960, n°9 et 10, p. 35 ; Civ. n°11745, 29 janvier 1976, B. 1976, p. 25 ; Civ. n°2440, 11 décembre 1980, B. 1980, p. 178. Cf. CHEVALLIER, *Le contrôle de la Cour de cassation sur la pertinence de l'offre de preuve*, D. 1956, p. 37.

<sup>(1)</sup> Civ. n°889, du 10 janvier 1929, R. J. L 1960, n°9 et 10, p. 35 ; Civ. n° 2116, du 22 février 1935, R.J.L 1960, n°9 et 10, p. 36 ; Civ. n°11745, 29 janvier 1976, B. 1976, p. 25 ; Civ. n°2440, 11 décembre 1980, B. 1980, p. 178.

<sup>(2)</sup> Cf. sur cette question LE BALLE, *des conventions sur les procédés de preuve en droit civil*, Thèse, Paris, 1923 ; GHESTIN et GOUBEAUX, *Introduction générale*, *op.cit*, n°567, F. TERRE, *Introduction générale au droit*, *op.cit*, n°594.

800. S'il en est ainsi, c'est parce que le fait juridique concerne généralement des situations qui ne peuvent pas être soumises à la préconstitution de la preuve (délits, quasi-délits, erreur matérielle, violence, fraude, quasi-contrats...).

801. A cette liberté, il existe cependant plusieurs exceptions dans lesquelles le fait juridique doit être prouvé par écrit, en raison de l'importance particulière qu'il revêt. Tel est le cas par exemple des faits juridiques qui intéressent l'état des personnes. Ainsi, en vertu de la loi n°57-3 du 1er août 1957 règlement l'état civil, la naissance ou le décès doivent être établis par des actes authentiques dressés par un officier de l'état civil.

### **Section quatrième Les procédés de preuve**

802. Le texte de base relatif aux moyens de preuve est l'article 427 du Code des obligations et des contrats. D'après cet article, «les moyens de preuve reconnus par la loi sont :

1. l'aveu de la partie ;
2. la preuve littérale ou écrite ;
3. la preuve testimoniale ;
4. la présomption ;
5. le serment et le refus de le prêter »

L'article 427 permet de faire trois remarques.

803. a. La cour de cassation, appliquant ce texte, a décidé que «les moyens de preuve admissibles sont ceux énumérés dans l'article 427 du Code des obligations et des contrats, et que l'admission d'autres moyens de preuve différents n'a pas de base juridique »<sup>(1)</sup>.

<sup>(1)</sup> Civ. n° 10697 du 19 mai 1959, R.J.L 1960, n°6, p. 60/464. Dans le même sens, Civ. n°1398, du 24 septembre 1929, R.J.L 1960, n°9 et 10, p. 167. Dans cet arrêt, la Cour de cassation a décidé que le défaut de comparution du défendeur ne doit pas être retenu comme une preuve à son encontre, à moins d'établir le fait contesté par l'un des moyens prévus à l'article 427 du Code des obligations et des contrats.

804. Cette affirmation n'est pas évidente dans la mesure où le droit de la preuve touche aussi la procédure civile. Ainsi, l'expertise judiciaire, les constats d'huissier notaire, les descentes sur les lieux, constituent des moyens de preuve admissibles bien que traités en dehors de l'article 427 du Code des obligations et des contrats. L'affirmation de la cour de cassation pourrait cependant être retenue si on considère que ces moyens procéduraux de preuve peuvent être rattachés aux présomptions de fait puisqu'ils constituent des indices permettant de déduire le fait inconnu.

805. b. La deuxième remarque qu'appelle l'article 427 du Code des obligations et des contrats tient à son caractère relativement moderne malgré son âge, le code datant de 1906. Ainsi, les articles 427 et suivants traitent déjà des moyens de preuve liés au progrès technique. Tel est le cas de la preuve par l'usage de la dactylographie ou de la photocopie dont parlent les articles 470 à 472. Cependant, d'autres modes de preuve nouveaux, liés au progrès technique, n'y figurent pas. Ainsi, en est-il de la phonographie, de la magnétoscopie, de l'analyse sanguine...<sup>(1)</sup>.

806. c. La troisième remarque qu'appelle l'article 427 du Code des obligations et des contrats tient au fait qu'il présente les divers moyens de preuve sans aucune classification.

807. Les classifications doctrinales des procédés de preuve sont nombreuses. Ainsi, on distingue entre procédés directs et

<sup>(1)</sup> Cf. sur cette question, R. LEGEAIS, *les règles de preuve en droit civil, permanence et transformations*, Thèse, poitiers, 1955 ; IVAINER, *le magnétophone, source ou preuve de rapports juridiques en droit privé*, G.P. 1966, 2, Doct. p. 91 ; REULOS, *la théorie des preuves et les techniques modernes de reproduction des documents*, R.T.D com. 1948, p. 608 ; R. HOUIN, *Le progrès de la science et le droit de la preuve*, Rev. internat. De droit comparé, 1953, p. 69 ; BARBIER, *l'examen du sang et le rôle du juge dans les procès relatifs à la filiation*, R.T.D.C 1949, p.345 ; J. HUET, *la modification du droit sous l'influence de l'informatique, aspects de droit privé*, J.C.P 1983, I, 3095 ; *Formalisme et preuve en informatique et télématique : éléments de solution en matière de relations d'affaires continues ou de rapports contractuels occasionnels*, J.C.P 1989, I, 3406 ; F. CHAMOUX, *la loi du 12 juillet 1980, une ouverture sur les nouveaux moyens de preuve*, J.C.P. 1981, I, 3008 ; *Le microfilm au regard du droit des affaires*, JCP 1975, I, 2725 ; J.C. GALLOUX, *l'empreinte génétique, la preuve parfaite*, J.C.P 1991, I, 3497.

procédés indirects de preuve. Les premiers portent directement sur le fait contesté, alors que les seconds opèrent par déduction. La preuve directe est constituée notamment par l'écrit, l'aveu et le témoignage, alors que la preuve indirecte est constituée par les présomptions et le serment.

808. On distingue aussi entre les modes de preuve préconstitués (ou a priori) et les modes de preuve non préconstitués (ou a posteriori). Les premiers sont préparés à l'avance pour faire preuve (l'écrit), les seconds ne peuvent être constitués préalablement au litige (témoignage, présomptions...).

809. On distingue encore entre les procédés de preuve parfaits et les procédés de preuve imparfaits. La perfection ou l'imperfection tient à leur force probante. En effet, certaines preuves ont une force probante absolue en ce sens qu'elles s'imposent au juge qui ne dispose pas d'un pouvoir d'appréciation à leur égard. Elles nous rappellent le système de la preuve légale. Ces procédés de preuve sont parfaits. D'autre part, il existe des procédés de preuve dont la force probatoire est moindre et sont laissés à l'appréciation souveraine des juges du fond. Il s'agit des procédés imparfaits de preuve.

810. Le législateur retient implicitement cette classification au regard de l'admissibilité de la preuve puisqu'il exige en principe une preuve parfaite pour les actes juridiques alors qu'il admet les preuves imparfaites pour les faits juridiques.

C'est cette dernière classification qu'on retiendra pour étudier les procédés de preuve d'autant que la caractéristique principale des procédés de preuve concerne leur force probante.

### **Paragraphe premier Les procédés de preuve parfaits**

Les procédés de preuve parfaits retenus par le Code des obligations et des contrats sont l'écrit ou preuve littérale, l'aveu judiciaire et le serment décisoire.

#### **A. La preuve littérale ou écrite**

811. La preuve littérale ou écrite est une preuve préconstituée résultant d'écrits dressés par les parties ou à leur demande, et destinés à servir de moyen de preuve, avant tout litige<sup>(1)</sup>.

L'écrit, en tant que procédé de preuve, présente plusieurs intérêts.

812. D'une part, l'écrit permet de fixer et de conserver le langage<sup>(2)</sup>. En effet, dès sa rédaction, l'écrit dispose d'une valeur objective qui ne risque pas d'être altérée par le temps, ce qui n'est pas le cas du témoignage, dont la valeur s'amoindrit par le temps.

813. D'autre part, l'écrit constitue un procédé de preuve préconstitué, c'est à dire dressé antérieurement à tout litige. Les esprits étant encore sains et calmes au moment de sa rédaction, cela justifie la crédibilité particulière qui s'attache à l'écrit<sup>(3)</sup>.

814. Le Code des obligations et des contrats distingue essentiellement entre deux écrits, l'acte authentique et l'acte sous seing privé. Mais il accorde encore une certaine force probante à d'autres formes d'écrit qui ne sont pas toutes constituées dès le départ pour faire preuve<sup>(4)</sup>.

<sup>(1)</sup> Lorsque l'écrit est dressé à l'origine pour constater un acte juridique, on parle d'actes primordiaux ; lorsque l'écrit tend à réaffirmer ou consolider un droit qui existe déjà, on parle d'actes reconnaissifs ou confirmatifs.

<sup>(2)</sup> GHESTIN et GOUBEUX, *Traité de Droit civil, Introduction générale*, op.cit, n°613.

<sup>(3)</sup> F. TERRE, *Introduction générale*, op. cit. n°517.

<sup>(4)</sup> Il faut remarquer que l'usage par le législateur du terme acte pour désigner l'écrit est un usage impropre. En effet, le terme acte désigne normalement l'acte juridique conclu, c'est à dire le negotium, indépendamment de sa preuve écrite, l'instrumentum. Ainsi, la vente est un acte juridique, sa preuve peut résulter d'un écrit. Cf. H.L.J MAZEAUD et F. CHABAS, *Leçons de droit civil, Introduction*, n°410.

### I- L'acte authentique

815. En vertu de l'article 442 du Code des obligations et des contrats, «l'acte authentique est celui qui a été reçu avec les solennités requises par des officiers publics ayant le droit d'instrumenter dans le lieu où l'acte a été rédigé »<sup>(1)</sup>.

816. Pour sa validité, l'acte authentique doit obéir à certaines conditions. Lorsque ces conditions sont remplies, l'acte authentique a une force probante très grande. En effet, il fait pleine foi, même à l'égard des tiers, des faits et des conventions reçues par l'officier public.

#### a. Conditions de validité de l'acte authentique

L'acte authentique, pour être valable, doit être dressé par un officier public compétent, et remplir certaines formalités requises par la loi.

##### 1. Un officier public compétent

817. La compétence de l'officier public s'apprécie au regard de la compétence d'attribution et au regard de la compétence territoriale.

818. S'agissant tout d'abord de la compétence d'attribution, elle est conférée, selon la nature de l'acte, à certains officiers publics déterminés par la loi. En effet, chaque catégorie d'officiers publics a reçu une compétence particulière par l'effet de la loi et l'acte n'est réputé authentique que lorsqu'il est dressé dans le respect de cette compétence.

<sup>(1)</sup> A. LAPEYRE, *L'authenticité*, J.C.P. 1970, I, 2365.

819. Ainsi, l'huissier notaire est un officier public compétent pour procéder aux protêts, significations et commandements, et dresser les actes authentiques y afférents<sup>(1)</sup>. De même, les notaires sont compétents pour rédiger et constater les conventions auxquelles les parties veulent conférer l'authenticité<sup>(2)</sup>.

820. Il en est de même des présidents de commune, des gouverneurs, des délégués et des omdas qui ont la qualité d'officiers de l'état civil<sup>(3)</sup>. En cette qualité, ils dressent les actes de l'état civil qui ont le caractère d'actes authentiques.

821. Les juges sont également des officiers publics et les actes par eux reçus ainsi que les jugements qu'ils rendent sont considérés comme des actes authentiques. Il en est de même des greffiers auprès des tribunaux, s'agissant de la délivrance d'une grosse des jugements<sup>(4)</sup>.

822. Cependant, il ne suffit que l'officier public qui instrumente ait la qualité d'officier public. Il faut également qu'il soit territorialement compétent. Ainsi, les notaires et huissiers notaires instrumentent dans l'étendue du ressort du tribunal civil de leur résidence. La résidence est fixée par l'arrêté du ministre de la justice qui procède à la nomination du notaire ou de l'huissier notaire<sup>(5)</sup>. Lorsqu'il s'agit d'un officier de l'état civil, il n'a la qualité d'officier public qu'à l'intérieur du périmètre dont il relève. S'il s'agit d'un président de commune, il exerce sa compétence «à l'intérieur du périmètre communal », s'il s'agit d'un gouverneur, délégué ou omda, il est compétent «en dehors du périmètre communal » dans le ressort du gouvernement, de la délégation ou de la omda<sup>(6)</sup>. Pour les juridictions,

<sup>(1)</sup> Art. 13 de la loi n°29-95 du 13 mars 1995 portant organisation de la profession des huissiers-notaires.

<sup>(2)</sup> Loi n°94-60 du 23 mai 1994 portant organisation de la profession des notaires.

<sup>(3)</sup> Art. 2 de la loi n°57-3 du 1er août 1957 réglementant l'état civil.

<sup>(4)</sup> Art. 443 C.O.C ; Art. 252 C. P. C. C.

<sup>(5)</sup> Art. 34 et 35 de la loi n°94-60 du 23 mai 1994 portant organisation de la profession des notaires et art. 4 de la loi n°95-29 du 13 mars 1995 portant organisation de la profession des huissiers-notaires.

<sup>(6)</sup> Art. 2 de la loi n° 57-3 du 1er août 1957, M. CHARFI, *Les conditions de forme du mariage en droit tunisien*, R.T.D. 1969-70, p.11.

la compétence des juges est déterminée par le ressort du tribunal dont ils relèvent<sup>(1)</sup>.

## 2. Les formalités pour dresser un acte authentique

823. L'acte authentique est «celui qui a été reçu avec les solennités requises par des officiers publics... »<sup>(2)</sup>.

824. S'agissant des actes notariés, la loi n° 94-60 du 23 mai 1994 prévoit plusieurs formalités entourant la rédaction d'un écrit. Ainsi, l'acte notarié est écrit en un seul contexte, lisiblement, sans abréviations, blancs, lacunes, intervalles. Il indique les nom, prénom, profession, domicile, nationalité, lieu et date de naissance des parties. De même, l'acte doit énoncer en toutes lettres les sommes et les dates. En outre, l'acte doit être signé par les notaires et les parties à l'acte. Le défaut de signature de l'acte sur le registre brouillard ou sur le registre minute entraîne sa nullité<sup>(3)</sup>.

825. Parmi les formalités importantes en vue de dresser valablement un acte authentique, il faut signaler l'exigence posée par l'article 12 de la loi du 23 mai 1994 selon lequel les conventions entre parties ne peuvent être reçues que par deux notaires.

826. De même, il faut signaler l'exigence de l'article 25 selon lequel, lorsque l'acte concerne des personnes ne parlant pas couramment la langue arabe, les notaires sont tenus –à moins qu'eux-mêmes ne possèdent une connaissance suffisante de la langue des dites personnes- d'instrumenter avec l'assistance d'un interprète assermenté dont la signature est exigée dans tous les cas<sup>(4)</sup>.

<sup>(1)</sup> Art. 443 du C. O. C.

<sup>(2)</sup> Art. 442 du C. O. C.

<sup>(3)</sup> Art. 19 et S. de la loi n°94-60 citée.

<sup>(4)</sup> Sur les formalités qui entourent les actes de l'état civil, cf. les articles 3 et suivants de la loi n°57-3 du 1er août 1957 ; sur les formalités qui entourent la rédaction des jugements, cf. Art. 122, 123, et 253 du C. P. C. C.

## b. La force probante de l'acte authentique

S'agissant de la force probante de l'acte authentique, il y a lieu de distinguer selon qu'il s'agisse d'un acte authentique valable ou d'un acte authentique nul.

### 1. Acte authentique valable

827. La question de la force probante de l'acte authentique est traitée par les articles 444 et 445 du Code des obligations et des contrats. Ces textes distinguent selon qu'il s'agit d'énonciations soumises au contrôle de l'officier public ou selon qu'il s'agit d'énonciations qu'il ne peut contrôler lui-même.

828. L'acte authentique fait foi entre les parties et vis à vis des tiers, jusqu'à inscription de faux, «des faits et des conventions attestées par l'officier public qui l'a rédigé, comme passés en sa présence »<sup>(1)</sup>.

829. L'acte authentique fait foi jusqu'à inscription de faux de l'existence matérielle des faits énoncés par l'officier public comme les ayant accomplis lui-même, ou comme s'étant passés en sa présence, et sous son contrôle. En conséquence, les énonciations de l'acte authentique doivent être tenues pour vraies tant que leur fausseté n'a pas été constatée par la procédure particulière de l'inscription de faux.

830. Tel est le cas de la date de l'acte authentique, du lieu de la rédaction, de l'identité des parties ou des témoins, des signatures qui y sont opposées. Tel est encore le cas lorsque l'acte constate la remise d'une somme d'argent d'une partie à une autre, ou son montant. Il en est de même de la teneur des déclarations recueillies par l'officier public. L'acte authentique fait foi jusqu'à inscription des faux que les parties ont réellement fait les déclarations et énonciations consignées par l'officier public.

(1) 5 Art. 444 al. 1 C. O. C.

831. La procédure du faux permettant d'attaquer l'acte authentique est une procédure grave et compliquée. Elle commence par une demande incidente devant la juridiction civile sollicitant l'autorisation de prouver le faux. Lorsque la demande est admise, le tribunal ordonne que la preuve du faux soit rapportée. En attendant, l'acte incriminé ne produit aucun effet. Le tribunal rend ensuite sa décision au vu des résultats de l'enquête. Cette procédure est engagée selon les articles 234 et suivants du Code de procédure civile et commerciale<sup>(1)</sup>.

832. Cependant, il y a lieu de remarquer que parfois, l'officier public émet dans l'acte qu'il rédige une opinion personnelle. Ainsi en est-il lorsque le notaire affirme que les contractants sont sains d'esprit, ou que les parties ont pleinement et librement consenti à l'acte. Ces indications ne peuvent avoir que la valeur d'un simple renseignement et ne peuvent être soumises à l'exigence de l'inscription de faux. S'agissant d'une appréciation personnelle, rien n'empêche de démontrer par la preuve du contraire que cette opinion émise ne correspond pas à la réalité<sup>(2)</sup>.

833. S'agissant de la sincérité des déclarations faites par les parties devant l'officier public, il est évident que ce dernier ne fait que les relater. C'est pourquoi ces déclarations font foi entre les parties, mais seulement jusqu'à preuve du contraire. Ainsi, l'article 444 alinéa 2 du Code des obligations et des contrats prévoit que « lorsque l'acte est attaqué pour cause de violence, de fraude, de dol et de simulation ou d'erreur matérielle, la preuve peut en être faite par témoins, et même à l'aide de présomptions graves, précises et concordantes, sans recourir à l'inscription de faux ». En effet, les conventions constituent des manifestations de volonté dont l'officier public n'est pas en mesure d'en contrôler ni d'en surveiller la sincérité. Ainsi en est-il lorsque l'acte authentique constate une vente alors que la convention réelle consiste dans une donation déguisée entre les parties sous

<sup>(1)</sup> Sur les sanctions pénales du faux, Cf. art. 172 à 178 du Code pénal.

<sup>(2)</sup> R. MEZGHANI, les règles de la preuve, *op.cit.*, p. 191; M. CHARFI, Introduction à l'étude du droit, *op.cit.*, n°579; H. L. J. MAZEAUD et CHABAS, *Droit civil, Introduction, op.cit.*, n°414.

l'apparence d'une vente. Tel est encore le cas lorsque l'acte authentique constate une vente à tel prix, alors que l'une des parties démontre que le prix réel n'est pas celui qui a été indiqué à l'officier public<sup>(1)</sup>.

834. Il est vrai cependant, que dans ces derniers cas, la preuve du contraire n'est pas aisée à rapporter dans la mesure où celui qui conteste la convention contenue dans l'acte authentique doit rapporter la preuve contraire par écrit puisqu'il s'agit de prouver contre ou outre le contenu de l'acte.

## 2. Acte authentique nul

835. Lorsque l'acte authentique est nul pour une cause telle que l'incompétence ou l'incapacité de l'officier public, ou encore par suite d'un défaut de forme exigée par la loi, il ne peut pas valoir acte authentique. C'est ce que prévoit l'article 448 du Code des obligations et des contrats. Cependant, ce même article reconnaît à l'acte authentique nul signé des parties les effets d'un acte sous seing privé. A défaut de signature, il peut être retenu comme commencement de preuve par écrit, s'il en remplit les conditions. Cependant, il existe deux situations où l'acte authentique ne peut rien valoir. Il s'agit d'après l'article 447 du cas où l'acte authentique contient un témoignage de surprise ou des réserves secrètes.

## II- L'acte sous seing privé

La validité de l'acte sous seing privé est soumise à certaines conditions. Lorsque ces conditions se trouvent remplies, l'acte sous seing privé produit alors toute sa force probante.

### a. La validité de l'acte sous seing privé

836. L'acte sous seing privé est un écrit dressé en vue de faire preuve sans l'intervention d'un officier public, et sous la foi de la

<sup>(1)</sup> C. appel Tunis, n°54492, du 27 juillet 1962, R. J. L 1963, n°6, p. 578.

signature des parties. La signature des parties est la seule condition exigée pour la validité de l'acte sous seing privé. Notamment, il importe peu que l'écrit ait été rédigé de la main des parties ou par un tiers, qu'il soit manuscrit, dactylographié ou imprimé. L'article 452 du Code des obligations et des contrats dispose en effet que « l'acte sous seing privé peut être d'une autre main que celle de la partie, pourvu qu'il soit signé par elle ». L'essentiel est donc que l'écrit soit signé par les parties.

837. On considère aussi comme acte sous seing privé le télégramme dont le régime juridique est fixé par les articles 455 à 457 du Code des obligations et des contrats. En effet, lorsque l'original du télégramme porte la signature de celui qui l'a expédié, ou s'il est prouvé que l'original a été remis au bureau du télégraphe par cette personne, bien qu'elle ne l'ait pas signé elle-même, la copie entre les mains du destinataire fait preuve comme écriture privée. La date du télégramme est également considérée comme date certaine, lorsque le télégramme contient le jour et l'heure du dépôt.

838. La signature des parties est soumise à plusieurs conditions. Elle doit être manuscrite, c'est à dire apposée de la propre main de la partie signataire. La signature doit être apposée au bas de l'acte. « Un timbre ou un cachet ne peuvent y suppléer et sont considérés comme non apposés »<sup>(1)</sup>.

839. L'exigence de la signature pour la validité de l'acte sous seing privé ne manque pas de poser un problème lorsque l'une des parties est un illettré. Celui-ci ne sachant ni lire ni écrire, ne peut pas porter de signature sur l'acte. Dans ce cas, l'article 454 du Code des

obligations et des contrats prévoit que « les écritures portant l'obligation de personnes illettrées ne vaudront que si elles ont été reçues par notaires ou par officiers publics à ces autorisés »<sup>(1)</sup>. Il en découle que l'empreinte digitale est insuffisante pour remplacer la signature. En effet, si l'empreinte digitale permet d'identifier celui qui l'a apposée, cependant elle ne signifie pas que la partie en question a pu prendre connaissance du contenu de l'acte<sup>(2)</sup>. Ainsi, les actes juridiques constatant les obligations d'une personne illettrée doivent être dressés par un officier public. Cet officier public doit être compétent en ce sens qu'il a pour mission de rédiger des actes authentiques constatant des conventions entre parties. Se basant sur l'article 454 du Code des obligations et des contrats, la cour de cassation a cassé la décision des juges du fond qui ont retenu la compétence d'un interprète assermenté en vue de dresser un acte authentique contenant l'obligation d'un illettré. En effet, si l'interprète assermenté est un officier public, cependant, sa seule mission est de fournir une interprétation officielle des écrits qui lui sont présentés et non de dresser un acte authentique destiné à constater une obligation<sup>(3)</sup>.

Dans son application, l'article 454 du Code des obligations et des contrats pose trois problèmes. Le premier concerne son caractère d'ordre public ou d'intérêt privé, le deuxième concerne l'ignorance d'une langue étrangère, et le troisième s'attache aux actes présentés à l'inscription sur les titres de la conservation de la propriété foncière.

<sup>(1)</sup> Art. 453 C. O. C. C. App. Tunis, n°7695, 18 octobre 1993, R. T. D., 1995, p. 203, note S. MELLOULI ; Civ. N°2127, 1<sup>er</sup> mars 1979, B. 1979, p. 113 ; Trib. Prem. Inst. Tunis, n°85, 26 avril 1962, R. J. L 1962, p. 662. J. cantonal de Tunis, n°9132, 27 mars 1990, A. J. T 1990, I. p. 97, note K. CHARFEDDINE ; E. NORMAND, de la signature des actes authentiques et privés, thèse Rennes, 1930. Contrairement au droit français qui exige la formalité du « double » pour les actes synallagmatiques et la formule du « bon pour » pour les engagements unilatéraux, il n'en est rien en droit tunisien. Art. 1325 et 1326 du Code civil français. Cf. H. LALOU, la solennisation de l'acte sous seing privé et l'exigence abusive du « bon pour », D. H. 1933, Chr. P. 33 ; Ph. Le TOURNEAU, contre le « bon pour », D. 1975, chr. P. 187 ; D. LA METHE, Réflexions sur la signature, G. P. 1976, I, Doct., p. 74.

<sup>(1)</sup> L'article 463 C. P. C. C fait une application particulière de l'article 454 du C. O. C en matière de répartition des sommes d'argent provenant d'une saisie. Cf. sus ce point. S. MELLOULI, Voies d'exécution, procédures juridiques de recouvrement de créances, C. L. E, Tunis, 1991, p. 78 ; s'agissant des actes et conventions soumis à l'inscription sur le livre foncier, voir l'article 378 du code des droits réels, et voir, M. K. CHARFEDDINE, Les droits des tiers et les actes translatifs de propriété immobilière, C. E. R. P., Tunis, 1993, n°150 et 151.

<sup>(2)</sup> Trib. Kef, du 30 janvier 1962, R. J. L 1962, p. 87 ; Civ. n°7884, du 31 mars 1983, B. 1983, I, p. 218 ; Civ. n° 287, du 22 septembre 1960, R. T. D. 1963-65, p. 95, C. app. Tunis, n°7695, 18 octobre 1993, op.cit. p. 203.

<sup>(3)</sup> Civ. n°9621, du 4 mai 1959, R. J. L. 1960, n°6, p. 45 ; Civ. n°42/287 du 22 septembre 1960, B. 1965, p. 45. Cf. cependant, Civ. 12 février 1952, R. J. L 1960, n°9 et 10, p. 67.

## 1. Le caractère de l'article 454 du Code des obligations et des contrats

840. L'article 454 fait de l'exigence de l'écrit authentique une exigence de validité. En effet, le texte dispose que les écritures portant les obligations des illettrés ne vaudront que si elles ont été reçues par officier public<sup>(1)</sup>. Partant de là, la cour de cassation a affirmé dans certaines de ses décisions que le texte est d'ordre public et qu'il peut être soulevé d'office par le juge. Il en découle que la nullité est absolue<sup>(2)</sup>.

841. En réalité, l'article 454 est un texte contenant une disposition de protection des particuliers. Sa finalité est la protection de l'illettré pour éviter qu'il ne soit victime de son ignorance. Ainsi analysé, il ne peut être qu'une disposition d'intérêt privé et la nullité qui en découle une nullité relative. C'est ainsi que se prononcent la majorité des décisions de la cour de cassation<sup>(3)</sup>.

842. Cependant, si l'illettré ne peut pas signer valablement un acte sous seing privé, rien ne l'empêche de conclure ses actes juridiques par mandataire, lorsque ce dernier n'est pas à son tour illettré. La cour de cassation admet en effet la validité des engagements de l'illettré, lorsqu'ils ont été conclus par mandataire<sup>(4)</sup>.

<sup>(1)</sup> M. K. CHARFEDDINE, note sous J. cantonal de Tunis, n°9132, du 27 mars 1990, A. J. T. 1990, n°3, p. 97.

<sup>(2)</sup> Civ. n°2931, 9 décembre 1980, B. 1980, II, p. 176, R. J. L 1981, n°8, p. 84 ; Civ. N°11113, 25 décembre 1984, B. 1984, II, p. 273.

<sup>(3)</sup> Civ. n°20-30 du 14 juin 1960, B. 1965, p. 11 ; Civ. N°7834, du 28 juin 1955, R. J. L 1960, n°9 et 10, p. 37 ; Civ. N°2931, du 9 décembre 1980, B. 1980, II, p. 176 ; Civ. n°6210, du 23 novembre 1982, B. 1983, IV, p. 271 ; Civ. n°7058, 25 mai 1982, B. 1982, III, p. 224.

A propos de la contestation par les héritiers de l'engagement écrit de leur auteur illettré, Cf. S. MELLOULI, note sous C.app. Tunis, n°7695, du 18 octobre 1993, R.T.D. 1995, p. 203.

<sup>(4)</sup> Civ. n°9244, du 27 février 1973, B. 1973, I, p. 25-61.

## 2. La notion d'illettré

843. La jurisprudence de la cour de cassation est constante pour considérer comme illettré celui qui se trouve dans l'ignorance de l'écriture et de la lecture<sup>(1)</sup>. Cependant, le problème se pose de savoir si l'on doit considérer également comme illettré celui qui signe un acte sous seing privé écrit dans une langue qu'il ignore. A cette question, la jurisprudence dominante de la cour de cassation a répondu par la négative. La personne « lettrée » qui a signé un acte sous seing privé dressé dans une langue qu'elle ignore ne peut se dérober à l'acte qu'elle a ainsi signé<sup>(2)</sup>.

## 3. Les illettrés et l'article 378 du Code des droits réels

844. Devant l'exigence d'un acte authentique pour constater l'obligation d'un illettré, l'article 378 du Code des droits réels apporte une exception en ce qui concerne les actes juridiques présentés à l'inscription sur le titre de propriété, s'agissant d'un immeuble immatriculé. D'après cet article, la signature apposée au bas d'un acte sous seing privé doit être, avant le dépôt à la conservation de la propriété foncière, légalisée par l'une des autorités suivantes :

- Les présidents des tribunaux de première instance et les juges cantonaux ;
- Les gouverneurs et leurs délégués ;
- Les présidents des municipalités ;
- Le conservateur de la propriété foncière.

<sup>(1)</sup> Civ. n°1699, du 16 décembre 1930, R. J. L. 1960, n°9 et 10, p. 65 ; Civ. n°3768, du 3 mars 1942, R. J. L 1960, n°9 et 10, p. 67 ; Civ. n°694, du 9 décembre 1926, R. J. L 1960, n°9 et 10, p. 65 ; Civ. 12 février 1959, R. J. L. 1959, n°7, p. 5 ; Civ. n°9244, du 27 février 1973 B. 1973, p. 25/61, Civ. n°2931, du 9 décembre 1980, B. 1980, II, p. 176.

<sup>(2)</sup> Trib. Tunis, n°284, du 27 décembre 1958, R. J. L. 1959, n°6, p. 62-428 ; Civ. n°10337, du 16 octobre 1973, B. 1973, I, p. 62 ; Civ. 9 mai 1974, B. 1974, I, p. 184 ; Trib. Souk El arba, 26 avril 1962, R. J. L 62, n°8, p. 38. Cf. cependant, en sens contraire, Civ. n°2478, du 23 octobre 1934, R. J. L 1960, n°9 et 10, p. 66. Cf. aussi, S. MELLOULI, note sous C. app. Tunis, n°7695, du 18 octobre 1993, R.T.D. 1995, p. 203.

Si les parties sont illettrées, « il leur est donné lecture de l'acte devant l'une des autorités susvisées en présence de deux témoins sachant signer et ayant la capacité nécessaire pour contracter. L'autorité saisie certifie que les parties sont connues d'elle ou que leur identité lui a été attestée par les témoins, eux-mêmes connus, et qu'elles ont déclaré avoir bien compris l'acte et en accepter les stipulations. Elle signe le procès-verbal de lecture avec les témoins. Les parties comparantes apposent leurs empreintes digitales, sauf impossibilité dûment constatée ». Ainsi, dans l'hypothèse de l'article 378, l'empreinte digitale permet de valider l'acte sous seing privé dans la mesure où une autorité officielle ayant fait lecture de l'acte à l'illettré, ce dernier est censé apposer son empreinte en connaissance de cause<sup>(1)</sup>.

#### b. La force probante de l'acte sous seing privé

La force probante de l'acte sous seing privé concerne son origine, son contenu et sa date.

##### 1. Force probante quant à l'origine de l'acte

845. Si l'acte authentique tire sa force probante du fait qu'il est dressé par un officier public, en revanche, l'acte sous seing privé ne tire sa force que de la simple signature apposée par les parties sur l'écrit. Aussi, l'acte sous seing privé n'ayant rien d'officiel, la partie à qui l'on oppose l'écrit peut le repousser sans nécessité de s'inscrire en faux. En effet, la force de l'acte sous seing privé dépend de sa reconnaissance par les parties.

846. Lorsque l'acte sous seing privé est méconnu, il perd provisoirement toute force probante. Celui qui se prévaut de l'acte doit alors en établir l'exactitude par une instance judiciaire de vérification d'écriture<sup>(2)</sup>. Lorsque, à la suite de cette procédure, l'acte sous seing privé a été reconnu exact, il fait preuve pleine et entière. En

effet, l'article 449 du Code des obligations et des contrats énonce que « l'acte sous seing privé, reconnu par celui auquel on l'oppose, ou légalement tenu pour reconnu, fait la même foi que l'acte authentique ».<sup>(1)</sup>

847. Ainsi, apparaît la différence entre l'acte authentique et l'acte sous seing privé quant à leur origine. Celui qui conteste l'acte authentique doit établir son caractère faux par une demande incidente d'inscription de faux. L'acte authentique bénéficie donc d'une présomption d'exactitude. En revanche, celui qui conteste l'acte sous seing privé n'a besoin de rien prouver puisqu'il ne s'agit pas d'un écrit officiel. C'est alors à celui qui veut s'en prévaloir malgré cette contestation de rapporter la preuve de son exactitude<sup>(2)</sup>.

##### 2. Force probante quant au contenu de l'acte.

848. L'acte sous seing privé reconnu fait foi de son contenu, c'est à dire de ce qui a été convenu, mais jusqu'à preuve du contraire. L'article 449 du Code des obligations et des contrats énonce en effet que « l'acte sous seing privé, reconnu par celui auquel on l'oppose, ou légalement tenu pour reconnu, fait la même foi que l'acte authentique, envers toutes personnes, des dispositions et énonciations qu'il renferme... »<sup>(3)</sup>. En revanche, son contenu peut être remis en cause par les parties en contestant l'exactitude des faits que relate l'acte sous seing privé signé. Cette remise en cause semble cependant difficile eu égard à l'article 474 du Code des obligations et des contrats qui n'autorise la preuve contre ou outre une mention écrite qu'au moyen d'un écrit, ce qui limite les possibilités de contester le contenu de l'acte sous seing privé reconnu par son signataire.

<sup>(1)</sup> Civ. n° 7059, du 22 janvier 1970, R.J.L. 1970, n° 6, p.42; Civ. n° 1552, du 10 août 1977, B. 1977, p. 96; Civ. n° 4994, du 3 juin 1982, B. 1983, III, p.316.

<sup>(2)</sup> Cf. H.L.J. MAZEAUD et CHABAS, *Leçons de droit civil, Introduction*, n° 418.

<sup>(3)</sup> Civ. n° 9462, du 17 mai 1955, R.J.L. 1960, n° 9 et 10, p.68; Civ. n° 11207, du 26 février 1976, B. 1976, I, p. 61.

<sup>(1)</sup> M.K. CHARFEDDINE, *les droits des tiers et les actes translatifs de propriété immobilière*, Préface de M.L.HACHEM, C.E.R.P., Tunis, 1993, p126, n°150.

<sup>(2)</sup> Cf. Art 229 à 233 C.P.C.C.

### 3. Force probant quant à la date de l'acte.

849. C'est au regard de la date que se manifeste l'infériorité de l'acte sous seing privé par rapport à l'acte authentique. En effet, l'acte authentique fait foi de sa date jusqu'à inscription de faux car la date est attestée par l'officier public. La foi attachée à la date de l'acte authentique joue entre les parties et à l'égard des tiers. En revanche, s'agissant de l'acte sous seing privé, il faut distinguer selon que la foi attachée à la date est due entre les parties ou au regard des tiers<sup>(1)</sup>.

850. En ce qui concerne les parties, l'article 450 du Code des obligations et des contrats énonce que « les actes sous seing privé font foi de leur date, entre les parties, leurs héritiers et leurs ayants cause à titre particulier, agissant au nom de leur débiteur ».

851. En revanche, en ce qui concerne les tiers, l'acte sous seing privé ne fait pas foi de sa date par lui-même. L'acte juridique étant opposable aux tiers, la date qu'il porte revêt une importance considérable. Cependant, la date de l'acte sous seing privé n'étant pas constatée officiellement par un officier public, une antedate de la part des parties à l'acte est à redouter, remettant en cause les droits des tiers. Des exemples simples permettent de voir comment les droits des tiers sont attachés à la date d'un acte sous seing privé.

**Premier exemple :** Le propriétaire d'un immeuble vend son bien à une personne. L'acquéreur trouve que l'immeuble est occupé par un locataire ayant un titre de bail sous forme d'acte sous seing privé. Si le bail a une date antérieure à la vente, l'acquéreur sera tenu de supporter le locataire pendant toute la période du bail. Or, cette date peut être inexacte. Il peut s'agir d'une fausse date.

**Deuxième exemple :** Un débiteur donne un immeuble à titre d'hypothèque au profit d'un créancier. Ensuite, le bien est vendu au profit d'une tierce personne. Si la date de la vente est antérieure à

l'hypothèque, il s'agira alors d'un hypothèque de la chose d'autrui qui est nulle. Or, cette date peut être inexacte. La vente peut être antedatée.

852. Pour protéger les tiers, le législateur prévoit dans l'article 450 du Code des obligations et des contrats les cas où un acte sous seing privé a date certaine. D'après ce texte, les actes sous seing privé n'ont de date contre les tiers que :

1. du jour où ils ont été enregistrés, soit en Tunisie, soit à l'étranger ;
2. du jour où l'acte a été déposé dans les mains d'un officier public ;
3. si l'acte est souscrit, soit comme partie, soit comme témoin, par une personne décédée ou réduite à l'impossibilité physique d'écrire, du jour du décès ou de l'impossibilité reconnue ;
4. de la date du visa ou de légalisation apposée sur l'acte par un officier à ce autorisé ou par un magistrat, soit en Tunisie, soit à l'étranger ;
5. lorsque la date résulte d'autres preuves équivalentes et absolument certaines<sup>(1)</sup>.

853. En dehors des hypothèses de l'article 450 du Code des obligations et des contrats, la date de l'acte n'est pas réputée une date certaine et demeure en conséquence inopposable aux tiers. Tout se passera vis à vis de ces derniers connus si l'acte sous seing privé n'a pas été dressé.

854. L'article 450 étant protecteur des tiers, il est donc nécessaire de déterminer ces personnes qui peuvent invoquer le défaut de date certaine. Selon l'article 450, les ayants cause universels n'ont pas la qualité de tiers et l'acte sous seing privé fait par leur auteur leur est opposable. Quant aux ayants-cause à titre particulier, ils ont la qualité de tiers lorsqu'ils n'agissent pas au nom de leur débiteur. Il

<sup>(1)</sup> Civ. n° 924, du 14 janvier 1960, R.J.L. 1960, n° 6, p. 29-105, Civ. n° 1133, du 18 octobre 1977, B. 1977, p. 127 ; Civ. n° 1316, du 5 mai 1977, B. 1977, p. 259 ; Civ. n° 7017, du 6 avril 1982, B. 1982, II, p. 358.

<sup>(1)</sup> M. AYARI, la preuve de la date de l'écrit, mémoire de D.E.A., Faculté de Droit et des Sciences Politiques, Tunis, 1993-94.

s'agit des personnes qui ont acquis de l'un des cocontractants un droit ou un bien auquel porterait préjudice l'acte sous seing privé, si son antériorité était établie. Tel est le cas par exemple du locataire ou de l'acquéreur d'un bien, lorsque sa location ou son acquisition peut être remise en cause par un autre contrat passé par leur auteur avec une autre personne.

855. Quant aux créanciers chirographaires, ils ne peuvent pas se prévaloir de l'article 450 lorsqu'ils invoquent le gage général sur le patrimoine de leur débiteur, car ils subissent les fluctuations de ce patrimoine<sup>(1)</sup>. Il en est autrement lorsque le créancier prouve que la date a été faussement indiquée dans le but de frauder à ses droits. Il exerce alors l'action révocatoire<sup>(2)</sup>.

856. Le mode d'acquisition de la date certaine vis à vis des tiers peut parfois être élargi par le législateur, et parfois rétréci. Ainsi en est-il lorsque le législateur prévoit dans l'article 451 du Code des obligations et des contrats que «la date des lettres de change et autres effets à l'ordre, ainsi que celle de leurs endossements, est présumée véritable jusqu'à preuve de contraire». Le législateur libère ainsi la date certaine de la lettre de change et autres effets de commerce de la rigueur de l'article 450. En revanche, l'article 581 du même code n'admet de date certaine vis à vis des tiers que par la formalité de l'enregistrement lorsqu'il s'agit d'un acte de vente portant sur un immeuble ou un droit réel immobilier.

### III. Autres formes d'écrit

Certains autres écrits peuvent être retenus au titre de la preuve. Il s'agit des livres de commerce, des lettres, registres et papiers domestiques, des mentions de libération apposées par les créanciers, des copies d'actes authentiques et sous seing privé.

#### a. Les livres de commerce

857. Les articles 7 à 10 du Code de commerce font obligation aux commerçants de tenir des livres de commerce destinés notamment à enregistrer jour par jour, toutes leurs opérations. Conformément à la règle de la liberté de la preuve en matière commerciale, ces livres de commerce peuvent être présentés en justice pour faire preuve entre commerçants pour faits de commerce<sup>(1)</sup>. Le refus de présentation des livres de commerce peut même être grave de conséquences. En effet, «si la partie, aux livres de laquelle on offre de faire foi, refuse de les représenter sans motif valable, le juge admettra le dire de l'autre partie en lui déférant le serment»<sup>(2)</sup>.

#### b. Les lettres, registres et papiers domestiques

858. Lorsque ces titres sont écrits de la main de la partie qui les invoque, ou sont signés par elle, ils ne peuvent faire foi en sa faveur. Il est de règle en effet que nul ne peut se constituer un titre à soi-même<sup>(3)</sup>.

859. Cependant, ces titres peuvent faire foi contre leur auteur, lorsqu'il n'a contesté ni son écriture, ni sa signature. L'article 468 du Code des obligations et des contrats ajoute deux hypothèses particulières où cette foi est due à ces écrits. Il s'agit d'une part du cas où l'écrit énonce formellement un paiement reçu par le créancier ou un autre mode de libération. Il s'agit, d'autre part, du cas où l'écrit contient la mention expresse qu'il a été fait pour suppléer le défaut de titre en faveur de celui qui y est désigné.

<sup>(1)</sup> Art 465 C.O.C et 11 C. Com. ; Trib. Tunis, n°139, du 10 mai 1965, R.J.L. 1966, n°2 p. 67-151.

<sup>(2)</sup> Art. 13 C. Com.; art 466 C. O. C.

<sup>(3)</sup> Art. 468 C. O. C.; art 548 C. O. C. Ces titres posent un problème en raison de leur caractère confidentiel, car souvent ils ne contiennent pas seulement des rapports d'affaires. KAYSER, le principe du secret des lettres confidentielles et ses rapports avec le principe de droit public de la liberté et de l'inviolabilité de la correspondance, *Mélanges VOIRIN*, 1967, p. 437 et S. ; METZGER, le secret des lettres missives, R. T. D. C. 1979, p. 291 et S. ; M. S. ZAKI, La preuve par le journal intime, R. T. D. C 1980, p. 2 et S. ; S. MELLOULI, Voies d'exécution, *op.cit.* ; p. 68.

<sup>(1)</sup> Art. 192. C.D.R.

<sup>(2)</sup> Art. 306 C.O.C. cf. S. MELLOULI, A propos de l'action révocatoire, *Commentaire de l'arrêt de la cour d'appel de Monastir*, n° 773, du 30 janvier 1986, R.J.L. 1987, n° 8, p. 19.

## c. Les écrits portant mention de libération

860. Lorsqu'un créancier reçoit un paiement, il peut dresser une quittance régulière ou bien faire mention de ce paiement sur le titre de créance lui-même. Cette mention, «bien que non signée ni datée, fait foi contre lui, sauf la preuve du contraire»<sup>(1)</sup>.

## d. Les copies d'actes authentiques et d'actes sous seing privé

861. La copie ou la photocopie étant une reproduction du titre, ne présente pas les mêmes garanties probatoires que l'original. Le risque de la falsification est notamment possible. Cependant, lorsque la copie et la photocopie remplissent les conditions de fidélité nécessaires, le législateur leur attribue la même force probante que l'original.

862. Tel est le cas lorsque la conformité à l'original est certifiée par les officiers publics compétents<sup>(2)</sup>. Il en est de même lorsque l'original est déposé dans les archives publiques, la copie faite régulièrement par l'archiviste qui l'a en dépôt fait la même foi que l'original. Il en est de même aussi pour les copies des actes transcrits sur les registres judiciaires, lorsqu'elles sont certifiées conformes par le juge<sup>(3)</sup>. Dans ces cas, les parties ne peuvent exiger la représentation au tribunal de l'acte original mais peuvent demander la collation de la copie sur l'original ou à défaut, sur la copie déposée aux archives. Elles peuvent même en demander une photocopie à leurs frais<sup>(4)</sup>.

<sup>(1)</sup> Art. 469 C. O. C.; Civ. n°6, 25 octobre 1960, R. J. L 1961, n°4, p. 22-1164; en doctrine, Cf. Marie-thérèse PIERRARD, *Les procédés de preuve du paiement*, R. T. D. C. 1948, p. 435.

<sup>(2)</sup> Art. 470 C.O.C. Cf. Civ. n° 4719, du 25 octobre 1966, R.J.L 1967, n°2, p. 26; Civ. n° 6465, du 2 avril 1970, R.J.L 1971, n°1, p.55; Civ. n° 8462, du 4 janvier 1973, B. 1973, I p. 66; Civ. n° 10139, du 29 oct. 1957, R.J.L 1960, n°9 et 10, p. 64; Civ. n°9371, du 5 mars 1974, B. 1974, I, p. 69; Civ. n°661, du 26 nov. 1928, R. J. L 1960, n°9 et 10, p. 27.

<sup>(3)</sup> Art. 471 C. O. C

<sup>(4)</sup> Art. 472 C. O. C

## B. L'aveu judiciaire

863. L'aveu consiste dans une déclaration faite par une personne contre laquelle on allègue un fait, lorsque cette déclaration est contre ses intérêts. En revanche, si la déclaration faite par une personne est conforme à ses intérêts, elle ne peut être considérée comme un aveu et n'a pas de valeur probatoire puisque nul ne peut se constituer un titre à soi même.

864. L'aveu peut être fait en justice. C'est un aveu judiciaire qui est un procédé parfait de preuve. Mais l'aveu peut être fait en dehors de la justice. C'est alors un aveu extrajudiciaire qui est un procédé imparfait de preuve.

865. L'aveu judiciaire est la reine des preuves civiles. En effet, s'agissant d'intérêts pécuniaires, purement civils, il est en général difficilement imaginable qu'une personne fasse une déclaration en justice contre ses intérêts et que cette déclaration ne soit pas exacte. Mais, tel n'est pas le cas en matière pénale où, parfois, un aveu peut être fait en vue d'éviter le châtement au véritable coupable<sup>(1)</sup>.

866. L'aveu judiciaire est soumis à des conditions particulières sans lesquelles il ne produit pas d'effets.

## 1. Conditions de l'aveu judiciaire

867. Les conditions de l'aveu judiciaire sont de deux ordres. Certaines tiennent à son caractère d'acte juridique; d'autres tiennent à sa qualité judiciaire.

<sup>(1)</sup> A. YOUMBAI, *L'aveu en matière pénale, mémoire de D.E.S en Sciences criminelles, Faculté de Droit et des Sciences politiques et économiques de Tunis, 1977*; F. GORPHE, *L'aveu dans la procédure pénale*, Rev. Int. De Droit comparé, 1952, p. 776; J. SUSINI, *Aspects modernes de l'aveu*, Rev. Sc. Crim. ; 1984, p. 817.

## a. L'aveu judiciaire, acte juridique

868. L'article 428 du Code des obligations et des contrats définit l'aveu judiciaire comme étant « la déclaration que fait en justice la partie ou son représentant, à ce spécialement autorisé ». L'aveu judiciaire, acte juridique, suppose aussi qu'il « ne peut être fait que par les parties maîtresses de leurs droits »<sup>(1)</sup>.

869. Ainsi, l'aveu judiciaire suppose la capacité de celui qui le fait. Cette capacité est celle de disposer car l'aveu peut déboucher sur la disposition de l'objet de la contestation. Aussi, l'aveu fait par un incapable n'a pas de force probante. De même, « l'aveu du père pour son enfant mineur, celui des tuteurs, conseils judiciaires et administrateurs » ne fait pas foi contre les personnes représentées<sup>(2)</sup>. Il n'en est autrement que lorsque l'aveu du représentant concerne des actes accomplis personnellement par lui, et dans les limites de son administration<sup>(3)</sup>. Le mandataire, muni d'un pouvoir général, ne peut pas faire d'aveu judiciaire au nom du mandant. L'article 1120 du Code des obligations et des contrats prévoit que « quelle que soit l'étendue de ses pouvoirs, le mandataire ne peut, sans l'autorisation expresse du mandant, déférer le serment décisoire, faire un aveu judiciaire... ».

870. L'aveu judiciaire étant un acte juridique, doit également « être libre et éclairé ; les causes qui vicient le consentement vicient l'aveu »<sup>(4)</sup>.

## b. L'aveu judiciaire, acte de justice

871. L'article 428 du Code des obligations et des contrats prévoit que « l'aveu judiciaire est la déclaration que fait en justice la partie ou son représentant, à ce spécialement autorisé. L'aveu fait

devant un juge incompétent, ou émis au cours d'une autre instance, a les effets de l'aveu judiciaire ».

872. D'après ce texte, l'aveu judiciaire remplit deux conditions essentielles cumulatives : il est fait devant un juge, au cours d'une instance en justice.

873. Si l'aveu judiciaire est fait devant un juge, il peut être fait grâce à des conclusions écrites, ou même verbalement à l'audience<sup>(1)</sup>. L'aveu judiciaire peut même « résulter du silence de la partie, lorsque, formellement invitée par le juge à s'expliquer sur la demande qui lui est opposée, elle persiste à ne pas répondre, et ne demande pas de délai pour ce faire », aux termes de l'article 429 du Code des obligations et des contrats<sup>(2)</sup>.

874. Faut-il que le juge soit compétent ? L'article 428 du Code des obligations et des contrats donne à cette question une réponse négative. L'aveu est judiciaire même s'il est fait devant un juge incompétent. De même, l'aveu judiciaire doit être fait au cours d'une instance judiciaire. Mais il n'est pas nécessaire qu'il soit fait pendant l'instance au cours de laquelle est débattu le fait. Il a la qualité d'aveu judiciaire même s'il a été émis au cours d'une autre instance. En effet, la garantie offerte par un juge matériellement incompétent n'est pas moindre que celle offerte par un juge compétent, de même que l'aveu fait au cours d'une autre instance ne perd pas son caractère sérieux et sa garantie par rapport à l'aveu fait au cours de l'instance même dans laquelle le fait avoué est en cause.

## 2. La force probante de l'aveu judiciaire

875. Selon l'article 434 du Code des obligations et des contrats, « l'aveu judiciaire fait pleine foi contre son auteur, et contre ses héritiers et ayants cause ; il n'a d'effet contre les tiers que dans les

<sup>(1)</sup> Art. 433 al. 1 du C. O. C.

<sup>(2)</sup> Art. 433 al. 2 du C. O. C.

<sup>(3)</sup> Art. 433 al. 2 du C. O. C.

<sup>(4)</sup> Art. 432 du C. O. C. Civ. n°6261, du 3 décembre 1957, R. J. L 1960, n°9 et 10, p. 21.

<sup>(1)</sup> Civ. n°2389, du 21 avril 1964, B. 1964, p. 17 ; Civ. n°3595, 26 avril 1982, B. 1982, II, p. 291.

<sup>(2)</sup> En revanche, le tribunal ne peut pas déduire l'aveu du défaut de comparution devant le tribunal, Civ. n°10447, 12 mai 1959, R. J. L 1960, n°9 et 10, p. 21.

cas exprimés par la loi ». Lorsqu'il remplit toutes ses conditions de recevabilité, il s'impose au juge et le lie dans les limites de la déclaration effectuée. Quelle que soit son intime conviction, le juge doit tenir les faits avoués comme étant des faits exacts.

876. Mais, pour produire cette force, encore faut-il que l'aveu soit admissible pour faire foi en tant que preuve parfaite. Or, l'article 439 du Code des obligations et des contrats écarte quatre situations de la force probante de l'aveu : « 1. lorsqu'il énonce un fait physiquement impossible ou dont le contraire est démontré par des preuves irrécusables ;

2. lorsque celui en faveur duquel il est fait y contredit formellement ;  
3. lorsqu'il tend à établir une obligation ou un fait contraire à la loi ou aux bonnes mœurs, ou pour lequel la loi n'accorde aucune action, ou à éluder une disposition positive de la loi ;  
4. lorsqu'une chose jugée est intervenue établissant le contraire de ce qui résulte de l'aveu ».

877. Dans sa force probante, l'aveu judiciaire présente deux caractères importants. Il est d'une part indivisible, et d'autre part irrévocable.

#### a. L'aveu judiciaire est indivisible

878. L'aveu judiciaire ne peut être divisé contre son auteur. Il constitue un tout qui doit être pris dans son ensemble ou rejeté dans son ensemble, sans que le bénéficiaire ne puisse choisir les éléments favorables à sa prétention.

879. Le problème de l'indivisibilité de l'aveu ne se pose pas lorsque l'aveu est pur et simple, c'est à dire qu'il porte sur un seul et unique fait. Ainsi, en est-il par exemple lorsqu'une personne demande la restitution du montant d'un prêt et que le défendeur reconnaisse l'existence du prêt. Il s'agit là d'un aveu pur et simple qui fait foi contre lui. En revanche, la question se pose lorsque l'aveu comporte plusieurs éléments. C'est le cas par exemple lorsque l'aveu est assorti de précisions complémentaires, ou lorsque l'aveu porte sur deux faits distincts, mais attachés.

880. On parle d'aveu qualifié lorsque la déclaration est assortie d'une qualification ou précision qui en altère les effets. Tel est le cas par exemple s'agissant de l'aveu d'un prêt sans intérêt. On parle d'aveu complexe lorsque le déclarant, tout en reconnaissant le fait contesté, lui ajoute un autre fait distinct mais qui a une incidence directe sur lui. Tel est le cas par exemple lorsque le déclarant avoue l'existence d'une dette à sa charge, mais ajoute qu'il s'en est libéré par le remboursement<sup>(1)</sup>. L'article 438 du Code des obligations et des contrats pose alors la règle de l'indivisibilité de l'aveu en disposant que « l'aveu ne peut être divisé contre celui qui l'a fait lorsqu'il constitue la seule preuve contre lui ».

881. En effet, la partie qui invoque l'aveu de son adversaire ne peut pas conserver uniquement la partie qui sert ses intérêts. Tel est le cas par exemple lorsqu'une personne avoue avoir reçu une somme d'argent mais à titre de mandataire et non pour son compte personnel<sup>(2)</sup>, ou bien encore que le locataire a admis un parent à habiter avec lui dans le local loué mais sans contrepartie<sup>(3)</sup>, ou encore la reconnaissance de dette avec le fait du remboursement<sup>(4)</sup>, ou que le salaire comporte une partie fixe qui est de 126 dinars, mais comporte aussi une partie mobile allant jusqu'à 100 dinars<sup>(5)</sup>.

882. Cependant, le même texte prévoit trois exceptions où l'aveu peut être divisé :

- « 1. lorsque l'un des faits est prouvé indépendamment de l'aveu ;
- 2. lorsque l'aveu porte sur des faits distincts et séparés ;
- 3. lorsqu'une partie de l'aveu est reconnu fausse ».

<sup>(1)</sup> B. STARCK, *Introduction au droit*, op.cit. ; n°1570 ; J. GHESTIN et G. GOUBEUX, *Traité de droit civil, introduction générale*, op.cit. ; n°657 ; F. TERRE, *Introduction générale au droit*, op.cit., n°570.

<sup>(2)</sup> Civ. n°9884, 24 septembre 1974, B. 1974, I, p. 190.

<sup>(3)</sup> Civ. n°10165, 27 juin 1974, B. 1974, II, p. 46.

<sup>(4)</sup> Civ. n°3418, 17 juillet 1980, B. 1980, II, p. 73.

<sup>(5)</sup> Civ. n°3687, 4 juin 1981, B. 1981, II, p. 106.

883. Il est en effet évident que la règle de l'indivisibilité de l'aveu ne peut pas tenir devant une preuve régulière qui démontre l'inexactitude d'une partie des faits avoués. De même, la règle de l'indivisibilité ne peut pas tenir devant la preuve du caractère faux d'une partie de l'aveu. On admet également l'indivisibilité lorsque l'aveu porte sur des faits séparés et distincts, car dans ce cas, les faits avoués n'ont pas de rapport ou n'ont qu'un rapport indirect les uns avec les autres.

#### b. L'aveu judiciaire est irrévocable

884. Lorsque l'aveu a été fait, il ne peut plus être révoqué par son auteur, même si la partie adverse n'en a pas encore pris acte.

885. Cependant, l'aveu est un acte juridique. Il peut être vicié par l'erreur. L'article 438 alinéa 2 du Code des obligations et des contrats prévoit que l'aveu peut être révoqué si on justifie «qu'il a été déterminé par une erreur matérielle», c'est à dire par une erreur de fait. Ainsi, un héritier avoue l'existence d'une dette contractée par son auteur. Mais par la suite, il découvre une quittance établissant que le paiement a déjà eu lieu. L'aveu n'a plus effet et peut être rétracté pour erreur de fait.

886. Quant à l'erreur de droit, elle ne permet la révocation de l'aveu que si elle est «excusable, ou causée par le dol, de l'autre partie»<sup>(1)</sup>. En effet, l'auteur de l'aveu ne peut pas invoquer qu'il n'en a pas aperçu les conséquences juridiques, pour s'y soustraire. Nul n'est censé ignorer la loi. Mais l'aveu est un acte juridique. Par conséquent lorsque l'erreur de droit est excusable, le législateur l'admet comme vice du consentement<sup>(2)</sup>. De même, lorsque l'erreur est provoquée par le dol de l'adversaire, elle vicie l'aveu car la fraude corrompt tout.

<sup>(1)</sup> Art. 438 al. 3 C.O.C.

<sup>(2)</sup> Art. 438 al. 3, Art. 44, Art. 544 du C. O. C.

#### C. Le serment décisore

887. Si l'aveu implique une déclaration faire par une personne en sa défaveur, le serment suppose l'affirmation par une personne d'un fait qui lui est favorable<sup>(1)</sup>. En principe, la loi ne doit pas donner suite à une pareille affirmation car, d'après l'article 548 du Code des obligations et des contrats, «nul ne peut se constituer un titre à soi même». Mais il en va autrement lorsque le demandeur à la preuve ne dispose d'aucun moyen de preuve. Dans ce cas, il a le choix entre la renonciation à sa demande en justice ou bien de s'en remettre à la conscience de son adversaire en lui déférant le serment décisore. Ainsi par exemple, le créancier qui n'a aucun moyen de preuve de l'existence de sa créance peut demander à son débiteur de prêter serment qu'il n'a rien reçu de lui. Le créancier offre ainsi de renoncer à sa demande si le débiteur affirme sous la foi du serment que la dette prétendue n'existe pas.

888. Le serment est renforcé par deux caractères. D'une part, le serment a un caractère religieux qui implique l'adhésion à une doctrine métaphysique<sup>(2)</sup>. D'autre part, lorsque le serment est faux, il implique les conséquences pénales graves du faux serment. Il s'agit d'un délit pénal réprimé par l'article 243 du Code pénal qui sanctionne celui qui s'est volontairement rendu coupable de faux serment en matière civile en le punissant de l'emprisonnement pendant cinq ans et d'une amende.

##### 1. Les conditions du serment décisore

Le législateur soumet le serment décisore à de nombreuses conditions destinées à éviter autant que possible le mensonge et d'en faire un procédé de preuve certain.

<sup>(1)</sup> K. NEGRA, *Le serment décisore, mémoire de D. E. S en Droit privé, Faculté de Droit et des Sciences politiques et économiques de Tunis*, 1978.

<sup>(2)</sup> Cf. sur l'importance et la gravité du serment dans le Coran, *Sourate 2 verset 224; Sourate 3 verset 77; Sourate 5 verset 89; Sourate 9 verset 12; Sourate 16 verset 92.*

889. a. Pour déférer ou prêter serment décisoire, il faut avoir la capacité d'aliéner. En effet, la délation ou la prestation du serment décisoire est un acte grave qui permet de décider du sort du litige et de déboucher sur un acte de disposition. C'est ce qu'exige expressément l'article 494 du Code des obligations et des contrats d'après lequel «pour prêter et déférer le serment, il faut avoir la capacité d'aliéner».

890. Ce texte exclut du droit de déférer le serment le tuteur ou l'administrateur sauf lorsque le serment décisoire est déféré sur des faits d'administration et de gestion personnellement accomplis par le tuteur ou le représentant d'une manière générale. Le mandataire a donc besoin d'un mandat spécial pour déférer le serment en dehors de ses propres actes d'administration, conformément à l'article 1120 du Code des obligations et des contrats. D'après cet article, «Quelle que soit l'étendue de ses pouvoirs, le mandataire ne peut, sans l'autorisation expresse du mandant, déférer le serment décisoire...». Ainsi, l'avocat ne peut déférer le serment au lieu et place de son client à moins d'avoir une procuration spéciale en ce sens<sup>(1)</sup>. De même, s'agissant d'un tuteur légal, il doit obtenir l'autorisation du juge des tutelles et démontrer l'intérêt évident pour l'enfant<sup>(2)</sup>.

891. Le serment décisoire ne peut pas être déféré par un fils à son père ou à sa mère. Cette règle, posée par l'article 499 du Code des obligations et des contrats, s'explique par le respect dû aux parents par les descendants<sup>(3)</sup>. Un tel acte, s'il était admis, serait également contraire aux bonnes mœurs. Cependant, si le serment a été déféré par le père ou la mère à son fils ou à sa fille, ces derniers peuvent le référer à celui des parents qui l'a déféré.

<sup>(1)</sup> Civ. n°9109, du 5 avril 1973, B. 1973, p. 9 ; Civ. n°2264, du 28 février 1980, B. 1980, p. 54.

<sup>(2)</sup> Art. 15 et 494 C. O. C

<sup>(3)</sup> Le respect dû aux parents est bien ancré dans la tradition musulmane. L'exigence de ce respect est expressément énoncée au moins dans 5 sourates du Coran : Sourate 17 verset 23 ; Sourate 29 verset 8 ; Sourate 31 verset 14 et sourate 46 verset 15. cette exigence est aussi largement répandue dans les paroles du prophète dont l'authenticité est certaine.

892. Le serment doit être personnellement et non par procuration<sup>(1)</sup>. Ainsi, le représentant ne peut pas prêter serment au lieu et place de la personne représentée. Cette règle ne manque d'ailleurs pas de poser problème, lorsque le serment a été déféré à une personne morale. Celle-ci ne peut agir que par l'intermédiaire d'une personne physique qui la représente. Il s'ensuit que le représentant de la personne morale ne peut prêter serment sur des faits accomplis par cette dernière<sup>(2)</sup>.

893. b. L'objet du serment doit être en principe un fait personnel au plaideur à qui le serment est déféré. Ainsi, le débiteur qui ne reconnaît pas l'existence d'une dette à son égard peut être appelé à prêter serment qu'il n'a pas reçu l'objet de la dette.

894. Mais l'objet du serment peut être un fait non personnel à la partie à laquelle on le défère, lorsqu'il porte seulement sur la connaissance ou l'ignorance de ce fait. C'est ce qu'on appelle le serment de crédulité. Il en est ainsi par exemple du serment déféré aux héritiers d'un débiteur, visant à les faire déclarer qu'ils ne savent pas que la créance prétendue existe<sup>(3)</sup>.

895. c. Le serment doit «être prêté à la mosquée, le vendredi, ou dans tout autre lieu religieux qui sera indiqué par la partie qui le défère et conformément au culte de la partie»<sup>(4)</sup>. Lorsque le lieu indiqué est éloigné de plus de 3 milles du lieu où siège le tribunal, la partie à laquelle le serment est déféré pourra refuser de s'y rendre<sup>(5)</sup>.

896. Le lieu de prestation du serment pose la question de savoir s'il vise l'ordre public ou l'intérêt des particuliers. Certaines juridictions ont admis à cet égard que le serment décisoire puisse avoir lieu à la barre du tribunal. Face à cette pratique, la cour de cassation a

<sup>(1)</sup> Art. 493 du C. O. C

<sup>(2)</sup> Trib. Bizerte, 20 janvier 1956, R. T. D. 1957-58, p. 144, note R. J. MERLIN ; Civ. n°1204, 30 janvier 1960, B. 1960, p. 98.

<sup>(3)</sup> Art. 498 C. O. C

<sup>(4)</sup> Art. 495 al. 1 C. O. C.

<sup>(5)</sup> Art. 495 al. 2 C. O. C

estimé au départ que l'article 495 du Code des obligations et des contrats est d'ordre public, censurant ainsi les juges du fond qui admettent le serment en dehors des lieux religieux<sup>(1)</sup>. Aujourd'hui, la cour de cassation considère ce texte comme étant d'intérêt privé puisqu'il vise en effet l'intérêt des parties au litige, et que ces dernières peuvent en conséquence renoncer au lieu de prestation du serment tel qu'il est déterminé par la loi<sup>(2)</sup>.

d. Le serment décisore ne peut pas être déféré dans certaines matières<sup>(3)</sup>

897. Tout d'abord, le serment décisore «ne peut pas être déféré sur un fait criminel, lorsque l'accusé veut le référer au demandeur»<sup>(4)</sup>. Il est vrai, en effet, que le serment décisore se heurte au principe de l'intime conviction du juge répressif. En conséquence, un prévenu ne peut valablement déférer le serment décisore à la partie civile sur les faits objet de la poursuite<sup>(5)</sup>.

898. Ensuite, le serment décisore ne peut pas être déféré «sur une convention pour laquelle la loi exige l'acte authentique ou la transcription»<sup>(6)</sup>. Ainsi, par exemple, le mandat d'ester en justice, le contrat de Mogařa, doivent être dressés en la forme authentique<sup>(7)</sup>. Chaque fois que l'on est en présence d'une pareille situation, le serment décisore ne peut être admis pour prouver ces actes. La règle de l'interdiction s'applique même si la formalité exigée n'est pas l'acte authentique mais un acte sous seing privé ayant date certaine<sup>(8)</sup>.

899. En outre, le serment décisore ne peut être déféré, non plus, «contre un fait qu'un acte authentique déclare avoir eu lieu en

<sup>(1)</sup> Civ. n°640, du 30 juillet 1925, R. J. L 1960, p. 861 ; Cf. K. NEGRA, *op.cit.* p. 131.

<sup>(2)</sup> Civ. n°3087, du 21 mai 1957, R. J. L 1960, p. 867 ; Civ. n°5335, du 30 mai 1968, R. T. D, 1969-70, p. 268, note R. SABBAGH.

<sup>(3)</sup> art. 500 C. O. C Cf., K. NEGRA, *op.cit.* p. 68 et S.

<sup>(4)</sup> Art. 500 1° C. O. C

<sup>(5)</sup> Civ. N° 4197, du 14 nov. 1957, R. J. L 1971 n° spécial p. 108.

<sup>(6)</sup> Art. 500 2° C. O. C

<sup>(7)</sup> Art. 1118 et 1416 du C. O. C.

<sup>(8)</sup> Civ. n°7238, du 22 novembre 1949, R. J. L 1960, p. 867, *sommaire* n°44.

présence de l'officier public qui l'a reçu<sup>(1)</sup> ». L'interdiction s'explique par l'honorabilité et la confiance qui s'attachent à l'auteur de l'acte. Les constatations des officiers publics et les mentions qu'ils contrôlent eux-mêmes sont tenues pour vraies jusqu'à inscription de faux qui est une procédure pénale criminelle. Cependant, l'interdiction ne s'attache qu'aux énonciations qui font foi jusqu'à inscription de faux et non à toutes les énonciations de l'acte authentique<sup>(2)</sup>.

900. L'article 500 du Code des obligations et des contrats interdit également de recourir au serment décisore «pour établir une obligation à laquelle la loi refuse l'action en justice pour des raisons d'ordre public ou de morale », ou bien encore «sur un fait qui a été déjà écarté par un jugement passé en force de chose jugée ». Le serment décisore est irrecevable car il tend à combattre une présomption légale irréfragable interdisant l'action en justice. Tel est le cas par exemple lorsque l'action en justice se trouve éteinte par la prescription extinctive<sup>(3)</sup>.

901. Enfin, le serment décisore est écarté chaque fois qu'il aurait «d'après les circonstances, un caractère évidemment vexatoire ou inutile»<sup>(4)</sup>. En effet, le serment décisore ne doit porter que sur des faits pertinents et concluants, ayant une influence déterminante sur la solution du litige. Le serment déféré ne doit pas viser simplement à porter atteinte à l'honneur de la partie adverse, surtout que les milieux tunisiens sont souvent attachés à la religion<sup>(5)</sup>.

## 2. Les effets du serment décisore

902. Le serment décisore est un acte juridique. Il ne produit donc ses effets que lorsqu'il remplit les conditions de l'acte juridique, et notamment, il doit être l'expression d'un consentement valable,

<sup>(1)</sup> Art. 500 3° C. O. C.

<sup>(2)</sup> Civ. n°9462, 23 juillet 1973, B; 1973, p. 7 ; Civ. n°2467, 20 septembre 1978, B. 1978, p. 71.

<sup>(3)</sup> Civ. n°4711, du 17 novembre 1966, R. J. L 1967, p. 114 ; B. 1966, p. 45 ; Civ. n°6266, 22 janvier 1970, R. J. L 1970.

<sup>(4)</sup> Art. 500, 6° C. O. C

<sup>(5)</sup> Civ. n°6249, du 12 juin 1969, R. J. L 1970, p. 291.

libre et éclairé. L'article 506 du Code des obligations et des contrats édicte à cet égard que «le serment n'a aucun effet lorsqu'on justifie que c'est par la violence ou le dol de l'autre partie qu'on a été amené à le prêter ».

903. L'effet du serment décisoire valablement effectué est qu'il éteint la contestation de manière définitive. D'ailleurs, par sa nature même, il constitue une sorte d'ultime recours en matière de preuve lorsqu'une partie n'arrive pas à établir sa prétention par d'autres moyens de preuve. A cet égard, l'article 505 du Code des obligations et des contrats énonce que «la déclaration du serment par la partie suppose la renonciation à tout autre moyen de preuve. Aucune preuve ne peut être admise contre le serment, sauf les poursuites pénales en cas de faux serment ». En raison du danger qu'il présente sur l'issue du procès, le législateur permet dans l'article 504 du Code des obligations et des contrats de rétracter le serment déféré tant que l'adversaire ne s'est pas déclaré prêt à le prêter. En revanche, si le destinataire du serment s'est déclaré prêt à le prêter, la partie déférente ne peut plus le rétracter<sup>(1)</sup>.

904. Le serment décisoire est une preuve parfaite qui s'impose aux parties, à leurs héritiers et ayans cause<sup>(2)</sup>. Il s'impose également au juge comme les autres preuves parfaites, et ce dernier doit en tirer toutes les conséquences sur le litige dont il est saisi. Aucune preuve ne peut être admise contre le serment, sauf les poursuites pénales en cas de faux serment<sup>(3)</sup>.

905. Lorsqu'une personne a déféré le serment décisoire à son adversaire, ce dernier peut adopter l'une des trois solutions suivantes.

906. Tout d'abord, l'adversaire peut prêter le serment. Dans ce cas, il gagne le procès<sup>(4)</sup>.

907. Ensuite, l'adversaire peut référer le serment à la partie qui l'a déféré. Cela signifie qu'au lieu de prêter le serment, il le renvoie à

<sup>(1)</sup> Cf. K. NEGRA, *op.cit.*, p. 85 et S.

<sup>(2)</sup> Art. 507 C. O. C

<sup>(3)</sup> Art. 505 C. O. C

<sup>(4)</sup> Art. 505 C. O. C

son auteur<sup>(1)</sup>. Alors, celui qui a déféré le serment est tenu de le prêter. S'il le prête, il gagne son procès, alors que s'il refuse, il succombe à sa demande.

908. Enfin, l'adversaire peut refuser purement et simplement de prêter le serment décisoire<sup>(2)</sup>. L'article 503 du Code des obligations et des contrats distingue alors deux hypothèses possibles. Si celui qui refuse de prêter serment est demandeur, il perd son procès. S'il est défendeur, le demandeur sera tenu de prêter lui-même serment à l'appui de sa demande. Il semble, dans ce dernier cas, qu'il s'agisse d'un serment supplétoire car il est déféré par le juge et il est destiné à compléter la présomption qui découle du refus du défendeur de prêter le serment décisoire qui lui est déféré par le demandeur<sup>(3)</sup>.

### **Paragraphe deuxième Les procédés de preuve imparfaits**

909. Les procédés de preuve imparfaits prévus par l'article 427 du Code des obligations et des contrats sont au nombre de quatre : le témoignage, les présomptions de l'homme, l'aveu extrajudiciaire et le serment supplétoire. Leur force probante relève de l'appréciation souveraine des juges du fond.

#### **A. La preuve testimoniale**

910. La preuve testimoniale ou par témoignage est celle qui résulte d'une déclaration faite par une personne qui relate ce qu'elle a personnellement vu ou entendu. C'est ce qu'on appelle le témoignage direct. Mais le témoignage peut être indirect, sorte de témoignage à un second degré, par lequel une personne relate ce qu'une autre personne a personnellement vu ou entendu<sup>(4)</sup>. Cela le distingue de la preuve par

<sup>(1)</sup> Art. 501 C. O. C

<sup>(2)</sup> Le refus de prêter serment dans le lieu indiqué équivaut à un refus du serment (Art. 496 C.O.C). De même, celui qui a accepté de prêter serment ne peut plus le référer car cela équivaudrait à un refus (Art. 502 C. O. C).

<sup>(3)</sup> K. NEGRA, *Le serment décisoire*, *op.cit.*, p. 154 ; R. MEZGHANI, *Les règles de la preuve*, *op.cit.* ; p. 262.

<sup>(4)</sup> GORPHE, *La critique du témoignage*, Thèse, Paris, 1924; M. LE ROY, *le contrôle de l'aptitude au témoignage*, D. 1969, Chr. P. 175.

commune renommée, «qui consiste en ce que des personnes rapportent, non plus ce qu'elles ont constaté elles-mêmes, mais ce qu'elles ont oui-dire à propos de tel ou tel fait»<sup>(1)</sup>. La preuve par commune renommée est dangereuse et imprécise puisqu'elle consiste en des témoignages sur une opinion répandue dans le public à propos du fait allégué et contesté<sup>(2)</sup>.

911. Si la recevabilité du témoignage en tant que moyen de preuve est prévue par le Code des obligations et des contrats, en revanche, sa procédure est déterminée, quant à elle, par le code de procédure civile et commerciale.

912. Les témoins sont entendus au cours d'une enquête faite par le juge rapporteur désigné par le tribunal, ou même par le tribunal lui-même. D'après l'article 92 du Code de procédure civile et commerciale, «le tribunal ou le juge rapporteur autorise la partie qui invoque un témoignage à faire comparaître le témoin devant lui aux jours et heures fixés»<sup>(3)</sup>. Le même texte autorise le juge qui doit procéder à l'audition du témoin, à charger un juge exerçant dans une autre juridiction d'assurer cette audition, lorsque le témoin habite loin du ressort de la juridiction normalement compétente.

913. Lorsque le témoin à entendre est un étranger résidant hors de Tunisie ou un tunisien résidant à l'étranger, l'article 93 prévoit dans la première hypothèse que la juridiction tunisienne peut envoyer une commission rogatoire par la voie diplomatique à l'autorité judiciaire dont relève le témoin. Dans la seconde hypothèse, la commission rogatoire est envoyée par la voie administrative à l'agent diplomatique ou consulaire tunisien le plus proche de la résidence du témoin tunisien.

<sup>(1)</sup> A. WEILL, *Droit civil, Introduction générale, op.cit.*, n°352, p. 304.

<sup>(2)</sup> M. PICARD, *De la preuve par commune renommée, Thèse, Paris, 1911.*

<sup>(3)</sup> Il y a lieu de noter que « Si le tribunal ne trouve pas au dossier les éclaircissements suffisants, il peut, d'office, ordonner la comparution à l'audience des témoins ou experts dont il juge l'audition utile... » (Art. 114 C. P. C. C.).

914. En cas de pluralité de témoins, ils sont entendus séparément en présence des parties ou même en leur absence, lorsque les parties ont été dûment avisées et appelées. Les témoins déposent sans le secours d'un écrit. Leurs déclarations sont consignées par le juge sur un procès-verbal<sup>(1)</sup>.

915. Pendant leurs dépositions, les parties ne doivent pas les interrompre, et lorsque les dispositions sont terminées, le juge peut, d'office ou à la demande des parties, leur poser des questions ou même les confronter<sup>(2)</sup>. Lorsque le témoin est un sourd-muet, il peut déposer à condition d'être capable de le faire «par écrit ou par signes ne prêtant à aucune équivoque»<sup>(3)</sup>.

916. Pour entourer cette preuve des garanties nécessaires, la loi exclut le témoignage de certaines personnes. Il s'agit des témoins reprochables dont la liste est établie par l'article 96 du Code de procédure civile et commerciale, selon lequel, «les témoins peuvent être reprochés :

- 1- pour raison d'inimitié manifeste ;
- 2- s'ils ont un intérêt personnel à déposer ;
- 3- s'ils ont reçu des cadeaux, en cours d'instance, de la partie qui les a cités ;
- 4- s'ils sont, au moment de leur audition, créanciers ou débiteurs de l'une des parties ;
- 5- en raison de leur âge, jusqu'à 13 ans révolus ;
- 6- s'ils sont mandataires ou tuteurs de la partie qui les a cités ;
- 7- pour raison de parenté, en ligne directe ascendante ou descendante à l'infini, et en ligne collatérale, jusqu'au sixième degré ;
- 8- pour raison d'alliance jusqu'au quatrième degré ;
- 9- s'ils sont serviteurs ou domestiques à gages ;

<sup>(1)</sup> Art. 94 C. P. C. C.

<sup>(2)</sup> Art. 94 C. P. C. C.

<sup>(3)</sup> Art. 95 C. P. C. C.

10- s'ils ont été condamnés pour infraction portant atteinte à l'honneur »<sup>(1)</sup>.

917. A côté de ces causes de reproche, le législateur admet d'une manière générale la possibilité de « reprocher en fait un témoin si les circonstances font douter de la sincérité de son témoignage ou en réduisent la portée »<sup>(2)</sup>. De même, n'est pas accepté le témoignage du fonctionnaire public sur les faits dont il a connu à raison de ses fonctions, même s'il n'est plus en activité de service, à moins d'obtenir le consentement de l'autorité de laquelle il relève ou il relevait<sup>(3)</sup>. Enfin, les avocats, les médecins et autres dépositaires des secrets d'autrui ne peuvent témoigner de ce qu'ils ont connu lors de l'exercice de leurs fonctions<sup>(4)</sup>.

918. La recherche des garanties de l'exactitude des témoignages n'a pas cependant poussé le législateur à consacrer l'ancienne règle du droit romain « Testus unus, testus nullus »<sup>(5)</sup>. Un témoignage même unique, peut donc être retenu, et plusieurs témoignages peuvent être écartés. Le tout revient en effet à l'appréciation souveraine des juges du fond. La question s'est posée devant la cour de cassation et on a soutenu que le témoignage, pour sa validité, suppose qu'il soit rapporté par deux témoins. On a invoqué à l'appui de cette thèse le droit musulman. Cependant, la cour de cassation a rejeté cette prétention en se fondant non seulement sur le droit positif, mais encore sur le droit musulman qui a retenu le témoignage de plusieurs personnes comme il a retenu aussi le témoignage d'une seule personne<sup>(6)</sup>.

<sup>(1)</sup> Art. 96 C. P. C. C.

<sup>(2)</sup> Art. 97 C. P. C. C.

<sup>(3)</sup> Art. 99 C. P. C. C.

<sup>(4)</sup> Art. 100 C. P. C. C.

<sup>(5)</sup> « Un témoin, nul témoin ».

<sup>(6)</sup> Civ. n°2975, du 12 février 1981, R. J. L. 1982, n°3, p. 106, B. 1981, p. 52. En droit musulman, Cf. R. MEZGHANI, *Les règles de la preuve*, op.cit., p. 296 et S. et les nombreuses références qu'il cite.

## B. La preuve indiciaire : Les présomptions de l'homme

919. D'après l'article 479 du Code des obligations et des contrats, les présomptions de l'homme sont des indices au moyen desquels le juge établit l'existence de certains faits inconnus. Par exemple, à partir de l'état du véhicule, de la chaussée, des traces de freinage, le juge peut déduire la vitesse et par conséquent s'il y a excès de vitesse. Ou bien encore, à partir du lien de parenté et du prix dérisoire, le juge peut conclure à la vente frauduleuse des droits du créancier<sup>(1)</sup>. De même, à partir de l'analyse du sang, le juge peut parfois conclure à l'absence de filiation légitime<sup>(2)</sup>.

920. L'article 486 du Code des obligations et des contrats exige des présomptions graves, précises et concordantes<sup>(3)</sup>. Ces présomptions sont laissées à la prudence et à l'appréciation souveraine du tribunal. Cependant, même si elles sont graves, précises et concordantes, elles ne sont admises que si elles sont confirmées par le serment supplétoire de celui qui les invoque<sup>(4)</sup>. En effet, il s'agit d'un moyen de preuve faible parmi les preuves imparfaites. Il dépend entièrement de l'intime conviction du juge.

## C. L'aveu extrajudiciaire

921. L'article 430 du Code des obligations et des contrats définit l'aveu extrajudiciaire comme étant « celui que la partie ne fait pas devant le juge ». La qualité essentielle de l'aveu judiciaire est qu'il résulte d'une déclaration faite devant un juge pendant une instance judiciaire. Lorsque cette qualité fait défaut, l'aveu perd son caractère judiciaire. Il perd par la même les garanties qui l'entourent. C'est pourquoi l'aveu extrajudiciaire constitue un procédé imparfait

<sup>(1)</sup> C. app. Monastir, n°773, du 30 janvier 1986, R. J. L. 1987, n°8, p. 19, note S. MELLOULI.

<sup>(2)</sup> C. app. Sousse, n°3411, du 17 janvier 1974, R. J. L. 1974, p. 318.

<sup>(3)</sup> Civ. n°8783, du 24 février 1972, R. J. L. 1973, n°5-6, p. 65-878 ; Civ. n°10492, du 15 mai 1975, B. 1975, p. 25 ; Civ. n°8138, du 14 décembre 1971, B. 1971 p. 121.

<sup>(4)</sup> Art. 487 du C.O.C. ; Civ. n°2772, du 8 mai 1979, B. 1979, p. 219 ; Civ. n°8743, 24 février 1972, B. 1972, p. 19 ; Civ. n°8138, 14 décembre 1971, B. 1971, p. 121.

de preuve qui ne lie pas le juge. Il est laissé à l'appréciation souveraine des juges du fond.

922. N'étant par fait devant le juge, l'aveu extrajudiciaire doit être prouvé. Comment peut-on le prouver ?

923. L'aveu extrajudiciaire peut être prouvé par écrit. S'il a été consigné par l'auteur de l'aveu dans un écrit, on est alors ramené à la preuve écrite<sup>(1)</sup>. Mais, généralement, l'aveu extrajudiciaire est prouvé par témoignage. Il est nécessaire dans ce cas que l'on ne soit pas dans le cadre d'une contestation pour laquelle la loi exige la preuve écrite<sup>(2)</sup>. Lorsqu'il est prouvé par témoins, l'aveu extrajudiciaire a la valeur probatoire d'un témoignage<sup>(3)</sup>.



#### D. Le serment supplétoire

924. Le serment supplétoire est un procédé imparfait de preuve qui se distingue du serment décisoire tant par ses caractères que par ses effets. Son trait essentiel réside dans le fait qu'il est un moyen entre les mains du juge qui est insuffisamment convaincu et veut assurer sa pleine et entière conviction.

##### 1. Les caractères du serment supplétoire

925. Le trait principal qui caractérise le serment supplétoire consiste dans le fait qu'il s'agit d'un serment déféré d'office par le juge. C'est ce qui ressort de l'article 492 du Code des obligations et des contrats d'après lequel «le serment est de deux espèces :...2) celui qui est déféré d'office par les juges à l'une ou l'autre des parties. Il est appelé supplétoire»<sup>(4)</sup>.

<sup>(1)</sup> Civ. n°2731, du 19 mars 1964, R. J. L. 1964, n°8, p. 36-596.

<sup>(2)</sup> Art. 437 C. O. C.

<sup>(3)</sup> Civ. n°6711, du 27 février 1952, R. J. L. 1960, n°9 et 10, p. 21.

<sup>(4)</sup> Civ. n°3435, du 5 octobre 1981, B. 1981, III, p.

926. S'agissant d'un serment déféré par le juge librement, celui-ci peut le déférer à l'une ou à l'autre des parties, ou même aux deux à la fois<sup>(5)</sup>.

927. Le serment supplétoire étant déféré par le juge, la partie appelée à le prêter ne peut pas le référer à l'adversaire car ce n'est pas lui qui l'a réclamé<sup>(1)</sup>.

928. Il existe certaines hypothèses où le serment supplétoire doit être déféré par le juge à l'une des parties. Il s'agit d'une part des présomptions de fait qui ne sont admises que lorsqu'elles sont confirmées par un serment supplétoire de la partie qui les invoque<sup>(2)</sup>. Il s'agit ensuite des actions dirigées contre un absent, la succession d'un débiteur, un incapable, ou une fondation pieuse. Dans ces divers cas, le juge doit toujours déférer le serment supplétoire au demandeur, à peine de recours contre le jugement<sup>(3)</sup>.

929. Enfin, il faut noter l'existence d'une forme particulière de serment supplétoire, qui est le serment estimatoire. Prévu par l'article 512 du Code des obligations et des contrats, il ne concerne pas le principe de la demande qui est fondé, mais le montant ou la valeur de la chose demandée qui n'est pas déterminé. Le juge n'ayant pas des moyens probants pour en fixer la valeur exacte, la loi l'autorise à déférer le serment supplétoire au demandeur sauf à lui fixer un maximum, ou à réduire la somme demandée si elle lui paraît exagérée<sup>(4)</sup>.

<sup>(5)</sup> Art. 508 C. O. C. Civ. n°3138, du 10 novembre 1964, B. 1964, p. 46 ; Civ. n°5411, du 16 juin 1981, B. 1981, II, p. 193 ; Civ. n°6909, du 26 janvier 1982, B. 1982, I, p. 220.

<sup>(1)</sup> Art. 509 C. O. C.

<sup>(2)</sup> Civ. n°2772, du 8 mai 1979, B. 1979, p. 219.

<sup>(3)</sup> Art. 510 C. O. C. Civ. n°1204, du 30 janvier 1960, R. J. L. 1960, n°6, p. 32-426 ; C. app. de Tunis, n°32544, du 5 juillet 1973, R. J. L. 1974, n°5-6, p. 69-417 ; Civ. n°299, du 4 octobre 1960, R. J. L. 1961, n°2, p. 24-982.

<sup>(4)</sup> Art. 512 C. O. C. ; F. TERRE, *Introduction générale au droit*, op.cit., n°581 ; B. STARCK, *Introduction*, op.cit., n°1581.

## 2. La force probante du serment supplétoire

930. Le serment supplétoire étant destiné à renforcer la conviction du juge, celui-ci demeure libre d'apprécier sa valeur probatoire et les conséquences qu'il peut en tirer. Cependant, présenté seul, le serment supplétoire n'a pas de valeur probante suffisante car il est destiné en principe à corroborer d'autres preuves imparfaites produites à l'appui de la demande.

931. Le serment supplétoire étant un serment, on est admis, en vertu de l'article 511 du Code des obligations et des contrats, à en démontrer la fausseté. Cependant, le même texte interdit d'attaquer le serment supplétoire dans deux hypothèses. Il s'agit du cas où un jugement passé en force de chose jugée est intervenu sur ce serment. Dans ce cas, la force de la chose jugée s'oppose à remettre en cause le jugement intervenu. Il s'agit encore du cas où la partie a formellement acquiescé au jugement qui a ordonné la prestation du serment. Cependant, le simple défaut de protestation ou de réserve ne vaut pas acquiescement.

## INDEX ALPHABETIQUE

*(Les chiffres renvoient aux numéros des paragraphes)*

## - A -

Abrogation, 275 et s.  
 Acte authentique, 815 et s.  
 Acte authentique valable, 827 et s.  
 Acte authentique nul, 835.  
 Acte juridique, 321, 725 et s, 755 et s.  
 Acte sous seing privé, 836 et s.  
 Analogie, 477.  
 Animaux, 593, 603.  
 Application de la loi dans le temps, 299 et s.  
 Arrêtés, 259.  
 Attache esthétique, 616 et s.  
 Attache matérielle, 609 et s.  
 Aubry et Rau, 637.  
 Aveu extrajudiciaire, 921 et s.  
 Aveu judiciaire, 863 et s.

## - B -

Bail, 300, 851.  
 Bénéfice d'inventaire, 662.  
 Biens, 576 et s.  
 Bon pour, 838.  
 Byzance, 129.

## - C -

Carthage, 114.  
 Circulaires, 260.  
 Certificat de coutume, 726.  
 Chambres réunies, 438 et s.

Charge de la preuve, 669 et s. , 690 et s.  
 Commencement de preuve par écrit, 768 et s.  
 Compétence des tribunaux, 396 et s., 632 et s.  
 Connaissance de la loi, 286 et s.  
 Conseil constitutionnel, 213 et s.  
 Constitution, 101, 171 et s., 209 et s.  
 Conseil de prud'hommes, 409.  
 Cour d'appel, 419.  
 Cour de cassation, 420 et s.  
 Conflits de lois dans le temps, 299 et s.  
 Copie, 861.  
 Coutume, 50 et s., 335 et s., 729.  
 Connaissance de la loi, 286 et s.

### - D -

Date de l'acte, 849 et s.  
 Décret, 256 et s.  
 Décret autonome, 247 et s.  
 Décret loi, 249 et s.  
 Dispense, 297.  
 Doctrine, 363 et s.  
 Double degré de juridiction, 390 et s., 417 et s.  
 Droit acquis, 309 et s.  
 Droit administratif, 117.  
 Droit civil, 182.  
 Droit commercial, 184.  
 Droit commun, 182.  
 Droit constitutionnel, 171.  
 Droit international privé, 193.  
 Droit international public, 180.  
 Droit judiciaire privé, 190.  
 Droit musulman, 49, 84 et s., 133 et s. , 494 et s., 662, 755, 888, 901.  
 Droit naturel, 63 et s.  
 Droit objectif, 7 et s.  
 Droit positif, 73 et s.  
 Droit privé, 157 et s., 182 et s.  
 Droit public, 157 et s., 171 et s.

Droit du travail, 187.  
 Droits extrapatrimoniaux, 517 et s., 521 et s.  
 Droits familiaux, 539.  
 Droits patrimoniaux, 517 et s., 543 et s.  
 Droits de la personnalité, 522 et s.  
 Droits subjectifs, 506 et s.

### - E -

Ecoles de droit, 62 et s.  
 Ecrit, 755 et s., 811 et s.  
 Effet immédiat de la loi nouvelle, 315 et s.  
 Entrée en vigueur, 266 et s.  
 Enregistrement, 852, 856.  
 Enregistrement de la voix, 775.  
 Exégèse, 469 et s.  
 Expectative, 309 et s.  
 Exploitation agricole, 603.  
 Expertise, 684, 804.

### - F -

Faillite, 653, 663.  
 Fait et droit, 435 et s., 720 et s.  
 Fait juridique, 752, 798 et s.  
 Fait négatif, 702 et s.  
 Fiction, 596.

### - G -

Gage, 555, 631.  
 Général (caractère), 16 et s.  
 Génys, 483, 510.

**- H -**

Héritier, 662.  
 Hiérarchie, 207 et s.  
 Histoire du droit, 112 et s.  
 Homme (droits), 521 et s.  
 Honneur, 538.  
 Huissiers-notaires, 819.  
 Hypothèque, 554, 631.

**- I -**

Ignorance de la loi, 286 et s.  
 Illettré, 288 et s., 839 et s.  
 Immeuble par destination, 596 et s.  
 Immeuble par nature, 584 et s.  
 Immeuble par l'objet auquel il s'applique, 623 et s.  
 Impossibilité de la preuve écrite, 780 et s.  
 Inscription de faux, 830 et s.  
 Indépendance, 147 et s.  
 Instrumentum, 814.  
 Intention du législateur, 469, 487.  
 Interprétation de la loi, 462 et s.  
 Interprètes, 363 et s.  
 Intime conviction, 749.  
 Islam, 84 et s., 133 et s.

**- J -**

Journal officiel, 490.  
 Juridiction de droit commun, 394 et s., 400 et s.  
 Juridiction d'exception, 394 et s., 405 et s.  
 Juridiction de renvoi, 437 et s.  
 Juridiction du second degré, 417 et s.  
 Juridiction du fond, 400 et s.  
 Jurisprudence, 443 et s.

Juge cantonal, 406 et s.  
 Justice, 149 et s., 369 et s., 380 et s.

**- L -**

Lacune, 476 et s., 491 et s.  
 Laïcité, 90 et s.  
 Langue arabe, 488 et s.  
 Légalité (contrôle), 261 et s., 372 et s.  
 Législation, 154 et s.  
 Lettres, 772, 858 et s.  
 Livres de commerce, 857.  
 Lois, 227 et s.  
 Loi claire, 487 et s.  
 Loi étrangère, 722 et s.  
 Loi impérative, 291 et s.  
 Loi interprétative, 331 et s.  
 Loi ordinaire, 236 et s.  
 Loi organique, 232 et s.  
 Loi pénale plus douce, 324 et s.  
 Loi référendaire, 228 et s.  
 Loi rétroactive, 323 et s., 329 et s.  
 Loi supplétive, 291 et s.

**- M -**

Magistrature, 381 et s.  
 Manuels et traités, 364 et s.  
 Marxisme, 82.  
 Maximes, 481.  
 Méthodes d'interprétation, 468 et s.  
 Méthode déformante, 484 et s.  
 Méthode exégétique, 469 et s.  
 Méthode de la libre recherche scientifique, 485.  
 Méthodes scientifiques, 483 et s.  
 Meubles, 581 et s.  
 Meubles par anticipation, 595.  
 Meubles par détermination de la loi, 621 et s.

Meubles par nature, 592 et s.  
 Ministère public, 385 et s.  
 Monopole d'exploitation, 571 et s.  
 Morale, 31 et s.

- N -

Negotium, 814.  
 Neutralité du juge, 679 et s.  
 Non-rétroactivité de la loi, 299 et s.  
 Notaires, 819.

- O -

Objet de la preuve, 718 et s.  
 Obligation, 557, 562.  
 Obligatoire (caractère), 22 et s.  
 Obscurité de la loi, 472 et s., 491 et s.  
 Officier de l'état civil, 820.  
 Officier public compétent, 817 et s.  
 Ordre administratif, 369 et s.  
 Ordre judiciaire, 375 et s.

- P -

Pacte fondamental, 136 et s.  
 Patrimoine, 639 et s.  
 Patrimoine d'affectation, 654 et s.  
 Patrimoine de mer, 655.  
 Permanent (caractère), 20 et s.  
 Photocopie, 861.  
 Positivisme juridique, 74 et s.  
 Positivisme scientifique, 79 et s.  
 Possession, 407.  
 Précédent historique, 475.

Présomption de l'homme, 919 et s.  
 Présomption légale, 712 et s., 730 et s.  
 Preuve imparfaite, 909 et s.  
 Preuve indiciaire, 919 et s.  
 Preuve légale, 748.  
 Preuve mixte, 750.  
 Preuve morale, 749.  
 Preuve parfaite, 809 et s.  
 Preuve préconstituée, 808.  
 Preuve testimoniale, 910 et s.  
 Privilèges, 556.  
 Promulgation, 266.  
 Protectorat, 142.  
 Propriété, 546.  
 Propriété littéraire et artistique, 573.  
 Propriété industrielle, 574.  
 Publication, 270 et s.

- R -

Raisonnement par analogie, 477.  
 Raisonnement a contrario, 480  
 Raisonnement a fortiori, 478 et s.  
 Referendum, 228 et s.  
 Règle générale, 16 et s.  
 Règle obligatoire, 22 et s.  
 Règle permanente, 20 et s.  
 Règlements, 255 et s.  
 Religion, 43 et s.  
 Rétroactivité de la loi, 323 et s.  
 Revues, 365.  
 Rome, 121.  
 Roubier, 315 et s.

**- S -**

Saisies, 634.  
 Saleilles, 483 et s.  
 Sanction, 25.  
 Secret professionnel, 534.  
 Serment décisoire, 887 et s.  
 Serment supplétoire, 924 et s.  
 Servitudes, 551.  
 Signature, 836 et s.  
 Simple expectative, 309 et s.  
 Situation contractuelle, 321 et s.  
 Situation légale, 319 et s.  
 Solennel, 823 et s.  
 Sources du droit, 199 et s.  
 Suicide, 526.  
 Sûretés, 553.  
 Succession, 662.  
 Survie (loi ancienne), 321 et s.  
 Système accusatoire, 672.  
 Système inquisitoire, 673.

**- T -**

Télégramme, 837.  
 Témoignage, 910 et s.  
 Traités, 224 et s.  
 Travaux préparatoires, 473.  
 Tribunal administratif, 178 et s., 369 et s.  
 Tribunal immobilier, 413 et s.  
 Tribunal de première instance, 401 et s., 418.

**- U -**

Universalité, 636 et s.  
 Usages, 50 et s., 335 et s.  
 Usufruit, 548.

**- V -**

Vandales, 129.  
 Vérification d'écriture, 846 et s.  
 Vérité, 664.  
 Vie humaine, 523.  
 Vie privée, 533 et s.  
 Voies de recours, 390 et s., 418 et s.  
 Voies d'exécution, 190.

## TABLE DES MATIERES

|                                                                                                                                | <b>Pages</b> |
|--------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|--------------|
| <b>Première partie : Le droit objectif</b>                                                                                     | 3            |
| <b>Chapitre premier : La notion de droit</b>                                                                                   | 5            |
| Section première : Les caractères de la règle de droit                                                                         | 5            |
| Paragraphe premier : Détermination des caractères de la<br>règle de droit                                                      | 5            |
| A. La règle de droit, règle générale                                                                                           | 6            |
| B. La règle de droit, règle permanente                                                                                         | 7            |
| C. la règle de droit, règle obligatoire                                                                                        | 8            |
| Paragraphe deuxième : Distinction de la règle de droit<br>d'autres règles de conduite                                          | 10           |
| A. Règle de droit et règle de morale                                                                                           | 10           |
| B. Règle de droit et règle religieuse                                                                                          | 14           |
| C. Règle de droit et règle d'usage                                                                                             | 15           |
| Section deuxième : Le fondement de la règle de droit                                                                           | 17           |
| Paragraphe premier : Les doctrines idéalistes et du droit<br>naturel                                                           | 18           |
| A. Evolution du droit naturel                                                                                                  | 19           |
| B. Rôle et critique du droit naturel                                                                                           | 21           |
| Paragraphe deuxième : Les écoles positivistes                                                                                  | 22           |
| A. Le positivisme juridique                                                                                                    | 22           |
| B. Le positivisme scientifique                                                                                                 | 24           |
| Paragraphe troisième : Les rapports entre le droit<br>musulman et le droit positif                                             | 25           |
| A. L'approche doctrinale des rapports entre le droit<br>musulman et le droit positif                                           | 26           |
| B. L'approche entre le droit musulman et le droit<br>positif tunisien                                                          | 29           |
| <b>Chapitre deuxième : L'évolution et les structures du<br/>                                        droit positif tunisien</b> | 33           |
| Section première : L'évolution du droit tunisien                                                                               | 33           |
| A. Avant l'islam                                                                                                               | 33           |
| B. L'Islam                                                                                                                     | 38           |
| C. Le protectorat                                                                                                              | 41           |

|                                                                                 |     |
|---------------------------------------------------------------------------------|-----|
| D. L'indépendance                                                               | 42  |
| Section deuxième : Les structures du droit tunisien                             | 45  |
| Paragraphe premier : La distinction entre le droit public et le droit privé     | 46  |
| Paragraphe deuxième : Le contenu de la distinction                              | 49  |
| A. Les branches du droit public                                                 | 49  |
| B. Les branches du droit privé                                                  | 52  |
| <b>Chapitre troisième : Les sources de la règle de droit</b>                    | 57  |
| Section première : Les sources directes de la règle de droit                    | 58  |
| S/ section première : Les sources écrites de la règle de droit                  | 58  |
| Paragraphe premier : L'inventaire et la hiérarchie des règles de droit          | 58  |
| A. La constitution                                                              | 59  |
| B. Les traités internationaux                                                   | 64  |
| C. Les lois                                                                     | 65  |
| D. Les décrets autonomes                                                        | 72  |
| E. Les décrets-lois                                                             | 73  |
| F. Les règlements                                                               | 75  |
| Paragraphe deuxième : La force obligatoire de la règle de droit                 | 79  |
| A. La vigueur de la règle de droit                                              | 79  |
| B. Portée de la force obligatoire de la règle de droit                          | 84  |
| Paragraphe troisième : Application de la loi dans le temps                      | 88  |
| A. Le sens de la règle de la non-rétroactivité de la loi                        | 92  |
| B. Les exceptions à la règle de la non-rétroactivité de la loi                  | 97  |
| S/ section deuxième : Les sources non-écrites de la règle de droit : La coutume | 101 |
| Paragraphe premier : La notion de coutume                                       | 101 |
| A. Conditions de la coutume                                                     | 102 |
| B. Intérêt de la coutume                                                        | 103 |
| Paragraphe deuxième : L'autorité de la coutume                                  | 104 |
| A. La coutume par délégation de la loi                                          | 105 |
| B. La coutume autonome                                                          | 107 |

|                                                                                                                        |     |
|------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|-----|
| C. La coutume contraire à la loi                                                                                       | 108 |
| Section deuxième : Les sources d'interprétation de la règle de droit                                                   | 109 |
| S/ section première : Les interprètes de la règle de droit                                                             | 109 |
| Paragraphe premier : L'organisation de la justice                                                                      | 111 |
| S/ paragraphe premier : Le tribunal administratif                                                                      | 111 |
| S/ paragraphe deuxième : Les juridictions de l'ordre judiciaire                                                        | 114 |
| A. Les règles générales relatives à l'organisation judiciaire                                                          | 114 |
| B. Les différentes juridictions de l'ordre judiciaire                                                                  | 120 |
| Paragraphe deuxième : La jurisprudence, source de la règle de droit                                                    | 134 |
| A. Le rôle du juge est d'appliquer la loi                                                                              | 135 |
| B. La jurisprudence crée la règle de droit                                                                             | 137 |
| S/ section deuxième : L'interprétation de la règle de droit                                                            | 140 |
| Paragraphe premier : Les méthodes d'interprétation de la règle de droit devant la doctrine                             | 142 |
| A. La méthode exégétique                                                                                               | 142 |
| B. Les méthodes scientifiques                                                                                          | 146 |
| Paragraphe deuxième : L'interprétation de la règle de droit en droit positif                                           | 147 |
| A. La règle de droit est claire                                                                                        | 147 |
| B. L'interprétation en cas d'obscurité et de lacune de la loi                                                          | 149 |
| <b>Deuxième partie : Les droits subjectifs</b>                                                                         | 155 |
| <b>Chapitre premier : Classification des droits subjectifs et des biens sur lesquels portent les droits subjectifs</b> | 159 |
| Section première : Classification des droits subjectifs                                                                | 159 |
| Paragraphe premier : Les droits extrapatrimoniaux                                                                      | 160 |
| A. Les droits de la personnalité                                                                                       | 161 |
| B. Les droits familiaux                                                                                                | 166 |
| Paragraphe deuxième : Les droits patrimoniaux                                                                          | 168 |
| A. Les droits réels                                                                                                    | 168 |

|                                                                                            |     |
|--------------------------------------------------------------------------------------------|-----|
| B. Les droits personnels                                                                   | 172 |
| C. Comparaison entre le droit réel et le droit personnel                                   | 173 |
| Paragraphe troisième : Les droits intellectuels                                            | 175 |
| Section deuxième : Classification des biens                                                | 178 |
| Paragraphe premier : La distinction entre les meubles et les immeubles                     | 180 |
| A. Choses mobilières et choses immobilières                                                | 180 |
| B. Droits mobiliers et droits immobiliers                                                  | 192 |
| Paragraphe deuxième : Les intérêts de la distinction en meubles et immeubles               | 193 |
| <b>Chapitre deuxième : Le patrimoine</b>                                                   | 197 |
| Section première : Le maintien de la théorie classique du patrimoine                       | 199 |
| Paragraphe premier : Le fondement de l'unicité et de l'indivisibilité du patrimoine        | 199 |
| Paragraphe deuxième : Le détournement de la règle de principe                              | 200 |
| Section deuxième : L'admission du patrimoine d'affectation                                 | 201 |
| Paragraphe premier : Le patrimoine de mer                                                  | 202 |
| Paragraphe deuxième : Quelques cas de reconnaissance implicite du patrimoine d'affectation | 203 |
| <b>Chapitre troisième : La preuve des droits subjectifs</b>                                | 205 |
| Section première : La charge de la preuve                                                  | 206 |
| Paragraphe premier : Le rôle du juge en matière de preuve                                  | 207 |
| A. Le principe de la neutralité du juge                                                    | 208 |
| B. Les atténuations au principe de la neutralité du juge                                   | 209 |
| Paragraphe deuxième : Le rôle des parties en matière de preuve                             | 211 |
| A. La solution de principe                                                                 | 212 |
| B. Les exceptions à la solution de principe                                                | 215 |
| Section deuxième : L'objet de la preuve                                                    | 219 |

|                                                                                         |     |
|-----------------------------------------------------------------------------------------|-----|
| Paragraphe premier : La distinction du fait et du droit                                 | 219 |
| A. La preuve de la loi étrangère                                                        | 220 |
| B. La preuve de la coutume                                                              | 222 |
| Paragraphe deuxième : Le déplacement de l'objet de la preuve : Les présomptions légales | 222 |
| A. La notion de présomption légale                                                      | 223 |
| B. Force probante des présomptions légales                                              | 225 |
| Section troisième : L'admissibilité de la preuve                                        | 227 |
| Paragraphe premier : La preuve des actes juridiques                                     | 229 |
| A. Le principe : l'exigence d'un écrit                                                  | 229 |
| B. Les exceptions à l'exigence de l'écrit                                               | 232 |
| Paragraphe deuxième : La preuve des faits juridiques                                    | 243 |
| Section quatrième : Les procédés de preuve                                              | 244 |
| Paragraphe premier : Les procédés de preuve parfaits                                    | 246 |
| A. La preuve littérale ou écrite                                                        | 247 |
| B. L'aveu judiciaire                                                                    | 265 |
| C. Le serment décisoir                                                                  | 271 |
| Paragraphe deuxième : Les procédés de preuve imparfaits                                 | 277 |
| A. La preuve testimoniale                                                               | 277 |
| B. La preuve indiciaire                                                                 | 281 |
| C. L'aveu extrajudiciaire                                                               | 281 |
| D. Le serment supplétoire                                                               | 282 |
| <b>Index alphabétique</b>                                                               | 285 |
| <b>Table des matières</b>                                                               | 295 |

