

كلية الحقوق والعلوم السياسية بتونس



كراس الدروس المسيرة

السنة الثانية من الإجازة في القانون

الملف عدد 03

:

النظرية العامة للقاعدة الجزائية

تأويل القاعدة الجزائية

الأستاذة المشرفة : رشيدة الجلاصي

الفريق البيداغوجي :

عايدة البكري – ريم قايجي – محمود يعقوب – منير العش – حياة العرفاوي

أمل الشماخي – مالك بن جعفر

السنة الجامعية : 2022-2023

REFLEXIONS SUR LA JURISPRUDENCE PENALE EN TUNISIE, Publication de l'UR en Sciences pénales et criminologie, éditions Latrach, 2022.

Rachida JELASSI, « L'INSECURITE DE LA JURISPRUDENCE PENALE »

1 ...C'est au 18^{ème} siècle et début du 19^{ème} que l'on avait beaucoup glosé sur le rôle du juge en matière pénale. En effet, à la suite de Montesquieu, Beccaria, dans son opuscule de 100 pages, intitulé *Des délits et des peines*, avait stigmatisé tout pouvoir de la jurisprudence dans la détermination, et même l'interprétation, du contenu de la norme pénale. Dans le droit fil de cette philosophie des lumières, Portalis posa, en forme de maxime, dans sa présentation du Code pénal de 1810, « en matière criminelle, il faut des lois précises et point de jurisprudence ». Depuis, on avait cru le sujet clos grâce au principe angulaire des systèmes juridiques pénaux, celui de la légalité pénale et son corollaire, celui de l'interprétation stricte de la loi pénale, qui ont essaimé de par le monde.

2. Pourtant, les choses ne sont jamais aussi simples qu'elles paraissent l'être. Même en matière pénale, nul ne conteste plus, aujourd'hui, le rôle du juge, sinon dans l'élaboration de la norme pénale, du moins dans la fixation et l'affinement de son contenu à travers son office d'interprétation.

Mais revenons tout d'abord, à ce par quoi on aurait dû commencer, la définition des termes de la recherche.

3. Puisqu'il s'agit de regarder la jurisprudence pénale sous le prisme de son insécurité, il convient de commencer par la définition de cette dernière avant d'enamer la notion de « jurisprudence ». Or, l'insécurité étant l'antonyme de la sécurité, traiter d'insécurité juridique, nécessite, donc, de définir ce qu'est la sécurité juridique.

Il est unanimement admis que, au-delà de la diversité qui pourrait, *a priori*, la caractériser, la notion de sécurité juridique peut se résumer à trois exigences : une exigence d'accessibilité de la norme, celle de stabilité des droits et des situations individuelles régulièrement acquis et, enfin, une exigence de prévisibilité de la norme. Dès lors, la sécurité juridique appliquée à la jurisprudence pénale peut être résumée dans son accessibilité, mais, surtout dans la stabilité et la *prévisibilité* des décisions des tribunaux par rapport aux lois en vigueur.

A contrario, l'on peut parler d'insécurité de la jurisprudence, pénale en l'occurrence, d'une part, lorsqu'elle est totalement ou partiellement inaccessible et, d'autre part, lorsqu'elle est instable et donc imprévisible. Cette dernière caractéristique quand, à la question suivante posée par un justiciable : « comment ma situation ou mon comportement seront-ils jugés par un juge pénal ? », le degré de certitude ou, simplement, de probabilité d'une réponse est faible. Certes, cela présuppose que les lois pénales soient suffisamment claires pour pouvoir être appliquées par les tribunaux de façon prévisible ». Mais il s'agit là d'un autre sujet qui ne sera pas directement abordé dans cette contribution.

4. Revenons au second terme du sujet, la jurisprudence. Les six définitions proposées par G. Cornu dans son *Vocabulaire juridique* publié sous l'égide de l'association Henri Capitant, révèlent qu'il s'agit d'un phénomène aux multiples facettes. Pour les besoins de ce travail, nous adopterons la

définition selon laquelle la jurisprudence serait « l'ensemble des solutions apportées par les décisions de justice dans l'application du droit ».

5. Faisant corps avec la loi, la jurisprudence s'y incorpore, de sorte que, comme l'a dit Hébraud « le droit, auquel le juge est subordonné, se révèle par lui dans sa réalité effective, celle dont, au niveau du droit objectif, la jurisprudence est l'expression ». En conséquence, l'insécurité de la jurisprudence participe de l'insécurité du droit « dans sa réalité effective », celle qui touche le justiciable directement, soit dans sa chair, soit dans ses biens, soit enfin dans sa réputation. Plusieurs facteurs concourent à cette insécurité (I), qui se révèle sous plusieurs figures (II).

I- LES FACTEURS DE L'INSECURITE

Ces facteurs pourraient être classés en deux catégories : des facteurs exogènes (A) et des facteurs endogènes (B) au juge pénal.

A- Les facteurs exogènes

6. Cet adjectif qualifie tout ce qui provient de l'extérieur, du dehors. Il s'agit, en l'occurrence, de causes étrangères au juge pénal, mais dont l'influence sur les décisions qu'il produit et, par conséquence, sur la sécurité des destinataires de ces décisions, est indéniable. Ces causes exogènes sont dues, principalement, à l'inaccessibilité de la jurisprudence (a), d'une part, et aux pressions exercées sur la justice pénale (b), d'autre part.

a- L'inaccessibilité de la jurisprudence

7. Nul n'est censé ignorer la loi. Cette présomption légale s'explique, du moins en partie, par le fait que la législation est soumise à une publicité légale obligatoire. Or, ce n'est pas le cas du droit jurisprudentiel.

8. Si la publication et l'accessibilité de la jurisprudence a toujours posé problème en Tunisie, la situation a empiré depuis la révolution, puisque le dernier Bulletin de la Cour de Cassation date de 2010 et que le site du Ministère de la Justice ne publie plus de décisions depuis la même année.

La situation s'améliora à partir de 2018 au niveau de la Cour de cassation suite à la création de son site officiel et la publication de son premier rapport annuel. Toutefois, au temps de *l'open Data*, les résultats demeurent en deçà des attentes. En effet, la publication ne porte que sur un nombre infime de décisions méticuleusement sélectionnées. En outre, la jurisprudence des juridictions de fonds reste ignorée, alors qu'une grande partie des affaires pénales, surtout ayant pour objet des délits, n'arrive pas au stade de la Cour de cassation. Et pourtant, c'est au niveau des juridictions inférieures que se cuisine le droit jurisprudentiel dans sa réalité effective.

Le second type des facteurs de l'insécurité de la jurisprudence pénale sont d'une nature autrement plus grave.

b- Les pressions sur la justice

9. Avant 2011, ce type de pressions était principalement d'ordre politique. Les décisions circonstanciées de la fameuse Cour de sûreté de l'Etat sont les plus édifiantes sur l'interférence entre le politique et la justice pénale. Par ailleurs, c'est en raison de l'accusation d'avoir été, avant le 14 janvier 2011, condamnés ou poursuivis pour des raisons politiques, que les auteurs d'infraction terroristes ou contre la sûreté de l'Etat, et bien d'autres infractions encore, ont pu bénéficier d'une amnistie générale décrétée le 19 février 2011.

10. Or, aux lendemains du 14 janvier 2011, aux pressions et ingérences d'ordre politique direct, se sont ajoutées les pressions et même des intimidations de divers lobbys politiques et autres, ainsi que de différents

représentants de la société civile *via* les media et les réseaux sociaux, et même par des voies de fait. A titre non exhaustif, on pourrait citer les syndicats des forces de l'ordre, l'ordre des avocats, les associations des martyrs et blessés de la révolution, les représentants des victimes de l'ancien régime pour la justice transitionnelle, et même des bandes du crime organisé...).

11. L'interprétation extensive de l'article 96 CP relatif aux abus de biens publics est un exemple typique du rôle joué par les diverses forces de pression dans le revirement d'une jurisprudence demeurée stable durant des décennies. En effet, contrairement à une jurisprudence constante jusqu'en 2010, le ministère public, et à sa suite les tribunaux, ont étendu le champ d'application de cet article au Président de la République, aux membres de sa famille ainsi qu'aux ministres.

B- Les facteurs endogènes

12. Le second type de facteurs est ainsi qualifié parce que les raisons de l'insécurité prennent naissance à l'intérieur même du corps de la justice pénale, sous l'impulsion de causes qui lui sont propres.

13. Il serait superflu de trop s'attarder sur les facteurs que l'on pourrait qualifier « de déraisonnables » et qui tiennent à la surcharge du juge, à la qualité de sa formation et à sa compétence, au défaut de la spécialisation du juge pénal, malgré l'importance capitale que peut revêtir ces facteurs.

14. A côté de toutes ces causes évidentes, il existe un facteur mal cerné, celui de la résistance du juge à certaines lois, notamment de nature pénale. Ce refus de se conformer à la loi est, non seulement un facteur d'insécurité pour les justiciables, mais constitue, également, un défi pour le législateur, car il peut participer à l'échec de sa politique pénale. Une des manifestations de cette résistance est l'apparition d'une jurisprudence qui pourrait être

qualifiée de « virale » car « contraire à la loi qu'elle vise, précisément, à paralyser ou à subvertir ».

Cette résistance à la loi pénale peut se manifester sous deux formes : soit par une « tentation de refaire la loi pénale » en cherchant des voies détournées pour punir des comportements immoraux que le législateur n'a pas entendu incriminer, soit, au contraire, en résistant à l'incrimination de comportements qui n'étaient pas interdits auparavant (le fameux exemple de l'article 18 CSP interdisant la polygamie qu'il a fallu modifier à trois reprises pour contourner l'interprétation judiciaire restrictive du texte).

15. Cette tendance à l'incrimination par voie judiciaire ne peut qu'étonner, étant donné que la matière pénale est régie par le principe constitutionnel de la légalité des délits et des peines qui ne réserve d'un rôle mineur au juge pénal : celui d'interpréter strictement la loi pénale et de prononcer la relaxe au cas il constaterait que le comportement en question ne constitue pas une infraction. Le juge n'a pas compétence pour créer une infraction et la sanction qui s'y rattache. Et pourtant, il le fait, parfois.

Quelques exemples bien connus peuvent concourir à démontrer cette affirmation :

- La tendance à l'incrimination des rapports sexuels hors mariage sous différents prétextes : tantôt en procédant à une interprétation extensive de l'élément matériel de l'article 231 CP régissant la prostitution, tantôt en recourant à la loi relative à l'état civil et en qualifiant les faits comme un mariage contraire aux formes légales. L'insécurité est totale et les deux articles sont devenus un outil de contrôle social et politique entre les mains des policiers et de l'appareil judiciaire pour surveiller la sexualité des citoyens.

- L'utilisation de la notion bateau « d'outrage public à la pudeur » contenue dans l'article 226 CP qui «rattache une représentation immorale à la vue de certaines nudités ou de certaines manifestations sexuelles», pour l'étendre à l'ingestion de nourriture en public pendant le mois de *Ramadhan*.

-Toujours à propos du *Ramadhan*, on pourrait relever le « caractère opportuniste » de la jurisprudence en matière de délits économiques et, spécialement, celui du refus de vente qui, « jugé illicite au mois de *Ramadhan*, ne l'est plus un mois après ».

- La loi n° 58-2017 relative à l'élimination des violences faites aux femmes a abrogé le dernier alinéa de l'article 219 CP qui donnait au désistement du conjoint le pouvoir d'arrêter les poursuites ou les effets de la condamnation. Et pourtant, la résistance du corps judiciaire à cette loi prend diverses formes : correctionnalisation, mise en œuvre de la transaction par médiation pénale en dehors des cas prévus par l'article 335 bis et 335 ter du CPP...

Tous ces exemples nous ramènent aux manifestations de l'insécurité du droit jurisprudentiel.

II- LES FIGURES DE L'INSECURITE

16. L'insécurité de la jurisprudence pénale se manifeste sous deux aspects principaux : Une insécurité dans le temps (A) et une insécurité dans l'espace (B).

A- L'insécurité dans le temps

17. Cette forme d'insécurité prend, tantôt, la figure d'un revirement de jurisprudence, tantôt celle d'un désordre et d'une instabilité incessante.

18- a-C'est une réalité, les revirements de jurisprudence, même s'ils sont souvent salués comme une évolution attendue, peuvent porter atteinte au principe de sécurité juridique. En voilà un exemple.

Les 7 et 8 mars 2019, les réseaux sociaux et les media portent à la connaissance du public la mort d'une douzaine de nouveau-nés dans la maternité de l'hôpital *la Rabta* de Tunis. Le juge d'instruction du dixième bureau du tribunal de 1^{ère} instance de Tunis est saisi. Le soir du 22 novembre de la même année, *Adam Boulifa*, un jeune de 23 ans, est tabassé à mort par les agents de la sécurité d'une boîte de nuit dans laquelle il était en train de fêter son anniversaire.

A priori, aucun lien n'existe entre les deux affaires. Pourtant, ses deux drames ont donné lieu à un revirement jurisprudentiel. En effet, dans les deux cas, le juge d'instruction en charge de l'affaire au tribunal de première instance de Tunis prend la décision d'interdire l'émission d'investigation "les quatre vérités" sur la chaîne de télévision privée *Elhiwar Ettouns* portant sur ces deux affaires. Les décisions d'interdire la diffusion sont motivées par le fait que le traitement médiatique sans autorisation de ces deux affaires alors que leurs instructions sont en cours pourrait nuire à l'intégrité de l'investigation et enfreindre le principe de la confidentialité de l'enquête pénale, ce qui constituerait une ingérence dans le cours de la justice et serait ainsi contraire aux dispositions de l'article 109 de la Constitution.

Nonobstant la pertinence de la motivation des décisions de suspension des émissions télévisées couvrant ces deux faits divers d'une particulière gravité, il importe de noter que les décisions de 2019 constituent un revirement total par rapport à une jurisprudence précédente, établie depuis une dizaine d'années, qui s'empêchait de toute action de censure judiciaire préalable de la liberté de l'information.

19. A ce stade, une question s'impose : peut-on qualifier de revirement, un changement d'orientation intervenu au niveau des juges du fond, ou bien,

comme certains le prônent, l'on ne peut parler de revirement de jurisprudence que pour les décisions rendues par la Cour de cassation ?

La réponse à cette question dépend de la conception choisie pour la notion de jurisprudence. Or, il a été indiqué dès le départ, que l'on adhère, pour les besoins de ce sujet, à une conception large qui englobe toutes les décisions de justice quel qu'en soit le degré.

20. Les revirements de jurisprudence n'ont pas manqué de faire couler beaucoup d'encre. Une doctrine ancienne niait l'idée d'un possible revirement de jurisprudence car, « lorsque la solution est changée par un revirement, la nouvelle règle est censée avoir toujours été véritable et ceux qui ont agi en se fiant à l'interprétation précédente se sont trompés ».

D'autres auteurs ont mis à l'index les effets dévastateurs des revirements de jurisprudence, essentiellement en matière pénale. En effet, une telle modification peut bouleverser les attentes du justiciable dont l'action a été dictée par la règle telle qu'elle était interprétée à l'époque des faits poursuivis. C'est pour cette raison que la Cour Européenne des droits de l'Homme n'a pas manqué d'assimiler un revirement jurisprudentiel dans l'interprétation de la loi pénale à une rétroactivité déguisée de cette dernière.

21. Il va sans dire que ces critiques ne peuvent être adressées aux revirements qui interviennent en faveur du justiciable. Il en est ainsi du revirement de la jurisprudence de la Cour de cassation en faveur de l'admission du pourvoi en cassation pour motif d'erreur manifeste, même en matière pénale. Il en va autrement du revirement jurisprudentiel qui a eu pour effet d'étendre l'application de l'article 96 CP aux personnes qui en étaient exclues précédemment.

Plus nuisible encore que les revirements, est l'instabilité continue des errements de la jurisprudence pénale.

22-b- Les exemples reflétant l'instabilité récurrente de la jurisprudence pénale sont légion.

- Le premier est relatif à l'instabilité en matière d'admission des recours contre les ordonnances du juge d'instruction (les articles 84 et 85 CPP) : La jurisprudence de la Cour de cassation était constante, depuis une célèbre décision rendue par les chambres réunies de la Cour de cassation rendue en 1966, pour accepter les recours contre les décisions de relaxe rendues par la chambre d'accusation, si le recours était fondé sur la violation des textes relatifs au mandat de dépôt. Pourtant, à partir de 2011 commença une ère de contradictions entre un courant majoritaire qui rejette ces recours, et un autre qui les admet. Ces errements persistent aussi bien au niveau de la chambre de mise en accusation qu'au niveau de la Cour de cassation.

- Le deuxième exemple concerne la durée légale de la détention préventive. Les fameux quatorze mois pour les crimes, et neuf mois pour les délits, concernent-ils uniquement l'étape de l'instruction ou bien ne doivent-ils pas être dépassés à tous les ressorts confondus ?

L'application judiciaire a oscillé dans tendances contradictoires. La première, en se basant sur l'alinéa 5 de l'article 85 CPP, considère que les inculpés doivent être libérés en cas de dépassement du délai de la détention préventive, tant qu'une juridiction de jugement n'a pas statué. La deuxième tendance estime, par contre, qu'il n'y a pas de texte général ordonnant cette relaxe, et que l'article 85 CPP était un texte spécial qui ne concerne que les délais durant lesquelles le juge d'instruction doit rendre son ordonnance.

- Le troisième exemple est tiré de la jurisprudence contradictoire quant à l'effet du passage du temps sur le jugement par défaut entre extinction de l'action publique et extinction de la peine.

- Enfin, l'on peut noter l'hésitation quant au pouvoir de la chambre de mise en accusation à purger la procédure de l'instruction de ses éventuelles causes de nullités. Certaines décisions de la Cour de cassation l'admettent et d'autres, le nient.

B- L'insécurité dans l'espace

23. L'espace est ici entendu dans deux sens : au sein même de la Cour de cassation entre ses diverses chambres, et entre les divers tribunaux des ordres inférieurs ; ce qui induit des jurisprudences différentes entre les juridictions de fond.

24. a- Entre les chambres de la Cour de cassation

L'opposition aux jugements par défaut : L'opposition est la voie de recours ouverte aux personnes qui ont été jugées par défaut. Un jugement est rendu par défaut si la personne jugée n'avait pas connaissance de la date de sa convocation devant la juridiction pénale. La jurisprudence est instable concernant la modalité de la convocation. Encore une fois, la jurisprudence de la Cour de cassation est divisée. Tantôt elle considère que la remise de la convocation à l'audience au représentant de l'opposant importe convocation personnelle, tantôt elle juge cette modalité inadmissible et qu'il importe de remettre la convocation de façon personnelle. Bien que ce second ait été appuyé par une décision des chambres réunies de la C. de cass n° 68211 du 29 février 1996. Cette décision n'a eu aucun impact et les chambres de la cour de cassation ont continué à se diviser entre les deux voies.

25. b- Entre les juridictions de fond : Quel jeune avocat n'a pas renseigné sur la pratique judiciaire d'une juridiction ou d'une chambre bien déterminée... A cet égard, l'on pourrait se contenter d'un seul exemple, les juridictions de Sousse et Monastir n'acceptent pas la constitution de partie

civile dans les affaires d'accidents de la route. Certaines des chambres de la Cour de cassation reflètent, à leurs tours, cette divergence et cette position qui n'a apparemment aucune base juridique.

Conclusion :

26. Il est évident que la sécurité juridique renvoie à une série d'exigences d'ordre temporel constituées par la stabilité et la prévisibilité du droit, d'origine tant législative que jurisprudentielle. Il est non moins évident que ce qui vient d'être sommairement exposé ne constitue pas les seuls facteurs ni les seules manifestations de l'insécurité de la jurisprudence pénale en Tunisie. La justice transitionnelle, qui déroge à tous les principes du droit pénal, pourrait, à elle seule, faire le sujet d'une conférence. Mais ce sera pour une autre fois.

L'interprétation de la loi répressive

Mohamed Naceur Loued
 Professeur à la Faculté de droit et
 Des sciences politiques de Tunis

L'interprétation des lois n'est pas toujours l'oeuvre des seuls tribunaux éclairés par les travaux de la doctrine, à côté de cette interprétation judiciaire, prend parfois place une interprétation émanée du législateur lui-même dite « *interprétation authentique* » : elle revêt une force obligatoire pour les juges, car elle est l'oeuvre de l'autorité même qui a rédigé la loi⁽⁴⁾. Parfois, cette interprétation authentique est prévue dans le corps même de la loi interprétée ; il en va ainsi, par exemple des articles 201 et S. du code pénal, dans lesquels le législateur a défini les notions « *de préméditation* » et de « *paricide* ». De même les articles 267 et S du code pénal dans lesquels le législateur a défini les notions « *du lieu habité* », « *des armes* » « *l'effraction* », « *l'escalade* », « *fausses clefs* » à propos de la répression du vol qualifié⁽⁵⁾.

Mais si on laisse de côté l'interprétation donnée par le législateur lui-même, celle conduite par la doctrine ou par les tribunaux obéit parfois à des règles que l'on peut qualifier d'asymétriques. Ainsi, *la permanence des principes (I)*, *Contraste avec les incertitudes prétoriennes (II)*.

(4) Voir LAZERGES (C.), « De la fonction déclarative de la loi pénale », R.S.C. 2008, Chronique de politique criminelle P. 194 et S.

(5) CHARFI (M.), « Introduction à l'étude du droit », 3^{ème} éd., CERES, 1997

محمد كمال شرف الدين : قانون مدني : النظرية العامة - الاختصاص - إثبات الحقوق : الطبعة الأولى : المنظمة التونسية للدراسات والبحوث : الطبعة الأولى : تونس 2007

I) - La permanence des principes :

En raison du principe de la légalité des délits et des peines formellement consacré aussi bien par l'article 13 de la constitution, que par l'article 1^{er} du code pénal, l'interprétation de la loi pénale obéit au principe de l'interprétation stricte⁽⁷⁾, telle est la doctrine qu'ont exprimé Beccaria « *Les juges des crimes ne peuvent avoir le droit d'interpréter largement la loi pénale, par la seule raison qu'ils ne sont pas législateurs* »⁽⁸⁾ et Montesquieu « *Le juge ne doit être que la bouche qui prononce les paroles de la loi* »⁽⁹⁾.

Ainsi, l'on ne peut recourir à l'analogie en matière pénale (A). En revanche, l'interprétation téléologique est largement admise (B).

A) Le rejet de l'interprétation analogique :

Selon l'excellente définition qu'en a donnée le Professeur JIMENEZ DE ASUA. la méthode d'interprétation analogique « *Consiste à résoudre une espèce pénale non prévue par la loi en se réclamant de son esprit latent et en prenant pour point de départ la similitude de l'espèce donnée avec une autre que la loi a définie ou prévue dans son texte et, dans les cas extrêmes, en recourant aux fondements de l'ordre juridique, pris dans leur ensemble* »⁽¹⁰⁾.

Deux sortes d'analogies sont donc concevables, ainsi qu'il ressort de ce qui précède :

- *L'analogie légale (analogie legis)*. Consiste à raisonner sur une espèce donnée à partir d'une règle légale existante, qui régit un cas semblable et qu'il s'agit d'étendre en dehors du cadre normal d'application qu'on aura dû lui donner avec

(7) Sur le principe de la légalité en matière pénale voir notamment : DELMAS-SAINT-HILAIRE, « Les principes de la légalité des délits et des peines. réflexion sur la notion de légalité en droit pénal », Mélanges BOUZAT, 1980, P. 149 et S.-VITTA (A.), « Le principe de légalité et la procédure pénale », R.I.C.P.T. 1967, 1984 et S.

(8) BECCARIA, « Le traité des délits et des peines », Traduction française avec une introduction d'ANCEL et STERAN, 1966 P68. (Chapitre IV).

(9) MONTESQUIEU, « L'esprit des lois ».

(10) JIMENEZ DE ASUA, « L'analogie en droit pénal », R.S.C. 1949, P. 187 et S.

une interprétation téléologique. On parle à cette occasion d'analogie « *intra legem* », puisqu'il s'agit d'intégrer au cadre légal le cas non prévu.

- La seconde forme est l'analogie juridique (*analogia juris*). Ici on raisonne sur l'espèce donnée, non plus à partir d'une règle légale existante, mais en s'inspirant de l'esprit général du système répressif. Le juge ne prend plus appui sur un texte plus ou moins proche du cas à juger ; il recherche l'éthique politique, religieuse ou sociale dont s'inspire le droit de son pays et il crée lui-même l'incrimination absente ou la pénalité. On parle parfois ici d'analogie « *extra legem* » ou même « *contra legem* » ; le juge crée librement le droit.

Cette dernière méthode d'interprétation de la loi pénale est unanimement rejetée, non seulement en raison de motifs juridiques liés essentiellement au principe de la légalité des délits et des peines maintes fois rappelé par la jurisprudence, mais également en raison du fait que la concentration, dans les mêmes mains du pouvoir législatif et du pouvoir judiciaire constitue un danger extrême pour les citoyens, qui sont exposés à toutes les surprises et manquent d'un guide sûr pour diriger leurs actes. A cela s'ajoute que l'Etat fait alors disparaître, de la conscience populaire, l'effet de prévention générale que possède tout texte pénal précis : **on ne sent plus la menace pénale quand on ne peut plus la connaître avec précision** (11).

En revanche, une appréciation plus nuancée s'impose en ce qui concerne l'analogie légale, et il semble qu'une distinction doit être admise selon que l'interprétation est ou non favorable au prévenu. L'analogie légale paraît légitime quand elle est avantageuse pour la personne poursuivie, par exemple quand elle

(11) Le IV^{ème} congrès international de droit pénal, tenu à Paris en juillet 1937 a expressément rejeté la méthode analogique dans l'interprétation des lois pénales, tout en souhaitant que les dispositions législatives définissant les incriminations soient conçues assez largement pour faciliter l'adaptation de la jurisprudence aux nécessités sociales. (Actes du congrès, 1939, P.441)

accueille des faits justificatifs ou des causes de non-responsabilité non prévues par la loi, mais semblables à des faits justificatifs déjà consacrés par elle ; il s'agit dans ce cas d'analogie in favorem. Il convient au contraire de rejeter fermement l'analogie in malam partem, c'est-à-dire celle qui élargirait les conditions d'application des lois d'incrimination ou de pénalité car l'insécurité pour les justiciables demeure aussi grave qu'avec l'analogie juridique (12).

Si l'examen des décisions rendues par les juridictions répressives montre que l'interprétation analogique n'a jamais été adoptée, réserve faite dans certaines espèces de l'analogie in favorem il n'en est pas de même en ce qui concerne l'interprétation téléologique.

B) L'admission de l'interprétation téléologique :

Tout en reconnaissant que la lettre de la loi constitue une frontière que l'interprète ne doit pas franchir, la méthode téléologique attribue cependant une importance première au but de la loi. Elle se fonde sur la « *ratio legis* », c'est-à-dire sur la volonté déclarée ou présumée du législateur, qui doit pouvoir l'emporter quand la lettre a trahi l'esprit de la loi.

Le juge ne doit évidemment pas s'écarter d'un texte dont le sens est clair et reflète exactement l'intention du législateur. Mais, dans le doute, il ne doit pas systématiquement adopter la solution la plus favorable à l'inculpé : il doit rechercher l'exacte volonté de l'auteur du texte. Il suit de là que l'interprétation de la loi doit être déclarative, c'est-à-dire qu'elle doit tendre à dégager tout le sens de la loi sans y rien ajouter ou retrancher (13).

La cour de cassation fait régulièrement obligation aux juges inférieurs de rechercher le sens des textes imprécis ou obscurs applicables aux espèces dont ils sont saisis. On peut citer à cet

(12) JIMENEZ DE ASUA, « L'analogie en Droit pénal », op. cit. P. 213 et S.

(13) LAZERGES (C.), « De la fonction déclarative de la loi pénale », op. cit. P. 201

égard l'arrêt rendu par la cour de cassation sous le numéro 9052 en date du 18 décembre 1985 :

"قاعدة شرعية الجرائم والعقوبات تقتضي فيما تقتضيه أن لا يعمد القاضي في تفسير النص على حرفيته بل ينبغي له أن يبحث عن مقاصد الشارع وعن الفرض الذي يرمي إليه من تجريم الفعل" (14)

Dans le même sens arrêt N°10087 en date du 19 février 1986 et arrêt N°10106 en date du 12 mars 1986, rédigés exactement dans les mêmes termes que celui cité précédemment. En effet, la cour reitère sa position en affirmant.

"يقتضي مبدأ الشرحية أن لا يعمد القاضي في تفسيره النص على حرفيته بل ينبغي عليه أن يبحث عن مقاصد الشارع وعن الفرض الذي يرمي إليه من تجريم الفعل" (15)

L'adoption de la méthode téléologique en matière d'interprétation des lois répressives entraîne diverses conséquences :

- Tout d'abord, une disposition doit-être interprétée de façon à atteindre le but que s'est proposé le législateur.

- D'autre part, et jusqu'à preuve du contraire, il faut présumer que chaque règle pénale s'intègre harmonieusement dans l'ensemble du droit. Par conséquent il faut rejeter ou n'admettre qu'avec prudence les interprétations qui, d'un texte donné, tireraient des conséquences contraires aux principes généraux de l'ordonnement pénal (16).

Mais si, l'interprétation téléologique des normes répressives est aujourd'hui largement admise en jurisprudence, celle-ci se révèle dans certains cas incertaine.

(14) Bull. Cass., 1980, P. 173.

(15) Bull. Cass., 1987, P. 97.

(16) Voir MERLE (R.), et VITU (A.), « Traité de droit criminel », op. cit., P. 249, et S.

II) - Les incertitudes prétorienne :

Ces incertitudes résultent pour la plupart soit de confusions de qualification (A), soit du recours, en matière pénale, aux règles du droit civil (B).

A) Les confusions de qualification :

L'opération normale de qualification comporte, dans un régime légaliste tel que le notre, une confrontation rigoureuse des faits poursuivis avec les divers types de faits incriminés par la législation pénale. Cette confrontation pose souvent un problème d'interprétation des lois pénales, dont le contenu ou le domaine d'application sont incertains.

Cette incertitude résulte souvent soit d'une appréciation erronée des faits soit d'une interprétation mal fondée voire inexacte du texte d'incrimination.

Ainsi dans un arrêt en date du 12 avril 2006, la cour de cassation a délibérément appliqué les dispositions de l'article 226 ter du code pénal relatif au harcèlement sexuel à des faits qui relevent manifestement, de l'avis même des juges de fond, de la tentative de viol au sens des articles 227 et suivants du code pénal. En effet, la cour a relevé les faits suivants :

"حيث اتضح من الحكم المتقدم ومن الوقائع التي ألبس عليها أنه بتاريخ 15 أوت 2004 عمد المتهم العامل بنزل إلى دخول غرفة الساخنة لها كانت هاته الأخيرة بها وتولى فيها إليه وتقبيلها ومسكها من أماكن صفتها مما أجبرها على الصياح فاضطر إلى ترك سبيلها والتخلي عنها والفرار وأصلم بذلك مركز الاستمرار بالمنطقة وحذر محضر في الفرض أحيل على النيابة العمومية بمدعين التي أدت بفتح تحقيق في الفرض، وبعد استغناء التحقيقات قررت دائرة الاتهام صلب قرارها بتاريخ 2004/12/16 توجيه تهمته محاولة موافقة التي بدون رضاه" (17)

(17) Bull. Cass. 2007, P. 141 - Voir sur cet arrêt commentaire SALAH FENINASSI, in Annales des Sciences Juridiques 2007, P. 381.

Certes, l'article 227 du code pénal ne donne pas une définition des faits qu'il réprime mais une jurisprudence constante de la cour de cassation exige, lorsque le viol est commis sans le consentement de la victime, des actes matériels de violence. La tentative de viol est légalement constituée lorsque les actes commis par l'agresseur tendent directement au but qu'il se propose et qui n'ont pas abouti en raison d'une circonstance étrangère à la volonté de celui-ci.

"لتحقيق جريمة محاولة الوقاع لا يلزم ضرورة أن يشرع الجاني في فعل الوقاع ذاته، ذلك أن المحاولة تمر بعدة مراحل والمهم أن يكون الهدف في كل مرحلة واضحا لا ليس فيه"⁽¹⁸⁾
تعليبي عدد 19870 مؤرخ في 22 نوفمبر 1986

Par contre, aux termes de l'article 226 ter du code pénal : « Est considéré comme harcèlement sexuel toute persistance dans la gêne d'autrui par la répétition d'actes ou de paroles ou de gestes susceptibles de porter atteinte à sa dignité ou d'affecter sa pudeur, et ce, dans le but de l'amener à se soumettre à ses propres désirs sexuels ou aux désirs sexuels d'autrui, ou en exerçant sur lui les pressions de nature à affaiblir sa volonté de résister à ses désirs ».

Selon cette définition légale, le délit de harcèlement sexuel s'inscrit dans la durée, le législateur a insisté sur ce caractère en utilisant les termes : « persistance et répétition ». En outre, il s'agit de faits de diverses natures qui s'exercent sur la volonté de la victime « pour l'amener à se soumettre aux désirs sexuels de l'auteur des faits » il s'agit par conséquent d'une contrainte plutôt morale. L'acte sexuel et même les faits qui tendent directement à cet acte ne paraissent pas nécessaires pour caractériser le harcèlement au sens de l'article 226 ter du code pénal.

(18) Bull. Cass. 1987, P. 93

Ces éléments s'opposent manifestement à ceux constitutifs du viol qui constitue à l'évidence des actes à la fois soudains et violents. Lorsqu'ils sont exercés sans le consentement de la victime. En outre la tentative de viol est constituée par des actes, au sens physique du terme, tendant directement à l'accomplissement de l'acte sexuel.

Malgré ces différences de nature entre les deux infractions en question, la cour de cassation a estimé que d'après les faits il s'agit bien d'un délit de harcèlement sexuel au sens de l'article 226 du code pénal :

"وحيث أن الماديات التي اقترافها المعقب إزاء مدعية الضرر لم تتجاوز طور التحرش الجنسي"⁽¹⁹⁾

Cette interprétation de la cour de cassation peut trouver une explication par une attitude bienveillante à l'égard de l'agresseur car les peines prévues pour le délit de harcèlement sexuel sont nettement plus douces que ceux prévues en cas de viol.

L'interprétation des faits, par le changement de qualification qu'elle opère; peut donc être utilisée en tant qu'instrument de plus entre les mains des juges pour atténuer ou au contraire aggraver la peine. D'autres techniques, faisant appels aux règles du droit civil, permettent d'aboutir au même résultat.

B) Le recours aux règles du droit civil :

En raison de la multiplication des incriminations aujourd'hui, surtout en droit pénal des affaires, il arrive souvent qu'un même fait tombe sous le coup de plusieurs textes répressifs.

Ainsi, à titre d'exemple, l'article 223 du code des sociétés commerciales réprime l'abus des biens sociaux. Ces même faits peuvent être regardés comme étant un abus de confiance au sens de l'article 297 du code pénal en raison du fait que les membres du conseil d'administration sont les mandataires des actionnaires.

(19) Bull. Cass. Op. cit.

Il s'agit par conséquent d'un abus de confiance aggravé passible d'une peine de dix ans d'emprisonnement alors que les peines prévues par l'article 223 précité sont d'un à cinq ans d'emprisonnement et d'une amende de deux milles à dix mille dinars.

L'enjeu étant important, il s'agit de déterminer le texte applicable à ce concours de qualification : faut-il recourir aux dispositions de l'article 54 du code pénal aux termes duquel « Lorsque le même fait constitue plusieurs infractions, la peine encourue pour l'infraction entraînant la peine la plus forte, est seule prononcée », ou bien est-il plus approprié juridiquement d'écarter cette règle de conflit pénal au profit de la règle civiliste selon laquelle : « Le spécial déroge au général ».

Dans un premier temps, la cour d'appel de Monastir dans un arrêt du 17 mai 1994 a appliqué cette dernière règle : le spécial déroge au général, en motivant sa décision comme suit :

" وحيث وجب التأكيد أن المشرع التونسي في إطار مواكبته لمتطلبات العصر وما تقتضيه طبيعة معاملات الشركات التجارية خص هذه الفئات بتشريع خاص مضمّن بالمجلة التجارية وميزهم بنظام فريد كقيل بضمان حقوق الأطراف أو زجر من حاد عن القيام بواجباته في نطاق ذلك القانون وتعمد خرق ما يفرضه عليه التشريع بصورة تضر بغيره من الشركاء " (20)

L'intérêt de cette motivation est d'aboutir à l'application d'une peine plus douce que celle prévue par le code pénal. Mais pour atteindre ce résultat, la cour d'appel a vidé de son contenu l'article 54 du code pénal qui pratiquement ne trouvera plus aucune occasion de s'appliquer en raison du fait qu'il y aura toujours un texte général et un texte que l'on peut qualifier de spécial même si la portée de cette distinction demeure floue.

C'est sans doute la raison pour laquelle la cour de cassation a rapidement clarifié les termes du débat :

(20) Bull. cass. 1995, P 78

" يتضح أن أحكام الفصل 297 من القانون الجنائي وأحكام الفصل 86 م 8 لا تتعارض ولا تزول إلى تقديم أحدهما على الآخر، بل أنها أحكام تتعلق بجريمتين مستقلتين، وكان على المحكمة تطبيق قواعد توارد الجرائم المنصوص عليها بالفصول 54، 55 و 56 من القانون الجنائي " (21)

Cet arrêt exprime un message clair : En cas de conflit de qualification seules les règles de conflit prévues par le code pénal doivent être mise en oeuvre. Le message est entendu

* * *

(21) Bull. cass. N° 25341 du 24 janvier 1998, P 54

الحمء الله وءءه

الءمهورفة الءونسة

وزارة العءل

مءكمة الءعقفة

القضة ع-25491ءء

ءارفة : 2016/06/27

أصءرء مءكمة الءعقفة القرار الآءف:

بعء الاطلاع على مءلب الءعقفة المءقم من طرف السفء الوكفل العام لءف مءكمة
الاسءنناف بسوسة بءارفة 2014/12/08 .

ضء: "م.ع".

طعنا فف القرار الءناءف الصاءر عن مءكمة الاسءنناف بسوسة ءءء عءء 932/14
بءارفة 2014/12/01 .

القاضف نهائفا ءفابفا بقبول الاسءنناف شكلا وفف الأصل باقرار الءكم الابدائف.

وبعء الاطلاع على القرار المءعون ففه والءأمل فف كافة الإءراءاء فف القضة وعلى
مساءءاء الطعن وعلى طلباء السفء المءعف العام لءف هءه المءكمة والاسءماع لشرءها
بالءسة.

وبعء المفاوضة طبق القانون صرء بما فلف:

(1) من ءفء الشكل:

ءفء اسءوفف مءلب الءعقفة أوضاعه وصفغه القانونفة فهو ءرف بالقبول شكلا.

(2) من ءفء الأصل:

حيث يؤخذ من القرار المنتقد ومن الوقائع التي انبنى عليها أنه بموجب محضر بحث أعوان الضابطة العدلية وبمناسبة البحث مع المظنون فيه تم عرضه على الاختبار الطبي غير أن المظنون فيه امتنع عن تمكين الباحث من العينة لإجراء التحاليل الطبية في مناسبتين. وبذلك انطلقت الأبحاث في قضية الحال.

وحيث وبعد استيفاء الأبحاث أحالت النيابة العمومية المظنون فيه "م.ع" على المجلس الجنائي لمقاضاته من أجل استهلاك مادة مخدرة مدرجة بالجدول "ب." من قانون سنة 1992 المتعلق بالمخدرات على معنى الفصل 4 من القانون المؤرخ في 18/05/1992.

وحيث أصدرت المحكمة الابتدائية بسوسة حكماً عدد 1950 المؤرخ في 10/04/2013 القاضي ابتدائياً حضورياً بعدم سماع الدعوى.

وحيث استأنفت النيابة العمومية الحكم المذكور وأصدرت محكمة الاستئناف بسوسة حكماً المشار إليه بالطالع وهو الحكم المشار إليه بالطالع والذي نسب إليه السيد الوكيل العام ما يلي:

المطعن الوحيد المتعلق بسوء تطبيق القانون:

لاحظ بأن محكمة الحكم المنتقد استندت في قرارها لتأسيس حكمها إلى وجود شك كبير يحوم حول التهمة المذكورة وخلو الملف من أي دليل على إتيان المتهم للأفعال المنسوبة إليه. ولئن كانت لمحكمة الموضوع الحرية في الاستناد إلى وجدانها الخالص إلا أنها مطالبة بتعليل رأيها وذلك بعد موازنة جميع القرائن المثبتة للإدانة أو النافية لها وبالرجوع إلى ملف القضية يتضح أنه يزخر بالقرائن المثبتة للإدانة والتي أغفلتها محكمة القرار المنتقد دون الرد عليها من بينها أن المتهم رفض في مناسبتين تمكين أعوان الضابطة العدلية من عينة من السوائل الخاضعة للتحليل البيولوجي وهو ما يقوم قرينة على إدانته طبق نص الإحالة.

وطلب على ذلك الأساس النقض والإحالة.

المحكمة

حيث أن المبادئ الأساسية القضائية لإثبات الجريمة من عدمها هو البحث والاستقراء على أدلة البراءة والإدانة على حد سواء والسعي لإثبات ذلك بجميع القرائن المتوفرة بالملف استنادا لأحكام الفصل 150 من م.إ.ج.

وحيث اتضح بالاطلاع على المطاعن الواردة أعلاه أنها كانت ترمي إلى مناقشة محكمة الموضوع فيما اعتمده من عناصر لتبرير قضائها وهو جدل موضوعي داخل في اجتهادها وليس لهذه المحكمة أن تنقض الاجتهاد طالما كان حكمها معللا ومسببا.

وحيث أن دور محكمة التعقيب يقتصر على السهر على حسن تطبيق القانون لا غير.

وحيث أنه بالاطلاع على مستندات الحكم المطعون فيه تبين أنه لما قضى بالصورة المشار إليها فقد اعتمد على مستندات صحيحة لا لبس فيها وتم احترام القانون دون خطأ أو ضعف في التعليل أو خرق للقانون أو تحريف للوقائع طالما لا شيء يثبت بملف القضية وجود المادة المخدرة واستهلاكها.

وحيث ذهبت أغلب الأحكام والقرارات التعقيبية إلى الحكم بعدم سماع الدعوى بالنسبة لجريمة استهلاك مادة مخدرة في صورة امتناع المتهم ورفضه الخضوع لإجراء التحليل تماشيا مع قرينة البراءة التي أقرها الدستور بالفصل 27 وإعمالا لمبدأ الحق في حماية حرمة الجسد المكرس بالفصل 23 من الدستور.

وحيث طالما لم يرتب المشرع آثارا قانونية على الامتناع عن الخضوع للتحليل البيولوجي فإنه لا يجوز للقضاء الجزائي القياس وتجريم الامتناع دون سند قانوني إذ لا جريمة بدون نص سابق للوضع.

وحيث يتجه التذكير بما ورد بمجلة الطرقات وبالنصوص التطبيقية التي حددت وسائل خاصة لإثبات بعض الجرائم مثل الردار والاختبار لإثبات نسبة الكحول بالدم بالنسبة لجريمة السياقة تحت تأثير حالة كحولية وتجريم الامتناع عن الخضوع لإجراءات إثبات الحالة الكحولية وهي مسائل حسمت من قبل المشرع في إطار جرائم المرور التي خصها بنظم خاصة للإثبات ولا يمكن نقلها أو القياس عليها بالنسبة لغيرها من الجرائم وإن تمسك

القضاء بقواعد التفسير والتأويل، فتأويل القاعدة القانونية لا يجيز الخروج بالنص عن أهدافه ولا يبيح إضافة شروط خاصة لم يأت بها النص ولا يجوز القياس في المادة الجزائية إذ لا مجال للاجتهاد في مخالفة النص.

وحيث ولئن كان من صميم اختصاص قضاة الأصل تقدير الأدلة وترجيحها واعتماد القرائن الواقعية بحثاً عن الحقيقة سواء في اتجاه إثبات البراءة أو الإدانة فإنه لا يمكن للقضاء إنشاء قرائن قانونية تقر الإدانة لما في ذلك من خروج عن مجال العمل القضائي المكلف بتطبيق القوانين وانحراف إلى ممارسة السلطة التشريعية بوضع قواعد جديدة للتجريم لم يقرها المشرع، فلو انصرفت إرادة المشرع إلى تجريم الامتناع عن الخضوع إلى التحليل البيولوجي لعدل القانون وأرسى القرينة القانونية على غرار ما أقره بالنسبة لجريمة الامتناع عن الخضوع لإثبات الحالة الكحولية بالنسبة لسواق العربات البرية ذات محرك.

وحيث والحالة تلك فإن جميع تلك المطاعن قد خلت من مستندات صحيحة وقانونية مما يتعين معه رفضها.

وحيث ومن جهة أخرى فقد أحرز الحكم المنتقد على جميع مقوماته القانونية ولم يلاحظ به أي خلل إجرائي يوجب نقضه لفائدة النظام العام عملاً بأحكام الفصل 269 من م.إ.ج.

لذا ولهذه الأسباب

قررت المحكمة قبول مطلب التعقيب شكلاً ورفضه أصلاً .

وصدر هذا القرار بحجرة الشورى بتاريخ 27 جوان 2016 عن الدائرة الثامنة عشرة المتألّفة من رئيستها السيدة نجوى رزيق وعضوية المستشارين السيدين ريم منية البحري وعصام الأحمر وبمحضر المدعي العام السيدة ليلي الشابي وكاتبة المحكمة السيدة كريمة الغزواني.

وحرر في تاريخه