

INTRODUCTION AU DROIT

Les fondements du Droit

1. Les doctrines idéalistes

Il n'y a pas une seule école de droit naturel mais plusieurs. Elles considèrent que l'ordre juridique ne se réduit pas au seul droit positif, mais qu'il existe au-dessus du droit, des lois non écrites, établies par la nature des choses et qu'on appelle droit naturel. Ces lois non écrites sont universelles, éternelles et immuables. Toute définition du droit suppose un effort de justification et c'est à partir de la nature que l'on peut définir l'essence des conceptions juridiques. Par ailleurs, une définition du droit émerge toujours à partir de l'interrogation sur les conditions qui font qu'une loi soit acceptée et respectée en tant que loi. Cependant, il y'a lieu de rappeler qu'avant Aristote, les Grecs privilégiaient les lois humaines des ancêtres et considéraient qu'il y avait une opposition entre le chaos qui régnait dans la nature et l'ordre social qui jouissait d'une stabilité certaine. Ce n'est qu'au Vème siècle a. J.-C. qu'un revirement s'est opéré par rapport à cette vision des choses. En effet, les physiciens ont soutenu que le chaos de la nature n'est qu'apparence et qu'en vérité, la nature est régit par un ordre parfait.

a. Les différentes doctrines de droit naturel

La Pensée grecque

Socrate a revendiqué la possibilité pour la raison d'atteindre la vérité. Sa pensée est continuée et développée par Platon et Aristote, pour qui la raison humaine est capable de découvrir l'ordre de l'univers, et ce, grâce à la réflexion et à l'observation de la nature. Dans "Ethique à Nicomaque", Aristote développe une théorie de la justice en tant que théorie morale qu'il qualifie de vertue absolue nécessaire à l'instauration d'un équilibre entre les hommes. Pour Aristote, toute législation comporte en son sein des principes généraux exprimant la nature à côté d'un contenu particulier déterminé par la volonté humaine (1). Son oeuvre a été d'une influence certaine sur les juristes romains. Aussi retrouvons-nous l'idée d'une justice supérieure à la loi positive dans la pensée juridique romaine et notamment chez Cicéron qui a vulgarisé la pensée grecque sur le droit naturel.

La Pensée chrétienne

Durant le Du Xème au XVème siècle. Période se caractérisant par l'affirmation des trois grandes religions monothéistes comme base du droit et de l'état. Moyen Age, les théologiens et philosophes ont opéré une synthèse entre l'héritage grec et la théologie. La pensée chrétienne a apporté d'autres éléments à la conception du droit naturel. Saint Thomas d'Aquin adopte la définition grecque et aristotélicienne du droit mais ajoute que la raison humaine ne peut tout comprendre à partir de la nature car elle est imparfaite. La morale divine - révélée dans les écritures saintes – aide l'homme à découvrir ce qui est juste. Ainsi, le droit comme jus dérive étymologiquement de "justice". Le droit n'est pas l'ensemble de lois car la loi n'est pas une chose mais une règle qui a son siège dans la raison. C'est un moyen qui est déterminé par un savoir et dont la finalité est de penser la chose. Le droit est donc ce qui résulte quand on applique une loi. Saint Thomas admet que les deux voies, celle de la raison autant que la voie divine, sont difficiles, les lois humaines resteront donc imparfaites. Hormis quelques attitudes extrêmes, la pensée chrétienne soutient qu'il faut s'inspirer de la morale religieuse pour établir les lois.

Laïcisation du droit naturel

La laïcisation signifie la séparation entre la religion et le droit. C'est Grotius (philosophe néerlandais), et après lui, toute "l'école du droit de la nature et des gens" - qui s'est développée au cours des XVIIe et XVIIIe siècles - qui ont réintroduit une laïcisation relative au droit naturel. L'essentiel de sa pensée repose sur l'autonomie du droit naturel par rapport à la religion. Grotius considère que le droit naturel comme fondement du droit positif. Les lois positives devraient être conformes aux principes du droit naturel, celui-ci reste cependant un idéal vers lequel il faut tendre. Pour établir des lois, il faut découvrir des normes rationnelles qui offriront la certitude d'un théorème mathématique et l'universalité d'une loi de la nature. Le contenu du droit naturel a varié selon les auteurs et les tendances. Bien qu'occasionnellement répudiée, la notion du droit naturel va s'élargir. Ainsi, ses principes généraux à savoir la liberté, la dignité morale de l'individu, le respect de la parole donnée, seront consacrés par le droit positif. D'autres y viendront s'y greffer : c'est le cas de nombreux droits subjectifs. Cette théorie connaîtra un grand essor avec Jean-Jacques Rousseau et sa théorie du contrat social. Ici, la volonté humaine joue un rôle essentiel, elle devient une source complémentaire de loi.

b. Critique des théories idéalistes

On reproche à ces théories idéalistes leur inexactitude. En effet, la diversité des systèmes juridiques que ce soit au sein d'un même pays (à partir des analyses chronologiques, développement historique) ou d'un pays à un autre, démontre qu'il n'y a pas de droit universel et immuable, mais un droit propre à chaque pays, à chaque époque, à chaque civilisation, etc ...

On reproche également à ces théories leur ineffectivité. Si l'on considère que le droit naturel est variable mais que ses principes sont éternels (liberté, justice...), il ne devient plus qu'une simple morale car il ne contient pas suffisamment de précisions pour donner des règles juridiques, d'où son inutilité puisqu'il n'est qu'un ensemble de principes vagues. Ce second argument est irréfutable dans la mesure où l'existence d'une règle précise de droit naturel - à supposer qu'il y en ait une - ne présente aucun intérêt si elle ne peut être invoquée devant les tribunaux. Par conséquent, à défaut d'être incorporée dans le droit positif, une règle de droit naturel reste totalement inefficace.

2. Les doctrines réalistes

Ces doctrines sont fort nombreuses. On peut les classer approximativement en deux grandes tendances, le positivisme juridique qu'on dit aussi étatique avec ses différentes tendances, et le positivisme scientifique avec les bifurcations qu'on lui connaît.

a. Les courants positivistes

Le positivisme juridique

Afin de présenter ce que l'on entend par positivisme juridique, il y a lieu de se référer en premier à la définition avancée par le juriste et philosophe anglais Herbert H. dans son ouvrage intitulé "Le Concept du Droit" où il affirme que les lois sont des commandements émanant d'êtres humains et qu'il n'y a guère de relation nécessaire entre droit et morale ou entre le droit tel qu'il est et le droit tel qu'il devrait être (séparation du droit positif de la morale). Le système juridique est un système logique fermé dans lequel les décisions juridiques correctes peuvent être déduites par des moyens logiques qui sont des règles juridiques prédéterminées n'ayant de surcroît aucun rapport avec des finalités, que celles-ci soient sociales, politiques, ou morales. Ainsi, le positivisme apparaît comme une approche du droit dont le pari est

de construire une science du droit sur le modèle empirique. Plus communément, on appelle droit positif le droit "posé", l'ensemble des règles posées par un Etat à un moment donné, et qui sont en vigueur, c'est à dire, déjà posées et non encore abrogées. Le droit positif est appliqué dans les faits, il relève donc de la réalité et ce, contrairement au droit naturel. En effet, les positivistes soutiennent que le rôle du juriste scientifique est de faire abstraction de tout idéal pour se consacrer à l'application des lois en se référant à des arguments purement logiques. Le positivisme juridique est également dit "étatique" parce qu'il y est fait souvent référence à l'Etat. Comme le soutient Hobbes, le droit s'identifie à la loi qui n'est autre que la volonté de l'Etat. L'Etat est à la fois l'auteur du droit et le garant de son effectivité puisqu'il veille à son application, au besoin par le recours à la force publique. L'Etat est la source de tout droit et de toute justice. Hegel ajoute que le droit se révèle par la puissance qui réussit à l'imposer, c'est à dire l'Etat qui en est donc la source unique.

Une autre variante de positivisme juridique est proposée par Kelsen, chef de file de l'école normativiste viennoise et fondateur de la "théorie pure du droit". La conception du droit de Kelsen est pure dans le sens où toute considération d'ordre politique ou sociologique, par exemple, est complètement écartée. Le droit est simplement une série de normes hiérarchisées s'intégrant les unes dans les autres et qui constituent l'ordonnancement juridique. En d'autres termes, le droit est norme, la science du droit est science de normes. Cette science se propose uniquement et exclusivement d'établir ce qu'est le droit et comment il est. Elle n'essaie en aucune façon de dire comment le droit devrait ou doit être fait. Non que le contenu de la norme soit sans intérêt ; mais le choix de ce contenu, qui relève d'ailleurs de l'autorité publique, ne peut se faire qu'à partir de considérations psychologiques, sociologiques, éthiques et politiques qui sont étrangères à la science juridique. Étant donné pourtant cette originalité du droit qu'il règle lui-même sa propre création et sa propre application, il revient à la science du droit, à défaut de pouvoir apprécier la valeur quant au fond du droit décidé par l'autorité, d'en vérifier la valeur quant à la forme, c'est-à-dire la validité au regard des règles juridiques de compétence et de procédure qui gouvernent la création et l'application du droit.

Le positivisme scientifique

1. L'Ecole historique allemande affiliée à Savigny considère que le droit positif est un phénomène social, produit historique de données réelles. C'est une création

historique mûrie lentement par le peuple et qui s'est développé en fonction de données psychologiques et sentimentales de la population. Le droit émane et correspond à la conscience populaire puisqu'il tire sa force des profondeurs de la société. Le droit se forme spontanément. Le législateur ne fait donc que conserver cette formation à travers la codification ce qui a pour effet de résulter en un droit figé.

2. La doctrine du positivisme sociologique est incarné par l'illustre Auguste Comte pour qui les phénomènes sociaux obéissent à des lois qui les déterminent de la même manière que la matière est conditionnée par les lois de la physique. Ainsi le droit est un phénomène social puisque c'est la société qui sécrète les règles qui lui conviennent le mieux en fonction des besoins sociaux.

Nombreux sont les auteurs qui, reprenant la thèse "Augustienne", l'ont développé davantage en situant un parallélisme étroit entre le développement du droit et le développement de la société.

b. Critique

La principale critique formulée à l'encontre du positivisme juridique est son "étroitesse". En effet, le juriste y est perçu comme un simple technicien du droit, incapable d'aller au-delà d'une application "à la lettre" de la règle de droit. Certes, il appartient au juriste, comme homme de science, de décrire, avec les explications nécessaires, le droit tel qu'il est, bon ou mauvais, et aussi de juger de la régularité formelle d'une loi ou d'un règlement. Mais puisque le droit est à la fois fond et forme, ce n'est pas rendre compte de cette totalité que de s'attacher uniquement à la forme en se désintéressant du fond. On objecte qu'aborder le fond serait abandonner le terrain de la science - de la science pure du droit, pour verser dans la "politique juridique". Il n'empêche que cette politique juridique représente un aspect du droit et que, elle fait nécessairement état de considérations psychologiques, sociologiques, morales et politiques, de soi étrangères au droit, mais qui ont un rôle à jouer les unes et les autres. Aussi est-il souvent malaisé, même dans l'appréciation de la régularité formelle d'une règle, de s'abstenir de tout examen du fond. Comment, par exemple, décider du caractère irrégulier d'une loi comme violant le principe constitutionnel de l'égalité des citoyens devant la loi sans verser dans la politique juridique et même dans la philosophie sociale et politique?

Quant au positivisme sociologique, on a souvent reproché aux juristes-sociologues le caractère illogique de leur construction dans la mesure où ils veulent étudier des faits sociaux et en déduire des normes juridiques. Comment tirer à partir de ce qui est ce

qui est sensé devoir être?

3. La conception marxiste du Droit

a - la doctrine marxiste du droit

La pensée marxiste est née au milieu du XIXe et s'est largement imposée dans le domaine politique en reléguant au second plan les théories traditionnelles. Elle a été jusqu'à récemment la doctrine officielle de certains Etats (ex URSS et les pays du bloc de l'est), et continue de l'être pour un nombre de plus en plus réduit d'Etats (notamment en Amérique Latine). Cette doctrine exerce une influence - et non des moindres - sur une partie des intellectuels et des classes ouvrières du reste du monde. La doctrine marxiste est fondée sur un certain nombre de principes de base : pour Marx, la société est un tout structuré dont la base est l'économie, elle constitue le premier niveau sur lequel est placé un second niveau, politico-juridique, et un troisième niveau, idéologique. Pour le marxisme, c'est le mode de production, autrement dit le système économique ou les structures économiques qui constituent les structures de base ou l'infrastructure. Tout le reste n'est que superstructure. Ainsi l'idéologie, la religion, le droit sont des superstructures, c'est à dire des composantes qui, tout en étant parfois essentielles dans la vie et l'évolution sociale, et, tout en jouant des rôles importants, sont fondées sur une structure de base qui est l'économie. Ils agissent en général au profit de cette infrastructure et sont, en tout cas, largement déterminées par elle. L'avènement du capitalisme a engendré une lutte des classes, celle de la bourgeoisie, détentrice des modes de production, et celle des ouvriers, composant le prolétariat. L'Etat et le droit sont perçus comme étant les instruments de contrainte de la classe dominante, un moyen pour la bourgeoisie de contenir les affrontements sociaux pour assurer et maintenir sa suprématie. Même les libertés, elles ne profitent en fin de compte qu'à la bourgeoisie. L'Etat et le droit seraient donc essentiellement des instruments d'oppression intimement liés à la lutte des classes. Le remède préconisé est le communisme. Ce dernier prêche une collectivisation des moyens de production et partant la suppression de la division de la société en classes. L'Etat et le droit perdront alors leurs raisons d'être et seront appelés à déprimer.

b – Critique

En affirmant que le droit est déterminé par les facteurs économiques et qu'il constitue une arme entre les mains de la classe dominante, le marxisme exclut de son champ

d'analyse des paramètres essentiels, sa vision de la réalité est donc fort réductionniste estiment certains auteurs. Par ailleurs, et aussi paradoxale que cela puisse paraître, on a constaté un grand développement du droit dans les pays socialistes et un renforcement démesuré du rôle de l'Etat que la prophétie marxiste, et son corollaire le communisme, avaient condamné à disparaître.

4. Le Droit Musulman

Le droit musulman est un corpus de règles juridiques nombreuses traitant de tous les problèmes qui pouvaient se poser à un homme vivant en société dans un pays musulman au cours des derniers siècles. Appelé "Sharia" (loi islamique), le droit musulman définit les objectifs moraux de la communauté. Ainsi, dans la société islamique, le terme loi possède une signification beaucoup plus large qu'en Occident moderne, car elle comprend des impératifs non seulement légaux mais aussi religieux et moraux.

En droit comparé, on le considère, à côté de la Common Law, du droit des pays socialistes et des droits romano-germaniques, comme étant l'une des quatre ou cinq grandes familles juridiques du monde. Ce droit est original à divers titres et d'abord par ses sources.

a. Les sources du droit musulman

La loi islamique s'appuie sur quatre sources ou "racines de la loi". Les deux premières sont les sources documentaires, le Coran et la Sunna. La troisième source est appelée Ijtihad "opinion individuelle responsable" selon certains. Elle fut utilisée lorsqu'un problème ne trouvait pas sa solution dans les deux premières sources. Un juriste peut alors trouver une solution par le raisonnement analogique Qiyas. Ce raisonnement fut d'abord employé lorsque, dans les territoires conquis, les théologiens et les juristes islamiques furent confrontés à la nécessité d'intégrer les coutumes et lois locales au Coran et à la Sunna. Plus tard, les autorités islamiques considérèrent que cette pensée originale représentait une menace pour le Coran et la Sunna et établirent des règles strictes pour en limiter l'usage. En raison de profonds changements dans la communauté musulmane internationale au cours des quelques dernières décennies, on a de nouveau fait appel à l'Ijtihad. La quatrième source est le consensus de la communauté Ijma auquel on parvient en rejetant progressivement certaines opinions. L'islam ne possédant pas d'autorité dogmatique officielle, il s'agit d'un processus informel qui prend souvent beaucoup de temps et

dont le jugement demeure objet de controverse. Les deux sources fondamentales de la doctrine et de la pratique islamiques sont le Coran et la Sunna, ou conduite exemplaire du prophète Mahomet.

Le Coran

Il est de loin la source la plus importante sur le plan qualitatif parce que c'est la parole de Dieu révélée par Allah à son prophète Mohamed par l'intermédiaire de Gabriel, l'ange de la révélation, et destinée à l'humanité entière.

Le texte du Coran est l'ensemble des passages révélés au prophète au cours des vingt-deux années de sa vie prophétique (610-632). Il est divisé en 114 chapitres (sourates) de longueur inégale, le plus court ne contenant que 3 vers brefs et le plus long, 286 vers. Ce texte sacré, contient, à côté de longs et nombreux passages parlant de religion ou de morale, certains versets juridiques.

Selon le Professeur Mohamed Charfi, dans son ouvrage intitulé "Introduction au Droit" certains de ces versets posent des principes généraux qui sont aujourd'hui admis par le monde entier, tels que le respect de la parole donnée, mais qui ont besoin d'être précisés, détaillés, et approfondis pour constituer véritablement du droit. Quoique l'on trouve, parfois, quelques versets suffisamment clairs et précis pour être appliqués directement sans grand besoin d'interprétation.

La Sunna

Seconde source de l'islam, la Sunna, ou exemple du Prophète, est constituée par l'ensemble des Hadiths (recueil des traditions apocryphes du prophète Muhammad) ou paroles du Prophète et aussi par les récits sur sa conduite toutes les fois que l'on peut en déduire des règles juridiques. C'est en quelque sorte l'ensemble des traditions fondées sur les actes et les paroles du Prophète. Contrairement au Coran, qui a été appris par cœur par de nombreux fidèles du prophète et qui a été collationné sous forme écrite relativement tôt, la transmission des hadith fut en grande partie orale et les textes qui font aujourd'hui autorité datent du IXe siècle.

Il est opportun de préciser qu'au début de la période islamique, la faillibilité ou l'inaïffibilité du Prophète (sauf en ce qui concerne les révélations du Coran) était un sujet de controverse. Cependant, plus tard, le consensus de la communauté islamique fut que lui-même et les précédents prophètes étaient infaillibles. Comme les hadith se transmettaient surtout verbalement, il fut admis que des erreurs pouvaient s'être glissées dans la transmission par l'homme des faits et gestes du

Prophète.

Le Qiyas

C'est la méthode par laquelle on peut déduire une règle religieuse morale ou juridique non prévue par le Coran ou la Sunna à partir d'une autre règle posée par l'une ou l'autre de ces premières sources. Par commodité, on dit que le Qiyas est le raisonnement par analogie. En fait, il est beaucoup plus large puisqu'il englobe aussi tout raisonnement déductif.

L'Ijmaa

C'est l'accord de tous les Ulémas ou docteurs de l'Islam. Il peut avoir pour motif le seul bien commun de la communauté musulmane. Il est un moyen de création de règles nouvelles pour tous les cas non résolus par le Coran, la sunna, ou le Qiyas. Mais son application est difficile car l'unanimité est quasiment impossible. Le Qiyas et l'Ijmaa sont les moyens de l'effort créateur ou Ijtihad. Le Coran et la Sunna sont des sources limitées sur le plan quantitatif si bien que sans Ijtihad, il n'y aurait pas eu de droit musulman.

b. Les Écoles du droit musulman

Cinq écoles de la loi se développèrent en islam, quatre sunnites et une chiite. Les quatre écoles sunnites apparurent au cours des deux premiers siècles de l'islam : la Chafi'ite, la Hanafite, la Malékite et la Hanbalite. Toutes emploient le raisonnement systématique pour traiter de domaines non couverts par le Coran ou la Sunna. Elles se distinguent surtout par l'importance accordée à l'autorité des textes ou au raisonnement analogique mais reconnaissent les conclusions des autres écoles comme étant parfaitement légitimes et comprises dans le cadre de l'islam orthodoxe.

L'Ecole Hanafite

École d'interprétation (madhab) de la loi religieuse musulmane (sharia), le courant hanafite se rattache aux enseignements des écoles juridiques anciennes de Koufa et de Bassorah (Irak) et dépend d'un théologien, l'imam Abu Hanifa (700 env.-767), dont l'enseignement a été développé par certains de ses disciples, tels Abu Yusuf (mort en 798) et Muhammad al-Shaybani (749/750-805). Bien qu'elle prenne le Coran et les hadiths comme sources premières du droit, la doctrine hanafite se caractérise par le fait qu'elle accepte l'opinion personnelle (ra'y) lorsque l'élucidation d'un cas déterminé ne peut être trouvée dans ces sources. Les hanafites introduisent donc un élément rationnel dans le raisonnement juridique.

L'Ecole Hanbalite

Considérée comme la plus dogmatique et la plus puriste des madhhabs (écoles d'interprétation) de jurisprudence de l'islam sunnite, le hanbalisme est fondé sur les enseignements de l'imam Ahmad Ibn Hanbal ; ce dernier, partisan de l'origine divine du droit, rejettait par là même l'opinion personnelle (*ra'y*), le raisonnement par analogie (*qiyas*) et le dogme du *mu'tazilisme*.

Cet Imam considère en effet que la spéculation humaine ne pouvait qu'introduire des innovations pécheresses (*bid'a*) par rapport au Qur'an et aux hadiths. C'est donc sur une interprétation très littérale et très stricte des textes sacrés que les hanbalites fondent leur jurisprudence.

Populaire en Iraq et en Syrie jusqu'au XIV^e siècle, l'approche juridique hanbalite a repris vie, au XVIII^e siècle, avec le wahhabisme d'Arabie centrale, qui s'est beaucoup inspiré du hanbalite Ibn Taymiyya (1263-1328). Le madhab hanbalite est encore la doctrine juridique officielle de l'Arabie Saoudite actuelle.

Les divisions du droit

Le droit, qui est appelé à régir tous les rapports entre les hommes, se divise en un certain nombre de branches, d'ailleurs en perpétuelle augmentation étant donné la multiplicité et la complexité croissante de ces rapports. Parmi les principes de division que suggère l'examen du phénomène juridique, le plus fondamental est toujours, au stade actuel de l'évolution du monde, celui qui découle de la présence, à la charnière des relations sociales, de l'État national. C'est l'existence de l'État, en effet, qui préside à la double série des relations internes, publiques et privées, d'une part, et des relations internationales, publiques et privées, d'autre part. Le droit tunisien a hérité du droit français la grande subdivision entre droit privé et public *Summa Divisio*. A l'intérieur de ces deux branches, il existe de nombreuses subdivisions.

1. Les Subdivisions du Droit Privé

a. Droit Civil

Le droit civil a pour objet de régler les rapports qui s'établissent entre les citoyens. Ces rapports sont d'ordres multiples et déterminent les différentes parties que comporte le droit civil. Une classification schématique, analysant le contenu du droit civil, y distingue cinq groupes de matières.

Un premier groupe est constitué par le droit des personnes: la loi y règle l'aptitude à être sujet de droits, et les conséquences qui s'attachent au simple fait d'être, selon le droit, une "personne"; elle établit également le régime de protection auquel sont soumis les "incapables", c'est-à-dire ceux qui, pour telle ou telle raison (minorité, aliénation mentale, internement, absence), sont hors d'état de faire valoir et d'exercer leurs droits. Une deuxième partie du droit civil est constituée par le droit de la famille: la loi fixe comment se constituent et comment peuvent être établis et prouvés, selon le droit, les rapports de famille (mariage, filiation), ainsi que les conséquences, d'ordre patrimonial ou non patrimonial, qu'ils comportent (autorité parentale, régimes matrimoniaux, obligation alimentaire). Une troisième partie du droit civil est appelée droit des biens: on y étudie le droit de propriété et les différents droits "réels", c'est-à-dire

les droits (usufruit, servitudes, hypothèque) qui ne s'analysent pas en un simple rapport "personnel" d'obligations existant entre deux personnes. Une quatrième partie est le droit des obligations: il s'agit ici des rapports personnels, d'ordre patrimonial, qui peuvent être engendrés par des contrats, par des actes illicites, ou par d'autres causes variées. Le droit des successions, enfin, constitue une dernière partie du droit civil. Le droit civil est, en raison de ce contenu, une partie essentielle du droit dans la mesure où celui-ci fait de l'individu une personne, lui donne, dès sa venue au monde, un statut familial. Dans l'existence quotidienne, tout individu est nécessairement en rapport avec d'autres; il faut respecter les droits d'autrui, passer d'indispensables contrats, chacun est amené à exiger le respect de sa personne et de ses droits patrimoniaux.

Le droit civil est à la base de la société civile et intéresse tous les citoyens. Mais l'importance du droit civil ne tient pas seulement à cette considération. Concernant la vie privée des citoyens, le droit civil s'est révélé dans l'histoire moins sensible aux vicissitudes de la vie publique que les autres branches du droit. Les juristes ont pu y développer leurs théories, y perfectionner leurs techniques sans inquiéter les gouvernants, à travers toutes les transformations qui, du point de vue politique, ont pu affecter et parfois bouleverser les sociétés. Le droit civil s'est ainsi trouvé être, parmi les diverses branches du droit, celle qui présentait le plus de stabilité, celle qui du point de vue technique a pu devenir la plus parfaite. L'enseignement du droit a été donné principalement, pendant des siècles, sur sa base, et c'est en partant des principes et méthodes du droit civil que nombre d'autres branches du droit se sont

développées dans les temps modernes. Les principes mêmes du droit, sa partie générale, en sont souvent venus, de la sorte, à être exposés dans le cadre du droit civil, même si, par leur objet, ces matières ne sont pas spéciales aux lois civiles.

b. Droit Commercial

Le droit commercial est une branche du droit privé qui, par dérogation au droit civil, réglemente de manière spécifique certaines activités de production, de distribution et de services. Il englobe à la fois le commerce au sens courant du terme, c'est-à-dire les activités d'échange, et l'industrie, donc des activités de transformation. Le droit commercial ne régit cependant pas l'ensemble de la vie économique. Pour des raisons socio-historiques, les agriculteurs, les artisans et les membres de professions libérales demeurent soumis au droit civil, même si leur statut tend à se rapprocher de celui des commerçants. Si cette évolution continue, la distinction traditionnelle du droit civil et du droit commercial sera remplacée par celle du droit des activités économiques ou professionnelles, d'une part, et du droit des relations personnelles et de la consommation, d'autre part.

Le droit commercial a pour acteurs des personnes physiques, les commerçants, mais aussi des sociétés, notamment les sociétés à responsabilité limitée et les sociétés anonymes. Ces deux catégories sont parfois désignées sous le vocable d'entreprises commerciales.

c. Droit du Travail

Ce droit est constitué par l'ensemble des règles relatives aux rapports individuels ou collectifs entre les chefs d'entreprise et leurs salariés. En somme, ce droit concerne le secteur privé. Cette discipline fortement inspirée du droit civil, connaît une émancipation de plus en plus prononcée qu'elle doit aussi bien à l'interventionnisme de l'Etat (protection des travailleurs) qu'aux nombreuses conquêtes des mouvements sociaux et du syndicalisme.

d. Droit Pénal

Le droit pénal, applicable à tous, est décrit comme étant le règlement public des relations de conflit opposant l'individu aux membres de la collectivité, ces relations sont nées sous l'espèce de la violence. Le droit pénal ne répond pas à la seule question de la peine car ses lois révèlent un principe politique et social. Le droit pénal se situe dans le champ des relations de l'Etat et des citoyens, il est donc rattaché, en principe au droit public. Toutefois, cette matière est enseignée avec le droit privé à cause des liens étroits qu'elle entretient avec ce dernier, lesdits liens se

vérifient tant au niveau de son objet qu'au niveau des personnes qui l'appliquent, en l'occurrence les magistrats. Le droit pénal général a pour rôle de définir l'acte interdit et la peine applicable. Le droit pénal spécial étudie quant à lui, chaque infraction pour elle-même. La procédure pénale édicte les règles suivant lesquelles on juge l'auteur.

e. Procédure Pénale

Cette matière organise le fonctionnement d'un service public, à savoir, la justice pénale. Elle dresse "les grandes règles et les différentes étapes qui régissent le "parcours" juridique qui va de l'infraction à la sanction".

f. Droit Judiciaire Privé

Il s'agit du cours de procédure civile auquel sont annexées les voies d'exécution. L'étude de la composition et du fonctionnement des tribunaux, de leur compétence, ainsi que de l'exécution des décisions judiciaires, relève de ces disciplines.

2. Les Subdivisions du Droit Public

a. Droit Administratif

C'est la matière de droit public. Le droit administratif est très complexe, et énormément jurisprudentiel (c'est d'ailleurs de là que vient la difficulté). Il n'empêche que c'est une matière fondamentale en ce sens qu'elle a pour objet le statut et le fonctionnement des organes de l'administration et ses relations avec les particuliers. Cette discipline aborde plusieurs problèmes propres au droit public : structure administrative, actes administratifs, leurs applications, les services publics, la compétence des juridictions administratives, la responsabilité administrative, le contrat administratif ...

Dans les États continentaux, le droit administratif ne se réduit pas à la juxtaposition des règles décrivant les institutions administratives. Il se présente comme une discipline juridique cohérente et organisée, fondée sur quelques principes dont elle déduit les conséquences, au même titre que les autres grandes branches du droit. L'existence d'un droit administratif suppose, d'abord, que soit acquise la distinction, au sein de l'appareil complexe que constitue le pouvoir d'État organisé, entre deux niveaux d'action, et deux catégories d'organes: d'une part, l'action des organes politiques, encadrée, du point de vue juridique, par le droit constitutionnel, et, d'autre part, l'action administrative. Si la distinction est aujourd'hui assez généralement admise, elle est loin d'avoir partout le même sens et le même contenu. En effet, dans

la plupart des États, les organes gouvernementaux - essentiellement politiques par leur statut, leur origine, et leurs compétences - sont en même temps placés à la tête de l'administration.

b. Droit Constitutionnel

Il constitue l'une des disciplines fondamentales du droit public. Comme son nom l'annonce, c'est un droit fondé essentiellement sur la Constitution. Cette discipline aborde généralement la séparation des pouvoirs, le bloc de constitutionnalité (l'ensemble des normes constitutionnelles), les différentes pratiques gouvernementales, les révisions constitutionnelles, l'élaboration des lois ...

Le droit constitutionnel pose les fondements du droit public en ce sens qu'il fixe le statut, les attributions et les relations entre les pouvoirs publics d'un Etat (organisés par la Constitution).

Le droit constitutionnel s'est édifié en discipline juridique autonome au XIXe siècle lorsqu'à la suite de la Révolution française apparurent un peu partout en Europe, sous le nom de constitution, de charte ou de statut, des constitutions écrites. Dès l'origine, le droit constitutionnel a été lié à des événements politiques, voire à une certaine conception des rapports politiques. A cet égard, certains auteurs considèrent que le droit constitutionnel est une discipline aléatoire pour la simple raison que les phénomènes du pouvoir se laissent difficilement enfermer dans des cadres juridiques. Les rapports de force ont une influence prépondérante sur l'élaboration des règles juridiques, et surtout sur leur sanction.

Ainsi, le droit constitutionnel a été, du fait même de l'incertitude de ses fondements, la branche du droit qui a connu les progrès intellectuels les plus sûrs. L'objet du droit constitutionnel est présenté selon des conceptions différentes :

selon la conception "formelle", le droit constitutionnel est tout simplement le droit des constitutions, c'est-à-dire la discipline qui étudie les dispositions contenues dans les textes constitutionnels. Toutefois la notion de droit constitutionnel déborde largement la notion de constitution, dans la mesure où un certain nombre de dispositions juridiques, essentielles pour le fonctionnement de l'État, ne se trouvent pas dans un texte constitutionnel écrit. Exemple : il existe des pays, d'ailleurs parfaitement modernes et démocratiques - la Grande-Bretagne est le plus souvent citée à cet égard - qui n'ont pas de "constitution" au sens juridique précis du terme : cela n'implique évidemment pas qu'ils n'aient pas de droit constitutionnel.

Selon la conception "matérielle", le droit constitutionnel se définit par référence

non à une catégorie de textes mais à un groupe de matières. Il comprend l'ensemble des règles qui "constituent" la société politique, et son expression juridique qui est l'État, c'est-à-dire l'ensemble des règles qui organisent le statut et les fonctions des gouvernants.

Par ailleurs, il est intéressant d'envisager cette discipline comme l'étude des techniques permettant à un groupe de s'organiser et de se gouverner : l'étude des procédures d'élection, des rapports entre les électeurs et les élus (mandat donné par les électeurs aux élus, responsabilité des élus devant les électeurs), de la structure et du fonctionnement des organes élus. Cette approche du droit constitutionnel permet d'inclure les partis politiques et les groupes de pression en tant que facteurs qui influent sur le fonctionnement des techniques constitutionnelles à l'intérieur du groupe étatique. Elle permet d'autre part de saisir toute la valeur pratique du droit constitutionnel, dont la vocation est d'appréhender tous les phénomènes de pouvoir à l'intérieur de tous les groupes sociaux.

c. Les Finances Publiques

Cette discipline a pour objet l'étude de la théorie du budget c'est à dire les aspects principalement juridiques des dépenses et recettes du budget de l'Etat, des collectivités publiques. La dette publique relève également de cette discipline.

Les sources du droit objectif

L'expression source du droit désigne les modes de création du droit objectif c'est à dire les différentes façons dont les règles juridiques sont établies ou les formes techniques de la création de la règle juridique. Les sources de droit sont de plus en plus variées. La doctrine les classe au sein d'une pyramide, ils obéissent ainsi à une certaine hiérarchie.

On classifie traditionnellement les sources de droit en deux sources, les sources directes et les sources secondaires.

1. Les sources directes

Dans notre pays de droit écrit, les rapports sociaux se sont progressivement "codifiés" afin de dépasser la pratique de la loi islamique, des usages, qui a pendant longtemps régi notre système juridique. Les sources de notre droit dont devenues de plus en plus nombreuses et de plus en plus variées. On trouve, tout d'abord, les actes émanant de l'autorité publique. Classés au sein d'une pyramide, ils obéissent à une certaine hiérarchie, les normes inférieures devant être conformes aux règles supérieures. Au sommet de l'édifice, se trouve la constitution. Viennent ensuite dans l'ordre de leur "soumission" à cette norme suprême, les traités internationaux, les lois, les décrets-lois, les décrets, les arrêtés ...

a. La Constitution

La constitution est la loi fondamentale du pays, celle qui occupe le plus haut rang, celle dont toutes les autorités étatiques tirent leur légitimité. Tout autre texte doit être conforme à la Constitution ; sinon, il serait inconstitutionnel et perd à ce titre toute légitimité. La Constitution tunisienne est l'œuvre de l'Assemblée Nationale Constituante réunie en 1956. Elle a été promulguée le 1er juin 1959 et conçue, dès le départ, pour garantir un régime fort. Le décret du 16 décembre 1987 crée un Conseil Constitutionnel qui joue un rôle consultatif. Ce rôle a été renforcé depuis la loi constitutionnelle du 6 novembre 1995 car cet organe est désormais instauré non plus par un simple décret ou une simple loi mais par la Constitution elle-même. Une définition complète de la notion de constitution doit être dressée sous deux angles différents :

- **D'un point de vue matériel**, c'est à dire sous l'angle de son contenu et de son objet, elle peut être définie comme l'ensemble des règles écrites les plus importantes de l'Etat ayant pour objet la désignation, l'organisation, le

fonctionnement, les rapports publics, ou la forme de l'Etat.

• **D'un point de vue formel**, c'est à dire sous l'angle de la qualité de l'organe qui l'a créée et de la procédure suivie, il s'agit d'une norme originale qui ne peut être élaborée ou modifiée qu'en observant des procédures ayant une valeur supérieures aux autres procédures d'établissement des règles de droit. La constitution est la norme suprême par excellence. Elle se situe au sommet de notre hiérarchie des normes juridiques.

b. Les Conventions Internationales

C'est une sorte de contrat entre deux ou plusieurs Etats, des accords entre deux ou plusieurs États, ou organisations internationales, comportant l'octroi réciproque de droits et l'acceptation d'obligations. Un accord intervenant entre entités qui ne sont pas reconnues comme des États sur le plan international (États membres d'un État fédéral, provinces, départements) ne constitue pas une convention internationale, pas plus que ne le sont les contrats entre particuliers ou entre États et particuliers. Divers termes sont employés dans la pratique internationale pour désigner des conventions internationales: traité, accord, arrangement, pacte, charte, échange de lettres, protocole. L'usage manque d'homogénéité: si, parfois, certains de ces termes sont utilisés dans des contextes comparables, aucune règle de portée générale ne peut être formulée. On les appelle, le plus souvent, traités quand les conventions portent sur des questions de droit public. Au point de vue juridique, toutes les conventions internationales ont la même nature et produisent les mêmes effets. Les conventions traitant des problèmes de droit privé sont nombreuses. Exemple : les conventions relatives au commerce international.

Une distinction peut être faite, selon le nombre des États contractants, entre conventions bilatérales et multilatérales. Toutefois, cette différence est purement formelle et n'affecte que certains éléments de la procédure de conclusion, et non la nature juridique ou les effets des conventions.

L'origine des conventions remonte au commencement de la vie internationale; toutefois, les caractéristiques actuelles des conventions datent du début du XIXe siècle. Elles semblent évoluer vers une simplification de leur forme et de la procédure de conclusion. Une conférence internationale réunie par l'O.N.U. en 1969, à Vienne, a élaboré une convention pour arrêter certaines règles relatives à la conclusion, à l'application, à la modification et à l'extinction des conventions. À l'heure actuelle, les conventions internationales constituent une des principales

sources du droit international et un des moyens les plus importants de la coopération internationale. Le nombre des conventions conclues depuis le début des Temps modernes (XVII^e s.) dépasse trente mille; une accélération très notable peut être observée par suite de l'intensification des contacts et des échanges internationaux. Les conventions internationales sont obligatoires pour les États qui les ont conclues: le principe *pacta sunt servanda* (les traités doivent être observés) a même été considéré par certains auteurs comme la norme de base de tout le droit international public. Les États parties et leurs organes internes (Parlement, gouvernement, juridictions) sont donc tenus de les respecter et de les faire respecter par les citoyens: pour ces derniers, les conventions internationales ont la même force que les lois étatiques. La violation d'une convention engage la responsabilité de l'État sur le plan international. Par contre, les conventions n'obligent pas les États autres que les États parties et ne produisent directement envers eux aucun effet.

La convention internationale est généralement approuvée par une loi conformément à l'article 33 de la Constitution. La loi de ratification conditionne l'entrée en vigueur de la convention entre les Etats. Par l'approbation de la convention, le législateur s'engage envers l'Etat ou les Etats étrangers cosignataires à l'appliquer, ou du moins à la respecter ; il ne peut donc y déroger par sa volonté unilatérale. Pour cela, il est admis, et l'article 32 de la Constitution l'affirme, que les conventions internationales ont "une autorité supérieure à celle des lois". Cela veut dire que, en cas de conflit entre une loi et une convention internationale, le juge devra préférer l'application de la convention.

Le droit international n'impose aucune règle précise quant à la forme des conventions, celles-ci suivent généralement quelques modèles. La forme traditionnelle est la plus répandue: elle se compose de trois parties.

- **La première**, appelée préambule, comporte l'énumération des parties contractantes et, éventuellement, les noms des plénipotentiaires qui signent la convention, ainsi qu'un exposé des motifs.

- **La deuxième**, le dispositif, est habituellement divisée en articles parfois regroupés en chapitres, titres, etc., dont une partie contient les règles de fond, l'autre énonçant diverses règles relatives à la procédure de conclusion, l'entrée en vigueur et l'extinction de la convention elle-même (clauses protocolaires).

- **La troisième**, enfin, comporte les signatures et, éventuellement, les réserves

que des États contractants auraient apportées au traité. Souvent, les conventions sont accompagnées d'annexes contenant des dispositions trop techniques pour trouver place dans le corps même de la convention (par exemple, énumération de tarifs douaniers), mais qui ont la même valeur que celle-ci.

c. La Loi

Le mot "loi" est l'un des plus polyvalents qui soit, et cela, avant tout, parce que la réalité qu'il recouvre est ambiguë, ou plutôt d'une complexité historique et existentielle difficile à tirer au clair. Avant d'étudier la loi, il convient d'en préciser le sens.

- Utilisée au sens formel ou étroit, la loi signifie le texte émanant du pouvoir législatif, c'est à dire voté par la Chambre des Députés et promulgué par le Président de la République.
- Dans un sens très large, la loi se confond avec le droit. La loi est aussi utilisée dans un sens intermédiaire, désignant tous les textes d'origine étatique qu'ils soient des lois, au sens strict, ou des décrets, ou même de simples arrêtés. C'est là le sens matériel selon lequel est une loi tout texte posant une règle générale abstraite et obligatoire. Pour ne conserver que l'acception juridique, la loi, comme expression du droit, est faite par les hommes; elle est le produit d'une situation historique donnée, mais elle est aussi, du même mouvement, un projet, une action qui veut anticiper sur le futur, peut-être même le prendre pour règle et, par là, changer la société.

La loi polarise la volonté générale et celle de l'individu. La loi où interfèrent le résultat et le projet, la volonté individuelle et la volonté générale, la violence et la raison, la liberté et la nécessité, est programmatique, non seulement parce qu'elle s'assigne un but et impose des obligations, mais parce qu'elle demande qu'on réfléchisse à sa propre nature.

La loi émane des organes de l'État constitutionnellement qualifiés pour édicter du droit. La règle y est posée d'avance, dans l'abstrait, d'ordinaire par écrit. Le verbe légal est sans doute la façon la plus claire de poser le droit, d'en assurer à la fois la certitude et la cohérence. En outre, il permet à l'autorité qui l'édicte de prendre du champ par rapport aux intérêts particuliers pour se hausser au niveau de l'intérêt général. C'est pourquoi la source législative est en faveur même dans les pays où, comme en Angleterre, le droit des tribunaux reste la source de principe.

Certains auteurs relèvent que la loi, tout au moins dans ses termes, est figée d'où son excès de généralité, qui risque de méconnaître les situations concrètes, et la rigidité de textes toujours plus ou moins en retard sur la vie, surtout en notre période de mutations rapides dans les choses et dans les esprits. Cependant l'interprétation intelligente des textes parviendra souvent à concilier, dans la pratique, le souci de la stabilité du droit avec celui du mouvement et du progrès.

On distingue en droit tunisien entre :

1) Les lois approuvées par référendum

C'est une nouvelle catégorie de loi introduite dans le système juridique tunisien par la loi constitutionnelle du 8 avril 1976 qui a fortement modifié la Constitution tunisienne. Le recours au référendum est obligatoire pour l'approbation d'un projet d'unification du Maghreb (art 2 de la Constitution) et facultatif si l'objet de la loi est d'apporter une réforme à l'organisation des pouvoirs publics ou au fonctionnement des institutions (art 47). C'est ce qu'on appelle une loi référendaire.

2) Les lois organiques

Prévue expressément par la Constitution (art 28 al. 3, 4, et 5), cette catégorie de lois a pour objet de rendre applicables des dispositions constitutionnelles en précisant leurs modalités d'exécution. En général, elles régissent des matières particulièrement importantes. C'est le cas par exemple de la loi sur le recrutement des magistrats qui doit être, selon l'article 66, une loi organique parce qu'elle doit garantir l'indépendance de la magistrature. la particularité procédurale des lois organiques est qu'elles ne peuvent être votées que 15 jours au moins après le dépôt du projet ou de la proposition de loi. Il est donc exclu, étant donné l'importance de la matière, que le vote intervienne à la hâte.

3) Les lois ordinaires

On les appelle "loi" tout court. Ce sont les plus fréquentes. c'est par les lois que le pouvoir législatif intervient pour orienter la vie économique et sociale, et de façon générale, pour organiser les rapports humains et fixer la base juridique de la vie en société et de la paix entre les hommes. C'est dans le contenu des lois que s'exprime essentiellement l'équilibre des rapports de forces dans le pays. les codes notamment sont adoptés, puis, en cas de besoin, modifiés par des lois. Les lois ordinaires sont en principe, inférieures

aux sources citées ci-dessus. Elles ne doivent pas les contredire. En particulier, la loi ne doit pas contredire la constitution. Si un projet de loi le fait, le conseil constitutionnel attirera l'attention du législateur à ce sujet. Selon les principes de la démocratie représentative, les lois sont censées exprimer la volonté populaire dans la mesure où elles sont théoriquement l'œuvre de la Chambre des Députés. Le vote des lois ordinaires intervient à la majorité des membres selon l'art 28 al.4 de la Constitution, sauf l'hypothèse déjà citée où, suite au refus de promulgation par le Président, le texte est renvoyé pour une seconde lecture, la majorité requise pour l'adoption de la loi devient celle des deux tiers.

d. Les Décrets-Lois

Les décrets sont l'œuvre des services gouvernementaux, signés par le Président de la République sans consultation préalable d'un organe législatif. Ces textes émanent du Président de la République et ont pourtant la valeur provisoire d'une loi. Ils contiennent des dispositions à valeur législative et peuvent même, toujours provisoirement, modifier ou abroger une loi.

La Constitution prévoit trois sortes de décrets-lois :

1) Décrets-lois sur habilitation

L'article 28 al.3 institue, par la technique de l'habilitation, une sorte de délégation provisoire des pouvoirs, donnée par le parlement au Président. L'habilitation doit avoir un objet déterminé et une durée limitée. pendant cette période, le Président intervient dans le domaine législatif par simple décrets-lois.

2) Décrets-lois pendant les vacances parlementaires

La chambre des Députés est en vacance, chaque année, du mois de juillet au mois d'octobre selon l'article 29 de la constitution. Parfois au cours de cette période, la nécessité se fait sentir de prendre d'urgence une disposition législative. Alors, le Président prend la disposition voulue sous forme de décrets-lois après avoir obtenu l'approbation du projet de texte par la Commission permanente concernée de la Chambre des Députés. Le décret loi sera soumis à l'approbation de la Chambre au cours de la session ordinaire suivante.

3) Décrets-lois après dissolution de la Chambre

Depuis la révision de 1976, la Constitution prévoit la possibilité du vote d'une motion de censure mettant en cause la responsabilité du gouvernement (art

62). Après le vote d'une telle motion, le Président peut décider de dissoudre la Chambre des Députés. Entre la dissolution et les nouvelles élections, pendant cette période d'absence du parlement, le Président légifère provisoirement par voie de décrets-lois qui seront par la suite soumis à la ratification de la nouvelle Chambre. Dans tous les cas, le décret-loi cesse d'avoir force obligatoire s'il n'est pas approuvé dans le délai prévu par la Constitution.

e . Les Décrets-Lois

Les décrets sont l'oeuvre des services gouvernementaux, signés par le Président de la République sans consultation préalable d'un organe législatif. Ces textes émanent du Président de la République et ont pourtant la valeur provisoire d'une loi. Ils contiennent des dispositions à valeur législative et peuvent même, toujours provisoirement, modifier ou abroger une loi.

La Constitution prévoit trois sortes de décrets-lois :

1) Décrets-lois sur habilitation

L'article 28 al.3 institue, par la technique de l'habilitation, une sorte de délégation provisoire des pouvoirs, donnée par le parlement au Président. L'habilitation doit avoir un objet déterminé et une durée limitée. pendant cette période, le Président intervient dans le domaine législatif par simple décrets-lois.

2) Décrets-lois pendant les vacances parlementaires

La chambre des Députés est en vacance, chaque année, du mois de juillet au mois d'octobre selon l'article 29 de la constitution. Parfois au cours de cette période, la nécessité se fait sentir de prendre d'urgence une disposition législative. Alors, le Président prend la disposition voulue sous forme de décrets-lois après avoir obtenu l'approbation du projet de texte par la Commission permanente concernée de la Chambre des Députés. Le décret-loi sera soumis à l'approbation de la Chambre au cours de la session ordinaire suivante.

3) Décrets-lois après dissolution de la Chambre

Depuis la révision de 1976, la Constitution prévoit la possibilité du vote d'une motion de censure mettant en cause la responsabilité du gouvernement (art 62). Après le vote d'une telle motion, le Président peut décider de dissoudre la Chambre des Députés. Entre la dissolution et les nouvelles élections, pendant cette période d'absence du parlement, le Président légifère provisoirement par voie de décrets-lois qui seront par la suite soumis à la ratification de la

nouvelle Chambre. Dans tous les cas, le décret-loi cesse d'avoir force obligatoire s'il n'est pas approuvé dans le délai prévu par la Constitution.

f. Les décrets

Ce sont les textes émanant du président de la république et qui relèvent de sa seul autorité. Il peut toutefois, selon la Constitution, déléguer cette compétence, en tout ou en partie, au Premier Ministre. les Décrets sont dits "individuels" lorsqu'ils ont pour objet de nommer une personne à un emploi supérieur, civil ou militaire (art 55 de la Constitution). Ils sont dits "à caractère réglementaire" et relèvent du "pouvoir réglementaire" quand ils ont pour objet d'aider à l'application des lois même lorsque ces dernières contiennent des dispositions détaillées ou d'ajouter des règles de détail lorsque les lois se contentent d'apporter des principes fondamentaux. L'article 54 dispose que les décrets à caractère réglementaire sont contre-signés par le Premier Ministre et par les membres du gouvernement intéressés par leur application. Ces décrets doivent en outre, selon la loi du 1er juin 1972, faire l'objet d'un examen préalable par le Tribunal Administratif. Le décret, étant une source de droit inférieur, ne peut contredire une loi.

g. Les Arrêtés

Il arrive que les dispositions des lois et décrets soient trop générales pour être directement applicables. Les arrêtés interviennent donc pour préciser leur contenu ou leurs modalités d'application. Les arrêtés sont pris par le Premier Ministre ou les ministres, chacun, prenant des arrêtés relatifs à la matière relevant de sa compétence.

h. Les Décisions des autorités compétentes

Plusieurs organes créés par la loi sont investis d'une autorité leur permettant de prendre des dispositions d'ordre général entrant dans leur mission. Il en est ainsi des ordres professionnels. Les conseils de faculté sont chargés d'organiser les enseignements et les examens chacun dans son établissement. Les délibérations de ces organes sont des sources de droit si elles ne sont pas individuelles, si elles sont générales et abstraites. Ces sources de droit sont inférieures à toutes les autres, elles sont soumises au contrôle du Tribunal Administratif qui peut les annuler.

1. Les Sources secondaires

a. La Coutume

Historiquement antérieure à la loi est la coutume. Tandis que la loi vient d'en haut, la

coutume est l'oeuvre du peuple. On définit traditionnellement la coutume (juridique) comme se composant de deux éléments, l'un matériel : un comportement habituel dans le groupe (ou dans certains milieux du groupe: professionnels, sportifs, etc.), l'autre psychologique : la conviction du caractère juridiquement obligatoire de ce comportement. comme étant un usage immémorial et considéré comme obligatoire. La coutume est donc constituée d'un élément matériel et d'un élément psychologique. Le caractère immémorial constitue l'élément matériel. Il signifie que l'usage est réputé très ancien. Quant à l'élément psychologique, il est constitué par la croyance générale dans le caractère obligatoire de l'usage. On distingue entre la coutume dite "populaire" dans la mesure où elle est connue et respectée de tous à laquelle on oppose la coutume d'origine savante, qui est l'ensemble des traditions juridiques, adages, maximes et principes généraux de droit qui sont des règles que les juristes ont toujours considérées comme obligatoires et respectées. Enfin, il est utile de mentionner les usages professionnels en général et ceux du commerce international en particulier. C'est une catégorie qui s'apparente à la coutume et qui est actuellement en pleine expansion. Les usages de la communauté internationale des commerçants remplissent le vide juridique et sont de plus en plus reconnus comme étant une source de droit importante.

Si la coutume est répétée, c'est qu'elle est une création du peuple ce qui lui donne une connotation démocratique. La doctrine classique défend la coutume en insistant sur sa souplesse. C'est une source de droit populaire et spontanée. La coutume présente certains inconvénients et notamment sa relative imprécision. N'étant pas écrite, la coutume n'est pas toujours clairement fixée, ce qui diminue sa sécurité juridique.

- La Coutume dans les pays musulmans

La coutume a joué un rôle important dans les pays musulmans. Avant la formation du droit musulman, oeuvre des ulémas au cours des premiers siècles de l'Hégire, chaque région du territoire musulman avait ses propres coutumes qui étaient respectées et appliquées. Le rôle de la coutume a fait l'objet de vives discussions parmi les jurisconsultes musulmans, certains affirmaient que la coutume non contraire au texte sacré devait être suivie, d'autres considéraient qu'elle avait la même valeur que celle pouvant résulter des textes sacrés, d'autres ne l'admettaient qu'en cas de nécessité absolue, et enfin une dernière opinion estimait que la coutume entrant en conflit avec une règle légale devait l'emporter sur elle et la

modifier. En fait, dans tous les pays musulmans, la coutume a été une source de droit positif. On pouvait distinguer, au sein du monde islamique, les pays de la Charia, c'est à dire de droit musulman écrit, et ceux de l'"Orf", en d'autres termes, des coutumes. En Afrique du Nord, la puissance du fait coutumier a été différente selon les régions. Ainsi, dans les villes, le droit issu du Coran, de la Sunna, et de la doctrine prévalait. Dans les régions du sud et les hauteurs du Centre Ouest, la coutume issue des institutions berbères était dominante. Sous le protectorat, et plus tard après l'indépendance, les juristes ont alloué une place, et non des moindres, à la coutume. Aujourd'hui, alors que toutes les branches du droit ont été codifiées en Tunisie, peut-on dire qu'il reste une place au droit coutumier?

- Les différentes sortes de coutumes

On distingue traditionnellement trois catégories : la coutume par délégation de la loi, la coutume source autonome, et la coutume contraire à la loi.

1) La coutume par délégation de la loi :

• Délégation explicite :

On parle de délégation explicite lorsque la loi elle-même renvoie expressément à la coutume. Celle-ci, au lieu de concurrencer la loi, va donc la compléter. Le Code des Obligations et des Contrats C.O.C comportent des textes qui renvoient aux usages locaux : l'article 243 renvoie aux usages en matière d'exécutions des obligations, les articles 516 et 525 en matière d'interprétation des conventions, l'article 799 en matière de délais d'expulsion du locataire ... Cette catégorie de coutume est utile par les services qu'elle rend. Elle évite aux parties d'avoir à prévoir tous les détails dans leurs contrats. En même temps, elle évite au législateur d'avoir à fixer des normes communes pour tout le territoire national alors que, parfois, les usages locaux sont plus appropriés.

• Délégation implicite :

A côté des délégations explicites, il existe des coutumes par délégation implicite. C'est le cas par exemple de notions importantes "faute", "bon père de famille", "bonnes moeurs" qui ne sont pas définies par la loi, elle est par conséquent laissée à la coutume. Certains auteurs estiment que la coutume par délégation implicite ne devrait être reconnue qu'en l'absence de jurisprudence ou de doctrines contraires c'est à dire qu'elle ne s'impose qu'à

défaut de conventions contraires.

2) *La coutume source autonome :*

Si la Tunisie est, comme ses voisins musulmans, un pays de coutumes, aucun texte ne renvoie à la coutume de façon générale en ce sens qu'elle n'est pas désignée comme une source autonome de droit.

En effet, la coutume ne devient source autonome que qu'elle s'impose sans besoin d'un renvoi législatif. A cet égard, l'exemple algérien semble des plus pertinent puisque le Code Civil algérien prévoit dans son article 1er alinéa 2 qu' :

"en l'absence d'une disposition légale, le juge se prononce selon les principes du droit musulman et, à défaut, selon la coutume".

3) *La coutume contraire à la loi :*

La coutume l'emporte-t-elle sur la loi? S'il y a unanimité autour de cette question puisque la loi peut abroger la coutume, la question est discutée de savoir si la coutume contraire peut abolir la loi. Les défenseurs de l'efficacité du droit l'admettent lorsque, du moins, la coutume peut se prévaloir d'un assez long usage. On peut se demander si cette solution ne risque pas de nuire à l'autorité de la loi; en tout cas, elle jette l'incertitude dans le droit.

La coutume peut compléter la loi mais elle ne peut pas la contredire. L'article 543 du C.O.C dispose que : "la coutume et l'usage ne sauraient prévaloir contre la loi lorsqu'elle est formelle". La coutume intervient pour aider à interpréter une loi obscure mais ne peut contredire une loi claire fusse t-elle supplétive ou impérative, ancienne ou récente.

- La Preuve de la Coutume

Il revient aux tribunaux le droit d'apprécier la rationalité de la règle coutumière. Le principal avantage de celle-ci est qu'elle coïncide avec le sentiment populaire, ce qui est un gage de succès ; mais elle n'a pas la souplesse que souvent on lui attribue: la mos majorum est souvent vétuste ; de plus, il est difficile de faire la preuve de l'un et l'autre de ses éléments. L'article 544 du C.O.C dispose que : "celui qui invoque l'usage doit en justifier l'existence". La coutume est une pratique, elle sera donc prouvée comme les faits, c'est à dire par tout moyen. La charge de la preuve incombe à celui qui l'invoque. Il doit établir l'élément matériel (usage constant, ancien, notoire, et général) et l'élément psychologique. Comme il s'agit en général d'usage locaux, il serait déraisonnable d'exiger des tribunaux qu'ils les connaissent tous. Cependant, il est admis que le juge ne peut ignorer les règles coutumières

consacrées par la Cour de Cassation, ou les usages commerciaux de portée générale consacrés par la jurisprudence.

2. La Jurisprudence

La jurisprudence est le mode d'expression du droit qui découle de la suite des précédents judiciaires. Statuant sur les litiges, les cours et tribunaux ont à dégager la règle de droit applicable à l'espèce. Il s'agit en quelque sorte de la science pratique du droit.

Sa place dans les sources du droit a varié selon les époques et les pays et ce, en fonction de la conception du droit et des institutions. En Angleterre et aux États-Unis, la jurisprudence (the decisions of the courts), appuyée sur la force obligatoire du précédent (stare decisis), est la source principale du droit. Les règles non codifiées qu'elle consacre forment le droit commun (common law). Si les tribunaux sont tenus d'appliquer les lois (statute law), celles-ci sont censées n'avoir d'autre rôle que de compléter ou de corriger la common law. C'est pourquoi les lois sont d'interprétation stricte. La position de la jurisprudence est tout autre dans d'autres systèmes de droit et notamment en droit français. La loi et, subsidiairement, la coutume sont les sources premières et uniques du droit. Les tribunaux n'ont qu'à appliquer la règle inscrite dans les textes, des cours suprêmes ont été instituées afin de contrôler l'exacte interprétation et application de la loi. C'est seulement en cas de silence ou d'insuffisance des textes que les tribunaux, par ailleurs tenus de juger sous peine de déni de justice, ont à rechercher, toujours sous le contrôle de la cour suprême, la raison de droit applicable à l'espèce. Cependant les décisions des tribunaux, y compris celles de la cour suprême, n'ont valeur que pour l'espèce, ce qui laisse entière la liberté de jugement des autres tribunaux ou du même tribunal dans des espèces identiques à celles précédemment jugées.

La jurisprudence, en tant que source de droit, fait l'objet de controverse doctrinale. Tandis que certains lui alloue une place léonine parmi les sources de droit, d'autres considèrent que la jurisprudence établie, même constante, n'est point, légalement, source de droit car elle peut faire l'objet de "revirements".

Quoiqu'il en soit, la jurisprudence en tant qu'ensemble des décisions prononcées par les différentes juridictions, joue un rôle essentiel. Les juges ont pour mission d'assurer, l'interprétation du droit, et éventuellement, la suppléance à ses lacunes. Ceci relève de la compétence des tribunaux, en particulier de la Cour de cassation d'où la nécessité d'aborder - quoique de manière sommaire - l'organisation judiciaire.

a- L'organisation judiciaire

L'Etat a organisé la justice, la fonction judiciaire est historiquement une des premières fonctions de l'Etat, aujourd'hui, elle continue à être une de ses fonctions principales. La justice est à la fois un service public et un monopole de l'Etat. Cependant ce principe de la justice monopole de l'Etat souffre d'une exception, certes d'importance relative surtout en droit interne à savoir l'arbitrage. En effet, pour certains litiges, les parties en conflit peuvent, par un compromis d'arbitrage, confier le jugement de leur différent à un arbitre. Les parties peuvent même, avant la naissance d'un conflit, prévoir l'hypothèse du différend qui viendrait à surgir entre elles et stipuler qu'il sera tranché par voie d'arbitrage, on parle alors d'une clause compromissoire. Ce genre de clause est répandu surtout en matière de commerce international. L'arbitrage est organisé par la loi. Celle-ci réglemente les conditions et les grandes lignes du déroulement de l'arbitrage et délimite son domaine avec précision (Code de l'Arbitrage) en excluant par exemple les questions touchant à l'ordre public (problèmes de nationalité, statut personnel ...). D'autre part, la sentence arbitrale reste soumise au contrôle judiciaire et ne peut recevoir force exécutoire que lorsque le juge aura ordonné son exécution.

A l'intérieur de l'ordre judiciaire, on distingue entre les tribunaux civils et les tribunaux répressifs qui ont pour rôle principal d'infliger des peines aux délinquants. Ces juridictions fonctionnent conformément aux dispositions du Code de procédure pénale et ne sont en général que des chambres spécialisées des tribunaux de la hiérarchie judiciaire.

b- Les différentes sortes de Juridictions

Le terme "juridiction" désigne tout organe à juge unique ou collégial chargé de régler les litiges en désignant le droit applicable à l'affaire en cause. On peut distinguer les juridictions suivant leur ordre, suivant leur nature, ou suivant leur degré.

Suivant leur ordre

S'agissant de l'ordre, le principe de la séparation des pouvoirs a conduit à écarter la compétence des tribunaux judiciaires pour connaître des actes de l'administration car celle-ci n'est pas soumise aux tribunaux de l'ordre judiciaire. Il y a par conséquent deux ordres de juridictions : l'ordre judiciaire et l'ordre administratif. L'ordre judiciaire est constitué des cours et tribunaux judiciaires soumis au contrôle de la Cour de cassation. L'ordre administratif est constitué du Tribunal Administratif. Cette juridiction est chargée de se

prononcer sur les causes mettant en jeu une décision, un acte ou la responsabilité d'une autorité de l'Etat ou d'une collectivité publique locale ou territoriale. Il y a lieu d'inclure au sein de l'ordre administratif certaines juridictions spécialisées ainsi que celles de droit commun qui demeurent compétentes - de manière exceptionnelle - pour connaître de certains types de contentieux administratif, et ce, en vertu de textes spécialisés. En cas de conflit de compétence entre ces deux ordres, le Tribunal des Conflits de Compétence est tenu de trancher le litige.

Suivant leur nature

Suivant leur degré

Concernant la distinction des juridictions suivant leur degré, on distingue entre les juridictions du premier degré, celles du second degré, et la Cour de cassation. Les juridictions de premier degré ou de premier ressort rendent des décisions qui ne sont pas susceptibles d'être

3. La Doctrine

On appelle doctrine l'ensemble des opinions exprimées par les auteurs quand ils exposent les règles de droit ou les interprètent dans les ouvrages juridiques, les articles des revues ou les notes publiées sous les décisions jurisprudentielles.

Les auteurs font une appréciation critique des solutions retenues par la loi ou par les tribunaux, portant un jugement de valeur d'approbation ou d'improbation à caractère technique ou sur l'aspect socio-politique ou économique de la règle posée ou la portée et les conséquences possibles de la solution retenue. Si les critiques ou propositions font l'unanimité des auteurs ou si elles sont exprimées par une partie importante de la doctrine, il y a des chances pour que le législateur finisse par les adopter à la première occasion de modification législative ou pour que, au moins, la jurisprudence les suive.

En Tunisie, l'effet de la doctrine est assez limité puisque les travaux existant sont étroitement attachés tant à l'esprit qu'à la lettre des textes, et relèvent plus de la technique juridique que de la réflexion créatrice.

La règle du droit

Caractère général

Traditionnellement, la règle de droit a toujours été définie comme générale. La

règle de droit ne s'applique pas à une personne en particulier, mais à toutes les personnes ou toute une catégorie de personnes. La généralité de la règle est une garantie contre toute discrimination personnelle, mais il suffit de rétrécir le domaine de la règle par une série de conditions pour n'atteindre, à la limite, qu'une seule personne (Hersant). Non point que cette généralité serait exclusive de régimes particuliers à certaines catégories d'individus selon l'âge, le sexe, la profession, la fonction, etc. Par exemple, les ouvriers et les employés sont soumis à de tels régimes particuliers quant à l'exercice de leur profession, et les règles juridiques qui s'imposent au chef de l'État sont générales quoique le titulaire de la fonction soit unique. Règle générale ne signifie donc pas droit commun en tous points uniforme.

Kelsen, partant d'une conception pyramidale de règles étagées, distingue entre les règles générales et des règles individuelles , ces règles individuelles tirent leur validité et leur force contraignante de règles générales (elles sont créées en application ou en exécution des premières).

Caractère impératif

Nul ne peut déroger à la règle de droit dès lors qu'il entre dans son champ d'application. En effet, comme toute règle de conduite dans le domaine de l'agir humain, le droit fait naître un impératif : il indique aux membres du groupe (gouvernés et gouvernants) ce qui est à faire ou à ne pas faire, ce qui est permis ou licite, ce qui est attribué comme pouvoir aux uns et aux autres. A cet égard, les règles de droit ne sont pas comparables aux lois de la nature : la nature n'obéit pas à des lois comme l'homme obéit à la loi. Les lois naturelles dégagées par le travail de l'homme de science n'imposent rien à la nature ; elles ne sont que l'expression plus ou moins rigoureuse de certaines corrélations entre les phénomènes. L'homme seul, en tant qu'il est esprit, est soumis à des règles de conduite, qui s'imposent à sa volonté. La règle de droit peut imposer une obligation de moyens, une obligation de résultat, ou laisser une certaine liberté d'action.

Il y a lieu de distinguer entre les lois qui touchent l'intérêt public, et celles qui ne concernent que des intérêts privés : pour ces dernières, l'intéressé juridiquement capable est libre de renoncer à leur bénéfice, comme il peut renoncer au droit d'en poursuivre l'exécution.

Les premières sont une catégorie de lois faites pour avoir une application générale sans aucune possibilité d'y déroger. Elles sont dites impératives pour souligner le haut degré de leur force obligatoire et pour signifier que les parties ne peuvent se mettre d'accord pour les écarter par voie contractuelle. Ce sont des lois d'intérêt général. Tel est le cas de la plupart des lois qui intéressent l'économie, la monnaie ou les salaires. Les lois d'ordre public sont toutes impératives alors que les lois impératives ne sont pas nécessairement d'ordre public. Le caractère d'ordre public donne à la loi une force plus grande.

Le caractère impératif de la règle de droit est masqué dans une série de règles qui, apparemment, n'intiment pas d'ordre ainsi en est-il des règles dispositives , les règles permissives , les règles supplétives.

Les règles dispositives :

Quand la loi dispose que le possesseur de bonne foi d'un meuble en est propriétaire, cette disposition implique défense à tous, y compris le propriétaire dépossédé, de contester le droit de propriété du possesseur.

Les règles permissives :

Ces règles emportent interdiction à quiconque de s'opposer au comportement permis

Les règles supplétives :

En matière de contrats, certaines règles sont supplétives en ce sens que les clauses contraires sont autorisées. En d'autres termes, ces règles présentent cette particularité qu'elles peuvent être écartées par une disposition de volonté contraire des intéressés ; mais, faute de volonté contraire, elles lient comme toute autre règle. Ces règles concernent des intérêts d'ordre privé. Le législateur ne fait que les proposer aux parties et accepte donc qu'on y déroge. L'art 585 du COC dispose que la chose vendue l'est aux risques de l'acheteur même avant la livraison et ajoute "sauf les conventions des parties". Ces lois sont aussi dites interprétatives parce qu'elles sont censées interpréter la volonté présumée des parties.

Caractère coercitif

Les pouvoirs publics peuvent utiliser la force publique pour faire respecter une règle de droit et pour sanctionner un manquement à l'obligation de respecter une règle de droit. Si la puissance publique refuse de remplir sa mission ou abuse des pouvoirs dont elle dispose, le citoyen ne peut exercer contre l'Etat qu'une contrainte politique et non juridique.

Caractère permanent

L'applicabilité de la règle de droit doit être constante durant son existence, c'est à dire jusqu'à ce qu'elle soit abrogée ou abandonnée en tant que règle de droit. La loi a une force obligatoire qui se prolonge depuis le jour de son entrée en vigueur jusqu'au jour de son abrogation.

Entrée en vigueur de la loi

La loi entre en vigueur et commence donc à produire ses effets juridiques quand elle est promulguée et publiée.

Promulgation :

Les décrets ou arrêtés sont simplement signés par l'autorité compétente, le Président, le Ministre, etc. Pour ces textes l'entrée en vigueur est donc conditionnée par la signature et la publication. En revanche, pour les textes qui sont formellement des lois, on parle de promulgation, terme qui, tout en impliquant la signature contient une signification juridique beaucoup plus large tout en étant précise. Il s'agit de l'acte par lequel le Chef de l'Etat, autorité compétente selon la Constitution, constate la régularité de la procédure, en fait, le vote du texte, dans le délai légal s'il y en a (par exemple 15 jours pour les lois organiques), à la majorité requise (simple ou celle des deux tiers suivant les cas), et ordonne son exécution.

Publication :

La loi est portée à la connaissance du public au moyen du Journal Officiel. Le système d'entrée en vigueur des lois est, depuis la loi 93-64 du 05/07/1993, uniforme pour l'ensemble du territoire de la République 5 jours après l'arrivée du Journal Officiel au siège du gouvernorat de Tunis. L'exception à cette règle est apportée par le nouvel article 2 qui dit qu'une exécution immédiate pourra être ordonnée par disposition expresse. Dans ce cas, des moyens d'information exceptionnels tels que radio et télévision sont mis en oeuvre pour porter les nouvelles dispositions à la connaissance du public.

Abrogation La loi est en principe une disposition permanente. Le texte reste en vigueur jusqu'au jour où un autre texte vient l'abroger. Théoriquement, l'abrogation obéit au principe de parallélisme des formes. La règle étant qu'un texte peut être abrogé par l'autorité qui l'a pris, ou par une autorité supérieure. L'article 550 du C.O.C fait état, en outre, d'un principe juridique fondamental, qui peut le plus peut le moins (si un décret peut abroger un autre décret, il peut à fortiori abroger un arrêté).

L'abrogation est dite expresse lorsqu'une loi nouvelle vient dire expressément que telle loi ancienne ou tel article d'une loi ou d'un code sont abrogés. La formule utilisée est généralement la suivante : "toute disposition antérieure contraire est abrogée".

Cette forme d'abrogation n'est pas la seule puisque certains textes sont adoptés pour une durée déterminée, et dans ce cas, à l'arrivée du terme, la loi est automatiquement abrogée sans besoin qu'une nouvelle disposition vienne le préciser.

L'abrogation est dite tacite, et ce, lorsqu'une nouvelle loi est incompatible avec l'ancienne. Comme on ne peut appliquer l'une sans contredire l'autre, on est tenu d'appliquer la plus récente, celle qui correspond à la dernière volonté du législateur.. On dit alors que l'ancienne loi a été tacitement abrogée. L'article 542 du C.O.C ajoute à ces différentes formes d'abrogation le cas où la nouvelle loi a "réglé toute la matière" objet de l'ancienne loi, cette dernière n'a plus donc raison d'être "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".

1- L'application dans l'espace

Un même rapport juridique peut être créé sur le territoire d'un état et avoir des conséquences sur le territoire d'un autre état, comme il peut concerner des personnes de nationalité différentes. Il faut résoudre le conflit entre les lois émanant des différents états concernés. Pour ce faire, il est nécessaire de distinguer selon que les lois intéressent le droit public ou le droit privé. Cette distinction effectuée, il ne restera qu'à présenter les principes essentiels des conflits de lois dans l'espace.

a - Les lois de droit public

S'agissant de questions touchant à la souveraineté de l'état, à la sécurité du territoire ou à l'organisation des pouvoirs publics, le principe du conflit est celui de la territorialité des lois. La loi tunisienne s'applique seule sur l'ensemble du territoire tunisien. Il en est de même pour la loi pénale. Par exemple : avant d'appliquer la loi pénale à un Tunisien ayant commis un délit à l'étranger, le juge doit s'assurer, comme le veut l'article 305 du C.P.P. que la loi étrangère réprime ce délit, mais il applique la loi tunisienne.

B - Les lois de droit privé

L'application d'une loi étrangère est possible car elle ne porte pas atteinte à la souveraineté de l'état. bien mieux, il existe des règles de conflit de lois qui permettent de déterminer la loi applicable aux rapports privés internationaux et qui permettent donc en quelque sorte de coordonner les lois des différents états.

c - Principe essentiels des conflits de lois

En matière de statut réel :

C'est le principe de la territorialité des lois qui s'applique. Les meubles et les immeubles situés en Tunis relèvent de la loi tunisienne. Lorsque les meubles bougent, il est parfois impossible d'appliquer la loi de leur situation (navires, aéronefs évoluant dans les eaux ou l'espace international). Aussi les rattache-t-on au lieu d'immatriculation administrative la loi de la situation devient pour eux la loi du pavillon.

En matière de statut personnel :

C'est le principe de la personnalité des lois qui s'applique. Par exemple : pour se marier en Tunisie, les étrangers doivent remplir les conditions de fond prévus par leur loi nationale. Les conditions de forme sont celles de la loi du lieu de célébration. Les effets du mariage sont réglés par la loi nationale des époux. S'ils sont de nationalité différent c'est la loi de leur domicile commun qui s'applique, s'ils n'ont ni nationalité, ni domicile commun, c'est la loi du fond qui règle les effets de leur union.

Les actes juridiques :

Ils sont soumis quant à leur forme à la loi du lieu de conclusion des contrats et quand au fond à la loi par les parties.

La responsabilité civile :

Elle relève de la loi du lieu où le fait dommageable s'est produit.

2- L'application dans le temps

Introduction

La théorie des conflits de lois dans le temps concerne des lois situées dans une même sphère juridique. Des lois relevant du même législateur se sont succédées, une loi en a abrogé une autre. La loi ancienne reste valable sur toute la période où elle était en vigueur jusqu'au jour où elle a été abrogée. Il faut délimiter les domaines

d'application des deux lois. Le besoin de sécurité de chacun pour les actes de la vie juridique exige que l'on restreigne le domaine d'application de la loi nouvelle. C'est la position individualiste. Mais la loi nouvelle réalise une amélioration par rapport à la loi ancienne. Le besoin de justice rend urgent l'application de la loi nouvelle. C'est la conception sociale. Plus la conception sociale pénètre le droit, plus on néglige les intérêts particuliers pour tenir compte de l'idée de justice sociale.

Pour éviter les chevauchements entre deux textes, le législateur prévoit souvent des dispositions transitoires qui régissent les situations en cours.

Ces dispositions sont de deux sortes :

Parfois, le législateur prend des dispositions transitoires matérielles propres à ménager des transitions ou à s'adapter spécialement aux actes ou faits anciens ou aux situations en cours.

Exemple : La loi du 1er Août 1957 a organisé la célébration du mariage civil avec preuve écrite obligatoire. Elle a également organisé une procédure particulière pour les mariages " Orf " en permettant d'obtenir des " certificats de mariages ". Ce type de disposition est destiné à régler des situations créées dans le passé et qui continuent à produire leurs effets dans le présent. Les autres dispositions transitoires se contentent d'envisager le cas des situations en cours pour indiquer quand s'applique la nouvelle législation et quand s'applique l'ancienne.

Le principe de non-rétroactivité des lois en matière civile est posé au cas par cas dans différents codes : (art. 3 du C.O.C ; art. 2 du C.S.P ; art. 2 du C.C ; art. 5 du C.P.C.C.).

En revanche, en matière pénale le principe est constitutionnel, il résulte de l'article 13 de la Constitution : " La peine est personnelle et ne peut être prononcée qu'en vertu d'une loi antérieure au fait punissable ".

Ces textes régissent des situations juridiques nées avant la loi nouvelle qui continuent à produire leurs effets après la publication de la nouvelle loi. Ce principe reçoit cependant des exceptions que nous étudierons plus loin.

a. Principe de non-rétroactivité des lois

Dire que la loi n'a pas d'effet rétroactif, cela signifie qu'il ne faut pas appliquer une loi à des actes ou à des faits juridiques qui se sont passés antérieurement au moment où elle a acquis force obligatoire, en vue de modifier ou d'effacer les effets juridiques produits sous l'empire de la loi ancienne. Ce principe repose sur quatre

idées :

Il faut distinguer le procédé d'acquisition d'un droit dont les conditions sont régies par la loi en vigueur au moment de sa constatation, des droits qui en résultent. Les conditions d'acquisition de la situation juridique sont régies par la loi en vigueur au moment où cette situation a été créée sauf motifs d'ordre public. On ne peut remettre en question un acte régulier au moment de son accomplissement. Si de nouvelles conditions sont exigées pour la validité des contrats ou des mariages, elles ne s'appliquent qu'aux actes postérieurs à la mise en vigueur de la loi.

Exemple :

L'acte de vente d'un immeuble et le droit de propriété que l'acquéreur tire de cette vente.

- La célébration du mariage et l'état d'époux.

Les effets des situations juridiques réalisées avant la mise en vigueur de la loi doivent être respectées. A cet égard, il faut distinguer :

- *Les effets définitivement réalisés avant la loi nouvelle :*

Il n'est pas possible de revenir sur ces effets passés et aucune distinction n'est à faire selon la situation qui a produit ces effets. La loi nouvelle ne s'applique pas .

Exemple : bail expiré - divorce prononcé - fruits perçus par un propriétaire.

- *Les effets futurs des situations juridiques :*

La loi nouvelle s'applique immédiatement aux situations non contractuelles et à leurs effets futurs. Certaines situations juridiques (état de citoyen, de père, d'époux , de propriétaire) sont réglés par la loi seule en dehors de la volonté des intéressés. La loi peut donc modifier les effets de ces situations.

C'est le principe de l'application immédiate de la loi qui régit ces situations.

Cette loi peut s'appliquer aux affaires pendantes devant les tribunaux sauf si une décision a été déjà rendue en dernier ressort car la loi entrée en vigueur après cette décision ne peut être un motif de cassation.

Les effets des contrats conclus autrement échappent à la loi nouvelle. Ils demeurent régis par la loi sous l'emprise de laquelle ces contrats ont été passés même s'ils se réalisent postérieurement à cette loi. Il faut assurer la sécurité des contractants, aussi la jurisprudence protège-t-elle les contrats sous le nom de droits acquis.

Il est nécessaire de distinguer les situations juridiques non-contractuelles que la loi atteint immédiatement des situations contractuelles qui ne sauraient être modifiées.

Des motifs d'ordre public peuvent conduire à soumettre à la loi nouvelle des effets qui doivent lui échapper car si des motifs impérieux d'ordre public l'exigent, la sécurité des particuliers cède devant l'intérêt social.

2- Exceptions au principe de non-rétroactivité des lois

Ces exceptions à la non-rétroactivité des lois se trouvent en matière pénale et civile.

En matière pénale :

En matière pénale, le principe est celui de la non-rétroactivité des lois, ce principe d'origine constitutionnelle admet cependant deux exceptions : les lois plus douces et les lois de compétence judiciaire.

Les lois plus douces :

Lorsque la loi nouvelle est plus douce que la précédente, c'est à dire quand elle punit le même délit d'une peine moins lourde que l'ancienne, on applique la loi nouvelle de façon rétroactive.

Les lois de compétence judiciaire :

Théoriquement, les lois qui réglementent la compétence et la procédure n'ont pour objet que d'améliorer le fonctionnement de la justice répressive. Il y va de l'intérêt de la justice et du délinquant. Pourtant cela peut parfois aggraver le sort de l'inculpé. Les lois de compétence judiciaire ne constituent pas une véritable atteinte à la règle de non-rétroactivité des lois. En effet, la loi nouvelle ne s'applique pas en réalité aux faits et actes qui sont l'objet de l'instance, mais à l'instance elle-même. La loi ne régit que les actes de procédure futurs sans porter atteinte, en principe, à la procédure déjà accomplie.

En matière civile :

Lois expressément rétroactives :

En matière civile, le principe de non-rétroactivité n'a pas de valeur constitutionnelle. Il ne peut s'imposer au législateur. Même si ce principe était posé par une loi, rien n'empêcherait une autre loi de le modifier ou de ne pas le respecter dans un cas particulier. Le principe de non-rétroactivité des lois ne s'applique donc qu'en cas de silence de celles-ci sur le problème du conflit de lois dans le temps. Si le législateur entend donner un effet rétroactif à la loi, il le mentionne expressément. On notera cependant que ces lois expressément rétroactives ne peuvent aboutir à une remise en cause de la

chose jugée.

Lois interprétatives ou lois rétroactives par nature :

Lorsque la loi est obscure, le législateur peut en donner une interprétation par une autre loi. Puisque la loi nouvelle est censée n'apporter aucune règle nouvelle, ses effets sont rétroactifs dans la mesure où elle a le même champs d'application dans le temps, que la loi interprétée. Cette loi réagit sur le passé car elle constraint le juge à donner en cas de litige, aux faits déjà passés, accomplis sous l'emprise de l'ancienne loi obscure, une interprétation qu'ils n'auraient probablement pas reçues. Enfin, il arrive que le législateur déclare une loi interprétative pour lui assurer un effet rétroactif. Il faut mettre à part le cas des lois annulées. L'annulation d'une loi a en principe, un effet rétroactif. L'acte annulé est considéré comme n'ayant jamais eu valeur d'une loi. Cependant, il se peut que certains effets accomplis par un acte antérieurement à son annulation subsistent.

Lois de procédure :

Comme en matière pénale, les nouvelles lois ont un effet rétroactif.

Les Sources des Droits Subjectifs

Introduction

Le droit subjectif est la prérogative conférée à une personne par le droit objectif. Par exemple, un individu, personne physique ou personne morale, est propriétaire d'un bien corporel, ou il est créancier d'un autre qui lui doit une prestation en argent ou en service; l'auteur d'une oeuvre artistique ou littéraire a, sur cette oeuvre, des droits moraux et des droits pécuniaires; les père et mère ont sur leurs enfants mineurs un droit d'autorité; l'ouvrier a le droit de faire grève, etc. Le droit civil a pour objet l'étude des différents droits subjectifs et des moyens de leur réalisation. Les droits subjectifs sont reconnus par la loi au profit de leurs titulaires pour être respectés ou exécutés. Cependant, la notion de droit subjectif est ambiguë ; la plupart des auteurs utilisent la notion de droit subjectif en tant qu'instrument de technique juridique, certains même la rejettent comme fausse, à tout le moins comme superflue. C'est pourquoi il convient, au préalable, de rechercher en quels termes se pose le problème du droit subjectif.

Problématique du droit subjectif

Une première confusion à éviter est celle qui résulte de l'acception du concept de droit subjectif comme la traduction ou l'écho d'une théorie des droits naturels de l'individu (Michel Villey). Cette interprétation néglige la nature à la fois individuelle et sociale de l'homme.

Le droit subjectif est pris dans le cadre du droit objectif, en dépendance de celui-ci, étant entendu, que le droit objectif est le droit positif, et non point le droit naturel. En un mot, le droit subjectif reste la prérogative créée et consacrée par le droit positif, dans les limites, sous les conditions et, éventuellement, les charges prévues par le droit positif.

Pour Duguit, le droit subjectif est un concept métaphysique, en ce qu'il impliquerait une supériorité de volonté du titulaire de ce prétendu droit sur la volonté de l'individu ou des individus tenus de le respecter. Les individus étant situés par rapport à la règle soit activement, soit passivement.

Pour Kelsen, ce qu'on nomme le droit subjectif n'est que l'effet réflexe de l'obligation juridique, de l'individu ou des individus, de se conduire à l'égard d'un autre individu de telle façon déterminée par la règle de droit (Théorie pure du droit). Le droit subjectif n'apparaît qu'avec le pouvoir, conféré par l'ordre juridique à celui envers

lequel existe l'obligation de se conduire de telle façon, de faire valoir, par une action en justice, l'inexécution de l'obligation.

Eléments de définition du droit subjectif

Que faut-il maintenant ranger sous le concept de droit subjectif? Toute prérogative quelconque attribuée à un sujet mérite-t-elle cette dénomination? Certains auteurs partisans du droit subjectif, estiment qu'il y a lieu de restreindre fortement l'emploi de ce concept. Ne serait droit subjectif que la prérogative constituant pour son titulaire un véritable bien dont normalement il peut disposer soit par voie de cession à un tiers, soit par voie de renonciation. Historiquement, l'expression renvoie au vocable "prérogative" dans son sens le plus large : d'un côté, il y avait le Droit, c'est-à-dire la règle, à laquelle on a donné le nom de "droit objectif"; de l'autre, il y avait les droits, c'est-à-dire les prérogatives dérivées de la règle, auxquels on a donné, par antithèse, le nom de droits subjectifs. Plus tard, on s'est efforcé de donner du droit subjectif une définition plus stricte, en en faisant une prérogative d'une certaine espèce.

Deux grandes définitions ont été proposées : l'une met en avant le pouvoir de volonté conféré par la loi (Savigny, Windscheid), le facteur de la volonté apparaît comme un élément constitutif du droit (à moins que le droit n'ait précisément pour objet quelque liberté d'agir ou de ne pas agir). La seconde définition s'attache à l'idée d'intérêt protégé par la loi (Ihering), car à la base des droits subjectifs se trouvent des intérêts, c'est-à-dire des biens ou valeurs reconnus par la loi comme appartenant en propre à l'intéressé. Tantôt ces biens ou valeurs sont inhérents à la personne du sujet et ils sont innés (ainsi la vie, les différentes libertés), tantôt ils lui sont extérieurs et ils doivent avoir été acquis légalement (ainsi les choses).

Des thèses mixtes ont vu le jour, faisant intervenir à la fois l'intérêt et la volonté (Jellinek, L. Michoud).

Le droit subjectif appelle à sa suite un pouvoir juridique de libre usage et de libre disposition du bien sur lequel porte le droit : en principe, le titulaire fait du bien qui lui appartient ou qui lui revient, ce qu'il veut.

Enfin, le droit subjectif s'impose au respect de tout le monde (inviolabilité), il est sanctionné par une action en justice (action en revendication d'une chose, en exécution d'une obligation, en réparation d'un dommage, etc.). En effet, s'il est vrai que les droits sont le plus souvent réalisés de façon non contentieuse c'est à dire de bon gré, sans procès ni contrainte, il n'en demeure pas moins que celui-ci peut-être réalisé de façon contentieuse c'est à dire en ayant recours aux tribunaux. L'action en

justice doit être intentée avant l'expiration d'un certain délai qui varie suivant la nature de la demande et son objet puisque la plupart des droits sont prescriptibles. Nonobstant sa liaison avec le droit, l'action en justice fait l'objet d'un droit subjectif nouveau, dont le sort et le régime juridique ne sont pas toujours ceux du droit garanti. Aussi il est des actions en justice auxquelles ne correspond aucun droit, par exemple les actions en annulation ou en résolution d'actes juridiques.

Ceci étant, la doctrine inclut dans la catégorie du droit subjectif, les droits de la personnalité, les droits réflexes du droit objectif, les libertés, les facultés, les pouvoirs, toutes ces situations évoquant des intérêts dont l'ayant droit est le maître, en principe.

1- Création des droits subjectifs

Comment naissent ces droits ? La volonté de l'homme ne crée le droit que si elle est conforme à la loi et celle-ci, c'est à dire, la loi, ne crée de droit au profit de l'individu qu'en partant d'un fait de l'homme.

Il y a lieu d'opérer une dissociation entre l'acte juridique (l'expression d'une volonté individuelle) et le fait juridique.

a. Les Actes Juridiques

Bien qu'il existe différentes sortes d'actes juridiques, ceux-ci en commun qu'ils doivent remplir certaines conditions afin de produire des effets juridiques.

Classification des actes juridiques

L'acte juridique est une manifestation de la volonté visant à modifier la condition juridique d'une personne. Cette manifestation de volonté est destinée à produire des effets de droit. Cet acte peut revêtir diverses formes :

L'acte unilatéral / L'acte bilatéral ou multilatéral :

L'acte juridique unilatéral (1 personne = 1 volonté) résulte de la volonté d'une seule personne.

L'acte juridique bilatéral ou multilatéral (plusieurs personnes = plusieurs intérêts) repose sur le nombre de parties à l'acte. La distinction repose sur l'unité ou la pluralité d'intérêts. On parle également de contrat, convention.

L'acte onéreux / L'acte à titre gratuit

L'acte onéreux (on se dépouille en échange d'une contrepartie, intérêt personnel) signifie que les parties reçoivent des prestations réciproques jugées de valeur équivalente.

L'acte à titre gratuit (on se dépouille sans contrepartie, intention libérale) est une libéralité inspirée par une idée de bienfaisance qui n'engendre pour celui qui effectue la libéralité aucune contrepartie de nature pécuniaire (exemple : donation, leg, remise de dette à titre gracieux).

L'acte de disposition / L'acte d'administration/ L'acte de conservation

L'acte de disposition (engage le capital et l'avenir = l'aliénation d'un immeuble ou l'hypothèque = action exceptionnelle) comporte la transmission de droit pouvant avoir pour effet de diminuer la valeur du patrimoine.

L'acte d'administration (n'engagent pas l'avenir (vente ou gestion courante = acte quotidien) tend à faire fructifier un bien sans en compromettre la valeur en capital (exemple : perception de loyers), tandis que l'acte de conservation tend à maintenir le patrimoine dans son état actuel, à ne pas laisser perdre une valeur ou un droit (exemple : prise d'inscription hypothécaire pour garantir une créance).

L'acte entre vifs / L'acte à cause de mort

L'acte entre vifs sont ceux dont les effets juridiques se produisent du vivant des parties (qui produisent des effets du vivant de leurs auteurs = donation). L'acte à cause de mort sont ceux dont les effets se produisent à la mort des parties (produit ses effets après le décès d'un des auteurs = testament).

Conditions de validité des actes juridiques

Un acte de volonté est la matière de l'acte juridique et il doit être clair et exempt de vices ce qui veut dire un consentement donné par erreur, à la suite d'un dol ou suite à une violence. Le législateur a posé des conditions de validité des actes juridiques qui constituent en fait des exceptions au principe de l'autonomie de volonté.

Les conditions relatives à l'ordre public et aux bonnes moeurs

L'objet et la cause d'un acte juridique ne doivent pas être contraire aux bonnes moeurs et à l'ordre public. L'objet d'un acte juridique est ce qu'il tend à réaliser, cet objet doit être certain, et possible. La cause de l'acte juridique renvoie au motif qui a poussé l'auteur de l'acte à l'acte. C'est le mobile, celui-ci ne doit pas être contraire à l'ordre public ou aux bonnes moeurs sous peine de nullité.

Les conditions de fond

Hormis l'objet et la cause licite, l'acte juridique doit émaner librement des parties. Le consentement des parties doit en effet être exempt de vices. On

dénombre à cet égard quatre vices de consentement, l'erreur, le dol, la violence, et la lésion.

Le législateur a par ailleurs exiger la capacité d'exercice (âge, état mental ...), les mineurs ont en principe la même capacité de jouissance que les majeurs, ils sont titulaires des mêmes droits, mais ils ne peuvent les exercer euxmêmes ou sans autorisation, sauf s'ils sont émancipés.

Les conditions de forme

Aucune condition de forme n'est en principe exigée pour que l'acte produise ses effets. Toutefois, quelques actes ne sont valables que s'ils ont été accomplis selon certaines formalités, ainsi en est-il par exemple de l'acte de mariage qui nécessite l'intervention d'un officier d'Etat civil, ou de deux notaires.

Les conditions de publicité

Il est dans certains cas nécessaire d'assurer la publicité d'un acte juridique afin que les tiers ne soient pas induits en erreur. Les situations juridiques nées d'un acte sont en effet opposables aux tiers. Lorsque la publicité est exigée, l'acte non publié est valable entre les parties mais il ne peut être opposable aux tiers.

Les effets des actes juridiques

Les actes juridiques produisent des effets parce que les individus le veulent, c'est là le principe de l'autonomie de volonté. On parle donc d'acte de volonté et effet de droit.

La création d'effets de droit car l'acte crée des obligations, et ces effets ne sont pas seulement l'objet de l'acte (immeuble) mais aussi la finalité de l'acte (devenir propriétaire). L'acte juridique a pour effet de créer, de transmettre ou d'éteindre un droit. L'acte oblige la personne de qui il émane, c'est la question de la force obligatoire de l'acte qui est ainsi posée.

L'article 242 du C.O.C dispose que "les obligations valablement formées tiennent lieu de loi à ceux qui les ont faites". Cependant, si le contrat fait naître des obligations entre les parties (l'une devient créancière et l'autre débiteur) Ainsi, à l'égard du vendeur, la vente le rend débiteur de la livraison de sa chose. C'est l'effet du contrat passé sachant que cet effet n'intéresse pas les personnes extérieures au contrat.

b. Les Faits Juridiques

Les faits juridiques sont nombreux et divers. Il s'agit soit d'événements naturels, les

faits de l'homme exempts de tout élément matériel et qui produisent des effets juridiques non recherchés en eux-même par l'auteur des faits. En effet, le fait juridique se caractérise par l'absence de volonté des parties car il s'agit de faits qui n'ont pas été voulu par les personnes, il s'ensuit par exemple une obligation de réparer (accidents). Il peut s'agir d'agissements volontaires qui engendrent une modification de la situation juridique sans que ce résultat ait été voulu. On parle donc de faits juridiques lorsque les événements matériels ont créés, transmis ou éteint des droits sans que les personnes aient voulu ces résultats. Il y a donc absence de volonté et création d'effets de droit.

Les faits juridiques naturels et involontaires

Certains faits se rattachant à la vie des personnes, créent, transmettent et éteignent des droits. Ainsi la naissance permet d'acquérir les droits de la personnalité, l'âge fait cesser l'état de minorité et l'incapacité qui en découle, le décès emporte la disparition des droits de la personnalité et permet l'ouverture de la succession ...

Les faits juridiques volontaires

Les faits de l'homme sont répartis en deux catégories : les quasi-contrats, et la responsabilité civile.

- Les Quasi-Contrats

Ce sont la gestion d'affaire et l'enrichissement sans cause.

Il y a gestion d'affaire lorsqu'une personne accomplit un acte dans l'intérêt et pour le compte d'une autre personne sans que celle-ci ait donné son approbation à l'acte. Elle est réglementée par les articles allant de 1179 à 1194 du C.O.C dans le titre du mandat. Exemple : en l'absence du propriétaire, un voisin prend l'initiative de faire réparer le toit endommagé à la suite de graves intempéries. Le propriétaire (maître de l'affaire) doit indemniser son voisin (gérant d'affaire) de tous les engagements personnels pris par ce dernier et lui rembourser toutes les dépenses utiles et nécessaires qu'il a faites.

Il y a enrichissement sans cause lorsqu'une personne s'enrichit aux dépens d'une autre qui s'appauvrit sans une raison juridique valable. La première doit indemniser celui qui s'est injustement appauvri dans la mesure de son appauvrissement.

Exemple : une personne érige par erreur une construction sur le terrain d'autrui, cette construction va appartenir au propriétaire du sol qui s'est ainsi enrichi sans cause.

- La Responsabilité Civile

La théorie de la responsabilité civile comporte un principe fondamental : celui de la responsabilité du fait personnel. A côté de cette responsabilité générale, on trouve les responsabilités du fait d'autrui et du fait des choses. Trois conditions sont nécessaires pour engager la responsabilité civile. Il faut qu'il y ait faute de l'auteur du dommage (délictuelle ou quasi-délictuelle), un dommage subi par la victime et un lien de causalité entre la faute et le dommage.

La responsabilité du fait personnel

Elle est fondée sur l'idée que toute personne qui cause à autrui un dommage par sa faute doit le réparer. C'est le cas des délits et des quasi-délits. Les articles 77 et 78 du C.O.C sanctionnent les manquements du comportement du "bon père de famille". C'est à dire de l'homme prudent, diligent et loyal. Ces manquements s'appellent délits lorsqu'ils sont volontaires et quasi-délits lorsqu'ils sont involontaires.

La responsabilité du fait autrui

Cette responsabilité est fondée sur une présomption de faute. C'est le cas du père qui est responsable du dommage causé par son enfant, du surveillant d'un aliéné mental qui est responsable du dommage causé par celui-ci. La loi met à la charge du père ou du surveillant selon les cas, une présomption de faute de surveillance ou d'éducation.

De surcroît, la majorité des législations modernes admettent un autre cas de responsabilité, celui de la responsabilité du commettant du fait de ses préposés. En Tunisie, bien qu'il n'existe pas de principe général établi en la matière, la jurisprudence l'a admis à l'occasion de nombreuses affaires, et un certain nombre de textes la consacrent (Code de la route).

La responsabilité du fait des choses

Le Code des Obligations et des Contrats a institué trois catégories de choses susceptibles de causer des dommages : ce sont les animaux, les bâtiments, et les choses inanimées. Lorsque le fait de ces choses est à l'origine d'un dommage, leur gardien est responsable des préjudices causés par cette chose sauf s'il prouve que le dommage est dû à une force majeure (un fait imprévisible, irrésistible et indépendant de lui et de sa chose).

2- Le contenu des droits subjectifs

Il est indispensable d'opérer entre les droits subjectifs des classements, parce que ces classements influent sur le régime juridique des droits. Les principes de classement sont très divers. L'un des plus fréquemment cités est le classement classique des droits en patrimoniaux et extra-patrimoniaux se basant sur les qualités ou les attributs étrangers à la structure des droits subjectifs (le caractère patrimonial ou extra-patrimonial). Cependant, lorsque l'on se réfère à la structure des droits subjectifs, deux principes de classement sont à prendre en considération : l'un, tiré de l'objet du droit subjectif, l'autre déduit du système de relations, interindividuelles ou corporatives, dans lequel s'insère le droit. La doctrine a opéré de surcroît un classement qui marque la distinction entre les actes juridiques et les faits juridiques.

a. Classification selon l'objet

De ce point de vue, les droits subjectifs se divisent en droits de la personnalité, droits réels (jus in re) ou droits sur les choses corporelles, droits personnels ou de créance (droits sur la personne d'autrui, jus in personam), droits intellectuels (droit sur des choses incorporelles). Il s'agit en somme de deux classifications traditionnelles qui sont opérées d'un côté entre droits réels et droits personnels et de l'autre entre droits mobiliers et droits immobiliers.

Les droits réels

Les droits réels ont pour objet les choses corporelles, solides ou fluides captables (gaz, électricité). Dans le droit réel, on n'est plus en présence de deux personnes mais d'une seule, la personne titulaire du droit qui exerce sur une chose les prérogatives que lui reconnaît le droit. Il existe deux catégories de droits réels, les droits réels principaux et les droits réels accessoires.

Les droits réels principaux :

Les droits réels principaux sont constitués par le droit de propriété et les droits réels sur la chose d'autrui.

Le droit de propriété :

C'est l'exemple typique du droit réel, le droit réel le plus complet, que l'on a l'habitude de confondre avec la chose même. Qu'il s'agisse de propriété individuelle ou de copropriété indivise, le propriétaire a la plénitude et l'exclusivité des pouvoirs d'utilisation de la chose ; il peut en user, la transformer ou la détruire, comme il peut en faire bénéficier d'autres personnes bénévolement ou en leur concédant sur sa chose un certain droit d'usage, soit à titre personnel, soit à titre réel. En ce dernier cas, le droit de propriété est dit "démembré". En démembrant son droit de propriété,

le propriétaire confère au tiers une partie de ses prérogatives relatives à son droit de propriété.

Les droits réels sur la chose d'autrui sont :

L'usufruit qui est le droit d'user et de jouir comme propriétaire lui-même d'un bien appartenant à autrui, mais à chacun d'en conserver la substance (article 142 du C.D.R.).

Le droit d'usage et d'habitation est le droit de se servir de la chose et d'en percevoir les fruits "restreints aux besoins indispensables du titulaire et de sa famille". Ces droits ne peuvent être ni loués, ni cédés.

La servitude qui est un droit établi sur un immeuble pour l'utilité d'un autre immeuble appartenant à un autre propriétaire. Certaines servitudes dérivent de la situation des lieux, d'autres sont établies par la loi (distances entre les édifices, vues sur la propriété du voisin, droits de passage), d'autres enfin sont établies par le fait de l'homme.

Les droits réels accessoires :

Ces droits sont l'accessoire du droit de créance en ce sens qu'ils en constituent la garantie. Ce sont les résultats d'un nantissement ou d'une hypothèque.

Le nantissement est un contrat par lequel le débiteur affecte une chose ou un droit incorporel à la garantie d'une obligation et confère au créancier le droit de se payer sur cette chose au cas où le débiteur ne rembourserait pas sa dette. Lorsque le nantissement porte sur une chose mobilière (marchandises, numéraire, titres au porteur), il est dit gage.

L'hypothèque est un droit réel sur un immeuble affecté à la garantie d'une créance et ne comportant pas de dépossession du débiteur à la différence du nantissement.

- Les Droits Personnels :

Alors que les droits réels frappent les choses, les droits de créance, eux, frappent les personnes, en ce sens qu'une personne, le débiteur, est tenue vis-à-vis d'une autre, le créancier, de l'exécution d'une certaine prestation, positive ou négative, formant le contenu de son obligation. En raison de l'obligation qui la lie au créancier, la personne du débiteur est engagée. Le créancier a pouvoir sur elle et, à défaut d'exécution volontaire, l'exécution forcée pourra être demandée sur sa personne ou sur ses biens. Il s'agit donc d'un rapport de droit entre deux personnes, le créancier et le débiteur en vertu duquel l'un, le débiteur, est obligé vis-à-vis de l'autre, le créancier, de donner, de faire, ou de ne pas faire quelque chose. Le nom de droit de

créance ne désigne - dans le langage technique des juristes - que les créances qui ont pour objet une prestation évaluable en argent.

- *Les Droits de la Personnalité :*

Les droits de la personnalité sont les droits qui ont pour objet les éléments constitutifs de la personne sous tous ses aspects : physique et moral, individuel et social. En premier lieu, l'être du sujet : son corps et ses membres, mais aussi ses convictions et ses affections, sa pudeur, son intimité, son honneur, les traits de son personnage physique (son image) et moral. Il s'agit des droits de la personne sur son image ou ses droits à l'honneur, à la protection de son intégrité physique. Autant de valeurs qui tiennent à la personne et auxquelles nul ne peut porter atteinte sans violer le droit du sujet puisqu'ils sont protégés par le droit de la responsabilité civile qui permet de dédommager la victime d'une atteinte à ces droits.

- *Les Droits Intellectuels :*

A la division classique entre droits réels et droits de créance s'est ajoutée, au XIXe siècle, une catégorie nouvelle celle des droits intellectuels (*jura in re incorporali*). On les appelle parfois les droits de propriété intellectuelle. Une certaine ressemblance existe en effet avec les droits réels en ce que des prérogatives sont reconnues au titulaire du droit à l'égard de tous les autres. Il en est ainsi les droits des auteurs sur leurs créations (propriété artistique et littéraire, inventions brevetées, dessins et modèles déposés) et des droits sur les signes représentatifs des personnes (nom civil), des entreprises (nom commercial, enseigne) ou des produits (marque de fabrique ou de commerce). S'il s'agit de créations, l'auteur ou l'inventeur a la faculté de modifier ou de supprimer sa création, de la garder secrète ou de la communiquer au public en retenant pour lui le bénéfice matériel et moral de la publication. Il peut aussi céder ou donner en licence son monopole d'exploitation. S'il s'agit de signes, le titulaire du nom commercial, de la marque, etc., peut en faire usage pour lui-même et en interdire l'usage par d'autres. En d'autres termes, on reconnaît à l'auteur de ces droits - sous certaines conditions de fond et de procédure (obtention de brevets) - un monopole d'exploitation à l'inventeur. Ce dernier peut toutefois céder ses droits ou autoriser l'usage de sa découverte (par une licence d'exploitation).

Certains auteurs (Roubier) proposent l'emploi de l'expression "droits de clientèle" pour désigner les monopoles d'exploitation attachés aux brevets et aux marques. L'expression n'est guère satisfaisante parce qu'elle n'évoque que la finalité économique de ces monopoles comme moyens de ralliement de la clientèle, sans

les définir dans leur structure juridique. Par contre, la clientèle peut faire l'objet d'un droit en tant qu'élément essentiel de l'ensemble incorporel que constitue le "fonds de commerce".

b. Classification en fonction du patrimoine

Il est nécessaire d'avoir une idée même sommaire de la notion de patrimoine avant de l'utiliser pour distinguer les droits patrimoniaux et les droits extra-patrimoniaux. Dans le langage courant, le patrimoine est l'ensemble des biens qu'une personne possède. Dans le langage juridique, le patrimoine est un attribut de la personnalité, c'est à dire la capacité de chaque être humain à avoir des biens, des droits et des dettes. D'après la doctrine développée par Aubry et Rau au XIXe siècle, le patrimoine est "l'ensemble des biens d'une personne, envisagé comme formant une universalité de droit. L'idée de patrimoine se déduit directement de celle de la personnalité". Ces auteurs tirent une triple conséquence de leur théorie : le patrimoine est une universalité juridique, liée à la personne, et qui ne contient que des droits pécuniaires.

Le patrimoine est une universalité de droit signifie que l'actif répond du passif. Les créanciers de la personne peuvent se payer sur l'actif présent tel qu'il est au moment où ils exercent leurs poursuites. Cette universalité de droit est opposée à l'universalité de fait qui n'entraîne pas cette conséquence. Par exemple, un commerçant qui vend son fonds de commerce (article 189 Code de Commerce) cède uniquement les éléments actifs du fonds, l'acquéreur n'est pas tenu des dettes car le fonds de commerce n'est pas une universalité de droit.

Le patrimoine est un attribut nécessaire de la personnalité, une vocation à acquérir et à s'obliger. La conséquence qui découle de cette théorie classique est que le patrimoine est une "émanation de la personnalité". Toute personne physique ou morale a nécessairement un patrimoine même si pendant une période donnée, le contenu de ce patrimoine est vide, où qu'il n'y figure aucun droit ou que le passif est supérieur à l'actif. Néanmoins, cette personne apte à avoir des droits et des obligations, a un patrimoine. Ce patrimoine n'est pas transmissibles entre vifs. Il est transmis à cause de mort. En effet, le patrimoine d'une personne décédée ne peut être transmis dès sa mort à ses héritiers, ces derniers n'ont droit à l'actif de la succession qu'après l'apurement du passif. L'article 87 du Code de Statut Personnel dispose que les héritiers ne prennent leurs parts successoriales qu'après paiement, dans l'ordre : 1) des "charges supportées par les biens réels composant la

succession, 2) les frais de funérailles et d'inhumation, 3) les créances certaines à la charge du défunt, 4) les legs valables et exécutoires". On est donc forcé à admettre que le patrimoine continue à exister après le décès de la personne.

La notion de patrimoine comporte également une idée essentielle intimement liée à la première à savoir l'unicité du patrimoine : la même personne n'a et ne peut avoir qu'un seul patrimoine. Cette idée a longtemps été critiquée car ce principe n'est pas réaliste. En effet, l'unicité du patrimoine empêche le commerçant de réserver une partie de son patrimoine à son activité commerciale. Un commerçant dispose en général de deux séries de biens : certains sont réservées à son usage personnel, ainsi en est-il de sa maison, sa voiture, ses effets personnels qui constituent ses biens en tant que citoyen. D'autres n'intéressent que son activité commerciale comme son magasin ou son droit au bail, son fonds de commerce et son stock de marchandises. En vertu du principe de l'unicité du patrimoine, les créanciers peuvent saisir n'importe quel bien même non affecté à l'activité commerciale. La seule façon d'extraire une partie du patrimoine pour la réserver à une activité particulière est de constituer une société. Celle-ci aurait un capital et un patrimoine propre distinct du patrimoine de ses sociétés. Alors que le Code de Commerce tunisien a longtemps exclut la possibilité de créer des sociétés unipersonnelles, la théorie du patrimoine d'affection en France, permet à une personne d'affecter une partie de son patrimoine à une activité déterminée, ou une variante, la possibilité de créer une société unipersonnelle. Toutefois, le Code des Sociétés Commerciales promulgué le 03 Novembre 2001 a introduit cette possibilité.

Le patrimoine ne contient que des droits pécuniaires signifie qu'on y inclut tout ce qui est à caractère pécuniaire, tout ce qui est susceptible d'une évaluation en argent. En sont donc exclus les droits non pécuniaires tels le droit à la liberté, à la filiation, au nom, à l'honneur etc ...

Les droits patrimoniaux

Les droits patrimoniaux sont des richesses matérielles, des sommes d'argent, des droits à caractère économique, c'est à dire essentiellement des biens. On appelle "bien" au sens courant du mot, une chose servant à l'usage de l'homme, soit directement, soit par sa valeur d'échange. Ce terme désigne également le droit lui-même

qui porte sur la chose.

L'article 1er du Code des Droits Réels (C.D.R) les définit comme étant : "toutes

choses qui ne sont pas hors du commerce par leur nature ou par disposition de la loi et qui peuvent faire l'objet d'un droit ayant une valeur pécuniaire".

Ces droits sont cessibles à un nouveau titulaire, transmissibles aux héritiers, saisissables par les créanciers (la saisie est suivie d'une vente des biens qui dégage une valeur pécuniaire et le prix obtenu est distribué entre les créanciers), et prescriptibles (on distingue entre la prescription acquisitive - lorsqu'un droit est attribué à une personne qui l'a exercé sans titre pendant une certaine durée - et la prescription extinctive - lorsque la loi procède à l'extinction des droits que le titulaire a négligé d'exercer pendant une certaine durée).

- Les Droits Extra-Patrimoniaux

La personne dispose d'autres droits qui ne sont pas évaluables en argent et qui ne sont pas dans le commerce . Ces droits sont en principe, incessibles, insaisissables et imprescriptibles. Ils ne figurent pas dans le patrimoine et, pour cela, ils sont dits extra-patrimoniaux. C'est le cas des droits politiques (droit de vote, droit d'éligibilité, des libertés individuelles ...), des droits familiaux (droit de garde d'un enfant, qualité de chef de famille, droit à la fidélité du conjoint ...) et des droits fondamentaux de la personne humaine (droit au nom, à l'honneur, au respect de l'intégrité physique ...).

c. Classification en fonction du statut juridique de la chose

Les biens sont les choses qui ne sont pas exclues du commerce par une disposition légale ou par leur nature même. Ces biens peuvent être l'objet d'un droit ayant une valeur pécuniaire. Les biens sont soit meubles, soit immeubles.

Les meubles

En langage simple, les meubles sont les biens que l'on peut déplacer d'un lieu à un autre. On parle de biens meubles par nature et de biens meubles par détermination de la loi.

Sont des **meubles par nature** (meubles corporels), ceux que l'on peut transporter d'un lieu à un autre, ou qui peuvent se déplacer par eux-mêmes. L'article 14 du Code des Droits Réels dispose : "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". Ainsi, les fruits cueillis ou tombés, ou les épis coupés ... deviennent meubles, de même que toute pierre, planche ou accessoire de construction détachés du bâtiment.

Sont des **meubles par détermination de la loi** (meubles incorporels), les créances,

les droits réels et les actions portant sur des meubles, ainsi que les parts sociales, les actions, et les obligations.

Les Immeubles

C'est soit la réalité physique soit l'artifice juridique qui permet de distinguer les différentes catégories d'immeubles.

Les immeubles par nature :

Est immeuble par nature, selon la définition donnée par l'article 3 du Code des Droits Réels "toute chose fixe qu'on ne peut déplacer sans dommages". C'est la réalité physique qui est ici prise en compte. Il s'agit des lopins de terre, et des choses attachées au fonds de terre comme les plantes tant qu'elles ne sont pas détachées du sol, les fruits tant qu'ils ne sont pas cueillis ... Il en est ainsi des bâtiments et de tout ce qui leur est matériellement attaché à savoir les éléments scellés aux constructions comme les installations, canalisations ...

Les immeubles par destination :

Le législateur, pour des raisons d'ordre économique, a décidé par un artifice juridique de donner la qualification d'immeubles à des biens qui sont en réalité des meubles par nature. Les immeubles par destination sont regroupés par le Code des droits réels en deux catégories, la première retient le critère de l'attache matériel ainsi en est-il des objets mobiliers que le propriétaire attache à l'immeuble de telle façon que l'on ne peut les en détacher sans détériorer ou abîmer la partie de l'immeuble à laquelle ils sont attachés. La seconde catégorie est constituée par les biens meubles par nature, que leur propriétaire décide d'affecter au service ou à l'exploitation de son fonds (ils seront qualifiés juridiquement comme étant des immeubles). Exemple : les animaux, le matériel agricole et autres objets que le propriétaire place dans son exploitation agricole sans quoi cette dernière perdrat de sa valeur.

Pour rattacher à l'immeuble ces meubles qui servent à le mettre en valeur, la loi décide, sous certaines conditions, que ces derniers seront qualifiés immeubles par destination. L'article 9 du Code de Droits Réel considère comme étant 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. Cet article ne semble viser que l'usage agricole, et partant soulève une controverse doctrinale quant à la portée de son application ou non à des domaines autres que l'activité agricole.

Récapitulons Portent sur la chose (le droit réel) ou portent sur la personne (droit personnel) Les droits réels sont le pouvoir exercé directement sur la chose

permettant de retirer tout ou partie de ses utilités économiques.

Le statut juridique de la chose, les biens meubles et immeubles et les biens corporels.

Les biens meubles et immeubles :

Les immeubles par nature sont attachés au sol ou à l'immeuble, et par destination, sont attachés à l'exploitation du sol ou des bâtiments, ainsi certains de ces droits sont attachés par l'objet auxquels ils s'appliquent (usufruit).

Tout ce qui n'est pas immeuble est meuble, ils sont par nature mobiles et par détermination de la loi des droits personnels et des droits de créance.

Les biens corporels et les biens incorporels :

Les biens immeubles et meubles le sont, mais les biens abstraits qui ont une valeur économique sont des droits incorporels (brevets, marques).

Les droits exercés sur les choses comme les droits réels principaux et accessoires et les droits personnels.

Les droits réels

Les droits réels principaux qui tendent à l'utilisation directe de la chose (la propriété, la nu propriété et l'usufruit qui se décomposent en l'usus = le fait d'user de la chose, le fructus = le fait d'en retirer les fruits et l'abusus = le fait de pouvoir en disposer, de l'aliéner).

Les droits réels accessoires qui garantissent le paiement d'une créance (la valeur intrinsèque du bien, l'hypothèque).

Les droits personnels

Les droits personnels ou droits de créance qui donne droit à l'exécution d'une obligation de donner, de faire ou de ne pas faire quelque chose. Le droit personnel est donc un rapport entre personnes et pas entre un bien et une personne.

La Preuve des droits

1. La charge et l'objet de la preuve

La charge de la preuve (on dit parfois le fardeau de la preuve) consiste à s'intéroger sur la personne qui devra d'abord, prioritairement par rapport à son adversaire, faire la preuve de son droit. On emploie parfois une formule latine, l'*onus probandi*, pour désigner la charge de la preuve (le mot latin onus signifie poids, charge, fardeau).

A qui incombe la preuve? Si en principe, le plaideur n'a pas à rechercher ni à prouver l'existence de la règle de droit, il lui faut prouver les faits, les actes, les situations qui vont lui permettre d'invoquer un texte légal mais certainement pas l'existence du texte juridique, de la règle de droit applicable. C'est au juge qu'il appartient de rechercher la règle de droit, qu'il incombe l'obligation de retrouver le texte idoine. Quant à la preuve des faits, la preuve de l'existence d'actes juridiques ou d'obligations, la preuve qu'elles sont dans leur droit, c'est aux parties d'en faire la démonstration.

L'article 420 du C.O.C. pose comme règle que la preuve de l'obligation doit être faite par celui qui s'en prévaut.

C'est l'adage romain " *Actori incumbit probatio, rei in expressido fit actor*".

En effet, dans la procédure inquisitoire, le juge joue un rôle neutre en ce sens qu'il n'est pas tenu de procéder lui-même à la recherche des moyens de preuve, il n'en demeure pas moins que celui-ci reste libre de décider d'ordonner une expertise, ou de demander l'audience des témoins, ou de prendre toute autre mesure qu'il juge indispensable. Il est utile de rappeler à cet égard que les questions de preuve relèvent principalement de la souveraineté des juges de fond.

Si la charge de la preuve pèse en principe sur celui qui s'en prévaut, il est parfois difficile de prouver le fait même que l'on désire établir. On se contente alors d'une preuve indirecte. Dans d'autres cas, au lieu de prouver le fait on prouve sa cause ou son effet. La preuve d'un fait connu permettra de conclure au fait inconnu dont on veut démontrer l'existence. C'est un déplacement de la preuve, une présomption.

L'article 479 du C.O.C. énumère deux sortes de présomptions, les présomptions de l'homme et les présomptions légales.

Il y a présomption de l'homme lorsque la déduction à partir des indices est faite par le juge.

Il y a présomption légale lorsque la déduction est faite par la loi.

Les présomptions de l'homme sont donc des procédés de preuve, des règles de procédure tandis que les présomptions légales sont des dispenses plus ou moins complètes de preuve.

Ainsi lorsqu'un enfant est sous la surveillance de son instituteur et qu'il cause un dommage, la loi présume que l'instituteur a commis une faute de surveillance (art. 93 al.2 C.O.C.). La victime doit prouver que l'auteur du dommage était un élève et que le dommage s'est produit pendant le temps où celui-ci était sous la surveillance de

l'instituteur mais elle est dispensée de prouver la faute de l'instituteur. La personne qui bénéficie de la présomption doit donc établir les faits sur lesquels la loi fonde cette présomption.

Par conséquent, il est permis d'affirmer que les présomptions légales sont des règles de fond dans la mesure où elles modifient la situation juridique d'une personne. Les présomptions légales dérogent plus ou moins complètement au principe concernant la charge de la preuve.

On distingue les présomptions simples et les présomptions irréfragables.

Les présomptions simples (ou relatives) :

la plupart des présomptions légales sont simples et peuvent tomber devant la preuve contraire, cette preuve contraire est parfois délimitée par la loi, comme c'est le cas du désaveu de paternité. En d'autres termes, les présomptions simples admettent une preuve contraire. Ainsi, l'instituteur peut prouver qu'il n'a commis aucune faute. La personne qui bénéficie de la présomption simple peut se dispenser d'apporter la preuve du fait qu'elle veut établir, mais son adversaire a la possibilité de faire tomber la présomption. Ainsi la possession d'une chose fait présumer que la personne qui se conduit ainsi en maître est véritablement titulaire du droit de propriété ou d'un autre droit réel. De même, la loi présume que l'enfant de telle personne est véritablement l'enfant de cette personne c'est ce que l'on appelle la possession d'état, ce sont des présomptions simples.

Les présomptions irréfragables :

Certaines présomptions légales sont dites irréfragables, c'est-à-dire qu'elles ne supportent pas la preuve contraire, ce qui est le cas de l'interposition de personne. L'exemple le plus pertinent nous est fourni en droit français, en matière de donation : les père, mère, enfants et descendants et l'époux de la personne incapable de recevoir à titre gratuit sont réputés personnes interposées, et la libéralité ainsi dissimulée est nulle.

Il est en principe interdit d'apporter la preuve contraire contre les présomptions irréfragables. Ces présomptions irréfragables sont limitativement énumérées par la loi car elles dérogent au droit commun de la preuve.

Elles existent dans trois séries de cas :

- a)** Lorsque le législateur déclare nuls certains actes en vertu de la présomption (en cas de fraude).
- b)** Lorsque la loi déclare que l'obligation ou la libération résulte dans certaines

circonstances telles la prescription.

c) Lorsque la loi attribue l'autorité à la chose jugée (ce qui a été définitivement jugé ne doit pas pouvoir être remis en question). Il faut cependant noter que l'autorité de la chose jugée peut être infirmée dans les cas prévus à l'article 484 du C.O.C (en cas d'erreur matérielle par exemple) ce qui montre que les présomptions ne sont pas absolument irréfragables.

2- Les Modes de Preuve

Le droit tunisien a adopté un système mixte en matière de preuve. En matière pénale, le législateur a retenu le système de la preuve morale. La preuve c'est tout ce qui persuade l'esprit d'une vérité (Domat). Tous les moyens d'actions sont en principe possible, aucune hiérarchie n'existe entre les modes de Preuve et aucune preuve ne s'impose au juge qui statue selon son intime conviction. Dans le système de l'intime conviction, la valeur probante des divers éléments produits devant le juge du fait est abandonnée à sa libre appréciation. Le principe subit toutefois bien des dérogations dont le but est de réduire les risques d'erreur. Tantôt la loi prévoit que tel mode de preuve sera suffisant et nécessaire pour établir tel fait (système de la preuve légale); tantôt, au contraire, elle écarte tel mode de preuve qu'elle estime trop incertain.

Des limitations existent telles l'interdiction de se prévaloir d'un serment obtenu par violence (article 506 du C.O.C), d'un aveu vicié par un vice de consentement (article 432 du C.O.C).

A l'opposé de ce système se situe celui de la preuve légale. Ce n'est plus le juge, mais le législateur qui apprécie la valeur respective des procédés de preuve.

Il détermine les procédés de preuve, créé une hiérarchie entre eux et ordonne au juge de tenir pour exacts les faits établis par certains moyens de preuve.

En matière civile, le législateur a réalisé un compromis entre les deux systèmes.

Les moyens de preuves sont réglés par les articles 420 et suivants du C.O.C.

Certains procédés de preuve sont dits " parfaits " car ils sont admissibles en toute matière et lient le juge. D'autres sont qualifiées " d'imparfaits ", ils sont écartés en principe dans les actes juridiques et ne lient pas le juge.

La preuve des actes juridiques se fait au moyen de procédés dits parfaits, au contraire la preuve des faits juridiques peut être rapportée par un moyen de preuve imparfait.

Les procédés de preuve parfaits sont l'écrit, l'aveu, le serment décisoire (art. 497 du C.O.C). Seul le premier de ces procédés a une grande importance pratique.

Les procédés de preuve imparfaits sont le témoignage, les présomptions de l'homme et le serment supplétoire.

a. La preuve des actes et des faits juridiques

L'article 473 du C.O.C dispose que les conventions doivent être prouvées par écrit.

Cette obligation ne s'impose qu'aux parties à l'acte, les tiers peuvent établir par tous moyens les actes juridiques auxquels ils sont restés étrangers.

a) Preuve de l'acte :

La preuve littérale est clairement la moins fragile des preuves, et il n'est pas surprenant de la voir traitée avec une faveur particulière, elle est traduite par l'adage "lettres passent témoins", adopté dans de nombreuses législations. Pour éviter les contestations futures, les parties doivent dresser un acte écrit pour toute convention dont le montant ou la valeur est supérieure à 3 dinars. Cet écrit doit être signé de la personne dont on veut prouver l'engagement et être établi en vue de cet engagement. Toutefois, l'exigence d'un acte écrit comme seule preuve légale comporte de multiples exceptions (contrats de faible valeur pécuniaire, opérations commerciales, obligations non contractuelles ou contractées dans des cas d'urgence, perte fortuite du titre, possibilité de suppléer à l'insuffisance d'un document constituant un commencement de preuve par écrit, etc.) L'aveu et le serment décisoire peuvent remplacer l'écrit.

Exceptions au principe :

Les actes juridiques d'un montant égal ou inférieur à 3 dinars peuvent être prouvés librement.

L'existence d'un commencement de preuve par écrit, c'est à dire un écrit qui rend vraisemblable le fait allégué et qui émane de celui auquel on l'oppose la preuve pourra être complétée par d'autres moyens tel le témoignage (article 477 du C.O.C).

Lorsque l'obligation provient d'un quasi-contrat, d'un délit ou d'un quasi-délit.

Lorsqu'il s'agit d'établir une erreur, fraude, dol, violence, simulation entachant l'acte.

Dans les affaires (entre commerçants) où il n'est pas d'usage d'exiger des preuves écrites, on peut prouver par tous moyens.

Il est possible de recourir aux procédés de preuves imparfaits, et ce, lorsqu'il est

impossible de prouver par écrit soit que la partie a perdu le titre qui constituait la preuve littérale, soit qu'il ait été détruit par cas fortuit ou force majeure, soit qu'il ait été soustrait frauduleusement.

b) *Preuve " contre et outre le contenu aux actes "* :

Lorsqu'il s'agit de prouver que le contenu de l'écrit est inexact ou que des conventions postérieures ont modifié l'accord, seul un écrit est possible même si la somme ou la valeur en cause est inférieure à 3 dinars.

Cependant s'il s'agit seulement de prouver des faits de nature à établir le sens des clauses obscures ou ambiguës d'une convention ou à en déterminer la portée ou à en constater l'exécution, les autres procédés de preuve seront admis.

II - La preuve des faits juridiques

La preuve des faits juridiques est libre. Tous les moyens de preuve sont admis.

A l'égard des tiers l'acte juridique ne constitue qu'un fait juridique dont ils peuvent apporter la preuve par tous moyens même s'ils veulent prouver contre le contenu de l'acte.

Les vices ou consentement, fraude, simulation constituant des faits juridiques que l'on prouve par tous moyens, il en va de même de la possession et de la possession d'état.

b- Les différents procédés de preuve

Les procédés de preuve parfaits

a) L'écrit (preuve littérale):

On distingue l'écrit authentique et l'écrit sous seing privé.

• **Les actes authentiques : (écrits)**

toutes les preuves littérales ne sont pas d'une égale force probante. La plus complète est le titre authentique, reçu par un officier public (notaire, officier de l'état civil, consul): les constatations de l'officier instrumentant ne peuvent être contredites que par la procédure extraordinaire d'inscription de faux. Sont ceux qui ont été établis dans les formes légales par un officier public compétent (officier d'état civil, huissier notaire, receveur de l'enregistrement, deux notaires traditionnels).

L'existence et la date des déclarations enregistrées dans un acte authentique font foi jusqu'à inscription de faux mais les énonciations des parties ne sont crues que jusqu'à preuve contraire.

- Les actes sous seing privé : (sous signature privée)

l'acte sous seings privés n'a pas lui-même cette autorité, mais la loi le soumet parfois à l'observation de certaines formes particulières (formalité du double pour les contrats synallagmatiques, du "bon" ou "approuvé" pour les promesses unilatérales, de l'enregistrement pour conférer à l'acte date certaine contre les tiers et déjouer la fraude par antidate, du timbrage, etc.). Des règles spéciales se réfèrent aux registres des marchands, aux papiers domestiques, aux effets de commerce, aux billets de banque; et les quittances, factures, bordereaux, lettres missives ou télégrammes peuvent aussi constituer, sinon une preuve littérale suffisante, du moins un commencement de preuve par écrit. Enfin, la loi du 12 juillet 1980 a accordé force probante aux copies

-
- constituant une reproduction fidèle et durable des originaux. Ils sont dressés par les parties elles-mêmes sans la présence d'un témoin officiel.
- Ils doivent être signés par les parties auxquelles on les oppose (art 452 C.O.C). Un acte non signé n'engage pas son auteur, il ne constitue qu'un début de preuve.
- Ils doivent émaner des signataires sachant lire et écrire si la personne est illétrée, l'acte créant une obligation doit être dressé par un officier public ou par deux notaires. C'est une règle d'ordre public.
- Autres preuves littérales :
- Les livres de commerce dans la mesure où ils contiennent des écritures qui correspondent à des doubles d'autres écritures dans les livres d'autres commerçants.
- Les copies certifiées conformes.

b) L'aveu :

L'aveu est la reconnaissance de l'acte ou du fait juridique par la personne à qui on l'oppose.

Il doit émaner d'une personne capable de s'engager ou de son représentant. Il lie son auteur et ses ayants cause mais non les tiers.

- L'aveu judiciaire :

C'est "la déclaration que fait en justice la partie ou son fondé de pouvoir spécial".

Il est fait devant un juge, lie le juge s'il est clair. Il est irrévocable.

- L'aveu extra judiciaire :

C'est l'aveu fait en dehors de justice devant des témoins qui le rapporte n'est qu'un simple témoignage ne liant pas le juge. Il est en principe indivisible, c'est à dire que la partie à laquelle il bénéficie ne peut pas en invoquer une partie et rejeter l'autre.

c) Le serment décisoire :

C'est un procédé de preuve parfait qui lie le juge : c'est l'affirmation solennelle de la vérité faite au cours d'une procédure judiciaire par un plaideur qui prend Dieu à témoin.

Une partie, dans l'impossibilité de faire la preuve de sa prétention défère le serment à son adversaire et s'en remet à son honnêteté. Celui-ci peut prêter serment et affirmer que sa propre prétention est la bonne ou refuser de prêter serment et avouer ainsi le bien fondé de la prétention du demandeur.

On ne peut prêter serment que sur des faits non sur le droit. On ne peut prêter serment sur un fait criminel, un fait prouvé par acte authentique, un fait déjà jugé définitivement ou dans le cas où le serment a pour objet d'établir une obligation pour laquelle une action en justice est impossible pour des raisons d'ordre public ou de bonnes moeurs, ou si le serment a un caractère inutile et vexatoire.

Les procédés de preuve imparfaits

Ce sont le témoignage, les présomptions et le serment suppléatoire.

a) Le témoignage : (preuve testimoniale)

C'est la déclaration faite par un tiers, le témoin qu'il a vu ou entendu un fait pertinent, c'est à dire susceptible d'avoir une influence sur la décision.

Le témoin n'a pas à prêter serment (contrairement au droit pénal). Le témoin doit être neutre. Pour cela, ne peuvent témoigner ceux qui sont partie au procès ou qui ont un intérêt personnel ou pécuniaire dans le litige ou qui ont une rancune manifeste à l'égard d'une des parties.

De même, ceux qui ont un lien de parenté ou qui sont dans un rapport de subordination (employeur - employé...) ne peuvent témoigner.

L'appréciation de la valeur et de la portée du témoignage est une question de fait laissée à l'appréciation des juges du fond. Cependant, la cour de cassation contrôle la motivation des conclusions que les juges du fond tirent du témoignage ainsi que l'application des règles relatives au témoignage.

La plupart des législations excluent aussi le témoignage des parties en cause et celui

de leurs parents, alliés et domestiques, comme étant vicié par la partialité.

b) Les présomptions de l'homme :

La présomption de l'homme est la conséquence que le magistrat tire d'un fait connu à un fait inconnu. C'est un faisceau, une somme d'indices qui doivent convaincre le juge.

La loi n'admet que les présomptions " graves et précises ou bien nombreuses et concordantes " (Art 486 du C.O.C) et assorties d'un serment supplétoire de la partie qui les invoque (art 487 du C.O.C).

On note que la jurisprudence admet très souvent des présomptions sans ordonner le serment supplétoire. Ce mode de preuve est irrecevable contre un écrit.

c) Le serment supplétoire :

Le serment supplétoire est déféré d'office par le tribunal lorsqu'il l'estime utile. Il ne peut servir comme preuve unique sauf en matière d'évaluation d'une chose.

Le serment supplétoire ne lie pas le juge. C'est un moyen de preuve rarement utilisé.