



*La conceptualisation en droit tunisien: entre l'effort
, le flottement et la mutabilité*

*Conceptualization in Tunisian law:
between effort, floating and mutability*

Dr. Oualid GADHOUM

Faculté de Droit de Sfax
(Tunisie)

walidgadhoum@yahoo.fr

Dr. ADHEED EZZAT HAMAD*

Collège universitaire Al-Mamoun,
(iraq)

Athead.a.hamad@almamonuc.edu.iq

Résumé:

Elément indispensable à toute recherche, le concept n'est pas seulement une aide pour percevoir, mais une façon de concevoir. Il organise la réalité en retenant les caractères distinctifs et significatifs des phénomènes. Il exerce un premier tri au milieu du flot d'impressions qui assaillent le chercheur. Le droit ne peut constituer un ensemble systématique et rationnel que s'il est sous-tendu par un réseau de concepts qui lui donne son organisation intellectuelle. En procédant par conceptualisation successive, il qualifie tel acte juridique de contrat, de condition suspensive, de chose future, de vente, etc.

informations sur l'article

Reçu
03 October 2020
Acceptation
18 février 2021

Mots clés:

- ✓ concept,
- ✓ flottement,
- ✓ fluctuation,
- ✓ mutabilité

Abstract :

An essential element for any research, the concept is not only an aid to perceive, but a way of conceiving. It organizes reality by retaining the distinctive and significant characters of the phenomena. He exercises a first sorting out in the midst of the flood of impressions which assail the researcher. Law can only constitute a systematic and rational whole if it is underpinned by a network of concepts which gives it its intellectual organization. By proceeding by successive conceptualization, he qualifies such legal act as a contract, a condition precedent, a future thing, a sale, etc.

Article info

Received
03 October 2020
Accepted
18 February 2021

Keywords:

- ✓ concept,
- ✓ floating,
- ✓ fluctuation,
- ✓ mutability

* Auteur correspondant.

1. Introduction

Max Weber affirmait dans *la Science comme vocation et comme profession* en 1919 que : « l'enthousiasme passionné de Platon pour la pensée s'explique par le fait que l'époque qui fut la sienne, fut celle où l'on mit sciemment au jour, pour la première fois, le sens de l'un des grands instruments de toute connaissance scientifique : le concept. Il ajoute que c'est Socrate qui en a découvert toute la portée. Mais il ne fut pas le seul à avoir mis à jour cet instrument pour enfermer l'interlocuteur dans l'étau de la logique »¹. C'est donc le pouvoir de contrainte logique des concepts, de ces instruments cognitifs qui sont à leur tour soumis au pouvoir de contrainte logique du réel sur la pensée.

Elément indispensable à toute recherche, d'autant plus qu'il guide cette dernière en lui procurant au départ un point de vue, « le concept n'est pas seulement une aide pour percevoir, mais une façon de concevoir. Il organise la réalité en retenant les caractères distinctifs et significatifs des phénomènes. Il exerce un premier tri au milieu du flot d'impressions qui assaillent le chercheur»².

La connaissance du droit par exemple, c'est-à-dire la compréhension de la volonté du législateur, réside d'abord et avant tout dans la science des concepts juridiques³. Connaître le droit, c'est savoir au préalable quelle acception ont les concepts évoqués par le législateur dans la règle qu'il a édictée d'autant plus que l'extension d'un concept est fonction de sa compréhension⁴.

Le droit ne peut constituer un ensemble systématique et rationnel que s'il est « sous-tendu par un réseau de concepts qui lui donne son organisation intellectuelle »⁵. En procédant par conceptualisation successive, il qualifie tel acte juridique de contrat, de condition suspensive, de chose future, de vente, etc. Ainsi, les choses, les faits, les actes, les droits, les procédés techniques, les institutions et les situations de fait en général ne peuvent être analysés en droit que par référence à des concepts juridiques clairs et précis.

Le droit a donc besoin d'une construction intellectuelle qui repose sur des concepts exprimant le contenu, les conditions et les effets de l'organisation sociale et de là, naît d'ailleurs un réseau de concepts permettant la classification des faits, des circonstances et des notions de sorte qu'il suffit de qualifier une situation juridique par rapport à telles ou telles catégories pour lui appliquer le régime⁶.

Au demeurant, « tout système conceptuel implique, (...), des distinctions et des rapprochements entre les notions qu'il utilise et les réalités ou les phénomènes qu'il rencontre »⁷. A partir de là, vient le rôle du juriste qui sera conduit à établir des catégories

juridiques, c'est-à-dire des ensembles de droits, de choses, de personnes, de faits ou d'actes ayant entre eux des traits communs caractéristiques et obéissant à un régime commun⁸. R.SAVATIER n'a-t-il pas dit que « poser des catégories, moyen initial et nécessaire pour le travail du juriste, c'est apporter, en effet, une simplification volontaire aux caprices spontanés et divers de la réalité »⁹?

Les concepts sont des « représentations mentales générales et abstraites des objets »¹⁰. Plus précisément, le concept est une abstraction, ce n'est pas le phénomène lui-même et il prend sa signification du contexte d'outil est tiré¹¹. Il peut changer de sens, suivant la façon dont il est considéré. Il peut, avec le progrès de la science, s'améliorer, se relier à des théories et aboutir à des applications nouvelles. « Un concept issu d'une série d'observations permet ensuite, par déduction, de prévoir d'autres problèmes, d'autres conséquences des faits qu'il généralise »¹². Alors que dans les sciences physiques et naturelles, le concept obéit aux nécessités de l'uniformité de la mesure et de la quantification, en sciences sociales, même si on se heurte à une question de vocabulaire, le concept remplit les fonctions d'organiser, de guider, de désigner et de prévoir¹³.

En matière juridique, le concept ne peut être déterminé qu'en fonction du droit objectif et des réalités sociales. « La démarche intellectuelle qui y conduit part de l'observation de la loi, de la jurisprudence, de la pratique juridique... Elle est particulièrement difficile, car elle s'appuie sur des règles mouvantes et souvent contradictoires et sur l'extrême variabilité des comportements humains et des phénomènes d'ordre psychologique, social, économique, éthique... »¹⁴.

S'il est logique que les autorités normatives définissent avec précision les termes qui peuvent avoir un effet sur les sujets de droit, la définition des concepts dans des branches du droit comme le droit civil, le droit commercial, le droit pénal ou le droit fiscal n'est pas si facile qu'on le croit. L'effort de définir un concept doit logiquement être confié à la doctrine avec éventuellement des corrections ou des rajouts par la jurisprudence, à moins que le concept ne s'applique à une institution qui pourrait soulever des interrogations que les autorités se doivent de trancher¹⁵.

Technique juridique¹⁶, outil cognitif et instrument par lequel le droit a prise sur la réalité¹⁷, le concept se distingue de certaines notions voisines comme la notion, l'institution et la catégorie.

Concept et notion, deux outils cognitifs, ont fait l'objet d'une controverse doctrinale. Plusieurs auteurs les confondent¹⁸. Il s'agit en réalité d'un « couple » utilisé sans distinction pour désigner la connaissance générale et abstraite d'un objet. Alors qu'une partie de la

doctrine considère que la distinction de ces deux instruments juridiques très discutée et particulièrement délicate à réaliser, une autre partie de la doctrine fait la distinction entre les deux termes¹⁹.

La notion juridique est un terme à propos duquel une systématisation doctrinale a pu établir l'implication d'un certain nombre d'effets de droits réguliers²⁰. Le concept juridique, quant à lui, est une construction qui accompagne, encadre le fonctionnement des notions²¹. De la sorte, la notion n'est autre que « la mise en œuvre d'un concept »²².

Plus précisément, la notion est une représentation à contenu variable dans le temps et dans l'espace, voire en mutation continue (bonne mœurs, intérêt général, ordre public, bon père de famille, etc.), le concept est une représentation à contenu fixe et demeure identique, une traduction jugée comme une photo qui fait appel à une image fixe²³. Mais cela n'empêche que le concept peut évoluer pour devenir une notion.

Le concept se distingue également de l'institution qui constitue en fait l'ensemble de règles de droit organisées autour d'une idée centrale. Elle permet de réunir les aspects communs de phénomènes différents et « de rassembler autour d'un intérêt commun et d'une même inspiration des règles dispersées sous des rubriques différentes dans les textes ou les codes, etc., de recenser tous les éléments disparates d'un même phénomène juridique »²⁴.

Alors que l'institution est un travail intellectuel de systématisation et de structuration qui permet de réunir des règles juridiques en un seul corps, le concept serait plutôt rattaché à une opération intellectuelle qui permet d'identifier et de reconnaître des objets matériels ou immatériels²⁵.

Les concepts se distinguent aussi des catégories, c'est-à-dire « des ensembles de droits, de choses, de personnes, de faits ou d'actes ayant entre eux des traits communs caractéristiques et obéissent à un régime juridique commun »²⁶.

Même si les concepts sont désignés par une dénomination particulière, définis et décrits par une formule brève et synthétique, certaines difficultés surgissent quant à leur mise en œuvre. Comment les préciser lorsqu'ils sont vagues ? Comment les cartographier ? Les analyser ? Et le cas échéant comment les repenser ?

Répondre à toutes ces questions, traduit le rôle incontournable du juriste qui lui incombe d'interroger les instruments intellectuels qu'il s'apprête à utiliser, d'identifier les usages fréquents de termes sans concepts, d'élaborer de nouveaux concepts et de refaçonner autrement des concepts existants. N'a-t-on pas dit que le juriste « élabore les concepts, les définit ou les redéfinit, détermine les catégories, construit les institutions, les adapte aux

besoins de l'évolution, dégage les principes généraux, en fixe l'étendue, découvre les lacunes et propose les moyens à même de les combler »²⁷?

Le droit tunisien ne fait pas l'exception. Comme tout droit, il a forgé ses propres concepts afin de les utiliser comme des instruments cognitifs. Parfois, il trouve sa vitesse de croisière et parfois il est débordé, voire dépassé et doit affronter un arsenal juridique devenu incontrôlable dans certaines disciplines juridiques surtout après la révolution de 2011 (17 décembre 2010-14 janvier 2011) où une panoplie de textes a vu le jour pas forcément par choix, mais aussi, par obligation pour être au diapason des standards internationaux²⁸.

Du coup, certains concepts ont vu le jour, d'autres, devenus obsolètes, ont été écartés alors que d'autres ont été retapés à neuf ou mis à jour par la doctrine ou la jurisprudence. Même si l'effort est louable, l'exercice de la conceptualisation demeure, par son aspect technique, assez délicat et tout laisse à penser que le juge, l'universitaire et le juriste sont submergés de concepts qu'ils doivent manier avec tact et mesure.

L'exercice de la conceptualisation n'est pas si facile qu'on le croit surtout pour le juriste soucieux de la précision. L'inflation des textes, leur foisonnement et leur complexité en est pour quelque chose. Le droit, en perpétuel mouvement, fait surgir des concepts qui effacent d'autres, les actualisent ou les ajustent. Pour toutes ces raisons, certains concepts sont fluctuants alors que d'autres sont carrément flottants si bien qu'il est impératif d'apprendre à les construire de façon rigoureuse²⁹. L'indispensable conceptualisation (I) qui suppose un effort certain et peut mener à des concepts flottants, peut aussi mener à une mutabilité des concepts (II).

I- De l'indispensable conceptualisation

« Le plus souvent, la réalité ne révèle au chercheur qu'un seul aspect des phénomènes, il doit, pour préciser certains éléments, concevoir, imaginer une hypothèse pour ce qu'il ne voit pas. Le concept en tant qu'outil, fournit non seulement un point de départ, mais également un moyen de désigner par abstraction, d'imaginer ce qui n'est pas directement perceptible »³⁰. En s'organisant suivant sa nature propre et en se combinant avec d'autres concepts de même sorte pour former une pure construction juridique, bâtie en abstraction et par les seuls efforts de la pensée, le concept règne, comme l'a mentionné F. GENY, en maître³¹. D'ailleurs, la conceptualisation juridique est une opportunité saisie par le droit et c'est ce dernier qui conceptualise et forge les concepts pour analyser le droit même si l'effort de conceptualiser n'est guère une tâche facile (A) et le risque d'aboutir à des concepts flottants reste toujours probable (B).

A- De l'effort de conceptualiser

Exigeant un effort permanent, la conceptualisation a connu des évolutions très importantes ces dernières années dans toutes les disciplines auxiliaires du droit. N'étant pas des espèces naturelles ou des objets linguistiques, les concepts sont plutôt des instruments cognitifs. L'œuvre de conceptualiser consiste donc à forger des concepts pour analyser le droit et les loger dans des catégories juridiques qui sont en réalité « les rudiments du droit », voire « le lieu d'un concept »³². La conceptualisation des faits est donc le moyen pour les juristes de les placer sous l'empire du droit et à la place qu'il leur assigne³³.

Même si le droit prétend à l'exactitude par le sens qu'il assigne aux mots, l'effort de conceptualisation n'a guère été une tâche facile. Instruments cognitifs au départ, les concepts, certes divers, mais qui devaient à la base jouer un rôle logique distinct, sont, avec le mouvement permanent du droit, devenus difficiles à cartographier. Certains d'entre eux, en constante évolution, sont réarticulés, refaçonnés, ou mis à jour. D'autres, sont de nature polysémique ou fluctuante, prêtent équivoque, ne facilitent pas la tâche du juriste et méritent assez souvent d'être mis à jour et repensés. Pourtant, le propre d'un concept c'est d'avoir un contenu fixe. Il doit aussi, normalement demeurer identique.

Mais, en fait, tel n'est pas le cas pour plusieurs concepts. Le concept « entreprise », « consommateur », « artisan », « dirigeant », « tuteur », « responsabilité », « embryon » et tant d'autres, figés à la base, n'ont cessé d'évoluer et de se transformer. Ils sont tout le temps en gestation d'où l'influence sur certaines disciplines juridiques, comme le droit de la famille qui a de tout temps été, dans la plupart des Etats arabo-musulmans, la plus pénétrée par les concepts religieux. De là est né d'ailleurs l'éternel problème, notamment en droit tunisien, des rapports entre le droit positif de la famille et le droit musulman³⁴.

Le droit, pourtant synonyme de stabilité, d'assurance et de sagesse, est aujourd'hui en perpétuel mouvement et loin d'être un ensemble de règles en état d'inertie. On assiste alors à des concepts modernisés, refaçonnés, mis à jour, voire inventés, comme celui de l'« actionnaire de référence », prévu récemment par la loi n°2016-48 du 11 juillet 2016 relative aux banques et établissements financiers, d'où leur difficile classification dans une catégorie juridique.

Dans certains cas, le législateur se trouve en difficulté et a du mal à conceptualiser. Le législateur tunisien, par exemple, devant certaines difficultés conceptuelles, résultant de l'absence de concepts correspondants en langue arabe, fut obligé à user de la terminologie française. L'article 124 de la loi n°69-54 du 26 juillet 1969 portant réglementation des substances vénéneuses a retenu la liste des produits classés dangereux et droguants rédigée

en langue française et ce, jusqu'à la publication du texte arabe³⁵.

Aussi, le concept de la « mort » est imprécis compte tenu de l'implication qu'il connaît suite à la reconnaissance de la transplantation d'organes. A partir de quel moment peut-on dire qu'un corps devient un cadavre ? L'est-il ainsi avec la situation du coma dépassé ou quand le sujet décédé est maintenu artificiellement en vie ³⁶? La doctrine et la jurisprudence, elles aussi deux concepts de taille, joueront dans ce cas leur plein rôle pour définir, tirer au clair ou trancher³⁷.

Il en est de même aussi du concept de « renonciation » en droit privé. Phénomène social, ledit concept se présente avec de multiples facettes. Il est omniprésent dans plusieurs branches du droit. Tel est le cas du créancier qui renonce à réclamer sa dette, de l'héritier qui renonce à la succession, du créancier gagiste qui renonce à sa sûreté, de la victime d'un accident de la route qui renonce à l'indemnisation, les parties à un litige qui renoncent au bénéfice d'une clause d'arbitrage, etc.

Omniprésent, et consacré dans le code des obligations et des contrats, le code des droits réels, en matière de statut personnel, voire, dans le code de commerce, le code du travail, le code de l'assurance et le code des sociétés commerciales, le concept de « renonciation » demeure pourtant ambiguë et inclassable dans une catégorie juridique bien définie. « En effet, il est difficile de poser des limites réciproques de la renonciation, de la distinguer des techniques juridiques voisines, et de cerner son utilisation dans un langage juridique restreint »³⁸. Ses terminologies différentes (renonciation pure et simple, renonciation translative, renonciation à titre onéreux, renonciation à titre gratuit) ne facilitent pas, loin s'en faut, sa perception.

L'effort de la conceptualisation de la « renonciation » devait permettre de la saisir, comme une manifestation d'un phénomène juridique, et on devait finir par la comprendre, l'admettre, la reconnaître assurant par là une appréhension des faits en droit³⁹ et du coup, la renonciation ne serait plus un cas métaphysique, ni une hérésie, mais une vérité qui s'impose⁴⁰. Sa conceptualisation permettra aussi de lui attribuer le régime juridique adéquat. Et c'est avec cet exercice de conceptualisation que ses conditions seront précisées, ses effets deviendront nets ce qui donne la sensation d'une charpente solidement établie et reconnaissable pour tous⁴¹.

« Qu'elle soit l'œuvre de la doctrine, de la jurisprudence ou du législateur, la technique de la conceptualisation juridique n'en appelle pas moins quelques observations se devant de prendre en compte la règle "nul n'est censé ignorer la loi". La considération s'impose afin que le sens assigné aux formules juridiques ne verse pas dans un ésotérisme risquant de rendre

leurs séquences indéchiffrables aux destinataires qu'elles visent »⁴².

Un concept juridique doit avoir un sens qui se rapproche le plus de celui que lui accorde la langue commune et c'est pour cette raison d'ailleurs qu'il faut chercher le sens dudit concept dans les dictionnaires de langue courante et non des dictionnaires spécialisés. Le concept « infraction » par exemple, défini comme « la commission d'un fait interdit par la loi pénale », ou celui de « l'incrimination », défini comme « le processus par lequel une autorité normative compétente soumet un fait ou une attitude aux sanctions répressives dans un système donné »⁴³, et tant d'autres concepts, illustrent l'idée qu'un substantif doit s'appliquer à une activité, plus qu'à un état a-t-on dit⁴⁴.

L'effort de conceptualisation dépend parfois de la nature de la branche du droit. Le meilleur exemple est celui du droit fiscal, lequel par son réalisme, est devenu original par ses concepts. Il ne s'agit guère d'un désordre conceptuel mais parfois d'adaptations rendues nécessaires suite à des soucis propres à cette branche du droit dont l'ésotérisme, la complexité et l'inflation des textes compliquent la tâche des spécialistes même de la fiscalité⁴⁵.

« La raison du fisc », l'une des facettes de la mystérieuse raison d'Etat, conduit assez souvent le législateur fiscal à adopter des concepts qui ne coïncident pas forcément avec les concepts adoptés par les autres lois régissant le monde des affaires. Il arrive que le droit fiscal ignore la personnalité juridique pourtant reconnue par le droit commercial à un type de sociétés et inversement⁴⁶. Il arrive également⁴⁷ que le concept « bénéfice » soit qualifié de non commercial alors qu'il est le fruit d'un acte de commerce.

Le droit fiscal, généralement présenté comme un droit de superposition⁴⁷, appréhende la « simulation »⁴⁸ qui a réussi à envahir plusieurs branches du droit, en tant que concept de droit privé pour des raisons d'ordre pratique⁴⁹.

Cette branche du droit, connue par son particularisme⁵⁰, et pour certains par son autonomie⁵¹, peut cependant devenir un droit d'opposition, voire d'exception surtout que certains concepts, comme celui de « la simulation » changent de signification selon la matière juridique dans laquelle ils sont utilisés⁵². Se pose alors la question de l'unité ou de l'éclatement conceptuel de « la simulation »⁵³ et son régime juridique en droit fiscal qui peut ou non se calquer totalement sur le droit privé afin d'assurer, comme l'a expliqué RIVERO, « la stabilité des catégories juridiques qui est le crédo de tout juriste »⁵⁴, ou bien c'est l'autonomie du droit fiscal qui va prévaloir s'agissant de la simulation⁵⁵?

Indispensable pour la méthode juridique et se basant sur l'identification empirique des éléments essentiels des réalités concrètes, n'a-t-on pas dit que le « conceptualisme »⁵⁶ peut

représenter un danger lorsque, du fait d'un degré d'abstraction trop élevé, il devient excessif ? Mieux encore, « s'il est pollué par trop d'artifices juridiques, il finit par se détacher de la réalité. La pensée juridique se coupe alors de la réalité sociale, si bien qu'elle ne parvient plus à la maîtriser »⁵⁷.

B- Au risque d'une conceptualisation flottante

Certains concepts sont qualifiés de « flous » et « imparfaitement définis »⁵⁸. Le concept de « responsabilité pénale » par exemple est, selon un auteur⁵⁹, difficile à saisir. Cette difficulté se traduit par le fait qu'il est traité de différentes manières en fonction des approches des auteurs. Ayant connu une évolution rapide, ledit concept peut être rattaché à l'élément moral de l'infraction et incorporé dans le concept d'imputabilité comme il peut être superposé aux notions de culpabilité et d'imputabilité. Il est également possible que le concept de « responsabilité pénale » soit détaché de l'infraction et centré sur la personne du délinquant.

Le droit tunisien ne fait pas l'exception. Il connaît des exemples de concepts flottants. « La coutume » et l'« usage » en sont deux parmi d'autres. En effet, le code des obligations et des contrats (COC) s'est intéressé à la coutume. Promulgué en 1906, ledit code cite deux concepts clés à savoir, la coutume et l'usage dans 84 articles⁶⁰. Il les cite, en effet, dans le contrat de vente, de bail, de l'enzel, du prêt, du mandat, de commande, de société, de la société à champart, de la société à complant et de cautionnement.

D'autres codes, comme le code du statut personnel⁶¹, le code des droits réels⁶², le code de commerce⁶³, le code du commerce maritime⁶⁴, etc. ont également cité la coutume.

Même si plusieurs codes ont évoqué l'usage et la coutume, le fief de ces deux concepts reste le code des obligations et des contrats à travers l'article 543 qui prévoit que : « la coutume et l'usage ne seraient prévaloir contre la loi » et l'article 544 qui prévoit, à son tour, que « celui qui invoque l'usage doit en justifier l'existence : l'usage ne peut être invoqué que s'il est général ou dominant et s'il n'a rien de contraire à l'ordre public et aux bonnes mœurs ».

Cependant, la particularité de la législation tunisienne est cette référence à la fois à l'usage et à la coutume. En effet, dans certains articles, comme l'article 264 du COC relatif aux frais de l'exécution de l'obligation, dans sa version arabe, version officielle, le législateur cite la coutume seulement⁶⁵. En revanche, dans l'article 516 du COC, relatif à l'interprétation des conventions, le législateur fait référence uniquement à l'usage et ne cite pas la coutume⁶⁶. Dans d'autres articles, il est fait référence, en même temps, aux deux concepts. Tel est le cas de l'article 526 du COC dans sa version arabe, relatif à l'interprétation des conventions⁶⁷.

La jurisprudence n'a pas tranché la question et la Cour de cassation a, dans beaucoup d'arrêts, employé le concept « usage » et « coutume » en même temps⁶⁸. Les deux concepts sont-ils alors synonymes aussi bien pour le législateur que pour les juges ou s'agit-il tout simplement d'un lapsus ?

La doctrine n'est pas unanime sur la question de savoir si les rédacteurs dudit code ont tout simplement confondu l'usage et la coutume ou font bel et bien la différence entre ces deux concepts. Une partie de la doctrine a montré que, malgré la différence établie entre la coutume et l'usage, le COC emploie les deux concepts sans observer la rigueur juridique nécessaire. Il s'agit d'une confusion terminologique qui oblige à conclure que le législateur tunisien n'a en réalité organisé dans le COC que l'usage⁶⁹.

Une autre partie de la doctrine a considéré que la coutume et l'usage employés par le législateur dans le COC sont deux concepts qui ont le même sens. Le fait que le législateur organise en même temps la coutume avec l'usage ne fait que traduire la position inférieure de la coutume pour la traiter d'égal à égal avec l'usage⁷⁰.

Plus récemment, le professeur N. Ben AMMOU a montré que la différence entre l'usage et la coutume, dans le COC, se fait ultérieurement lorsque la coutume acquiert une certaine force obligatoire et la conviction d'agir en vertu d'une règle obligatoire. C'est d'ailleurs de la sorte que la coutume devient, contrairement à l'usage, une source du droit⁷¹.

Ces controverses doctrinales trouvent une explication dans l'histoire qui y est sans doute pour beaucoup. Le rapporteur de la commission David SANTILLANA a cherché, dans la rédaction du code de 1906, à concilier entre le droit musulman, suffisamment ancré dans un pays comme la Tunisie, et la législation de certains pays européens, notamment la France, dont l'influence sur la législation tunisienne est assez importante⁷².

En effet, en droit musulman la coutume et l'usage sont synonymes. Santillana, principal instigateur du COC, en faisant allusion au droit musulman, emploie les deux concepts sans en faire la différence. Il a conclu que l'usage a la même force obligatoire que la loi et en fait une partie intégrante⁷³.

Quant à la législation française, deuxième source d'inspiration du COC, le code civil français n'a pas consacré une différence entre la coutume et l'usage. Il a pratiquement utilisé dans tous les articles le terme usage sauf dans l'article 593 qui prévoit pour les droits des usufruitiers de se référer à l'usage du pays ou la coutume du propriétaire.

La doctrine, quant à elle, confirmait, selon les termes d'AUBRY et RAU dans le projet de 1899, que les règles non écrites « constituent ce qu'on appelle des usages ou des coutumes lato sensu »⁷⁴. Il en est de même pour CAEN et RENAULT qui, selon GENY, considèrent que l'usage est synonyme à la coutume⁷⁵. Dans le même sens ont été les écrits de DEMOLOMBE qui a défini le droit non écrit comme « un autre mode de formation de lois par la coutume, par l'usage »⁷⁶. Plus récemment, LUBRUN a remarqué qu'« on employa indifféremment les mots « coutume » et « usage » pour désigner les diverses règles coutumières qui pouvaient subsister, toutes ses expressions sont plus ou moins synonymes dans la langue des auteurs du XIX siècle »⁷⁷.

Les deux sources d'inspiration du COC, à savoir la doctrine musulmane et française sont, semble-il, derrière l'emploi de ces deux concepts de coutume et d'usage dans le COC sans pour autant les confondre⁷⁸. Dans le système français, les différences entre la coutume et l'usage sont plus nettes. Alors que la première est une règle de droit, la deuxième est plutôt un fait social. De là, découle d'ailleurs la différence de leurs régimes juridiques que l'effort de conceptualisation a permis d'attribuer.

En effet, si l'usage doit être prouvé, le juge doit connaître la coutume. Cette dernière s'impose donc à ceux qui l'ignorent alors que l'usage est écarté si une partie démontre qu'elle l'ignorait. Alors que, selon un auteur, nul n'est censé ignorer la coutume, il est aussi permis de dire que nul n'est censé connaître l'usage. Fait social, l'usage a valeur de règle supplétive, la coutume, quant à elle, a valeur de règle impérative⁷⁹.

Le flou conceptuel ne s'arrête pas à ce niveau si bien qu'on peut le détecter dans une autre branche du droit à savoir le droit commercial, et plus particulièrement le droit des sociétés. En effet, assez claire en apparence, le concept « objet social » soulève, à la vérité, comme l'a montré Cordonnier, des questions passablement ardues, aux incidences pratiques nombreuses⁸⁰. Considéré comme la pierre angulaire de l'existence de la société, mais aussi de sa continuité, l'objet social demeure jusqu'à l'heure actuelle, pour le juriste du moins, un concept peu précis, voire peu intelligible.

Malgré la panoplie des textes juridiques évoquant l'objet social, le législateur, aussi bien tunisien que français, ne l'a pas défini⁸¹. Consciente des problèmes que le concept « objet social » peut soulever, et dont plusieurs semblent prendre de nos jours un regain d'actualité, la doctrine a essayé de le délimiter. A sa grande surprise, « les efforts de définition du concept d'objet social aboutissent toujours à l'éclatement des formules »⁸².

Selon une définition classique, l'objet social est réduit, « à ce que nous nous proposons d'atteindre ou de réaliser en agissant »⁸³. Quasiment unanime, la doctrine française s'accorde

à dire que l'objet social est le programme des activités auxquelles la société peut se livrer afin de réaliser des bénéfices ou des économies et d'en faire profiter ses membres⁸⁴.

De cette définition ressortent des particularités dont la plus importante est celle qui considère que le concept « objet social » n'est autre qu'un programme ou un souhait, ou, comme l'a expliqué P. Didier « l'indication d'une orientation sans pour autant tracer un parcours »⁸⁵. C'est ainsi d'ailleurs, qu'il offre un choix d'activités sans pour autant être réalisé dans son ensemble et trace les limites dans lesquelles la société peut trouver la / ou les activités à exercer⁸⁶.

II- A la mutabilité des concepts

L'inflation des textes juridiques⁸⁷, aggravée aujourd'hui par l'ésotérisme et la « décodification »⁸⁸ sont aujourd'hui des phénomènes qui ont largement contribué non seulement à la mutabilité de certains concepts fondamentaux comme ceux du « droit », de la « nation », de la « dignité » ou de la « citoyenneté » (A), mais aussi et surtout, à la mutabilité en général de certains concepts usuels comme celui de l'« entreprise », de la « punctuation », devenue plus tard « accord de principe », ou du « consommateur » (B).

A- La mutabilité des concepts fondamentaux

La mutabilité des concepts est aujourd'hui une réalité. Instruments cognitifs au départ, ils quittent leur fixité pour devenir mutables⁸⁹. Si certains d'entre eux ont servi à un moment donné et ont joué leurs rôles escomptés, d'autres, avec le temps, méritent d'être refaçonnés, voire repensés. Tel est le cas par exemple du concept « droit » dont l'évolution, mais aussi et surtout, la mutabilité reste phénoménale.

En effet, « les textes fondateurs des trois religions révélées ne comportent pas de définition explicite du concept de « droit » (...) le nouveau testament ne comporte pratiquement pas de contenu typiquement juridique, ni a fortiori une définition du concept de "droit". Le Christ ayant clairement enseigné que "Mon Royaume n'est pas de ce monde". En ce qui est du Coran, il suffit de noter que le terme "droit" ou son équivalent n'y a pas été mentionné une seule fois. Le terme "Chari'a", si souvent utilisé par les traditionalistes musulmans, n'y a été mentionné qu'une seule fois, et encore, dans un sens tout à fait différent de ce que nous entendons couramment par le terme "droit" »⁹⁰. Une telle constatation s'explique par le fait que, durant toute l'Antiquité, le "droit" a été une discipline tout à fait marginale, et que les besoins de ces sociétés dans ce domaine étaient très limités⁹¹.

Ces sociétés étaient en fait, très peu "juridicisées" et l'emprise du droit sur la vie sociale est, comme l'a montré Max WEBER, relativement récente⁹². Contrairement à la société moderne, dans laquelle l'individu admet que chacun de ses gestes soit juridiquement défendu ou permis, dans les vieilles sociétés, le droit, loin de tout régir, est totalement effacé devant les devoirs, les usages et les rites etc. les obligations morales et sociales, les rites de la vie en société sont suffisamment puissants pour que des règles juridiques apparaissent inutiles et choquantes par leur vulgaire brutalité⁹³.

« Identifier le droit est une difficulté majeure qui n'est spécifique à aucun champ cognitif. Mais la thèse de la confusion et de l'inutilité de la distinction est parfois purement et simplement adoptée. Elle pourrait bien être volontaire. Et pourtant, aucun savoir ne peut se dispenser de dire son objet. Il reste toutefois que l'identification du droit n'a pas qu'un intérêt cognitif. Si le concept d'Etat de droit prend sens aujourd'hui, c'est bien par ce que le droit qualifie l'Etat et non l'inverse »⁹⁴.

C'est ainsi qu'il a fallu « attendre la formation des Etats modernes pour qu'en terre d'Islam se pose la question de la reconnaissance du « droit ». Il a fallu attendre le XIX pour que la langue juridique s'enrichisse de concepts qui rendent compte de la nouvelle forme d'organisation sociale : citoyen (*Muwaten*), constitution (*Destour*), République (*Jomhurrya*) et que d'autres vocables changent de sens pour exprimer le nouvel état des lieux : *Sha'b* pour dire le peuple, *Tashri* ou *quanoun* pour dire la loi votée. En somme, il a fallu beaucoup de temps pour que l'héritage cesse d'être un obstacle à la connaissance du droit et donc à la construction de la société citoyenne »⁹⁵.

Le Doyen S. BELAID a montré que pour le concept « droit », on assiste à un double équilibre. D'un côté, on est en présence d'une conception, au départ étriquée, du droit, mais qui a été surdéterminée par les doctrines traditionalistes. D'un autre côté, alors qu'on peut trouver dans les textes fondateurs des éléments prometteurs d'une définition « matérielle » et rationaliste du droit, le constat est que la doctrine traditionaliste s'est systématiquement attachée à les marginaliser et même à en étouffer l'épanouissement au niveau de la pensée juridique et du contenu du droit applicable⁹⁶.

Mis à part le concept « citoyenneté », qui définit le lien privilégié, qui unit, à l'origine, une personne à la cité et, plus généralement, à l'Etat et qui n'est pas moins polysémique comparativement à d'autres concepts,⁹⁷ puisqu'il rime avec l'égalité et la liberté⁹⁸, le concept « nation », tout récent, est lui aussi susceptible de mutabilité. En effet, « à l'échelle de l'histoire humaine, on peut dire que le concept est né d'hier »⁹⁹ avec les Etats modernes en Europe au XVI siècle. Difficile à définir¹⁰⁰, et la difficulté de définir un concept peut, comme

l'a dit le professeur M. CHARFI, amener à douter de son existence, le concept « nation » a été défini pour la première fois par l'Académie française en 1694.

Il s'agit d'un concept qui n'a pris de l'importance qu'au XIX siècle avec la montée du nationalisme allemand et italien et l'apparition des Etats nations¹⁰¹. Plus tard, le concept « nation » a pris une dimension universelle au milieu du XX siècle avec la décolonisation et la généralisation des Etats–Nations dans le monde.

Aujourd'hui, « il est indéniable que le concept de « nation », après avoir joué un rôle éminemment positif, lors du combat pour la décolonisation, perd de nos jours de son importance. Pour certains auteurs, ce concept, vieux d'à peine trois siècles, période très courte à l'échelle de l'histoire de l'humanité, produit des circonstances historiques bien déterminées, est néfaste et finira par disparaître. Il serait donc utile de savoir si ce concept est accidentel dans l'histoire de l'humanité, ou s'il est appelé à durer par ce qu'il correspondrait à une réalité »¹⁰².

Dans un autre contexte, un concept fondamental, à la base philosophique et éthique comme celui de la « dignité », qui renvoie à l'essence même de l'être humain et exprime une norme universelle, a été plus tard érigée en concept juridique. S'agit-il d'une simple fluctuation ou carrément d'une altération qui oblige le juriste de passer d'un contenu à un autre ?

Concept philosophique et éthique, avant d'être érigée en concept juridique, la « dignité » renvoie à l'essence même de l'être humain et exprime une norme universelle, largement développée par E. KANT, à savoir que l'homme doit toujours être perçu comme une fin en soi et non comme un moyen¹⁰³.

En réalité, le concept de « dignité » n'était pas expressément évoqué dans les déclarations relatives à la première génération des droits de l'homme, axées principalement sur les droits civils et politiques. Curieusement, les déclarations des droits de l'homme adoptées par les Etats-Unis et la France à la fin du XVIII siècle ignorent totalement le concept de « dignité ».

Les droits civils et politiques sont proclamés à tout être humain, dans l'absolu, abstraction faite de la situation concrète dans laquelle il mène sa vie. « Or, l'histoire a montré que ces droits perdent leur effectivité là où règnent la crainte et la misère. C'est donc à l'appui de la proclamation des droits économiques et sociaux, dits droits de l'homme de la deuxième génération, que le concept « dignité » est apparu sur la scène juridique dans le contexte faisant suite à la seconde guerre mondiale »¹⁰⁴.

Le premier texte ayant consacré sur le plan international le concept de « dignité » est la déclaration de Philadelphie adoptée par l'OIT le 10 mai 1944¹⁰⁵. Annonçant solennellement que le travail n'est pas une marchandise, cette déclaration établit dans son paragraphe II- a, un lien étroit entre le concept de la « dignité » et les droits sociaux, en affirmant que « tous les êtres humains, quel que soit leur race, leur croyance ou leur sexe, ont le droit de poursuivre leur progrès matériel et leur développement spirituel dans la liberté et la dignité, dans la sécurité économique et avec des chances égales ».

Le même lien entre le concept de « dignité » et les droits sociaux se dégage des dispositions de la déclaration. Après avoir affirmé que la reconnaissance de la « dignité » inhérente à tous les membres de la famille humaine constitue le fondement de la liberté, de la justice et de la paix dans le monde, et que tous les êtres humains naissent libres et égaux en dignité et en droit, la déclaration de 1949 a évoqué à deux reprises le concept de dignité à la proclamation des droits sociaux¹⁰⁶.

Même s'il est aujourd'hui érigé au rang de principe à valeur constitutionnelle dans la constitution de janvier 2014¹⁰⁷, le concept de « dignité » demeure ignoré dans le code du travail. Pourtant l'émergence de ce concept en droit social est considéré comme l'un des traits les plus significatifs de l'évolution de cette discipline juridique au cours des dernières années¹⁰⁸.

B- La mutabilité des concepts en général

Aujourd'hui, la diversité des concepts est une réalité¹⁰⁹. Abstracts¹¹⁰, ils sont de divers types en droit et jouent des rôles logiques distincts. Avec la complexité linguistique, le législateur a été amené à maintes reprises à utiliser des concepts composés. Cette méthode, qui n'est pas nouvelle, traduit semble-t-il un euphémisme juridique. C'est ainsi que l'appellation « indemnité de licenciement » a été changée par la loi n° 94-29 du 21 février 1994 par une autre moins déplaisante, à savoir « gratification de fin de service » ou la formule « interruption volontaire de grossesse », qui a pris en France, la place d'une autre moins choquante, à savoir, l'« avortement ». Il en est de même pour le concept procédural de « mise en examen » remplaçant depuis 1993 en France celui d'« inculpation », inconciliable d'ailleurs avec la présomption d'innocence¹¹¹.

Assez souvent, pour la conceptualisation juridique, le législateur définit un concept différemment. C'est ainsi que le concept « entreprise », par exemple, est défini par l'article 2 du décret n°94-780 du 14 avril 1994 portant création du répertoire national d'entreprises comme suit : « est considérée comme entreprise toute personne morale ou physique exerçant une activité industrielle, commerciale, agricole ou toute autre profession libérale ». Le même

concept « entreprise » est défini par la loi n°2018-52 sur le registre national des entreprises comme « toute personne qui exerce une activité industrielle, artisanale ou commerciale ou toute autre activité professionnelle, libre ou indépendante avec rémunération ou offrant des activités et services à but lucratif ou non lucratif »¹¹².

L'éclatement du concept « entreprise », voire sa mutabilité, est aujourd'hui spectaculaire. Tout est désormais « entreprise » et le concept vient de connaître, au fil du temps, une désintégration totale, spontanée ou provoquée, mais incontestablement phénoménale, si bien qu'une association est devenue à la lumière de la loi n°2018-52 une entreprise. Ladite loi ajoute que : « l'entreprise comprend les personnes physiques et morales, les constructions juridiques et les associations ».

Il en est de même pour le concept de « consommateur », défini par la loi n°92-117 du 7 décembre 1992 relative à la protection du consommateur, comme « toute personne qui achète un produit en vue de la consommation ». La loi n°98-40 du 2 juin 1998 relative à la technique des ventes et à la publicité le définit, quant à elle, comme « toute personne qui achète un produit en vue de le consommer ou l'exploiter dans les domaines externes à sa spécialité professionnelle ».

« De telles variations s'inscrivent en faux de la mission normative dont l'une des fonctions consiste à adopter des règles identiques pour les situations analogues »¹¹³ et dans ce genre de situations la prudence s'impose pour les concepts utilisés dans une même discipline même s'il est normal que, visant la répression, le droit pénal par exemple conçoit des concepts d'une façon plus restrictive alors que le droit civil, se souciant de la réparation du dommage, cherche à être plus extensif¹¹⁴. Pour toutes ces raisons se justifient les différences dans les concepts tels que celui de la « faute » et celui de « légitime défense ».

Certains concepts changent de signification selon la matière juridique dans laquelle ils sont utilisés. C'est ainsi par exemple, que le concept de « majorité » n'est pas identique en matière civile et en matière pénale. Il en est de même du concept de « domicile » utilisé en droit civil, en droit international privé, en droit fiscal international, ou en droit de procédure civile ou pénale. Bien entendu, tout ceci « gêne le chercheur qui se croit alors justifié d'utiliser des définitions personnelles. Chacun ayant les siennes, la nécessité de définir les concepts, pour qu'ils puissent jouer leur rôle d'agent de communication, devienne impérieuse. Le terme culture pour un anthropologue, n'a pas le même sens pour un romancier ou un agriculteur »¹¹⁵.

D'autres concepts sont prédisposés à la mutabilité comme celui de la « punctation » devenu aujourd'hui « accord de principe ». Contrat préparatoire, ce dernier est défini « comme l'engagement contractuel de faire une offre ou de poursuivre une négociation en cours afin

d'aboutir à la conclusion d'un contrat, dont l'objet n'est encore déterminé que de façon partielle et en tout cas insuffisante pour que le contrat soit formé»¹¹⁶. Il s'agit d'un contrat ayant pour objet de préparer une opération future souvent de grande envergure¹¹⁷. Il fait partie d'une catégorie juridique plus large de ce qu'on appelle les contrats préliminaires¹¹⁸.

Historiquement, c'est au XIX^{ème} siècle que la théorie de la « punctuation » a été développée. La doctrine germanique devait en réalité répondre à une question qui consistait à savoir si l'écrit, entre les parties contractantes envisageant la conclusion d'un contrat, doit servir de simple point de repère pour les discussions futures jusqu'à l'entente absolue sur tous les points du contrat en vue ou, au contraire, a-t-il une force obligatoire. Ouvert, le débat doctrinal n'a pas tranché la question. Une partie de la doctrine considérait que la « punctuation », en tant que concept, valait conclusion du contrat alors qu'une autre partie ne lui conférait que la valeur d'un projet.

Le code civil français est resté muet sur la question, surtout que le concept «punctuation» est demeuré étranger aux rédacteurs du code Napoléon. L'article 2 du code suisse des obligations affirme, quant à lui, la force probante de la «punctuation». De la sorte, le législateur suisse assimile l'accord de principe à un contrat définitif.

A la fin du XIX^{ème} siècle et « (...) au moment de la rédaction du code civil allemand, les discussions doctrinales et les divergences législatives avaient fait de la « punctuation » un point chaud, que les auteurs du B.G.B. prirent soin de régler avec précision ». Aux termes du paragraphe 154 du BGB (le code civil allemand) la « punctuation » ne peut avoir la valeur d'un contrat¹¹⁹. L'accord de principe n'est qu'une simple tractation sans valeur juridique.

Issue de la théorie germanique, le concept « punctuation », devenu carrément une théorie, fut développée en France par A. Rieg¹²⁰. L'auteur avança deux définitions de la « punctuation ». D'après lui, le concept « punctuation » peut désigner « la formation du contrat par couches successives » ou bien « l'écrit que les parties ont rédigé pour fixer les points des négociations d'un contrat, lorsque les parties rédigent leurs points d'accord ». Il ne retint que la seconde¹²¹.

En droit tunisien, le COC n'emploie pas le terme « punctuation » ou « accord de principe ». Le code des obligations et des contrats n'utilise pas explicitement la notion de contrat préparatoire même s'il ne semble pas l'ignorer complètement puisque l'article 24 du COC semble être inspiré, comme l'a démontré le professeur A. REBAI, du droit allemand¹²². L'article 24 du COC dispose que : «le contrat n'est point parfait lorsque les parties ont expressément réservé certaines clauses comme devant former objet d'un accord ultérieur ;

l'accord intervenu dans ces conditions, sur une ou plusieurs clauses ne constitue pas engagement, alors même que les préliminaires de la convention auraient été rédigés par écrit ».

L'article 24 du COC recouvre l'hypothèse d'un accord qui se limite à résumer les fruits des pourparlers, à fixer certains éléments de l'entente. Dans l'esprit des parties, un tel accord n'est qu'une étape dans la formation du contrat, un point de repère pour la mémoire. On peut parler, alors, d'une « punctuation » au sens technique du terme, c'est-à-dire un procédé par lequel les parties marquent une pause dans les pourparlers avant de chercher à s'entendre sur les éléments encore indéterminés¹²³.

Engagement contractuel afin d'aboutir à la conclusion d'un contrat, « l'accord de principe » est un concept à la fois souple et à contenu variable. La variabilité de son contenu, ou si l'on veut des réalités qu'elle couvre, conjuguée avec sa souplesse, n'empêche pas l'existence d'un fond commun qui suffit pour la considérer comme une véritable catégorie juridique¹²⁴. Cette dernière, dont l'établissement, selon Jean Luc BERGEL, doit partir des objets mêmes qu'il faut regrouper d'après leurs caractères communs, se distingue non seulement par ses contours, mais aussi, par sa nature et ses effets¹²⁵.

Conclusion

Technique juridique et outil par essence cognitif, le concept est un instrument par lequel le droit a prise sur la réalité. D'ailleurs, la mise en œuvre du droit ainsi que les valeurs qu'il représente et les buts qu'il compte atteindre ne saurait être possible sans l'effort de conceptualisation d'autant plus que cette dernière permet d'attribuer le régime juridique adéquat.

Le propre du concept est son universalité qui ne pose aucune limite à son champ d'application dans le temps et dans l'espace¹²⁶. Sa représentation abstraite et immatérielle légitime d'ailleurs son caractère figé. En contrepartie, la démarche intellectuelle est en constante évolution d'autant plus que de nouveaux éléments de la vie dont ni la loi, ni la jurisprudence n'ont pu connaître imposent à tout moment de la renouveler¹²⁷. Elle a besoin d'assises stables par ce que tout système juridique doit être organisé à partir de principes généraux et fondé sur des notions suffisamment claires et permanentes pour en maintenir l'harmonie sans laquelle il se disloquerait, se perdrait en contradictions et deviendrait incompréhensible et impraticable¹²⁸.

Même si certains concepts ont servi un jour et sont aujourd'hui révolus ou renouvelés, c'est parce qu'ils ne sont plus au diapason d'un arsenal juridique qui régleme un « paysage

juridique » assez compliqué comme le commerce électronique, la lutte contre la fraude fiscale internationale et le blanchiment d'argent et le combat du crime cybernétique.

Tout laisse à penser que les concepts, conçus pour être des constructions intellectuelles afin d'appréhender l'objet du droit, sont mis à mal et avec eux les théories qu'elles portent. Ballotés par le flot incessant des changements législatifs et des réformes institutionnelles, il n'est plus surprenant qu'un concept, pour s'adapter rapidement aux évolutions sociétales, soit modifié ou altéré ou passe, parfois assez rapidement, d'un contenu à un autre.

Dans d'autres circonstances, certains concepts, qui demeurent encore utiles, sont reconduits, mis à jour, refaçonnés et parfois même retapés à neuf, alors que d'autres sont carrément fluctuants voire flottants rendant la tâche du juriste encore plus difficile qu'elle ne l'était auparavant. Fort heureusement, certains concepts naissant, qui ne cessent d'envahir le droit, sont apprivoisés par la doctrine et la jurisprudence dont le rôle est devenu incontournable pour amenuiser autant que faire se peut leur flottement.

Identifier les concepts, les refaçonner, les classer, les repenser, ou traiter leur fluctuation et parfois leur flottement est certes un effort louable du juriste tatillon et minutieux afin de maintenir leur rôle purement cognitif. Un tel effort permet également de faciliter la tâche de ce dernier qui vit au quotidien des situations dans lesquelles, au cœur d'une analyse juridique, il a forcément du mal à identifier un concept. Le même effort facilite la tâche de l'universitaire, maniaque de la précision, à enseigner le droit et du juge, jaloux pour son impartialité et sa droiture, à dire le droit.

Reference

¹ In : « Forger des concepts pour analyser le droit », argumentaire du séminaire de recherche organisé et animé par : Etienne PICARD et REGIS PONSARD, du jeudi 14 février 2019 au jeudi 20 juin 2019.

² M GRAWITZ : « Méthodes des sciences sociales », Dalloz, 10^{ème} édition, 1996, p.348, n°307.

³ P. DELNOY : « Eléments de méthodologie juridique », LARCIER, 2005, p.71.

⁴ Ibid.

⁵ G CORNU : « Droit civil- Introduction, les personnes, les biens », Montchrestien, 9^{ème} édition, 1999, n°186.

⁶ G CORNU : « Droit civil- Introduction, les personnes, les biens », Montchrestien, 9^{ème} édition, 1999, n°186.

⁷ J.L. BERGEL : « Méthodologie juridique », PUF, 2001, p.106.

⁸ J.L. BERGEL : « Différence de nature égale différence de régime », RTD Civ., 1984, p.255.

⁹ R. SAVATIER : « Réalisme et idéalisme en droit civil d'aujourd'hui- structures matérielles et structures juridiques », In : « Le droit privé au milieu du XX^{ème} siècle », Etudes offertes à G.RIPERT, LGDJ, 1950, p.82.

¹⁰ Dictionnaire Robert.

¹¹ M GRAWITZ : « Méthodes des sciences sociales », op.cit., p.349, n°307.

¹² Ibid.

¹³ Ibid.

¹⁴ E.S. de la MARNIERRE : « Eléments de méthodologie juridique », Librairie du journal des notaires et des avocats, 1976, préface de G. VEDEL, n°60.

¹⁵ M. MAHFOUDH : « La langue et le droit », op.cit., p.513.

¹⁶ F. GENY : « Science et technique en droit privé positif. Nouvelle contribution à la critique de la méthode juridique, Recueil Sirey, 1914.

- ¹⁷ CL. DU PASQUIER : « Introduction à la théorie générale et à la philosophie du droit », Neuchâtel-Paris, DELACHAUX et NIESTLE, 6^{ème} édition, 1979, n°183.
- ¹⁸ Les exemples sont multiples. Certains auteurs parlent de la notion d'entreprise mais emploient également le terme concept d'« entreprise » pour cette dernière. Il en est de même par exemple du concept « simulation ».
- ¹⁹ F. HAID : « Les notions indéterminées dans la loi : essai sur l'indétermination des notions légales en droit civil et pénal », thèse, université P. CEZANNE, Aix-Marseille 3, 2005, p.15.
- ²⁰ X. BIOY : « Le concept de personne humaine en droit public, recherche sur le sujet des droits fondamentaux », Dalloz, 2003, p.862.
- ²¹ S.G. CHARTRAND et G. DE KONICK : « La clarté terminologique pour plus de cohérence et de rigueur dans l'enseignement du français », 2009, Québec français. <http://id.erudit.org/iderudit/1844ac>.
- J.PH. DEROSIER : « Enquête sur la limite constitutionnelle : du concept à la notion », Revue française, droit constitutionnel, PUF, 2008, p.228.
- ²² J.PH. DEROSIER, op.cit., p.228.
- ²³ J.L. BERGEL : « Théorie générale du droit, méthodes du droit », 5^{ème} édition, Dalloz, 2012, n°152.
- ²⁴ J.L. BERGEL : « Théorie générale du droit, méthodes du droit », op.cit., n°156.
- ²⁵ Voir : R. HACHICHA GARGOURI : « Le concept de renonciation en droit civil », thèse, Faculté de Droit de Sfax, 2017/2018, p.21.
- ²⁶ J.L. BERGEL : « Différence de nature égale différence de régime », RTD civ. op.cit., p.255.
- ²⁷ N. BEN AMMOU : « La doctrine tunisienne de droit privé de l'aube du XX è à la veille du XXI è siècle », In : « L'apport du XXème siècle au droit privé tunisien », Collection Forum des juristes n°8, Tunis, 2000, p.122.
- ²⁸ Rien qu'en matière fiscale, plus de 660 mesures ont été prises dans les lois de Finances et les lois fiscales.
- Voir à titre d'exemples :
- La loi sur le blanchiment d'argent.
 - La loi sur le partenariat public privé.
 - La loi sur les banques et les établissements financiers.
 - La loi sur le registre national des entreprises.
 - La loi transversale sur l'investissement.
 - Le code des collectivités locales.
 - La loi sur les prix et la concurrence.
 - La loi sur les banques et les établissements financiers.
 - Etc.
- ²⁹ M. GRAWITZ : « Méthodes des sciences sociales », op.cit., p.348, n°307.
- ³⁰ Ibid.
- ³¹ F.GENY : « Science et technique en droit privé positif », Tome I, n°40.
- ³² G.CORNU : « Droit civil- Introduction, les personnes, les biens », op.cit., n°187.
- ³³ J.L. BERGEL : « Méthodologie juridique », op.cit., p.50. « L'appropriation d'un bien, qui est un fait, pour montrer que le droit peut s'en emparer à plusieurs titres : si le bien est soumis au pouvoir exclusif d'un seul, c'est la propriété ; s'il est soumis au pouvoir de plusieurs, c'est l'indivision, la copropriété, la société, ce qui correspond à des concepts distincts ».
- B. STARCK-H.ROLAND-L. BOYER : « Introduction au droit », Litec, 4^{ème} édition, 1996, n°247.
- ³⁴ F. MECHRI : « Famille et justice », Mélanges Y. BEN ACHOUR, CPU, 2008, p.319.
- ³⁵ M. MAHFOUDH, in : « La langue et le droit », Mélanges S.BELAI, CPU, 2004, p.519.
- ³⁶ B.PY. : « La mort et le droit », Que sais-je ?, 1997, 1^{ère} édition, p. 17 et s.
- ³⁷ M. MAHFOUDH, in : « La langue et le droit », op.cit, p.513.
- ³⁸ R. HACHICHA GARGOURI : « Le concept de renonciation en droit civil », thèse, Faculté de Droit de Sfax, 2017/2018 p.11.
- ³⁹ R. HACHICHA GARGOURI : « Le concept de renonciation en droit civil », thèse, op.cit., p.23.
- ⁴⁰ Ibid.
- ⁴¹ P. ROUBIER : « Théorie générale du droit », Histoires des doctrines juridiques et philosophie des valeurs sociales, 2^{ème} édition, Dalloz, 2005, p.16.
- ⁴² M.MAHFOUDH : « La langue et le droit », op.cit., p.514.
- ⁴³ M. MAHFOUDH : « L'incrimination », Thèse, 1998.
- ⁴⁴ M. MAHFOUDH : « L'incrimination », op.cit.
- ⁴⁵ N. BACCOUCHE : « Droit fiscal général », Novaprint, 2008, p.45.
- ⁴⁶ Voir les dispositions de l'article 4 du CIR.
- ⁴⁷ F. DOUET : « Contribution à l'étude de la sécurité juridique en droit fiscal interne français », LGDJ, Paris, 1997, p.234.
- ⁴⁸ La simulation est un phénomène multidimensionnel lié à la diversité des domaines qu'elle couvre puisqu'elle peut être utilisée pour désigner toute création d'une apparence trompeuse. Simuler, c'est feindre, mentir, tricher, tromper. C'est faire paraître comme réelle une chose qui ne l'est pas. Voir la thèse de S.KOUBAA : « La simulation en droit fiscal tunisien », Faculté de Droit de Sfax, 2015/2016, p.5.
- ⁴⁹ S.KOUBAA : « La simulation en droit fiscal tunisien », Faculté de Droit de Sfax, 2015/2016, p.23.
- ⁵⁰ F. GENY : « Le particularisme du droit fiscal », RTD civ. 1931, p.797.
- ⁵¹ L.TROTABAS : « Essai sur le droit fiscal », RSLF, 1923, n°4, p.216.

⁵² J.L. BERGEL : « Méthodologie juridique », op.cit., p.18.

⁵³ S. KOUBAA : La simulation en droit fiscal tunisien », op.cit., p.23.

⁵⁴ J.RIVERO : « Apologie pour les faiseurs de système », D. 1951, p.101.

⁵⁵ Envahi par la simulation, le droit fiscal contient certes des dispositions anti simulation surtout que l'administration est assez souvent confrontée à des apparences trompeuses dont le but n'est autre que masquer des situations imposables. Se pose alors la question de savoir si le fisc peut disposer, comme tout tiers de droit privé, de tous les privilèges et les actions du droit commun pour protéger sa créance contre les agissements de son débiteur, telles que l'action en déclaration de simulation, l'action paulienne et encore l'action oblique ?

⁵⁶ Sur le conceptualisme juridique, voir J. DABIN : « Théorie générale du droit », Dalloz, 1969, n°232 et s.

⁵⁷ J.L. BERGEL : « Méthodologie juridique », op.cit., p.52.

⁵⁸ R.BERNARDINI : « Droit pénal général-introduction au droit criminel, théorie générale de la responsabilité pénale », Paris Gualino éditeur, Coll. Manuels, 2003, n°297.

⁵⁹ Ibid.

⁶⁰ Voir : les articles 29- 246-247-254-264-290-532-543-544-593-597-603-604-605-610-628-647-648-680-702-741-742-743-745-746-758-768-771-775-784-792-793-799-812-823-824-825-832-837-838-839-861-862-865-868-876-957-967-1004-1028-1037-1041-1062-1066-1091-1117-1119-1131-1135-1136-1141-1143-1144-1155-1171-1200-1202-1204-1211-1287-1293-1370-1378-1381-1387-1400-1409-1421-1493.

⁶¹ L'article 23 du CSP dispose que : « les deux époux doivent remplir leurs devoirs conjugaux conformément aux usages et à la coutume ».

L'article 48 du CSP dispose que : « en cas d'empêchement de la mère, le père est tenu de pourvoir aux frais de l'allaitement conformément aux usages et coutumes ».

⁶² L'article 72 du CDR dispose que : « dans les villes et les campagnes, tout mur servant de séparation entre bâtiments jusqu'à l'héberge, ou entre cours et jardins et même entre clos dans les champs, est présumé mitoyen, s'il n'y a coutume ou marque du contraire ».

L'article 141 du CDR dispose que : « lorsqu'il y a désaccord sur le partage des papiers de famille ou des objets auxquels peuvent tenir les héritiers par affection pour le défunt, le tribunal, compte tenu des usages et des circonstances personnelles propres aux héritiers, ordonne, soit la vente de ces papiers ou objets, soit leur attribution à l'un des héritiers, avec ou sans imputation de leur valeur sur sa part héréditaire ».

⁶³ L'article 3 du code de commerce prévoit que : « est soumis aux lois et usages du commerce, quiconque, de manière habituelle, procède aux opérations visées à l'article 2, en vue de réaliser un bénéfice ».

L'article 48 alinéa 2 et 3 (abrogé par l'article 2 de la loi n°2000-93 du 3 novembre 2000 portant promulgation du code des sociétés commerciales) disposait que : « quel que soit son objet, toute société anonyme est soumise aux lois et usages de commerce ».

L'article 597 du code de commerce prévoit que : « tous les contrats commerciaux sont régis par le présent code, à défaut par le code des obligations et des contrats, à défaut par l'usage ».

⁶⁴ L'article 60 alinéa 3 du code de commerce maritime prévoit que : « d'une façon générale, le capitaine est tenu d'exécuter et de remplir toutes les obligations et charges attachées à sa fonction par les lois, les règlements, les conventions et accords internationaux et les usages maritimes ».

⁶⁵ L'article 1^{er} de la loi n°93-64 du 5 juillet 1993 relative à la publication des textes au journal officiel de la République tunisienne et à leur exécution dispose que : « les lois, les décrets lois, les décrets et les arrêtés sont publiés au journal officiel de la République tunisienne en langue arabe. Ils sont publiés également dans une autre langue et ce uniquement à titre d'information ».

L'article 264 du COC dispose que : « les frais de l'exécution seront à la charge du débiteur, ceux à la réception à la charge du créancier, s'il n'y a stipulation ou usage contraires, et sauf les cas où il en est autrement disposé par la loi ».

⁶⁶ L'article 516 du COC dispose que : « on doit suppléer les clauses qui sont d'usage dans le lieu où l'acte a été fait ou qui résulte de sa nature ».

⁶⁷ L'article 526 du COC dispose que : « lorsque, dans une obligation, la somme, mesure ou quantité, est indiquée approximativement par les mots : « environ, à peu près » et autres équivalents, il faut entendre la tolérance admise par l'usage du commerce ou du lieu ».

⁶⁸ Voir à titre d'exemple :

- Cass. civ. n°6748, 21 décembre 1981.

- Cass. civ. n° 4730, du 23 juin 1982. In : ELLEUCH Sonia, La coutume et l'usage dans le code des obligations et des contrats, livre du centenaire du COC 1906-2006, CPU, 2006, p. 126.

⁶⁹ K. CHARFEDDINE : « Droit civil », IORT, 2002, p. 94.

Mohamed El ARBI HACHEM : « La coutume dans la cassation », colloque sur la cassation, Recueil, rencontres entre juristes, n°2, IORT, 1989, p.389.

⁷⁰ M. CHARFI –A.MEZGHANI « Introduction à l'étude du droit », CERP, 1993, p.428 et s.

⁷¹ N. BEN AMMOU : « Le pouvoir de contrôle de la Cour de cassation », Thèse, FD.SC.PO de Tunis, 1996, p. 309 et 312.

- ⁷³D. SANTILLANA : « Avant-propos de l'avant-projet », 1899, Edition Imprimerie générale, J. PICARD et Cie, p. VI.
- ⁷⁴ AUBRY et RAU : « Cours de droit civil français », Paris, LGDJ, T.I, 5^{ème} édition, 1897, p.74.
- ⁷⁵ F. GENY : « Méthodes d'interprétation et source en droit privé positif », 1^{ère} édition.
- ⁷⁶ J. DEMOLOMBE-F. Charles : « Cours de code Napoléon », Paris, 4^{ème} édition, Imprimerie générale de Ch. Lahure, 1869, p.35.
- ⁷⁷A. LUBRUN : « La coutume- ses sources- son autorité en droit privé », op. cit. , p.144.
- ⁷⁸ Voir : S. ELLEUCH : « La coutume et l'usage dans le code des obligations et des contrats », op. cit, n° 25 et s.
- ⁷⁹ Voir : M. MAHFOUDH : « Une introduction au droit commercial tunisien », COOPI, 2004, p.95.
- ⁸⁰ P. Cordonnier : « L'objet Social », Chr. XXXV, Dalloz, 1952.
- ⁸¹ Le code des obligations et des contrats, le code de commerce et plus récemment, le code des sociétés Commerciales évoquent l'objet social sans jamais le définir. Il en est de même de la législation française. Les différentes traductions du terme objet social sont :
- Article 45 du CIR: الغاية
Article 46 du CIR: الغرض
Article 9 du CSC: الموضوع
Article 25 du CSC: النشاط الاجتماعي
article 209CSC: الموضوع اجتماعي
article 114CSC: نشاط الشركة
article 229CSC: موضوع الشركة
article 1252COC: الغرض
- ⁸² M. DAGOT – Chr. MOULY: « L'usage personnel du crédit social et son abus », Revue des sociétés, 1988, n° 10.
- ⁸³ A. LALANDE : « Vocabulaire technique et critique de la philosophie », PUF, Collection Quadrige, p. 702.
- ⁸⁴ G. RIPERT – R. ROBLOT - par M. Germain, « Traité de droit commercial- les sociétés commerciales », 18^{ème} édition, T.I, Volume 2, n°1056-1058.
- MERCADAL et JANIN : « Sociétés Commerciales », Mémento F. Lefebvre 1998, n° 90.
- Ph. MERLE : « Droit Commercial- Sociétés commerciales », Dalloz, 1996, 5^{ème} édition, n° 52.
- M. COZIAN – A. VIANDIER : « Droit des sociétés », Litec, 14^{ème} édition, n° 119.
- BEZARD : « Sociétés Civiles », Litec, 1978, n° 209.
- ⁸⁵ P. DIDIER : «Droit commercial », T. 1, PUF, 1970, p. 323.
- Voir aussi : PILAISANT et DELAISI : RFC, 1971, p. 292 et s.
- ⁸⁶ R. MICHAT – GOUDET, Juris-classeur, 1999, « Objet social », n°6.
- ⁸⁷ R. SAVATIER : « L'inflation législative et l'indigestion du corps », Dalloz-Sirey, 1977, 6^{ème} cahier, Chron. V.
- J. CARBONNIER : « L'inflation des lois, Essais sur les lois », Défrénois, 1979, p.271 et s.
- F. TERRE : « La crise de la loi », APD, n°25, 1980, p.17 et s.
- ⁸⁸ B. OPPETIT : « La décodification du droit commercial français », Mélanges RODIERE, Dalloz, 1981, p.197.
- ⁸⁹ E. PICARD : « Les concepts : fixité ou mutabilité ? », In : « Forger des concepts pour analyser le droit », séminaires de recherche, op.cit.,
- ⁹⁰ S.BELAID : « Religions révélées et concept de droit : éléments d'une étude historique comparée », Mélanges M. CHARFI, CPU., 2001, p.92.
- ⁹¹ S.BELAID : « Religions révélées et concept de droit : éléments d'une étude historique comparée », Mélanges M. CHARFI, CPU., 2001, p.92.
- ⁹²M. WEBER : « Sociologie du droit », trad. De Jacques GROSCLAUDE, PUF, coll. « Recherches scientifiques », Paris, 1986.
- ⁹³ A.TUNC : « Droit », Encyclopaedia Universalis, p.412.
- ⁹⁴ A. MEZGHANI : « Contribution au débat sur l'identification du droit », mélanges M. CHARFI, CPU, 2001, p.56.
- ⁹⁵ A. MEZGHANI : « Contribution au débat sur l'identification du droit », op.cit., p.57.
- ⁹⁶ S. BELAID : « Religions révélées et concept de droit : éléments d'une étude historique comparée », op.cit., p.96.
- ⁹⁷ J. GICQUEL : « La citoyenneté au regard de la constitution », Mélanges Y. BEN ACHOUR, op.cit., p.1003.
- ⁹⁸ Ibid.
- ⁹⁹ M. CHARFI : « Les éléments constitutifs du concept de nation », Mélanges S. BELAID, CPU, 2004, p.291.
- ¹⁰⁰ M. CHARFI : « Passé et avenir de l'idée de nation », Mélanges S. BEN HALIMA, CPU, 2005, p.151.
- ¹⁰¹ Ibid.
- ¹⁰² M. CHARFI : « Les éléments constitutifs du concept de nation », op.cit., p.281.
- ¹⁰³ N.MZID : « Dignité et travail salarié », Mélanges Y. BEN ACHOUR, op.cit, p.538.
- ¹⁰⁴ N.MZID : « Dignité et travail salarié », Mélanges Y. BEN ACHOUR, op.cit, p.540.
- ¹⁰⁵ E. LEE : « La déclaration de Philadelphie » : rétrospectives et prospective », RIT, volume 133,1994, n°4, p.516.
- ¹⁰⁶ Sur ces développements, voir : N. MZID : « Dignité et travail salarié », op.cit, p.540.
- ¹⁰⁷ On peut lire dans le préambule de la constitution : « en vue de réaliser les objectifs de la Révolution de la liberté et de la dignité... ». L'article 23 de la constitution prévoit aussi que : « l'Etat protège la dignité de l'être humain et son intégrité physique. Le crime de torture est imprescriptible ».
- ¹⁰⁸ O. TISSOT : « Pour une analyse juridique du concept de dignité du salarié, Dr.Soc., 1995, p.972.

¹⁰⁹ - Des « concepts primaires », c'est-à-dire des représentations de 'réalités extra juridiques' comme la naissance ou la mort.

- Des concepts vulgaires comme le concept de l' « animal ».

- Des concepts proprement juridiques : comme l' « Etat », le « Contrat », la « responsabilité »...

- Des concepts « réflexifs » et construits qui, comme le contrat, l'acte juridique ou la société sont représentatifs de règles et d'institutions juridiques.

- Des concepts déterminés mais indéterminables comme les bonnes mœurs, la faute ou l'ordre public,...

Voir : J.L. BERGEL : « « Méthodologie juridique », op.cit., p.51.

¹¹⁰ Tous les concepts juridiques sont abstraits même si leur degré d'abstraction varie selon leur degré de généralité ou de différenciation. Le droit pose des règles abstraites et c'est pour cette raison que les concepts sont forcément abstraits. Voir : P. PESCATORE : « Introduction à la science du droit », Luxembourg, 1960, n°138.

¹¹¹ J. VOLFF : « la mise en examen », In : « la procédure pénale, bilan des réformes depuis 1993 », sous la direction de ROUJOU-De-BOUBEE, Dalloz, 1995, p.31.

¹¹² Loi n°2018-52 du 29 octobre 2018 sur le registre national des entreprises.

¹¹³ M. MAHFOUDH : « La langue et le droit », op.cit., p.515.

¹¹⁴ M.MAHFOUDH, op.cit, p.516.

¹¹⁵ M. GRAWITZ : « Méthodes des sciences sociales », op.cit., p.349, n°307.

¹¹⁶ I. NAJJAR : « L'accord de principe », op.cit., p.57.

¹¹⁷ A. LASSOUED : « Les contrats préparatoires », op.cit., p. 82.

¹¹⁸ Ibid.

¹¹⁹ L'article 2 du code suisse des obligations dispose que : « si les parties se sont mises d'accord sur tous les points essentiels, elles sont présumées avoir entendu s'obliger définitivement, encore qu'elles aient réservé certains points secondaires, le juge les règle en tenant compte de la nature de l'affaire ».

Le paragraphe 154 du BGB allemand dispose que : « tant que les parties ne sont pas tombées d'accord sur tous les points d'un contrat qui, ne fût-ce que d'après la déclaration de l'une seulement d'entre elles, devaient être l'objet de convention, le contrat dans le doute n'est pas conclu. L'entente des parties sur quelques points particuliers ne suffit pas à lier, même lorsqu'elle a été suivie d'un projet rédigé par écrit ».

¹²⁰ A. RIEG : « La ponctuation, contribution à l'étude de la formation du contrat », op.cit., p.600. En réalité, la ponctuation n'était pas totalement inconnue de la doctrine française. Voir à titre d'exemple :

R. DEMOGUE : « Traité des obligations », T .II, Paris, 1923, n°467 et 554 bis.

E. Leduc : « Des avant-contrats », Th. Paris, 1909, p.64 et s.

¹²¹ F. LABARTHE : « La notion de document contractuel », op.cit., p. 159.

¹²² « Il est fait mention, en effet, en marge de l'article 25 de l'avant-projet de Code civil et commercial tunisien, devenu l'actuel article 24 du COC, que la solution a été inspirée de l'article 154 du BGB et du § 310, n°2, 312 de l'ouvrage de Windscheid. L'option en faveur de la solution allemande place notre législation dans une position différente de celle du droit suisse pour lequel l'absence d'accord sur les points secondaires ne met pas obstacle à la conclusion du contrat. Elle s'écarte du droit positif français qui nuance la solution en laissant aux juges la tâche de détecter l'intention des parties pour savoir si celles-ci avaient eu ou non l'idée de retarder la formation du contrat jusqu'à leur entente sur les éléments accessoires ». Voir : A. REBAL : « La période précontractuelle dans le COC », Livre du centenaire du code des obligations et des contrats, 1906-2006, CPU, 2006.

¹²³ N. MZID : « Essai sur la négociation du contrat en droit civil », RTD, 2000, p. 337

¹²⁴ Selon J.L. BERGEL, « les juristes procèdent à des regroupements ou à des distinctions pour appliquer un traitement semblable à des choses similaires et des traitements différents à des choses dissemblables. Par souci d'ordre et de cohérence, ils s'efforcent de ranger les phénomènes et les concepts juridiques de même nature en catégories auxquelles s'attachent logiquement des règles propres dictées par leur nature commune. Cette catégorisation repose sur des traits constants. Ainsi, les notions et les situations juridiques sont regroupées dans des catégories d'après leurs caractères communs, et les diverses catégories se distinguent les unes des autres par les différences entre les traits communs des éléments qui les composent et ceux des autres catégories ». «Méthodologie juridique », PUF, 1^{ère} édition, 2001, p. 112.

¹²⁵ J.L. BERGEL, op.cit., p.113

¹²⁶ J. LADRIERE : « Concept », Encyclopedia Universalis, Corpus, Vol.5, Paris, p259.

¹²⁷ J.L. BERGEL : « Méthodologie juridique », op.cit., p.107.

¹²⁸ Ibid.