

LA FONCTION UNIFICATRICE DE LA COUR DE CASSATION TUNISIENNE

par

M .L. HACHEM*

La plupart des systèmes juridiques qui se veulent ou se déclarent démocratiques accordent une importance cardinale au principe de la séparation des pouvoirs; ce principe est consacré dans les constitutions de ces Etats avec des divergences dues aux adaptations qui lui ont été faites; on retrouve difficilement ce principe dans sa formulation originale, celle de Montesquieu.

La cinquième République Française l'a consacré, tout en l'adoptant.....

La Constitution Tunisienne consacre dans son préambule le principe de la séparation des pouvoirs et organise les répartitions des fonctions entre les trois pouvoirs, savoir le législatif, l'exécutif et le judiciaire.

Le domaine de la loi, assez large dans la version initiale de la Constitution, s'est vu dernièrement réduit à certains domaines¹.

Article 34 - (nouveau)

Sont pris sous forme de lois les textes relatifs :

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

Les autres matières (article 35 nouveau) relèvent du pouvoir réglementaire.

Le pouvoir judiciaire n'a pas retenu autant l'attention des constituants : dans un chapitre IV intitulé « Le Pouvoir Judiciaire » l'assemblée constituante lui a consacré

* Professeur à la Faculté de droit et sciences politiques de Tunis – Avocat à la Cour de cassation

¹ Loi constitutionnelle n° 65.97 du 27.10.1997 JORT n°87 P.205354.

quatre articles (64 à 67) : les articles lui ont été consacrés mais ceci n'atténue nullement sa place dans l'ordre juridique tunisien : sa mission est de veiller au bon ordonnancement de la justice.

Il est construit sur le principe de deux ordres de juridictions : La justice administrative et les tribunaux judiciaires; ce système de la dualité de juridiction² est emprunté au système français³.

Le Tribunal administratif qui est une institution constitutionnelle, est juge de la légalité administrative lorsqu'il est saisi des recours pour excès de pouvoir dirigés contre « les actes des autorités administratives centrales et régionales, des collectivités publiques locales et des établissements publics à caractère administratif⁴ » et juge de cassation des jugements rendus par les chambres sur les litiges mettant en cause l'administration⁵.

L'ordre judiciaire est fondé sur le principe du double degré de juridiction et sur l'idée, moyennement juste de la distinction du fait du droit.

Les juges des faits sont les tribunaux cantonaux, les tribunaux de prud'homme et de première instance et les cours d'appel.

Le juge du droit est la Cour de cassation.

Cette distinction n'est pas toujours respectée : il y a souvent des cas où le fait est indissociable du droit comme il y a des cas où le juge ne peut s'abstenir de jeter un coup d'œil sur les faits⁶.

Mais le rôle officiel de la Cour de cassation est de contrôler les juges de fond dans l'application et l'interprétation de la loi ; mais encore faut-il définir ce qu'on entend par loi.

D'aucuns limitent la loi au texte posé par le législateur par le pouvoir réglementaire et le contrôle exercé par la Cour de cassation serait celui qu'avait le Tribunal de cassation de 1790, savoir « une sentinelle établie pour le maintien des lois⁷, le gardien du corps des lois⁸ où le policier désigné par le pouvoir législatif pour surveiller le judiciaire⁹; on dirait que la Cour de cassation est au service du législatif pour que la loi qu'il édicte (et seule la loi) soit toujours respectée.

² Art. 57 de la Constitution de 1959 devenu article 69 après la révision constitutionnelle du 8 avril 1976, la loi n°38 du 3 Juin 1996 a créé le Tribunal des conflits.

³ V. PERROT © Institutions judiciaires 5éd. 1993 n°369.

⁴ L'article 3 de la loi de 1972 portant création et organisation du Tribunal administratif a exclu tout recours pour excès de pouvoir contre les décrets à caractère réglementaire.

⁵ Sur l'œuvre jurisprudentielle du Tribunal administratif, v. ouvrage collectif sous la direction de M. Sadok BELAID C.E.R.P., 1990.

⁶ ROTONDI, considération en "fait et en droit" R.T. 1977 p.1 et s. ; JAHEL (s), du fait au droit et du droit au fait ; Rapport libanais in. L'interprétation faite par le juge des règles écrites. Trav. ass. Capitant T.XXIX 1978 p. 108 et s.

⁷ Prieur, Archives parlementaires, cités par MARTY.

⁸ J. BORE, la Cassation en matière civile – Sirey 1980 p.38.

⁹ PERELMAN (ch) Logique juridique, nouvelle rhétorique, 2éd Dalloz 1979 n°34;

P. REYNAUD, Préf. à la Cassation en matière civile par J. BORE Sirey p.1.

C'est d'ailleurs ce que prescrit l'article 175 de notre Code de procédure civile et commerciale.

Mais la Cour n'a pas que cette fonction; elle a une autre fonction plus importante et plus constructive, c'est celle de réaliser l'unité du droit qu'applique les tribunaux et cours de l'ordre judiciaire; l'unification du droit en matière administrative est du ressort du Tribunal administratif.

Dans sa mission unificatrice de la loi, la Cour de cassation se trouve au cœur de l'ordre juridique : elle veille à ce que cet ordre juridique ne comporte ni de lacunes ni de contradictions et à ce titre, on se permettra de soutenir que la jurisprudence est plus qu'une autorité¹⁰ ; elle est une source de droit¹¹. En outre le droit appliqué par les juges ne pouvait avoir autant de sens qu'il y a de tribunaux ; la mission de la Cour est donc d'unifier l'interprétation du droit et ce pour réaliser l'unité de l'ordre juridique. L'unification du droit est une garantie de l'égalité des justiciables voire de son affectivité.

Le législateur lui a donné les moyens de le faire.

Il l'a chargée d'exercer un contrôle sur les décisions des juges de fond visant à faire respecter la loi telle qu'il l'a conçue afin qu'elle garde sa pureté originelle : elle casse et renvoie et en cas de résistance des juges de renvoi une formation prestigieuse à la Cour imposera son point de vue. Cette même formation sera chargée de mettre fin, s'il y a lieu, aux divergences entre les chambres de la Cour de cassation.

Dotée de ces pouvoirs et avec des textes très rigoureux, la Cour de cassation devrait remplir convenablement sa fonction unificatrice de l'application et de l'interprétation de la loi (I) ; mais la persistance de la discordance entre les chambres à la Cour de cassation, les revirements de la Cour, font que la mission unificatrice n'est pas toujours assurée comme il est souhaité (II).

I- LA RIGUEUR DES TEXTES

Le législateur, maître et régulateur de l'ordonnement juridique de la société, tient à le demeurer même après la promulgation des lois qu'il édicte, il va charger une institution de l'Etat, la Cour de cassation de veiller sur son œuvre afin qu'elle soit toujours respectée et correctement interprétée.

Ce n'est qu'indirectement que la Cour de cassation se trouve chargée d'une mission unificatrice du droit.

Ainsi, la Cour de cassation va contrôler l'application de la loi par les juges de fond (A). Elle va être chargée, pour assurer toujours le respect de l'œuvre du législateur, d'unifier la jurisprudence soit à l'occasion de la résistance des juges de fond, soit en cas de divergence entre ses formations (B).

¹⁰ CARBONNIER Introduction Thémis n°148.

¹¹ MAURY Observations sur la jurisprudence en tant que source de droit Etudes RIPERT I p.18 et s.

A. *le Contrôle des juges de fond*

La répartition des compétences entre les juges de fond et de la Cour de cassation est fondée sur la distinction cardinale entre le fait et le droit ; et il est d'usage d'appeler les juges de fond, juge des faits, et la Cour de cassation, juge du droit¹² ; c'est ce qui explique que les cas d'ouverture du pourvoi en cassation sont limités au non respect de la loi.

L'article 175 du Code de procédure civile et commerciale énonce que « le recours en cassation n'est ouvert 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 normes 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 ».

En revanche, les cas de fausse interprétation sont plus nombreux et donnent lieu à des difficultés sérieuses.

La volonté du législateur n'est pas toujours d'une clarté indiscutée. L'emprunt au droit comparé est fréquent et en raison des divergences des systèmes juridiques et du degré d'évolution des sociétés, voire de leur appartenance à des civilisations différentes, à la greffe répond le rejet.

La découverte de la volonté du législateur, qui est dans certains cas mystérieuse même après la consultation des travaux préparatoires, est un exercice périlleux. Il s'en suit que la bonne interprétation de la loi est plutôt un art qu'une science, l'on comprend dès lors que le contentieux aille jusqu'à la Cour de cassation et que les décisions des formations de cette autorité soit divergentes.

B. *Les autres règles de droit*

Le rôle de la Cour de cassation est ici l'unification de la jurisprudence ; il s'agit, principalement de la coutume et de la loi étrangère.

¹² Par le contrôle de la motivation, la Cour de cassation pénètre le domaine des faits et exerce à l'occasion une mission pédagogique, un rôle disciplinaire "à l'égard des juges du fond auxquels, elle dicte ainsi leurs devoirs", en ce sens P. REYNAUD, Préface "la cassation en matière civile" par BORE précité comp. N. BEN AMMOU, le pouvoir de contrôle de la Cour de cassation thèse fac. droit sc.pol. Tunis, 1996.

L'élargissement du contrôle de la Cour de cassation à l'application de la coutume a sa justification dans une approche large du terme « loi » que vise l'article 175 du Code de procédure civile et commerciale ; et une telle lecture trouve son fondement dans la mission que remplit le juge dans la société, savoir justice et paix sociale. Du point de vue de la technique juridique, la place qu'a joué le droit musulman dans l'élaboration de notre Code des obligations et contrats justifie la qualification de la coutume de règle de droit. Ceci explique que la Cour de cassation n'a pas hésité à étendre son contrôle à l'application de la coutume, mais ce contrôle n'est pas allé jusqu'à l'interprétation¹³.

Il est vrai que la tâche n'est pas facile en raison de la difficulté inhérente à sa connaissance ; on serait tenté de dire la même chose à propos de la loi étrangère.

En effet, la Cour de cassation considère depuis 1962 que la loi étrangère est un élément de fait et qu'en conséquence le pouvoir pour violation de la loi étrangère est irrecevable. Cette jurisprudence va certainement changer avec la promulgation de notre code de D.I.P.¹⁴.

D'abord, aux termes de l'article 32, le juge est invité à rapporter d'office le contenu de la loi étrangère désignée par sa règle de conflit ; il doit appliquer cette loi, telle qu'interprétée dans l'ordre juridique dont elle relève et l'interprétation que fait le juge du fond de cette loi étrangère est soumise au contrôle de la Cour de cassation (art.34).

Comme pour la coutume, l'unification de la Cour de cassation ne peut aller au delà de la jurisprudence des juges de fond; le but recherché est de voir ces règles de droit qui viennent d'un autre temps ou d'ailleurs, appliquées et interprétées de la même manière par les juges de fond.

Ainsi, le contrôle qu'exerce la Cour de cassation l'amène à casser la décision des juges dans les cas que nous venons d'examiner. La cassation peut être sans renvoi quand le retranchement de la disposition cassée dispense d'un nouvel examen ou que la question ne laisse rien à juger (art. 177) ; mais le plus souvent, la Cour casse la décision attaquée en tout ou en partie et renvoie à la juridiction du fond pour nouvel examen dans la limite des dispositions cassées (art. 176).

La Cour de renvoi suit généralement la position de la Cour de cassation ; la mission de l'unification est alors accomplie et la doctrine de la Cour régulatrice a triomphé. Mais il arrive que la Cour de renvoi résiste et maintienne sa position ; le deuxième pourvoi va être soumis à l'appréciation des chambres réunies.

C. L'unification par les chambres réunies

La résistance de la Cour de renvoi traduit une divergence consciente entre la doctrine des juges de fond et les magistrats de la chambre qui l'ont sanctionnée. Cette divergence va être tranchée par une formation spéciale ayant une autorité plus grande que celle qui a cassé la décision des juges de fond : ce sont les

¹³ M.L. HACHEM, la coutume devant la Cour de cassation, ouvrage collectif "La cassation", p. 383 et s.

¹⁴ Loi du 27.11.1998 promulguant le Code de D.I.P. JORT 1.12.1998, p.2332.

chambres réunies ; cette autorité va aussi intervenir lorsqu'il y a une divergence entre la jurisprudence des chambres elles mêmes.

1. L'article 191 du CPCC édicte que « ...si après cassation avec renvoi , la juridiction de renvoi ne se conforme pas à la décision de la Cour de cassation et qu'un deuxième pourvoi soulevant le même moyen est formé, la Cour de cassation, toutes chambres réunies, tranche le conflit l'opposant à la juridiction de renvoi.

Si la Cour décide la cassation de la décision attaquée, elle statue sur le fond si l'affaire est en état et si elle décide la cassation avec renvoi de l'affaire, son arrêt s'impose à la juridiction de renvoi. »

C'est ainsi que la Cour de cassation parvient à imposer sa doctrine aux juges de fond dans l'affaire dont elle a été saisie. Mais généralement, les juges de fond, évitant la cassation, appliquent la doctrine de cette prestigieuse formation. On trouve souvent dans les jugements des références expresses aux arrêts de cette formation. L'inconvénient est la lenteur de leur réunion en raison du nombre des présidents et conseillers qui la composent ; le Premier Président attend qu'il ait plusieurs affaires entrant dans le cadre de la compétence de cette prestigieuse formation pour la convoquer.

Au cours de l'année 1995, 96 et 97, les chambres réunies ont connu une grande activité et ont rendu des décisions fort importantes.

Malheureusement, ces chambres ne se sont pas réunies pour trancher leurs propres divergences.

2. S'agissant d'un même corps, dont les membres sont formés à la même école, on peut penser que les chambres donneront la même solution aux questions de droit qui leur sont posées par les auteurs des pourvois. Le législateur a cependant imaginé la possibilité de divergence entre les chambres.

Il a alors édicté à l'article 192 du CPCC que « les chambres réunies siègent également :

- a. chaque fois qu'il s'agit d'unifier la jurisprudence entre les différentes chambres ;
- b. en cas d'erreur notable dans un arrêt rendu par l'une des chambres ; »

Ces chambres réunies se composent du Premier Président, des présidents de chambre et de conseillers, le plus ancien de chaque chambre (article 193) ; elles se réunissent à l'initiative du Premier Président.

Il s'en suit que c'est le Premier Président qui apprécie s'il y a discordance entre les chambres. Il est juge de l'opportunité de convoquer à la réunion des chambres réunies.

La saisine des chambres de l'article 193 est différente de celle de l'article 191 examiné ci-dessus : la formation élargie n'a pas à trancher un pourvoi en cassation, c'est à dire une affaire bien déterminée. Il s'agit plutôt d'unifier les positions des chambres à la Cour de cassation à propos d'une question de droit déterminée ; la décision qui sera prise dans ce cadre serait-elle un arrêt de règlement et quelle autorité a-t-elle auprès des juges de fond ? Voire auprès des présidents et conseillers des chambres ?

L'optimisme que laisse traduire la rigueur des textes quant au succès de la mission unificatrice de la Cour de cassation semble devoir être tempérée au vu de la réalité des choses.

II- LA REALITE DES CHOSES

On devrait s'attendre, au vu de la rigueur des textes réglementant la mission de la Cour de cassation et son fonctionnement, à une parfaite unification du droit, du moins du droit privé ; la réalité est toute autre; les raisons sont multiples.

D'abord, une bonne partie du droit échappe à la compétence de la Cour de cassation (A). Ensuite la résistance des juges de fond, la persistance des divergences entre les chambres et les revirements font que l'unification recherchée reste parcellaire, limitée (B).

A. *Les limites de la compétence de la Cour de cassation*

Nous avons souligné plus haut que l'ordre juridique tunisien est basé sur la dualité de la justice : la justice administrative et la justice des tribunaux judiciaires. L'unification du droit administratif en principe est du ressort du tribunal administratif.

Les décisions de la Haute Cour prévue par la Constitution échappe aussi au contrôle de la Cour de cassation : c'est une juridiction spéciale composée de magistrats et de députés et dont la compétence est celle de juger les ministres en cas de trahison.

Enfin, une bonne partie du droit privé échappe au contrôle de la Cour de cassation ; c'est tout le contentieux de l'immatriculation foncière (forcée ou volontaire). Le décret-loi du 20 février 1964 et l'article 332 du Code du droit réel excluent le pourvoi en cassation contre les arrêts rendus par le Tribunal immobilier.

Cette exclusion a donné lieu à des situations inacceptables, voire à des injustices et la doctrine n'a pas manqué de critiquer les textes et d'appeler à l'introduction d'un pourvoi en cassation contre les arrêts du Tribunal immobilier. Le législateur a fini par répondre à cet appel dans la réforme du 23.1.1995 (voir article 32 Nouveau).

Mais la réforme reste limitée à ces cas où l'injustice est flagrante : la méprise est généralement due à une question de fait et non à l'interprétation d'un texte de loi.

En tout état de cause, la Cour de cassation reste toujours à l'écart de ce contentieux.

B. *Résistance des juges de fond et divergence des chambres de la Cour de cassation*

La mission de l'unification de la Cour de cassation exige le respect du juge du fond des décisions rendues par cette haute juridiction ; or en réalité, les juges de fond n'ont pas marqué toujours un attachement particulier à la position de la Cour

de cassation (nous ne parlons pas des jugements rendus par ignorance de la jurisprudence de la Cour de cassation qui sont d'ailleurs peu nombreux depuis la modification des recueils des arrêts de la Cour de cassation).

La justification de cet état d'esprit chez le juge est le respect de l'indépendance du juge et de sa liberté de juger; ceci permet d'ailleurs de voir le droit s'adapter à l'évolution de la société.

Le seul cas où le juge du fond est tenu de se rallier à la position de la Cour de cassation est celui d'une cassation avec renvoi suite à un deuxième pourvoi pour le même moyen (art. 191 CPCC).

Mais l'obstacle le plus grand à l'unification du droit par la Cour de cassation est la persistance des divergences entre les chambres de la Cour de cassation.

En raison de la liberté de juger et de leur indépendance, les conseillers d'une chambre à la Cour de cassation ne sont pas liés par les décisions de leurs collègues d'une autre chambre.

Ainsi, apparaissent des divergences sérieuses sur l'interprétation d'un texte de loi entre les chambres : mon Collègue et ami S. BEN HALIMA, dans une communication magistrale au Congrès de Tunis d'avril 1988 sur la cassation, a souligné que les divergences entre les chambres intéressent toutes les branches du droit et portent sur les questions suivantes :

- l'enregistrement des actes ;
- l'autorité de certificat de décès ;
- la preuve du contrat de « Megharsa » ;
- la preuve de la vente d'immeuble ;
- l'autorisation du gouverneur dans les ventes immobilières entre tunisiens et étrangers ;
- la responsabilité du fait des choses ;
- la preuve de l'affiliation légitime ;
- les délais pour le retrait (chefaa).

Ce sont des questions très importantes dans la vie économique et sociale ; la persistance de ces divergences entre les chambres réduit sérieusement l'autorité de la Cour de cassation et sa crédibilité. Sa mission unificatrice est grandement atteinte, il en découle un sentiment d'insécurité juridique chez le justiciable, un manque d'assurance chez l'avocat et le conseil et des contradictions entre les décisions ; la justice devient, un jeu de hasard, un jeu de dés comparable à celui du jeu de l'oie pour employer l'image décrite par notre Maître CARBONNIER « dans les jeux de lois renouvelés des grecs » (Essai sur les lois, p.181).

Le remède est le retour aux chambres réunies pour unifier les opinions, les thèses des chambres à la Cour de cassation ; mais la réunion des chambres réunies n'est pas toujours facile à faire en raison du nombre de ses membres. La meilleure solution est celle proposée par mon collègue BEN HALIMA , la création des chambres mixtes à l'instar du système français, ou de la grande chambre civile à la Cour suprême allemande.

En outre les revirements de la jurisprudence de la Cour de Cassation¹⁵ ne sont pas à mettre toujours à son crédit : en principe, la jurisprudence de la Cour de Cassation doit être stable pour réaliser la paix judiciaire : le justiciable doit pouvoir compter, sur la jurisprudence en tant que source de droit et complément de la loi ; ainsi « la fixité de la jurisprudence suprême est d'une nécessité vitale . Seuls les revirements commandés par des considérations exceptionnelles de fait ou de droit devraient infléchir la vigueur de ce principe »¹⁶.

En dehors de ces cas, le revirement est un facteur d'anarchie ; il porte atteinte à la crédibilité de la jurisprudence de la Cour régulatrice et à son autorité car le revirement est l'aveu, la reconnaissance par cette Cour qu'elle s'est trompée dans ses décisions antérieures ; et les victimes de ces anciennes décisions ont - elles droit alors à être indemnisées¹⁷ ?

Mais peut on reprocher à ces magistrats leur erreur dans l'interprétation de la loi, lorsqu'on voit le législateur intervenir assez fréquemment pour réformer le texte qu'il a posé quelques mois auparavant. Le foisonnement, la complexité et l'instabilité du droit serait-elle inhérente à la fin de ce siècle en raison des mutations assez rapides aux différents aspects de la vie économique et sociale des justiciables ?

A la moindre gêne, on crie « il n'y a qu'à faire une loi » comme si il n'y avait que la loi pour organiser les rapports sociaux¹⁸. Il s'en suit nécessairement une inflation de lois qui donneront lieu à une jurisprudence confuse; la Cour de cassation, sous le poids de l'inflation des pourvois, ne peut assurer pleinement, dans l'état actuel de son fonctionnement, sa mission unificatrice du droit.

¹⁵ V. VANWEL KEN HYZEN (A) : "la motivation des revirements de jurisprudence, in à la motivation des décisions de justice, Bruylant, 1978 pp.251 et comp. DELAPORTE (v), les revirements de la jurisprudence de la Cour de cassation, in l'image doctrinale, actes du Colloque décembre 1993 Doc. Fr.; Paris 1994 p. 159 et s.

¹⁶ V. BEN AMMOU 1097, p.557.

¹⁷ V. en ce sens CARBONNIER, op. cit p. 58 : "les revirements de jurisprudence ne sont pas exceptionnels, qui engendrent une insécurité plus brutale, car la solution nouvelle, issue du revirement, sera de plein droit applicable – puisqu'elle représente la vérité juridique persistante – à des affaires qui s'étaient nouées dans une confiance à la solution ancienne. C'est une rétroactivité que la jurisprudence se permet, alors que la loi, en principe se l'interdit".

¹⁸ Voir CARBONNIER, Droit et passion du droit sous la V République Flam. 1996, p. 107 et s.