

L’histoire de la cassation
en Tunisie
(Un Patrimoine Culturel et Matériel)

Kchaou MONCEF
Premier Président
de la Cour de cassation De Tunisie

les questions de droit civil. Cette justice était exercée par les Le système judiciaire qui existait antérieurement à l’établissement de la France (1881) n’était pas unifié. La Tunisie précoloniale avait, d’abord une justice confessionnelle qui appliquait la législation de l’Islam et le rite auquel se rattachaient les plaideurs, non seulement dans le statut personnel, mais aussi dans toutes tribunaux religieux (*le charaâ*). Le juge (*le cadhi*), émanation du pouvoir central, Khalife ou Emir, était chargé de rendre justice en son nom, de veiller à l’application stricte de la loi, de sévir contre ceux qui l’enfreignent et d’assurer son respect sur tout le territoire soumis à son autorité¹.

De leur côté, les juifs avaient leurs propres **tribunaux rabbiniques** dont la compétence était exclusive en matière de statut personnel. Ces tribunaux jugeaient d’après la loi mosaïque.

¹ Cette justice était par ailleurs double : la loi musulmane qu’elle devait appliquer comportait deux rites. Le rite hanéfite et le rite malékite. Il y avait donc en réalité deux *charaâ*. Chacun appliquant la loi musulmane et la matière qui lui était soumise conformément aux règles juridiques spéciales à son rite. Le choix entre ces deux juridictions parallèles a été réglé d’une manière simple : c’était le défendeur qui avait le droit de choisir le rite auquel devait être soumise la contestation.

Ensuite, il avait *l'Ouzaraa* qui était un tribunal laïque, en quelque sorte, relevant de l'administration générale appliquant le droit positif fondé sur les décrets et les décisions du pouvoir séculier.

Enfin, contrairement aux tribunaux décrit plus haut dont la compétence était exclusivement bornée aux sujets tunisiens, il avait **les tribunaux consulaires** jugeant les européens résident en Tunisie. Les européens étaient placés sous la juridiction de leurs consuls qui seuls, ont le droit de les juger, de les condamner et d'exécuter les sentences prononcées contre eux. Mais tout à fait au début du protectorat, une justice française s'était substituée à la justice consulaire.

Si le gouvernement du protectorat n'a introduit dans l'organisation des tribunaux religieux aucune modification importante, il a opéré une profonde transformation dans l'organisation de la justice séculière (*l'Ouzaraa*). Elle applique des lois nouvelles codifiées inspirées à la fois du droit musulman et du droit français. Son organisation comporte la collégialité des juridictions, la publicité des débats judiciaires, la conservation des actes judiciaires, et l'établissement des voies de recours.

En somme, il n'y avait pas une justice mais des justices aussi bien pour la Tunisie précoloniale que pour la Tunisie coloniale. Ce schéma reflétait un état des lieux caractérisé par la présence d'une justice fragmentée et loin d'être unifiée. « Tous ceux qui détenaient une parcelle d'autorité rendaient la justice »². Il a fallu attendre l'avènement

² **M. DABBAB** et **T. ABID**, *La justice en Tunisie : Histoire de l'organisation judiciaire de 1856 à l'indépendance*, Ministère de la Justice, C. E. J. J., Tunis 1998, p. 54.

de l'indépendance pour que l'Etat tunisien engage un processus de mise en place d'une organisation juridictionnelle moderne.

Telle est brièvement dessinée l'organisation juridictionnelle en Tunisie à travers l'histoire. C'est dans ce contexte qu'il faut chercher le chemin parcouru pour que la cassation selon la conception actuelle a vu le jour. Les premières traces de la cassation des jugements dans l'histoire de la Tunisie semblent se situer à la période précoloniale (**Première partie**). La période coloniale a marqué certes une évolution dans la conception du juge du droit (**Deuxième partie**), mais la cassation dans son habit actuel, n'a pu naître qu'après l'indépendance (**Troisième partie**)

Première partie : La période précoloniale

La période précoloniale était marquée par le système du réexamen des jugements en droit musulman (§1). Il faut attendre le pacte fondamental de la Constitution du 26 Avril 1861, pour que l'organisation judiciaire de la Tunisie va connaître une juridiction suprême (§2).

§1 : Le réexamen des jugements en droit musulman

Le réexamen des jugements en droit musulman s'opère soit par la technique de révision (A) soit par la technique de révocation (B).

A - La révision des jugements

Les tribunaux charaïques de la Tunisie précoloniale étaient constitués par des juges décidant isolément (*Cadhi*) ou en conseil collégial (*Majilis*) conformément à la loi religieuse. Ces magistrats étaient tous nommés par le bey.

Le Cadhi jugeait la contestation en premier ressort. Cependant, ce dernier peut demander que l'affaire aille au tribunal du *charaâ* tout entier³. Tout plaideur qui se refuse à accepter la sentence du cadhi peut également interjeter appel, mais devant le conseil du rite.

par le Le bey, assisté par un conseil des *Ulémas* (des savants - théologiens), avait la faculté d'intervenir pour réviser le jugement en dernier ressort rendu tribunal du *charaâ* tout entier ou du rite, soit en le confirmant ou en l'infirmant⁴.

B – La révocation des jugements

L'étude des fondements de la révocabilité (1) et de son régime (1) permettra d'en saisir la portée et le degré de parenté qu'elle peut avoir avec le droit moderne de la cassation.

1- Les fondements de la révocabilité

La question de la révocabilité des jugements est bien traitée en droit musulman comme un cas particulier. L'idée, longtemps admise,

³ Le tribunal du charaâ tout entier se composait de cheikh Al islam, d'un bach-Mufti hanéfite, d'un bach-Mufti malékite, d'un certain nombre de muftis et de deux cadhis. **M. KRAIEM**, *La Tunisie précoloniale*, Tunis, 1973, tome. I, chap. V, p. 201.

⁴ **M. DABBAB** et **T. ABID**, *La justice en Tunisie : Histoire de l'organisation judiciaire de 1856 à l'indépendance*, *op. cit.*, p. 31.

que les jugements en droit musulman sont définitifs est fautive. Les plaideurs ont de multiples moyens de mettre en cause un jugement. La révocabilité des jugements a deux fondements ; l'un est religieux, l'autre est juridique.

En ce qui concerne les fondements religieux, cette possibilité ouverte vient du caractère même de la loi : “le cadhi ne peut rendre licite ce qui est illicite”. Le cadi juge sur le *zâhir*, le for externe, et non sur le *bâtin*, le for interne. Il est conscient de ce que son jugement n’exprime pas la vérité, contrairement à l’adage de droit français *res judicata pro veritate habetur* : la chose jugée est tenue pour vérité. Dès lors le jugement est révisable en droit musulman, il correspond à une intrusion du *bâtin* contre le *zâhir*, et la vérité religieuse l’emporte.

En outre, plusieurs textes du Coran recommandent de juger conformément au droit. C'est la crainte de Dieu qui incite le juge à révoquer les jugements contraires au droit. La révocabilité des jugements tient, donc, à la crainte du châtement de Dieu. Partant de ces principes, nous pouvons considérer qu’« un droit qui est reconnu en dépit d'une prescription religieuse est *harâm* (religieusement interdit)... »⁵. C'est donc une sanction religieuse, d'ordre métaphysique qui est encourue lorsqu'un jugement rendu par erreur n'est pas révoqué.

⁵ E. TYAN, *L'autorité de la chose jugée en droit musulman*, Studia Islamica, 1962, pp. 81 et s., spéc., p.82 ; N. BEN AMMOU, *Le pouvoir de contrôle de la Cour de cassation*, C. P. U., Tunis, 2021, p. 19.

« Tel n'est pas le cas du droit moderne de la cassation élaboré en dehors de toute considération d'ordre religieux »⁶.

Quant aux fondements juridiques, les califes recommandaient à ceux qu'ils nommaient, dans l'exercice de leur office, de se rétracter s'ils ressentaient que leur jugement était erroné ou injuste. C'est ainsi qu'apparaissent, dans la lettre du calife « *Omar Ibn El khattab* » les recommandations suivantes à l'adresse des juges qu'il nommait : « ...Si tu rends tel jugement hier et qu'aujourd'hui la réflexion t'ait fait changer justement d'avis, ton premier jugement ne doit pas t'empêcher de te rétracter : car la justice passe avant tout, et mieux vaut se rétracter que de persévérer dans l'erreur ».

L'idée fondamentale qui ressort de cet extrait est celle de la suprématie du droit : « le droit doit toujours prévaloir »⁷.

2- Le régime de la révocabilité

Pour être révocables, les décisions de justice doivent contenir l'un au moins des vices retenus par la doctrine. En effet, quatre situations se présentent : l'erreur de droit (1°), les vices de motivation (2°), les déficiences des qualités personnelles du juge (3°), et l'appel à l'équité (4°).

⁶ Bien au contraire, on a pu affirmer qu'en France, où la cassation moderne puise son origine, cette institution était au départ purement politique en ce sens qu'elle consistait à protéger le pouvoir législatif du roi.

⁷ **N. BEN AMMOU**, *Le pouvoir de contrôle de la Cour de cassation*, C. P. U., Tunis, 2021, p. 19.

1°- L'erreur de droit

Les juristes musulmans sont unanimes pour admettre l'obligation de déclarer nul le jugement fondé sur une erreur de droit (*khata'*). Cependant, seuls les jugements violant les règles unanimes peuvent être révoqués. Donc les jugements conformes à des règles tirées d'opinions controversées sont irrévocables. Ces règles sont appelées *mujtahadât* c'est-à-dire tirées d'un *ijtihad*, lequel est la recherche de la loi en l'absence de texte clair.

2°- Les vices de motivation

Il s'agit essentiellement de deux hypothèses. La première consiste dans la révocabilité de la décision rendue sans référence à une règle précise. La deuxième hypothèse de révocabilité pour vices de motivation est celle de la nullité des jugements fondés sur les connaissances personnelles du juge⁸.

3°- Les causes de nullité tenant aux déficiences des qualités personnelles du juge

Le droit musulman ouvre plus largement la porte aux considérations morales. Ils posent en principe qu'il existe trois sortes de juges :

1/ le juge savant et juste, qui ne commet pas d'erreur de droit, mais peut commettre des erreurs de fait, et ses jugements sont révocables pour erreur de fait.

⁸ N. BEN AMMOU, *op. cit.*, p. 23.

2/ le juge ignorant et juste, qui commet des erreurs de droit et dont les jugements peuvent être révoqués pour erreur de droit, ce qui en principe ne devrait pas exclure les révocations pour erreur de fait, comme dans le premier cas.

3/ le juge inique, dont les jugements sont révocables pour iniquité, partialité, etc...

4°-L'appel à l'équité

Il y a unanimité pour admettre que l'Emir (le prince) ou le Khalife est dépositaire du droit de juger. Il peut donc juger en équité. Le prince peut donc être saisi par la plainte d'un particulier, qui s'adresse alors au tribunal des injustices (*maḥkama al-mazālim*). Il peut casser un jugement prononcé, et même révoquer le juge qui en est à l'origine. Les malékites lui imposent de consulter les juristes compétents.

On constate au terme de cet exposé l'existence d'une parenté entre la révocabilité des jugements en droit musulman et la cassation dans les droits modernes. L'une et l'autre interviennent en effet pour sanctionner les erreurs de droit à l'exclusion des erreurs de fait. Le droit musulman se démarque, toutefois, des droits modernes lorsqu'il inclut dans les causes de nullité des vices extrinsèques aux jugements. « Ces vices ne sont certes pas ignorés par le droit positif. Mais cette dernière réserve à ceux qu'il consacre des voies de recours indépendantes du pourvoi en cassation, même s'il attribue, parfois, compétence pour en connaître à la Haute juridiction. C'est là un point de divergence qui fait apparaître

que le domaine de la révocation semble plus large que celui de la cassation »⁹.

2- La procédure de la révocation

La révocation des jugements exigeait que soit exercée une action, ou plus exactement un recours dirigé contre un jugement. L'exercice d'un tel recours n'est soumis à aucun délai¹⁰. Les jugements restent menacés dans leur autorité indéfiniment. Cet état des choses a pu donner lieu à des abus de la part des plaideurs qui n'hésitaient pas à remettre en cause ce qui a été précédemment jugé.

Les jugements peuvent être révoqués aussi bien par :

- Les juges qui les ont rendus en cas d'erreur évidente et manifeste¹¹.
- Par un autre juge. Le second juge saisi est d'un rang hiérarchiquement supérieur. C'était le *Qadhi Al Jamâa* (*Qadhi* de la Communauté) qui avait compétence pour "inspecter ses *Qadhis* (subalternes) et ses délégués en contrôlant leurs jugements et en surveillant leur conduite¹².
- Le révocation par le Khalife (chef de la communauté). Véritable détenteur du pouvoir judiciaire dans un système de justice retenue, le khalife pouvait exercer son pouvoir de contrôle des jugements, soit au

⁹ N. BEN AMMOU, *op. cit.*, p. 31.

¹⁰ IBN ABIDINE, *Radd al Muhtar*, IV, 326 ;

¹¹ E. TYAN, *L'autorité de la chose jugée en droit musulman*, p. 84.

¹² E. TYAN, *L'autorité de la chose jugée en droit musulman*, p. 86 ; N. BEN AMMOU, *op. cit.*, p. 34.

moyen d'une évocation d'office, soit au moyen d'un recours direct exercé par les particuliers¹³.

Dans l'exercice de ce contrôle, le chef de la communauté pouvait réunir les *fuqaha* afin d'examiner la conformité au droit d'un jugement rendu, soit par l'un des juges relevant de sa compétence territoriale, soit d'un juge qui n'en relève pas. Les *fuqaha* réunis pouvaient, alors, confirmer ou infirmer le jugement attaqué ou encore avoir des opinions divergentes. Dans ce cas, ils en référaient au chef de la communauté qui devait trancher¹⁴.

Au terme de ce paragraphe, on constate que la rigueur dans la réglementation du régime de la révocabilité des jugements contraste avec le manque de rigueur, voire le laxisme dans l'organisation des délais, de la procédure et de l'organe chargé de la mettre en œuvre. « Si bien que la comparaison entre cette voie de recours et la cassation moderne semble devoir s'arrêter au point des ressemblances entre les ouvertures de l'une et de l'autre. Les liens existants entre la cassation moderne et le système musulman de la révocabilité des jugements sont,

¹³ E. TYAN, *L'autorité de la chose jugée en droit musulman*, p. 89.

¹⁴ Cette pratique fut institutionnalisée en Tunisie sous les Hafside. Il y avait en effet le Conseil sultanien des Ulémas composé de muftis, qui se réunissait chaque semaine sous la présidence du souverain afin d'examiner les causes les plus délicates.

La même institution se retrouve sous les Turcs. Le Conseil des Ulémas était présidé par le souverain. Il était composé du *Qadhi* hanafite et de son suppléant malékite', des muftis et du syndic des chérif (*naquib al achraf*). Il se réunissait chaque jeudi et examinait les causes les plus importantes ou les plus épineuses en vue de décisions incontestées. Aucune restriction n'était imposée quant à la saisine du Conseil. Tout justiciable pouvait y faire déférer un procès ressortissant à la juridiction du *Qadhi*'. Mais tout comme son prédécesseur hafside, le Conseil des Ulémas sous les Turcs n'avait pas pour unique mission le contrôle des jugements afin d'en révoquer ceux qui étaient contraires au droit. Il était surtout un moyen supplémentaire de justice directe du souverain.

par conséquent, trop lâches et trop timides quant à leur domaine pour permettre de conclure à une quelconque parenté entre la première et la seconde »¹⁵.

§ 2 : Le Conseil suprême de la constitution de 1861¹⁶

Souverain très ouvert aux idées occidentales, S.A. Mohamed Sadok Bey institua une commission chargée de mettre sur pied une Constitution de l'Etat tunisien à l'effet de régler les rapports du souverain avec son peuple. Cette Constitution fut promulguée le 26 avril 1861¹⁷. Elle marqua la transformation de la monarchie absolue en monarchie libérale. En effet, le bey abdiqua une partie de sa souveraineté et il soumet dès lors l'exercice de ses pouvoirs à des formalités. L'une de ces formalités restrictives de l'exercice du pouvoir des beys a consisté spécialement dans la création par la Constitution de 1861 d'un Conseil suprême. La doctrine s'accorde à considérer le Conseil suprême comme étant l'ancêtre direct de l'actuelle Cour de cassation¹⁸. L'examen de la nature de cet organe (A), aussi bien que

¹⁵ N. BEN AMMOU, *op. cit.*, p. 36.

¹⁶ Après la Constitution de Carthage qui fut l'une des premières constitutions de l'histoire de l'humanité, la Tunisie a, encore une fois, été pionnière en la matière, parmi les pays arabes, notamment en se dotant d'un Pacte fondamental en 1857 puis d'une Constitution en 1861.

¹⁷ Non sans avoir été soumise au préalable à Napoléon III qui, au cours d'une entrevue que l'empereur eut à Alger avec Mohamed Sadok Bey, en approuva hautement les termes et le libéralisme qui l'inspirait. V. V. SILVERA, « Le Régime Constitutionnel de la Tunisie LA CONSTITUTION DU 1^{er} JUIN 1959 », Revue française de science politique, 10^e année, n°2, 1960. pp. 366-394 ; La version intégrale de la Constitution de 1861 est disponible sur le lien suivant :

https://www.justice.gov.tn/fileadmin/medias/ministere/musee/repertoire_musee/Epoque_hussinite_avant_l_occupation_1705_-_1881_/Constitution_1861_fr.pdf

¹⁸ N. BEN AMMOU, *op. cit.*, p. 37 et 38.

celle des recours qui pouvaient lui être porté (B), démontrera cette idée¹⁹.

A- La nature du Conseil suprême

Le Conseil suprême n'était pas uniquement une haute juridiction dont sa compétence se rapproche d'une Cour de cassation (a). Il était en même temps une sorte de Parlement et d'une Cour constitutionnelle²⁰. C'est ce qui explique la spécificité de sa composition lorsqu'il devait être saisi d'un recours (b).

1- La compétence du Conseil suprême

L'apport principal de la constitution de 1861 était de soumettre l'exercice des compétences aux procédés de contrôle ; en ce sens que l'autorité la moins inférieure était soumise à l'autorité qui lui était supérieure²¹.

En effet, parmi les principales dispositions de la Constitution de 1861 c'est la création des tribunaux de première instance et des tribunaux d'appel, ainsi qu'une formation au sein du Conseil suprême disposant des attributions dévolues à une Cour de cassation.

¹⁹ **M LAJMI**, « La juridiction de Cassation : Approche historique et analytique », Revue de Jurisprudence et de la législation, Année 51, n° 9, novembre 2002, pp. 11-39, spéc. p. 23. (En arabe)

²⁰ Entre autres attributions, le Conseil suprême était le gardien de la Constitution dont il devait assurer le maintien et le respect. A ce titre, le Conseil suprême pouvait prononcer la déchéance du bey pour violation de la Constitution. Concurrément avec le bey, le Conseil suprême avait d'autre part l'initiative des lois, mais celles-ci n'étaient parfaites que par l'homologation beylicale.

²¹ **B. KARRAY**, L'administration tunisienne dans la constitution du 26 avril 1861, spt. 2020, Disponible sur le lien suivant : <file:///C:/Users/MACBOOK/Downloads/LAdministrationdanslaconstitutionde1861.Const.1861.pdf>

C'est ainsi que la Constitution de 1861 a créé un tribunal de police correctionnelle chargé de juger les contraventions de simple police²², un tribunal civil et criminel²³, un tribunal de commerce et un conseil de guerre compétent dans les affaires militaires.

Le Tribunal de révision prévu par l'article 24 était une juridiction d'appel compétente pour connaître des recours formés contre les jugements rendus par le tribunal civil et criminel et le tribunal de commerce.

Au sommet de cette hiérarchie figurait le Conseil suprême dont le rôle était défini par l'article 60 de la constitution. En effet, d'après l'alinéa 1^{er} de ce texte, "Le Conseil suprême est le gardien du Pacte fondamental et des lois, et le défenseur des droits des habitants. Il s'oppose à la promulgation des lois qui seraient contraires ou qui porteraient atteinte aux principes de la loi, à l'inégalité des habitants devant la loi et aux principes de l'inamovibilité de la magistrature, excepté dans le cas de destitution pour un crime commis et établi devant le tribunal".

Ainsi, à côté de sa mission de gardien de la constitution, le Conseil suprême cumulait celle de gardien des lois et jouait à ce titre le rôle d'une Cour de cassation. Cependant, sa mission de sauvegarde était limitée aux lois pénales. L'alinéa 2 de l'article 60 prévoyait, en effet, que le Conseil suprême : « connaîtra des recours contre les arrêts rendus par le tribunal de révision en matière criminelle, et examinera si la loi a

²² Art. 22.

²³ Art. 23.

été bien appliquée ... ». L'appel demeurait, par conséquent, l'unique voie de recours possible en matières civile et commerciale. « Cette solution contraste à l'évidence avec celle prévue par le droit moderne qui donne compétence à la Cour de cassation pour connaître des pourvois dirigés contre les décisions en dernier ressort sans distinction entre affaires civiles et affaire pénales »²⁴.

Gardien des lois, le Conseil suprême devait donc en garantir la correcte application. Il était, par conséquent, appelé à juger le droit sans pouvoir apprécier les faits. Dans cet ordre d'idées, il procédait en cas de violation de la loi ou de la procédure, au renvoi de l'affaire devant le tribunal de révision²⁵.

Cependant, chaque fois qu'il était question d'un second pourvoi ayant pour objet un arrêt conforme au premier, le Conseil suprême statuait lui-même définitivement sur le conflit²⁶.

2- La Composition du Conseil suprême

L'article 61 de la constitution disposait qu'« en cas de recours contre un arrêt rendu par le tribunal de révision en matière criminelle, le Conseil suprême choisira dans son sein une commission composée

²⁴ N. BEN AMMOU, *op. cit.*, p. 39.

²⁵ L'art. 61 § 1 de la Constitution de 1861 « En cas de recours contre un arrêt rendu par le tribunal de révision en matière criminelle, le Conseil suprême choisira dans son sein une commission ... pour examiner si la loi n'a pas été violée. Lorsque cette commission aura constaté que la procédure a été observée et que la loi a été bien appliquée, elle confirmera l'arrêt attaqué et la partie n'aura plus de moyens à faire valoir. Si, au contraire, la Commission reconnaît que l'arrêt n'a pas été rendu conformément à la loi ou à la procédure, elle renverra l'affaire devant le tribunal de révision en lui signalant les défauts de l'arrêt ».

²⁶ L'art. 61 § 2 de la Constitution de 1861 : « Si, après ce renvoi, le tribunal de révision rend un arrêt conforme au premier, le Conseil suprême videra le conflit définitivement en se prononçant, à la majorité des voix, avec le concours de tous ses membres non légalement empêchés ».

de douze membres au moins pour examiner si la loi n'a pas été violée... ». La composition de cette commission reflète une double dépendance à l'égard de l'exécutif et du législatif. Elle consacre, en outre, l'idée que le contrôle des décisions de justice peut ne pas revenir à des magistrats professionnels.

Le Conseil suprême était composé de soixante membres ; les deux tiers parmi les notables du pays et le reste parmi les ministres et les fonctionnaires du gouvernement²⁷. Aucune disposition de la constitution n'exigeait que les membres de la commission des recours fussent être en tout ou en partie choisis parmi les juristes et encore moins parmi les magistrats professionnels²⁸. Contrairement donc à la Cour de cassation, le contrôle de l'application de la loi pouvait appartenir à des non-juristes.

C'est la raison pour laquelle le Professeur N. BEN AMMOU considère que : « le Conseil suprême ressemble en réalité davantage à la Chambre des Lords anglaise qu'à la Cour de cassation française »²⁹.

B- La nature du recours devant le Conseil suprême

Le concept de « cassation » n'a été consacré par aucun texte de la constitution dans son chapitre relatif aux attributions du Conseil

²⁷ Dans un premier temps, lors de l'installation du Conseil, il revenait au Bey d'en choisir les membres. Ce dernier devait perdre ce pouvoir à mesure du renouvellement des membres notables, mais il le conservait entier pour le renouvellement des membres ministres et fonctionnaires d'une part, et pour la désignation des président et vice-président d'autre part.

²⁸ N. BEN AMMOU, *op. cit.*, p. 41 ; H. CHEKIR, « Les sources d'inspiration de la Constitution tunisienne de 1861 », in *Le choc colonial et l'islam*, Sous la direction de P. LUIZARD, éd. La découverte 2006, coll. « TAP/HIST Contemporaine, pp. 71-88.

²⁹ N. BEN AMMOU, *op. cit.*, p. 41.

suprême (chapitre VII). Mais l'utilisation des concepts de "violation de la loi" et de "renvoi" ne laisse aucun doute sur l'adoption du système de la cassation par le législateur de 1861³⁰.

Qu'en est-il des ouvertures ?

L'article 61 de la constitution de 1861 disposait : « En cas de recours contre un arrêt rendu par le tribunal de révision en matière criminelle, le Conseil suprême choisira dans son sein une commission composée de douze membres au moins pour *examiner si la loi n'a pas été violée*. Lorsque cette commission aura constaté que la procédure a été observée et que la loi a été bien appliquée, elle confirmera l'arrêt attaqué et la partie n'aura plus de moyens à faire valoir. Si, au contraire, la Commission reconnaît que *l'arrêt n'a pas été rendu conformément à la loi ou à la procédure*, elle renverra l'affaire devant le tribunal de révision en lui signalant les défauts de l'arrêt.

Si, après ce renvoi, le tribunal de révision rend un arrêt conforme au premier, le Conseil suprême videra le conflit définitivement en se

³⁰ **M. LEJMI**, *op. cit.*, p. 25 ; *Contra*, **N. BEN AMMOU**, *op. cit.*, p. 42 : « Si nous ne pouvons que convenir de l'existence de l'emprunt fait aux techniques de cassation, nous nous devons, en revanche, d'en relever le caractère fort limité. Quatre données permettront de s'en convaincre :
1° - S'il est vrai que le renvoi après cassation était consacré, la cassation sans renvoi n'était pas, contrairement aux règles du droit moderne, l'exception au principe.
2°- Si la solution était clairement posée lorsque le second recours avait pour objet un arrêt conforme à la première décision censurée, rien n'était dit en cas de recours contre un arrêt non conforme et jusqu'où la succession des renvois et des pourvois devait s'arrêter.
3°- Aucune exigence de délai n'avait paru nécessaire, ce qui ne faisait que perpétuer l'une des graves défaillances du système musulman de contrôle des jugements'.
4°- Enfin, aucune technique d'unification de la jurisprudence n'était prévue, à cause de la vision étriquée du domaine de la compétence du conseil suprême ».

prononçant, à la majorité des voix, avec le concours de tous ses membres non légalement empêchés.»

Ainsi, l'article susmentionné prévoyait deux ouvertures : *la mauvaise application de la loi et la violation de la procédure*. L'ouverture pour fausse interprétation n'était pas expressément consacrée par ce texte. On ne manquera pas toutefois de remarquer l'existence de la formule générique de « violation de la loi » qui, largement interprétée, permet d'établir la consécration implicite de cette ouverture³¹.

Une telle déduction ne paraît pas, cependant, conforme aux textes de la constitution. L'article 63 insistait sur le fait que l'interprétation de la loi était du ressort exclusif du Conseil suprême dans sa composition plénière. Elle n'appartenait pas à la commission des recours qui faisait pourtant corps avec lui étant donné la mission ponctuelle dont elle était chargée³².

Les historiens relèvent, cependant, que la liste des notables désignés membres du Conseil suprême est formée presque exclusivement des personnalités nées à l'étranger, consacrant ainsi un

³¹ N. BEN AMMOU, *op. cit.*,

³² L'article 63 de la Constitution de 1861 : « Les affaires qui ne peuvent être décidées qu'après avoir été proposées au Conseil suprême, discutées en son sein, examinées si elles sont conformes aux lois, avantageuses pour le pays et les habitants, et approuvées par la majorité de ses membres sont : la promulgation d'une nouvelle loi ; l'augmentation ou la diminution dans les impôts ; l'abrogation d'une loi par une autre plus utile ; l'augmentation ou la diminution dans la solde ; le règlement de toutes les dépenses ; l'augmentation des forces de terre et de mer et du matériel de guerre ; l'introduction d'une nouvelle industrie et de toute chose nouvelle ; la destitution d'un fonctionnaire de l'État qui aura mérité cette peine pour un crime commis et jugé ; la solution des différends qui pourrait s'élever entre les employés pour cause de service, et des questions non prévus par le Code ; l'explication du texte des codes ; l'application de leurs dispositions en cas de différends ; et l'envoi de troupes pour une expédition dans le royaume.

monopole oligarchique sur la vie politique. C'est pourquoi, la Constitution a été mal accueillie par la population accablée par la hausse des impôts. Aussi, la montée des dépenses publiques engendrées par les nouvelles institutions, aggravées par des détournements de fonds, entraînera quelques années plus tard la révolte populaire de 1864 dirigée par *Ali ben Ghdahom*, qui donnera au bey le prétexte tant attendu pour suspendre le fonctionnement du Conseil suprême et reprendre son pouvoir absolu³³.

La suspension de la Constitution allait restituer au Bey le pouvoir judiciaire qu'il exercera conformément au modèle antérieur aux réformes.

A la veille du Protectorat, l'organisation judiciaire était donc composée d'une justice religieuse (*Charaa; Mejless malékite et Mejless hanafite* à Tunis ; *Qadhi* ou *Mejless* en province)", d'une justice laïque ; les Caïds en province, compétents au civil et au pénal, et *l'Ouzara* à Tunis, qui "n'était autre qu'un bureau administratif préparant les décisions du Bey". Aucune institution n'était par conséquent appelée à jouer le rôle de juge du droit³⁴.

Telle était l'organisation judiciaire dans laquelle se trouvait la Tunisie au moment de l'intervention française.

³³ M. LEJMI, *op. cit.*, p. 27.

³⁴ N. BEN AMMOU, *op. cit.*, p. 44.

Deuxième partie : La période du protectorat

A la diversité des ordres juridiques qui ont coexisté sous le protectorat, correspondait une diversité dans les ordres juridictionnels. Ainsi, les tribunaux charaïques appliquaient le droit musulman, les tribunaux rabbiniques le droit mosaïque, les tribunaux séculiers tunisiens les codes modernes, et, enfin, les tribunaux français de Tunisie le droit français ou la loi désignée par la règle de conflit française. Il ne pouvait, à l'évidence, y avoir dans ces conditions, une juridiction suprême unique dont le rôle eût été l'unification jurisprudentielle de droits. Seule donc restait possible la solution qui consiste à prévoir pour chaque ordre juridictionnel et juridique un système ou un organe de contrôle³⁵. C'est ce qui fut fait la justice religieuse (§1) et la justice séculière (§ 2) chacune fut dotée d'un système de contrôle.

§1 - La justice religieuse

Le législateur colonial a doté aussi bien la justice rabbinique (A) que la justice musulmane (B) d'un recours en cassation.

A- La justice rabbinique

Le décret du 28 novembre 1898 réorganisant la justice rabbinique³⁶ prévoyait dans son article 24 que « les jugements du

³⁵ I. ABDELHAK, « Histoire de la fonction de juge et de l'apparition de la Cour de cassation en Tunisie », Disponible sur : <https://www.ahjucaf.org/histoire-de-la-cour-de-cassation-de-tunisie#37>

³⁶ Le tribunal rabbinique avait été institué par décret beylical du 28 novembre 1898 et complété par celui du 28 mars 1922. Cette juridiction, essentiellement religieuse, avait son siège à Tunis et sa compétence s'étendait à tout le territoire de la Régence. Le tribunal était composé d'un président (le Grand Rabbin), d'un vice-président, de six juges, d'un greffier en chef et de deux

tribunal rabbinique sont définitifs et sans recours ». L'alinéa 2 du même article ajoutait : « toutefois, ils peuvent être cassés par nous (le Bey) et renvoyés devant la juridiction compétente, soit d'office, soit à la demande de la partie succombante, pour incompétence ou s'ils ont été rendus sur un titre dont la fausseté a été ensuite reconnue ou sur une cause inexistante, ou s'ils se fondent uniquement sur une erreur matérielle portant sur l'objet de la contestation ou sur la personne de l'une des parties... ».

B- La justice musulmane

La justice était rendue soit par un juge unique : le Cadhi, soit par la juridiction plurale : le *mejless*. Les décisions du Cadhi aussi bien que celle du *Mejless* étaient définitive et n'étaient susceptible que de cassation. En effet le code de procédure charaïque promulgué par le décret du 2 septembre 1948 a institué pour tout le territoire tunisien deux chambres de cassation représentant les deux rites.

La compétence des deux chambres de cassation s'étendait à toutes les affaires rendues soit par les *Mejless* soit par les Cadhi et qui ont fait l'objet de pourvois en cassation. Les chambres de cassation étaient présidées chacune par un cheikh el-islam et comprenaient chacune trois membres.

Le code susvisé a prévu des dispositions qui rappelle celles qui régissent les pourvois en cassation. C'est ainsi que le pourvoi était

commis-greffiers. Tous ces magistrats, qui étaient nommés par décret, sur la proposition du premier ministre, ont été désignés, par la suite, sur concours régulier. Ils devaient être âgés de 35 ans au moins et de 70 ans au plus.

déclaré irrecevable si son auteur n'en fournit pas les moyens. En cas d'admission du pourvoi l'affaire était renvoyée, soit devant la même juridiction autrement composée, soit devant une autre juridiction compétente³⁷.

Signalons enfin, que suivant l'article 8 du décret du 2 septembre 1948 relatif au procédure de cassation devant les tribunaux de *charaâ*, le ministre de la justice tunisienne avait la faculté d'évoquer et de renvoyer devant la chambre de cassation du rite compétent, les affaires concernant les incapables et les *habous*³⁸ s'il estimait qu'elle n'avait pas l'objet d'une saine application de la loi.

§ 2 - La justice séculière

Le décret du 18 mars 1896 avait institué la procédure d'évocation (1), développée par le Code de procédure civile de 1910 et les textes ultérieurs (2).

³⁷N. BEN AMMOU, *op. cit.*, p. 47.

³⁸ Le *habous* (en arabe : الحبوس) est une institution du droit musulman d'après laquelle le propriétaire du bien le rend inaliénable pour en affecter la jouissance au profit d'une œuvre pieuse ou d'utilité générale, immédiatement ou à l'extinction de dévolutaires intermédiaires qu'il désigne. Le *habous* peut être un bien mobilier ou immobilier, il peut s'agir d'une récolte, ou d'un débit horaire de l'eau d'une source, etc. Les *habous* peuvent être classifiés en trois types : publics, privés ou mixtes. Le terme "habous" est essentiellement utilisé dans le Maghreb et est synonyme du *waqf* dans le Moyen orient. V. I. SURUN (sous la dir), *Les sociétés coloniales à l'âge des Empires (1850-1960)*, Atlante, 2012, p. 334.

1- Le décret du 18 mars 1896

Le décret du 18 mars 1896 a développé une autre forme de pourvoi en cassation auprès des tribunaux séculiers tunisiens, et ce à travers la procédure d'évocation devant des juridictions d'appel.

Composée avant le protectorat de la juridiction des *Caïds* et de *l'Ouzara* à Tunis, le décret du 18 mars 1896 créa des tribunaux régionaux d'appel à Gabès, Gafsa et Sfax à compétence civile et pénale (échelon intermédiaire entre les *Caïds* et *l'Ouzara*).

L'article 39 dudit décret prévoyait : « Notre premier ministre pourra toujours évoquer d'office, devant le Tribunal de *l'Ouzara*, toute affaire en cours d'instance de la compétence des tribunaux de province. Il pourra aussi déférer à *l'Ouzaraa* pour incompetence, abus de pouvoir, fausse application ou violation de la loi, ou encore pour erreur manifeste tout jugement des mêmes tribunaux, même s'il est passé en force de chose jugée ou a été exécuté »

Il s'agirait là le « premier texte postérieur à la suspension de la Constitution de 1861 dans lequel on trouve une trace du pourvoi en cassation »³⁹. Cependant, « le caractère discrétionnaire de cette procédure, et l'exercice de son monopole par le pouvoir exécutif ainsi

³⁹ M. BEN SLAMA, « A propos la Cour de cassation », *Revue de la jurisprudence et de la législation*, 1975, p. 78. (En arabe)

que l'absence totale de délais l'éloignait inexorablement de la cassation dans son acception moderne »⁴⁰.

Les cas d'ouvertures qui sont prévus rappellent certes le pourvoi en cassation, mais il ne s'agit là que d'apparence : « L'évocation n'a pas la même nature que la cassation dans son acception moderne. Elle n'était rien d'autre que la manifestation du pouvoir du Bey de contrôler les décisions de justice en tant que chef de la communauté. Le caractère discrétionnaire qui marquait l'exercice de ce recours, l'exclusivité de cet exercice reconnu au premier ministre et, enfin, l'absence de toute condition de délai sont autant d'indices qui confirment ce point de vue »⁴¹.

2- Le code de procédure civile de 1910

Avant le code de procédure civile de 1910, c'était le premier ministre qui évoquait l'affaire devant le tribunal de *l'Ouzaraa* pour incompétence, abus de pouvoir, fausse application de la loi ou erreur manifeste.

Avec le code de 1910, le pourvoi en révision pouvait être formé par les parties intéressées devant une commission des Requêtes composée du ministre la plume (devenu magistrat de nationalité française en vertu de la réforme de 1921) et de deux présidents de chambre n'ayant pas connu du procès. L'admission du pourvoi avait

⁴⁰ **I. ABDELHAK**, « Histoire de la fonction de juge et de l'apparition de la Cour de cassation en Tunisie », Disponible sur : <https://www.ahjucaf.org/histoire-de-la-cour-de-cassation-de-tunisie#37>

⁴¹ **N. BEN AMMOU**, *op. cit.*, p. 49 ; Dans le même sens, **M. LEJMI**, *op. cit.*, p. 29.

pour résultat de faire renvoyer l'affaire devant une chambre de *l'Ouzaraa*.

La chambre des requêtes est une véritable juridiction rendant des affaires. Elle était saisie après épuisement des recours ordinaires soit par la partie succombante, soit d'office par le Directeur des services judiciaires. Elle se composait d'un président nommé par décret et de deux membres pris occasionnellement parmi les présidents de chambre. Le Directeur des services judiciaires était ministre public (également magistrat) et donnait des conclusions écrites. Elle statuait sur toutes les décisions définitives qui lui était déférées, tant au civil qu'au pénal selon des délais fixés par l'article 103. Soit en rejetant le pourvoi, soit en renvoyant l'affaire devant une juridiction autrement composée que celle qui avait rendu la décision objet du renvoi. Ainsi la chambre des requêtes, véritable Cour de cassation, assurait par un contrôle de fait et de droit la réparation des erreurs⁴², ainsi que le règlement de juges et de la prise à partie.

La commission des requêtes devenue en 1945 Chambre des requêtes n'a jamais reçu pour mission celle d'unifier l'interprétation juridique. C'est au comblement de cette lacune que dut s'attacher le législateur de l'indépendance.

⁴² V. *Contra* N. BEN AMMOU, *op. cit.*, p. 53 : « Le système n'est plus celui de l'évocation institué en 1896 et repris en partie en 1910. Ce n'est pas non plus le système de la cassation proprement dite. C'est un système à cheval entre celle-ci et celle-là et qu'on pourrait appeler "l'évocation-cassation" ou encore la "révision-cassation"; celle-ci s'appliquant mieux à la procédure pénale. ».

il est à préciser que la Cour de Cassation ,était présidé par un juge Français ,et ce jusqu'à 18 jull 1947 ,la date de nomination d'un juge Tunisien , jusqu'à nos nos jours.

Troisième partie : la période de l'indépendance

L'organisation judiciaire de la Tunisie indépendante a été marquée par deux période, à savoir la période de l'autonomie interne (§ 1) et celle de l'indépendance totale (§ 2).

§1- La période de l'autonomie interne

Les mesures de l'unification de la justice dans le cadre l'autonomie interne n'apportèrent à l'organisation judiciaire que des réformes de détail qui n'ont pas touché le droit de la cassation. A vrai dire cette unification s'est faite dans cette période en deux étapes :

-La première fut la convention tuniso-française du 3 juin 1955, conclue dans le cadre de l'autonomie interne de la Tunisie. L'article 1^{er} de cette convention partageait la compétence entre juridiction tunisienne et française uniquement sur le critère de la nationalité des parties, abandonnant ainsi les attributions de compétence exclusive aux juridictions françaises.

-La deuxième étape fut inaugurer par le décret du 3 aout 1956 qui a transféré toutes les compétences des tribunaux charaïques aux juridictions de droit commun. Ce décret fut complété par les décrets du 25 septembre 1956, du 25 octobre 1956 et du 24 juin 1956, tous pris

pour réorganiser la justice : suppression des tribunaux religieux, changement d'appellation des tribunaux régionaux en tribunaux de première instance et création de trois cours d'appel à Tunis, Sousse et Sfax.

Le législateur de 1956 modifia, d'un autre côté, l'intitulé de la section du code de procédure civile de 1910 consacrée à l'évocation abandonnant cette appellation au profit de celle de "cassation". Les articles 103 et 105 furent en conséquence modifiés. C'est devant la Cour de cassation, et non devant la Chambres des requêtes de *l'Ouzara* que l'on pourra désormais se pourvoir en cassation⁴³.

§ 2-La période de l'indépendance totale

L'unification de la Justice est parachevée en même temps qu'est établie la pleine entière souveraineté tunisienne le 25 juillet 1957. L'adoption du Code de procédure civile et commerciale en 1959 était la consécration de cette unification⁴⁴.

Promulgué par une loi du 5 octobre 1959 qui en a prévu l'entrée en vigueur au 1 janvier 1960, le Code de procédure civile et commerciale est le premier texte dans l'histoire juridique de la Tunisie à organiser un pourvoi en cassation et à concevoir le rôle de la Cour de

⁴³ N. BEN AMMOU, *op. cit.*, p. 55.

⁴⁴ L'article 2 du Code de procédure civile et commerciale consacre la plénitude de juridiction des tribunaux tunisiens et règlemente leurs compétences internationales. Les juridictions tunisiennes : « connaissent de toutes les contestations visées à l'article précédent entre toutes personnes résidant en Tunisie, quelle que soit leur nationalité ». De même, les articles 2 et 3 du Code de procédure pénale déclarent les lois tunisiennes applicables à toutes les infractions commises en Tunisie et attribuent compétence aux tribunaux tunisiens pour connaître de ces infractions, quelle que soit la nationalité des parties.

cassation dans une optique moderne. Dans un chapitre IV d'un titre IV réservé aux voies de recours, le législateur traite de la cassation en vingt-trois articles, répartis en trois sections réservées successivement aux ouvertures⁴⁵, aux parties et à la procédure.

Si le Code de procédure civile et commerciale a mis sur pied une cour suprême juge du droit, il n'a réorganisé la Cour de cassation que dans sa compétence civile. En matière pénale, il faut attendre le Code de procédure pénale du 24 août 1968 pour qu'un parallèle presque parfait puisse être établi entre la compétence civile et la compétence pénale de la Cour de cassation⁴⁶.

« La haute juridiction vit enfin ainsi les contours de son contrôle dessinés par la loi, mais il revint souvent à la jurisprudence, au fur et à

⁴⁵ L'article 175 du Code de procédure civile et commerciale : « Le recours en cassation n'est ouvert contre les jugements rendus en dernier ressort que dans les cas suivants :

1-Si le jugement contient une violation de la loi ou s'il a été rendu à la suite d'une erreur dans l'application ou l'interprétation de la loi ;

2-Si le tribunal qui l'a rendu était incompétent ;

3-S'il y a eu excès de pouvoir ;

4-Si les formes prescrites à peine de nullité ou de déchéance, au cours de la procédure ou dans le jugement, n'ont pas été respectées ;

5-S'il y a contrariété de jugements rendus en dernier ressort entre les mêmes parties, sur le même objet et pour la même cause ;

6-S'il a été statué sur des choses non demandées, ou sur plus qu'il n'a été demandé, ou si la décision d'appel a négligé de statuer sur les prétentions déjà jugées par le premier juge ou si dans le même jugement il y a des dispositions contraires ;

7-Si un incapable a été condamné sans qu'il fût régulièrement représenté, s'il a été manifestement mal défendu et que cela ait été la cause principale ou unique du jugement ainsi rendu ».

⁴⁶ Parallèlement à la création et à l'organisation d'une Cour de cassation moderne, était entreprise une profonde réorganisation de la justice tunisienne dans le sens de la décentralisation, de l'élévation du niveau des magistrats et des auxiliaires de justice, de l'unification du barreau tunisien (Loi n° 37 du 15 mars 1958 modifiée par la loi n° 14 du 27 mai 1963), de l'allègement des frais (Loi n° 135 du 14 octobre 1959 et le décret-loi n° 13 du 23 mars 1960) et d'une complète et rationnelle codification ; successivement furent promulgués : le Code de statut personnel (1956), le code de commerce MARITIME (1962), le code de Nationalité (1963), le code des droits réels (1965) ;

mesure de son évolution, d'en fixer les lignes de démarcation en insistant d'abord sur le fait que la cour de cassation n'est, en aucune manière, un troisième degré de juridiction, et en précisant enfin que la cassation est bien, et qu'elle doit le demeurer, une voie de recours tout à fait exceptionnelle »⁴⁷.

L'importance des réformes entreprises et l'ampleur des efforts consentis pour la modernisation du système judiciaire en général et de la juridiction de cassation plus particulièrement, depuis l'indépendance, reflètent la place de choix qu'occupe la justice en Tunisie.

N'est-il pas tunisien l'illustre IBN KHALDOUN⁴⁸ qui écrit que « la justice est le fondement de toute civilisation ».

⁴⁷ I. ABDELHAK, art. précit.

⁴⁸ IBN KHALDOUN (1332-1406), sociologue, enseignant et magistrat musulman, né en Tunisie.