

## LA CULTURE JURIDIQUE ET L'ACCULTURATION DU DROIT RAPPORT NATIONAL TUNISIEN

Kalthoum MEZIOU \*

I. *Introduction générale*. 1. La période précoloniale: le réformisme tunisien. 2. La période coloniale 1881-1956. 3. L'indépendance de 1956 à nos jours. II. *Modèles juridiques dans leur ensemble*. 1. Perspectives historiques. 1492 - 1989. 2. Perspectives postmodernes. 1989 à nos jours. III. *Institutions ou mécanismes légaux spécifiques*. 1. Perspectives historiques 1989. 2. Perspectives postmodernes. IV. *Conclusion*.

### I. INTRODUCTION GÉNÉRALE

La périodisation proposée est certainement valable pour bon nombre de pays et valable partiellement pour la Tunisie. Elle doit être complétée, probablement pour chaque pays, par des événements qui le concernent en propre.

Pour la Tunisie, l'évolution juridique et l'histoire du pays vont de pair. Trois périodes doivent être distinguées. La première période s'étend jusqu'en 1881, date de l'installation du protectorat français. Pays musulman, la Tunisie est alors régie par un droit religieux, le droit musulman, droit essentiellement doctrinal et non écrit. La deuxième période s'ouvre avec le protectorat français, elle se caractérise par le contact étroit du système juridique tunisien avec le droit français. La troisième période débute avec l'indépendance en 1956, le législateur tunisien est alors souverain.

#### 1. *La période précoloniale: le réformisme tunisien*

A partir de la conquête arabe qui commence au milieu du VIII<sup>e</sup> siècle, le droit musulman s'applique en Tunisie comme dans l'ensemble du Maghreb. Droit d'essence religieuse, le droit musulman ne pouvait être imposé aux non-musulmans. C'est ainsi que sont maintenues les juridictions relevant des autres religions monothéistes. Cela explique également, par la suite, l'adhésion des États musulmans aux Capitulations permettant aux consuls étrangers d'organiser des juridictions consulaires pour rendre la justice entre leurs ressortissants.

Au début du XIX<sup>e</sup> siècle, la justice était donc divisée. La grande majorité de la population constituée de musulmans relevait des tribunaux charaïques qui appliquaient le droit musulman; ces tribunaux étaient eux-

---

\* Professeur à la Faculté des sciences Juridiques, Politiques et Sociales de Tunis.

mêmes divisés en tribunaux malékites et hanéfites et leur compétence était déterminée par le rite du défendeur. La communauté israélite était justiciable des tribunaux rabbiniques qui appliquaient la loi hébraïque. Les tribunaux consulaires étaient compétents et appliquaient leur propre droit lorsque le défendeur était étranger. Ces différentes juridictions étaient compétentes en matière civile au sens large, c'est-à-dire pour l'ensemble du droit privé excepté le droit pénal, la justice pénale ayant été retirée aux tribunaux religieux pour être confiée à des juridictions particulières.

Le souci d'élaborer un droit moderne prend corps progressivement au cours du XIXe siècle. Le réformisme tunisien du XIXe siècle est né d'une réflexion de la pensée arabe et musulmane sur elle-même, à partir d'une prise de conscience du retard du monde islamique comparé à l'Occident. S'inscrivant dans un mouvement général, le réformisme tunisien avait des aspirations et des revendications juridiques. Le mouvement réformiste soutenait que la liberté et la sécurité devaient être instaurées et qu'elles devaient être garanties par le droit, il réclamait par conséquent, entre autres, la codification de ce droit.

Ces revendications jointes aux pressions de certaines puissances occidentales trouvent une formulation officielle dans le Pacte Fondamental de 1857 qui consacre les idées nouvelles de liberté et de droits fondamentaux. Le Pacte proclame la sécurité absolue des personnes et de leurs biens et l'étend à tous les sujets du Bey et habitants de la Régence sans distinction de religion, de langue ou de couleur, garantit l'égalité de tous devant la loi et l'impôt, assure aux israélites l'exercice de leur croyance, organise l'impartialité des jugements en permettant à un non-musulman de comparaître devant un tribunal criminel où siège un représentant de sa religion, proclame la liberté du commerce. Le Pacte accorde en outre le droit aux étrangers d'exercer un métier dans le pays et leur reconnaît le droit à l'accès à la propriété immobilière.

Quatre ans plus tard, la Constitution de 1861, première du genre dans le monde musulman, fonde sur de nouveaux principes l'organisation de l'État, tendant à restreindre l'absolutisme des beys. Les principes de séparation de pouvoir, de limitation par le droit, de constitutionalité, y trouvent leur place. La justice est réordonnée sur la base de la séparation des tribunaux charaïques et des tribunaux séculiers. Elle ouvre la voie à la codification, l'article 27 annonce la nouvelle donne: "Les jugements que rendront les tribunaux institués par la présente loi devront être motivés d'après les articles et codes rédigés à leur usage", et de fait, le 26 avril 1861 est promulgué en même temps que la Constitution, le Code de droit pénal et de droit coutumier. Ce code traite à la fois de la procédure pénale et du droit pénal, de la procédure civile et de certains aspects du droit civil

essentiellement les obligations et les contrats, réservant aux tribunaux charaïques les affaires relatives aux *habous*, aux successions et au statut personnel des musulmans et aux tribunaux rabbiniques la question du statut personnel des Israélites.

Cette trajectoire vers l'institutionnalisation du pouvoir et la transformation du droit religieux est, cependant brutalement stoppée. Elle rencontre une double opposition: celle des consuls européens attachés à leurs privilèges de juridiction et à leurs justices consulaires, et celle de la population; cette dernière se traduit et explose en une insurrection. Le 30 avril 1864, la Constitution et le Code de droit pénal et de droit coutumier sont abrogés.

L'œuvre a été dans l'ensemble réduite et éphémère, la pensée réformiste a cependant rendu possible le réaménagement du droit; tout en se plaçant dans une perspective islamique, de véritables innovations sont proposées. On a pu ainsi écrire: "Ces réformes ne représentent pas moins un mouvement inaugural dans l'histoire institutionnelle de la Tunisie et un acte fondateur du droit moderne. La séparation du politique et du religieux est esquissée. Elle pose l'État à l'origine du droit, plus même, au fondement du caractère obligatoire de la norme, suffisant en soi. Elle opère une recomposition du champ juridique au bénéfice de l'État, celui-ci annexant des domaines soustraits au droit religieux. Elle fonde une nouvelle expression du droit: le droit de l'État s'énonçant par voie de dispositions générales, impersonnelles et abstraites".<sup>1</sup>

## 2. La période coloniale 1881- 1956

*Le protectorat est institué en deux temps:*

Le 12 mai 1881 est signé le traité du Bardo qui laisse subsister la personnalité de l'État tunisien mais les attributs attachés à l'exercice de la souveraineté extérieure passent entre les mains du ministre résident placé auprès du Bey. La Tunisie a perdu son indépendance, mais théoriquement les pouvoirs du Bey sont restés intacts.

Le 8 juin 1883, la convention de la Marsa est signée, elle va instaurer indirectement une co-souveraineté et favoriser un transfert réel des pouvoirs. Elle apporte des restrictions au pouvoir du Bey, son article premier prévoit "afin de faciliter au gouvernement français l'accomplissement de son protectorat, Son Altesse le Bey de Tunis s'engage à procéder aux réformes

---

<sup>1</sup> Derouiche-Ben Achour, Sana, *Aux sources du droit moderne tunisien: la législation tunisienne en période coloniale*, Tunis, Thèse, 1996, p. 119.

administratives, judiciaires et financières que le Gouvernement français jugera utile”.

Les accords du protectorat ne faisaient cependant pas de la Tunisie une colonie à laquelle les lois françaises seraient directement applicables. Le modèle juridique français pénètre alors en Tunisie sous deux formes.

D’une part, le droit français s’applique parfois aux Tunisiens. En effet, la justice tunisienne est réorganisée. La France maintient les tribunaux charaïques et rabbiniques appliquant leur loi religieuse en matière de statut personnel, des tribunaux tunisiens modernes appliquent le droit tunisien aux litiges opposant des Tunisiens dans les domaines autres que le statut personnel, elle installe en outre des juridictions françaises. Le droit applicable devant les différentes juridictions n’est pas le même.

Les juridictions françaises connaissant à l’origine des affaires entre Français et protégés français s’érigent en juridiction de droit commun des nationaux des puissances amies dont les juridictions consulaires sont supprimées et sont en définitive compétentes dès lors qu’une des parties au moins n’est pas Tunisienne; le droit applicable devant ces juridictions était le droit français ou la loi désignée par la règle de conflit française. Cette présence du droit français était bien ressentie par les Tunisiens puisque ce droit leur était parfois appliqué lorsqu’ils se trouvaient engagés dans une relation mixte.

D’autre part, la réception du modèle français se faisait également par et dans le droit tunisien appliqué par les juridictions tunisiennes.

La France en effet se fixe pour objectif de base de modifier le système juridique tunisien par la codification; un système de droit écrit devait progressivement remplacer le système de droit musulman non écrit. Le 6 septembre 1896 une commission de codification des lois tunisiennes est constituée composée de juristes tunisiens de formation traditionnelle et de juristes français. La commission était chargée de codifier la législation civile, commerciale et pénale en Tunisie sur le type des codes français. Sa tâche consistait “d’une part à réunir, classer, choisir dans la législation française les matériaux susceptibles de servir à l’œuvre définitive de codification, en laissant de côté les matières relevant soit du statut personnel, soit du régime de la propriété foncière, d’autre part, à rechercher dans la jurisprudence musulmane et dans la législation tunisienne, tout ce qui pouvait être utilisé au point de vue soit des principes du droit moderne, soit des conditions actuelles de la société tunisienne”.<sup>2</sup> Dans cette œuvre codificatrice, la France

---

<sup>2</sup> Santillana, D., “Avant propos de l’Avant projet du Code Civil et Commercial tunisien”, *Tunis Imprimerie générale*, 1899, fascicule I, p. 1.

s'approprie le legs législatif précolonial à travers les classes, catégories et concepts du droit français.

L'influence du modèle juridique français est alors à son apogée.

### *3. L'indépendance de 1956 à nos jours*

Les conventions franco-tunisiennes du 3 juin 1955 ont reconnu à l'État tunisien une autonomie interne, la suppression progressive des juridictions françaises sur une période de vingt ans y était prévue. La situation va cependant évoluer rapidement. Le 20 mars 1956, la France reconnaît solennellement l'indépendance de la Tunisie, les dispositions prévues par les conventions de 1955 qui seraient en contradiction avec le nouveau statut de la Tunisie, État indépendant et souverain seront modifiées ou abrogées.

Dès lors, les événements vont se précipiter. Le décret du 3 août 1956 vient retirer leur compétence juridictionnelle aux tribunaux charaïques, seuls les israélites continuent d'être jugés par les tribunaux religieux en matière de statut personnel. Le 13 août 1956 est promulgué le Code du statut personnel qui, d'après le décret d'application, n'était applicable qu'aux musulmans, mais très vite, la loi du 27 septembre 1956 supprime les tribunaux rabbiniques et étend l'application du Code du statut personnel à tous les Tunisiens. Enfin la convention du 9 mars 1957 annule et remplace la convention judiciaire du 3 juin 1955, elle fixe la disparition des tribunaux français de Tunisie au 1er juillet de la même année.

La justice tunisienne a ainsi achevé sa mutation, elle obtient, à partir de cette date, plénitude de juridiction en toutes matières et à l'égard de toutes personnes et seul le droit tunisien est applicable.

L'indépendance va donner lieu à un grand mouvement législatif saisissant tous les domaines de la vie économique et sociale. Outre le Code du statut personnel, seront rapidement promulgués le code de procédure civile et commerciale et le code de commerce en 1959 puis quelques années plus tard le code des droits réels en 1965. La Tunisie se dote ensuite de tout un arsenal législatif pour faire face aux problèmes nouveaux qui se posent.

Le système juridique tunisien s'ouvre à des modèles divers, aux principes universels dont certains étaient déjà présents dans le droit français et aux instruments internationaux. L'empreinte du modèle juridique français s'atténuera mais restera prépondérante avec l'indépendance.

L'accord d'association euro-méditerranéen liant la Tunisie à la Communauté européenne et à ses États membres inaugure une nouvelle ère. Cet accord prévoit dans son article 52 que la coopération entre les deux parties vise à aider la Tunisie à rapprocher sa législation de celle de la communauté dans les domaines couverts par le présent accord; il s'agit en particulier, des domaines économiques et financiers expressément spécifiés dans l'article premier de l'accord. C'est ainsi qu'après le Code de l'arbitrage, le Code des sociétés, il y a eu la promulgation du Code de droit international privé. Cette modernisation sollicitée par les pays européens correspond également aux intérêts de la Tunisie. L'intégration dans le marché international impose la mise en place d'un système permettant des relations harmonieuses avec les autres systèmes juridiques et capable d'attirer les opérateurs économiques étrangers.

## II. MODÈLES JURIDIQUES DANS LEUR ENSEMBLE

Il est difficile d'identifier un modèle juridique reçu dans son ensemble, il faudrait préalablement s'entendre sur le concept même de "modèle" juridique. N'y a-t-il pas un fonds commun que l'on retrouve dans tous les systèmes juridiques et dont l'origine est lointaine? La modernité ne s'introduit-elle pas partout? Les pressions du changement social ne s'exercent-elles pas sur tous les législateurs? Les réponses ne risquent-elles pas d'être identiques ou du moins semblables?

Pour le cas de la Tunisie, il est bien évident que de nombreux changements ont eu lieu en raison du contact étroit avec le droit français pendant le protectorat. Celui-ci a largement influencé le système juridique tunisien et continue encore à l'influencer de nos jours.

La codification a été l'œuvre du protectorat, le style législatif et le contenu du droit s'en ressentent. Le droit français marque ainsi de son empreinte l'ensemble de la législation dans le fond et dans la forme. Au moment de l'indépendance, la législation, la doctrine et la jurisprudence étaient étudiées dans les universités tunisiennes, elles continuent, dans une moindre mesure, à l'être actuellement encore.

### 1. *Perspectives historiques, 1492 - 1989*

A. *Votre pays a-t-il adopté un (des) modèle(s) juridiques au cours de la période mentionnée? Le(s) quel(s) et à quels moments?*

#### a. La période coloniale

Il s'agit, pour le pays colonisateur, pendant cette période, d'installer un secteur économique de type capitaliste, il convient par conséquent d'assurer l'existence de règles juridiques appropriées. La diffusion des principes et techniques de l'État et du droit modernes caractérise cette époque. Le processus de codification se fera en vagues successives. Il couvre d'abord le régime de la propriété foncière, celle-ci, au cœur même de la colonisation, est prioritaire, le Code foncier est promulgué en 1885; ensuite sont abordés, le domaine des obligations et des contrats et le droit pénal. De nombreux textes ont été promulgués, le Code des Obligations et des Contrats en 1906, le Code de procédure civile en 1910, le Code pénal en 1913 et le Code de Procédure Pénale en 1921... mais la puissance colonisatrice n'a pas voulu toucher au droit de la famille. Le souci de ne point porter atteinte aux croyances religieuses, la crainte des réactions d'une population menacée dans son identité, un calcul politique certain se sont conjugués pour inciter les autorités françaises à ne point intervenir.

Les codes et leur contenu sont largement influencés par le modèle juridique français.

#### *b. L'indépendance*

Il convient, pour le législateur de l'indépendance, de se doter des cadres juridiques appropriés au développement économique souhaité. Le législateur puise les règles là où il les trouve. Les codes français demeurent le référent pour ce qui concerne le domaine économique et commercial. En revanche, pour ce qui concerne le statut personnel, on retrouve l'influence des idées nouvelles universelles concernant la famille mais l'influence du droit musulman demeure présente.

*B. Si c'est le cas, qu'en est-il advenu? Sa réception a-t-elle déplacé d'autres modèles déjà existants? Si c'est le cas, lesquels et à quel moment?*

La codification modifie la nature et la forme du droit, même lorsqu'elle consiste en une reprise des solutions du droit musulman, celui-ci n'est plus appliqué en tant que tel mais en tant que droit étatique.

Le droit civil était régi avant 1885 par le droit musulman en tant que source exclusive. La parution du Code foncier en 1885 entame un processus de rétrécissement progressif du champ du droit musulman comme source formelle du droit.<sup>3</sup> Il en résulte un déplacement de certains modèles au profit d'autres. Ainsi, le Code foncier et les institutions créées – immatriculation,

---

<sup>3</sup> Belkani, Faouzi, *Code des Obligations et des Contrats et la codification, Livre du centenaire du Code des Obligations et des Contrats*, Tunis, CPU, p. 14.

enregistrement, service de la topographie et de la cartographie, tribunal mixte immobilier – introduisent une nouvelle conception de la propriété. Alors que le droit musulman plus attaché à la mise en valeur de la terre tend à relativiser les prérogatives de son détenteur, la conception française du droit de propriété tend à conférer un droit à son titulaire, un droit absolu.

La promulgation du Code des obligations et des contrats confirme le processus. Désormais toute la théorie des obligations est régie par un droit étatique codifié dans lequel le droit musulman n'est plus qu'une source matérielle somme toute limitée.

La promulgation du Code de procédure civile consacre le dualisme de la justice tunisienne, les tribunaux religieux sont compétents en matière de statut personnel et de successions, les tribunaux séculiers sont, pour le reste, compétents.

La promulgation du Code pénal et du Code de procédure pénale soustraient au droit musulman un autre pan du système juridique tunisien.

### C. *Quels ont été les vecteurs de la réception juridique?*

En dépit de tentatives timides pendant la période précoloniale, il est évident que la codification est essentiellement l'œuvre du pouvoir colonial mais celui-ci a pu s'appuyer sur le courant réformiste préexistant qui était sensible aux avantages liés au droit écrit. "Trouvant avantage à appuyer ses prescriptions sur l'autorité de la tradition, l'administration coloniale puisera dans le fonds juridique et institutionnel local, les ingrédients nécessaires à la gestion du protectorat et à l'accomplissement des réformes administratives, judiciaires et financières, jugées utiles par le gouvernement français. Actionnant les mécanismes de l'appropriation, elle procédera par sélection dans la législation réformiste, à la faire adapter au projet colonial".<sup>4</sup> Cela lui permettra de minimiser les innovations et de présenter l'ensemble comme un droit tunisien différent à la fois du droit musulman et du droit français.

Avec l'indépendance en 1956 les facteurs culturels et scientifiques ont pris le relais. La diffusion de la langue française, la formation de nombreux cadres en Europe et plus particulièrement en France, la formation de nombreux juristes en Tunisie dans les facultés modernes où l'on enseigne le droit tunisien et le droit français ont permis une réception du modèle juridique français.

---

<sup>4</sup> Derouiche-Ben Achour, S., préc. p. 121.



La maîtrise de la langue française par la majorité des Tunisiens, l'université et l'enseignement du droit qui y est dispensé demeurent les plus importants vecteurs de circulation du modèle juridique français.

*D. Quels sont les éléments d'identification généraux du modèle reçu: législatif, jurisprudentiel, doctrinal?*

La loi, la jurisprudence, la doctrine, l'ensemble du droit français ont été du temps du protectorat très présent dans l'évolution de droit tunisien.

L'influence du droit français imprègne également la méthode judiciaire tant en ce qui concerne les pouvoirs et le rôle du juge, que par la manière dont il rend son office. Rôle identique, exercé dans des conditions similaires (principe du contradictoire, respect du droit de la défense, oralité des débats, etc).

*E. Existe-t-il des éléments spécifiques identifiables d'hybridation juridique? Pouvez-vous donner des exemples?*

Le Code des obligations et des contrats est promulgué le 15 décembre 1906. Il s'inspire de la première codification de droit civil musulman faite par les Ottomans promulguée en 1876 mais bon nombre de ses dispositions proviennent du Code civil français avec une ouverture sur d'autres droits européens, spécialement le droit allemand. On a pu dire que le COC semble le fruit de treize siècles de droit musulman et d'un siècle de droit européen.<sup>5</sup> Il doit son originalité à ses sources diversifiées. Il s'inspire de la pensée juridique européenne et des compilations des jurisconsultes musulmans.

Le COC adopte la méthode consacrée dans les codes européens de l'époque, le livre I est consacré à la théorie générale et le livre II aux contrats spéciaux. Le livre I intitulé "Des obligations en général" est d'inspiration essentiellement européenne, le livre II "Des différents contrats déterminés et des quasi-contrats qui s'y rattachent" révèle une plus grande présence du droit musulman. Ainsi, on retrouve par exemple, pour la vente, la reprise de la théorie de la vente pendant la dernière maladie. Les traits de caractère du droit musulman semblent dominants dans les contrats ruraux. En effet, qu'il

---

<sup>5</sup> Hachem, Mohamed, "Le Code des Obligations et des Contrats: cent ans de solitude?", *Mélanges en l'honneur de Mohamed Charfi*, Tunis, CPU, 2001, p. 232.

s'agisse du contrat paritaire, du *mouçakat*, de la *mougharça* ou du bail à cheptel, l'emprunt aux usages locaux et au droit musulman est évident.

S'agissant des droits européens on a pu écrire: "Ainsi, sous la trame de fond qu'a constitué le Code civil français, l'influence de la théorie objective, tournée vers la sécurisation et la stabilisation du contrat, consacré par le B.G.B. est palpable. Elle a certainement sous-tendu l'exigence de l'impossibilité d'exécution pour permettre la résolution pour inexécution. Il en est de même des articles 326 à 328 consacrant une acception large de la notion de nullité partielle, et allant jusqu'à la possibilité de la conversion de l'obligation nulle.

L'influence du B.G.B. est aussi palpable dans la consécration par le COC de l'acte juridique unilatéral comme source d'obligations, et l'affirmation d'un droit direct en faveur du bénéficiaire de la stipulation pour autrui qui n'est subordonnée, ni quant à son existence, ni quant à son acceptation par ce dernier".<sup>6</sup>

*F. Perspective psychologique. La réception a-t-elle été consciente ou inconsciente, adoptée ou rejetée, admise ou combattue?*

Pendant le protectorat, la réception du modèle français était à la fois, admise et combattue. La modernisation de la justice et la codification du droit étaient revendiquées avant même le protectorat. Aussi, les réformes entreprises par les autorités coloniales correspondent-elles, pour la majorité d'entre elles, aux aspirations du mouvement réformiste qui existait dès le début du XIXe siècle et qui s'est maintenu par la suite. D'une façon générale, la codification est perçue comme une œuvre de progrès ; en droit pénal essentiellement, la légalité écrite est reconnue comme un barrage contre l'arbitraire. Mais toutes ces réformes sont l'œuvre de la puissance colonisatrice même si elle y associe des Tunisiens. Aussi, le combat mené contre la présence française prend, chez certains, la forme d'une opposition aux innovations entreprises par le colonisateur et une dénonciation de la "dépersonnalisation" du droit. Le droit tunisien confectionné par la puissance colonisatrice est alors perçu et présenté comme un dépouillement de sa propre identité.

## *2. Perspectives postmodernes. 1989 à nos jours*

Dans le monde globalisé d'aujourd'hui et avec les facilités d'accès à l'information, il devient rarissime d'adopter un modèle juridique dans son ensemble. Les différentes commissions chargées de la préparation des textes

---

<sup>6</sup> Belknani, F., préc. p. 19.

de lois procèdent à la comparaison de nombreux systèmes et textes étrangers, s'inspirent des uns et des autres et se prononcent en fonction des données propres au pays.

L'influence du droit français demeure cependant prépondérante en Tunisie mais perd de son importance. La langue française est en recul, tous les systèmes européens peuvent être des modèles, en particulier, les pays anglo-saxons deviennent plus attractifs et véhiculent leurs propres conceptions. Mais surtout, les modèles internationaux vont avoir une influence plus importante.

Les rapports économiques sont régis par des règles qui se retrouvent dans tous les systèmes juridiques, droit des sociétés, droit des assurances, droit bancaire...

*A. Un modèle a-t-il été adopté récemment dans votre pays? Si c'est le cas, à quel moment et quel modèle a été remplacé?*

Plusieurs codes ont vu le jour, codes qui ont repris des modèles étrangers, on peut citer à titre d'exemple, le Code de droit international privé et le Code de l'arbitrage.

— Le Code de l'arbitrage a été promulgué le 26 avril 1993. Auparavant, il n'existait que quelques dispositions dans le Code de procédure civile et commerciale; un seul article concernait l'arbitrage international. La jurisprudence avait créé un droit favorable à l'arbitrage, en validant les conventions d'arbitrage, en contribuant à la constitution du tribunal arbitral et en facilitant l'exécution des sentences arbitrales.

— Le Code de droit international privé a été promulgué le 27 novembre 1998.

Jusqu'à l'indépendance, les juridictions tunisiennes n'avaient aucune compétence internationale. Avant le protectorat, la compétence juridictionnelle absorbait la compétence législative, les tribunaux tunisiens appliquaient le droit tunisien, les consuls étrangers appliquaient chacun son droit national. Avec le protectorat, la France avait négocié avec les puissances capitulaires la renonciation à leurs privilèges, elle concentrait entre ses mains et au profit de ses propres juridictions la compétence de toutes les juridictions consulaires. Les litiges où l'une des parties était étrangère relevaient des juridictions françaises. Ce n'est qu'avec la suppression des juridictions françaises que les juridictions tunisiennes vont connaître des problèmes de droit international privé.

Le droit antérieur au Code de droit international privé était fragmenté et lacunaire ; les dispositions intéressant la matière se retrouvaient dans divers textes et ne concernaient que certains aspects. Le Code de procédure civile et commerciale réglementait la compétence internationale des juridictions tunisiennes et les conditions, la procédure et les effets de l'exequatur. Le Code de commerce maritime contenait un article consacrant la loi d'autonomie dans ce domaine et le décret du 12 juillet 1956 fixait le statut personnel des étrangers. Ce texte bref puisque ne contenant que 4 articles se contentait d'affirmer que " Les étrangers sont régis, en ce qui concerne leur statut personnel, par leur loi nationale" (article 1er). Il énumère dans l'article 2 le contenu du statut personnel. L'article 3 a été rapidement abrogé et l'article 4 prévoit la loi applicable lorsque les parties sont de nationalité différente. Le droit international privé, plus spécialement la théorie générale des conflits de lois se construisait par les juges au gré des espèces. La jurisprudence était tiraillée entre deux tendances, la première révélait la persistance de l'influence de la méthode de règlement des conflits interpersonnels dans le système de droit international privé, on y retrouvait parfois dans les cas mixtes l'intervention d'un privilège de religion et d'un privilège de nationalité. La seconde était moderne et avait une lecture bilatérale de la règle de conflit.

B. *Quels éléments essentiels ressortent du modèle reçu?*

Le Code de l'arbitrage s'inspire fortement des solutions étrangères notamment françaises et pour ce qui concerne l'arbitrage international de la loi-type de la CNUDCI.

Pour le droit international privé, l'apport du droit comparé est net. Le législateur tunisien suit, quant à la forme, la vague de codification qui affecte un certain nombre de pays ; il rompt ici avec le droit français qui n'y est pas favorable. Quant au fond, le Code ne couvre pas l'ensemble de la matière telle que conçue dans le système tunisien hérité du système français. Il a une conception restrictive du droit international privé ne comportant que les conflits de lois et les conflits de juridictions. Il ignore la nationalité toujours régie par le Code de la nationalité et la condition des étrangers, mais à l'intérieur de ces limites, le Code est exhaustif. Il consacre en particulier des dispositions à la théorie générale des conflits de lois.

Le législateur adopte des solutions en harmonie avec l'évolution qui se constate dans de nombreux pays européens et en particulier en France, il s'inspire des récentes conventions internationales; il réagit à certaines théories doctrinales nouvelles en les acceptant mais parfois également en les rejetant. Ainsi, allant à l'encontre de la tradition personnaliste qui persistait, il retient le rattachement domiciliaire en matière de statut personnel dans

certains cas, il adopte également les règles de conflit à critères alternatifs justifiées par une faveur pour l'enfant et la protection de certaines catégories faibles et rejette en revanche le principe de proximité.

## II. INSTITUTIONS OU MÉCANISMES LÉGAUX SPÉCIFIQUES

Il est certainement plus fréquent de retrouver des emprunts d'institutions ou de mécanismes légaux que l'adoption de modèles juridiques dans leur ensemble.

### 1. *Perspectives historiques...1989*

A. *Votre pays a-t-il adopté une institution ou un mécanisme légal au cours de la période mentionnée? Lesquels et à quel moment?*

L'indépendance inaugure une ère juridique nouvelle, le législateur tunisien désormais souverain va légiférer de nombreux domaines.

— Ce qui est surtout remarquable, pour la Tunisie, c'est que le législateur décide très tôt de réformer le droit de la famille inchangé pendant le protectorat. Celui-ci était régi par les droits religieux, droit musulman pour la grande majorité de la population, droit rabbinique pour la communauté israéliite.

La société tunisienne avait commencé à évoluer de façon significative vers les années 1920-1930, la famille traditionnelle commençait à se fissurer et la famille nucléaire commençait à émerger. Le courage du législateur tunisien de l'indépendance a été de prendre acte de l'évolution d'une partie de la société et de la généraliser à l'ensemble, modernisant ainsi le droit de la famille en dépit des résistances religieuses. Dans ce domaine si sensible, il ne pouvait être question en Tunisie, à l'instar de ce qui avait été fait en Turquie, d'adopter un modèle juridique étranger dans son ensemble. Les élans réformistes du législateur devaient composer avec les contraintes de la Tradition. Très vite, le législateur codifie et unifie le droit de la famille. Quant au fond, il épouse certains principes fondamentaux de notre époque: tendance vers l'égalité de l'homme et de la femme, protection de l'enfant... Aussi retrouvons-nous dans le Code du statut personnel et ce depuis sa promulgation en 1956, concernant le mariage, la monogamie et le divorce judiciaire. Plus tard, il se penche sur le sort des enfants, il emprunte en 1959 au droit égyptien le legs obligatoire au profit des petits enfants dont la mère ou le père est prédécédé; il institue en 1964 l'adoption; en 1966, il fait de

l'intérêt de l'enfant, le seul critère d'attribution de la garde après divorce; en 1993 il prévoit une codirection de la famille...

— Pour le droit international privé, la jurisprudence antérieure au Code, sur la base de quelques dispositions législatives, avait adopté les mécanismes de la théorie générale des conflits de lois, qualification, renvoi, ordre public, conflit mobile, fraude à la loi, lois d'application immédiate, règles matérielles de droit international privé...mais l'on retrouvait également une compétence juridictionnelle étendue de façon abusive, en matière de conflits de lois un privilège de nationalité et un privilège de religion dénoncés tous deux par la doctrine, une déformation de la notion d'ordre public...

— En matière d'arbitrage, et antérieurement au Code, la jurisprudence avait dégagé une règle matérielle de droit international privé validant la clause compromissoire insérée par l'État et les collectivités publiques dans les contrats internationaux.

*B. Si c'est le cas, qu'en est-il advenu? Sa réception a-t-elle déplacé d'autres institutions ou mécanismes légaux?*

— La codification du droit de la famille traduit une étatisation du droit, le dernier bastion des droits religieux tombe, le Code du statut personnel vient remplacer le droit musulman et le droit hébraïque. Ainsi, la monogamie vient remplacer la polygamie admise par les deux droits religieux. L'existence d'un mariage non dissous constitue depuis la promulgation du Code du statut personnel un empêchement à mariage aussi bien pour la femme que pour l'homme.

— Le divorce judiciaire également ouvert aux deux époux a remplacé la répudiation unilatérale par le mari.

— L'adoption, institution interdite par le droit musulman qui se fonde sur l'intangibilité du donné naturel, était inconnue du droit tunisien, comme elle est prohibée dans l'ensemble des pays musulmans; on ne peut, en effet, intégrer dans une famille un étranger en lui donnant rang de fils ou de fille sans bouleverser l'ordre naturel des choses. L'adoption est introduite en droit tunisien par la loi du 4 mars 1958. Auparavant les familles qui désiraient prendre en charge un enfant, devaient recourir au placement familial ou à la tutelle officieuse, mais ces procédés n'étaient pas satisfaisants pour tous, leurs effets étant limités. Aussi, dans certains cas, on procédait à de véritables adoptions déguisées, le plus souvent par la déclaration d'un enfant étranger comme étant le sien. Le législateur laisse en place les autres modes d'intégration d'enfants et y ajoute l'adoption.

L'adoption permet d'établir aujourd'hui en droit tunisien, entre adoptant et adopté des rapports analogues à ceux de la filiation légitime bouleversant ainsi les structures traditionnelles de la parenté. Elle permet la transmission du nom, du patrimoine et institue des empêchements à mariage entre l'enfant et sa famille adoptive.

— Le legs obligatoire révèle un autre type d'adoption de mécanisme légal qui joue dans le cadre du droit musulman. Celui-ci ne connaît pas la technique de la représentation successorale; aussi, les enfants d'une fille ou d'un fils prédécédé ne peuvent hériter de leurs grands-parents. Pour pallier les inconvénients les plus flagrants de l'absence de représentation successorale, le législateur égyptien institue le legs obligatoire. Il s'agit d'une institution par laquelle le législateur se substituant au de cujus accorde aux enfants d'une personne prédécédée une part de la succession de leurs grands-parents au lieu et place de leur auteur. En droit musulman, le legs ne peut dépasser le tiers de l'actif successoral; aussi, pour justifier la qualification legs, le législateur enferme le legs obligatoire dans deux limites. Règle successorale, son montant correspond à la part qu'aurait recueillie l'auteur père ou mère du bénéficiaire s'il était resté vivant; cependant, cette part ne peut dépasser le tiers de l'actif successoral.

Le législateur égyptien s'est référé à une interprétation que donne Ibn Hazm et l'école zahirite d'un verset coranique, "Quand la mort se présente à l'un de vous, s'il laisse un bien, à lui de tester en faveur de ses père et mère et des plus proches de la manière reconnue convenable. Obligation en est faite aux pieux".<sup>7</sup> Tenu pour abrogé par la majorité des juristes en raison des dispositions plus tardives sur les successions, le verset imposait selon les zahirites, une obligation légale de stipuler des legs en faveur des proches non successibles. Le législateur égyptien sera suivi par de nombreux codificateurs musulmans et le législateur tunisien adopte le même principe.

En fait, le législateur avait utilisé la souplesse du droit musulman et puisé dans la richesse divergente des différents rites pour orienter sa législation dans le sens souhaité. L'effort d'*ijtihad* (effort créateur) fait par certains profite à d'autres.

— L'intérêt de l'enfant devient une constante du droit de la famille, le premier exemple est celui de la garde après divorce. Avant la loi du 3 juin 1966, la *hadhana* (garde) est dans la conception classique l'action de porter, de couvrir, de protéger l'enfant; elle est conçue comme le prolongement du devoir d'allaitement; aussi, le droit musulman établit-il un ordre fixe de

---

<sup>7</sup> Sourate 2, verset 180, trad. Blachère.

dévolutaires de la garde favorisant la mère et la lignée maternelle et ne permet au père de reprendre ses enfants que parvenus à un certain âge. Le Code du statut personnel au moment de sa promulgation reprend cette conception: la loi du 3 juin 1966 supprime l'attribution légale de la garde et retient pour seul critère l'intérêt de l'enfant apprécié *in concreto*.

— La construction de la théorie générale des conflits de lois par la jurisprudence n'est pas venue remplacer des solutions préexistantes puisque les juridictions tunisiennes ne connaissaient pas d'affaires de droit international privé du temps du protectorat. Elle s'est faite en puisant essentiellement dans la jurisprudence et la doctrine françaises, mais la jurisprudence a subi également l'influence de la méthode de règlements des différends des conflits interpersonnels.

*C. Quels ont été les vecteurs de la réception juridique?*

Pour tout ce qui concerne le droit de la famille, les autorités coloniales se sont abstenues de légiférer ne voulant pas toucher aux droits religieux. Ce sont les vecteurs pacifistes, la culture et l'idéologie, qui joueront par la suite.

Composée de membres le plus souvent formés dans les universités françaises, l'équipe dirigeante au moment de l'indépendance a une vision moderne de la société et une conception volontariste du droit. Il s'agissait d'intégrer dans le droit les valeurs considérées comme universelles, de tenir compte du principe d'égalité, des principes de la Déclaration universelle des droits de l'homme, principes que l'on a pu qualifier de «droit naturel de notre temps» et qui représentent l'éthique internationale contemporaine.

*D. Quels sont les éléments d'identification généraux des institutions ou mécanismes légaux: législatif, jurisprudentiel, doctrinal?*

Pour consacrer la validité de la clause compromissoire insérée par l'État dans les contrats internationaux, la jurisprudence reprend à son propre compte de façon explicite les arrêts San Carlo et Galaxis de la Cour de cassation française. Cette solution sera ensuite consacrée par le Code de l'arbitrage.

*E. Existe-t-il des éléments spécifiques identifiables d'hybridation juridique? Pouvez-vous donner des exemples?*



F. *Perspective psychologique. La réception a-t-elle été consciente ou inconsciente, adoptée ou rejetée, admise ou combattue?*

La promulgation du Code du statut personnel a été un véritable bouleversement en Tunisie mais également dans le monde arabe et musulman. Aussi, tout en faisant du droit un instrument de progrès social, le législateur veille à ne pas heurter la sensibilité religieuse d'une grande partie de la population. Alors que le Code du statut personnel se caractérise par une absence totale de référence à l'Islam, la pérennité de l'Islam dans le droit de la famille s'exprime dans le discours officiel, discours qui l'accompagne et le légitime. L'Islam et la Modernité sont tous deux affirmés et revendiqués. Le discours officiel reprend à son propre compte les justifications théoriques avancées au début du siècle par Tahar El Haddad. L'idée centrale est que le droit musulman est un droit évolutif. Il convient alors d'interpréter le Coran sans perdre de vue la méthode progressive qu'il a adoptée ni les circonstances politiques, économiques et sociales dans lesquelles il a été révélé. Les réformes les plus spectaculaires, l'interdiction de la polygamie et le divorce judiciaire également ouvert aux deux époux, ont été présentées comme découlant d'une interprétation de certaines dispositions du droit musulman, versets coraniques et *hadith*. Cette attitude a, bien entendu, rencontré certaines résistances, les voix discordantes qui s'étaient élevées se plaçant sur un plan religieux, les innovations étant perçues comme des atteintes à la religion. Dans l'ensemble cependant et après l'écoulement d'un certain temps, le Code a été bien reçu.

— La polygamie se réduisait auparavant à une faible bigamie, aussi, son interdiction a-elle été assez bien acceptée par le corps social. Certaines personnes, dans les premières années qui ont suivi la promulgation du Code, ont eu recours, pour détourner la loi, au mariage coutumier mais le législateur est intervenu par de nouveaux textes réglementant la forme du mariage et a sanctionné pénalement tout mariage hors des formes légales.

— L'adoption est prohibée par le droit musulman, elle a cependant été également acceptée. Deux facteurs expliquent cela: d'une part, il y avait à l'époque un véritable problème d'enfance abandonnée qu'il convenait de résoudre, d'autre part, les personnes qui estimaient ne pouvoir aller à l'encontre d'une interdiction religieuse pouvaient recourir aux formes traditionnelles d'intégration d'un enfant à la famille: le placement familial et la kafala (tutelle officieuse) qui demeurent en place.

Il convient cependant de relever qu'il existe un courant défavorable à l'adoption, ce qui s'est traduit au niveau de la jurisprudence par certaines décisions se prononçant pour la révocabilité de l'adoption, ceci alors que l'article 13 de la loi affirme que le jugement rendu est définitif et que seul le

retrait de la garde – et non la révocation – est prévu lorsque l’adoptant a gravement failli à ses obligations.

— Le legs obligatoire au profit des petits-enfants a été bien admis, allant aux yeux de tous dans le sens de l’équité, ainsi que les réformes tenant compte de l’intérêt de l’enfant.

Toutes ces innovations sont aujourd’hui intériorisées, le Code du statut personnel constitue véritablement, à présent, un objet de fierté pour la très grande majorité des Tunisiens. Les principes qu’il véhicule constituent des “acquis de la nation”.

## 2. *Perspectives postmodernes*

### A. *Une institution ou mécanisme légal a-t-elle (il) été adopté(e) récemment dans votre pays?*

Des institutions et de nombreux mécanismes légaux ont été adoptés notamment dans le domaine économique. Les réformes apportées dans le droit de la famille sont plus significatives.

— L’établissement de la filiation naturelle. Le droit musulman ne se préoccupe que de l’établissement de la filiation légitime, mais celle-ci a une acception particulière: il s’agit d’un lien de parenté directe entre un homme et un enfant introduisant celui-ci dans la lignée agnatique. Toute filiation paternelle établie est ainsi nécessairement légitime; la filiation naturelle est, quant à elle, ignorée. La loi du 28 octobre 1998 relative à l’attribution d’un nom patronymique aux enfants abandonnés ou de filiation inconnue, modifiée par la loi du 7 juillet 2003 permet la recherche et l’établissement de la filiation naturelle *a patre*. La filiation peut être établie par l’aveu ou prouvée par le témoignage ou par test d’empreintes génétiques.

— L’introduction des régimes matrimoniaux. La loi du 9 novembre 1998 relative au régime de la communauté des biens entre époux introduit une nouveauté dans le droit tunisien. Celui-ci, comme tous les systèmes issus du droit musulman ou influencés par lui, ne connaissait pas le concept même de régimes matrimoniaux conçu comme un corps de règles spécifiques aux relations pécuniaires des époux. Il en résultait une totale séparation des patrimoines. La femme conservait la propriété des ses biens et les gérât en

toute indépendance. Les relations patrimoniales entre époux étaient régies par le droit commun.

Cependant, toujours conformément au droit musulman, l'article 11 du Code du statut personnel prévoyait et prévoit toujours la possibilité d'inclure dans le contrat de mariage une clause relative aux personnes ou aux biens. Cet article est interprété par la doctrine comme permettant l'adoption d'un régime autre que celui de la séparation des biens. En pratique, il n'y était pas fait recours dans les relations internes. En revanche dans les relations internationales, pour les relations mixtes, l'article 11 CSP permettait de valider le choix d'un régime autre que celui de la séparation des biens.

La loi de 1998 ne bouleverse pas le droit patrimonial de la famille. En effet, le régime de la communauté des biens est un régime facultatif. Les époux peuvent le choisir mais le régime légal est celui de la séparation des biens. Le changement n'en est pas moins important. Le droit tunisien ignorait le concept même de régimes matrimoniaux. Désormais il existe un régime légal, celui de la séparation des biens, un régime de communauté minimale réglementé par le législateur dans ses différents aspects auxquels s'ajoute la possibilité pour les époux d'élargir conventionnellement et à leur gré, le domaine de la communauté.

*B. Quels éléments essentiels ressortent de l'institution ou mécanisme légal reçu?*

La loi relative à l'attribution d'un nom patronymique aux enfants abandonnés ou de filiation inconnue ainsi que la loi relative au régime de la communauté des biens entre époux ont donné lieu à des textes législatifs séparés. Elles n'ont pas été intégrées dans le Code du statut personnel. Il en avait été également ainsi pour la loi relative à l'adoption. Mettant toujours en œuvre la même politique législative, le législateur donne cependant l'impression de vouloir laisser hors du Code les questions qui posent problème parce que inconnues ou contraires au droit musulman.

*C. Quels ont été les vecteurs de la réception juridique?*

L'enseignement général reste bilingue; une politique d'arabisation a été mise en place au moment de l'indépendance mais les enfants apprennent toujours le français à l'école primaire. Dans les facultés de droit, les étudiants reçoivent une formation dispensée dans les deux langues, les cours sont enseignés certains en arabe et d'autres en français pour tous. Les ouvrages juridiques dans les bibliothèques sont plus nombreux en français qu'en arabe. La diffusion de la littérature juridique favorise la comparaison et la réception de modèles étrangers.

Il existe de façon générale une ouverture sur l'extérieur au niveau de l'enseignement supérieur. Il existe ainsi à la Faculté des sciences juridiques, politiques et sociales de Tunis, un mastère de droit européen et communautaire et un mastère de commun law. Tous les cours, pour ce dernier, sont enseignés en langue anglaise par des professeurs tunisiens, anglais, canadiens et américains. Les demandes d'inscription sont assez nombreuses, les étudiants munis d'un tel diplôme trouvant alors facilement du travail.

L'arabisation et les contacts avec le monde arabe plus spécialement maghrébin ont laissé une place importante aux relations avec l'Occident et plus spécialement avec les pays européens. Tout ceci contribue à perpétuer le système antérieur.

Dans le domaine du droit des personnes et de la famille, la diffusion des droits de l'homme et des principes égalitaristes explique les innovations. Pour l'établissement de la filiation naturelle, la nécessité d'apporter une solution aux problèmes sociaux qui se posent a certainement joué.

L'introduction d'un régime de communautés de biens a été une revendication féministe. On estimait que le régime de la séparation des biens, ayant certes pour lui l'avantage de la simplicité, met en réalité en œuvre une égalité toute formelle: il pénalise les femmes le plus souvent chargées des tâches ménagères et de l'éducation des enfants et dévalorise leur rôle et leur contribution en nature aux charges du mariage. Les régimes communautaires permettent, quant à eux, d'associer mari et femme à la prospérité du ménage, les biens acquis par l'un ou par l'autre durant le mariage sont considérés comme le fruit de leur efforts communs.

Le législateur devant régler une institution jusque là inconnue s'est tourné vers les droits étrangers et plus spécialement vers le droit français

Dans le domaine économique et commercial, l'ouverture des marchés vers l'extérieur, la libéralisation et la mondialisation imposent l'adoption des solutions communément admises.

*D. Quels sont les éléments d'identification généraux des institutions ou mécanismes légaux adoptés: législatif, jurisprudentiel, doctrinal?*

*E. Existe-t-il des éléments spécifiques identifiables d'hybridation juridique? Pouvez-vous donner des exemples?*

Une hybridation juridique se retrouve dans la loi relative au régime de la communauté des biens entre époux. La définition des biens communs révèle la mise en œuvre de deux logiques contradictoires dans la définition des biens communs: “Sont considérés communs entre les époux les immeubles acquis après le mariage ou après la conclusion de l’acte de communauté à moins que leur propriété n’ait été transférée à l’un d’eux par voie de succession, donation ou de legs et à condition qu’ils soient destinés à l’usage familial ou à l’intérêt propre de celle-ci nonobstant le fait que ledit usage soit continu, saisonnier ou occasionnel”. Les différents éléments qui rentrent dans cette définition relèvent pour certains de la notion d’acquêts, d’autres simplement de la protection du logement familial.

En effet, il s’agit de biens acquis après le mariage ou après la conclusion de l’acte de communauté et ces biens ne doivent pas avoir été transférés par voie de succession, donation ou legs. Il s’agit là de traits distinctifs que l’on retrouve dans la définition des acquêts du régime légal français. Il faudrait, pour que le système soit cohérent, qu’il s’agisse de tous les biens acquis de cette façon, c’est-à-dire les gains et les salaires et les biens acquis grâce à ces gains et salaires. Or il n’en est rien: cette cohérence est perturbée par l’irruption dans la définition d’éléments qui relèvent d’une autre logique. Il est, en effet, précisé qu’il ne s’agit que d’immeubles et que ces immeubles doivent être destinés à l’usage familial ou à l’intérêt propre de la famille. Il ne s’agit donc nullement d’une communauté d’acquêts telle qu’entendue classiquement.

Le législateur a voulu en fait apporter une solution à un problème réel. Pour la majorité des ménages, l’acquisition d’un logement constitue un acte important et probablement le seul achat d’un bien immobilier durant la vie commune. Cette acquisition est le plus souvent le fruit du travail et de l’épargne des deux époux et l’équité commande que la propriété en soit également partagée entre les deux conjoints. La pratique ne va pas dans ce sens: souvent le logement est acquis au profit du seul mari; il en résulte de grandes injustices au moment de la dissolution du mariage par divorce ou par décès, la femme peut se retrouver démunie.

Le législateur tunisien semble avoir subi l’influence du droit français avec la réglementation du régime légal de la communauté réduite aux acquêts et du droit italien avec le “fonds patrimonial”. Celui-ci consiste, en effet en un lien d’affectation portant sur des biens déterminés pour satisfaire les besoins de la famille. Mais ce “fonds patrimonial” ne constitue pas en droit italien, un régime général alternatif; il concerne uniquement des biens déterminés et peut cohabiter avec le régime qui gouverne le reste des biens, qu’il s’agisse d’un régime de communautés ou de séparation.

*F. Perspectives psychologiques. La réception a-t-elle été consciente ou inconsciente, adoptée ou rejetée, admise ou combattue?*

La réception au niveau du législateur est consciente, la préparation des projets de lois est le plus souvent précédée de l'examen de droits étrangers.

Concernant l'établissement de la filiation naturelle, les juristes et l'opinion publique, sensibles à la situation des enfants, y étaient, dans l'ensemble, favorables. Les opinions réticentes se sont traduites par une interrogation. Certains se sont, en effet, demandés si l'on ne risquait pas de revenir par la reconnaissance de la filiation naturelle à une sorte de polygamie, les enfants issus de la relation hors mariage ayant quasiment les mêmes droits que les enfants légitimes. La loi prévoit en effet que la filiation établie permet la transmission du nom, l'exercice de la tutelle et de la garde et ouvre droit à la pension alimentaire. La loi est muette concernant la vocation successorale entre l'enfant et son père. C'est sur ce point que l'opinion défavorable à l'établissement de la filiation naturelle s'est manifestée. L'on retrouve la position restrictive de certains commentateurs et de certaines décisions. Alors que la majorité de la doctrine estime que la vocation successorale réciproque est un effet de la filiation et que le silence du législateur ne peut être interprété comme une exclusion, certains auteurs et certaines décisions écartent de la succession de son père l'enfant naturel.

Dans le cas de la loi relative à la communauté des biens entre époux, il n'y avait pas de textes nationaux ni d'exemples dans le monde musulman qui pouvaient constituer une base de départ; aussi, pour introduire un concept nouveau, force était de se retourner vers les droits étrangers, plus spécialement vers les pays européens.

L'introduction d'un régime de communautés des biens avait été envisagée en 1981 et abandonnée en raison des réactions très vives que le projet avait, à l'époque, suscité. Les opposants à la réforme avançaient son incompatibilité avec le droit musulman. Ils s'appuyaient sur le fait qu'en cas de décès de l'un ou l'autre époux, il devait y avoir d'abord le partage de la communauté et ensuite viendraient la répartition des parts successorales. Cela a été perçu, par certains, comme une atteinte au droit successoral et aux quotes-parts tels qu'établies par le texte coranique.

Dix sept ans plus tard, cette prétendue incompatibilité n'est plus soutenue, l'article 11 du Code du statut personnel, qui est demeuré le même depuis la promulgation du code en 1956, est depuis mis en avant. Cet article prévoit conformément au droit musulman qu'il peut y avoir insertion dans le contrat de mariage de toute clause relative aux biens ou aux personnes. Il est

vrai que cette faculté reconnue par le droit musulman n'avait jamais été utilisée dans ce sens, la communauté des biens étant incompatible avec la polygamie et la répudiation facile. La réforme, en 1981, n'a plus été combattue et elle a été d'autant mieux acceptée dans son principe qu'il ne s'agissait pas de faire de la communauté des biens le régime légal.

Dans la pratique, le régime de la communauté des biens tel que prévu par le législateur est choisi par un petit nombre d'époux.

*G. La rédaction de lois modèle ou guides législatifs de la part d'organismes internationaux ou régionaux...*

La Tunisie s'est dotée le 26 avril 1993 d'un Code de l'arbitrage. Ce code intéresse l'arbitrage interne et l'arbitrage international. Après un chapitre relatif aux dispositions communes, le code consacre le chapitre 2 à l'arbitrage interne et le chapitre 3 à l'arbitrage international.

Dans les relations internationales, le recours à l'arbitrage est conçu, analysé et présenté comme une garantie juridique fondamentale qu'accorde la Tunisie, pays d'accueil à l'investisseur étranger. L'arbitrage est, pour l'État, un moyen de favoriser le commerce international ou plus spécialement de favoriser les entreprises nationales engagées dans le commerce international. Le libéralisme du législateur s'est traduit par l'adoption des solutions de la loi-type de la CNUDCI, solution qui est apparue comme la voie la plus sûre pour être en harmonie avec la communauté internationale. Le législateur a repris à son propre compte l'affirmation d'un auteur qui estimait que "C'est faire preuve d'un conformisme de bon aloi que de se rallier à des règles proposées par une instance internationale". Le législateur reprend les solutions de la loi-type avec le souci de conserver le maximum de dispositions avec le même enchaînement. Son conformisme est d'ailleurs poussé bien loin puisqu'il n'a pas tenu compte des critiques qui ont pu être adressées à la loi-type par la doctrine.

Le législateur a apporté cependant certaines adaptations et même quelques innovations parfois malvenues mais, le plus souvent, interventions que l'on peut qualifier d'heureuses.

Concernant la définition de l'internationalité de l'arbitrage, le Code commence par reprendre intégralement la définition de la loi-type sans tenir compte, sur ce point, des critiques qu'elle a pu soulever. L'internationalité de l'arbitrage résulte de l'internationalité économique du contrat, du flux et du reflux monétaire et de marchandises à travers les frontières mais l'internationalité de l'arbitrage peut également être conventionnelle, décidée

par les parties par la simple fixation du lieu de l'arbitrage à l'étranger ou la stipulation de l'existence de liens avec plus d'un pays. Mais le texte tunisien ne se contente pas de cette définition, après la reprise de l'énumération faite par la loi-type, il rompt avec la casuistique et ajoute une définition synthétique, l'arbitrage est international si "d'une manière générale, il concerne le commerce international" reprenant ainsi la solution de l'article 1492 du Nouveau Code de Procédure Civile français.

Le législateur s'écarte également de la loi-type s'agissant du droit applicable. Une première modification constitue un faux écart. Selon cette dernière, le tribunal arbitral tranche le différend conformément aux règles de droit choisies par les parties. L'alinéa 1er de l'article 73 du Code de l'arbitrage tel que rédigé en français utilise une autre terminologie, l'arbitre applique "la loi choisie par les parties". Cette rédaction résulte en fait d'une double traduction, traduction d'abord du texte de la loi-type du français vers l'arabe, ce dernier vise expressément "les règles de droit"; puis traduction du texte arabe de nouveau vers le français, le terme "loi" est alors utilisé. En droit tunisien, seul le texte en arabe fait foi, il faut en conclure que les parties peuvent choisir des règles non étatiques.

La loi-type prévoit ensuite: "À défaut d'une telle désignation par les parties, le tribunal arbitral applique la loi désignée par la règle de conflit qu'il juge applicable en l'espèce". Le Code de l'arbitrage prévoit, quant à lui, que le tribunal arbitral applique la loi qu'il estime appropriée. Il s'agit, dans ce cas, nécessairement de la loi d'un État.

Enfin, dans le souci de gagner du temps et d'éviter un procès, le Code de l'arbitrage prévoit une disposition originale qui n'est pas héritée de la loi-type. Lorsqu'une annulation totale ou partielle est prononcée, la Cour, à la demande de toutes les parties, peut statuer au fond. Elle peut agir en qualité d'amiable compositeur si le tribunal arbitral en avait la qualité et remplit lui-même les conditions requises. Le rejet du recours en annulation confère l'exequatur à la sentence arbitrale incriminée. Enfin, il est prévu que les parties qui n'ont en Tunisie, ni domicile, ni résidence principale ni établissement peuvent convenir expressément d'exclure tout recours total ou partiel contre toute décision du tribunal arbitral.

#### IV. CONCLUSION

Certes, le changement par le droit ne peut être reçu par la société que s'il est précédé d'un changement de valeurs au sein de la société, il n'en demeure pas moins que le rôle du législateur est important. L'expérience tunisienne en matière de statut personnel en est l'illustration. Le droit de la famille, régi pendant des siècles par le droit religieux, a pu être modifié de



façon importante au moment de l'indépendance. Le législateur prenant acte de l'évolution d'une partie de la société, l'a généralisé à l'ensemble. Les structures familiales étaient loin d'être homogènes et l'évolution n'était pas la même pour tous. Le nouveau droit était probablement, en 1956, en accord avec une partie de la société et correspondait à des structures existantes, sa généralisation à l'ensemble en fait un puissant facteur de changement de la société toute entière. Il y a là un processus d'accélération de la modernisation et d'orientation de l'évolution; le législateur tient compte des changements sociaux observés mais il fait également passer dans la loi les changements souhaités.