



UNIVERSITÉ PARIS II
PANTHÉON-ASSAS

BANQUE DES MEMOIRES

Master 2 Recherche Droit Européen Comparé
Dirigé par le Professeur Louis VOGEL
2016

*L'Équité dans la tradition juridique
musulmane, la
tradition juridique civiliste et la tradition
juridique de
common law: étude comparée*

Aya BEJERMI

Sous la direction de Monsieur Georges KHAIRALLAH

« *Vérité en deçà des Pyrénées, erreur au-delà* »
Pascal (Pensées, 294)

« *Le commencement de toutes les sciences, c'est l'étonnement de ce que les choses sont ce qu'elles sont.* »
Aristote (Métaphysiques)

« *Ce qui compte, c'est la trajectoire, le chemin, la traversée, en un mot l'expérience* »
Jacques Derrida

« *Vouloir définir chaque mot, c'est fermer la porte à la vérité.* »
Samuel Taylor Coleridge (Poète, philosophe, dramaturge, traducteur, prédicateur, théoricien de la religion, de la culture et de l'État anglais)

« *La traduction n'est pas l'œuvre, mais un chemin vers l'œuvre* »
José Ortega y Gasset

« *[L]'essentiel est la différence, qu'il s'agit de comprendre sans céder à la tentation de la réduire* »
Jean Pouillon (« L'œuvre de Claude Lévi-Strauss », *Les Temps Modernes*, 1956, n°126, p.152)

« *Le droit comparé est la sophistication ultime de la recherche juridique* »
E. Örüci

« *Comme chaque génération connaît une vie, des habitudes, des besoins, des faits différents de ceux de la génération qui l'a précédée, il faut lui trouver les moyens juridiques nécessaires pour satisfaire ses exigences* »
Boccon-Gibod (*La Transformation de la procédure sous l'influence de la Jurisprudence et de la Pratique*, p.8)

Sommaire

Sommaire	2
Remerciements	3
Séjour de recherche	5
Système de translittération des caractères arabes	6
Résumé.....	7
Introduction	8
Partie 1 L' « équité ou les équités »: aspects méthodologique, linguistique et historique	11
Chapitre I La comparaison juridique : enjeux et difficultés	11
Chapitre II La notion d'Équité dans les différentes traditions juridiques : une diversité	24
Partie 2 L' « équité ou les équités » : aspects fonctionnel et positif.....	56
Chapitre I Une similarité fonctionnelle: l'adaptation du droit aux cas concrets	57
Chapitre II Les exemples positifs de la contribution de l'Équité au droit	92
Conclusion	107
Glossaire des termes juridiques	109
Bibliographie & Webographie	113
Annexes.....	130

Remerciements

J'adresse mes remerciements à Monsieur le Professeur Georges Khairallah, directeur du Centre des Droits du monde arabe et du LL.M. de droit des affaires des pays arabes à l'Université Panthéon-Assas, pour ses conseils dans le cadre de la rédaction de ce mémoire.

Je tiens à remercier tout particulièrement le Professeur Talal Al-Azem, directeur de la bibliothèque au sein d'Oxford Centre for Islamic Studies, pour ses conseils de lectures et ses éclaircissements sur d'épineuses questions dans le cadre du mémoire, à Maria Luisa, bibliothécaire adjointe, et à Dalia, bibliothécaire assistante, pour leur accueil chaleureux et leur précieuse aide.

Je remercie également l'ensemble du corps administratif de l'Institut du Droit Comparé, tout particulièrement Monsieur Corbellini et Madame Lafon, ainsi que le Collège de France qui m'ont offert la possibilité de consulter des ouvrages plus qu'utiles dans l'élaboration de ce mémoire.

A ma famille et mes amis pour leur encouragement et leur soutien.

Avertissement

La faculté n'entend donner aucune approbation ni improbation aux opinions émises dans les mémoires: ces opinions doivent être considérées comme propres à leurs auteurs.

Séjour de recherche

Période du séjour : du 30/05/2016 au 30/07/2016

Bodleian Law Library

Oxford Centre for Islamic Studies

Middle East Centre

SOLO Library



Photo : Oxford Centre for Islamic Studies (Marston Road, Oxford)

Système de translittération des caractères arabes

Lettres

'	ء
a	ا
b	ب
t	ت
th	ث
j	ج
h	ح
kh	خ
d	د
dh	ذ
r	ر
z	ز
s	س
sh	ش
ṣ	ص
ḍ	ض
ṭ	ط
ẓ	ظ
'	ع
qh	ق
f	ف
q	ك
k	ل
l	م
m	ن
n	هـ
h	و
u/w	ي
i/y	

Voyelles

Longues	أ, إ, إ, أ, ي, و, ؤ
Brèves	a, i, u.

Résumé

« Le problème de l'équité dans le droit est à la fois trop profond et trop complexe pour qu'il ne soit concevable de réaliser jamais l'unanimité sur tous les points qu'il implique »¹

Plusieurs questions viennent à l'esprit lorsque le thème de l'Équité est abordé: Y a-t-il une ou des Équités? Est-elle du droit ou du non droit, une notion ou un sentiment? Se rattache-t-elle au raisonnable, au bon sens? Est-elle une fin ou un moyen?

Dans son article « Equity in the Civil Law and the Common Law » de 1967, le Professeur Hessel E. Yntema soulignait le fait que comparer la place de l'Équité dans la tradition juridique dite de *civil law* avec celle de *common law* est une mission impossible.² *Quid* si l'étude de ce concept est abordée, non seulement du point de vue de ces deux traditions juridiques européennes, mais également d'une autre tradition à savoir la tradition juridique musulmane. Le sujet est évidemment épineux...

Il est assez surprenant qu'il y ait depuis toujours un désaccord sur le contenu d'une notion « *qui hante le droit depuis ses origines* ». ³ Ordonnée autour du droit et de la justice, l'Équité n'épouse jamais totalement les contours de l'un ou de l'autre. Pourtant, l'Équité reste une notion largement revendiquée et invoquée dans la sphère du droit.

Le présent mémoire « a l'audace », selon l'expression de Rémi Cabrillac⁴, de comparer le concept d'Équité dans les traditions juridiques musulmane, de *civil law* et de *common law*, de rechercher le fond commun, but de tout comparatiste.

Mots-clés : tradition juridique, traduction juridique, équité, *istihsan*, *equity*, droit, justice, droit naturel, droit divin, droit positif, *Shariah*, *fiqh*, sécurité juridique, pouvoir modérateur, *ijtihad*, juge, *mujtahid*, loi, *common law*, code civil, écoles juridiques.

¹ GRAULICH L., À propos du gouvernement des juges, RTD civ. 1932, p.84.

² YNTEMA H.E., « Equity in the Civil Law and the Common Law » AJCL. 15 (1967) p.60

³ DE PAGE H., A propos du gouvernement des juges ; l'équité en face du droit, Paris, Sirey, 1931.

⁴ CABRILLAC R. (Préface) in ALBIGES C., De l'équité en droit privé, Paris, LGDJ, 2000, p.1.

Introduction

L'Équité est un thème récurrent et classique mais loin d'être évident. L'Équité est ici écrite avec « E » majuscule pour la différencier de l'équité avec un « e » minuscule. Alors que la première a un sens globale, la seconde ne désigne que le concept tel qu'issue des systèmes juridiques européens.⁵

Très souvent invoquée, l'Équité reste une sorte de mystère dans la sphère juridique. Les variations sur le thème de l'Équité, ses appréciations multiples rendent le concept délicat et difficilement définissable. La notion d'Équité a suscité et suscite toujours des débats au sein des systèmes juridiques. Néanmoins la place qu'occupe l'Équité au sein d'un système juridique joue comme un révélateur de la conception du droit sur laquelle il repose, droit qui est apparu avec les sociétés humaines selon la célèbre maxime romaine « *ubi societas, ibi jus* » (là où il y a société humaine, il y a droit).⁶

L'Équité est une notion très incertaine et très diverse à la fois puisqu'elle se retrouve dans toutes les traditions juridiques. En effet, l'Équité est une notion historique qui s'identifie avec la notion de justice.⁷ Le roi Salomon dans sa prière demande « *pour juger les hommes, un cœur sympathique plutôt que la connaissance du droit* ». ⁸ Deux mille ans plus tard, il est possible de voir des illustrations quant à la miséricorde royale notamment chez le roi Saint-Louis qui rendait la justice sous un chêne à Vincennes. Dans la philosophie du droit hindoue, il s'agit de la doctrine de *Dharma*⁹, la justice. Dans le droit judaïque c'est la doctrine de *lifnim mi-shuras ha-din*¹⁰ (au-delà la ligne du droit).

⁵ Voir glossaire et annexe 34.

⁶ La présence de règles de droit se trouverait même à l'âge d'or.⁶ En effet, en s'appuyant sur les récits de la Bible, il est possible de voir des règles bien établies imposées à l'homme par Dieu. Voir Chapitre 2, verset 15 à 17 (Bible) « *Yahweh prit l'homme et le plaça dans le jardin d'Eden pour le cultiver et pour le garder. Et l'Eternel Dieu donna à l'homme cet ordre : Tu mangeras librement de tout arbre du jardin ; mais de l'arbre de la connaissance du bien et du mal, tu n'en mangeras pas, car au jour où tu en mangeras, tu mourras certainement* ».

⁷ voir G. Cornu, Vocabulaire juridique, Paris, Puf -Quadrige ; Dicos Poche, 9ème édition, 2011, p.408, annexe 15.

⁸ La Bible, Premier Livre des Rois, 3.9 : « Donne donc à ton serviteur un cœur qui comprenne pour juger ton peuple en discernant le bien et le mal : car qui pourrait juger ton peuple, qui est si grand ? ».

⁹ Sethna, Jurisprudence, p. 57 (1959) : « Dans la philosophie du droit hindoue, le droit se confond avec la religion ou la morale » ; cité dans NEWMAN R.A., « La nature de l'équité en 'droit civil' » op. cit. p. 289.

¹⁰ Cette doctrine se retrouve dans la littérature talmudique (Kirschenbaum A., Equity in Jewish Law: Halakhic Perspectives In Law: Formalism and Flexibility in Jewish Civil Law, Ktav Publishing House, 1991, p. 109).

Le présent mémoire a pour objet de comparer le concept d'Équité dans trois traditions juridiques : la tradition juridique musulmane, la tradition juridique civiliste et la tradition juridique de *common law*. Ce mémoire tentera de répondre à la problématique suivante: l'Équité a-t-elle le même rôle dans les différentes traditions juridiques ?

L'Équité a un champ d'application vaste, elle peut intervenir aussi bien dans le droit interne qu'international, privé et public, civil ou commercial. L'étude sera donc limitée au droit privé en ses branches civile et commerciale. Il convient également de préciser que l'étude de la tradition juridique *de civil law* se limitera au droit français. De même, seul le droit musulman issu de l'Islam sunnite sera étudié à l'exclusion de l'Islam shiite. Enfin, en ce qui concerne la *common law*, le présent mémoire se limitera au système de l'Angleterre et du Pays de Galles.

La place occupée par l'Équité dans les traditions juridiques de droit résulte d'une suite d'évènements historiques qui ont façonné l'importance que chaque système de droit a voulu attribuer à la sécurité juridique et confier un pouvoir modérateur à toute personne exerçant une fonction juridictionnelle. L'Équité enferme donc un aspect intrinsèquement dynamique et non statique. A première vue et de manière simpliste, il est possible de penser que l'Équité aurait une place mineure en droit français, en raison de sa mauvaise presse car synonyme d'arbitraire et d'insécurité, et une place majeure dans la tradition de *common law*, juges disposent d'un puissant pouvoir discrétionnaire. De même, en droit musulman, *l'istihsan* est souvent considérée comme l'équivalent de l'équité en droit français. Aussi, l'image de la justice du *qadi* est constamment associée avec celle d'une justice arbitraire.

De telles perceptions sont bien entendues fausses.

L'Équité est une notion délicate à appréhender car il est très difficile de la définir avec précision. Pour prendre sa place, l'Équité est d'abord traduite, définie, conceptualisée, avant d'être dotée de moyens de fonctionner. Elle est multiple que ce soit par ses manifestations (*épikie, aequitas, équité, equity, 'adl, qist, insaf, ihsan,*

istihsan etc.) ou ses fonctions (corriger, suppléer, seconder).¹¹ De ce fait, il est possible de se demander s'il existe une seule ou plusieurs Équités.

Il sera abordé dans cette première partie les aspects méthodologique, linguistique et historique de l'Équité ou les Équités (Partie 1). Le droit comparé provient du travail de reconstitution des contextes.¹² Il est donc primordial d'introduire les enjeux et difficultés du droit comparé. Si l'Équité occupe une place différente selon les traditions juridiques et que les applications positives divergent (Équités), une fonction, celle de l'adaptation du droit aux cas concrets se retrouve communément dans les trois traditions juridiques alors (Partie 2).

¹¹ Papinien, *Adjuvandi vei supplendi, vei corrigendi juris civilis*, Digeste, 1, 7,1

¹² PFERSMAAN O., "Le droit comparé comme interprétation et comme théorie du droit", *Revue internationale de droit comparé*. Vol. 53 N°2, Avril-juin 2001, p.276

PARTIE 1 L'« EQUITE OU LES EQUITES »: ASPECTS METHODOLOGIQUE, LINGUISTIQUE ET HISTORIQUE

Il est important, avant toute chose, de comprendre les enjeux et difficultés de la comparaison juridique (Chapitre 1). Cette approche méthodologique est nécessaire car la notion d'Équité se retrouve dans les trois traditions juridiques (Chapitre 2).

Chapitre I La comparaison juridique : enjeux et difficultés

Le droit comparé est une « *discipline juridique qui consiste dans l'étude scientifique de la comparaison des droits, c'est à dire des systèmes juridiques et des institutions juridiques des divers Etats ou groupements d'Etats* ». ¹³ L'une des fonctions du droit comparé est d'opérer des classifications des différents systèmes juridiques. ¹⁴ Pour certains auteurs, il s'agit de la « *fin ultime de toute recherche comparative* ». ¹⁵ Une des composantes et aussi une des difficultés majeures de la comparaison juridique est l'interprétation de la langue juridique et sa traduction. Ainsi, il est important de comprendre les grandes lignes des traditions juridiques en jeu (Section 1) et les enjeux de la traduction et de l'interprétation des termes juridiques en droit comparé (Section 2).

Section 1 Les traditions juridiques

Il existe différentes expressions pour désigner un système juridique ¹⁶: « ordre juridique », « culture juridique », « tradition juridique » et « famille de droit ». La tradition juridique est ce qui relie l'histoire d'un droit avec son résultat actuel, elle permet ainsi une meilleure appréhension des concepts (§1). L'étude des trois traditions juridiques en jeu permet de dégager des similitudes et des différences qui vont pouvoir s'insérer dans l'étude du concept d'Équité (§2)

¹³ « Droit comparé » dans ALLAND D. & RIALS S. dir., *Dictionnaire de la culture juridique*, PUF, 4^{ème} édition, 2012.

¹⁴ Deux approches très différentes du droit comparé coexistent d'une part la micro-comparaison, d'autre part la macro-comparaison. Il ne s'agit pas ici d'entrer dans ce débat doctrinal. V. DAVID R. et JAUFFRET-SPINOSI C., *Les grands systèmes de droit contemporains*, Dalloz "Précis", 11^{ème} éd., 2002.

¹⁵ « Cela va sans dire que l'un des principaux objets du droit comparé est la classification, les cultures juridiques sont classifiées ». ÖRÜCÜ E., « Methodological Aspects Of Comparative Law », *European Journal of Law Reform*, 8, 2006, pp. 29-42

¹⁶ 'Système' : « Ensemble de règles, considéré sous le rapport de ce qui en fait la cohérence, celle-ci pouvant tenir, s'il s'agit du droit d'un pays, aux caractéristiques nationales de ce dernier (ex. système juridique français) » ; 'système juridique' : « Droit d'un Etat ou d'une société territoriale ou personnelle, considéré, pour l'application d'une règle de conflit de lois, ou en législation comparée, dans sa totalité. Ex. le système juridique allemand, californien, musulman » CORNU G., *Vocabulaire juridique*, Paris, Puf -Quadrige ; Dicos Poche, 11^{ème} édition, 2016, p.1001.

§1 Tradition juridique, système juridique ou système de droit ?

La notion de tradition est ici retenue de préférence à celui de «système». Il s'avère que la notion de tradition prise dans son sens large renvoie aux éléments de la règle de droit replacée dans son contexte historique, culturel et social.⁸ En effet, le droit remonte aux sources de la civilisation, de chaque langue et de la culture qu'elle porte.¹⁷ La tradition juridique selon la définition de Merryman est un ensemble de comportements profondément ancrés et conditionnés par l'histoire, à l'instar de la nature du droit, du rôle que le droit doit avoir dans la société politiquement organisée, du meilleur moyen d'organiser le système juridique ou encore de la façon dont le droit doit être fait, appliqué, étudié, perfectionné et pensé.¹⁸ La notion de tradition juridique met en relation un système juridique et la culture dont il est partiellement l'expression.

Les traditions juridiques débordent souvent les frontières étatiques et correspondent alors, comme l'a montré le professeur René David à des «*manières communes de penser la règle de droit*». Tout l'enjeu des différentes traditions juridiques qui composent notre monde est de les opposer pour mieux les rassembler. Tel est le cas pour les traditions de civil law, de common law et arabo-musulmane.

§2 Les traditions civiliste, de common law et musulmane : distinctions et similitudes

L'opposition civil law et common law est devenue l'emblème et l'exemple classique de la comparaison juridique (A). Il est tout de même intéressant d'observer qu'il est possible de dépasser l'opposition classique des deux vieilles traditions juridiques européenne lorsque la comparaison se fait avec une autre vieille tradition : la tradition juridique musulmane (B). La tradition juridique musulmane est elle-même composée sous-traditions juridiques provenant des diverses écoles juridiques (*madhahib*) qui ont chacune leur propre corpus juridique et peuvent aussi bien converger que diverger sur certains points (C).

¹⁷ GÉMAR J.-C., « Traduire le droit ou le double langage de Thémis », *Hermès La Revue* 2007/3 (n° 49), p. 149-155.

¹⁸ MERRYMAN J.H., *The civil law tradition*, 2^{éd.} Standfort University Press, 1985.

A) L'opposition classique entre civil law et common law

La comparaison entre common law et civil law est une des plus caractéristiques de la matière de droit comparé tant elle occupe une place importante parmi les travaux de la doctrine en droit comparé et parmi les praticiens du droit.¹⁹ Cette opposition témoigne aussi d'un certain européano-centrisme en droit comparé, objet de critiques.²⁰

La tradition juridique, dite de civil law, réunit les systèmes juridiques apparus en Europe continentale au Moyen Age qui ont redécouvert le droit romain grâce à Irnerius et à l'Ecole de Bologne.²¹ La tradition juridique civiliste a connu le *ius civile*, le *ius gentium* de Bartole, de Cujas, de la rhétorique et de la raison que chaque Etat a adaptée et cela a donné au sein de la tradition juridique civiliste plusieurs systèmes civilistes.²² Elle est constituée des systèmes romaniste (France, Italie, Espagne), germanique (Allemagne, Autriche) et nordique (Suède, Danemark) pour ne citer quelques exemples.

De l'autre côté, la tradition de common law est fondée sur les coutumes et la jurisprudence dégagée par les cours royales formant le droit commun.²³ Elle rassemble tous les systèmes juridiques tel que l'Angleterre et les Etats-Unis, qui d'un point de vue historique, plongent leurs racines dans le droit anglais médiéval et moderne.²⁴

L'une des différences principales avec les systèmes de droit civil est la présence majeure des codifications écrites, contrairement aux systèmes de Common Law où la

¹⁹ DAVID R., *Traité élémentaire de droit civil comparé*, Paris, LGDJ, 1950; DAVID R. et JAUFFRET-SPINOSI C., *Les grands systèmes de droit contemporains*, Dalloz « Précis », 11^{ème} éd., 2002, 600 pages ; RAMBAUD T., *Introduction au droit comparé : les grandes traditions juridiques dans le monde*, Paris, PUF, 2014; ZWEIGERT K. et KÖTZ H., *Introduction to Comparative Law*, 3e éd., trad. T. Weir, Oxford, Oxford University Press, 2008; GLENN H.P., *Legal Traditions of the World*, 2e éd., Oxford, Oxford University Press, 2004.

²⁰ MATTEI U., « Three Patterns of Law: Taxonomy and Change in the World's Legal Systems », *American Journal of Comparative Law*, 45, 1997, p. 19 ; VANDERLINDEN J., "A propos des Familles de Droits en Droit Civil Comparé," in *Hommages A R. Dekkers* 363 (1982).

²¹ GAMBARO A., SACCO R. et VOGEL L., *Traité de droit comparé: le droit de l'occident et d'ailleurs*, LGDJ 2011. p.45 ; DAVID R. et JAUFFRET-SPINOSI C., *Les grands systèmes de droit contemporains*, Dalloz « Précis », 11^{ème} éd., 2002, 600 pages.

²² GLENN H.P., *Legal Traditions of the World*, 2e éd., Oxford, Oxford University Press, 2004, p.362 : la common law a ses "coutumes", ses writs et contient aujourd'hui l'Equity qui a été incorporée en 1875.

²³ CARDAHI C., « Le droit des Pays sous mandat français en Orient dans ses rapports avec les législations étrangères », *Extrait du Bulletin de la Société de Législation comparée*, Agen, 1925.

²⁴ Elle comprend les pays unis par une langue commune à savoir l'Angleterre, l'Irlande, le Canada excepté le Québec, les Etats unis, l'Australie et la Nouvelle-Zélande.

common law provient de la jurisprudence des juges.²⁵ Toutefois, il faut rester vigilant car cette distinction n'est plus tout à fait vraie aujourd'hui. En effet, le Royaume-Uni, en ce qu'il comprend les systèmes de common law d'Angleterre, du Pays de Galles et de l'Irlande du Nord,²⁶ connaît depuis les années 1970 un vaste mouvement de légifération.²⁷ La plupart des règles juridiques anglaises font l'objet aujourd'hui de lois (*statutes* en anglais).

Comme le souligne David « *tout semble séparer droit français et droit anglais* » que ce soit du point de vue de l'histoire mais aussi de la structure et de la conception de la règle de droit. Néanmoins, il est possible de dépasser cette opposition classique.

B) Distinctions et similitudes entre tradition juridique occidentale et musulmane : une opposition manifeste mais contestable

Bien que la tradition de civil law et la tradition de common law semblent distinctes et séparées l'une de l'autre, l'opposition de ces deux traditions contredirait la notion même de tradition juridique.²⁸ En effet, le concept de tradition s'insère au sein d'une culture elle-même enracinée dans une civilisation. L'histoire du droit européenne a favorisé certes l'avènement de « deux grands ordres cognitifs ou de deux formes de la connaissance en droit », selon l'expression de Pierre LEGRAND²⁹ mais il est très difficile voire impossible de définir la civilisation anglaise en l'opposant à la civilisation européo-continentale.³⁰

La tradition juridique musulmane quant à elle s'oppose aux deux précédentes dans la mesure où la conception de la loi est, dès le départ, totalement différente.³¹

²⁵ La common law peut signifier trois choses à la fois, il faut être vigilant lorsque l'on emploie le mot. Voir annexe 1.

²⁶ Bien que l'Ecosse fait partie du Royaume-Uni, c'est un système de droit mixte de civil law et de common law.

²⁷ HERTEL C., « Systèmes juridiques dans le monde », *Revue internationale du notariat*, 2009, Vol.12, p.128: la plupart des règles juridiques font l'objet de lois (*statutes* en anglais).

²⁸ GAMBARO A., SACCO R. et VOGEL L., *Traité de droit comparé: le droit de l'occident et d'ailleurs*, LGDJ 2011. p.45

²⁹ LEGRAND P., « Comparer » in *Le droit comparé aujourd'hui et demain / colloque organisé par le Centre français de droit comparé au Conseil d'Etat, Paris, 1er décembre 1995, Société de Législation comparée, 1996*

³⁰ GAMBARO A., SACCO R. et VOGEL L., *Traité de droit comparé: le droit de l'occident et d'ailleurs*, LGDJ 2011. p.45 : identifier une « civilisation anglaise » implique de l'opposer à une « civilisation hollandaise », « espagnole ». Voir DAVID R., « Existe-t-il un droit occidental? », *Extrait de XXth Century Comparative and conflicts law : legal essays in honor of Hessel E. Yntema*, Leyden : A.W. Sythoff, 1961, 547 pages.

³¹ CARDAHI C., *Le droit des Pays sous mandat français en Orient dans ses rapports avec les législations étrangères*, *Extrait du Bulletin de la Société de Législation comparée*, Agen, 1925 p.3 ; ALDEEB S. A., *Introduction à la société musulmane : Fondements, sources et principes*, Eyrolles, 2005.

En effet, la loi est perçue comme une émanation de la divinité, émanation d'Allah.³² La loi ne peut être l'œuvre des humains. Les juristes musulmans utilisent le terme de « législateur » exclusivement pour désigner Dieu.³³ Le Coran, écrit Mustapha Al-Zarqa, est dans la Shari'ah comme la Constitution dans les systèmes européens.³⁴ La Shari'ah, est selon la définition de Mustapha Al-Zarqa, « *l'ensemble des commandements et prescriptions dogmatiques et pratiques que l'Islam doit appliquer en vue de réaliser ses objectifs tendant à la réforme de la société* ». La théorie juridique classique (*fiqh*) enseigne que la Shariah dérive de quatre sources : le *Coran*, la Sunnah du Prophète incorporée dans les traditions reconnues, le consensus omnium des savants (*ijma'*) et la méthode analogique (*qiyas*).³⁵ Cette approche porte néanmoins à confusion car elle mélange sources substantielles et méthodes d'interprétation de ces sources.

La Shariah possède en vérité deux conceptions: une conception large où elle englobe divinité et humanité, et une conception stricte. Dans sa conception stricte, elle désigne la législation d'Allah à travers le Coran et la Sunnah du prophète. Par conséquent, elle comporte un caractère divin. Il ne s'agit pas de droit positif puisqu'elle est immuable quelque soit l'époque, la nation et valide pour toutes les générations.³⁶ A l'inverse du droit divin, la partie positive est amenée à être modifiée et abrogée puisqu'elle doit être en constante évolution afin de répondre aux besoins des musulmans.³⁷

Une autre remarque concerne la religion (*din*) qui est sur le plan technique « *un système divin qui mène celui qui le suit à la rectitude et à la vertu dans cette vie et au salut dans l'autre vie* ». ³⁸ Elle comprend non seulement les questions culturelles mais aussi les questions juridiques. Il y a donc un lien intime du droit et de la

³² Voir glossaire pour « Allah ».

³³ ALDEEB S. A., *Introduction à la société musulmane : Fondements, sources et principes*, Eyrolles, 2005, p.16.

³⁴ AL-ZARQA, *Al-Fiqh Al-Islami Fi Thawbihi Al-Jadid*, 7e éd. Dar-Al-Fikr, Beyrouth, p.67 ; Le terme shari'ah apparaît quatre fois dans le Coran sous différentes formes pour indiquer la législation (Coran 5 :48 ; 42 :13 ; 42 :21 ; 45 :17-18. Voir annexe 7).

³⁵ SCHACHT J., *Esquisse d'une histoire du droit musulman*, (traduit de l'anglais par Jeanne et Félix Arin), Librairie orientale et américaine, 1953, p.53.

³⁶ KHAN L. A. et RAMADAN H. M., *Contemporary Ijtihad : Limits and Controversies*, Edingburgh University Press, 2012, p.80.

³⁷ KHAN L. A. et RAMADAN H. M., *Contemporary Ijtihad : Limits and Controversies*, Edingburgh University Press, 2012, p.80.

³⁸ QASIM Y., *Mabadi al-fiqh al-Islami*, Dar al-Nahdah al-Arabiyyah, 1983, p.20.

religion qui n'existe pas dans les deux traditions juridiques européennes où le droit est considéré comme une branche autonome de la science.³⁹ Il y a d'ailleurs, tout un débat concernant le droit musulman : le droit musulman est-il un droit canonique, c'est à dire religieux ? Chafik Chéhata écrit dans son *Etudes sur le droit musulman* que l'épithète « musulman » appliquée au droit musulman est à l'origine d'un malentendu.⁴⁰ Il y a, dans la tradition musulmane, une nette distinction entre les *'ibadat* (actes religieux mettant en rapport la créature avec son créateur) et les *mu'amalat* (rapports entre particulier). Si un acte peut être répréhensible en religion (*diyanatan*), il peut être valable en droit aux yeux du juge (*qada'an*).⁴¹

D'un point de vue externe, le droit musulman est une sorte de case-law du fait de sa méthode casuistique, fondement de la science du droit dans la tradition juridique musulmane.⁴² Durant le premier millénaire, la tradition juridique musulmane a connu un immense développement de son système juridique grâce une organisation coordonnée entre les savants (ulémas) et les juges (qadi). Le qadi contrôlé strictement par des doctrines sophistiquées et détaillées des écoles juridiques dont il fait partie.⁴³ Sans prendre en compte les premières années de l'Islam, le juge a toujours été soumis à ces doctrines sans même l'autorisation de développer et d'élaborer le droit. Il n'y avait ni de bureaucratie hiérarchique ni de structures hiérarchiques telles qu'elles sont connues dans le système français ou anglais.⁴⁴ Au contraire, le droit s'est développé grâce aux opinions juridiques qui ont résout les différents problèmes sur la base de faits concrets dans des cas particuliers.⁴⁵ De ce point de vue, le droit musulman serait très similaire au

³⁹ DAVID R. et JAUFFRET-SPINOSI C., *Les grands systèmes de droit contemporains*, Dalloz « Précis », 11^{ème} éd., 2002, p.351

⁴⁰ CHEHATA C., *Etudes de droit musulman*, Préf. de M. Alliot, PUF, 1971, p.11. Il explique que la distinction occidentale entre droit canonique et droit laïc n'existe pas chez les musulmans. Bien que la ligne de démarcation entre le temporel et le spirituel est très estompée voire confuse, les docteurs de l'Islam (*fuqaha*) distingue bien le domaine du droit du domaine de la religion ou la morale.

⁴¹ Cette distinction explique entre autre la théorie de l'apparence en matière contractuelle.

⁴² CHEHATA C., « ISLAM : Les sciences religieuses traditionnelle- Le droit », *Encyclopaedia Universalis*, 1970 p. 513 et s.

⁴³ MAKDISI J., « Legal Logic and Equity in Islamic Law », *American Journal of Comparative Law* 33 (1985) : 65.

⁴⁴ Cela a changé avec la colonisation et durant la période post-coloniale, où la majorité des pays arabes indépendants ont adopté des structures hiérarchiques dans l'exécutif, le législatif et le judiciaire inspirées fortement du système civiliste. Voir annexe 28.

⁴⁵ MAKDISI J., « A reality check on istihsan as a method of islamic legal reasoning », *UCLA Journal of Islamic and Near Eastern Law*, 2 :1 (2002-2003), 99-127 dans G. N. Picken, *Islamic Law: Critical concepts in Islamic Studies*, Taylor and Francis, 2009, p. 320.

développement de la common law en Angleterre.⁴⁶ Le raisonnement analogique (*qiyas*), un des aspects fondamentaux de la tradition musulmane, se retrouve en Common Law et a pour effet de limiter de manière subtile la créativité du juge.⁴⁷ Néanmoins, les juristes musulmans n'examinent non seulement les cas qui surgissent dans la pratique mais également les hypothèses les plus éloignées de la pratique, ce qui le rapproche de la tradition continentale qui conçoit la loi comme une source de droit pouvant répondre à toutes les situations possibles.

En vérité, le droit musulman aujourd'hui n'est pas le seul droit auquel le juge des pays arabes a recours. D'ailleurs, il n'est pas étonnant qu'à droite de chaque juge des pays arabes, figurent l'ouvrage monumental *al Waseet* d'Al Sanhoury, qui n'est d'autre que le commentaire du code civil égyptien de 1949 inspiré très clairement du code civil français, d'une part, le *Medjellé* (*Majallah al ahkam al adlya*), la codification ottomane du droit positif hanafite du 19^{ème} siècle, d'autre part.⁴⁸

C) La tradition juridique musulmane : une pluralité de droits positifs

Le terme de « droit musulman » est un terme général qui inclut ensemble les sources divines et le droit positif, ou en d'autres termes, la Shariah et le droit positif.⁴⁹ Le droit musulman a ses « islam »- *sunni* et *shi'ite*- et ses écoles de pensées et de jurisprudence ainsi que des variations régionales par l'adaptation même l'intégration de traditions locales et informelles.⁵⁰

Le « droit positif » musulman représente une mosaïque de *corpus* juridiques parmi lesquels figurent principalement le *fiqh*, les méthodes juridiques tel que l'analogie, *l'istihsan*, *l'istislah*, les écoles de jurisprudence (*madhahb*), les codes, la législation écrite (*qanun*), des coutumes locales, de la jurisprudence. Les écoles juridiques sont de véritables écoles de pensées qui n'ont cessé depuis le Moyen-Age jusqu'à nos jours de façonner la vie sociale musulmane. Leur existence repose sur le fait que ni le Coran ni l'ensemble des paroles et actes de Mahomet, Sunna ne fournissent directement des solutions à tous les problèmes concrets qui se

⁴⁶ Voir annexe 2 pour voir les autres similitudes avec la common law.

⁴⁷ GLENN H.P., *Legal Traditions of the World*, 2e éd., Oxford, Oxford University Press, 2004, p.364.

⁴⁸ BALLANTYNE W. M., *Essays and Addresses on Arab Laws*, Curzon Press, 2000, p.27.

⁴⁹ Bien que la terminologie de « droit musulman » est très largement utilisée par les orientalistes français et anglais, elle s'avère insatisfaisante car il n'existe pas à proprement un droit musulman, mais bien une tradition juridique musulmane au sein de laquelle il y a plusieurs droits positifs selon les écoles juridiques.

⁵⁰ GLENN H.P., *Legal Traditions of the World*, 2e éd., Oxford, Oxford University Press, 2004, p.362.

posent à la communauté musulmane dans sa vie quotidienne. Seules les écoles juridiques issues du sunnisme seront étudiées dans le cadre de ce mémoire. Il sera abordé principalement des écoles hanafite, malékite, shaféite et hanbalite.⁵¹

Les écoles juridiques ont chacune élaboré des systèmes dans les premiers temps de l'islam pour préciser les fondements du droit (*usul al-fiqh*) ainsi que le détail de ses conditions d'application.⁵² Pendant de nombreux siècles suivants la période classique, les communautés musulmanes ont reçus et pratiqués les courants juridiques issus de ces différentes écoles juridiques.⁵³

En résumé, alors que la tradition juridique civiliste comporte le caractère central de la personne, la tradition juridique musulmane a ses racines ancrées dans la révélation divine (*wahyi ilahi*) et celle de common law est ancrée dans la *case law*.

Section 2 La traduction et l'interprétation des termes juridiques : difficulté majeure de la comparaison

Le terme juridique fait non seulement partie d'un système juridique mais également d'un système linguistique.⁵⁴ Gémar explique que « *les mots du droit expriment en quelques signes l'histoire, souvent complexe et tortueuse, d'une notion, d'une institution* ». ⁵⁵ Ainsi, le langage juridique est difficile à traduire (§1). La spécificité de la langue arabe est aussi à prendre en compte dans le cadre de ce mémoire (§2).

⁵¹ Chacune des écoles juridiques partagent la reconnaissance des principes de la Shariah mais divergent sur la manière d'interprétation. Chaque école juridique a été fondée dans des régions différentes du monde musulman. Il peut y avoir plusieurs écoles juridiques au sein d'un même pays comme par exemple l'Égypte (Malékite et Shaféite) tout comme il peut y avoir qu'une école juridique comme l'école hanafite en Turquie (Voir annexe 3).

⁵² SOURDEL J. et SOURDEL D., *Dictionnaire historique de l'Islam*, Paris, PUF, 2007 p. 258 « Ecoles juridiques ». Voir glossaire annexe 4 pour la définition des *usul al-fiqh* et voir annexe 5 pour voir les priorisation des sources et méthodes des écoles juridiques.

⁵³ KHAN L. A. et RAMADAN H. M., *Contemporary Ijtihad : Limits and Controversies*, Edingburgh University Press, 2012, p.16.

⁵⁴ GAMBARO A., SACCO R. et VOGEL L., *Traité de droit comparé: le droit de l'occident et d'ailleurs*, LGDJ 2011. p.7. Le « langage du droit reflète la complexité de la société qui l'a produit, dont les institutions et leur vocabulaire recèlent une culture parfois multimillénaire » GÉMAR J.-C., « Traduire le droit ou le double langage de Thémis », *Hermès La Revue* 2007/3 (n° 49), p. 149-155. Les termes peuvent avoir un sens étymologique et un autre technique, conventionnel, et en l'occurrence un sens juridique (ALDEEB S. A., *Introduction à la société musulmane : Fondements, sources et principes*, Eyrolles, 2006, p.219)

⁵⁵ GÉMAR J.-C., « Traduire le droit ou le double langage de Thémis », *Hermès La Revue* 2007/3 (n° 49), p. 149-155

§1 De la difficulté à traduire le langage juridique

Chaque système ou tradition juridique a développé son propre langage technique.⁵⁶ Comme le souligne Boente, les juristes parlent un « *langage qui se trouve basé dans le langage courant* ». ⁵⁷ Le langage juridique énonce la règle par la loi, le jugement et l'acte juridique. Le registre de Thémis peut du plus pragmatique comme le texte contractuel au plus mystique ou symbolique tel que la Bible, le Coran ou encore la Déclaration des droits de l'Homme et du Citoyen (1789).⁵⁸

Sferle explique que la « *langue est le véhicule d'expression du droit, soumis à un grand nombre de règles sur les plans stylistique, syntaxique, sémantique et lexical* ». ⁵⁹ Il s'agit d'une porte d'entrée sur la culture et la traduction y figure comme un point d'accès fondamental pour la compréhension des cultures.⁶⁰

Selon Montserrat Perena Vicente, le « *but de la traduction est d'atteindre sinon l'utopique identité, du moins l'équivalence, fonctionnelle* ». ⁶¹ La traduction est une sorte de « compromis raisonnable » entre les impératifs du droit et les servitudes de la langue. Sacco et David, éminents comparatistes, n'hésitent pas à dire que les termes juridiques d'un système étranger sont intraduisibles en français.

Otto Pfersmann souligne que l'une des difficultés de la traduction provient de la « complexité des contextes ». ⁶² La traduction d'un mot ou d'une expression doit être précédée d'une explication du contexte de la langue de départ dans la langue d'arrivée. La langue relève inévitablement d'un « *contexte à la fois historique, social, politique, psychologique, religieux et économique- lequel ne saurait être que*

⁵⁶ ALUFFI, R. « Interpréter et traduire l'arabe, langue de droits » *Revue mensuelle LexisNexis Jurisclasser*, Septembre 2015, n°9, pp.28-29

⁵⁷ BOENTE, W., « Difficultés de connaissances des institutions familiales étrangères : les difficultés liées à la traduction », *Revue mensuelle LexisNexis Jurisclasser*, Septembre 2015 p.22-24

⁵⁸ NIDA E. A. et TABER C.R., *The Theory and Practice of Translation*, Leiden, 1982, p. 261; BENACHENHOU, Y., « Langue arabe, droit et évolution », in *La Traduction juridique. Histoire, théorie(s) et pratique*, Berne et Genève, ASTTI/ETI, 2000, p. 209.

⁵⁹ SFERLE A., *La problématique de la traduction juridique : quelques aspects sur la traduction des termes juridiques en roumain*, Actes du 1er Colloque international sur « la Sémiotique, la Didactique et la Communication », 2005, p.167

⁶⁰ CURRAN V. G., « Cultural Immersion, Difference and Categories in U. S. Comparative Law », *American Journal of Comparative Law*, 46, 1998, pp. 43-92.

⁶¹ PERENA VICENTE M., « Les difficultés liées à la traduction et à l'interprétation dans les pays pluri-législatifs » *Revue mensuelle LexisNexis Jurisclasser*, Septembre 2015, n°9 pp.25-27.; Jean-Claude Gémard, « Traduire le droit ou le double langage de Thémis », *Hermès, La Revue* 2007/3 (n° 49), p. 149-155.

⁶² PFERSMAAN O., "Le droit comparé comme interprétation et comme théorie du droit", *Revue internationale de droit comparé*. Vol. 53 N°2, Avril-juin 2001, p.275.

singulier ». ⁶³ A l'inverse, la langue constitue un outil très fiable pour octroyer à un peuple sa conception du monde. ⁶⁴

Parfois, les termes employés dans une langue juridique n'ont pas d'équivalent dans une autre et qui ne correspondent à aucun concept connu dans les autres langues juridiques. ⁶⁵ La traduction de tels termes juridiques s'avèrent tellement compliquée et délicate, qu'il est préférable de les laisser ainsi. ⁶⁶ Tel est le cas également pour les termes en arabe, une langue aux aspects uniques.

§2 L'arabe, une langue aux aspects uniques

L'arabe, en tant que langue du droit, comporte des aspects uniques. ⁶⁷ L'arabe est la langue de la Révélation par lequel est venu le Coran (A). Elle est aussi une langue complexe car très technique (B). L'arabe est à la fois une belle langue (*lughat al Malaika*) et une langue difficile (*lughat al'Dad*). ⁶⁸

A) Un lien unique avec l'Islam

Il y a un lien indéniable entre l'arabe et la tradition juridique arabomusulmane. L'arabe est considéré avant tout comme une langue sacrée en ce qu'il s'agit de la langue du Coran et des sciences religieuses qui trouvent leur source première dans le Livre Sacré. ⁶⁹ En effet, le Coran insiste à plusieurs reprises sur le fait qu'il est « descendu » en langue arabe. ⁷⁰ L'idée s'est ainsi imposée que le Coran s'adressait à une communauté d'êtres humains parlant cette langue. La « compréhension » ou « l'intelligence » que sollicite et qu'aiguise le Coran est incarnée dans la langue arabe.

⁶³ GLANERT S., *De la traductibilité du droit*, Paris, Dalloz, 2011, p.182.

⁶⁴ BOENTE, W., « Difficultés de connaissances des institutions familiales étrangères : les difficultés liées à la traduction », *Revue mensuelle LexisNexis Jurisclasser*, Septembre 2015 p.22-24

⁶⁵ GAMBARO A., SACCO R. et VOGEL L., *Traité de droit comparé: le droit de l'occident et d'ailleurs*, LGDJ 2011, p.7

⁶⁶ BENACHENHOU, Y., « Langue arabe, droit et évolution », in *La Traduction juridique. Histoire, théorie(s) et pratique*, Berne et Genève, ASTTI/ETI, 2000, p. 209-221

⁶⁷ ALUFFI, Roberta « Interpréter et traduire l'arabe, langue de droits » *Revue mensuelle LexisNexis Jurisclasser*, Septembre 2015, pp.28-29

⁶⁸ Le dad (ض) est l'une des lettres arabes les plus difficiles à prononcer, ce qui veut dire que c'est une langue difficile.

⁶⁹ BENACHENHOU, Y., « Langue arabe, droit et évolution », in *La Traduction juridique. Histoire, théorie(s) et pratique*, Berne et Genève, ASTTI/ETI, 2000, p. 209-221; ALUFFI, Roberta « Interpréter et traduire l'arabe, langue de droits » *Revue mensuelle LexisNexis Jurisclasser*, Septembre 2015, pp.28-29

⁷⁰ AL-SHIRAZI (trad. Eric Chaumont) *Kitāb al-Luma' fī uṣūl al-fiqh : traité de théorie légale musulmane*, Berkeley, CA : Robbins Collection, 1999, p.15. Coran: 12 : 2 ; 13 :37 ; 20 :113 voir annexe 7.

Boente explique que l'emploi exclusif de la langue arabe pour donner une forme linguistique à l'ordre normatif religieux a « *généré un vocabulaire juridique riche et sophistiqué* ». ⁷¹ L'une des conditions du *mujtahid*, celui qui va réaliser l'effort rationnel (*ijtihad*) ⁷² est de maîtriser la langue arabe et de connaître ses règles d'expression pour pouvoir bien comprendre les textes du droit musulman. D'ailleurs, il est dit qu'un débutant en langue arabe est un débutant en droit musulman.

B) Une langue ultra technique

L'arabe aussi une langue très technique car chaque mot en arabe est porteur de deux sens : un sens linguistique et étymologique (*ma'na lughawi*) et un sens idiomatique ou conventionnel (*ma'na istilahi*), c'est-à-dire un sens qui se rapporte à un vocabulaire spécifique déterminé un domaine comme par exemple le domaine juridique. ⁷³

Littéralement, le mot « sharia » dérive du verbe « shara'a » présent dans le Coran et qui signifie linguistiquement « s'abreuver ». ⁷⁴ Il désigne au sens technique « *tout ce que Dieu a prescrit aux humains de faire en matière religieuse* » et est utilisé pour désigner le droit musulman. Al-Qasim, définit la Shariah comme étant « *les normes transmises par la révélation à Mahomet qui améliorent l'état des gens en ce qui concerne leur vie terrestre et l'autre vie, que ce soit des normes d'ordre dogmatique, cultuel ou éthique.* ». ⁷⁵ Comprendre la Shariah exige une connaissance poussée de l'arabe. ⁷⁶

⁷¹ BOENTE, W., « Difficultés de connaissances des institutions familiales étrangères : les difficultés liées à la traduction », *Revue mensuelle LexisNexis Jurisclasser*, Septembre 2015 p.22-24. Il faut souligner que l'arabe est une langue juridique internationale : plus de 20 Etats ont comme langue officielle l'arabe.

⁷² Etymologiquement, l'ijtihad vient du mot « jahd », effort. Il comprend deux sens : un sens littéraire et un sens juridique (v. Glossaire p. Il est plus communément nommé sur le plan juridique comme l'effort rationnel.)

⁷³ Fatwa n°267799, 15 septembre 2014 « Al-firq bayna al-ma'na al-lughawi wal al-tilahi » La différence entre le sens linguistique et le sens technique

<http://fatwa.islamweb.net/fatwa/index.php?page=showfatwa&Option=Fatwald&Id=267799>.

La différence entre le sens linguistique et le sens technique est que le premier désigne le sens que le peuple arabe a utilisé pour le mot, le second désigne le sens utilisé par techniciens dans un domaine. Par exemple le mot « prière » (salat), dans le sens linguistique c'est une invocation, et au sens technique c'est le culte, l'adoration.

⁷⁴ Etymologiquement, cela signifie le chemin menant à l'abreuvoir. BENACHENHOU, Y., « Langue arabe, droit et évolution », in *La Traduction juridique. Histoire, théorie(s) et pratique*, Berne et Genève, ASTTI/ETI, 2000, p. 209-221

⁷⁵ QASIM Y., *Mabadi al-fiqh al-Islami*, Dar al-Nahdah al-Arabiyyah, 1983.

⁷⁶ ALDEEB S. A., *Introduction à la société musulmane : Fondements, sources et principes*, Eyrolles, 2006, p.219

Le terme *fiqh* désigne la science juridique islamique. Elle est la plus importante des sciences religieuses.⁷⁷ Etymologiquement, le terme *fiqh* signifie la compréhension, la connaissance. Chez les juristes musulmans, le *fiqh* désigne le savoir par excellence, le savoir religieux qui consiste à connaître les droits et les devoirs de l'homme.⁷⁸

L'article 1er du *Medjéllé*, code ottoman, définit le *fiqh* comme « *la connaissance des questions pratiques du droit musulman* ». ⁷⁹ Les dispositions du *fiqh* se rapportent non seulement sur les *'ibadat* (les matières du culte) mais aussi sur les *mu'amalat* (la vie temporelle). Le terme *faqih* désigne le spécialiste du droit musulman, le savant religieux s'occupant du droit musulman.

Selon le contexte juridique employé, les mots renferment des sens divers. Par exemple, le mot « droit » peut être traduit par « qanun » ou « sharia » mais ces deux mots sont porteurs de sens très différents. Alors que le mot « sharia » se réfère à la loi prescrite par Dieu, le mot « qanun » est un mot que la langue arabe a hérité du terme grec kanôn (κανών) à travers la langue syriaque.⁸⁰ Le mot *qanun* était souvent utilisé par Ibn Khaldun, historien, philosophe et politique d'Andalousie, pour désigner les lois promulguées par les gouverneurs détenteurs de la puissance publique par opposition à la *Shari'ah* qui est la loi faite par Dieu. Il se référait surtout aux actes pris par les gouverneurs de province tels que des règlements, en matière administrative, financière et pénale pendant la période de situant avant la création des Etats-nations du 19ème siècle.⁸¹ Aujourd'hui le mot « qanun » désigne non seulement les lois et décrets provenant des législations occidentales comme par exemple en droit civil, commercial, administratif et pénal (ex. code civil égyptien de 1949, code civil Syrien) mais également les lois et les codes reproduisant les dispositions de la « sharia » (Code émirati du statut personnel de 2005).⁸² Il faut

⁷⁷ ALUFFI, R. « Interpréter et traduire l'arabe, langue de droits » *Revue mensuelle LexisNexis Jurisclasser*, Septembre 2015, n°9, pp.28-29

⁷⁸ ALDEEB S. A., *Introduction à la société musulmane : Fondements, sources et principes*, Eyrolles, 2006, p.23

⁷⁹ Article 1^{er} Medjéllé : al-masa'il al-shar'iyha al a'maliyyah. **الفقه علم بالمسائل الشرعية العلمية.**

⁸⁰ ALDEEB S. A., *Introduction à la société musulmane : Fondements, sources et principes*, Eyrolles, 2005, p.24 ; BENACHENHOU, Y., « Langue arabe, droit et évolution », in *La Traduction juridique. Histoire, théorie(s) et pratique*, Berne et Genève, ASTTI/ETI, 2000, p. 209-221. Voir annexe 6.

⁸¹ BENACHENHOU, Y., « Langue arabe, droit et évolution », in *La Traduction juridique. Histoire, théorie(s) et pratique*, Berne et Genève, ASTTI/ETI, 2000, p. 209-221

⁸² Il a d'ailleurs tout à débat sur la codification de la sharia : certains fuqaha' s'y opposent car cela affaiblirait le caractère divin de celle-ci, d'autres trouvent que les avantages de la codification de la sharia sont plus nombreux que ses inconvénients notamment en permettant un accès facilité aux normes de la sharia.

toujours se souvenir que *qanun* désigne une législation humaine, ce qui n'est pas le cas de *Shari'ah*.⁸³

L'arabe est la lingua franca de la région et la langue du droit et des cours.⁸⁴ Selon William Ballantyne un juriste anglais peut traduire convenablement un passage du droit français. Il ne va pas de même avec l'arabe car il y a telle diversité de la traduction en raison de la richesse de la langue arabe et des différents procédés de construction de la langue. ⁸⁵ Aluffi souligne que les diverses variantes nationales de l'arabe juridique peuvent remonter à la tradition du *fiqh*, selon que l'école juridique dominante dans le pays était hanafite ou malékite.⁸⁶

Après avoir abordé les enjeux et les difficultés de la comparaison juridique, il est temps d'aborder la notion d'Équité dans les différentes traditions juridiques.

⁸³ Annexe 6.

⁸⁴ La lingua franca est une « *langue auxiliaire de relation utilisée par des groupes ayant des langues maternelles différentes* ». «Lingua franca», Dictionnaire Larousse [en ligne] http://www.larousse.fr/dictionnaires/francais/lingua_franca/47264#OdVmZIST2dOe4i1X.99 (consulté le 18 avril 2016). BALLANTYNE W. M., *Essays and Addresses on Arab Laws*, Curzon Press, 2000, p.9.

⁸⁵ BALLANTYNE W. M., *Essays and Addresses on Arab Laws*, Curzon Press, 2000, p.9.

⁸⁶ ALUFFI, Roberta « Interpréter et traduire l'arabe, langue de droits » Revue mensuelle LexisNexis Jurisclasser, Septembre 2015, pp.28-29

Chapitre II La notion d'Équité dans les différentes traditions juridiques : une diversité

Les noms de l'Équité ont pu changer au cours des siècles, dans les différentes traditions juridiques, et dans des situations innombrables. Il est important de connaître le contexte dans lequel est employé le mot pour pouvoir adapter à la période temporelle où il est utilisé.⁸⁷ Ainsi, la diversité de la notion d'Équité est, tout d'abord, historique (Section 1). La délimitation de l'Équité est un travail périlleux, où règne divergences et convergences (Section 2).

Section 1 Délimitation de l'Équité: les possibilités historiques de l'Équité

Les noms donnés à l'Équité varient selon les civilisations, les époques et les cultures. Dans la tradition occidentale, cela peut porter à confusion car il s'agit du mot même équité. Dans la tradition juridique musulmane, l'Équité se retrouve dans la notion *d'istihsan*. Ainsi, il convient de considérer les genèses de l'équité dans la tradition juridique occidentale (§1) et celles de *l'istihsan* dans la tradition juridique musulmane (§2).

§1 Les genèses de l'équité dans la tradition juridique occidentale

Dans la tradition occidentale, les noms donnés à l'équité sont nombreux: *épikie*, *aequitas*, *equity*. Tout en héritant des travaux philosophiques, juridiques et religieux (A), l'équité a pris deux chemins différents: celle de la *civil law* et celle de la *common law* (B).

A) Un héritage philosophique, juridique et religieux

L'étymologie de l'équité dans la tradition juridique occidentale est double: une origine grecque sous le nom *d'épikie* (1) et une origine romaine sous le nom *d'aequitas* (2).⁸⁸ L'équité a connu par la suite l'influence du christianisme (3). Ainsi l'équité dans la tradition juridique occidentale est le produit de trois influences: la philosophie grecque, le droit romain et la religion chrétienne.

⁸⁷ BENACHENHOU, Y., « Langue arabe, droit et évolution », in *La Traduction juridique. Histoire, théorie(s) et pratique*, Berne et Genève, ASTTI/ETI, 2000, p. 209-221.

⁸⁸ Le mot équité provient de l'étymologie indo-européenne **EKA** ou **AIKA** ou **AIKYA ऐक्य**, qui signifie le consensus, l'harmonie, l'unité, l'unanimité, une sorte d'égalité originelle.

1. L' *épikie* grecque

Dans la philosophie et le droit grec, *epikeia* désigne l'indulgence, la clémence. L'équité chez le philosophe grec Aristote est « *une force qui corrige les éléments d'injustice du droit strict* », elle est « *une correction du droit lorsque celui-ci est imparfait à cause de son universalité* ». ⁸⁹ Aristote innove dans sa définition de l'équité car il souligne la nécessité de lier le droit et l'équité. Aristote envisage l'équité comme étant une correction du droit, il s'agit d'une « *justice meilleure, laquelle corrige la Justice légale, quand elle aboutit dans un cas particulier, à des résultats injustes, par suite des termes généraux d'une loi qui n'a pas tout prévu* ». ⁹⁰

Il résulte de cette définition que l'équité est l'application partielle de l'idée de Justice à un cas concret, elle un moyen de « *redresser la loi là où elle se trompe* ». ⁹¹ Il s'agit de mettre en accord le droit avec les « *besoins de la société ou les exigences de la conscience de l'époque* ». ⁹²

C'est le même scénario, celui d'adapter le droit aux besoins de la société, qui se passera à Rome.

2. L' *aequitas* romaine et le prêteur romain

L'équité est désignée dans le droit romain par *aequitas*, qui vient du latin *aequus* (égal). *L'aequitas* réalise l'égalité proportionnelle entre les êtres placés dans des rapports différents, elle est un aspect de la Justice.

La notion d'*aequitas* apparaît à Rome en réaction au vieillissement du système juridique romain. Le droit romain était caractérisé jusqu'alors par un formalisme extrême qu'alourdir la vie juridique. ⁹³ En effet, l'accès aux tribunaux par les citoyens romains ⁹⁴ se faisait par le biais de procédures complexes appelées « actions de la loi ». ⁹⁵ Or, la procédure formulaire s'est avérée inadaptée aux nouvelles situations et

⁸⁹ Aristote, *Ethique à Nicomaque*, 1992, LGF, Livre 3, ch. 10.

⁹⁰ Aristote, « La grande Morale », *Ethique à Nicomaque*, 1992, LGF, II, p. 114.

⁹¹ Aristote, *Ethique à Nicomaque*, 1992, LGF p.231

⁹² TUNC A., « EQUITE », *Encyclopedia Universalis* [en ligne] <http://www.universalis.fr/encyclopedie/equite/> (consulté le 12 mai 2015).

⁹³ GAUDEMET J. « ROMAIN DROIT », *Encyclopædia Universalis* [en ligne], op.cit.

⁹⁴ « L'accès aux tribunaux était refusé aux étrangers » GAUDEMET J. « ROMAIN DROIT », *Encyclopædia Universalis* [en ligne], <http://www.universalis-edu.com/encyclopedie/droit-romain/>, (consulté le 7 mars 2015).

⁹⁵ Les plaideurs devaient exécuter des formules strictes tel que des gestes ou des mots

cultures qui ont émergé à Rome en raison des guerres puniques⁹⁶. C'est pourquoi il est apparu nécessaire de créer de nouveaux actes juridiques afin de répondre aux exigences du commerce, d'assouplir les formes et de consacrer l'indépendance des membres de la famille. Ces transformations n'ont pas abrogé le droit ancien romain mais ont permis de l'adapter et de le compléter.⁹⁷ Cette transformation du droit n'a pas été confiée au législateur mais au magistrat judiciaire, « le préteur ».⁹⁸

Entre le II^e siècle avant J.-C. et le I^{er} siècle après J.-C. s'opère un travail juridique de grande envergure grâce au préteur urbain et au préteur pérégrin à Rome et aux gouverneurs dans les provinces.⁹⁹ Par un édit promulgué, les préteurs ainsi que les gouverneurs déclaraient les cas, le plus souvent des situations méritant protection, dans lesquels ils attribueraient une action en justice. Par cette promesse d'action, un droit était ainsi créé par les préteurs à côté de l'ancien droit des citoyens (*ius civile*). Cela permettait au préteur d'introduire des dispositions empreintes d'équité. La loi Aebutia est venue, selon Cintura, reconnaître de manière formelle la reconnaissance d'un droit nouveau dit prétorien.¹⁰⁰ La souplesse de ce droit permettait de s'adapter « *aux besoins d'une société en pleine mutation* », ce qui était impossible au temps des actions de la loi.¹⁰¹ Avec le temps, l'évolution du droit romain (droit prétorien et droit des citoyens) a conduit à ce que l'équité et le droit s'interpénètrent. L'équité est devenue « *partie intégrante de la conception de ce qui est honnête et juste et sur quoi tout droit est basé* »¹⁰². Le droit prétorien est « *celui que les préteurs ont introduit pour seconder, suppléer ou corriger le droit civil à raison de l'utilité publique* » dicit Papinien, un droit ouvert aux attentes de la société. La mission de l'équité en droit romain a consisté à compléter ce dernier grâce à l'élaboration du droit prétorien par le préteur.

⁹⁶ On appelle guerres puniques le conflit qui opposa Carthage à Rome de 264 à 146 av. J.-C. et qui se termina par la destruction de Carthage, voir annexe 8.

⁹⁷ C'est l'originalité du droit romain selon Jean Gaudemet.

⁹⁸ GAUDEMET J. « ROMAIN DROIT », Encyclopædia Universalis [en ligne], <http://www.universalis-edu.com/encyclopedie/droit-romain/>, (consulté le 7 mars 2016).

⁹⁹ Les préteurs urbains (pour les litiges entre Romains) et pérégrins (pour les litiges entre un Romain et un étranger) étaient des magistrats chargés de l'organisation des procès.

¹⁰⁰ *Adjuvandi vel supplendi vel corrigendi juris civilis gratia. Supplet proetor id quod legi deest* : ce droit supplée cependant largement à la légalité défailante.

¹⁰¹ GAUDEMET J. « ROMAIN DROIT », Encyclopædia Universalis [en ligne], <http://www.universalis-edu.com/encyclopedie/droit-romain/>, (consulté le 7 mars 2016).

¹⁰² NEWMAN R. A., « La nature de l'équité en 'droit civil' », *Revue internationale de droit comparé*. Vol. 16 N°2, Avril-juin 1964. p. 290.

Pothier considère le droit romain comme l'expression de la raison mais conciliant les solutions retenues avec l'équité et la raison naturelle.¹⁰³ Georges KHAIRALLAH explique que ce « *qui apparaissait alors conforme au droit naturel était nécessairement raisonnable, équitable ou juste* ». ¹⁰⁴

Modelée par la philosophie gréco-romaine, l'équité va connaître l'influence du christianisme dans le Moyen-Age.

3. L'équité de Saint-Thomas d'Aquin

En 476, la chute de Rome marque la fin de l'Empire romain et le début du Moyen-Age¹⁰⁵. Le pouvoir de l'Empire romain est remplacé par le pouvoir des rois provenant des tribus d'origine germanique. Or, ce nouveau système va contraster avec celui du droit écrit romain puisque ces tribus germaniques ne connaissaient pas que les coutumes.¹⁰⁶ Même si les gallo-romains sont nombreux face aux tribus, l'utilisation du droit romain va en diminuant au fil des siècles en raison de l'évolution de la société. La coutume prend le pas à partir du 8^{ème} siècle où elle devient une source essentielle du droit en Occident, même si quelques sources écrites persistent notamment le droit de l'Église.

La redécouverte du droit romain, et notamment du droit prétorien, va avoir lieu au XI^e siècle grâce à Irnerius et les professeurs de l'Université de Bologne. Selon Sourieux, cette redécouverte de l'équité par les érudits du Moyen Âge, les glossateurs¹⁰⁷, va permettre à cette dernière de prendre sa place en droit français.¹⁰⁸ Dans la conception de l'équité, les glossateurs vont distinguer entre l'équité écrite ou constituée d'une part et l'équité non écrite d'autre part. Tandis que la première désigne l'équité formalisée par la loi (*aequitas scripta* ou *constituta*), la seconde a pour signification l'équité qui réside dans le sentiment du juste et de l'injuste

¹⁰³ KHAIRALLAH G., « Le "raisonnable" en droit privé français – développements récents », RTD civ. 1984, p.440.

¹⁰⁴ KHAIRALLAH G., « Le "raisonnable" en droit privé français – développements récents », RTD civ. 1984, p.440.

¹⁰⁵ Voir annexe 9.

¹⁰⁶ La coutume « *est une règle de conduite suivie par un groupe social et résultant d'un usage plus ou moins prolongé* » (ROUHETTE A., « COUTUMIER DROIT », *Encyclopædia Universalis* [en ligne], <http://www.universalis-edu.com/encyclopedie/droit-coutumier/> consulté le 6 avril 2015).

¹⁰⁷ Les glossateurs sont « *des érudits du Moyen Âge qui, pour l'interprétation des textes du droit romain, appliquaient à la fois des méthodes d'analyse interlinéaire et d'explication des mots* » BARBIN J., « GLOSSATEURS, droit médiéval », *Encyclopædia Universalis* [en ligne] <http://www.universalis-edu.com/encyclopedie/glossateurs-droit-medieval> (consulté le 11 mars 2015) voir annexe 10.

¹⁰⁸ SOURIOUX J.-L. « L'équité ou les équités » (Journées juridiques franco-libanaises, Paris, 3-4 octobre 2002). In: *Revue internationale de droit comparé*. Vol. 55 N°1, Janvier-mars 2003, p. 215.

(*aequitas non scripta* ou *cerebrina* « cérébrale »). Il n'y a pas que *l'aequitas* qui est redécouverte, les écrits d'Aristote sur l'*épikie* sont également repris par des glossateurs comme Martinus¹⁰⁹ et par le célèbre théologien Saint-Thomas d'Aquin¹¹⁰. Vers la fin du Moyen Âge, Saint-Thomas d'Aquin récapitulera les apports philosophiques gréco-romains et les intégrera dans une dynamique plus ample.¹¹¹ Dans la *Somme théologique*, Saint-Thomas d'Aquin affirme que « *l'épikie ne se détourne pas purement et simplement de ce qui est juste, mais de la justice déterminée par la loi* »¹¹². Saint-Thomas d'Aquin explique que « *s'il se présente un cas où l'observation de telle loi soit préjudiciable à l'intérêt général, celle-ci ne doit pas être observée* ». ¹¹³ Le jugement *d'épikie* en droit canonique est, en l'occurrence, une belle illustration de cette découverte en ce qu'il écarte le droit en l'espèce car son maintien dans le cas précis constituerait un plus grand mal.¹¹⁴

L'équité devient l'équivalent de la douceur, la bienveillance, la mansuétude et la clémence. L'équité connaît deux histoires distinctes : l'une est attachée à la tradition de civil law, dont l'exemple est le système juridique français, l'autre est attachée à la tradition de common law, dont le modèle est le système anglo-gallois.

B) Civil law et Common law : des rapports singuliers à l'équité

Redécouverte dans le droit français, l'équité va être de plus en plus utilisée par les Parlements de l'Ancien Régime, jusqu'à devenir très impopulaire (A). Au même titre, que le préteur à Rome, le Chancelier en Angleterre a joué un rôle fondamental lors de l'introduction de l'équité au sein d'un système juridique (B).

¹⁰⁹ Martinus était par exemple favorable à l'attribution d'une indemnité par « mesure d'équité » pour celui qui s'immisciait dans les affaires d'un tiers. (ALBIGES C., « 'Équité' dans Répertoire de droit civil » *Dalloz*, op.cit.p.2).

¹¹⁰ Il faut souligner que les canonistes se sont inspirés des écrits d'Aristote dès le IIe siècle et ont conçu l'équité comme source de charité ou de miséricorde (ALBIGES C., « 'Équité' dans Répertoire de droit civil » op. cit. p.2). L'équité canonique reste cependant différente de l'équité du droit civil (V. Annexe 11).

¹¹¹ ALLAND D. & RIALS S. dir., « Droit comparé » dans *Dictionnaire de la culture juridique*, PUF, 4ème édition, 2012, p.507

¹¹² ST. THOMAS D'AQUIN, *Somme théologique*, Cerf, 1984, IIa, IIae, q. 120, a. 1, ad 1, 2.

¹¹³ ST. THOMAS D'AQUIN, *Somme théologique*, Cerf, 1984, Q.96, art.6.

¹¹⁴ CARBONNIER J., *Droit civil. Introduction*, 27e éd., 2002, PUF, [14] p.43, v. CANCE A., *Le Code de droit canonique : commentaire succinct et pratique*. Introduction, Volume I, J. Gabalda, 1950, n°52.

1. L'équité des Parlements¹¹⁵

Si l'équité a mauvaise presse en droit français, il s'agit en grande partie en raison de son utilisation sous l'Ancien Régime.¹¹⁶ L'équité a joué ainsi un rôle fondamental au sein de l'Ancien droit en France, à partir de la renaissance du droit romain du XIe au XIIIe siècle.

L'introduction de l'équité dans les décisions des Parlements fut lente. La cour au roi- la *Curia regis*- s'occupait à l'origine de toutes les affaires administratives et judiciaires et pouvait, pour trancher un litige, s'inspirer de « considérations d'équité » selon des circonstances particulières.¹¹⁷ Or, devant le nombre sans cesse croissant de procès, ainsi que leur complexité, une section spéciale de cette cour a été plus particulièrement chargée des fonctions judiciaires dès le XIIe siècle: la *Curia in parlamento* ou cour de Parlement.¹¹⁸ Au milieu du XIIIe siècle, la cour de Parlement reste toujours à Paris et prend le nom de « Parlement de Paris ». Cette cour devient permanente et autonome séparée de la cour du roi, alors que le reste de cette cour effectue toujours les déplacements. En raison de l'accroissement du nombre des litiges, les rois successifs furent amenés à créer, au XVe siècle, douze nouveaux Parlements en province. Dans le cadre de leur activité juridictionnelle, ils disposaient d'un pouvoir d'appréciation qui leur permettait de statuer selon « *la singularité de l'espèce et des circonstances* ». ¹¹⁹ Une telle faculté correspondait manifestement à l'intervention de l'équité dans le raisonnement des membres de ces Parlements. Ces derniers ne recherchaient pas dans leur décision, la constitution d'un système juridique nouveau, qui aurait été alors « *parallèle au système préexistant* » mais seulement l'intervention ponctuelle de l'équité, justifiée par les considérations liées à l'espèce, donc « *en fonction de la nature de la cause* ». ¹²⁰ Ce recours à l'équité, marqué

¹¹⁵ Le terme de « Parlement » doit être compris au sens médiéval en tant qu' « assemblée où l'on délibère », J.-P. ROYER, Histoire de la justice en France, Paris, P.U.F., coll. « Droit fondamental », 2^e éd., 1996, n°28, p.49.

¹¹⁶ Voir annexe 12.

¹¹⁷ HILAIRE J., Enquêter et débattre : la décision judiciaire au Parlement de Paris, *Le juge et le jugement dans les traditions juridiques européennes*, Actes du colloque international des 16-18 septembre 1993, Ouvrage collectif sous la direction de R. JACOB, Paris, L.G.D.J., coll. « droit et société », n°17, 1996, p.111 ; Albiges, *De l'Equité en droit privé*, LGDJ 2000 p.86

¹¹⁸ ALBIGES C., *De l'équité en droit privé*, LGDJ, 2000, p.86.

¹¹⁹ C.-J. De FERRIERE, *Dictionnaire du droit et de pratique*, Tome I, Paris, éd. Saugrain 1749, p. 767, v° Droit étroit.

¹²⁰ Il s'agit d'une décision- prise par un Parlement- qualifiée d'ex causa. Le professeur Jean HILAIRE précise de la cause mais sans autre précision. C'est déjà la voie ouverte à un large recours à l

par « *des considérations de pur fait, selon des circonstances de temps, de lieu et des personnes* » a généré des sources d'excès.¹²¹

Si les Révolutionnaires ont empêché au juge d'user explicitement de la notion d'équité¹²², il est important de noter que divers textes, avant la Révolution française, ont exprimé cette attitude méfiante envers la notion. A la suite de certaines pratiques des Parlements qui sous « *prétexte d'équité, rendaient régulièrement des jugements subjectifs ou arbitraires* »¹²³, l'ordonnance de Blois de mai 1579 ainsi que l'ordonnance civile sur la reformation de la justice d'avril 1667 ont interdit aux juges toute référence à ce concept dans leurs décisions.¹²⁴ Cependant, les parlements ont maintenu cette faculté de trancher les litiges selon l'équité. Cette faculté des parlements de l'Ancien Régime a fait naître l'adage célèbre prêté au Chancelier Séguier « *Dieu nous garde de l'équité des parlements* ».

L'équité dans le droit français, système de tradition juridique civiliste n'a pas le même sort dans la common law où de véritables cours d'équité (courts of Equity) se sont instaurés.¹²⁵

2. L'Equity anglaise du Chancelier

Le concept d'equity était au départ fondé sur l'idée aristotélicienne *d'épikie* qui reconnaissant l'impossibilité d'élaborer des lois prévoyant toutes les éventualités. Comme Guillaume le Conquérant et ses successeurs ignoraient la teneur de la *Common law* qui préexistait à leur venue, ils fondèrent leur décision sur les règles manifestes de justice équitable, de loyauté et de bon sens. Les érudits chrétiens du Moyen Age étaient familiers avec les idées de justice provenant de Grèce et Rome et les ont introduit dans la société anglaise. Comme l'équité prétorienne du droit romain, la référence à *l'equity* en l'Angleterre est apparue pour corriger les

¹²¹ ALBIGES C., *De l'équité en droit privé*, LGDJ, 2000, p.86.

¹²² DAUDET V. et J. NAVARRE-BRAGER, « Le droit, source de conflits », *Jurisdoctoria n° 2, 2009 p. 33*

¹²³ Ibidem.

¹²⁴ L'article 208 de l'Ordonnance de Blois énonçait à l'égard des ordonnances du roi qu'« enjoignons à tous nos juges, magistrats, officiers et autres juges, tant des seigneurs ecclésiastiques que séculiers, de les garder et faire garder exactement..., sans y contrevenir, ni s'en dispenser, ni modérer les peines contenues en icelles, pour quelque occasion, et sous quelque prétexte que ce soit, d'équité ou autrement : déclarant les jugements, sentences et arrêts qui seront donnés contre la forme et teneur d'icelles, nuls, et de nuls effet et valeur ». Texte cite par ISAMBERT, DECRUSY, TAILLANDIER, *Recueil general des anciennes lois françaises*, Tome XIV, Belin-Leprieur, Paris, 1829, 430.

¹²⁵ RAZI, G.M., "Reflections on equity in the civil law system", *The American University Law Review* (1963), Vol.13 p.24.

imperfections de la *common law* par le biais du Chancelier. Avec le temps, le Chancelier est devenu une véritable juridiction qui a développé un corps de principes contrastant ceux de *common law*. L'évolution du droit anglais va conduire à la fusion des cours de la *common law* et d'*Equity* vers la fin du XIXe.

L'*Equity* désigne aujourd'hui un ensemble de règles jadis inspirées de l'équité au sens de justice adaptée au cas particulier mais sont devenues aussi contraignantes et presque aussi rigides que les autres règles de droit.¹²⁶ Paul Cintura définit l'*Equity* comme « l'ensemble des règles formulées par la Chancellerie, en marge du système général, là où ce système était insuffisant »¹²⁷. Le mot *equity* n'est plus le semblable de l'équité en droit français, il ne s'agit pas d'un pouvoir d'un juge de statuer dans le cas de l'espèce.

L'*Equity* est apparue en réponse au système des « *writs* ». ¹²⁸ Chaque litige était initié par l'achat d'un *writ* délivré par la *Chancery* qui saisissait une cour royale.¹²⁹ Développés avec l'arrivée des Normands au XIe siècle¹³⁰, le formalisme des *writs* à l'instar des actions de la loi en droit romain va entraîner une rigidité dans le droit empêchant son évolution.¹³¹ Insatisfaits, les demandeurs des *writs* vont vers le XIIIe siècle commencer à se tourner vers le Roi par le biais d'une requête (*petition*).¹³² Le Roi et ses courtisans avaient l'habitude de se déplacer à travers le Royaume pour collecter les taxes, dispenser la justice et plus généralement affirmer l'autorité royale. Parmi les courtisans figurait le Chancelier du Roi, qui gardien de sa conscience, le

¹²⁶ TUNC, A. L'Équité en droit anglais et en droit américain; *Justices* n°9 Janvier/ mars 1998 p.123.

¹²⁷ CINTURA P., « L'usage et la conception de l'équité par le juge administratif », *Revue internationale de droit comparé*. Vol. 24 N°3, Juillet-septembre 1972, p.662

¹²⁸ En français, « assignation » v. « WRIT » *Oxford French Dictionary*, Oxford Dictionaries Online <http://www.oxforddictionaries.com/translate/english-french/writ> (consulté le 10 avril 2015)

¹²⁹ Greffe de la cour royale. Il ne s'agit pas de la cour de la Chancellerie qui n'existait pas encore à l'époque. V. POTTAGE A., « COMMON LAW », *Encyclopædia Universalis* [en ligne], <http://www.universalis-edu.com/encyclopedie/common-law/> (consulté le 10 avril 2015). Il faut préciser que les writs ne saisissaient pas directement les cours royales de justice. Ils étaient d'abord adressés au Sheriff (venant de "shire-reeve" signifiant prévaut comté).

¹³⁰ Il faut rappeler que l'Angleterre a été conquise par Guillaume Duc de Normandie en 1066 à l'occasion de la bataille d'Hastings.

¹³¹ Les premiers siècles du droit anglais porte l'empreinte d'un grand formalisme (MERRYMAN J.H. and PEREZ-PERDOMO R., *The Civil Law tradition, An introduction to the legal systems of Europe and Latin America*, Stanford California, Stanford University Press, 3rd edn. 2007, p.50 ; v DARGENT J., Une théorie originale du droit anglais en matière de preuve : la doctrine de l' « Estoppel » (Thèse de Grenoble) Tourcoing : Imp. G. Frère, 1943 ; MARTIN A. *L'Estoppel En Droit International Public: Précédé D'un Aperçu De La Théorie De L'estoppel En Droit Anglais* (Thèse de Paris) Editions A. Pedone, 1979).

¹³² La rigidité des writs permettait difficilement la création de nouvelles formules. Le Roi et ses courtisans avaient l'habitude de se déplacer à travers le Royaume pour collecter les taxes, dispenser la justice et plus généralement affirmer l'autorité royale.

conseillait dans son *Privy Council*.¹³³ A la fin du XIII^e siècle, le nombre de requêtes présentées au Roi était important¹³⁴ et la tâche de les lire et de les examiner était très laborieuse pour le Roi mais en pratique, une grande partie de ce travail repose sur le Chancelier. Le Chancelier, était un ecclésiastique, homme de Dieu, et statuait en équité selon ce qui lui semblait humain et compte tenu de la situation personnelle de chacun. Ainsi, il contribuait à remédier la rigueur de la *common law* dans les cas particuliers. La création de nouvelles règles dans ces cas individuels était basée « *largement sur des considérations de bonne foi et d'assistance au malheur* »¹³⁵. Dans le règlement des différends le Chancelier exerçait une discrétion importante en se fixant sur les circonstances spécifiques de l'affaire et en suivant sa juste conscience.¹³⁶

Au XV^e siècle, le Chancelier devient une véritable juridiction au même titre que les cours de *common law* (Cour du Banc du Roi, Cour des Plaids communs et Cour de l'Echiquier) et est désignée par « Court of Chancery ».¹³⁷ L'une des caractéristiques, et aussi l'une des critiques de cette juridiction, résidait dans l'incertitude des décisions adoptées. Un autre aspect au début du XVI^e siècle, reposait dans le fait que les chanceliers demeuraient des ecclésiastiques.¹³⁸ Or de manière assez surprenante, la juridiction du Chancellor est établie dans la branche du droit plutôt que dans celle de la morale religieuse. Vers la fin du XVI^e, de véritables juristes siègent dans cette cour.¹³⁹ Avec le temps, la juridiction du Chancelier développa un corps de principes selon lesquels les « *droits doivent se fonder sur la substance et non sur la forme* » qui vont s'opposer avec ceux que la *common law*.¹⁴⁰ La rivalité entre *Equity* et *common law* connaît son apothéose au

¹³³ Le Chancelier était un clérical, la plus part du temps un évêque. Un des plus connus était Saint-Thomas Becket, archevêque de Canterbury. Le Privy Council permettait désormais au Roi de dispenser justice autrefois rendu à travers tout le Royaume.

¹³⁴ MAITLAND F.W., *Equity: a course of lectures*, Cambridge University Press, 2nd édition, 1936, p.1-22.

¹³⁵ NEWMAN R.A., « La nature de l'équité en 'droit civil' » op. cit. p. 290

¹³⁶ The "power of discretion" has been considered the "great contribution of equity" to the administration of justice. Les quatre procédures de contrôle sont : de novo, clearly erroneous, reasonableness et abuse of discretion. GENE R. SHREVE & PETER RAVENHANSEN, *Understanding civil procedure* (2d ed. 1994), pp. 417, 440.

¹³⁷ Ne pas confondre avec la Chancery (greffe des cours royales du XII^e siècle).

¹³⁸ WATT G., *Equity and Trusts Law*, 4^{ème} éd. Oxford, Oxford University Press, 2014, Chapitre 1.

¹³⁹ Selon Maitland, chaque chancelier était un grand juriste qu'il soit forme en common law ou en Equity (MAITLAND F.W., *Equity: a course of lectures*, op. cit. p.1-22)

¹⁴⁰ NEWMAN R. A., « La nature de l'équité en 'droit civil' », *Revue internationale de droit comparé*. Vol. 16 N°2, Avril-juin 1964, p. 290.

XVIIe siècle dans l'affaire *Earl of Oxford*¹⁴¹ dans laquelle *Chief Justice Coke*, juge de cour de *common law* et *Lord Chancellor Ellesmere*, juge d'une cour d'*Equity* s'opposent.¹⁴²Le conflit est finalement résolu en 1616 par le Roi James I où la suprématie des cours de *l'Equity* en cas de conflit avec celles de *common law* est reconnue. Il faut bien comprendre ici que ce n'est pas la supériorité de *l'Equity* sur la *common law* qui est reconnue puisque depuis, *l'Equity* s'est développée de manière à suppléer la *common law*.¹⁴³ Elle a constitué de manière progressive un véritable corps de règles parallèles à la *common law*. La *common law* et *l'equity* coexistent, autrement dit, *l'equity* corrige la *common law* et surtout la complète.

Le dialogue entre des juristes de *common law* et des juristes de droit civil peut devenir parfois très déroutant en raison de la non correspondance des notions « équité » et « equity ». Si au départ, l'équité et l'equity se correspondaient, « *l'equity a cessé d'être l'équité* » selon la célèbre formule de Maitland. Cela ne veut pas dire qu'il n'existe pas dans la *common law* de l'Angleterre et du Pays de Galles, des notions s'apparentant à l'équité. Bien au contraire, des notions comme celles de *fairness*, introduisent une certaine équité dans le système juridique anglais.

Les noms donnés à l'Équité diffèrent même au sein de la tradition juridique occidentale. La tradition juridique musulmane est quelque peu différente. Bien que la notion d'*istihsan* soit la plus proche de l'équité occidentale, elle reste controversée et ne fait pas l'unanimité chez les juristes musulmans. Il est important de comprendre les origines de cette notion d'*istihsan* qui est apparue dans le cadre de la Shariah, une législation divine, qui est par essence empreinte de justice et d'équité et jugée comme parfaite.

¹⁴¹ *Earl of Oxford's Case* (1615) 1 Rep Ch.1

¹⁴² Voir annexe 13 pour le résumé de l'affaire.

¹⁴³ MAITLAND F.W., *Equity: a course of lectures*, Cambridge University Press, 2nd édition, 1936, 343 pages (Lectures I and II: the origin of Equity), p.1-22.

§2 Les origines de l'istihsan dans la tradition juridique musulmane

Les origines de la notion *d'istihsan* remonteraient à l'époque des Compagnons du prophète, notamment sous le règne du Calife Umar-al-Khattab.¹⁴⁴ Al-Khudari explique que pour chercher des solutions aux problèmes, les Compagnons du Prophète et les Califes qui leur succédèrent recourraient en premier lieu au Coran et aux hadiths du Prophète. Néanmoins, ces deux sources ne répondant pas à tout, ils entreprirent l'exercice de leur réflexion ou opinion personnelle (*ra'y*) qu'ils formulaient à l'aide des principes généraux et hauts objectifs de la Shariah.¹⁴⁵ En effet, il est assez intéressant de relever, par exemple, que le Coran ne contient qu'un nombre dérisoire de textes ayant un caractère proprement juridique (200 versets sur 6236 versets).¹⁴⁶

En raison de l'exclusion de tout recours au droit naturel, le droit musulman s'est construit à travers le raisonnement analogique (*qiyas*). Toutefois, les juristes hanafites, ont été particulièrement, ouverts à d'autres notions aux fins de corriger les rigueurs de l'analogie.¹⁴⁷ Ainsi, la notion *d'istihsan* a vu le jour. En effet, à l'époque d'Abū Hanīfa la notion a été maintes fois utilisée et a ensuite été développée par les théoriciens de l'école hanafite. L'istihsan a été aussi admis par d'autres écoles comme l'école Malékite et Hanbalite qui ont critiqué la vision des juristes hanafites (A). Chacune des écoles hanafite, malékite et hanbalite ont adapté la notion *d'istihsan* avec leur vision (B).

A) Un héritage controversé des juristes hanafites

Le concept d'istihsan a été dégagé d'abord par Abū Hanīfa (1) puis a été développée par les *usulites* hanafites (2).

¹⁴⁴ 'UMAR Ier ou OMAR Ier ABŪ HAFSA IBN AL-KHATTĀB (581 env.-644) calife (634-644) : deuxième successeur du Prophète à la tête de la communauté islamique, 'Umar Ier joue un rôle décisif dans l'expansion de l'islam et dans l'organisation de l'État musulman. Voir BOHAS G., « 'UMAR Ier ou OMAR Ier ABŪ HAFSA IBN AL-KHATTĀB (581 env.-644) calife (634-644) », *Encyclopædia Universalis* [en ligne], <http://www.universalis.fr/encyclopedie/umar-ier-omar-ier-abu-hafsa-ibn-al-khattab/> (consulté le 11 juillet 2016). KAMALI M. H., *Equity and Fairness in Islam*, Cambridge, The Islamic Texts Society, 2005, p.14. En effet, il a été suggéré que les règles établies par Umar b. Al-Khattab comme celle de ne pas appliquer la hadd (qui est une peine d'amputation de la main pour vol) durant une famine généralisée ou l'interdiction de ne pas vendre les mère-esclaves (*ummahat al-awlad*) sont des cas où l'istihsan a été appliqué.

¹⁴⁵ AL-KHUDARI M., *Ta'rikh al-Tashri al-Islami*, 7^{ème}, Beyrouth, Dar al-Fikr, 1981, p.199

¹⁴⁶ C. CHEHATA, « ISLAM: Les sciences religieuses traditionnelle- Le droit », *Encyclopaedia Universalis*, 1970 p. 513 et s.

¹⁴⁷ CHEHATA Chafik, « L' « Equité » en tant que source du droit hanafite », *Studia Islamica*, No.25 (1996) p.123

1. L'imam Abū Hanīfa (700 env.-767)

Abū Hanīfa est le fondateur de l'école juridique hanafite.¹⁴⁸ Ses professeurs étaient parmi les Compagnons du Prophète (Ṣaḥābah) et étaient partisans de l'école de l'opinion (*r'a'y*) opposée à l'école médinite.¹⁴⁹ En effet, l'école hanafite, fondée au VIII^e siècle, avait la réputation d'être peu rigoriste et l'usage de la « réflexion personnelle » (*ra'y*) était assez largement utilisée dans l'élaboration du fiqh.¹⁵⁰

Abū Hanīfa se distingua par sa vision du fiqh qu'il percevait comme un outil dynamique accessible à tout le monde à n'importe quelle période pouvant donner des solutions à la civilisation musulmane, et non pas comme un code statique.¹⁵¹ Il évoquait beaucoup la notion d'*istihsan*, qu'il couplait principalement avec la notion d'analogie (*qiyas*). Par exemple, si l'analogie conduisait à un raisonnement *x* et qui se révélait insatisfaisant, il recommandait l'*istihsan* (*astahsenou*) ou affirmait *y* par préférence à l'*istihsan* et contrairement au *qiyas*.¹⁵² Abū Hanīfa a tellement excellé dans l'utilisation de l'*istihsan* qu'il a été même surnommé l'Imam de l'*istihsan*.

Par la reconnaissance de l'*istihsan* comme une méthode légitime, l'imam Abū Hanīfa a donné un processus créatif pour développer de manière continue le fiqh et le droit positif musulman en général.

2. Les *usulistes* hanafites¹⁵³

Plusieurs *usulistes* de l'école hanafite ont apporté leur contribution au concept de l'*istihsan* sans la définir pour autant. Il ne s'agit pas de toutes les référencer mais d'en sélectionner quelques unes afin d'illustrer notre propos. La première définition remonte à AL-KHARKHI (juriste mort en 340 H.), selon qui, l'*istihsan* consiste à

¹⁴⁸ Né en 699 à Kufa et mort à Bagdad en 767 (Irak), il portait le surnom de l'Imam A'zam (le plus grand Imam). Voir ANSARI Z. I., « ABŪ HANĪFA (700 env.-767) », *Encyclopædia Universalis* [en ligne], <http://www.universalis.fr/encyclopedie/abu-hanifa/> (consulté le 6 août 2016. URL)

¹⁴⁹ AKGÜNDÜZ A., *Introduction to Islamic Law: Islamic Law in Theory and Practice*, IUR Press, Rotterdam, 2010, p.151

¹⁵⁰ SOURDEL J. et SOURDEL D., *Dictionnaire historique de l'Islam*, Paris, PUF, 2007, p.334.

¹⁵¹ AKGÜNDÜZ A., *Introduction to Islamic Law: Islamic Law in Theory and Practice*, IUR Press, Rotterdam, 2010, p.152

¹⁵² IBN AL-HAJIB, Jamal al-Din Abu 'Amr, *Mukhtasar al-Muntaha'*, al-Maktabah al-Islamiyyah, Constantinople, 1310 AH, « Istihsan » p.1192.

¹⁵³ Le terme « *usuliste* » désigne les personnes pratiquant la matière d'*usul al-fiqh* voir annexe 4.

renoncer, dans un cas, à donner la solution admise dans ces cas similaires- et ce en considération d'une raison plus forte (*li-wajh aqwa*).¹⁵⁴

Il s'agit d'une solution nouvelle qui ne tire pas sa source de l'analogie (*qiyas*).¹⁵⁵ L'analogie est écartée, de propos délibéré, pour céder la place à une autre source. Néanmoins, Al-Kharkhi, comme le souligne Chafik Chéhata, ne nous renseigne pas sur la raison majeure pour l'abandon de l'application d'une solution adoptée puisqu'il se contente d'exiger une justification ayant une force plus grande que celle de l'analogie.¹⁵⁶

Un autre théoricien hanafite, Al-Jassas (mort en 370 H.) est venu définir *l'istihsan* en tant qu'abandon d'une analogie pour une raison qui doit avoir la priorité. Il distingue ainsi deux modes d'*istihsan*.¹⁵⁷ Dans la première figure, l'*istihsan* permet de préférer une analogie à une autre analogie. L'opération se déroule au sein même de l'analogie.¹⁵⁸ En d'autres termes, le raisonnement analogique peut jouer dans deux sens différents : ainsi, pour résoudre la difficulté, le jurisconsulte fera prévaloir l'une des analogies sur l'autre à l'aide de l'*istihsan*. Al-Jassas parle d'indice (*dalala*) pour indiquer le choix de l'orientation vers l'*istihsan*.¹⁵⁹ La seconde figure de l'*istihsan* d'après Al-Jassas, se réalise lorsque la solution admise dans les cas similaires ne peut être appliquée, en l'espèce, malgré la similitude certaine, et ce en raison de l'existence d'un texte, d'une tradition, d'un consensus omnium (*ijma'*), d'un usage ou d'une autre analogie.¹⁶⁰

Dans son grand traité de droit hanafite, Al-Sarakhsi déclare au Livre de l'*Istihsan*, qu'en vérité, *l'istihsan* est tout autant une analogie que le *qiyas* lui-même, la seule

¹⁵⁴ ABU-ZAHRAH, M., *Usul al-Fiqh*, Dar el Fikr el-Arabi, Caire §253; A AL-RABĪ' AH, A.-A., *Adillat al-tashrī' al-mukhtalif fī al-ihtijāj bihā : al-qiyās, al-istihsān, al-istiślāh, al-istişhāb*, Mu'assasat al-Risālah (Beyrouth), 1979 p.159; AL-AMIDI, 'Alī ibn Abī 'Alī, *Al-Iḥkām fī uşūl al-aḥkām*, al-Riyāḍ, Dār al-Şumay'ī, 2003, 4/158.

و قال ابو حسن الكرخي: الاستحسان هو العدول في مسألة عن مثل ما حكم به في نظائرها إلى خلافه لوجه هو أقوى

هو ان يعدل المجتهد عن أن يحكم في المسألة بمثل ما حكم به في نظائرها لوجه أقوى يقتضى العدول عن الأول

¹⁵⁵ CHEHATA Chafik, « L' « Equité » en tant que source du droit hanafite », *Studia Islamica*, No.25 (1996) p.124.

¹⁵⁶ CHEHATA Chafik, « L' « Equité » en tant que source du droit hanafite », *Studia Islamica*, No.25 (1996) p.124.

¹⁵⁷ AL-JASSAS, *Uşūl al-fiqh al-musammá bi al-Fuşūl fī al-uşūl*, p.296, cite dans KAMALI M. H., *Equity and Fairness in Islam*, Cambridge, The Islamic Texts Society, 2005, p.59.

¹⁵⁸ CHEHATA Chafik, « L' « Equité » en tant que source du droit hanafite », *Studia Islamica*, No.25 (1996) p.125.

¹⁵⁹ Il admet lui-même que c'est là la forme la plus obscure de l'*istihsan*.

¹⁶⁰ CHEHATA Chafik, « L' « Equité » en tant que source du droit hanafite », *Studia Islamica*, No.25 (1996) p.125

différence étant que la première est une analogie cachée et plus forte.¹⁶¹ Al-Sarakhsi explique qu'abandonner l'analogie pour l'*istihsan* correspond à la recherche de ce qui est plus convenable (*awqaf lil-nas*).¹⁶² Il ajoute que l'*istihsan* invite à rechercher la solution la plus facile (*al-suhula*) et à éviter la rigueur, en lui préférant la tolérance (*samaha*). La solution d'*istihsan* serait la solution qui considère la bienveillance (*rifq*), de considérer et d'examiner le cas avec bienveillance. Le raisonnement analogique peut être délaissé, comme l'explique Sarakhsi, parce que l'analogie n'est pas dépourvue d'erreurs et de malentendus.¹⁶³

Les autres usulistes hanafites, comme Al-Bazdawi ne vont pas définir plus explicitement l'*istihsan*. Ce qui est clair, en revanche, est le caractère distinctif de l'*istihsan*. Selon Bazdawi, l'*istihsan* est une analogie plus forte que le *qiyas*. Adopter une solution par voie d'*istihsan*, c'est renoncer à la solution induite par voie d'analogie. Ainsi, il y a une distinction entre deux sortes d'analogie: l'analogie évidente (*qiyas jali*) et l'analogie cachée (*qiyas khafi*).¹⁶⁴ D'autres juristes hanafites définissent l'*istihsan* comme un indice (*dalil*) qui a lieu dans le cerveau du mujtahid mais qu'il ne peut pas le décrire avec ses mots.

Bien que les écoles juridiques classiques et récentes partagent les principes essentiels de la théorie juridique classique à savoir, le Coran, la Sunnah, le consensus et l'analogie, chaque école apporte sa propre vision et contribution à la notion d'*istihsan*.

¹⁶¹ KAMALI M. H., *Equity and Fairness in Islam*, Cambridge, The Islamic Texts Society, 2005, p. 5, 12, 15, 24-25, 59, 65, 68, 73-74 ; ABU-ZAHRAH, M., *Usul al-Fiqh*, Dar el Fikr el-Arabi, Caire §255; AL-SARAKHSĪ, *Kitāb al-Mabsūṭ*, Maṭba'at al-Sa'adah, Egypte, 1906-1913, t.X, p.145:

الاستحسان في الحقيقة قياسان احدهما جلي ضعيف اثره فسمي قياسا و الآخر خفي قوي اثره فيسمي استحسانا اي قياسا مستحسنا

¹⁶² AL-SARAKHSĪ, *Kitāb al-Mabsūṭ*, Maṭba'at al-Sa'adah, Egypte, 1906-1913, t.X, p.145:

الاستحسان ترك القياس و الاخذ بما هو اوفق للناس و قيل الاستحسان طلب السهولة في الاحكام فيما يبئلى فيه الخاص و العام و قيل الاخذ بالسماحة و ابتغاء ما فيه الراحة و حاصل هذه العبارات انه ترك العسر لليسر و هو اصل الدين

¹⁶³ AL-SARAKHSI, *Usul al-Sarakhsi*, Abu'l-Wafa al-Afghani (éd.), Caire, Matba'ah Dar al-Kitab al-'Arabi, 1372 AH, II, 203.

¹⁶⁴ Pour déguiser l'opération de l'esprit qui consiste à faire table rase, de toute induction, on l'a affublée de ce qualificatif : « khafi ». Au fait, on passe d'une solution à une autre, dans deux cas semblables, sans raison à apparente : à savoir, sans exciper d'une similitude quelconque.

B) Les écoles hanafites, malékites et hanbalites: des contributions distinctes au concept d'istihsan

Alors que les hanafites rattache l'istihsan au concept de nécessité (*darura*) (1), les malékites le rattachent au concept d'intérêt général (*maslahah*) (2) et les hanbalites à la particularisation de la cause (*takhsis al-illah*) (3).

1. Les hanafites et le concept de *darura*

Pour les hanafites, l'istihsan est basée largement sur la notion de nécessité (*darurah*). L'istihsan tiré de la nécessité est un type d'istihsan que l'on retrouve dans les travaux des juristes hanafites en particulier.¹⁶⁵ Un des exemples les plus connus concerne la permission pour un individu de s'occuper de la propriété d'une personne sans l'autorisation de cette dernière.¹⁶⁶ La règle serait d'empêcher un tel individu de gérer la propriété des autres sauf si cela est pour des activités *bona fide* (*fuduliya*), c'est à dire de bonne foi, sont souvent validées sur la base de l'istihsan fondé sur la nécessité et la prévention des atteintes.

Al-Ghazali, critiquant les autres types d'istihsan comme ceux fondés sur le Coran, la Sunnah ou le consensus, reconnaît cependant l'istihsan lié à une nécessité ou un besoin (*darurah*). Au contraire, il affirme l'existence de dernier mais classe cette istihsan sous l'analogie car le Coran attribue une autorité directe au concept de *darurah*. L'essence de l'istihsan tirée de la nécessité est l'élimination de la difficulté, de l'embarras ou de la gêne (*raf' al-haraj*). Le juriste hanafite Al-Sarakhsi considère *l'istihsan* comme une méthode cherchant la facilité et l'aise. Cela implique un départ de la règle analogique en faveur d'une règle alternative plus convenable à la situation.¹⁶⁷

L'école hanafite n'est pas la seule à avoir validée l'istihsan, l'école malékite l'a également reconnue.¹⁶⁸

¹⁶⁵ KAMALI M. H., *Equity and Fairness in Islam*, Cambridge, The Islamic Texts Society, 2005, p.36.

¹⁶⁶ Une sorte de gestion d'affaire que l'on connaît en droit français.

¹⁶⁷ KAMALI M.H., *Principles of Islamic Jurisprudence*, Islamic Texts Society, 3ème édition, 2005, p.219 ; AL-SARAKHSĪ, *Shams al-Dīn, Kitāb al-Mabsūṭ (Al-Mabsut)*, Maṭba'at al-Sa'adah, Egypte, 1906-1913, volume X p.145

¹⁶⁸ L'école juridique Malékite est une école se réclamant de Malik Ibn Anas (mort en 795 H.) et s'appuyant essentiellement sur la pratique médinoise qui jouissait alors d'une autorité supérieure à celle des textes du hadith. SOURDEL J. et SOURDEL D., *Dictionnaire historique de l'Islam*, Paris, PUF, 2007. p.524

2. Les malékites et la notion de *maslahah*

Les juristes malékites ont adapté la notion d'*istihsan* au concept d'intérêt général (*maslahah*). De plus, les malékites ont dégagé une autre notion celle des *masaleh al-morsalah* ou *istislah* qui permet également de déduire de nouvelles règles tout en respectant le cadre de la Shariah.

Il arrivait à Ibn Malek, fondateur de l'école malékite, de juger ou de faire une fatwa selon l'*istihsan*.¹⁶⁹ Abu Zahrah explique que l'*istihsan* présent dans les jugements de droit malékite ne représentait qu'un élément pris en compte parmi d'autres sources comme nous le montre les exemples cités dans les *Muwafaqat* d'Al-Shatibi, juriste malékite.¹⁷⁰ Un exemple est celui tiré du crédit ou de l'emprunt, appelé *riba* en arabe. Le *riba* est à l'origine illicite car c'est un échange d'argent pour l'avenir. Il fut admis par le biais de l'*istihsan*. Cette autorisation fait preuve de miséricorde et d'aisance pour les gens car si le crédit était resté interdit cela aurait conduit à de la gêne pour les commerçants.¹⁷¹

Abu Zahrah remarque deux observations sur les jugements malékites qui usaient l'*istihsan*. La première est que l'*istihsan* était pris en compte, non pas en tant que règle, mais en tant qu'exception ou selon l'expression d'Ibn Malek comme un compromis de la règle afin d'éviter la gêne (*haraj*) et l'incommodité (*mashaqa*). L'*istihsan* joue alors le rôle d'une exception à la règle générale afin qu'il n'y ait pas de tort ou de dommage (*darar*). La seconde observation est que l'*istihsan* se révèle chez les malékites comme chez les hanafites lors du raisonnement par analogie (*qiyas*) construisant une difficulté (*haraj*). Al-Shatibi, note que l'*istihsan* est, selon l'école juridique malékite, le fait de donner la propriété à un intérêt (*maslahah*) particulier vis-à-vis d'un principe général par le biais d'un raisonnement qui n'est pas limité au *qiyas* (*al-istidlal al mursal*). Selon lui, l'essence de la *maslahah* est d'enlever le préjudice (*raf' al-haraj*) qui est un principe coranique en plus d'être un des principes fondamentaux de la Shariah.¹⁷² L'*istihsan* des malékites est une branche de la

¹⁶⁹ ABU-ZAHRAH M., *Malek (hayatoh wa 'asroh- araoh u fiqh)*, Dar al-Fikr al-'Arabi- 3ème edition, p.375 (arabe); QARAFI A. & IBN QASIM, *Sharh Tanqih al-fusul fi-al-usul*, Al-Matb al-Khayriyah, Egypte, 1889, p.203.

¹⁷⁰ ABU-ZAHRAH M., *Malek (hayatoh wa 'asroh- araoh u fiqh)*, Dar al-Fikr al-'Arabi- 3ème edition, p.376

¹⁷¹ ABU-ZAHRAH M., *Malek (hayatoh wa 'asroh- araoh u fiqh)*, Dar al-Fikr al-'Arabi- 3ème edition, p.376. Il y a aussi l'exemple la *muzara'a* (métayage) et la *musaqa* (métayage) où la règle générale est l'interdiction de conclure de tels contrats car le contenu de l'échange n'est pas connu mais furent autorisée grâce à l'*istihsan*.

¹⁷² KAMALI M. H., *Equity and Fairness in Islam*, Cambridge, The Islamic Texts Society, 2005, p.26

maslahah auquel on a recours pour remédier aux irrégularités du *qiyas*.¹⁷³ Une règle inspirée de *l'istihsan* revient, selon les malékites, à préférer la *maslahah* dans un cas particulier et éviter ainsi éliminer la gêne.¹⁷⁴

En effet, lorsque l'Imam Malik parle *d'istihsan* il inclut le concept de *maslahah*, un des principes phares de l'école malékite.¹⁷⁵ La notion de *maslahah* est ultra présente dans l'école juridique malékite. Littéralement, la *maslahah* signifie un « intérêt », « un avantage ». Selon Ghazali, le terme *maslahah* consiste à prendre des considérations consistant à trouver un intérêt ou un avantage et éviter un inconvénient.¹⁷⁶ Tout ce qui assure les valeurs essentielles de la Shariah tombe dans champ de la *maslahah* et tout ce qui les enfreint est un mal à éviter (*mafsadah*).¹⁷⁷

La position malékite a été caractérisée par le célèbre philosophe, théologie et juriste Ibn Rushd, plus connu sous le nom d'Averroès: « *l'istihsan signifie dans la plupart des cas le faire de prendre en compte des considérations de bien être publique et de justice* ». ¹⁷⁸ Cette qualification d'Ibn Rushd a laissé dire à Al-Zarqa que c'est cela correspond en réalité avec *l'istihsan* fondée sur la nécessité/ le besoins de l'école hanafite.¹⁷⁹ En comparant l'approche hanafite et malékite sur *l'istihsan*, *l'istihsan* chez les malékites découle pour beaucoup de la notion de *maslahah* et de l'élimination de la gêne (*raf al haraj*) alors que pour les hanafites *l'istihsan* est basée largement sur la notion, de nécessité (*darurah*).¹⁸⁰ Les méthodes malékite et hanafite diffèrent mais elles aboutissent au même résultat.¹⁸¹ La principale différence résulte dans le degré d'importance que les deux écoles accordent à la *maslahah*. Pour les juristes malékites, l'intérêt général (*maslahah*) est une source en elle-même mais les hanafites n'accordent pas la même importance. Les juristes malékites sont enclins à

¹⁷³ KAMALI M. H., *Equity and Fairness in Islam, Cambridge, The Islamic Texts Society, 2005, p.50*. D'ailleurs, il

est dit à propos *l'istihsan* que c'est pillier de la science du droit **وإن الاستحسان عماد العلم**

¹⁷⁴ AL-ZARQA, M., *Al-Madkhal al-Fiqhi al-'Amm*, 6ème édition, Damas, Dar a-Fikrm, 1967, vol. I p.87-88.

¹⁷⁵ ABU-ZAHRAH, M., *Usul al-Fiqh*, Dar el Fikr el-Arabi, Caire, p.207 ; AL-SHATIBI, *al-Muwafaqat fi Usul al-Shari'ah*, éd. Shaykh 'Abd Allah Diraz, Caire : al-Maktabah a-Tijariyyah al-Kubra, 1966, volume 4, p.118.

¹⁷⁶ Ce sont deux buts qui sont simultanément harmonieux avec les objectifs (*maqasid*) de la Shariah.

¹⁷⁷ Les valeurs essentielles sont la religion, la vie, l'intelligence, la lignée et la propriété. Ghazali, Mustasfa, I, 139-140.]

¹⁷⁸ IBN RUSHD, *Bidayah, al-Mujtahid*, Mustafa al-Babi al-Halabi, Caire, 1981, II, p.154.

¹⁷⁹ AL-ZARQA, M., *Al-Madkhal al-Fiqhi al-'Amm*, 6ème édition, Damas, Dar a-Fikrm, 1967, vol. I p.88.

¹⁸⁰ KAMALI M. H., *Equity and Fairness in Islam, Cambridge, The Islamic Texts Society, 2005, p.49*.

¹⁸¹ ABU-ZAHRAH M., *Malek (hayatoh wa 'asroh- araoh u fiqh)*, Dar al-Fikr al-'Arabi- 3ème edition, p.377 ; KAMALI M. H., *Equity and Fairness in Islam, Cambridge, The Islamic Texts Society, 2005, p. 50*.

recourir à l'istihsan en cas de conflits entre l'analogie et la maslahah, alors que les hanafites recourent à l'istihsan lorsqu'il y a un conflit entre une analogie évidente et d'autres sources, notamment une analogie plus forte et la nécessité (darurah).¹⁸² De façon générale, les deux écoles juridiques valident l'istihsan pour les mêmes raisons : l'élimination de la gêne et les considérations d'équité et de justice. Les malékites ont néanmoins adoptés une approche plus ouverte par rapport à l'istihsan que les hanafites qui ont lié l'istihsan à l'analogie.¹⁸³ Les juristes malékites ont même reconnus d'autres types d'istihsan comme l'istihsan à cause de l'abandon d'une petite entorse aux règles (*istihsan bi-tark al-yasir*) et *istihsan* à cause d'un différend chez les ulémas (*istihsan bi-murar'at khilal al-ulama*).

Sami Al-Deeb, explique que l'istihsan est parfois assimilée au concept des intérêts non réglés (*masalih mursalah*), source proposée et adoptée par l'école malékite désignant une exception à la norme générale. Ce que l'on appelle par maslahah mursalah désigne catégorie des intérêts qui ne sont réglés ni par le Coran, ni par la Sunnah, ni par consensus et qui ne peuvent être déduits de ces sources par voie d'analogie.¹⁸⁴ Le concept d'al-masalih al-mursalah ou son synonyme, *istislah* (bonification) correspond approximativement à la notion d'intérêt public. Techniquement, *l'istislah* signifie « *le fait de trouver conforme à l'intérêt général* ». ¹⁸⁵ Il s'agit donc d'un champ libre laissé à la discrétion du juriste dans les limites prévues par le droit musulman.¹⁸⁶ L'istislah sert à pallier les insuffisances des données du Coran et de la Sunna dans l'élaboration de la Loi.

Al-Zarqa conclut que les écoles hanafites et malékites ont suivi deux chemins dont l'un se termine par l'istihsan, à la fin de l'autre l'istislah. Les hanafites sont entrés par ce chemin par la « porte » de l'istihsan donnant suite à l'istislah alors que

¹⁸² ABU-ZAHRAH, M., « Ta'liq 'ala Mawdu' al-Istihsan wa'l-Masalih al Mursalah » dans *Al-Majlis al-Ala li-Ri'ayat al Funun wal-Adab wal alUlum al Itjtim'iyyah*, Usu' al-Fiqh al-Islami wa mihrajan al-Imam Ibn Taymiyah, Damascus, 1960, p.309.

¹⁸³ Les juristes malékites ne qualifient même pas l'analogie cachée (al-qiyas al-khalfi) comme le font les hanafites. Pour les juristes malékites, l'istihsan signifie l'écart/ le départ pour une analogie apparente (*qiyas al-zahir*) lorsqu'il y a un conflit avec une coutume répandue et dominante, lorsqu'il y a une contradiction avec un intérêt (maslahah) ou lorsque cela conduit à une inflexibilité et une gêne/ difficulté.

¹⁸⁴ KHALLAF, *Ilm Usul al-Fiqh*. 12th edn, Kuwait, Dar al-Qalam, 1398/1978, p. 84.

¹⁸⁵ « Istislah » dans SOURDEL J. et SOURDEL D., *Dictionnaire historique de l'Islam*, Paris, PUF, 2007 p.417: L'istislah sert à pallier les insuffisances des données du Coran et de la Sunnah dans l'élaboration de la Loi. Voir glossaire. Il y a peut être une recherche à effectuer sur le concept d'istislah avec celui de l'intérêt général en droit français.

¹⁸⁶ ALDEEB S. A., Introduction à la société musulmane : Fondements, sources et principes, Eyrolles, 2006, p.180.

les malékites ont fait l'inverse (porte de l'*istislah* conduisant à l'*istihsan*). Chaque école juridique est devenue connue pour le chemin qu'elle a choisi et la porte d'entrée par laquelle elle est entrée dans ce chemin.¹⁸⁷ Bien que les juristes de l'école malékite aient validé en principe la notion d'*istihsan*, ils la considèrent plutôt comme une vaste doctrine similaire à l'*istislah* non confinée strictement au Coran et à la Sunnah comme le font les hanafites.

L'école hanbalite reconnaît également l'*istihsan* et se distingue des deux autres écoles juridiques par sa vision.

3. Les hanbalites et la notion de *takhsis*

Les hanbalites ont reconnu la notion d'*istihsan* avec une approche différente de celle des hanafites et malékites. L'école hanbalite est une école de pensée et une école juridique qui tire son nom de son fondateur Ahmad Ibn Hanbal. Cette école se développa au cœur de l'Irak des Abbasides dès la seconde moitié du IX^e siècle.¹⁸⁸

Ibn Taymiyyah (mort en 1328), éminent juriste hanbalite, a vu dans l'*istihsan* une sorte de particularisation de la cause (*'illah*) du jugement à l'origine, qui est ensuite abandonnée.¹⁸⁹ Selon Ibn Taymiyyah, lorsque la cause est rationnelle et lorsque le *mujtahid* peut la comprendre, il peut soit la rejeter totalement, soit la modifier pour l'ajuster aux nouvelles affaires pouvant être distinguées de l'affaire à l'origine. C'est dans ce sens que Ibn Taymiyyah considère l'*istihsan* comme faisant partie de la nature de la particularisation de la cause. Le raisonnement d'Ibn Taymiyyah est en accord avec celui de Bazdawi et Sarakhsi, mais il adopte une nouvelle définition pour désigner la cause.¹⁹⁰ Selon Ibn Taymiyyah, le syllogisme dans le raisonnement analogique doit être fondé sur une cause valide (*'illa sahiha*) qui ne doit pas être en contradiction avec un texte provenant de la Shariah.

Dans sa thèse sur la vision d'Ibn Taymiyyah sur l'*istihsan*, Ahmad Syukri Shaleh explique que la théorie d'Ibn Taymiyyah propose à la fois une critique et une reformulation de la perception de l'école hanafite de l'*istihsan*.¹⁹¹ Pour mieux

¹⁸⁷ Al-Zarqa Al Madkhal, I, 121.

¹⁸⁸ Elle est aujourd'hui principalement revendiquée dans les pays du Golf et l'Arabie Saoudite. Voir glossaire pour l'école juridique hanbalite.

¹⁸⁹ KAMALI M.H., *Principles of Islamic Jurisprudence*, Islamic Texts Society, 3^e édition, 2005, 550 pages.

¹⁹⁰ MAKDISI J., « Legal Logic and Equity in Islamic Law », *American Journal of Comparative Law* 33 (1985), p.83.

¹⁹¹ SHALEH, A. S., *Ibn Taymiyyah's concept of Istihsan: an understanding of legal reasoning in Islamic jurisprudence*, 1995, Institute of Islamic Studies McGill University Montreal. (Thèse).

comprendre l'istihsan, Ibn Taymiyya soutient qu'on doit déterminer la particularisation de la cause (*taksis al-'illa*). En effectuant cela, les concepts d'istihsan et de qiyas peuvent être distingués aisément. Ainsi Ibn Taymiyya perçoit *l'istihsan* comme étant une particularisation de la cause. Contrairement aux hanafites, Ibn Taymiyya ne juxtapose pas l'istihsan avec le *qiyas sahih*. Ibn Taymiyya affirme que l'istihsan doit être soutenue par les textes révélés, le consensus ou la nécessité (*darura*). Selon les hanbalites, l'istihsan fondée sur des sources écrites et le consensus ne sont pas fondés sur des causes particulières (*'ilal*).

Après avoir analysé l'origine des concepts d'équité et *d'istihsan*, qui révèlent une diversité historique de l'Équité, il convient de se pencher sur une définition de ces deux notions et une définition de l'Équité en général.

Section 2 Délimitation de l'Équité : divergences et convergences

Le concept de l'Équité, bien que controversé, est exprimé de manière explicite à la fois dans la tradition juridique de civil et de common law ainsi que dans la tradition juridique musulmane. Le mot «équité» provient de la tradition philosophique et juridique occidentale alors que l'«*istihsan*» provient de la tradition juridique musulmane. Il y a, ainsi, dès le départ une divergence (§1) mais il est possible de constater l'existence de traits communs entre ces deux notions (§2).

§1 Des points de départ divergents

Alors que l'équité dérive du concept de droit naturel (A), l'istihsan est cerné par la Shariah (B).

A) L'équité, un concept occidental imprégné du droit naturel

La compréhension du concept de droit naturel a varié selon les époques. Les doctrines philosophiques sur le droit naturel ont d'abord été animées par les dimensions théologiques comme le christianisme puis ont connu un certain succès avec l'humanisme et le rationalisme. Selon Portalis, «*l'équité est le retour à la loi naturelle*». La notion de loi ou de droit naturel apparaît de façon explicite chez Aristote.¹⁹² Dans *l'Éthique à Nicomaque*, le philosophe distingue deux grandes sources du droit :

¹⁹² ALLAND D. & RIALS S. dir., « Droit comparé » dans *Dictionnaire de la culture juridique*, PUF, 4^{ème} édition, 2012, p.507.

la nature (*dikaion physikon*) et les lois de la cité (*dikaion nomikon*).¹⁹³ Les références au droit naturel se trouvent également dans les dispositions juridiques officielles comme le Code civil français ou la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789.¹⁹⁴

Le droit naturel ne dépend pas de l'action humaine et s'oppose ainsi au droit positif qui est l'œuvre de l'homme. Pour Aristote, la source du droit naturel n'est pas la nature elle-même mais le fruit de l'intellect humain (*nou*) où les lois et règles dérivent des concepts rationnels (*logos*). Influencé par Domat, Portalis conçoit le droit naturel comme une donnée universelle et immuable du passé.¹⁹⁵ Ainsi, la référence ultime du Droit devient l'homme et le droit naturel est conçu comme le droit de la raison humaine.¹⁹⁶

Comme toutes les grandes notions, le droit naturel a souffert d'un excès de philosophie. Certains auteurs font remarquer ironiquement que « nature » est susceptible de 17 sens et que « droit » en reçoit 15 et par conséquent, « droit naturel » doit comporter 255 significations distinctes. Toutefois, les représentations du droit naturel concourent à y déceler un « *droit objectif, universel et passablement immuable, auquel toute législation humaine doit se conformer si elle veut être juste* ». ¹⁹⁷

Le concept de droit naturel suppose qu'il y ait des constantes éthiques dans le comportement des hommes qui leur permettent de déterminer quelles actions sont bonnes ou males dans une situation donnée.¹⁹⁸ Dans *Concordia discordantium canonum*, plus connu sous le titre *Decretum Gratiani*, le droit naturel est considéré comme présent dans chaque être humain et commun à tous les peuples.¹⁹⁹ En revanche, le droit

¹⁹³ ARISTOTE, *Ethique à Nicomaque*, 1992, LGF, V. 7,1134b 18.

¹⁹⁴ Il y a beaucoup d'exemples, notamment la Déclaration américaine. Les droits garantis à chaque homme prend ses racines dans le droit naturel. AMANAT, A. & GRIFFEL F., *Shari'a: Islamic Law in the Contemporary Context*, Stanford University Press, California, 2007, p.39.

¹⁹⁵ POTHIER, *Traité des obligations*, Langlet & Cie, 1835, p.33.

¹⁹⁶ ALLAND D. & RIALS S. dir., « Droit comparé » dans *Dictionnaire de la culture juridique*, PUF, 4ème édition, 2012, p.508.

¹⁹⁷ ALLAND D. & RIALS S. dir., « Droit comparé » dans *Dictionnaire de la culture juridique*, PUF, 4ème édition, 2012, p.508.

¹⁹⁸ AMANAT, A. & GRIFFEL F., *Shari'a: Islamic Law in the Contemporary Context*, Stanford University Press, California, 2007, p.40.

¹⁹⁹ Gratien, *Decree (Concordia Discordantium canonum)*, *Decretum 1*, distinction 5 ; *Decretum 1*, distinctio 1.7 §2. *Concordia discordantium canonum*, « concorde des canons discordants », plus connu sous le titre *Decretum Gratiani*.

produit par l'homme varie entre les peuples. La différence entre le droit naturel et le droit positif a soulevé la question du classement du droit divin. Le droit divin serait un droit positif dans la mesure où c'est impératif divin devant être appliqué par les hommes et peut même varier.²⁰⁰ Ainsi, le droit divin peut être en tension avec le droit naturel.

Le droit est le produit de l'homme et l'équité, inspiré du droit naturel adoucit ce droit. Ainsi, l'équité consacre dans la tradition juridique occidentale une forte ingérence du droit naturel dans le droit positif.²⁰¹ L'équité serait quelque chose de supérieur à toute formule écrite ou traditionnelle qui nous fait trouver et accomplir ce qu'exige la loi naturelle pour le bien commun.²⁰² Dans la tradition juridique musulmane, il n'y a pas de recours au droit naturel car la Shariah est considéré comme une législation divine soit une législation parfaite empreinte de justice et d'équité.

B) L'istihsan, un concept strictement lié à la Shariah

Les auteurs musulmans n'ont jamais eu à considérer la conformité ou la non-conformité de la loi positive aux principes du droit naturel. « *Pas de loi dans la nature* », déclare expressément Ghazali. Alors que l'équité dépend du concept de droit naturel, *l'istihsan* est une notion fermement attachée aux valeurs et principes fondamentaux de la Shariah, législation du divin empreinte de justice, d'équité et considérée comme parfaite.

Dans son article, Evon s'interroge sur l'existence d'une tradition de droit naturel en Islam.²⁰³ De notables professeurs de droit musulman ont écrit qu'il n'existe pas de droit naturel dans l'Islam.²⁰⁴ Selon Evon, ce qu'ils ont voulu vraisemblablement dire est qu'il n'y a pas de tradition où il est permis à l'homme de parler au nom de Dieu sans recours aux écrits. La relation de la Shariah avec le droit naturel n'est pas si différente de celle avec la tradition occidentale, néanmoins la

²⁰⁰ AMANAT, A. & GRIFFEL F., *Shari'a: Islamic Law in the Contemporary Context*, Stanford University Press, California, 2007, p.40.

²⁰¹ AGOSTINI E., « L'équité », *Dalloz* 1978, p.7.

²⁰² CARDAHI C., *Droit et morale: le droit moderne et la législation de l'Islam au regard de la morale*, tome I, Analyse critique et synthèse comparative des éléments de la responsabilité délictuelle en matière civile, Annales de la Faculté de droit de l'Université de Saint-Joseph de Beyrouth, Beyrouth, 1950, p.8

²⁰³ ANVER M.E., « Natural Law and Natural Rights in Islamic Law », *Journal of Law Religion*, Vol. XX, pp.351-396.

²⁰⁴ MAKDISI G., *Ibn 'Aqil: Religion and Culture in Classical Islam* (Edinburgh U. Press 1997)p. 130; CRONE P., *God's Rule: Government and Islam*. Six Centuries of Medjè 'al Islamic Political Thought 263-264 (Colum. U. Press 2004).

terminologie utilisée diffère grandement.²⁰⁵ La Shariah dans l'Islam s'est développée à la suite des traditions chrétienne et juive. Le langage juridique occidental provient principalement de la philosophie grecque et du droit romain.²⁰⁶ Dans le monde musulman, la question du droit naturel est abordée selon les notions provenant du Coran. Dans le verset 30 de la Surat al-Rum par exemple, il est mentionné la façon dont Dieu a créé l'humanité où il utilise le mot *fitra* pour référer aux dispositions naturelles.²⁰⁷

Certains auteurs soulignent le fait que la Shariah et le droit naturel semblent partager certaines valeurs.²⁰⁸ D'ailleurs, Domat identifie les règles de droit naturel à « celles que Dieu a lui-même établies, et qu'il a enseignées aux hommes par la lumière de la raison ».²⁰⁹

Bien que la Shariah et le droit naturel aient tous deux des approches différentes quant à la question du bien et du mal, les valeurs défendues par le droit naturel et le droit divin de l'Islam peuvent être sensiblement concomitantes comme celle de justice. Selon les deux approches, le bien et le mal n'est pas une question de commodité relative à l'individu mais provient de normes éternellement valides qui sont en fin de compte indépendantes de la connaissance et du respect de ces normes par l'homme.²¹⁰ La principale différence réside dans le fait que le bien et le mal sont dans le droit naturel sont intrinsèquement inhérents à la nature alors que le bien et le mal dans le droit musulman sont déterminés non pas par référence à la nature mais parce que Dieu l'a voulu ainsi.

²⁰⁵ AMANAT, A. & GRIFFEL F., *Shari'a: Islamic Law in the Contemporary Context*, Stanford University Press, California, 2007, p.42.

²⁰⁶ Nomos physeôs equals *lex naturae/lex naturalis* ; *ius naturale* ; *ius positivum* ; *ius divinum*. Les notions de droit naturel et de droit positif ainsi que le lien entre les deux ont été introduit dans le *Digeste* (50.17.1 ; l.1.1)

²⁰⁷ Dirige tout ton être vers la religion exclusivement [pour Allah], telle est la nature qu'Allah a originellement donnée aux hommes - pas de changement à la création d'Allah -. Voilà la religion de droiture; mais la plupart des gens ne savent pas; So set your face toward the religion just like a hanif does, the disposition (*fitra*) of God according to which He created humankind. There is no changing (*tabdil*) for God's creation. That is the right religion, but most people do not know.

فَأَقِمْ وَجْهَكَ لِلدِّينِ حَنِيفًا ۚ فِطْرَتَ اللَّهِ الَّتِي فَطَرَ النَّاسَ عَلَيْهَا ۚ لَا تَبْدِيلَ لِخَلْقِ اللَّهِ ۚ ذَٰلِكَ الدِّينُ الْقَيِّمُ ۚ وَلَكِنَّ أَكْثَرَ النَّاسِ لَا يَعْلَمُونَ

Dans les traductions anglaise et française, le verset suggère que *fitra* est la disposition originelle de l'humanité. Abraham est considéré comme étant un hanif dans le Coran (2.135, 2.140, voir annexe 7). Dans le Coran, le *hanif* est une personne monothéiste qui n'est ni juif ni chrétien, un musulman avant la letter.

²⁰⁸ KAMALI M. H., *Equity and Fairness in Islam*, Cambridge, The Islamic Texts Society, 2005, p.8.

²⁰⁹ Domat, *Les lois civiles dans leur ordre naturel*, 1689-1694, livre prélim., t.1, section III.

²¹⁰ KAMALI M. H., *Equity and Fairness in Islam*, Cambridge, The Islamic Texts Society, 2005, p.8.

L'*istihsan* n'est pas indépendante de la Shariah, c'est une partie intégrante de celle-ci, alors que l'équité reconnaît la présence d'un droit naturel supérieur au droit positif.²¹¹ L'essence de la notion d'équité, spécialement la façon dont elle a été traitée dans la jurisprudence occidentale n'est pas reconnue par les juristes musulmans. Les solutions trouvées par le recours à *l'istihsan* sont en accord avec les hauts objectifs de la Shari'ah. Il est intéressant de noter que l'article 1er des codifications civiles de pays arabes tels que la Syrie, l'Égypte, la Libye et la Bahreïn disposent qu' « à défaut d'une disposition législative, le juge statuera d'après les principes du droit musulman, et son défaut d'après la coutume, à défaut de ces principes, le juge aura recours au droit naturel et aux règles de l'équité ».²¹² Les codifications arabes se réfèrent au concept de « droit naturel » alors que c'est un concept inconnu de la tradition juridique musulmane, révélant un non-sens.

§2 Des traits communs entre équité et *istihsan*

L'équité de la tradition juridique occidentale et *l'istihsan* de la tradition juridique musulmane ne doivent pas être considérées comme synonymes. Toutefois, ces deux notions partagent une étroite relation au juste. De nombreuses œuvres juridiques et philosophiques présentent l'équité dans la tradition occidentale comme synonyme de justice ou assimilée à la justice elle-même (A). De même dans la tradition juridique musulmane, *l'istihsan* englobe l'idée de justice et de bienveillance, découlant du mot « *ihsan* », présent dans le Coran (B).

A) Les liens de l'équité occidentale avec la justice

De la masse des définitions de l'équité, il résulte une étroite relation entre la justice et cette dernière. L'équité échapperait par principe selon certains auteurs à toute définition logique car le « *juste n'est pas une idée stable, uniforme, absolue et que*

²¹¹ SHAH A. H., *Istihsan (Juristic Preference), Usul-al Fiqh*, <https://thequranblog.files.wordpress.com/2010/04/istihsan.pdf> (consulté le 2 octobre 2015)

²¹² Voir annexe 14. La présence de la notion de droit naturel dans les codifications arabes remonte à la première codification: le Code civil Égyptien. Ce dernier rédigé par Sanhoury s'est inspiré fortement du Code civil français. Le 15 octobre 1949 est entré en vigueur le Code civil égyptien lequel a largement inspiré les codes civils de onze pays arabes, à savoir la Syrie (1949), l'Irak (1953), la Libye (1954), la Somalie (1973), l'Algérie (1975), la Jordanie (1977), le Koweït (1980), le Soudan (1984), les Émirats arabes unis (1985), le Bahreïn (2001), le Yémen (2002) et le Qatar (2004). Il a en outre inspiré le Projet de code civil islamique égyptien de 1982 et l'Ordonnance civile unifiée du Conseil de coopération pour les États arabes du Golfe de 1997. Il est impossible de savoir comment le juge articule cette disposition.

son contenu varie suivant les circonstances de temps et de lieu». ²¹³ Le mot « équité », écrit François Gény « *représente une notion, quelque peu incertaine et équivoque, que rien ne paraît distinguer bien nettement de la notion de justice* ». ²¹⁴ Elle serait « *une sorte d'instinct qui, sans faire appel à la raison raisonnante, va, de lui-même et tout droit, à la solution la meilleure et la plus conforme au but de toute organisation juridique* ». Selon la conception aristotélicienne et thomiste de l'équité, elle est la « *considération des circonstances individuelles, prenant le pas sur les idées générale ou les modelant à la mesure des éléments concrets* » en vue de l'adaptation aux faits de l'idée de justice. ²¹⁵ Comme l'écrit St Thomas d'Aquin : « *s'il se présente un cas où l'observation de telle loi soit préjudiciable à l'intérêt général, celle-ci ne doit pas être observée* ». ²¹⁶

Dans la tradition juridique occidentale, dotée de l'héritage gréco-latin, le droit, la justice et l'équité reposent sur des fondements éthiques communs. La justice et l'équité forment toutes deux une vertu fondamentale liée au concept d'égalité, englobé dans la tradition de justice. ²¹⁷ Dans le vocabulaire juridique de l'Association Capitant, l'équité peut désigner une *justice fondée sur l'égalité* (devoir de rendre à chacun le sien), une *justice du cas particulier* mais aussi une *justice supérieure au droit positif* (justice idéale, droit naturel). ²¹⁸ Dans sa thèse *Sur quelques aspects de l'équité*, Pierre Sanz de Alba parle même de confusion entre justice et équité qui provient du fait qu'elles « *reposent sur des notions morales communes orientées diversement en fonction de leur but respectif, l'une l'intérêt commun, l'autre l'intérêt individuel* ». ²¹⁹ Selon Aristote, « *il apparaît que la justice et l'équité ne sont ni absolument identiques ni génériquement différentes* ». ²²⁰ Il n'y a pas de véritable contradiction en justice et équité. Aristote explique que l'équitable est un juste "plus juste" car il n'est pas aussi légaliste que le "juste" sans l'équité.

²¹³ GENY F., *Méthode d'interprétation et sources en droit privé positif: essai critique*, LGDJ, 1919, v. III, p.109.

²¹⁴ GENY F., *Méthode d'interprétation et sources en droit privé positif: essai critique*, LGDJ, 1919, v. III, p.109.

²¹⁵ ST. THOMAS D'AQUIN, *Somme théologique*, Cerf, 1984, 2°, 2, 9 ; 80 et 4m.

²¹⁶ ST. THOMAS D'AQUIN, *Somme théologique*, Cerf, 1984, 4 tomes, Q.96, art.6.

²¹⁷ SANZ DE ALBA P., *Sur quelques aspects de l'équité*, (Thèse d'Aix-Marseille), Mars 1980, p.12.

²¹⁸ CORNU G., *Vocabulaire juridique*, Paris, Puf -Quadrige ; Dicos Poche, 9^{ème} édition, 2011, p.408, voir annexe 15.

²¹⁹ SANZ DE ALBA P., *Sur quelques aspects de l'équité*, (Thèse d'Aix-Marseille), Mars 1980, p.12.

²²⁰ ARISTOTE, *Ethique à Nicomaque*, 1992, LGF, Chapitre V, 14 (1137 a).

Un arrêt des juges de common law du début du XVIII^e siècle déclare que l'équité est une vertu morale qui nuance, modère et réforme la rigueur, la dureté et le tranchant du droit et constitue une vérité universelle.²²¹ D'ailleurs, la notion d'Equity en Common law n'est plus l'équivalent de l'équité puisqu'elle désigne un système de règles de droit développé en parallèle à la common law. D'ailleurs, le mot « equity » avec un « e » minuscule reste la traduction de l'équité dans les différents dictionnaires.

Dans les différents dictionnaires et lexiques juridiques français-arabe-anglais, le mot « équité » en français ou « equity » en anglais est défini soit par '*adl* ou '*adalah*, tous deux signifiant la justice, soit par *insaf*, autre synonyme de justice consistant à accomplir les principes de justice les plus absolus.²²² Néanmoins ces mots recourent l'équité de la tradition juridique occidentale. Aucun de ces mots ne correspond à la notion d'Équité dans la tradition juridique musulmane. De même que *l'istihsan* ne peut pas être traduit par équité, mais plutôt par « approbation », par « préférence personnelle » selon les *usulistes*.²²³ *Istihsan* dérive en fait, du mot *ihsan*, une équité coranique.

B) L'*istihsan*, un concept dérivé de l'équité coranique (*ihsan*)

Littéralement, *istihsan* vient du mot « husn » tout comme le mot « ihsan ». Selon Ibn Manzur, *husn* désigne « ce qui est bon, ce qui est d'une qualité satisfaisante ». ²²⁴ Néanmoins, la définition légale du mot fait l'objet de débats et controverses parmi les juristes musulmans. Ainsi, il convient tout d'abord d'analyser le bon et le juste dans la tradition juridique musulmane (1), puis d'analyser ce que les juristes musulmans entendent par *istihsan* (2).

1. Le bon et le juste dans la tradition juridique musulmane

Dans la tradition juridique musulmane, la justice et l'équité sont au cœur de la Shariah. Étant une législation divine, elle se doit d'être juste et équitable. La justice et l'équité sont des notions très présentes dans le Coran. De nombreux versets

²²¹ TUNC, A. L'Équité en droit anglais et en droit américain; *Justices* n°9 Janvier/ mars 1998 p.123

²²² D'ailleurs dans le Code civil égyptien, l'équité a été traduite par '*adalat*. Cette traduction a été reprise ensuite par les autres codifications des pays arabes. Voir annexe 14.

²²³ SANZ DE ALBA P., *Sur quelques aspects de l'équité*, (Thèse d'Aix-Marseille), Mars 1980, p.53.

²²⁴ IBN MANZUR, *Lisān al-'Arab al-muḥīṭ*, Dar Lisan al-'Arab, Beyrouth, 1970, p.114 : lorsqu'une personne dit « *istihsan* » veut dire suivre ce qui lui semble bon. ; ZARKASHI, *Al-Bahr al muhit*, 2^e édition, Koweït, Wizārat al-Awqāf wa-al-Shu'ūn al-Islāmīyah, Volume 6, p.87 à 98.

coraniques énoncent, l'équité : « *Allah vous commande de rendre les dépôts à leurs ayants droit et quand vous jugez entre des gens, de juger avec équité* » (4 :58) ; « *Si tu juges, alors juge entre eux en équité* » (5 :42).²²⁵

Il est possible de constater dans le verset 90 de la Sourate 16 (*Al-Nahl*), qu'Allah commande la justice (*'adl*) et l'équité ou la bienveillance (*ihsan*).²²⁶ Il y a donc une distinction entre ces deux notions. Selon les interprétations de ce verset, la justice ne peut pas résoudre tous les problèmes, c'est pourquoi, l'intervention de la bienveillance, de l'équité est nécessaire. La notion *d'ihsan* côte à côté de la celle de justice (*'adl*) trouve largement appuie dans le Coran. La principale différence entre la justice et *l'ihsan* est que la justice constitue les exigences normales devant être appliquées sous la Shariah.²²⁷ Alors que *l'ihsan* ouvre le champ de la justice au sein du droit positif à des considérations d'équité et de bonne conscience, notamment dans le cas où l'application des règles ne permettent pas d'assurer la justice, auquel cas il faut agir dans l'esprit de *l'ihsan* et trouver une méthode qui serve les idéaux d'une justice coranique, même si cela engendre un départ ou un écart des règles spécifiques.

Certains auteurs ont essayé de distinguer entre *'adl* et *'adalamais* cette distinction semble non pertinente car la Shariah comprend à la justice dans son double sens.²²⁸ La Shariah comprend la justice en tant que valeur, vertu ou principe (*iustitia, Gerechtigkeit*) et la justice en tant que règlement des disputes juridiques (*ius, Recht/ Justiz*). Il est important de comprendre que la justice est perçue en tant que valeur suprême et fondamentale de l'Islam, intégrant tous les aspects de vie dans un cadre juridique cohérent et éthique.²²⁹ La justice (*al-'adl*) est la valeur suprême de l'Islam recouvrant tous les aspects de la vie. Elle est non seulement un principe

²²⁵ Voir annexe 7.

²²⁶ Notons dans la traduction française de ce verset, il est dit : Allah commande l'équité (16 :90) ainsi *'adl* et *ihsan* ont fusionnés dans le mot équité. En anglais, *ihsan* est traduit par « good conduct » Allah orders justice and good conduct. En italien, par « bienveillance » Allah ha ordinato la giustizia e la benevolenza. Voir <https://quran.com/16> (consulté le 6 mai 2016).

²²⁷ KAMALI M. H., *Equity and Fairness in Islam*, Cambridge, The Islamic Texts Society, 2005, p.54.

²²⁸ En se référant au juriste musulman Muhammad Salim al-Awwa, Farid Abd al-Khaliq a essayé de dessiner une ligne étroite entre *'adl* (justice) et *'adala* (probité morale et/ou respect du droit défini par le fiqh) dans son ouvrage *Fil-fiqh al siyasi al Islami :mabadi dusturiyya ; al-shura, al-'adl, al-musawat* (Cairo and Beirut : Dar al-Shuruq, 1998), 201.

²²⁹ AMANAT, A. & GRIFFEL F., *Shari'a: Islamic Law in the Contemporary Context*, Stanford University Press, California, 2007, p.28.

constitutionnel pour l'État, mais elle occupe une place de pierre angulaire dans le système juridique musulman.²³⁰

La justice apparaît régulièrement en tant que valeur suprême dans la liste des valeurs que se doivent de respecter les musulmans.²³¹ La justice est considérée comme une valeur fondamentale et caractéristique de l'Islam même si il arrive de diverger sur son interprétation, son champ d'application et sa définition. Selon l'anthropologiste judiciaire, Lawrence Rosen, « *la justice est une des vertues essentielles sinon la plus essentielle, pour les musulmans car elle permet de rechercher toujours des équivalences, une recherche qui est conçu comme central à la fois pour la nature humaine et pour l'ordre révélé du monde* ». ²³²

La justice appartient à la sphère du droit qui se situe au-delà de l'intervention humaine : Dieu a fait la justice et l'équité (*qist*) qui signifie aussi la justice- substance de ce qui est juste (*'araf al-ma'ruf*), qui est le fondement des principes et des règles générales que Dieu a défini dans son droit divin.

2. L'istihsan, la recherche de solutions plus justes

L'istihsan se distingue nettement de l'analogie puisque la solution que dicte *l'istihsan* prend le contre-pied de celle qu'impose l'analogie.²³³ Ce n'est point une analogie cachée qui s'oppose à une analogie évidente selon Sarakhsi et Bazdawi.²³⁴ Il est vrai que *l'istihsan* suppose la préexistence d'une solution obtenue par la voie de l'analogie, qui apporterait une solution différente. Cette solution se substituera la première en vertu d'une opération propre de l'esprit qui est à la recherche d'une solution.²³⁵ *L'istihsan* est la recherche d'alternatives meilleures et préférables dont le fondement est la suppression de la gêne ou la difficulté (*raf' al- haraj*), un des buts de l'équité et de la justice.²³⁶ Dans le *Dictionnaire historique de l'islam*, *l'istihsan* est un

²³⁰ AMANAT, A. & GRIFFEL F., *Shari'a: Islamic Law in the Contemporary Context*, Stanford University Press, California, 2007, p.28.

²³¹ AMANAT, A. & GRIFFEL F., *Shari'a: Islamic Law in the Contemporary Context*, Stanford University Press, California, 2007, p.23.

²³² Lawrence Rosen, art. « Justice », in *The Oxford Encyclopedia of the Modern Islamic World*, ed. J.L. Esposito (New York : OUP, 1995), 2 :388-91.

²³³ AL-KASANI, *Bada'i Al-Sana'i Fi Tartib Al-Shara'i*, Egypte, Sharikat al-Maṭbū'ât al-'Ilmīyah, 1910, vol. 5, p. 154 : « le qiyas : son contraire est l'istihsan » ; CHEHATA Chafik, « L' « Equité » en tant que source du droit hanafite », *Studia Islamica*, No.25 (1996) p.127.

²³⁴ CHEHATA Chafik, « L' « Equité » en tant que source du droit hanafite », *Studia Islamica*, No.25 (1996) p.135

²³⁵ CHEHATA Chafik, « L' « Equité » en tant que source du droit hanafite », *Studia Islamica*, No.25 (1996) p.127.

²³⁶ KAMALI M. H., *Equity and Fairness in Islam*, Cambridge, The Islamic Texts Society, 2005, p.54.

défini comme « *le fait de trouver juste* » et désignant pour le fiqh la « *recherche de la meilleure solution* ». ²³⁷ Il s'agit de pallier l'insuffisance des données du Coran et de la Sunna dans l'élaboration de la Loi.

Pour Juynboll, l'*istihsan* est « *un moyen de poser des règles de droit plus conformes aux exigences de la vie quotidienne, des conditions sociales et de l'équité* ». ²³⁸ Santillana s'exprime encore plus nettement sur le sujet : *istahsana*, c'est faire prévaloir les considérations d'utilité pratique ou d'équité sur la rigueur du droit ou de la logique juridique. ²³⁹ Ainsi, *l'istihsan* serait une notion complexe qui englobe l'idée de justice et l'idée d'utilité. L'utilité serait tantôt envisagée dans les limites des intérêts en jeu et tantôt d'une manière générale. L'intérêt général se confondrait alors avec le bien commun rejoignant l'idée de justice. Les auteurs musulmans modernes recensent recensement les solutions tirées de l'*istihsan* et les rattachent tantôt à l'idée d'utilité, tantôt à l'idée de nécessité. ²⁴⁰ Les considérations qui inspirent la solution sont donc variables et c'est pourquoi la nature de *l'istihsan* demeure incertaine et équivoque. Dans tous les cas, les juristes musulmans de l'ère classique se sont tournés vers *l'istihsan* pour remédier à l'inflexibilité et la rigidité de l'analogie chaque fois que cette dernière s'opposait à un intérêt pratique. Al-Sarakhsi explique qu'empêcher le préjudice (*raf' al-haraj*) dans l'application du droit est un principe cardinal dans la religion musulmane (*al-asl fi'l-din*) énoncée dans le Coran (2 :185) et dans la Sunna. ²⁴¹ Le recours à *l'istihsan* se fonde non seulement dans le Coran mais aussi sur un hadith du Prophète Mahomet : « *ce que les musulmans considèrent comme bon (hasan) est aussi bon pour Dieu* ».

Emile Tyan est l'un des juristes à avoir promu l'interprétation de *l'istihsan* comme un raisonnement fondé sur l'équité. ²⁴² Or, le concept d'équité tel qu'il est

²³⁷ SOURDEL J. et SOURDEL D., *Dictionnaire historique de l'Islam*, Paris, PUF, 2007. p.417

²³⁸ Encyclopédie de l'Islam, V° Fiqh, p.103, b.) ; Encyclopédie de l'Islam, V° Istihsan ; Goldziher, autre orientaliste, l'*istihsan* est une sorte d'expédient qui rappelle l'adage romain : « *corrige jus propter utilitatem publicam* » (voir GOLDZIHHER, I., *Sur l'Islam: origins de la théorie musulmane*, Desclée de Brouwer, Paris 2003)

²³⁹ SANTILLANA D., *Instituzioni Di Dirritto Musulmano Malichita con riguardo anche al sistema sciafiita*, 1926, Volume I., p.721: *istihsan* = far prevalere sulla norma dettata dall' analogie altra dettata da considerazioni di utilita pratica e di equità : I, 72 sg. (56 sg.) e n. 165 ; v. definizione malchita I, 73 (57) n. 170 ; equità, ragioni di equità : I, 80 (63) ; II, 625, regola sussidiaria di diritto I, 72-73 (56 sg.) ; - e il retratto I, 394 (313), e la compravendita con diritto d'opzione II, 163, e la registrazione del waqf II, 429.

²⁴⁰ CHALABI M. M., *Ta'lil al-Ahkam*, Matba'a Al-Azhar, Egypte 1947, p.348.

²⁴¹ AL-SARAKHSI, *Shams al-Dīn, Kitāb al-Mabsūt (Al-Mabsut)*, Maṭba'at al-Sa'adah, Egypte, 1906-1913, volume X p.145; IBN HANBAL, *Musnad*, Dar Ihya' al-turath al-'arabi, 1993, volume 5, p. 22.

²⁴² TYAN E., « *Méthodologie et sources du droit privé en Islam* », in *Studia Islamica*, fasc. X, p.101 et s.

perçu dans l'Occident est l'antithèse du point de vue musulman en ce que tout droit dérive de Dieu à travers le Coran et la Sunnah. L'équité est cernée par les préceptes de conscience, des normes préconçues en dehors du droit positif. L'équité trouve sa légitimité dans la croyance en un droit naturel ou une justice supérieure au droit positif. Un tel concept contredit l'une des prémisses fondamentales du droit musulman, à savoir une confiance totale sur la parole de Dieu dans le Coran et la Sunnah comme source unique et primaire de droit.

L'*istihsan* n'a jamais été considérée par les juristes musulmans comme un raisonnement fondée sur l'équité indépendamment du Coran et de la Sunnah. En conclusion, le mot *istihsan* est, d'un point de vue juridique, une méthode d'interprétation du *fiqh* et participe aux fondements du droit (*usul al-fiqh*).²⁴³

Les noms donnés à l'Équité sont divers. Néanmoins, la réalité de ce que l'Équité signifie demeure.

§3 L'Équité, trait d'union entre le droit et la justice

L'Équité a toujours intéressé beaucoup d'auteurs qu'ils soient dans le monde juridique, philosophique ou religieux. Leurs avis sur la question ont bien pu diverger mais tous s'accordent sur la difficulté de définir l'Équité de manière univoque et de la situer précisément par rapport au droit.

De façon théorique, il est possible de mettre en lumière une double acception de l'Équité: l'Équité objective et l'Équité subjective. L'Équité objective se définit comme un « *système de règles de droit que les juges sont amenés à créer en parallèle au système préexistant devenu trop rigide, afin de l'assouplir, de l'adapter aux transformations de la société ou aux changements de la sensibilité morale* ». Cela tient en effet à ce qu'un jugement préalable de caractère abstrait soit porté par le juge sur le droit positif applicable à une espèce. L'espèce n'est que l'occasion d'appliquer une règle abstraite élaborée non pas en fonction d'un bien commun ou de considérations sociales mais d'une addition raisonnée d'intérêt individuels analogues. Cette règle ne se confond ni avec une règle juridique proprement dite ni avec une solution dérivée de la Justice. L'Équité devient un

²⁴³ AL-JASSAS, *Uṣūl al-fiqh al-musammá bi al-Fuṣūl fī al-uṣūl*, Dawlat al-Kuwayt, Wizārat al-Awqāf wa-al-Shu'ūn al-Islāmīyah, al-Idārah al-Āmmah lil-Iftā' wa-al-Buḥūth al-Shar'īyah, Kuwait, 1994, p.223 note 2.

moyen légitime de compléter les règles juridiques, ou de corriger l'application particulière d'une règle. L'Équité est alors la justice exercée, non pas selon la rigueur de la loi, mais avec une modération et un adoucissement raisonnables. C'est cette Équité qui se retrouve dans l'expérience historique du droit romain et du droit anglais où l'Equity s'est développé pour former un système de règles juridiques en parallèle à la rigueur des règles de la *common law*.

L'Équité subjective quant à elle s'exprime à travers des jugements. Il s'agit de faire intervenir l'Équité dans un cas d'espèce. L'Équité subjective est une équité non concurrente du droit positif mais le présupposant.²⁴⁴ Elle est réservée au cas particulier et prend sa source dans la conscience du juge, ce que le for intérieur considère, dans un cas particulier, comme conforme à la justice, sans égard pour le droit strict. Le juge peut en effet s'en tenir strictement au cas individuel qui lui est soumis, ne l'apprécier que concrètement et rejeter l'application d'une loi qu'il ne considère pas appropriée au litige. Il s'agit d'un « *droit où le juge cherche une solution particulière* » à savoir une solution individuelle pour chaque être humain.

Certains auteurs tels que Philippe JESTAZ et Christophe ALBIGES ne font pas la distinction entre Équité objective et Équité subjective. Christophe ALBIGES parle même de la nécessaire unicité d'acception de l'Équité. Il s'agit également de notre point de vue, c'est pourquoi il faut donner une définition globale au concept de l'Équité. Ainsi, selon le *Dictionnaire du vocabulaire juridique Lexis Nexis*, l'Équité est « *une notion qui confère la faculté de modérer ou de suppléer le droit en vigueur en raison de considérations liées à un cas particulier* ». ²⁴⁵ En réalité, ces deux conceptions s'entrechoquent, la seconde étant l'application de la première: l'équité subjective est un instrument au service de l'Équité objective.

Dans la tradition juridique musulmane, *l'istihsan* n'est pas l'équité telle qu'elle est conçue dans la tradition juridique occidentale mais c'est une méthode par laquelle de nouvelles règles ont été établis afin de répondre aux besoins de la société tout en respectant les hauts principes et valeurs de la Sharia, où figure la justice.²⁴⁶

²⁴⁴ CARBONNIER J., *Droit civil. Introduction*, 27e éd., 2002, PUF, [9] p.35

²⁴⁵ CABRILLAC R., (dir.), *Dictionnaire du vocabulaire juridique*, Lexis Nexis, 7^e édition, 2016, p. 231.

²⁴⁶ MAKDISI J., « A reality check on istihsan as a method of islamic legal reasoning », *UCLA Journal of Islamic and Near Eastern Law*, 2 :1 (2002-2003), 99-127 dans G. N. Picken, *Islamic Law: Critical concepts in Islamic Studies*, Taylor and Francis, 2009, p. 319 : Makdisi se pose la question de savoir si le concept jurisprudentiel

Alors qu'il est possible de constater « *un phénomène de disparition* » de l'Équité objective parce qu'elle est « *pleinement montée à la vie juridique* » et « *cessé d'être l'Équité* ». ²⁴⁷ L'application des règles du précédent et la fusion de *l'Equity* avec la *common law*, ainsi que l'évolution des solutions de *l'aequitas* dans le droit romain, a provoqué la disparition de l'équité elle-même. De même que les solutions de *l'istihsan* font partie intégrante du *corpus juris* musulman et que certaines solutions inspirées au départ de l'équité en droit civil français sont devenues de véritables règles juridiques, telles que l'enrichissement sans cause.

Toutefois, c'est le caractère subjectif inhérent à l'Équité qui doit être retenu avant tout car cela lui permet de se distinguer du droit ou de sa transformation objective en droit. ²⁴⁸

d'istihsan décrit par les usulistes comme une distinction raisonnée d'autorité (reasoned distinction of authority) est-il le même concept partique utilisé par les juristes pour trouver la solution des affaires juridiques.

²⁴⁷ ALBIGES C., « 'Équité' dans Répertoire de droit civil » Dalloz, septembre 2011, §35 ; TUNC A., Aux frontières du droit et du non-droit : l'équité, in hypothèse du non-droit, Séminaire de Liège, 21 et 22 oct. 1977, Liège, 1978, p.281, spé. p.287

²⁴⁸ L'équité a comme "unique vocation de ne présenter qu'une faculté de résoudre un litige en fonction des circonstances particulières de l'espèce" P. JESTAZ, Le droit, 4^e ed., 2002, Dalloz, p.28

PARTIE 2 L'« EQUITE OU LES EQUITES » : ASPECTS FONCTIONNEL ET POSITIF

L'Équité est ainsi une justice dépassant la simple application des règles de droit. Elle apparaît ainsi comme essentiellement destinée à jouer le rôle de correctrice de la loi, plus que d'inspiratrice de la loi. Certains auteurs dans la tradition juridique occidentale soulignent que le rôle de l'équité comme correctrice de la loi positive a le défaut d'être une notion exclusivement à l'usage des juges. L'équité aurait également un rôle tout aussi important dans la confection de la loi. Elle devrait être un principe directeur aussi pour le législateur que pour le juge. Cet aspect est non discuté dans la tradition juridique musulmane puisque la Loi, émanant de Dieu, est naturellement équitable et juste.

L'équité dans la tradition juridique occidentale et *l'istihsan* dans la tradition juridique musulmane partage une similarité fonctionnelle, à savoir l'adaptation du droit aux cas concrets (Chapitre 1). L'équité et *l'istihsan* sont une méthode qui introduit dans le droit positif vieilli ou inadéquat un renouveau dû à l'évolution du sentiment collectif de justice individuelle.²⁴⁹ Dans chacune des trois traditions juridiques, l'équité et *l'istihsan* ont contribué et peuvent continuer à contribuer à l'évolution du droit positif (Chapitre 2).

²⁴⁹ Pierre Sanz de Alba, Sur quelques aspects de l'équité, thèse, faculté de droit et de science politique d'Aix-Marseille, Mars 1980 p.14.

Chapitre I Une similarité fonctionnelle : l'adaptation du droit aux cas concrets

La notion d'Équité évoque une opposition à la rigidité que peut contenir parfois le droit positif.²⁵⁰ Force est de reconnaître que les règles de droit, écrites en général dans les lois mais provenant également de la jurisprudence comme c'est le cas dans les systèmes de *common law*, peuvent être strictes ou inadéquates. Il s'agit d'adapter le droit aux situations de la vie quotidienne. Cela implique clairement un pouvoir modérateur accordé au juge ou au *mujtahid* mais non sans limite (Section 2) qui vient se heurter en apparence au concept de sécurité juridique (Section 1).

Section 1 Une sécurité juridique remise en cause

L'équité et *l'istihsan* semblent remettre en cause la sécurité juridique. Il s'agit d'un concept inépuisable et important au sein de la doctrine juridique dont les applications sont diverses suivant la tradition juridique (§1). Le concept de sécurité juridique semble être un rempart contre l'arbitraire que la notion d'Équité tente d'introduire dans le droit. Ainsi, il y a une peur commune aux trois traditions juridiques sur l'arbitraire de l'équité et de *l'istihsan* (§2).

§1 Le concept de sécurité juridique: notion et applications

La sécurité juridique est tout d'abord analysée de manière liminaire (A). Ses applications sont ensuite étudiées dans les diverses traditions juridiques (B).

A) Propos liminaires sur la notion

La notion de sécurité juridique est difficile à définir et possède deux conceptions : une classique et une moderne. Dans sa conception classique, la sécurité juridique constitue avec la justice et le progrès social la trilogie des buts du droit. Elle est alors synonyme d'absence d'arbitraire et conduit à l'assimilation entre droit et sécurité. Dans sa conception moderne, elle a une fonction de sécurisation de l'ordre juridique. Dans son rapport public 2006, le Conseil d'Etat écrit que « *le principe de sécurité juridique implique que les citoyens soient, sans que cela appelle de leur part des efforts insurmontables, en mesure de déterminer ce qui est permis et ce qui est défendu par le droit applicable* » et poursuit que « *les normes édictées doivent être*

²⁵⁰CARBONNIER J., Droit civil. Introduction, 27e éd., 2002, PUF, [9] p.34.

claires et intelligibles, et ne pas être soumises, dans le temps, à des variations trop fréquentes, ni surtout imprévisibles». ²⁵¹ Ainsi, la sécurité juridique suggère la rigidité.

Toutefois, *Huglo* souligne que la sécurité juridique forme une tautologie car un droit qui n'assurerait pas la sécurité pour ses sujets cesserait d'être considéré comme du droit. ²⁵² La prévisibilité est de l'essence du Droit puis qu'il « *répond à un besoin de sécurité, sécurité des relations juridiques, et sécurité collective* ». ²⁵³ En ce sens, la sécurité juridique est une des qualités recherchées d'un droit donné comme la sécurité d'un produit est une des qualités prises en compte par un consommateur. ²⁵⁴ Néanmoins, le droit comme la société est un « *organisme vivant qui ne peut qu'évoluer* ». ²⁵⁵ La sécurité juridique devient alors une sorte d'illusion car le droit ne peut la réaliser. ²⁵⁶ Le droit est ainsi une matière vivante et son développement se caractérise par la « *recherche permanente d'un équilibre entre équité et sécurité juridique* », autrement dit, l'équilibre entre la justice individuelle et la justice générale. ²⁵⁷

La sécurité juridique a vocation à être présente dans toutes les traditions et systèmes juridiques telle que la *civil law*, la *common law* et la tradition juridique musulmane, malgré des applications très diverses. ²⁵⁸

²⁵¹ « Sécurité juridique », *La Documentation Française*, <http://www.ladocumentationfrancaise.fr/dossiers/qualite-normes-securite-juridique/securite-juridique.shtml> (consulté le 6 juin 2016).

²⁵² HUGLO J-G., « La Cour de cassation et le principe de la sécurité juridique », *Cahiers du Conseil constitutionnel n°11* (Dossier : Le principe de sécurité juridique)- Décembre 2001, p.1.

²⁵³ CINTURA P., « L'usage et la conception de l'équité par le juge administratif », *Revue internationale de droit comparé*. Vol. 24 N°3, Juillet-septembre 1972. p.658.

²⁵⁴ HUGLO J-G., « La Cour de cassation et le principe de la sécurité juridique », *Cahiers du Conseil constitutionnel n°11* (Dossier : Le principe de sécurité juridique)- Décembre 2001, p.13.

²⁵⁵ HUGLO J-G., « La Cour de cassation et le principe de la sécurité juridique », *Cahiers du Conseil constitutionnel n°11* (Dossier : Le principe de sécurité juridique)- Décembre 2001, p.1

²⁵⁶ VALEMBOS A-L., « La constitutionnalisation de l'exigence de sécurité juridique en droit français », *Cahiers du Conseil constitutionnel n°17* (Prix de thèse 2004)- mars 2005, p.1 ; DAUDET V. et NAVARRE-BRAGER J., « Le droit, source de conflits », *Jurisdoctoria n° 2, 2009*, pp.21-45.

²⁵⁷ WATT G., *Equity and Trusts Law*, 4th ed. OUP, 2014, p.5

²⁵⁸ Le principe de sécurité juridique est d'ailleurs reconnu par la Cour de Justice de l'Union Européenne et la Cour Européenne des Droits de l'Homme CJCE, 13 juill. 1961, *Meroni c/ Haute Autorité de la CECA*, aff. jointes 14, 16, 17, 20, 24, 26, 27/60 et 1/61, *Rec. p.* 319; 9 juill. 1969; CEDH, 13 juin 1979, *Marcks c/ Belgique*, A31; 29 nov. 1991, *Vermeire c/ Belgique*, A214.

B) Les applications de la sécurité juridique

Il y a dans la doctrine traditionnelle de *civil law* une importance considérable pour la sécurité juridique qui est achevée la primauté de la norme écrite, la loi (1).²⁵⁹ A l'inverse, la *common law*, issue de la jurisprudence des juges, achève cette sécurité juridique qu'ils appellent par *certainty of law*, par le biais de la doctrine du précédent (2). En ce qui concerne la tradition juridique musulmane, il faut bien comprendre la distinction entre la *Shariah*, droit divin immuable et permanent d'une part, et d'autre part, le *fiqh*, matière juridique positive et provenant de l'homme amenée à évoluer (3).

1. Le juge judiciaire français : bouche de la loi et refus de statuer en équité

Une importance considérable est donnée à la sécurité juridique dans la tradition juridique de *civil law* dont le système juridique français est l'emblème.²⁶⁰ Merryman and Perez-Perdomo affirment même qu'elle est devenue une valeur suprême, *un dogme incontesté, un objectif essentiel*. Cependant, sa place dans la hiérarchie des normes française est délicate à déterminer.²⁶¹ Valembois souligne que la sécurité juridique est « *l'objet d'un processus de constitutionnalisation diffus mais néanmoins réel* ». ²⁶² La doctrine française s'accorde pour considérer que la sécurité juridique est « *en somme tout à la fois : savoir et prévoir* ». ²⁶³ La sécurité juridique repose essentiellement en droit français sur la qualité et la prévisibilité de la loi.

Bien qu'en théorie la notion de sécurité juridique a été utilisée pour divers buts, sa plus importante utilisation concerne la méfiance face aux juges et notamment l'interdiction aux juges de l'ordre judiciaire statuer en équité et donc de

²⁵⁹ MERRYMAN J.H. and PEREZ-PERDOMO R., *The Civil Law tradition, An introduction to the legal systems of Europe and Latin America*, Stanford California, Stanford University Press, 3^{ème} éd. 2007, p.48.

²⁶⁰ MERRYMAN J.H. and PEREZ-PERDOMO R., *The Civil Law tradition, An introduction to the legal systems of Europe and Latin America*, Stanford California, Stanford University Press, 3^{ème} éd. 2007, p.48.

²⁶¹ En effet si la Cour de cassation a reconnu à la sécurité juridique la qualité de principe général du droit (v. Cass. Soc. 2 mai 2000, Bull. civ. V n°162, p.127), il n'en n'est pas de même pour le Conseil d'Etat et le Conseil constitutionnel.

²⁶² VALEMBOIS A-L., « La constitutionnalisation de l'exigence de sécurité juridique en droit français », Cahiers du Conseil constitutionnel n°17 (Prix de thèse 2004)- mars 2005, p.1.

²⁶³ PACTEAU B., « La jurisprudence, une chance du droit administratif ? », RA 1999, n° spécial 6, p.154.

créer du droit.²⁶⁴ Le juge judiciaire doit seulement appliquer la loi (« bouche de la loi »²⁶⁵) et n'a pas le pouvoir de statuer en équité.

La possibilité au juge de trancher un conflit en se référant au juste, à l'équitable a toujours été condamnée depuis la Révolution française, surtout pour le juge judiciaire.²⁶⁶ Le recours à l'équité est vivement critiqué en France depuis l'Ancien droit en raison de la primauté de la loi et de « *l'impossible détermination d'une définition de la notion* ». ²⁶⁷ La jurisprudence a toujours confirmé le principe selon lequel les tribunaux n'ont pas le pouvoir de statuer en équité²⁶⁸. En effet, de manière systématique la Cour de cassation a condamné la référence expresse à l'équité lors du prononcé de la décision.²⁶⁹ Au visa de l'article 12 al.1^{er} du Code de procédure civile, la Cour de cassation affirme que le juge ne peut trancher le litige que « *conformément aux règles de droit qui lui sont applicables* » et ne peut se fonder sur l'équité²⁷⁰ ou encore que « *l'équité n'est pas une source de droit* ». ²⁷¹

Toutefois, la Cour de cassation affirme dans un arrêt de principe du 21 mars 2001 de la première chambre civile que « *la sécurité juridique [...] ne saurait consacrer un droit acquis à une jurisprudence figée, l'évolution de la jurisprudence relevant de l'office du juge dans l'application du droit* ». ²⁷² La jurisprudence est amenée par essence à interpréter la norme écrite.²⁷³

²⁶⁴ « Dieu nous garde de l'équité des Parlements », prêtée au Chancelier Séguier (v. note 90) ; DAUDET V. et NAVARRE-BRAGER J., « Le droit, source de conflits », *Jurisdoctoria* n° 2, 2009, p.33. C'est un peu moins vrai pour les juges de l'ordre administratif.

²⁶⁵ Citation complète De Montesquieu, *De l'Esprit des lois* : « *Les juges de la nation ne sont que la bouche qui prononce les paroles de la loi, des êtres inanimés, qui n'en peuvent modérer ni la force ni la rigueur.* »

²⁶⁶ Pour la relation entre équité et juge administratif, voir CINTURA P., « L'usage et la conception de l'équité par le juge administratif », *Revue internationale de droit comparé*, Vol. 24 N°3, Juillet-septembre 1972, pp. 657-676,

²⁶⁷ ALBIGES C., Op.cit. §30 ; voir Chapitre 1, Section 1, §1. Les révolutionnaires bannirent le mot « équité » de la jurisprudence v. Circulaire de A. DUPORT, 27 nov. 1791.

²⁶⁸ CARBONNIER J., *Droit civil. Introduction*, 27e éd., 2002, PUF, [14] p.43

²⁶⁹ Civ. 16 mars 1937, S 1937 1. 184 ; Soc. 23 janv.1948 JCP 1948 II. 4229 ; Crim. 24 juill. 1967 JCP II 15399 ; Soc. 11 mai 1994, D. 1995, 626. note C. Puigelier (voir annexe 19).

« La Cour de cassation a mission de faire respecter la légalité par les tribunaux inférieurs » CARBONNIER J., Op. cit. p.36

²⁷⁰ Soc. 21 fev. 1980, n° 78-40122: Bull. civ. V, no 170 (voir annexe 19) ; Civ. 3e 22 mars 1995 n°93-14590, Bull. Civ. III n78, Gaz. Pal. 1996. 1. Somm. 244, obs. H. Croze et C. Morel.

²⁷¹ Soc. 4 dec. 1996 n94-40693, RTD civ. 1998. 221 obs. N. Molfessis ; dans le même sens voir Civ. 2e 9 dec. 2003 n02-30804, inédit ; Soc. 13 fév. 2007, n05-41055. Inédit. Voir annexe 20.

²⁷² Cass. 1^{ère} civ, 21 mars 2001, *Bull. civ. I*, n° 97, p. 65.

²⁷³ La jurisprudence a une double nature. D'une part, elle incarne la règle abstraite dans une situation de faits particulière. D'autre part, elle est une occasion pour la règle de droit elle-même de se constituer.

A l'opposé, l'Angleterre et le Pays de Galles et ce en raison de la conception radicalement différente qu'ils ont de la norme jurisprudentielle, ont une tout autre application de la sécurité juridique.

2. Le juge de *common law*, bouche du droit : une sécurité juridique achevée par la doctrine du précédent (*stare decisis*)

A l'inverse, les juges sont en Angleterre et aux Pays de Galles de véritables « bouches du droit » puisqu'ils sont à l'origine de la *common law*, un droit fondé par la jurisprudence.²⁷⁴ C'est par le biais de la doctrine du précédent que la sécurité juridique est assurée. Seule la *House of Lords* depuis 1966, aujourd'hui il s'agit de la *United Kingdom Supreme Court* (UKSC), est épargnée de la règle du précédent.

La sécurité juridique est considérée comme nécessaire en *common law* mais deux différences majeures peuvent être constatées avec le *civil law*.²⁷⁵ Premièrement, la sécurité juridique est généralement envisagée d'un point de vue pratique et n'est pas élevée au rang de principe. Les citoyens doivent dans la mesure du possible être au courant de leurs droits et devoirs et agir de manière confiante sans se préoccuper des conséquences juridiques de leurs actes mais d'un autre côté les limites à la sécurité juridiques sont largement acceptées. Deuxièmement, la sécurité juridique est achevée en *common law* en reconnaissant aux décisions judiciaires la force de loi, ce qui est théoriquement impossible dans la tradition juridique civiliste. Le cumul des décisions judiciaires dans le temps fournit des exemples concrets et précis de la règle juridique mise en pratique. Ces exemples, ajoutés à l'énoncé des règles juridiques elles-mêmes, sont amenés à apporter plus de sécurité juridique que les simples articles de lois émis en France. Par conséquent, la volonté d'une sécurité juridique est un argument en faveur de la règle du précédent (*stare decisis*) dans la tradition de la *common law* alors qu'il est un argument contraire à la *stare decisis* dans la tradition civiliste.²⁷⁶

Étonnamment, comme le fait remarquer Huglo, les juristes de *common law* dans un

²⁷⁴ En droit américain si, dans la constitution de la *Common law*, le précédent judiciaire est obligatoire, ce n'est pas vrai d'un état américain à l'autre... En définitive, il arrive qu'un juge du Middle West statue selon son sens personnel de l'équité sans le moindre référent conceptuel, ce qui n'est certes pas une bonne chose pour la sécurité juridique dont l'entreprise a besoin. Cet aspect ne doit pas être perdu de vue lorsque l'on rédige un contrat qui doit relever d'un droit américain, ou qui risque de venir devant un juge américain.

²⁷⁵ MERRYMAN J.H. and PEREZ-PERDOMO R., *The Civil Law tradition, An introduction to the legal systems of Europe and Latin America*, Stanford California, Stanford University Press, 3^{ème} éd. 2007, p.48.

²⁷⁶ MERRYMAN J.H. and PEREZ-PERDOMO R., *The Civil Law tradition, An introduction to the legal systems of Europe and Latin America*, Stanford California, Stanford University Press, 3^{ème} éd. 2007, p.49.

système pourtant régi par la règle du précédent, parlent de « *the noble uncertainty of Law* » tandis que les juristes français, qui connaissent vingt-cinq revirements de jurisprudence de la Cour de cassation pour une seule année, invoquent le principe de la sécurité juridique.²⁷⁷ Le juge dans le système de *common law* est toujours et nécessairement en train de légiférer dans un certain sens, même s'il ne fait qu'interpréter une conduite.²⁷⁸

En *common law*, la sécurité juridique et la flexibilité sont considérées comme des valeurs concourantes chacune essayant de limiter l'autre alors que dans la tradition juridique civile, elles sont considérées comme opposées. Dans la tradition juridique musulmane, il y a une sorte de synthèse entre ces deux approches.

3. L'immutabilité de la Shariah face à la mobilité du fiqh

La sécurité juridique est assurée dans la tradition juridique musulmane par l'immutabilité de la Shariah. Pour comprendre le concept de sécurité dans la tradition juridique musulmane, il faut bien concevoir la distinction entre le droit divin et le droit positif.

La Shariah, dans sa conception stricte en qu'elle désigne la législation d'Allah à travers le Coran et la Sunnah du prophète, est divine. Il ne s'agit pas de droit positif puisqu'elle est immuable quelque soit l'époque, la nation et valide pour toutes les générations.²⁷⁹ Le « droit positif » musulman représente une mosaïque de *corpus* juridiques parmi lesquels figurent principalement le *fiqh*, les méthodes juridiques tel que l'analogie, *l'istihsan*, l'*istislah*, les écoles de jurisprudence (*madhahb*), les codes civils, la législation écrite (*qanun*), des coutumes locales, de la jurisprudence. Le *fiqh* est une élaboration de l'homme qui est amené à changer et à s'adapter selon les époques. Il est une source positive du droit musulman et le restera pour une

²⁷⁷ HUGLO J-G., « La Cour de cassation et le principe de la sécurité juridique », *Cahiers du Conseil constitutionnel n°11* (Dossier : Le principe de sécurité juridique)- Décembre 2001, p.13.

²⁷⁸ EVANS J., AYLMEYER O. A., & Legal Research Foundation (University of Auckland), *Legal reasoning and judicial activism: Two views*, (1992), Auckland, N.Z.: Legal Research Foundation, p.29.

²⁷⁹ KHAN L. A. et RAMADAN H. M., *Contemporary Ijtihad : Limits and Controversies*, Edingburgh University Press, 2012, p.80

période indéterminé. Le fiqh n'est ni une source divine ni monolithique et est diversifié même s'il a pour but d'interpréter des textes divins.²⁸⁰

A l'inverse du droit divin, la partie positive est amenée à être modifiée et abrogée puisqu'elle doit être en constante évolution afin de répondre aux besoins des musulmans.²⁸¹ Selon la Shariah, Dieu prescrit aux musulmans d'obéir en premier lieu au Coran, et ensuite au prophète Mahomet, son messenger, et enfin à ceux qui détiennent l'autorité.²⁸² Les juristes musulmans se plaisent à rappeler qu'avant d'envoyer Mu'adh Ibn-Jabal, imam et *faqih* au temps du prophète Mahomet Mort en 639, pour exercer la fonction de juge et enseigner la religion au Yémen, Mahomet lui demanda comment il entendait donner ses sentences. Il répondit : « *D'après le Livre de Dieu* ». *Et si tu n'y trouves rien ? Il répondit « je suivrai la Sunnah du messenger de Dieu »*. *Et si tu n'y trouves rien ? Il répondit : « Je m'efforcerai autant que possible de raisonner »*.²⁸³ C'est ce que l'on appelle *l'ijtihad*.

Puisque le Coran et la Sunnah contiennent peu de règles juridiques, il y a un champ vaste pour *l'ijtihad* dans la Sharīah pour dicter des règles juridiques. Le fiqh s'est élaboré depuis le début du septième siècle et provient de l'effort rationnel (*ijtihad*) pour déduire une règle applicable au cas concret. L'ijtihad a connu une période classique qui a duré pendant 250 ans (de 623 à 875), période riche en recherche et créativité jurisprudentielle.²⁸⁴ La période classique de *l'ijtihad* souligne un simple mais puissant argument que la tradition juridique musulmane est intrinsèquement dynamique et diverse, s'adaptant aux coutumes, cultures et commerce, à la diversité des nations et communautés.²⁸⁵ *L'ijtihad* respecte les précédents du *fiqh* mais ils peuvent être remis en cause et ce même si ils ont été dégagés par des éminents juristes et chefs des écoles juridiques. Toutefois, chaque nouvelle règle établie doit être compatible avec la Shariah. Les maximes juridiques

²⁸⁰ KHAN L. A. et RAMADAN H. M., *Contemporary Ijtihad : Limits and Controversies*, Edingburgh University Press, 2012, p.81.

²⁸¹ KHAN L. A. et RAMADAN H. M., *Contemporary Ijtihad : Limits and Controversies*, Edingburgh University Press, 2012, p.80

²⁸² Il s'agit des connaisseurs en matière de religion, et non pas forcément l'autorité étatique

²⁸³ Voir Annexe 16.

²⁸⁴ KHAN L. A. et RAMADAN H. M., *Contemporary Ijtihad : Limits and Controversies*, Edingburgh University Press, 2012, p.14

²⁸⁵ KHAN L. A. et RAMADAN H. M., *Contemporary Ijtihad : Limits and Controversies*, Edingburgh University Press, 2012, p.14 Voir annexe 17 sur la question de la fermeture ou l'ouverture des "portes" de l'ijtihad.

du *fiqh* classique sont en revanche permanentes, toujours valides.²⁸⁶ Ces maximes découlent de la Shariah et ont été déjà testé et évalué par leurs applications pratiques et ont été succinctement codifié et incorporé dans le code civil ottoman de 1877.

Quelques juristes ont réclamé la fermeture de *l'ijtihād* ce qui aurait transformé le système de droit musulman en un système fermé.²⁸⁷ Néanmoins toutes les écoles juridiques reconnues et la vaste majorité des juristes au fil des siècles ont décidé que *l'ijtihād* est nécessaire pour le développement de la tradition juridique musulmane.²⁸⁸ En effet, il ne peut être qu'ainsi puisque le système de « droit musulman » est toujours « en vie ».²⁸⁹ Les juges dans la tradition juridique musulmane ne sont pas contraints de suivre un précédent dans l'élaboration de leur jurisprudence. En revanche, la jurisprudence ne constitue dans la Sharīah qu'une partie qui s'applique à l'ensemble des juges et des ulémas (savants) lors de l'analyse des principes de la Sharī'a.

La tradition juridique musulmane a ainsi, de tout temps et en tout lieu, s'est adapté aux réalités changeantes toujours dans le cadre de la Shariah, droit immuable.²⁹⁰

Après avoir étudié le concept de sécurité juridique et ses applications dans les diverses traditions juridiques, il convient d'examiner le rejet partagé par les trois traditions juridiques sur l'arbitraire dans le droit et plus particulièrement sur l'arbitraire que pourrait introduire le concept d'Équité dans le droit.

²⁸⁶ KHAN L. A. et RAMADAN H. M., *Contemporary Ijtihad : Limits and Controversies*, Edingburgh University Press, 2012, p.97.

²⁸⁷ Voir annexe 17 pour le débat sur la fermeture des « portes de l'ijtihād ».

²⁸⁸ Akundfuz p.322

²⁸⁹ Akgündüz A., *Introduction to Islamic Law: Islamic Law in Theory and Practice*, IUR Press, Rotterdam, 2010, p.322: alors que les premiers sont des systèmes vivants mais sont statiques. AL-RAYSUNI A., *Nazariyyat Al-Maqasid 'inda Al-Imam Al-Shatibi*, Dar Al-Kalimah, Mansoura, Egypt, 1997 p. 169; AUDA J., *Maqasid al-Shariah as Philosophy of Islamic Law : A Systems Approach*, International Institute of Islamic Thought, March 2008, p 47.

²⁹⁰ KHAN L. A. et RAMADAN H. M., *Contemporary Ijtihad : Limits and Controversies*, Edingburgh University Press, 2012, p.14.

§2 Une peur de l'arbitraire commune aux trois traditions

Il est intéressant d'observer que dans les trois traditions juridiques, il y a une peur relative à l'arbitraire concernant l'intervention de l'équité ou de *l'istihsan*. Dans la tradition juridique musulmane, l'école juridique shaféite a toujours refusé l'utilisation de *l'istihsan* pour déduire de nouvelles règles (A). Incertaine, l'équité dans la tradition juridique occidentale semble heurter l'exigence de prévisibilité, inhérente à la matière juridique (B).

A) La méfiance et le rejet de l'istihsan chez les juristes de l'école Shaféite

Même si *l'istihsan* n'est qu'une forme de réflexion personnelle (*ra'y*), la méthode d'argumentation utilisée qui s'oppose en certains cas au raisonnement par analogie reste très vague.

Al-Shafi'i (d,820), fondateur de l'école shaféite²⁹¹, compte parmi les opposants les plus farouches contre le recours à la préférence juridique.²⁹² Il considère que *l'istihsan* peut donner libre cours à l'arbitraire : celui qui recourt à *l'istihsan* suit ses passions.²⁹³ Or cela ne peut fonder une norme juridique telle que le Coran le perçoit.²⁹⁴ Recourir à *l'istihsan* signifierait que Dieu ait pu négligé un aspect de la vie sans règlement, contrairement ce qu'affirme le Coran.²⁹⁵ Il ajoute que personne ne peut juger de façon véridique que s'il connaît la vérité et celle-ci ne saurait être connue que par Dieu, soit directement à travers le texte, soit indirectement par déduction. Or Dieu a établi la vérité dans le Coran et dans la Sunnah, et tout problème y trouve sa solution. Les juristes shaféites ajoutent que de nombreux versets du Coran commandent aux musulmans d'obéir à Dieu et à son Messager et non de renvoyer à *l'istihsan*.²⁹⁶

Al-Shirazi, un des éminents juristes de l'école shaféite, rejette aussi catégoriquement *l'istihsan* parce que « *les statuts doivent emprunter aux preuves de la Loi et non à ce*

²⁹¹ Voir annexe 23.

²⁹² SHAH A. H., *Istihsan (Juristic Preference)*, *Usul-al Fiqh*, <https://thequranblog.files.wordpress.com/2010/04/istihsan.pdf> (consulté le 2 octobre 2015)

²⁹³ ALDEEB S. A., *Introduction à la société musulmane : Fondements, sources et principes*, Eyrolles, 2006, p.185; ESPOSITO J. L., "Istihsan Juristic preference", *The Oxford Dictionary of Islam*, New York, Oxford University Press, 2009, p.152

²⁹⁴ Coran : 5 :28, 5 :49, 12 :53, 28 :50, 79 :40-41. Voir annexe 7.

²⁹⁵ Coran 6 :38, 6 :59, 75 :36. Voir annexe 7.

²⁹⁶ Coran 4 :59. Voir annexe 7.

qui advient en l'âme». ²⁹⁷ Il est néanmoins possible de constater que les juristes shaféites reconnaissent la validité de l'*istihsan* si ce dernier est fondé sur les indications du Coran ou de la Sunnah. ²⁹⁸

Ainsi, pour faire face à la polémique déclenchée par Al-Shafi'i qui a nié toute valeur à l'*istihsan* comme source de droit, les juristes hanafites se sont évertués à intégrer l'*istihsan* dans le concept de *qiyas*, quitte à le qualifier d'analogie cachée, l'analogie étant la seule source rationnelle reconnue en droit par les shaféites eux-mêmes.

Il est vrai qu'il règne chez les usulites, une grande incertitude sur le motif déterminant qui doit inspirer la solution dite d'*istihsan*. Taftazani rapporte une définition célèbre qui rattache la solution d'*istihsan* à un indice (*dalil*) qui surgit dans l'esprit du jurisconsulte (*mujtahid*) et qu'il lui est difficile d'exprimer (*ya'suru 'alayhi l-ta'bir 'anhu*). C'est une sorte d'intuition qui le mène vers la meilleure solution. Chéhata explique que l'*istihsan* repose certainement sur une justification (*wajh*) même si le jurisconsulte n'en est pas conscient. Le sentiment qui l'inspire n'est pas étranger aux exigences de toute organisation juridique, à savoir la considération des circonstances de l'espèce, des intérêts en jeu, de leur importance. ²⁹⁹

Al-Shatibi explique que l'*istihsan* n'est pas un sentiment ni une envie du juriste, il s'agit en fait de revenir sur ce qu'est l'objet de la Shariah (*maqsad al shariah*). ³⁰⁰ Dès lors que l'*istihsan* est essentiellement une forme d'opinion personnelle (*ra'y*) donnant raison à la meilleure solution existante pour un problème particulier, elle est dans ce contexte une partie intégrante de la jurisprudence musulmane et de la connaissance en générale. ³⁰¹ Il est demandé de percevoir

²⁹⁷ AL-SHIRAZI (trad. Eric Chaumont) *Kitāb al-Luma' fī uṣūl al-fiqh : traité de théorie légale musulmane*, Berkeley, CA : Robbins Collection, 1999, p.18 § 305.

²⁹⁸ KAMALI M. H., *Equity and Fairness in Islam*, Cambridge, The Islamic Texts Society, 2005, p.39 : le juriste Shaf'i et Mufti de Palestine, Khayr al-Din al Ramli (1585-1671) a constaté des cas d'*istihlah* qui ressemblaient à l'*istihsan* dans son livre *Fatawa al-Khayriyya*. Un exemple est celui des biens dégradés du waqf que personne ne peut échanger pour d'autres biens. Al-Ramli établit à cet égard que les juristes sont allés très loin dans l'échange de waqf sur le terrain de l'*istihlah* ou des considération de bien public et Ramli s'en satisfaisait et l'acceptait. Cet exemple typique d'un *istihsan* basée sur le concept de *maslahah* que les juristes shaféites ont classé sous l'*istihlah*.

²⁹⁹ CHEHATA Chafik, « L' « Equité » en tant que source du droit hanafite », *Studia Islamica*, No.25 (1996) p.128

³⁰⁰ AL-SHATIBI, *al-Muwafaqat fi Usul al-Shari'ah* p.206-207.

³⁰¹ AL-SHATIBI, *al-Muwafaqat fi Usul al-Shari'ah*, éd. Shaykh 'Abd Allah Diraz, Caire : al-Maktabah a-Tijariyyah al-Kubra, 1966, Volume 5, p.199 ; C'est pourquoi que l'Imam Malik, fondateur de l'école Malékite a cité que

l'ensemble des règles juridiques de la Shariah afin de dégager une meilleure solution pour éviter le préjudice. La solution ainsi obtenue par voie *d'istihsan* ne saurait valoir dans un cas similaire.³⁰²

En vérité, la critique de l'école shaféite envers *l'istihsan* s'insère dans un plus grand débat, celui du recours à *l'ijtihad*. Les travaux de J. Schacht et de G. Makdisi notamment ont montré que la théorie de *l'ijtihad* de l'Imam al-Shafi'était de disqualifier toute forme de raisonnement légal qui se permit l'économie d'un fondement donné dans la Loi par le Législateur.³⁰³ Ceux que l'on appelait les *ahl al-ra'y* par opposition aux *ahl al-hadith* étaient la cible de cette critique et le raisonnement qu'ils s'autorisaient était l'*istihsan*, sous entendu: sans se référer à un indice donné dans la Loi, de manière toute personnelle. Ghazali rappelle cette formule de Shafi'i: qui fait prévue d'*istihsan* légifère (*man istahsana faqad shara'a*). Suite à la critique des shaféites, tout procès visant à la compréhension de la Loi (*fiqh ash-shari'a*) devra nécessairement, sous peine d'invalidation, suivre une voie tracée par un indice légal probant (*dalil*). Le point de vue de Shafi'i sur l'*ijtihad* consiste à disqualifier les formes de raisonnements jugés trop libres que certains se permettaient en se réclamant de la licéité de l'*ijtihad*. D'un point de vue conceptuel, il n'y aurait pas de désaccords entre les Shaféites et les Hanafites sur l'utilisation du concept.³⁰⁴

L'opinion arbitraire est en fait rejetée par toutes les écoles juridiques.

B) La condamnation de l'équité dans la tradition juridique occidentale

Dans son article intitulé « the Paradox of Equity », John Tasioulas explique que la tension entre la légalité et l'équité reflète la tentative d'intégrer ces deux valeurs au sein d'un même système de droit.³⁰⁵ En effet, la tradition de l'équité selon les termes d'Aristote met l'accent sur le besoin de trouver un juste milieu entre une

l'istihsan représentait « neuf-dixième de la science humaine ». Al-Shatibi, *al-l'tisam*, Caire, Matba'ah al-Manar, 1914, 2/371.

³⁰² AL-SARAKHSI, Shams al-Din, *Kitab al-Mabsut (Al-Mabsut)*, Matba'at al-Sa'adah, Egypte, 1906-1913, volume XII, p. 160 ; KHALLAF, Masadir al-Tachri' al-Islami, Al-Qahira : Ğami'a al-Duwal al-'Arabiyya, Ma'had al-Dirasa al-'Arabiyya al-'Aliya, Le Caire, 1955, p.63 ; AL-KASANI, *Bada'i Al-Sana'i Fi Tartib Al-Shara'i*, Egypte, Sharikat al-Matbu'at al-'Ilmiyah, volume 5 p. 225.

³⁰³ CHAUMONT E., « La problématique classique de l'*ijtihad* et la question de l'*ijtihad* du prophète: *Ijtihad, wahy et 'isma* », *Studia Islamica*, No. 75 (1992), pp.105-139 dans G. N. Picken, *Islamic Law: Critical concepts in Islamic Studies*, Taylor and Francis, 2009, p. 371.

³⁰⁴ MAKDISI J., « Legal Logic and Equity in Islamic Law », *American Journal of Comparative Law* 33 (1985) p.78.

³⁰⁵ TASILOULAS J., « The Paradox of Equity », *The Cambridge Law Journal*, 1996, Vol.55(3), p.462.

rigueur juridique obsédée par l'application stricte et inflexible des règles de droit d'une part et d'autre part, l'impossibilité pratique et socialement indésirable de délibérer à nouveau et en détail sur les mérites de chaque cas. L'équité ne supplante pas le jugement conçu comme un raisonnement guidé par les règles de droit mais consiste à corriger les manquements de ce raisonnement dans les cas particuliers en prenant en compte les principales caractéristiques qui n'ont pas été prévues par les règles juridiques.³⁰⁶

Le rejet de l'équité est dû en partie par le fait que la philosophie du droit s'est préoccupée de la question de savoir si les juges doivent ou ont besoin d'user de leur pouvoir d'appréciation. Tel a été en tout cas l'argument émis pour justifier la méfiance à l'égard de l'équité, facteur d'insécurité depuis la Révolution française (1). Cette même peur de l'arbitraire est aussi partagée dans la *common law* (2).

Il ne faut pas oublier que les opposants à l'utilisation de l'équité ont tendance à effacer la distinction entre discrétion judiciaire et imposition arbitraire de la volonté du juge. De même, il est possible de se demander si le juge finalement ne statue pas toujours en droit et non en équité, à partir du moment où l'équité devient droit.

1. La condamnation de l'équité en droit civil français

La méfiance envers l'équité est à la fois dans les textes juridiques et dans la jurisprudence. Facteur d'insécurité juridique, le recours à l'équité, a été censuré systématiquement par la Cour de cassation en France.

Selon la célèbre formule d'Edouard LAMBERT, l'équité constitue la crainte du «*gouvernement des juges*». ³⁰⁷ Les juges des Parlements sous la Monarchie « en avaient abusé d'où la réaction légaliste de la Révolution » et d'où la fameuse expression « *Dieu nous garde de l'équité des Parlements* », prêtée au Chancelier Séguier. Fabreguettes, conseiller honoraire de la Cour de cassation, écrit « *il n'est, en matière d'administration de la justice, pire chose que l'équité, car l'équité est un sentiment : variable selon les sentiments, elle diffère donc du tout au tout selon les individus* ». Les critiques liées à la crainte de la partialité des juges lors du prononcé de leurs décisions se sont exprimées depuis la fin de l'Ancien Régime. Le Chancelier d'Aguesseau assimile l'équité à un « *dangereux instrument de la puissance du juge* ».

³⁰⁶ TASIOLAS J., « The Paradox of Equity », *The Cambridge Law Journal*, 1996, Vol.55(3), p.462.

³⁰⁷ Comparatiste français (1866-1947)

Toutefois, d'autres auteurs comme Jean Bodin relèvent à l'inverse les attraits de la notion.³⁰⁸ Ainsi, conformément à la pensée d'Aristote, ces auteurs considéraient que la mise en œuvre de l'équité représentait un mode d'assouplissement de la loi abstraite et inadaptée aux exigences du cas particulier.

Comme le souligne Albiges, quelque soit le domaine de droit, l'émancipation du juge de l'application stricte de la règle de droit est toujours condamnée. C'est ainsi qu'en droit des biens³⁰⁹, en droit de la responsabilité³¹⁰ et en droit du travail³¹¹, la Cour de cassation a censuré toute argumentation se bornant à une « *simple référence à l'équité* » ou à la recherche d'une solution « *équitable* ». Malgré cela, il est fréquent chez certaines juridictions du fond de mentionner l'équité dans le prononcé de leur solution, où il appartient aux cours d'appel de sanctionner de telles décisions.³¹² Néanmoins, il existe un célèbre jugement fondé sur l'équité qui n'a pas été sanctionné. Il s'agit du jugement rendu par le président Magnaud, surnommé le « bon juge » de Château-Thierry. Son jugement est connu pour avoir acquitté une fille-mère qui avait volé un pain sous l'empire de la misère.³¹³

2. La méfiance envers l'equity avant de devenir l'Equity

Comme en France, et avant que l'équité devienne un ensemble cohérent de règles juridiques, la méfiance à l'égard l'équité s'est exprimée à travers le débat *common law-equity* par John Selden, juriste anglais, au XVII.³¹⁴ Le Chancelier, qui à l'origine était un homme de Dieu³¹⁵, provoquait selon Selden une insécurité en raison de son ingérence dans la *common law*. Selon une formule attribuée au fameux juriste anglais, l'équité « *dépend de la conscience de celui qui est chancelier et, comme celle-ci peut être plus large ou plus étroite, il en va de même pour l'équité* ».³¹⁶ John Selden parle de justice qui varie avec la longueur du pied du Chancelier.

³⁰⁸ Jean Bodin affirme à la même époque que la « *loi sans l'équité est un corps sans âme* » dans *Les Six Livres de la République*, 1576, Paris.

³⁰⁹ Civ. 3e, 24 oct. 1990, n89-12280 D. 1991 Somm. 307, obs A. Robert.

³¹⁰ Com. 16 avr. 1996 n93-20664 ; Civ. 1ere 3 juill. 1996 n94-14820 Bul. Civ. I n296 ; Com. 21 nov. 2000 n98-17478 ; Com. 14 janv, 2003, n99-20872, inédit (voir annexe 21)

³¹¹ Soc. 21 fév. 1980, op. cit ; Soc. 11 mai 1994, op.cit. (annexe 19).

³¹² A titre d'exemple voir T. com. Romans, 4 oct. 2000, n99-05790 où il est affirmé expressément que le jugement « *tout en s'appuyant sur les principes de la justice, devra tenir compte des lacunes du droit positif, ce qui contraint ainsi davantage le juge à statuer en équité* ». Bourgues, 19 déc. 2001, AJ fam. 2002. 182.

³¹³ Trib. corr. Château-Thierry, 4 mars 1898, aff. Ménard : DP 1899, 2, p. 329.

³¹⁴ WATT G., *Equity and Trusts Law*, 4th ed. OUP, 2014, p.5

³¹⁵ TUNC A., « L'équité en droit anglais et en droit américain », *Justices*, n°9, janv.-mars 1998, p.124

³¹⁶ SELDEN J., *Table-Talk*, London, Reeves & Turner, 1890, p.49 (v. annexe 18).

Le Chancelier va finir par suivre ses précédents pour résoudre la stabilité du droit. Ainsi les chanceliers sont devenus au fur et à mesure de véritables juristes, et parce que *l'Equity* a fini par respecter la règle du précédent, enlevant la crainte de l'arbitraire royal.³¹⁷ Ainsi selon la célèbre formule de Maitland « *l'equity a cessé d'être l'équité* ». ³¹⁸ Néanmoins, *l'Equity* reste, selon André TUNC, un corps de règles de droit « *plus équitables, plus souples que les règles de la common law* ». ³¹⁹

Le juge est dans la common law strictement lié par les précédents. Même si le principe de l'autorité des précédents est soumis à des conditions et à des limites, il est inconcevable qu'un juge statue en équité.³²⁰ Les juristes anglais semblent eux-mêmes être en désaccord sur les limites du pouvoir d'équité qui peut ou qui doit être reconnu au juge.³²¹

Quand le droit est certain, il peut être difficile de l'adapter face aux changements de circonstances ou pour les besoins d'un cas particulier. L'équité dans la tradition juridique occidentale et l'*istihsan* dans la tradition juridique musulmane sont, en d'autres termes, un pouvoir modérateur conféré au juge pour adapter le droit aux circonstances particulières, but de la justice. L'Équité est la justice du cas particulier : elle est une justice constamment liée à un litige de caractère juridique envisagé du point de vue concret et individuel.

³¹⁷ CINTURA P., « L'usage et la conception de l'équité par le juge administratif », *Revue internationale de droit comparé*. Vol. 24 N°3, Juillet-septembre 1972. p.662.

³¹⁸ En autre terme, c'est là que *l'equity* (équité subjective) est devenu *l'Equity* (équité objective).

³¹⁹ TUNC A., « L'équité en droit anglais et en droit américain », *Justices*, n°9, janv.-mars 1998, p.124

³²⁰ TUNC A., « L'équité en droit anglais et en droit américain », *Justices*, n°9, janv.-mars 1998, p.127

³²¹ TASIOLAS J., « The Paradox of Equity », *The Cambridge Law Journal*, 1996, Vol.55(3), pp.456-469

Section 2 *Un pouvoir modérateur conféré au juge et au mujtahid*

Il découle de la fonction de l'Équité, celle de l'adaptation du droit aux cas concrets, qu'elle ne peut être qu'une exception. En effet, si elle était un principe autonome, elle constituerait un système de droit libéré du carcan des règles où la justice individuelle absorberait la justice générale, ce qui ruinerait la prévisibilité des solutions.³²² Ainsi, la présence de l'Équité est exceptionnelle en ce qu'elle consacre une individualisation de la solution de droit dans chacune des trois traditions. Chacune des traditions juridiques va donner une forme au recours du représentant de la fonction judiciaire à l'Équité.

En droit français, le recours à l'équité par le juge judiciaire est encadrée strictement (§1). Contrairement à ce qu'affirme les Shaféites, le recours des juristes musulmans à *l'istihsan* obéit à des conditions strictes d'application (§2). Enfin, en *common law*, le juge se voit confier une liberté encadrée de recourir à l'équité (§3).

§1 Un encadrement strict du recours à l'équité pour le juge judiciaire français

Comme le souligne Cintura, c'est le « *pouvoir donné au juge* » qui fait la différence entre la juridiction administrative et la juridiction civile.³²³ Alors que le premier en dispose librement, c'est la loi qui le donne au second. Etablir que les juges judiciaires de la tradition civiliste manquent d'un pouvoir de juger en équité est véridique. En conclure, que le « *cadre juridique français ne laisse aucune possibilité au juge d'user de l'équité pour motiver son jugement* » est manifestement faux.³²⁴

Dans le système civiliste français, le pouvoir modérateur est donné au législateur plutôt qu'au juge.³²⁵ Toute référence à l'équité dans le système civil français est soumis au préalable à une « *autorisation ou une habilitation directe ou indirecte du législateur au juge* »³²⁶ (A). Néanmoins, l'équité déborde largement ces

³²² « Si le juge peut statuer en équité toute sécurité juridique disparaît » V. H., L. et J. Mazeaud, *Leçons de droit civil*, 4^e éd., par M. de Jugiart, Paris; AGOSTINI E., « L'équité », *Dalloz* 1978, p.7.

³²³ CINTURA P., « L'usage et la conception de l'équité par le juge administratif », *Revue internationale de droit comparé*. Vol. 24 N°3, Juillet-septembre 1972, p.11.

³²⁴ MERRYMAN J.H. and PEREZ-PERDOMO R., *The Civil Law tradition, An introduction to the legal systems of Europe and Latin America*, Stanford California, Stanford University Press, 3^{ème} éd. 2007, p.52 ; DAUDET V. et NAVARRE-BRAGER J., « Le droit, source de conflits », *Jurisdoctoria n° 2*, 2009, p.34.

³²⁵ Sauf pour le juge administratif.

³²⁶ TRIGEAUD J.-M., *Éléments d'une philosophie politique*, Editions Bière, 1993, p.58.

hypothèses d'équité autorisée en raison du syllogisme régressif que peut utiliser le juge judiciaire (B).

A) Le recours à l'équité autorisé par la loi

Le système français donne au juge le pouvoir de juger en équité « *que là où la loi le leur a expressément concédé* »³²⁷ de manière directe ou indirecte (1). Henri Capitant affirmait qu'il convenait de circonscrire l'intervention du juge, qui « *ne doit pas se laisser emporter par un vague sentiment d'équité* ». ³²⁸ Les juges ont également le pouvoir de statuer en amiable compositeur si les parties leur confèrent cette mission en vertu de l'article 12 *in fine* du Code de procédure civile (2).

1. Une délégation expresse ou implicite

Les rédacteurs du Code civil de 1804 ont laissé une place réduite à l'équité. Le mot n'a été expressément retenu qu'aux articles 565, 1135 et 1854³²⁹ conformément à l'influence de la doctrine de l'exégèse. Cependant, les diverses réformes, qui ont eu lieu à partir du milieu XXe siècle, ont permis davantage de « *références aux considérations d'équité* ». ³³⁰ Plusieurs autorisations expresses confient au juge le pouvoir de statuer selon l'équité. L'article 1579 du Code civil³³¹ énonce, par exemple, que le juge peut déroger à la demande d'un des époux aux règles d'évaluation d'un bien dans le cadre de la liquidation d'un régime de participation aux acquêts si leur application devait conduire « *à un résultat manifestement contraire à l'équité* ». ³³² L'article 278, al.2³³³ quant à lui précise qu'en cas de divorce sur demande conjointe, le juge peut refuser l'homologation de la convention si elle fixe inéquitablement les droits et obligations des époux. L'article 270 al.3 du Code civil par ailleurs énonce que le juge peut refuser d'accorder le versement de la prestation compensatoire lorsque l'équité le commande en particulier quand, au regard des circonstances particulières, celui qui demande une prestation compensatoire est l'époux à l'égard duquel le divorce a été prononcé à

³²⁷ CARBONNIER J., *Droit civil. Introduction*, 27e éd., 2002, PUF, p.35.

³²⁸ H. CAPITANT, obs. RTD civ. 1932. 723

³²⁹ En matière d'accession mobilière, dans le domaine de l'exécution des contrats, et en matière de société même si cette dernière disposition désormais abrogée. voir annexe 24.

³³⁰ ALBIGES C., « 'Équité' dans Répertoire de droit civil » *Dalloz*, septembre 2011, §13.

³³¹ Introduit par la loi n°65-570 du 13 juillet 1965 reformant les régimes matrimoniaux.

³³² Voir annexe 24 pour les articles du code civil.

³³³ Introduit par la loi n°75-617 du 11 juillet 1975 relative au divorce, non modifiée par la loi du 26 mai 2004 n°2004-439.

ses torts exclusifs.³³⁴ Enfin, l'article 815-13 al.1^{er} en matière d'indivision autorise l'attribution, pour des motifs d'équité, d'une indemnité fixée au bénéfice de l'indivisaire qui a amélioré ou conserve le bien indivis.³³⁵

L'équité a également été introduite de manière implicite à travers, par exemple, les articles 6, 1134, 1244-1 et 1152, al.2 du Code civil³³⁶ et à travers des notions standards tel que la bonne foi qui donne au juge un pouvoir d'équité en raison de l'indétermination de ces notions.³³⁷ Même si certains auteurs considèrent les notions d'équité et de bonne foi comme différentes, la bonne foi est considérée par d'autres comme un prolongement de l'équité.³³⁸ Comme le souligne Newman., « *la fonction de l'équité dans le droit moderne est de définir les éléments distinctifs que l'équité a apportés au concept de la justice : la bonne foi, le souci du malheur, et un rapprochement raisonnable, en raison de l'époque et des circonstances, des intérêts opposés* ». La bonne foi n'était-elle pas un habillage des rédacteurs du code civil pour ne pas mentionner l'équité après tout?

Il est vrai que le législateur a donné sa permission, et que son action s'est exprimée dans un Etat de droit substantiel, mais les mots empreints d'équité employés dans la loi sont tellement vagues que le juge est à peine contraint à suivre la formulation des lois.³³⁹ C'est un des reproches d'ailleurs que font les juristes de *common law* envers le Code civil. Ce que les juges font de la loi dans les cas concrets devient le droit en réalité et non la loi purement théorique.³⁴⁰ Le législateur ne donne pas comment définir et appliquer la loi, mais donne en fait la permission au juge de le faire lui-même.³⁴¹

³³⁴ Civ.1^{ère} 8 juill. 2010, n°09-66186, Bull. civ. I, n°165, v. annexe 22

³³⁵ V. article 815-13 C.civ. et Civ. 1^{ère} 7 juin 1988 n°86-15090 D. 1989. 141, note A. Breton. L'article 700 du Code de Procédure Civile énonce également expressément l'équité : « le juge tient compte de l'équité ou de la situation économique de la partie condamnée ». Voir annexe 23.

³³⁶ Voir annexe 24 pour les articles du Code civil.

³³⁷ Exemple la 'bonne foi' qui n'est pas définies dans le code a presque un potentiel champ d'application presque illimitée.

³³⁸ F. TERRÉ, P. SIMLER et Y. LEQUETTE, Les obligations, 9 e éd., 2005, Dalloz, no 442 ; F. LAURENT, Principes de droit civil français, t. XX, 3 e éd., 1878, Bruxelles, Bruylant-Christophe, no 182, p. 244 ; V. J.-P. GRIDEL, Introduction au droit et au droit français, 2e éd., 1994, Dalloz, p. 698

³³⁹ MERRYMAN J.H. et PEREZ-PERDOMO R., *Op. cit.* p. 53.

³⁴⁰ Un juriste ou un avocat voulant connaître la portée sur le droit qu'aura l'application de la nouvelle loi ira voir directement les décisions rapportées dans lesquelles la nouvelle loi a été appliquée par le juge.

³⁴¹ MERRYMAN J.H. et PEREZ-PERDOMO R., *Op.cit.* p.53.

En raison de la « *multiplicité et la diversité des activités humaines* », le législateur ne peut prévoir toutes les situations³⁴². Le juge, souvent confronté à une situation que la loi n'a pas anticipée, et où l'application stricte de celle-ci s'avère inéquitable, va procéder à une « *atténuation [du] droit (...) en considération de circonstances particulières* »³⁴³. La Cour de cassation a même accepté, en l'absence d'une autorisation par la loi, les références à l'équité en tant que fondement du jugement. Par exemple, l'arrêt Patureau contre Boudier qui a fondé la notion d'enrichissement sans cause fait explicitement référence à l'équité.³⁴⁴ Cependant, les développements jurisprudentiels postérieurs au principe se sont éloignés de manière progressive afin de conditionner l'application de l'enrichissement sans cause.³⁴⁵ L'enrichissement sans cause est aujourd'hui codifié.³⁴⁶

Encadrée de manière stricte par les textes de loi, le législateur a néanmoins donné la possibilité aux parties d'être jugé en équité par le biais de l'amicable-composition.

2. La mission d'amicable compositeur

Il est possible pour les parties de demander au juge de statuer en tant qu'amicable compositeur selon l'article 12 du CPC in fine.³⁴⁷ Le juge doit s'affranchir des règles de droit et faire l'usage de l'équité comme l'arbitre, mais il se distingue de ce dernier³⁴⁸. Le juge ne peut être amiable compositeur que si le litige est déjà né et qu'un accord exprès est constaté entre les parties³⁴⁹, alors que l'arbitre peut intervenir si une clause compromissoire a été stipulée³⁵⁰. La jurisprudence a dû déterminer la place susceptible d'être conférée à l'équité lors du prononcé de

³⁴² DAUDET V. et NAVARRE-BRAGER J., Op. cit. p.35 ; Aristote, *Ethique à Nicomaque*, 1992, LGF.

³⁴³ Voir Vocabulaire juridique Cornu, 3^{ème} sens, annexe 15.

³⁴⁴ « Cette action [de in rem verso] dérivant du principe d'équité qui défend d'enrichir au détriment d'autrui et n'ayant été réglementée par aucun texte de nos lois, son exercice n'est soumis à aucune condition déterminée » Req. 15 juin 1892 DP 1892 1. 596 note J-E. Labbe, cité par F.TERRE et Y LEQUETTE, GAJC t.212ed 2008 Dalloz n239 p.553

³⁴⁵ Cass. civ. 2 mars 1915 ; DP 1920.1.102 (1ere esp.) (absence de cause) ; Civ. 1ere 25 janv.1965 : Gaz.Pal.1965.1.198 (enrichissement du défendeur) ; Com.3 fev. 1970 : Bull. civ. IV, n42 (appauvrissement corrélatif du demandeur) ; Civ. 3e 29 avr. 1971 : Bull. civ. III, n277 (caractère subsidiaire de l'action de in rem verso).

³⁴⁶ Anc. art. 1371; C. civ., nouv. art. 1303 s.; Décisions fondamentales: Civ. 2 mars 1915; Req. 15 juin 1892, arrêt Boudier.

³⁴⁷ Mais aussi à un arbitre (v. C. pr. Civ., 1512, 1478 et 1490).

³⁴⁸ ALBIGES C., « 'Équité' dans Répertoire de droit civil » Dalloz, septembre 2011, §20.

³⁴⁹ Soc. 20 mars 1996, n°93-19471, JCP II 22835, note Y.-M Serinet.

³⁵⁰ C. pr. civ. 1442.

sentences arbitrales notamment à travers la sentence rendue par le TGI de Paris en 1987³⁵¹.

L'article 12 du Code de procédure civile est une disposition originale dans l'histoire du juge judiciaire. Il s'agissait d'introduire les juges judiciaires dans le champ de l'arbitrage afin de concurrencer l'arbitrage privé. Cette disposition est même présente au niveau international avec l'article 38 de la cour international de justice³⁵². Cependant, l'article 12 *in fine* du Code de procédure civil n'est pratiquement jamais appliqué car le juge n'est pas destiné à arbitrer mais à juger³⁵³. De plus, la plupart des parties qui se tournent vers la justice ont la volonté d'être juger selon le droit et non selon l'équité. Or, ce que les parties ignorent est que le juge peut recourir à l'équité pour fonder sa décision en la masquant à travers son syllogisme.

B) Le recours à l'équité par le syllogisme du juge

Même si la loi n'accorde pas au juge un pouvoir d'équité, il est possible que ce dernier s'approprie ce pouvoir d'accommodement de l'application de la règle de droit par la considération des circonstances individuelles³⁵⁴. Bien que le juge ait connaissance des règles de droit et de la logique juridique, il juge avec son intuition et sa sensibilité car « *le juge est un homme, non pas une machine à syllogisme* »³⁵⁵. Le juge est naturellement poussé et ce malgré toutes les contraintes posées par le pouvoir législatif, à user de l'équité dans ses fonctions³⁵⁶.

Ne pouvant pas fonder leurs décisions sur de seuls motifs d'équité et ne voulant pas être condamnés, les juges de l'ordre judiciaire ont recours à certains artifices au sein même de leurs raisonnements tout en respectant, du moins en apparence, la primauté de la règle de droit. Le juge judiciaire doit respecter un syllogisme de principe qui commence par la prise en compte du texte de droit applicable, autrement désignée par la majeure, puis la

³⁵¹ « En conférant au tribunal le pouvoir d'amiable composition, les parties ont manifesté leur volonté de voir trancher leur litige non pas en application des seules règles de droit, mais aussi d'obtenir une solution équitable et acceptable par une adaptation, s'il y a lieu, du droit à l'ensemble des circonstances de fait régissant les rapports des parties ». TGI Paris, 27 mai 1987, Rev. Arb. 1987. 527, note G. Flecheux.

³⁵² Statut de la cour international de justice, Article 38 *in fine* « La présente disposition ne porte pas atteinte à la faculté pour la Cour, si les parties sont d'accord, de statuer ex aequo et bono ».

³⁵³ V. MARTIN R., « Principes directeurs du procès », *Répertoire Dalloz*, décembre 2010.

³⁵⁴ CARBONNIER J., Op. cit. p.35

³⁵⁵ CARBONNIER J., Op. p.35 ; « Derrière la fonction se cache un homme » (DION N., « Le juge et le désir du juste », *Recueil Dalloz* 1999, chron. p. 198).

³⁵⁶ DAUDET V. et NAVARRE-BRAGER J., Op. cit. p.35.

révélation des faits, nommée la mineure, et enfin prononcer une conclusion, autrement nommée la décision. Carbonnier affirme que selon cet artifice « *le juge préfère nier ce qui est conforme à la loi, et juger ce qui lui semble l'équité* » en la revêtant d'un aspect juridique.³⁵⁷ En effet, à l'inverse du syllogisme classique³⁵⁸, les juges « *commencent par poser la décision concrète qui leur paraît humainement désirable et s'efforce de remonter ensuite jusqu'à la règle de droit* ». ³⁵⁹ Il s'agit du syllogisme régressif. De manière fréquente, le juge peut prendre l'initiative de partir de la solution qui lui apparaît de manière intuitive, comme juste.

Carbonnier souligne que « *ces choses ont toujours dû se passer ainsi, depuis des millénaires qu'il y a des juges et qui pensent* ». ³⁶⁰ Nier ce processus psychologique serait de « *prêter au droit une rigidité qui n'est pas dans les faits* ». ³⁶¹ Cet objectif d'équité est bel et bien présent dans l'esprit de juges. Selon la formule retenue par un ancien premier président de la Cour de cassation, de « *puissants arguments d'équité* » peuvent motiver certaines décisions prononcées par le Cour suprême. ³⁶² Philippe Blondel, avocat à la Cour de cassation et au Conseil d'Etat, s'interroge si la Cour de cassation, juge du droit, en donnant un très vaste champ à l'équité des juges, n'est-elle pas l'alliée de l'équité ? ³⁶³

Le lien de l'équité, quoique officieux, avec la solution finalement adoptée par le juge démontre « *bien le caractère manifestement illusoire de la prétendue rigueur du syllogisme judiciaire traditionnel* », et de manière plus générale, la place cachée de l'équité dans le système de droit français ³⁶⁴.

³⁵⁷ CARBONNIER J., *Op.cit.* [9] p.35

³⁵⁸ Selon le syllogisme classique, le juge doit prendre en compte d'abord la règle de droit pour aboutir à la décision concrète.

³⁵⁹ CARBONNIER J., *Op. cit.* [9] p.35

³⁶⁰ CARBONNIER J., *Op.cit.* [9] p.36

³⁶¹ CARBONNIER J., *Op.cit.* p.36 : « L'équité, même non expressément formulée, est pourtant bien là, car le juge, après avoir pris une décision conforme à ce qu'il considère d'équitable, retient un fondement juridique qui devra réduire les risques de censure par la juridiction supérieure ».

³⁶² BELLET P., *Le juge et l'équité*, Mel. Rodiere, 1984, Dalloz, p.9

³⁶³ « L'équité ou les équités » (Journées juridiques franco-libanaises, Paris, 3-4 octobre 2002). In: *Revue internationale de droit comparé*. Vol. 55 N°1, Janvier-mars 2003. pp. 214-229.

³⁶⁴ ALBIGES C., « 'Équité' dans Répertoire de droit civil » *Dalloz*, septembre 2011, §28.

Cela n'est pas sans risque comme le montre l'arrêt du 4 décembre 2013, rendu par la première chambre civile de la cour de cassation³⁶⁵. Chénéde souligne dans son commentaire que la cour de cassation s'est elle-même référée à l'équité pour valider un mariage illégal relevant des dangers que cela peut présenter. Il affirme que le recours à l'équité, qui normalement doit intervenir selon certaines circonstances « *n'étaient nullement réunies en l'espèce* »³⁶⁶.

En conclusion, l'équité est en droit civil français à la fois nulle part et partout. Le recours à *l'istihsan* par les juristes musulmans répond lui à une logique juridique rigoureuse et raisonnée.

§2 Le recours des juristes musulmans à *l'istihsan* : rigueur et raison

L'istihsan est une méthode rationnelle utilisée par les juristes musulmans afin d'adapter le *fiqh* aux nouveaux environnements. C'est un outil de *l'ijtihad* (B). Pour comprendre *l'istihsan*, il est important de saisir qu'il n'existe pas de système judiciaire tel que nous l'entendons en France ou au Royaume-Uni. Le système judiciaire musulman est un système *sui generis* où se superposent différentes fonctions judiciaires (A).

A) Un système judiciaire *sui generis* : l'existence de différents juristes

Le système judiciaire musulman est un système *sui generis* qui ne ressemble pas au système que peut connaître la France ou le Royaume-Uni dans le sens où il n'existe pas une figure du « juge » mais une typologie de juristes qui sont amenés à effectuer différentes fonctions juridiques de manière à contribuer au développement du droit musulman.³⁶⁷ S.D. Goitene observe très justement : à l'exception de quelques lois locales promulguées et abrogées de temps à autre, l'État musulman au Moyen-Âge ne possédait aucun droit. En Égypte par exemple, il existait principalement deux écoles juridiques qui ont fondé chacune leur propre jurisprudence : malékite et shaféite.³⁶⁸

³⁶⁵ Cass. 1^{ère} civ., 4 déc. 2013, n° 12-26.066, D. 2013. 2914 note F. Chénéde. 2014. 153 obs. H. Fulchiron.

³⁶⁶ CHENEDE F., « Des dangers de l'équité au nom des droits de l'homme », *Recueil Dalloz* 2014, 179, V. Annexe 25.

³⁶⁷ D'ailleurs, la jurisprudence de la plupart des juridictions des pays arabes reste de nos jours introuvable, en particulier dans la région du Golfe (BALLANTYNE W. M., *Essays and Addresses on Arab Laws*, Curzon Press, 2000, p.27). Voir annexe 26.

³⁶⁸ SHERMAN A. J., *Islamic Law and the State (the Constitutional Jurisprudence of Shihad al-Din al-Qarafi)*, E. J. Brill, New York, 1996, p.53.

Les ulémas définissaient l'utilisation légitime du pouvoir et expliquaient eux-mêmes la Shariah.³⁶⁹ Ils constituaient un groupe divers et varié, embrassant des opinions contradictoires et appartenant à différentes écoles juridiques.

La Shariah, au sens large, s'est ouverte continuellement par sa réinterprétation par n'importe quel érudit savant suffisamment qualifié.³⁷⁰ L'autorité du juge musulman exige plus qu'une compétence intellectuelle, cela dépend du développement de ses aptitudes et prédispositions morales. La Sharia, c'est à dire la connaissance du Coran et de la Sunnah, doit faire partie de la formation du juge. La révélation du Coran et de la Sunnah donne au juriste un ensemble de règles qui exigent une certaine cohérence. Les juristes ne s'occupent pas dans leur jurisprudence à justifier une position mais plutôt ils sont concernés par la construction de leur propre version de ce système cohérent. C'est là toute la différence avec les juristes du monde occidental. En faisant cela, ils avaient besoin d'un ensemble de règles selon lesquelles les textes pourraient être interprétés et développés et ces règles ont été mises en place dans les travaux de la théorie légale (*uṣūl al-fiqh*).³⁷¹

Le début de la jurisprudence islamique est sujette à controverse et débat, que ce soit à l'intérieur ou à l'extérieur de la tradition musulmane. Il est clair que le droit positif musulman a évolué de manière *ad hoc* et non pas par des fondements théoriques. La littérature juridique musulmane est premièrement caractérisée par des modes de raisonnement casuistique.³⁷² Ce sont des positions juridiques qui sont principalement développées à travers des question-réponses où un auteur propose une doctrine particulière et est soumis à des oppositions et des exceptions. En général, la théorie juridique musulmane n'est pas présentée comme un système philosophique sorti de ses principes ou un travail intellectuel par un penseur mais

³⁶⁹ SHERMAN A. J., *Islamic Law and the State (the Constitutional Jurisprudence of Shihad al-Din al-Qarafi)*, E. J. Brill, New York, 1996, p.69

³⁷⁰ CLARKE, M., « The judge as tragic hero: Judicial ethics in Lebanon's shari'a courts », *American Ethnologist*, Vol. 39, 2012, p. 107.

³⁷¹ Les travaux des *uṣūl al-fiqh* partagent tous en général la même structure. La plupart des ouvrages commencent par discuter la langue et la logique des sources du droit et discutent de leur autorité (*ḥujjiyya*) ainsi que de leur interprétation suivant les qualifications d'un raisonnement indépendant (*sharā'iṭ al-ijtihād*).

³⁷² GLEAVE R., « Muslim Jurisprudence » dans William Edelglass and Jay L. Garfield, *The Oxford Handbook of World Philosophy*, OUP, 2011, 656 pages.

plutôt comme une série de questions (*masā'il*) auxquelles on répond par un effet de cascade qui montre une sorte de chaîne de réactions intellectuelles.

Il existe plusieurs catégories de juristes dégagées par les ulémas et autres savants musulmans.³⁷³ Ces typologies de juristes permettent d'identifier quatre rôles clés : le *muqallid*, le *mufti*, le *mujtahid* et le juriste-auteur (*musannif*).³⁷⁴ Aucune de ces fonctions ne représente une entité indépendante complètement isolée des autres. En effet, chacune de ces fonctions illustre une activité qui empiète à un niveau sur les autres mais sont toutes rattachées à la fonction judiciaire. Le grand absent de ces typologies est néanmoins le juge (*qadi*). Ainsi ces typologies montrent une variété de juristes.³⁷⁵

Selon Weber, les opinions des juristes musulmans sont « *donnés sans énoncer les raisons rationnelles ce qui accroît l'irrationalité du droit divin musulman* ». ³⁷⁶ Toutefois, *l'ijtihad* suppose des conditions d'applications, de même que le *mujtahid* doit respecter certaines conditions pour pouvoir exercer cet effort rationnel. Celui qui est chargé de déterminer la norme à appliquer ne dispose pas d'une liberté totale de décision.³⁷⁷ Il faut déterminer si l'affaire est réglée par un texte clair car dans ce cas, le *mujtahid* ne peut pas recourir à *l'ijtihad*.³⁷⁸ Cette règle juridique a été reprise dans l'article 14 du Medjellé : « *point d'effort rationnel (ijtihad) face une disposition explicite* ». Si l'affaire est réglée par un texte qui prête à différents sens, l'analyse se fera selon s'il existe une décision unanime ou non concernant ce texte. Si l'affaire n'est réglée par aucun texte, clair ou non, les *mujtahids* de toute époque ont une grande liberté pour trouver les normes en recourant aux instruments de *l'ijtihad* telle que *l'istihsan*.

Le *mujtahid* doit être majeur et en possession de ses capacités mentales, être équitable (*'adl*), c'est à dire de religion et de caractère irréprochable, ne commettant pas les grands péchés et n'insistant pas sur les petits péchés, ne craignant dans la vérité ni le reproche ni la force des autorités, et ne recherchant que la réalisation de

³⁷³ Voir annexe 28.

³⁷⁴ HALLAQ W. B., *Authority, Continuity and change in Islamic Law*, CUP, 2001, p.3p.23.

³⁷⁵ HALLAQ W. B., *Authority, Continuity and change in Islamic Law*, CUP, 2001, p.22

³⁷⁶ MAKDISI J., « Legal Logic and Equity in Islamic Law », *American Journal of Comparative Law* 33 (1985) : 64.

³⁷⁷ ALDEEB S. A., *Introduction à la société musulmane: Fondements, sources et principes*, Eyrolles, 2005, p.149

³⁷⁸ Personne n'a le droit de mettre en doute la nécessité d'effectuer la prière, la part des héritiers, le pèlerinage, les peines relatives au vol, l'interdiction de consommation d'alcool, la *zakat*.

l'intérêt public.³⁷⁹ Le *mujtahid* doit aussi connaître parfaitement tout ce qui touche aux versets coraniques normatifs : la raison de leur révélation, leur sens et leur champ d'application.³⁸⁰ Il doit également connaître les récits de Mahomet et en particulier ceux qui ont un caractère normatif ainsi que la discipline de l'abrogation afin de pouvoir distinguer les versets et les récits abrogés et ceux qui abrogent.³⁸¹ Le *mujtahid* doit également connaître les opinions des précédents savants pour savoir distinguer ce qui a fait l'objet de décision unanime et ce qui a suscité des divergences entre eux. Il faut aussi connaître la science des fondements du droit et savoir manier les règles du raisonnement par analogie ainsi que distinguer les intérêts que le droit musulman entend sauvegarder afin de pouvoir établir les normes en cas d'absence de texte.³⁸²

Ainsi, *l'istihsan* est un le produit d'un raisonnement rationnel.

B) *L'istihsan*, un outil de l'*ijtihad*

L'istihsan est une méthode qui permet de choisir entre deux ou plusieurs solutions pour une affaire. Elle comporte plusieurs variantes (1). Pour faire un tel choix, la méthode doit être en elle-même rationnelle, fondé sur un ensemble cohérent de priorités ou sur analyse logique de la signification sous-jacente des règles. C'est une ainsi méthode rationnelle (2).

1. Les variantes de l'*istihsan*

L'istihsan se distingue en deux principaux types: *l'istihsan* analogique (*istihsan al-qiyasi*) et *l'istihsan* exceptionnel (*istihsan al-istithnai*).³⁸³ Les deux types impliquent l'abandon d'une règle existante en faveur d'une autre règle. Il y a une volonté d'écarter la règle si son application au cas d'espèce conduit à un résultat qui dénature les exigences d'un texte clair (*nass*), du consensus (*ijma'*), de la nécessité (*darurah*) ou de la tradition (*'urf*).³⁸⁴ Alors que l'*istihsan* analogique est une catégorie monolithique (a), l'*istihsan* exceptionnel se subdivise en plusieurs autres genres (b), à

³⁷⁹ ALDEEB S. A., *Introduction à la société musulmane : Fondements, sources et principes*, Eyrolles, 2005, p.147.

³⁸⁰ Al-Shaf'i (d.820) aurait exigé la connaissance par cœur du Coran.

³⁸¹ ALDEEB S. A., *Introduction à la société musulmane : Fondements, sources et principes*, Eyrolles, 2005, p.147.

³⁸² ALDEEB S. A., *Introduction à la société musulmane : Fondements, sources et principes*, Eyrolles, 2005, p.148.

³⁸³ AL-ZARQA, M., *Al-Madkhal al-Fiqhi al-'Amm*, 6ème édition, Damas, Dar a-Fikrm, 1967, vol. I p.48 : *istihsan qiyasi* et *istihsan lildarurah*.

³⁸⁴ KAMALI M. H., *Equity and Fairness in Islam*, Cambridge, The Islamic Texts Society, 2005, p.29.

savoir l'*istihsan* tirée d'un texte (*al-Istihsan bil-Nass*), l'*istihsan* tiré du consensus, l'*istihsan* fondé sur la nécessité (*darurah*), l'*istihsan* fondé sur un intérêt général ou public (*maslahah*)³⁸⁵, l'*istihsan* fondé sur la coutume et l'*istihsan* tiré des considérations d'équité et l'élimination de la difficulté (*raf' al-haraj*).

a) L'*istihan* analogique

L'*istihsan* tirée de l'analogie (*istihsan al-qiyasi*) implique un départ dans un cas particulier d'une analogie évidente (*qiyas jali*) qui pourrait être appliqué à des cas similaires en faveur d'une analogie alternative (*qiyas khafi*) à cause d'un argument plus solide qui recommande un tel départ. Ici, la solution alternative est plus subtile et moins évidente que la première. Par exemple, selon le droit hanafite, le *waqf*³⁸⁶ d'un terrain cultivé inclut le transfert de tous les droits annexes attachés à une propriété, tel que le droit à l'eau (*haqq al-shurb*), le droit de passage (*haqq al-murur*) et le droit de circulation (*haqq al-masil*) même si ces droits ne sont pas explicitement mentionnés dans l'acte de *waqf*. Cette règle est fondée sur une analogie cachée ou *istihsan*. En effet, selon le droit des contrats musulman, l'objet du contrat doit être clairement identifié en détail. Ce qui n'est pas spécifié dans le contrat n'est pas compris. Si on établit une analogie directe (*qiyas jali*) entre la vente et le *waqf* car ces deux actes impliquent un transfert de propriété, on conclut que les droits attachés peuvent seulement être inclus dans le *waqf* que si ils sont explicitement identifiés. Cependant, il est argumenté qu'une telle analogie conduirait à d'injustes résultats. Le *waqf* d'une terre cultivée sans ses droits annexes contrarierait le but fondamental du *waqf* qui est de faciliter l'usage de la propriété pour des objectifs caritatifs ou de bienfaisance. Afin d'éviter l'abus, le recours à une analogie alternative (*qiyas khafi*) est justifié. L'analogie cachée est le fait de dresser un parallèle non pas entre le *waqf* la vente mais entre le *waqf* et la location (*ijarah*). Dès lors que l'usufruit est essentiellement le but de la location, le contrat est valide.³⁸⁷ Cette analogie alternative avec la location permet au *waqf* valablement conclu d'inclure les droits annexes à la propriété même si ils ne sont pas spécifiés dans l'acte du *waqf*.

³⁸⁵ Il faut être vigilant, ici ce n'est nullement l'équivalent de l'intérêt général ou public que l'on peut connaître en droit administratif français.

³⁸⁶ Biens inaliénables dont l'usufruit est consacré à une institution religieuse ou d'utilité publique « Waqf », *Dictionnaire Larousse* [en ligne] <http://www.larousse.fr/dictionnaires/francais/waqf/10910727> (consulté 10 mai 2016.)

³⁸⁷ KAMALI M. H., *Equity and Fairness in Islam*, Cambridge, The Islamic Texts Society, 2005, p.30.

La distinction entre les deux types de qiyas, à savoir une analogie manifeste et une analogie cachée, n'est pas évidente en soit et la distinction entre ces deux analogies semble parfois être une question d'effort rationnel individuel (*ijtihad*).³⁸⁸

b) L'istihsan exceptionnel

Cette catégorie regroupe plusieurs sous-catégories. Seules les plus pertinentes seront abordées. La première type est l'istihsan tirée d'un texte (al-Istihsan bil-Nass) et consiste à abandonner un principe ou une règle qui serait normalement applicable à l'affaire pour une règle alternative pouvant être trouvée dans un texte du Coran ou d'un hadith.³⁸⁹ Un exemple est celui de la vente salam³⁹⁰ qui est irrégulière car il ne satisfait pas une des exigences de la validité d'un contrat de vente, à savoir l'objet de la vente doit être physiquement présent au moment de la conclusion. Néanmoins, la vente salam a été validée par les termes exprès d'un hadith, malgré l'absence de l'objet au moment de la conclusion, alors les règles générales contractuelles musulmanes ou l'analogie l'invalident.³⁹¹

L'istihsan fondée sur l'intérêt général (*maslahah*) s'applique à n'importe quel cas qui peut être déterminé selon un texte général ou une règle établie. Ainsi les considérations de l'intérêt général exigent une exception à la règle générale.³⁹² Selon les règles établies par le fiqh, le contrat de métayage (*muzara'ah*) se termine avec la mort d'une ou des deux parties. Cette règle peut être écartée si le propriétaire est

³⁸⁸ Cela met en doute la substance même de l'istihsan analogique. Voir KAMALI M. H., *Equity and Fairness in Islam*, Cambridge, The Islamic Texts Society, 2005, p.32.

³⁸⁹ On retrouve ce type d'istihsan dans tous les ouvrages du fiqh. AL-ZARQA, M., *Al-Madkhal al-Fiqhi al-'Amm*, 6ème édition, Damas, Dar a-Fikrm, 1967, vol. I, p.48 et suivants; ABU-ZAHRAH, M., *Usul al-Fiqh*, Dar el Fikr el-Arabi, Caire.

³⁹⁰ Vente d'un bien à livre à terme moyennant paiement comptant (Clés pour le siècle, extraits Dalloz, Salim JAHEL p. 300) C'est un contrat dans lequel la vente se fait à l'avance mais le prix mo'ajalan, comme si la personne avance 1000 livres, c'est à dire qu'il les paie en espèces suivant la rencontre d'une quantité particulière de farine qui lui est mis à disposition dans le futur. Le code des obligations et conventions libanais a adopté et codifié cette vente salam et ces règles figurent dans le livre des ventes particulières aux articles 487-492 (MAHMASSANI Sobhi, *Cours de droit musulman et libanais (incapacités, aliments, testaments et successions)*, Beyrouth, Dar al-Elm lilMalayin, 3ème Edition, 1962, p.47-51).

³⁹¹ KHALLAF, *Ilm Usul al-Fiqh*. 12th edn, Kuwait, Dar al-Qalam, 1398/1978, p.82.

من اسلف فليسلف في كيل معلوم و وزن معلوم الى اجل معلوم

“Celui qui fait le SALAM, qu'il le fasse pour un volume connu, pour un poids connu, et pour un délai connu”.

³⁹² KAMALI M. H., *Equity and Fairness in Islam*, Cambridge, The Islamic Texts Society, 2005, p.39

mort alors que les plantations sont en pousse. Le contrat reste alors valide jusqu'à ce que la récolte soit effectuée.³⁹³

Enfin, il existe *l'istihsan* reposant sur des considérations d'équité et la cessation d'une difficulté (*raf' al-haraj*). Un des exemples concerne une affaire d'héritage connue sous le nom de al-Mushtarakah qui a eu lieu à l'époque du Calife Umar ibn al-Khattab.

Cette typologie hanafite de *l'istihsan* n'est pas sans confusion et difficulté. C'est pourquoi elle a été critiquée par les juristes musulmans classiques et modernes.³⁹⁴

Si *l'istihsan* s'appuie généralement sur un texte, une tradition, un consensus, ou un usage, il y a là simplement une preuve que le système juridique musulman entièrement construit sur la base de l'analogie, ne pouvait qu'étouffer à l'intérieur des limites étroites de la construction analogique. En effet, malgré la primauté du raisonnement par analogie dans le développement du Coran et de la Sunnah, une solution juridique dérivé d'un tel raisonnement pouvait être rejetée par un juriste musulman en faveur d'une autre en se fondant et se justifiant sur l'Équité.³⁹⁵

2. Une méthode rationnelle

L'istihsan n'est pas une méthode utilisée sans restriction, sinon elle aboutirait au démantèlement du système juridique musulman. Les juristes musulmans estiment qu'une norme déduite par le procédé de *l'istihsan* doit remplir certaines conditions. Premièrement, le recours à *l'istihsan* doit être acceptable lorsque la solution à laquelle on parvient par l'effort rationnel paraît mauvaise. La méthode de *l'istihsan* doit se baser sur une des sources du droit musulman et doit sauvegarder un intérêt admis par le droit musulman. Le recours à *l'istihsan* ne doit pas être en opposition avec un texte clair du Coran ou de la Sunnah, ni aboutir à un résultat illicite et doit être établie par quelqu'un qui a la capacité de déduire les normes par l'effort rationnel (*ijtihad*).

³⁹³ Mikadi, Mahmud Abd al-Qadir "Bahth fi'l-Istihsan" in *Al-Majlis al A'li fi Ri'ayat al funun wa'l-adab wal 'Ulum al-Ijtima'iyah, Ubsu al fiqh al-Islami wa Mihrajan al-Imam Ibn Taymiyyah*. Damascus : 1960, p.327.

³⁹⁴ Voir annexe 29 pour la critique de la typologie hanafite.

³⁹⁵ MAKDISI J., « Legal Logic and Equity in Islamic Law », *American Journal of Comparative Law* 33 (1985) : 67.

Un exemple typique du recours à *l'istihsan* concerne la situation où une personne sous tutelle lègue son bien après sa mort pour la bienfaisance.³⁹⁶ En raisonnant par analogie, il est possible de comparer cet acte à la donation. Or une personne sous tutelle n'a pas le droit de faire une donation. L'interdiction de la donation pendant la vie a pour but de protéger les biens de la personne mise sous tutelle afin qu'elle ne tombe pas dans le besoin et soit à la charge d'autrui. Or, le legs d'un bien n'affecte sa propriété qu'après la mort de la personne sous tutelle. Ainsi, les juristes estiment que le legs est valable.

En réalité, la méfiance des Shaféites envers *l'istihsan* n'a pas lieu d'être puis qu'il s'agit d'un raisonnement juridique qui obéit à des conditions strictes de mise en œuvre et doit toujours prendre en compte les objectifs de la Shariah.

L'istihsan est une méthode orientée vers deux directions : les sources écrites, le consensus, l'analogie, la *maslahah* et la coutume d'une part, les objectifs et buts de la Shariah, d'autre part.³⁹⁷ *L'istihsan* tout autant une notion juridique que l'analogie elle-même. C'est un autre mode de raisonnement qui viendra corriger les rigueurs de l'analogie.³⁹⁸ L'esprit du jurisconsulte est acculé à rechercher la *ratio legis*, ce qui distingue *l'istihsan* du *qiyas*.³⁹⁹

L'istihsan a été utilisée dans le *fiqh* comme une méthodologie pour les opinions juridiques des juristes musulman notamment en matière de ventes.⁴⁰⁰ Un des traités connu de l'école hanafite est le *Bada'i al-Sanai fi Tartib al-Shara'i*. Tous les auteurs hanafites ont repris les cas *d'istihsan* dans leur ouvrage. Les plus anciennes collections de droit hanafite font déjà un ample usage de *l'istihsan*. Abu YUSUF, disciple d'Abū Hanīfa et éminent qadi, dans son ouvrage sur *al-Kharaj* invoque fréquemment *l'istihsan* à l'appui de maintes solutions.⁴⁰¹ Dans le grand

³⁹⁶ ALDEEB S. A., *Introduction à la société musulmane: Fondements, sources et principes*, Eyrolles, 2005, p.186.

³⁹⁷ AL-ZARQA, *Al-Fiqh Al-Islami Fi Thawbihi Al-Jadid*, 7e éd. Dar-Al-Fikr, Beyrouth.

³⁹⁸ CHEHATA C., *Studia Islamica*, fasc. XXIII, p.25.

³⁹⁹ CHEHATA C., *Studia Islamica*, fasc. XXIII, p.21.

⁴⁰⁰ Ces opinions peuvent être regroupées sous forme de collections ou peuvent être organisées et analysées sous la forme de résumés (*mukhtasars*), traités, commentaires et supercommentaires (*hashiyas*). Ces formes de littératures juridiques sont similaires aux collections de la jurisprudence dans le système de common law qui occupe les rangées de livres dans les bibliothèques américaines et les traités qui organisent et analysent les décisions en forme de résumé et recueils.

⁴⁰¹ SCHACHT J., *The Origins of Muhammadan Jurisprudence*, OUP: Clarendon Press, 1967, p.111 ; SANTILLANA D., *Instituzioni Di Dirritto Musulmano Malichita con riguardo anche al sistema sciafiita*, 1926, Volume I, p.71; ABU-YUSUF, *Kitab Al-Kharaj*, Librairie orientaliste Paul Geuthner, Paris, 1921.

ouvrage de Shaybani (grand juriste hanafite) dénommé *al-Mabsut* ou *al-Asl*, divers cas *d'istihsan* admis en matière de vente sont recensés. Ils s'élèvent au nombre de 36 sur un ensemble de 681 cas. La solution alors rapportée et suivie (si elle n'est pas précédée) de la mention : je trouve cela bien, juste (*asthasinu dhalik*)⁴⁰² et j'abandonne ici l'analogie (*wa ada'u l-qiyas fihi*).⁴⁰³ D'une manière générale, aucune justification ou de motivation de la décisions n'est donnée. soit de sa motivation. Il faut d'ailleurs faire observer que le *Asl* de Shaybani est une suite de solutions qui ne sont presque jamais accompagnées d'explications. Il est donc clair que, depuis les premiers temps, l'*istihsan* englobe toutes les solutions dérogatoires, que la dérogation soit ou non justifiée par un texte. Il faut ainsi rechercher à travers la solution elle-même la *ratio* qui justifie la dérogation et l'abandon de l'analogie.

Par exemple, la personne interdite pour cause de prodigalité ne saurait en principe, consentir un acte à titre gratuit. D'où la prohibition de l'acte constitutif de *waqf*. Cet acte comme toute autre libéralité doit donc être considéré comme inefficace. Telle est la solution que dicte l'analogie. Par voie d'*istihsan*, il a été admis que si le *waqf* est constitué par le prodigue, il sera considéré comme tirant son plein et entier effet au cas où le bénéficiaire serait le prodigue lui-même. Il est certain que, dans ce cas, le prodigue se dépouille de la propriété de son bien, et, de ce chef, la rigueur de l'analyse juridique exige qu'un tel acte lui soit interdit. Mais le fait est que, dans ce cas précis, l'usufruit du bien constitué en *waqf* lui demeure acquis sa vie durant. L'aliénation de son bien, au lieu de lui porter préjudice, l'assure, plutôt contre sa propension à dilapider. La raison d'être de l'interdiction disparaît dans ce cas précis. Appliquer la solution qu'impose l'analogie aboutirait au résultat que précisément cette solution veut éviter.⁴⁰⁴ Chéhata explique qu'il s'agit d'un exemple frappant qui montre que l'application stricte et rigoureuse de la solution posée par le droit peut aboutir, dans un cas précis. Elle fait appel à la *ratio legis* sur laquelle se fonde la solution analogique elle-même.⁴⁰⁵

⁴⁰² استحسن ذلك

⁴⁰³ Voir cas I, 8 ; cas XII, 8 ; cas XIV, 28 dans AL-SHAYBANI, M., *al-Asl*, Le Caire, 1966-1973, 13 volumes, p.211-213.

⁴⁰⁴ Voir sur ce cas : HALLAF, *Masadir al-Tachri' al-islami*, Al-Qāhiraṭ : Ğāmi'at al-Duwal al-'Arabiyyaṭ, Ma'had al-Dirāsaṭ al-'Arabiyyaṭ al-'Āliyaṭ, Le Caire, 1955, p.61.

⁴⁰⁵ Le but ultime envisagé par la loi, alors qu'il n'est pas exprimé dans la solution analogique, doit toujours guider le juriconsulte dans sa recherche. Si la solution qu'il pose va à l'encontre de l'analogie, mais réalise le but envisagé, cette solution sera préférée à la solution analogique.

Pour faire face aux besoins de la pratique, recourir à d'autres expédients qui se manifestent sous diverses formes, mais qui ont un dénominateur commun : la nécessité de corriger la rigueur de la logique. Ainsi, la solution *d'istihsan* est venue corriger la rigueur du droit positif musulman, mais tenant compte toujours de la Shariah, cadre suprême. Dans la tradition juridique de *common law*, il en est autrement.

§3 Les possibilités actuelles d'un jugement d'équité en droit anglais

Dans la *common law* d'Angleterre et du Pays de Galles, l'équité est devenu un ensemble de règles de droit. Cette équité a été absorbée par la règle du précédent et par la *common law* avec la fusion des cours (A). Selon Maitland, « *l'Equity* a cessé d'être l'équité ». ⁴⁰⁶ Il n'est plus possible de trouver sous la notion d'Equity une référence au juste et à l'équitable mais d'autres notions permettent de moduler la *common law* (B).

A) L'absorption de l'Equité par la *common law*

C'est au XIXe siècle que la juridiction d'Equity se développe le plus. Maitland fait remarquer que jusqu'en 1813, la Chancellerie ne comportait que deux juges : le Chancelier et le « Master of the Rolls » ⁴⁰⁷. En 1813, est nommé un Vice-Chancelier puis deux autres membres sont désignés pour occuper cette même fonction en 1841. En 1851, deux juges de la Haute Cour d'Appel y siègent. Les affaires de première instance étaient examinées par le « Master of the Rolls » ou par l'un des trois Vice-Chanceliers. En appel siégeaient le Chancelier et les juges de Cour d'appel mais le Chancelier pouvait très bien siéger en première instance.

Pour diverses raisons, une réforme des juridictions est apparue nécessaire vers la fin du XIXe. Alors qu'en 1873, le Parlement anglais adopta plusieurs lois modifiant et restructurant les juridictions du système anglais, ce n'est qu'en 1875 ⁴⁰⁸ que ces réformes sont entrées en vigueur, d'où la dénomination « Judicature Acts 1873-

⁴⁰⁶ En autre terme, c'est là que *l'equity* (équité subjective) est devenu *l'Equity* (équité objective).

⁴⁰⁷ « Master of the Rolls » fut nommé en 1729 (WATT G., *Trust & Equity*, Oxford, Oxford University Press, 6th ed., 2014, p.7). Il occupait pendant longtemps la fonction d'assistant au Chancelier. Ce n'est que par étape qu'il deviendra un juge indépendant.

⁴⁰⁸ WATT G., *Equity and Trusts Law*, 2014, op.cit. Chapitre 1; « The Judicature Acts of 1873 and 1875 », UK Parliament, <http://www.parliament.uk/about/living-heritage/transformingsociety/laworder/court/overview/judicatureacts/> (consulté le 13 avril 2015)

1875 »⁴⁰⁹. Les anciennes cours de common law⁴¹⁰ et d'Equity⁴¹¹ ont été abolies et remplacées par une seule et même cour dénommée « High Court of Justice »⁴¹². Cette dernière a été divisée en cinq sections⁴¹³: 1) Chancery, 2) Queen's Bench, 3) Common Pleas, 4) Exchequer et 5) Probate, Divorce and Admiralty.

Ainsi, les règles de *common law* et les règles de *l'Equity* sont applicables par n'importe quel juge quel que soit sa division. Ainsi, le juge dans la High Court of Justice peut très bien administrer des règles de *common law* ou d'*Equity*⁴¹⁴. Cette collaboration a « permis de systématiser les solutions rendues au nom de l'équité, [...] pour constituer un système juridique »⁴¹⁵ de *common law*. L'actuelle tradition de *Common Law* est donc constituée à la fois par l'originel *common law* et l'influence tempérante de l'équité qui ne peut plus être reconnue puisque devenue du droit.⁴¹⁶

Par exemple, il est possible mentionner trois domaines dans le champ contractuel où l'Equity a fortement inspiré et a suppléé la common law. Tout d'abord, le système de l'*injunction* consistant à obtenir du juge une injonction par laquelle il ordonne à une partie de s'abstenir de faire quelque chose (*prohibitory injunction*), ou au contraire d'exécuter une action particulière (*mandatory injunction*). Appartient également à l'equity le domaine de la *specific performance* en matière contractuelle, c'est-à-dire de l'exécution en nature ordonnée par le juge – à la différence de la simple obtention de dommages-intérêts. La *specific performance* est une solution exceptionnelle dans les systèmes anglo-saxons. Relèvent enfin de l'Equity les questions relatives à certaines résolutions contractuelles (*rescissions*).

Ainsi, il n'est pas possible de trouver sous la notion d'Equity, quelque chose qui ressemble à l'équité en droit français ou à l'istihsan en droit musulman, il existe

⁴⁰⁹ Bien que l'actuel système judiciaire est organisé selon ces Judicature Acts, ces actes de loi ont été remplacé en partie par la « Supreme Court of Judicature (Consolidation) Act » en 1925. MAITLAND F.W., op.cit. p.1-22 (voir lexique).

⁴¹⁰ Queen's Bench, Common Pleas et Exchequer (voir lexique).

⁴¹¹ La cour de chancellerie comprenait alors 7 juges.

⁴¹² Voir lexique

⁴¹³ Aujourd'hui, la High Court of Justice ne comprend que trois sections: Chancery « Division », Queen's (or King's) Bench « Division » et Family Division.

⁴¹⁴ Il n'est plus possible au juge de dire au plaideur « Vous vous appuyez sur un trust, or cette cour ne connaît pas de tels recours » ou « ceci est de la common law pure ce qu'une cour d'Equity ne peut pas connaître », MAITLAND F.W., op.cit. p.1-22.

⁴¹⁵ ALBIGES C., « 'Équité' dans Répertoire de droit civil » Dalloz, septembre 2011, §5; Voir TUNC A., L'équité en droit anglais et en droit américain, Justices, n°9, janv.-mars 1998, p.124.

⁴¹⁶ MERRYMAN J.H. and PEREZ-PERDOMO R., op. Cit. (note 33) p.51.

néanmoins des concepts qui permettent au juge de moduler la règle de droit afin de l'adapter au cas concret.

B) Les nouvelles apparitions de l'équité en common law

Bien que l'époque du Chancelier qui faisait des jugements d'équité soit résolue, il y a toujours des possibilités actuelles d'un jugement d'équité. Le juge de *common law* a la possibilité de moduler la solution pour des exigences relatives aux faits, assouplir la règle juridique lorsque la justice l'exige et interpréter ou réinterpréter afin que le droit puisse répondre à l'évolution de la société⁴¹⁷. Les juges de *common law* peuvent exercer leur discrétion et donc exercer une certaine équité mais doivent supporter une importante responsabilité sur le fonctionnement de la sécurité et la stabilité en droit. Par conséquent les juges de *common law* sont moins contraints que leurs homologues civilistes par la tendance à résoudre un litige en le faisant correspondre à une solution que le pouvoir législateur a envisagé. Même lorsque l'affaire implique l'application d'une loi, les juges de *common law* ont le pouvoir d'adapter la règle juridique aux faits. Quand la règle juridique applicable provient de la règle du précédent, ce pouvoir de modulation est encore plus prononcé.

En effet, le juge anglais a parfois une grande liberté de tenir compte des circonstances. Cette liberté de tenir compte des circonstances peut être accordée soit par un précédent soit par la loi elle-même.⁴¹⁸ Différents articles de lois utilisent les expressions de "reasonably", "fairly", "honestly" donnant ainsi au juge une liberté dans son jugement.

Par exemple, la section 1157 du UK Company Act 2006 (ancien section 727 du Companies Act 1985)⁴¹⁹ dispose que si une procédure est engagée contre un dirigeant de la société pour faute, violation de ses devoirs etc et s'il apparaît que la demande est justifiée mais que l'intéressé a agi "honnêtement et raisonnablement" (*he acted honestly and reasonably*) et que considérant toutes les circonstances de l'affaire... il mérite en équité d'être excusé (*he ought fairly to be excused*), le tribunal peut

⁴¹⁷ MERRYMAN J.H. and PEREZ-PERDOMO R., op. Cit. (note 33) p.51.

⁴¹⁸ TUNC, A. L'Équité en droit anglais et en droit américain, Justices n°9 Janvier/ mars 1998 p.127

⁴¹⁹ Cet article reprend la disposition traditionnelle déjà présente dans le Company Act 1956.

l'exonéré en tout ou en partie, de sa responsabilité, à telles conditions qu'il estimera justifiées.⁴²⁰

Un autre exemple est celui de la disposition traditionnelle contenue dans la section 122 de l'Insolvency Act 1986. Selon, cette section une société peut être dissolue si « *la cour considère qu'il est juste et équitable que la société soit dissolue* » (the court is of the opinion that it is just and equitable that the company should be wound up), à la demande du secrétaire d'Etat ou de l'associé. Néanmoins, en vertu de la section 125 toujours du même Act, le juge peut rejeter la requête du demandeur de la dissolution si il estime que ce dernier dispose d'un autre remède et que la dissolution est manifestement "déraisonnable" (*unreasonably*).⁴²¹

En 1973, la Chambre des Lords a rendu un arrêt *Ebrahimi v. Westbourne Galleries Ltd* concernant la section qui précédait la section 122 qui a fait l'objet d'un remarquable commentaire de Lord Wilberforce: l'équité comme toujours permet à la cour de soumettre l'exercice des droits à des considérations d'équité; ce sont des considérations qui ont un caractère personnel qui surgit entre un individu et un autre individuel, qui peut être « *it does, as equity always does, enable the court to subject the exercise of legal rights to equitable considerations; considerations, that is, of a personal character arising between one individual and another, which may make it unjust, or inequitable, to insist on legal rights, or to exercise them in a particular way* ». Il s'agit d'une affirmation remarquable du pouvoir de l'équité par un juge d'une exceptionnelle autorité.⁴²²

Le pouvoir d'équité accordé au juge est très explicite en matière de sociétés. La section du 459 du Companies Act 1985 dispose qu'un actionnaire peut désormais présenter à un juge une petition affirmant que les affaires de la société sont conduits ou ont été conduites d'une manière qui est ***unfairly prejudicial*** aux intérêts de ses membres ou de certains d'entre eux ou que certains actes ou omissions, actuels ou

⁴²⁰ Section 1157 (1) UK Company Act 2006 : it appears to the court hearing the case that the officer or person is or may be liable but that he acted honestly and reasonably, and that having regard to all the circumstances of the case (including those connected with his appointment) he ought fairly to be excused, the court may relieve him, either wholly or in part, from his liability on such terms as it thinks fit.

⁴²¹ TUNC, A. L'Equité en droit anglais et en droit américain;, Justices n°9 Janvier/ mars 1998 p.127.

⁴²² TUNC, A. L'Equité en droit anglais et en droit américain;, Justices n°9 Janvier/ mars 1998 p.127

proposés seraient telles.⁴²³ Si le juge estime que la petition est bien fondée, il peut en particulier réglementer les affaires de la société pour l'avenir, interdire à la société de (...) autoriser une action en justice au nom de la société, ordonner des rachats d'action, etc.⁴²⁴ Selon TUNC, il s'agit d'une extraordinaire renaissance de l'équity dans sa tradition puisque que le roi confie son glaive au juge qui, en son nom, écoute les parties et décide **ce qui est bon dans les circonstances de l'espèce**.⁴²⁵

Ces nombreux exemples n'épuisent pas les récentes intrusions de l'équité dans le fonctionnement du droit. Le Companies Act 1989 insère dans la loi de 1985 un article 322A(7) permettant au juge à qui une certaine transaction est soumise de prendre une ordonnance « *affirming, severing or setting aside that transaction, on such terms, as appear to the court to be just* ».

La décision de 1992 *Runciman v. Walter Runciman plc*, où le juge, ayant considéré le droit, prend sa décision en se fondant sur « *what the balance of justice requires in the present case* », littéralement en français sur ce que la balance de la justice exige dans le cas présent.

Dans son discours lors de la décision *Duport Steels Ltd v Sirs* in 1980⁴²⁶, Lord Scarman révèle que "les grands juges sont par différents moyens des activistes judiciaires mais la séparation constitutionnelle des pouvoirs, l'Indépendance judiciaire ne doit pas être remise en cause".⁴²⁷ La solution se trouve peut être dans le conseil qu'a pu donné Lord Mansfield à un gouverneur des colonies prenant ses fonctions: « *Consider what you think justice requires and decide accordingly. But never give your reasons; for your judgments will probably be right but your reasons will certainly be wrong* ». ⁴²⁸

⁴²³ Cette petition peut- être présentée par le Secrétaire d'Etat. Après une brève période de réticence, cette disposition a reçu une interprétation très large et très favorable de la part des juges. Elle est aussi très largement invoquée par des minoritaires « opprimés », notamment dans de petites sociétés.

⁴²⁴ "it may make such order as it thinks fit for giving relief in respect of the matters complained of "

⁴²⁵ TUNC, A. L'Equité en droit anglais et en droit américain;, Justices n°9 Janvier/ mars 1998 p.127:

⁴²⁶ [1980] 1 WLR 142, 169 (Kenneth Jones J, CA & HL.)

⁴²⁷ « *Great judges are in the different ways judicial activists. But the constitutional separation of powers, or more accurately functions, must be observed if judicial independence is not to be put at risk. For, if people and Parliament come to think that the judicial power is to be confined by nothing other than the judge's sense of right... confidence in the judicial system will be replaced by fear of becoming uncertain and arbitrary in its application* ».

⁴²⁸ CAMPBELL, *Lives of the Chief Justices* (1857) vol 2, 572.

Après avoir constaté la similarité fonctionnelle de l'équité et de l'istihsan dans les traditions juridiques occidentale et musulmane, les contributions positifs au droit de ces deux concepts doivent être examinées de plus près.

Chapitre II Les exemples positifs de la contribution de l'Équité au droit

La contribution de l'Équité à l'évolution du droit semble invisible puisqu'elle prend naissance dans le raisonnement du juge, lors de l'application de la règle de droit.

Dans la tradition juridique musulmane, *l'istihsan* a été développé afin de gérer les nouveautés et pour interagir avec l'environnement entourant le droit. Ainsi, par le passé, elle a intégré des solutions nouvelles dans le corpus juridique des différentes écoles juridiques, en particulier celle des Hanafites mais il est dommage de constater qu'elle n'est plus utilisée aujourd'hui. Ainsi, il sera envisagé sa contribution passée et peut-être future comme le suggèrent certains auteurs (Section 1). Dans la tradition juridique occidentale, il est possible d'observer certaines contributions du recours à l'équité dans le droit positif. L'équité est venue dans le droit civil français corriger et compléter certaines dispositions notamment dans le domaine contractuel tout en restant circonscrite (Section 2). En droit anglais, la notion de « fairness », une des nouvelles formes d'équité, est admise de façon implicite en matière contractuelle (Section 3).

Section 1 L'istihsan : une contribution passée et peut-être future

L'istihsan a pu, à maintes reprises, créer des institutions. Elle a donné ainsi lieu à des solutions qui sont venues s'intégrer dans le corps même du droit musulman hanafite (§1) Toutefois, comme le souligne très bien Kamali les législateurs et juges des pays arabes ont très peu utilisé voire pas du tout la notion d'istihsan que ce soit dans le développement de la loi en vigueur ou dans l'administration courante de la justice. *L'istihsan* nécessite davantage de développement pour pouvoir donner plus de flexibilité et gérer avec les changements rapides de circonstances de la vie de tous les jours (§2).

§1 Une contribution passée : les solutions tirées de l'istihsan dans le droit positif musulman

L'istihsan est source d'un très grand nombre de solutions qui font partie intégrante aujourd'hui du *corpus juris* musulman hanafite. Les principaux exemples se trouvent en droit des biens (A) et droit des obligations (B).⁴²⁹

A) Droit de la propriété

En matière de vente, si l'objet de la vente est un terrain agricole, le transfert de la propriété du terrain vendu n'entraîne pas de plein droit la cession des droits de servitude dont bénéficie le fonds ayant fait l'objet de la vente. Ces droits doivent faire l'objet d'une mention spéciale dans le contrat. Par contre, en matière de louage, ces servitudes passent au locataire sans besoin de mention spéciale. Il pourra en bénéficier pur jouir pleinement du bien donné en location. Nous avons là deux solutions différentes qui peuvent s'expliquer aisément, chacune dans son contexte : ni l'une ni l'autre ne sont considérées comme des solutions d'istihsan. Lorsque la question s'est posée de savoir si la constitution d'un terrain agricole en bien de mainmorte (waqf) doit englober ou non les servitudes dont bénéficie le terrain, les juristes se sont trouvés devant les deux solutions rapportées ci-dessus.

La stricte analogie qui part de l'idée que le waqf opère une aliénation tout comme la vente aboutit à l'exclusion des droits de servitude de l'acte constitutif de waqf- à moins de mention spéciale. Mais, par la même voie d'analogie, et en partant de l'idée que le waqf n'entraîne point un transfert de propriété, mais une simple constitution d'usufruit au profit du bénéficiaire, on aboutit, en sens contraire, à inclure les servitudes dans l'acte constitutif de waqf, sans besoin de mention spéciale. L'analogie donne lieu ici à un dilemme. De fait, les juristes ont opté pour la seconde solution en faisant appel à l'istihsan. Cette seconde solution est, tout autant que la première, une solution analogique mais elle l'a emporté sur la première grâce à l'istihsan. Le waqf se borne à constituer un droit d'usufruit au profit du bénéficiaire. Le bénéficiaire d'un waqf doit, pour avoir la pleine jouissance, bénéficier également des servitudes réelles, tout comme le locataire. L'en priver, c'est amputer son droit de jouissance d'un élément important. L'acheteur qui a déjà la pleine propriété du fonds

⁴²⁹ CHEHATA Chafik, « L'« Équité » en tant que source du droit hanafite », *Studia Islamica*, No.25 (1996) p.130.

vendu peut en jouir suffisamment à ce titre et, s'il tient à acquérir en même temps les servitudes attachées au fonds, il doit le demander et l'obtenir expressément de son vendeur. Ce sont là des considérations tirées du cas précis envisagé. La solution est donnée en raison de ces considérations ; et c'est par ce biais qu'elle se rattache à la solution admise en matière de bail.

De même en droit des obligations, l'istihsan a contribué aux développements de nombreuses règles aujourd'hui faisant partie intégrant du droit positif hanafite.

B) Droit des obligations

En matière d'obligations, un des exemples concerne la chose est remise entre les mains d'une personne, à quelque titre que ce soit.⁴³⁰ Cette personne est considérée comme ayant pris la chose sous sa garde (*amin*). Ainsi en est-il spécialement du dépositaire, du commodataire, etc. En cas de perte fortuite de la chose, cette personne ne sera pas tenue pour responsable. Telle est la solution admise dans ces cas. Cependant la personne qui prend livraison de la chose, en vertu d'un contrat de louage, d'ouvrage, tel que le tailleur, le teinturier, etc.. sera tenue pour responsable de sa perte, à moins que cette perte ne soit due à un cas de force majeure. Ainsi donc l'entrepreneur qui est considéré, en principe, comme un *amin* trouve sa responsabilité plus aggravée que celle du dépositaire ou du commodataire.⁴³¹ L'analogie ne saurait permettre cette solution. Elle a dès alors été rattachée à l'istihsan. A moins d'établir l'existence d'une force majeure, l'entrepreneur sera présumé en faute si la chose vient à périr. Le dépositaire qui rend un service à titre gratuit ne saurait être tenu de la même manière. Le commodataire, à qui le propriétaire a bien voulu remettre la chose sans qu'il soit tenu de payer quoi que ce soit, ne peut être mis sur le même pied que l'entrepreneur. Les auteurs disent bien que si la même solution était admise en matière de louage d'ouvrage, les gens seraient mis dans l'embarras, alors qu'il n'auraient besoin des services de l'artisan et qu'ils craindraient, en même temps, que l'artisan ne soit pas assez diligent pour assurer la solution appropriée au cas précis envisagé, en prenant en considération les besoins de la pratique.

⁴³⁰ CHEHATA Chafik, « L' « Equité » en tant que source du droit hanafite », *Studia Islamica*, No.25 (1996) p.132.

⁴³¹ CHEHATA Chafik, « L' « Equité » en tant que source du droit hanafite », *Studia Islamica*, No.25 (1996) p.133.

En matière d'obligations, le recours à l'*istihsan* a permis de légitimer plusieurs contrats nommés comme la vente à terme (*salam*). Selon le "droit musulman", les contrats doivent, en effet, avoir un objet actuellement existant. Pour intégrer dans le *corpus juris* hanafite les contrats ayant un objet future, les auteurs ont invoqué l'*istihsan*. Ce sont les besoins de la pratique qui ont imposé ces contrats aux fondateurs des écoles juridiques. L'*istihsan* a enrichi le droit musulman d'une masse de dispositions et de prescriptions qui font partie intégrante du système juridique hanafite, en matière d'obligations qui ont été ensuite codifié par le Medjellé.⁴³²

Toutefois, il est dommage que le statut de *mujtahid* ne soit pas reconnu au sein du pouvoir législatif des états modernes arabo-musulmans.⁴³³ Cela est manifestement injustifié selon Kamali, surtout au regard de *l'istihsan* qui est un moyen approprié pour la recherche de solutions justes et équitables.

§2 Une contribution future ?

Kamali propose des situations où l'*istihsan* pourrait être utilisée comme par exemple la question de la possession « *qabd* ». Il souligne qu'il existe un nombre de problèmes appartenant au droit de la vente musulman et au partenariat.⁴³⁴ Une des solutions pour régler ces problèmes est de suggérer des solutions préférables ou alternatives à travers l'application de l'*istihsan*. Un certain nombre des problèmes sont relatifs au contrat de vente et en particulier l'exigence de prendre possession (*qabd*) de l'objet de la vente/ de l'essence de la vente, des questions touchantes à la Banque Islamique notamment dans la *mudarabah*, la *musharakah*, et la *murabaha*. Un des problèmes majeurs est que le financement collaboratif dans la forme de la *mudarabah* et de la *musharakah* est en déclin et n'a jamais joué un rôle significatif dans l'ensemble des opérations des banques islamiques, bien qu'il soit une importante pierre angulaire de la philosophie et des buts de la finance islamique. Kamali prône la recherche de meilleures alternatives à travers l'utilisation du potentiel de *l'istihsan*.

⁴³² Articles 487 à 492 du Medjellé ottoman.

⁴³³ KAMALI M. H., *Equity and Fairness in Islam*, Cambridge, The Islamic Texts Society, 2005, p.122.

⁴³⁴ KAMALI M. H., *Equity and Fairness in Islam*, Cambridge, The Islamic Texts Society, 2005, p.83.

Par essence, *l'istihsan* implique la recherche de meilleures et préférables alternatives et mérite de plus amples développements pour amener flexibilité et souplesse aux changements de circonstance.⁴³⁵ Celui qui recherche ces solutions est nécessairement engagé dans un processus qui requiert une spéculation juridique et une opinion (*ra'y*).⁴³⁶ Même si l'effort que cet exercice enferme est toujours guidé par une preuve valide de la Shariah, un choix d'une méthode particulière et la manière dans laquelle est formulée s'effectuent.

Ainsi, Kamali propose, entre autre, un certain départ, par voie d'*istihsan* exceptionnel, d'une règle de hadith sur le *qabd*. Les exemples choisis sont essentiellement liés avec les transactions civiles (*mu'amalat*) et permettent de montrer plus clairement le rôle que l'*istihsan* a joué dans le développement du *fiqh*.

Il est très probable qu'avec la technologie et la numérisation, il y ait des changements dans le concept de *qabd* et autres, pouvant gagner en popularité et acceptée par la coutume.

⁴³⁵ AUDA J., *Maqasid al-Shariah as Philosophy of Islamic Law : A Systems Approach*, International Institute of Islamic Thought, March 2008, pp. 47-48; KAMALI M. H., *Equity and Fairness in Islam*, Cambridge, The Islamic Texts Society, 2005, p.233.

⁴³⁶ KAMALI M. H., *Equity and Fairness in Islam*, Cambridge, The Islamic Texts Society, 2005, p.84.

Section 2 L'équité dans les relations contractuelles en droit français

La souplesse, introduite au nom de l'équité, s'impose plus particulièrement au sein de certaines matières pour lesquelles le critère essentiel réside dans la relation personnelle entre les parties au litige. Dessens a ainsi souligné la prédominance de la présence de l'équité pour mettre un terme à un conflit entre deux personnes.⁴³⁷ En matière de relations contractuelles, l'intervention de l'équité s'applique avec une réelle mesure. D'une part, elle a permis de tempérer le principe d'autonomie de la volonté et de sécurité contractuelle à l'article 1134 du Code civil (§1). D'autre part, l'équité a permis de compléter les dispositions relatives aux contrats (§2).

§1 Liberté et sécurité contractuelles tempérées

En droit français, la volonté des parties est prioritaire et privilégiée, au nom de la sécurité des relations contractuelles, par rapport à l'éventuelle instabilité, susceptible d'être constatée en cas de correction contrat par le juge pour des considérations d'équité. Le respect de l'article 1134, alinéa 1er, du code civil demeure considéré comme un rempart contre les éventuelles modifications du contrat. La Cour de cassation a précisé que les juges du fond ne sauraient fixer un taux d'intérêt en réduisant le taux conventionnel « au seul motif d'équité ». ⁴³⁸

Toutefois, il faut tempérer la rigueur de cette conception à double titre. D'une part, un courant favorable à certaines limites au dogme de l'autonomie de la volonté a pu se dégager et continuer de se développer au niveau doctrinal, au nom d'une éthique ou d'une morale des affaires⁴³⁹, mais aussi d'un solidarisme ou d'une fraternité contractuelle⁴⁴⁰, parfois fortement critiqué.⁴⁴¹ Ces évolutions récentes de la matière contractuelle, constatées ou souhaitées, contribuent à la vitalité de la prise

⁴³⁷ DESSENS A., *Essai sur la Notion d'Equité*, (Thèse de l'Université de Toulouse) Imprimerie F. Boisseau, 1934, p. 33

⁴³⁸ Soc. 12 mai 1965, D. 1965. 652

⁴³⁹ OPPETIT B., *Éthique et vie des affaires*, Mél. Colomer, 1993, Litec, p. 319 ; P. le TOURNEAU, *L'éthique des affaires et du management au XXI^e siècle*, 2000, Dalloz ; S. DARMAISIN, *Le contrat moral*, préf. B. Teyssié, 2000, LGDJ

⁴⁴⁰ MAZEAUD D., *Loyauté, solidarité, fraternité : la nouvelle devise contractuelle ?*, Mél. Terré, 1999, PUF-Juris-Classeur, p. 603 ; C. JAMIN, *Plaidoyer pour le solidarisme contractuel*, Mél. Ghestin, 2001, Litec, p. 441.

⁴⁴¹ Voir LEQUETTE Y., *Bilan des solidarismes contractuels*, Mél. Didier, 2008, Economica, p. 247

en compte de considérations d'équité au sein d'une matière pourtant dominée par un besoin de stabilité et de prévisibilité.⁴⁴²

D'autre part, et c'est le plus intéressant, diverses initiatives législatives et jurisprudentielles tendent à autoriser une intervention judiciaire au sein de la relation contractuelle, la dernière en date la réforme du droit des obligations portée par l'ordonnance du 10 février 2016 et qui entrera en vigueur au mois d'octobre 2016.⁴⁴³

Le juge a toujours été tenu de respecter l'article 1134, alinéa 1er, du code civil de manière rigoureuse. Cette conception, fondée sur l'autonomie de la volonté, a été consacrée par l'arrêt Canal de Craponne rendu par la Cour de cassation, refusant de réévaluer une redevance fixée en 1560 : « *Dans aucun cas, il n'appartient aux tribunaux, quelque équitable que puisse leur paraître leur décision, de prendre en considération le temps et les circonstances pour modifier les conventions des parties et substituer des clauses nouvelles à celles qui ont été librement acceptées par les contractants* ». ⁴⁴⁴ De ce fait, une telle solution a conféré une application limitée à la fonction correctrice de l'équité.⁴⁴⁵ Ce principe de l'intangibilité des conventions n'a jamais été absolu.⁴⁴⁶ À titre d'illustrations, la révision des clauses pénales est autorisée par le législateur lorsque la pénalité se révèle exorbitante et affecte l'équilibre de la relation contractuelle selon l'article 1152 du Code civil. Le juge reçoit alors la mission légale de modérer la peine en équité en cas d'abus évident.⁴⁴⁷

La jurisprudence a à son tour progressivement ouvert bien d'autres brèches comme le souligne Alain Confino. Le juge civil s'est reconnu, sur le fondement de l'article 1131

⁴⁴² CADIET L., Une justice contractuelle, l'autre, Mél. Ghestin, 2001, Litec, p. 194

⁴⁴³ L'ordonnance n°2016-131 du 10 février 2016 portant réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations, a été publiée au Journal officiel le 11 février 2016. Ses dispositions entrent en vigueur le 1^{er} octobre 2016. Les contrats conclus avant cette date demeurent soumis à la loi ancienne. Cependant, les actions interrogatoires (C. civ., art. 1123, al. 3 et 4, 1158 et 1183) sont applicables dès l'entrée en vigueur de l'ordonnance.

⁴⁴⁴ Civ. 6 mars 1876, DP 1876. 1. 193, note A. Giboulot, cité par F. TERRÉ et Y. LEQUETTE, GAJC, t. 2, 12^e éd., 2008, Dalloz, n° 165, p. 183

⁴⁴⁵ Civ. 19 mars 1913, DP 1916. 1. 238 ; Civ. 6 juin 1921, DP 1921. 1. 73, rapp. A. Colin, S. 1921. 1. 193, note L. Hugueney ; Com. 2 déc. 1947, RTD civ. 1948. 332, obs. H. Mazeaud et L. Mazeaud ; Com. 18 déc. 1979, no 78-10.763 , Bull. civ. IV, no 339, RTD civ. 1980. 780, obs. G. Cornu ; sur cette jurisprudence, V. Y. PICOD, J.-Cl. Civil, art. 1134 et 1135, 2007, nos 34 et s

⁴⁴⁶ CONFINO A., « L'article 1195 nouveau du code civil et le bail commercial : imprévision ou imprécision ? » *AJD* 2016 p.345.

⁴⁴⁷ P. le TOURNEAU [sous la dir. de], Droit de la responsabilité et des contrats, 7^e éd., 2008, Dalloz, n° 1218 ; D. MAZEAUD, La notion de clause pénale, préf. F. Chabas, 1992, LGDJ, no 73, p. 51

du code civil, le pouvoir d'annuler le contrat en son entier lorsque, par suite de circonstances imprévues, la cause objective de l'engagement du débiteur a disparu, de faire échec à une stipulation qui contredit une obligation essentielle du débiteur ou encore de sanctionner, au visa du principe de bonne foi, le comportement de la partie qui refuse de renégocier un contrat devenu profondément déséquilibré.⁴⁴⁸

Bien que réaffirmée ultérieurement, marquant une certaine constance, la solution retenue par la Cour de cassation se révèle spécifique au droit interne par rapport à la plupart des droits européens qui admettent la révision du contrat mais aussi aux dispositions récemment élaborées.⁴⁴⁹ Cette solution semble même spécifique au regard du droit administratif où la révision des contrats pour imprévision est admise depuis cent ans.⁴⁵⁰ Ainsi, la nouvelle réforme du Code civile autorise désormais la révision du contrat pour imprévision judiciaire à travers l'article 1195 de l'ordonnance du 10 février 2016, consacrant et confirmant une certaine justice contractuelle.⁴⁵¹

Le Rapport au Président de la République explique que : « L'article 1195 constitue quant à lui l'une des innovations importantes de l'ordonnance, puisqu'il introduit l'imprévision dans le droit des contrats français, notion bien connue en jurisprudence administrative. [...] La France est l'un des derniers pays d'Europe à ne pas reconnaître la théorie de l'imprévision comme cause modératrice de la force obligatoire du contrat. Cette consécration, inspirée du droit comparé comme des projets d'harmonisation européens, permet de lutter contre les déséquilibres contractuels majeurs qui surviennent en cours d'exécution, conformément à l'objectif de justice contractuelle poursuivi par l'ordonnance. »

448 Com. 3 nov. 1992, n° 90-18.547, D. 1995. 85, obs. D. Ferrier ; RTD civ. 1993. 124, obs. J. Mestre ; 24 nov. 1998, n° 96-18.357, D.1999. 9 ; RTD civ. 1999. 98, obs. J. Mestre ; ibid. 646, obs. P.-Y. Gautier .

449 En particulier les principes du droit européens du contrat qui permet au juge, à titre exceptionnel, de modifier le contrat art. 2-117 PDEC ; Art. 6.2.1 des Principes d'Unidroit relatifs aux contrats du commerce international, 2010, Institut international pour l'unification du droit privé ; R. DAVID, L'imprévision dans les droits européens, Mél. Jauffret, 1974, Fac. Aix-en-Provence, p. 218 ; D. TALLON, La révision du contrat pour imprévision au regard des enseignements récents du droit comparé, Mél. Sayag, 1998, Litec, p. 413 ; article 313 du Code Civil allemand (Bürgerliches Gesetzbuch, BGB), droit anglais *Taylor v Caldwell* (1863) 3 B & S 826

⁴⁵⁰ En France, le juge administratif a depuis longtemps procéder au rééquilibrage d'un contrat à exécution successive ou prolongée relevant de sa compétence, en cas de bouleversement économique à l'origine de sujétions imprévues de nature à compromettre le bon fonctionnement d'un service public. Il est vrai que, à proprement parler, ce juge ne révisé pas alors le contrat, mais se borne à indemniser l'infortuné cocontractant de l'administration. CE 30 mars 1916, Compagnie générale d'éclairage de Bordeaux, DP 1916. 3. 17, note Hauriou.

⁴⁵¹ Article 1195 de l'ordonnance, voir annexe 30.

§2 L'équité complétant les dispositions contractuelles du Code civil

L'article 1135 est une des rares dispositions faisant référence expresse à la notion d'équité.⁴⁵² Le contenu d'un contrat pourrait être complété par une décision judiciaire prononcée au nom de l'équité. L'intérêt de recourir à la notion d'équité n'est plus de corriger la rigueur d'une stipulation contractuelle mais de la compléter. C'est en raison de la poursuite d'un tel objectif que le contrat pourrait être enrichi, les parties étant liées par ce qui a été stipulé, mais aussi par « toutes les suites que l'équité, l'usage ou la loi donnent à l'obligation d'après sa nature ».⁴⁵³ Cette disposition, dont les termes ne sont qu'une transposition de l'œuvre de DOMAT, a en effet constitué le fondement de l'enrichissement du contrat, source d'interrogations.⁴⁵⁴ Quelles que soient les justifications retenues pour les références à l'équité, ces dernières ont constitué le fondement de différentes obligations, non expressément formulées mais imposées par le juge. Ces obligations contractuelles ajoutées par la jurisprudence sont aussi appelées suites naturelles du contrat. Ce « forçage » du contrat selon l'expression de Josserand⁴⁵⁵, effectué sous le visa de l'article 1135 du code civil, fut à l'origine d'obligations consacrées par diverses décisions, qu'il s'agisse de l'obligation de sécurité⁴⁵⁶, mais aussi de celle d'information ou de conseil par exemple.⁴⁵⁷ Plus ponctuellement, les juges ont aussi imposé de nouvelles charges aux cocontractants tout en invoquant l'article 1135. Tel est le cas de l'obligation de surveillance, affirmée par le juge au sein de différents contrats⁴⁵⁸, ainsi que celle

⁴⁵² Ancien art. 1135 (Abrogé par Ord. n° 2016-301 du 14 mars 2016, à compter du 1^{er} oct. 2016) Les conventions obligent non seulement à ce qui y est exprimé, mais encore à toutes les suites que l'équité, l'usage ou la loi donnent à l'obligation d'après sa nature. Comp. C. civ., art. 1188 nouv. s. et précédemment le projet de réforme du 25 févr. 2015, art. 1195 s. (Projet)

⁴⁵³ C. civ., art. 1135 ; pour des dispositions similaires en droit comparé, V. P. JACQUES, Regards sur l'article 1135 du code civil, préf. F. Chabas, 2005, coll. Nouvelle bibliothèque des thèses, t. 46, Dalloz, n° 64 et s

⁴⁵⁴ Sur ce constat, V. J.-L. SOURIOUX, *Introduction au cours de droit des obligations*, in Univ. Panthéon-Assas, Clés pour le siècle, 2000, Dalloz, p. 516 ; J.-P. CHAZAL, De la signification du mot loi dans l'article 1134, alinéa 1^{er}, du code civil, RTD civ. 2001. 281 , spéc. n° 21

⁴⁵⁵ L. JOSSERAND, Le contrat dirigé, DH 1933. 89 ; L. LEVENEUR, Le forçage du contrat, Dr. et patr., mars 1998, p. 69

⁴⁵⁶ contrat de transport : Civ. 1^{re}, 20 mars 1989, D. 1989. 381, note P. Malaurie, RTD civ. 1989. 756, obs. P. Jourdain ; de vente : Civ. 1^{re}, 27 janv. 1993, n° 91-12.131 , Bull. civ. I, n° 44, RTD civ. 1993. 592, obs. P. Jourdain , D. 1994. Somm. 238, obs. O. Tournafond ; V. P. JOURDAIN, Le fondement de l'obligation de sécurité, Gaz. Pal. 1996. 2. Doctr. 1196

⁴⁵⁷ Civ. 1^{re}, 14 déc. 1982, n° 81-16.122 , Bull. civ. I, n° 361, RTD civ. 1983. 544, obs. G. Durry ; Civ. 1^{re}, 3 juill. 1985, n° 84-10.875 , Bull. civ. I, n° 211 ; Civ. 1^{re}, 15 mars 1988, n° 86-14.941 , Bull. civ. I, n° 80 ; Civ. 1^{re}, 5 déc. 1995, n° 94-12.376 , Bull. civ. I, n° 453 ; Civ. 1^{re}, 2 déc. 1997, n° 95-19.466 , CCC 1998. Comm. 40, obs. L. Leveneur

⁴⁵⁸ pour un contrat de bail, V. not. Civ. 1^{re}, 13 oct. 1987, n° 86-10.124 , Bull. civ. I, n° 262 ; plus généralement, V. V.-C. COULON, L'obligation de surveillance, préf. C. Jamin, 2003, coll. Recherches juridiques, Economica

retenue en matière de concession commerciale, le concédant étant tenu d'assister le concessionnaire en vue de sa reconversion selon un arrêt rendu par la cour d'appel de Paris du 11 février 1999⁴⁵⁹, néanmoins censuré par la Cour de cassation condamnant cette immixtion du juge dans le contrat.⁴⁶⁰

Au-delà du simple enrichissement du contrat d'une obligation non stipulée, les juges ont aussi consacré l'existence d'une relation contractuelle déduite des circonstances sous le fondement de l'article 1135 du code civil. Ceci peut être illustré par la convention d'assistance bénévole pour laquelle le juge a présumé le consentement des parties⁴⁶¹ et imposé, au nom d'une équité supplétive, le respect d'obligations issues d'un contrat non stipulé expressément : selon une formulation adoptée pour la première fois en 1962⁴⁶² et ultérieurement réitérée⁴⁶³, la convention d'assistance « *implique, comme une des suites que lui donne l'équité, l'obligation pour l'assisté de réparer les conséquences des dommages subis par celui auquel il est fait appel* ». Cette création prétorienne, non d'une obligation ponctuelle mais d'un lien contractuel, est donc essentiellement fondée sur des considérations d'équité, le juge étant tenu de respecter la nature même des choses par référence aux termes de l'article 1135 du code civil.⁴⁶⁴ Un tel interventionnisme judiciaire en matière contractuelle a été contesté : favorisant une extension excessive de la notion de contrat,⁴⁶⁵ le juge se permet d'affecter aux parties un échange de volontés qu'elles n'ont pas formulé et qui ne correspond pas nécessairement à la réalité. Certaines nuances ont été apportées par la Cour de cassation elle-même⁴⁶⁶, tempérant la portée parfois excessive du rôle supplétif de l'équité.

⁴⁵⁹ JCP 2000. II. 10244, note J.-P. Chazal, RTD civ. 2000. 114, obs. J. Mestre et B. Fages, D. 1999. IR. 144, obs. D. Mazeaud

⁴⁶⁰ Com. 6 mai 2002, n° 99-14.093, CCC 2002. Comm. 134, obs. L. Leveneur, JCP 2002. II. 10146, note P. Stoffel-Munck, D. 2002. Somm. 2842, obs. D. Mazeaud

⁴⁶¹ Civ. 1^{re}, 27 mai 1959, D. 1959. 526, note R. Savatier, RTD civ. 1959. 735, obs. H. Mazeaud et L. Mazeaud, JCP 1959. II. 11187, note P. Esmein

⁴⁶² Civ. 2^e, 23 mai 1962, RTD civ. 1963. 327, obs. A. Tunc

⁴⁶³ Civ. 1^{re}, 27 janv. 1993, n° 91-12.131, RTD civ. 1993. 584, obs. P. Jourdain, JCP 1993. I. 3727, obs. G. Viney ; Paris, 25 janv. 1995, JCP 1995. I. 3867, n° 1, obs. M. Fabre-Magnan, D. 1997. Somm. 192, obs. F. Lagarde ; Civ. 1^{re}, 16 déc. 1997, n° 95-18.593, D. 1998. 580, note M. Viala, JCP 1998. I. 144, obs. G. Viney

⁴⁶⁴ A. SÉRIAUX, L'oeuvre prétorienne in vivo : l'exemple de la convention d'assistance, Mél. Cabrillac, 1999, Litec-Dalloz, p. 307 et 308

⁴⁶⁵ G. VINEY, obs. sous Civ. 1^{re}, 16 déc. 1997, préc.),

⁴⁶⁶ Pour le refus d'une telle convention en raison de l'opportunité douteuse de l'intervention, V. Civ. 1^{re}, 7 avr. 1998, n° 96-19.171, JCP 1998. II. 10203, note O. Gout

Ainsi, l'intervention de l'équité dans le domaine contractuel français a permis de confirmer une certaine justice contractuelle que ce soit par la loi ou par la jurisprudence.

Il convient maintenant, d'étudier l'admission implicite des notions d'honnêteté (*honesty*) et de justice (*fairness*) dans la matière contractuelle en Angleterre et au Pays de Galles.

Section 3 Les notions de fairness et good faith en droit anglais des contrats

Une des premières choses qu'un étudiant apprend lorsqu'il étudie le droit des contrats anglais est qu'il n'existe pas d'obligation générale de bonne foi. En effet, le droit anglais ne reconnaît ni de principe d'équité et ni de bonne foi dans les relations contractuelles. Autrement dit, il n'y a pas de place pour une justice contractuelle.

Dans son article *The Regulation of Fairness and Duty of Good Faith in English Contract Law: A Relational Contract Theory Assessment*, Rosalee S. Dorfman souligne le fait que le droit anglais des contrats semble aujourd'hui obsolète comparé aux autres juridictions de *common law* (droit américain, droit australien) en raison de cette règle. Le juge australien Priestly JA (Judge of Appeals) estime même que cela est contraire aux attentes d'une société et des normes de comportement.⁴⁶⁷ Toutefois, il est possible de constater que l'obligation de contracter de bonne foi est aujourd'hui davantage reconnue en droit anglais et que la notion d'équité (*fairness*) est de plus en plus utilisée, sur le modèle des droits continentaux.⁴⁶⁸

Ainsi, cette absence d'obligation générale de négocier et de contracter de bonne foi a été atténuée au fil des années (§1). Même s'il n'existe pas de principe général de bonne foi comme en France, il existe des solutions hétéroclites conférant une certaine justice contractuelle aux parties (§2).

⁴⁶⁷ *Renard Constructions (ME) Pty v Minister for Public Works* (1992) 44 NSWLR 349 [95] (Priestly JA) [emphasis added].

⁴⁶⁸ FURMSTON V. M., *Cheshire, Fifoot, Law of Contract*, 15e éd., Oxford, 2007, p. 32.

§1 Le principe d'absence d'obligation de bonne foi atténué

Le principe classique de Common law anglaise en droit des contrats est même qu'il n'existe pas d'obligation générale de négocier de bonne foi.⁴⁶⁹ Lord Ackner affirme dans *Walford v Miles* que « l'obligation de négocier de bonne foi est par essence incompatible pour une partie qui négocie ». ⁴⁷⁰ Il n'y a guère de mensonge caractérisé qui puisse être source de responsabilité au titre des négociations précontractuelles.⁴⁷¹ Les juges au Royaume-Uni plaident contre une exigence d'équité dans les relations contractuelles en affirmant qu'il est de leur devoir seulement de contrôler la « suffisance » (*sufficiency*) du contrat.

Selon Dorfman, l'absence d'une doctrine générale et explicite concernant la justice et l'honnêteté dans les opérations contractuelles produit une insécurité juridique.⁴⁷² Le juge anglais ne devrait pas apprécier des intentions subjectives des parties contractantes mais au contraire reconnaître que la matière contractuelle comporte un standard objectif d'équité pour le bien des contractants.

Le Royaume-Uni a néanmoins adopté des lois qui introduisent une exigence d'équité pour certains contrats et confiant le contrôle de cette justice contractuelle au juge. Le Royaume-Uni a ainsi adopté en 1977 l'*Unfair Contract Terms Act* (UCTA) en qui a instauré une méthode alternative pour juger en équité explicitement. La loi de 1977 offre une protection positive pour les consommateurs qui seraient naïfs et qui ne seraient pas sur un pied d'égalité avec une autre partie. Cette loi vise également à protéger les contrats commerciaux quant aux conditions générales. Le UCTA étend, au-delà des principes de common law, le principe d'équité pour protéger, *inter alia*, les consommateurs, des éventuelles clauses d'exclusion de responsabilité qui seraient abusives. La section 11 de l'UCA introduit un « test of reasonableness »: les termes du contrats doivent être équitables et raisonnables, et doivent avoir été connu ou être connus des parties lorsque le contrat est conclu.⁴⁷³ Cette obligation de bonne foi et d'honnêteté à travers un test objectif et raisonnable (reasonableness) qui est typique

⁴⁶⁹ *Walford v Miles* [1992] 1 All ER 453,.

⁴⁷⁰ *Walford v Miles* [1992] 1 All ER 453, [46] (Lord Ackner) : « A duty of good faith is. . . inherently inconsistent with the position of a negotiating party ».

⁴⁷¹ CARTWRIGHT V. J., « Analyse comparée de la responsabilité précontractuelle dans les droits européens », in *L'avant-contrat*, Colloque Univ. Amiens, PUF 2008, p. 31 s., spéc. p. 37 et p. 40.

⁴⁷² DORFMAN R.S., *The Regulation of Fairness and Duty of Good Faith in English Contract Law: A Relational Contract Theory Assessment*, Leeds Journal of Law & Criminology _ Vol. 1 No. 1, p.92.

⁴⁷³ Annexe 31.

du domaine des torts (responsabilité délictuelle) où le juge définit lui-même ce qui est considéré comme raisonnable, est cette fois importer dans le domaine contractuel.⁴⁷⁴ Plus récemment, le Consumer Rights Act 2015 qui est entré en vigueur le 1er octobre et a remplacé le Sale of Goods Act 1979 et le Supply of Goods and Services Act 1982, a introduit de manière expresse en sa section 62 l'obligation pour les termes contractuelles d'être équitables (*requirement for contract terms and notices to be fair*).⁴⁷⁵

Par ailleurs, en 1989 Lord Bingham a déclaré, dans la décision *Interfoto Picture Library Ltd v Stiletto Visual Programmes Ltd* [1989] QB 433, l'approche parcellaire (*piecemeal approach*) du principe de bonne foi, consacrant un pas progressif vers la reconnaissance d'un principe général d'équité dans les relations contractuelles :

« *English law has, characteristically, committed itself to no such overriding principle [of fair open dealing] but has developed piecemeal solutions in response to demonstrated problems of unfairness* ». ⁴⁷⁶

Les jugements récents montrent un courant favorable à une telle doctrine.⁴⁷⁷ L'arrêt récent *Yam Seng Pte Ltd v International Trade Corporation Ltd* [2013] EWHC 111 (QBD) indique une avancée positive qui s'éloigne de la position classique rejetant l'obligation générale d'équité dans les relations contractuelles.

Ainsi, le droit des contrats anglais reconnaît et régule implicitement l'équité (*fairness*). De manière *ad hoc* des solutions parcellaires reconnaissent une certaine équité ou justice contractuelle.

⁴⁷⁴ *Rylands vs Fletcher* (1868): "[...] and it seems but reasonable and just that the neighbour who has brought something on his own property (which was not naturally there), harmless to others so long as it is confined to his own property, but which he knows will be mischievous if it gets on his neighbour's, should be obliged to make good the damage which ensues if he does not succeed in confining it to his own property"

⁴⁷⁵ Voir annexe 32.

⁴⁷⁶ *Interfoto Picture Library Ltd v Stiletto Visual Programmes Ltd* [1989] QB 433 (n 3) 439 (Bingham LJ). Voir annexe 33.

⁴⁷⁷ *Timeload Ltd v British Telecommunications plc* [1995] EMLR 459; *Philips Electronique Grand Publique SA v British Sky Broadcasting Ltd* [1995] EMLR 472; *Balfour Beatty Civil Engineering Ltd v Docklands Light Railway Ltd* [1996] 78 Build LR 42, 58; *Re Debtors (Nos 499 and 49950 of 1998)* [1999] 1 All ER (Comm) 149, 157–158.)

§2 Les « piecemeal solutions » en droit des contrats anglais

Ces solutions parcellaires sont des doctrines exceptionnelles par rapports aux règles traditionnelles de *common law*, qui s'opèrent lorsque le consentement au contrat est objectivement vicié.⁴⁷⁸ Il s'agit principalement de l'erreur (*mistake*) (A) et de la déclaration erronée ou faussée (*misrepresentation*) liée à l'obligation ou non de divulgation (*duty of disclosure*) (B).⁴⁷⁹

A) Doctrine of mistake (erreur)

L'erreur vicie le consentement et acquitte les obligations contractuelles invoquant un standard objectif d'équité, de justice.⁴⁸⁰ L'erreur atténue la règle stricte de la *common law* selon laquelle un contrat est conclu lorsque une offre précise rencontre une acceptation non équivoque. L'erreur atténue également le principe de « consideration » (contrepartie).⁴⁸¹ La *consideration* consiste en fait soit à donner un intérêt comme le paiement d'une somme d'argent⁴⁸² ou l'accomplissement une obligation promise comme le paiement du prix.⁴⁸³

En général, les contrats restent en vigueur si une partie a fait une erreur subjective ou considère le résultat injuste. Ce principe général à l'encontre de l'erreur subjective se fonde sur le fait qu'annuler le contrat pour de telles raisons produirait une injustice pour l'autre partie. Seule l'erreur commune, introduite par l'arrêt *Bell v Lever Brother* [1932] AC 161, peut annuler le contrat rétroactivement. Cet arrêt a introduit une doctrine très restreinte de l'erreur en common law comparée au droit français qui a été supplée et complété par l'erreur en Equity (*mistake at*

⁴⁷⁸ DORFMAN R.S., The Regulation of Fairness and Duty of Good Faith in English Contract Law: A Relational Contract Theory Assessment, Leeds Journal of Law & Criminology _ Vol. 1 No. 1, p.105.

⁴⁷⁹ Il y a également l'iniquité (doctrine of unconscionability) mais elle est très rare en *common law*. L'inégalité dans le pouvoir de négociation peut affecter sévèrement le contrat qu'il vicie le consentement (DORFMAN R.S., The Regulation of Fairness and Duty of Good Faith in English Contract Law: A Relational Contract Theory Assessment, Leeds Journal of Law & Criminology _ Vol. 1 No. 1, p.101) L'utilisation d'un pouvoir inégale, notamment contre « le pauvre, l'ignorant ou un esprit faible » (poor, ignorant or weakminded) revient à frauder. (*Credit Lyonnais Bank Netherland NV v Burch* (1997) 1 All ER 144, 151)

⁴⁸⁰ DORFMAN R.S., The Regulation of Fairness and Duty of Good Faith in English Contract Law: A Relational Contract Theory Assessment, Leeds Journal of Law & Criminology _ Vol. 1 No. 1, p.100

⁴⁸¹ Notion caractéristique du droit anglais. La notion de consideration désigne une contrepartie qui n'a ni voir avec la morale ni avec l'illicéité. Elle n'est pas non plus l'équivalent de la cause en droit français. MCKENDRICK E., Contract law, Basingstoke : Palgrave Macmillan, 2011 9th ed., p.63.

⁴⁸² *Currie v Misa* (1875) LR 10 Ex 153.

⁴⁸³ *Combe v Combe* [1951] 2 KB 215

equity).⁴⁸⁴Dans ce dernier cas, l'erreur peut être invoquée par l'une des parties et le contrat est annulé que pour l'avenir.

B) *Misrepresentation et duty of disclosure*

Il n'y a pas traditionnellement, en droit anglais, une obligation de révéler des informations déterminantes au cocontractant dans la négociation : il n'existe pas de *general duty to disclosure*.⁴⁸⁵ Ce principe est justifié par le fait que la connaissance est une source de pouvoir et implique une valeur financière. Une obligation juridique de divulguer tous les faits pertinents pourrait enrichir injusticement l'autre partie.⁴⁸⁶ Dans la théorie traditionnelle, la possibilité de négocier entre les parties (*arm's-length dealing*) permet aux parties de se mettre d'accord sur la meilleure négociation qui conviendrait à leurs propres intérêts.⁴⁸⁷

Ainsi, l'exception dans la doctrine de *misrepresentation* consiste à toute exigence de la part du juge de divulguer des faits dans des circonstances particulières. Cette obligation de divulguer judiciaire agit comme un mécanisme de régulation de bonne foi et d'honnêteté dans les relations contractuelles.

Le pouvoir d'équité pour empêcher les mauvaises négociations est visible lorsque les cours anglaises exigent de rapporter un fait dans les déclarations faussées d'opinion ou d'intention (*misrepresented statements of opinion or intention*)⁴⁸⁸ comme l'exigence d'une expertise.⁴⁸⁹ La *misrepresentation* est la seule exception que Lord Ackner ait acceptée en tant qu'instrument essentiel de bonne foi.⁴⁹⁰

Ainsi, l'équité contractuelle se retrouve en droit anglais à travers ces notions qui font exceptions aux principes de la *common law*. L'honnêteté et l'équité ou la justice sont des exigences sociales actuelles qui promeuvent une certaine efficacité dans les transactions commerciales.⁴⁹¹

⁴⁸⁴ *Associated Japanese Bank (International) Ltd v Crédit du Nord* [1989] 1 WLR 255

⁴⁸⁵ *Keates v Cadogan* [1851] 10 CB 591.

⁴⁸⁶ MCKENDRICK E., *Contract law*, Basingstoke : Palgrave Macmillan, 2011 9th ed. p. 215.

⁴⁸⁷ DORFMAN R.S., *The Regulation of Fairness and Duty of Good Faith in English Contract Law: A Relational Contract Theory Assessment*, Leeds Journal of Law & Criminology _ Vol. 1 No. 1, p.104

⁴⁸⁸ *Edgington v Fitzmaurice* (1885) 29 Ch D 459.

⁴⁸⁹ *Esso Petroleum Co Ltd v Mardon* [1976] 2 Lloyd's Rep 305, cf *Bisset v Wilkinson* [1927] AC 177 where the defendant had no expert knowledge and there was relatively equitable bargaining power

⁴⁹⁰ DORFMAN R.S., *The Regulation of Fairness and Duty of Good Faith in English Contract Law: A Relational Contract Theory Assessment*, Leeds Journal of Law & Criminology _ Vol. 1 No. 1, p.106

⁴⁹¹ DORFMAN R.S., *The Regulation of Fairness and Duty of Good Faith in English Contract Law: A Relational Contract Theory Assessment*, Leeds Journal of Law & Criminology _ Vol. 1 No. 1, p.112-113.

Conclusion

Face à la rigueur du droit, un mot ambigu mais rédempteur se dresse: l'Équité. Dans ses rapport avec le droit, il est possible de dire que l'Équité est multiple. L'Équité peut d'abord être intégrée au droit, lui-même comme c'est le cas de la Shariah dans sa conception stricte. Ensuite, l'Équité peut cohabiter avec le droit comme l'*Equity* et la *Common law* qui cohabitent en droit anglais même si toutes les règles d' *Equity* n'ont pas pour fondement l'équité. Enfin, l'Équité peut être exclue du droit du fait du principe de primauté de la loi comme c'est le cas en droit français. L'expression « l'Équité ou les Équités » paraît donc être justifiée.

Il résulte que la sensibilité face à l'Équité est variable selon les époques et selon les événements. Ceux qui appliquent l'Équité - le juge et toute personne exerçant une fonction juridictionnelle- fixent le contenu de l'Équité selon leurs propres conceptions politiques, religieuses ou philosophiques. La contingence historique se double par conséquent d'une contingence en fonction de sa conception de la société à une époque donnée.

Dans la tradition juridique musulmane, *l'istihsan* ne correspond pas à l'équité de la tradition juridique occidentale bien qu'ils comportent des similitudes. Le contexte de ces deux concepts est dès le départ très différent.

L'équité est un concept juridique occidental fondé sur l'idée de justice et de moralité et tire sa légitimité du droit naturel présent au-delà du droit positif. A l'inverse, *l'istihsan* est un concept profondément ancré dans la Shari'a, loi divine jugée elle-même comme juste et équitable donc parfaite. Dans la tradition juridique occidentale, la loi est l'œuvre du législateur ou du juge, c'est un droit produit par l'homme donc imparfait et l'équité vient corriger et compléter ce droit. Dans la tradition juridique musulmane, la loi désigne exclusivement les règles divines à travers le Coran et la Sunnah. *L'istihsan* est une méthode d'adaptation du droit positif musulman, et non du droit divin qui demeure perpétuel, qui a été développée par les fondateurs de la science juridique islamique (*fiqh*) et leurs disciples, aux cas concrets de la vie humaine.

Il est vrai que l'Équité varie selon les coutumes, les cultures, les mœurs mais c'est une différence d'application et non de nature car dans l'essence il n'y a qu'une

seule Équité. L'Équité vient surtout adapter le droit aux cas concrets, c'est ce qui ressort des trois traditions. L'Équité a ainsi corrigé le droit positif que ce soit dans la tradition juridique occidentale (équité) ou dans la traditions juridique musulmane (*istihsan*). L'Équité est souvent associé à un aspect de la justice, valeur partagée à la fois par la Shariah et le droit naturel.

Bien que la représentation que l'esprit se fait de l'équitable et du juste varie selon l'évolution sociale et l'époque et surtout du cas d'espèce, il s'avère que l'on retrouve tout au long de l'histoire des notions juridiques qui représentent un incontestable fonds commun d'équité et qui démontrent que cette notion jugée si fuyante comporte des constantes. La meilleure conclusion n'est-elle pas que *«l'Équité demeure une des plus rayonnantes formules de justice [...] qui illumine l'espoir des sociétés humaines?»*.⁴⁹²

⁴⁹² DE PAGE H., *A propos du gouvernement des juges ; l'équité en face du droit*, Paris, Sirey, 1931, p.164.

Glossaire des termes juridiques

- **'adl ('adala)** : justice
- **Allah**: Nom désignant en islam le Dieu unique et créateur qui a révélé son existence et ses commandements, ses promesses et ses menaces, depuis Adam jusqu'à Muḥammad.
- **'amm** :généralité
- **'aqd** : contrat
- **din** : religion
- **'ibadat (pl. de 'ibada)** : prescriptions relatives au culte
- **'illah** : cause/ raison/ratio legis
- **'urf** : coutume
- **ahkam (pl. de hukm)** : règle de la Shariah, aussi un jugement.
- **Coran (Qur'an en arabe)**: signifie en arabe « récitation », nom donné à l'ensemble des révélations transmises par Muhammad lors de sa mission au nom d'Allah mises par écrit surtout après sa mort pour constituer l'une des bases fondamentales de la doctrine et de la Loi musulmanes ainsi que l'objet essentiel des sciences religieuses islamiques.
- **dalil** : preuve légale, littéralement « indice » ou « indication », se comprend mieux dans le contexte de la métaphore de la « voie ».
- **darar** : préjudice, dommage
- **darura** : nécessité
- **Equity**: système de règles de droit établi en parallèle de la common law par le Chancelier. Ces règles ont été développées au fil des siècles pour palier les lacunes de la common law. Le corps de l'equity et de la common law ont fusionné au XIX sous l'effet des Judicature Acts de 1873 et 1875.
- **equity** : traduction de l'équité en anglais.
- **Équité** : concept dans sa globalité, cette notion se dégage complètement de la notion d'équité issu de la tradition juridique occidentale.
- **équité** : concept de la tradition juridique civiliste.
- **fair** : juste, loyal, raisonnable, équitable.

- **faqih (pl. fuqaha)** : juristes ou jurisconsultes, spécialistes de la science du droit musulman ou fiqh, qui ont toujours jouée un rôle de premier plan dans la vie sociale et politique de l'islam.
- **Fasid** : nul
- **fiqh** : science du droit musulman, connaissance et étude de la Loi ou Sharia. Le fiqh comprend traditionnellement deux domaines étudiés séparément dans les traités juridiques, d'une part les prescriptions religieuses 'ibadat d'autre part les diverses règles concernant les relations sociales, appelées mu'amalat.
- **gharar** : prise de risque et insécurité dans les transactions et contrats.
- **hanafisme**: école de pensée et de jurisprudence fondée par Abu Hanifah , tirant son nom de son fondateur. Elle prôna l'exercice de l'opinion (ray') et s'opposa en particulier aux écoles malékite et shaféite. Elle est particulièrement présente en Turquie.
- **hanbalisme** : école de pensée dont la doctrine donna naissance à une école juridique bien connue qui tire son nom de celui de son fondateur présumé Ahmad ibn hanbal et qui se développa au cœur de l'Irak des Abbasides dès la seconde moitié du IX siècle.
- **haqq** : droit
- **haraj** : abus, préjudice
- **haram**: terme technique arabe utilisé dans la langue du fiqh et signifiant « illicite » par opposition au terme halal signifiant « licite »
- **ihсан**: le bon, le juste.
- **'illah** : cause, raison.
- **ijma'** : consensus, terme technique juridico-théologique utilisé pour désigner l'une des sources de la Loi après le Coran et la Sunnah. accord unanime de la communauté.
- **ijtihad** : production d'un effort (sens littéraire) ; action de tendre toutes les forces de son esprit jusqu'à leur extrême limite, afin de pénétrer le sens intime de la shar'iah (Coran et Sunnah) pour en déduire une règle conjecturale (qa'idah dhanniyah) applicable au cas concret à résoudre (sens juridique).
- **istihsan**: la recherche du juste (sens linguistique); judicial preference.
- **istislah** : méthode d'argumentation est admise par des juristes chaféites qui considèrent que la maşlahā ou "intérêt général" consiste à observer ce que la Loi veut que les hommes obtiennent" à savoir "le maintien de la religion, la conservation de la vie, de la raison, de la postérité et des biens"; mais les hanbalistes comme Ibn Taymiya sont beaucoup plus réservés sur cette questions. Néanmoins le recours à

l'istislâh jouit toujours d'un certain crédit à l'époque contemporaine et en son nom ont été justifiées des modifications juridiques récemment introduites.

- **malékisme** : courant de pensée et école de jurisprudence fondée par l'Imam Malik à Médine, partisan du hadith (ahl al-hadith). Elle s'appuie essentiellement sur la pratique médinoise.
- **ma'ruf** : le bien.
- **maslahah** : intérêt général/ intérêt public
- **madhhab** (pl. madhahib) : école de jurisprudence traditionnelle de l'Islam.
- **mudarabah** : contrat par lequel la banque ou plus généralement l'apporteur du capital financier apporte l'ensemble des capitaux financiers nécessaires au projet à l'entrepreneur qui lui va apporter son capital travail.
- **mufti** : interprète officiel de la Shariah.
- **mujtahid** : celui qui pratique l'ijtihad.
- **murabaha** : technique consistant en l'achat par la banque d'un actif qu'elle revend à terme à ses clients avec une marge préétablie.
- **musharakah** : contrat entre la banque Islamique et le client en vertu duquel la banque et le client apportent chacun des capitaux en vue d'un projet spécifique.
- **mu'amalat** : prescriptions relatives à la vie sociale
- **nass (pl. nusus)** : texte
- **qadi** : agent de l'autorité appartenant à l'autorité judiciaire et chargé au titre civil et criminel, de la « juridiction » ou qada li permettant de faire régner dans la communauté des croyants un ordre conforme aux exigences de la Loi.
- **qard** : prêt
- **qat'i** : décisif, formel, acéré.
- **qist** : équité/justice (dans le partage).
- **qiyas** : analogie (raisonnement par)
- **raf al-haraj** : cessation de la gêne, de la difficulté.
- **ra'y** : jugement ou opinion personnel, terme juridique arabe désignant « l'opinion personnelle » qui est utilisé avec cette acception particulière dans le fiqh et dans toute la pensée juridique de l'Islam.

- **riba**: usure
- **ṣaḥābah** : Compagnons du Prophète
- **salam (vente)**: vente d'un bien livré à terme moyennant prix comptant.

shaféisme/ shaféite : école juridique qui se réclama d'un juriste du début du IX al Shaf'i'i dont elle tire son nom et prit place très tôt aux côtés des écoles malikite et hanafite en s'appuyant sur une théorie bien définie des *usul al fiqh*. Comme l'explique parfaitement le dictionnaire historique de l'Islam, le shaféisme se distingua tout au long de son histoire par un souci de logique : ses doctrines se sont attachées à définir de façon précise les règles du raisonnement par analogie (*qiyas*) qui permettait de faire des déductions à partir des textes fondamentaux. Ils donnèrent aussi au consensus (*ijma*) une définition précise, celle du consensus exprimé par les docteurs de la communauté.

- **Shar'iah** : ensemble des prescriptions et des réglementations auxquelles le musulman doit se soumettre et qui portent à la fois sur la vie culturelle et sur les relations sociales.
- **sunnah**: ensemble des paroles, des actions du prophète Mahomet et de la tradition qui les rapporte (*hadith*).
- **takhsis**: fait de particulariser une règle juridique
- **taqlid**: fait d'imiter un raisonnement, une règle.
- **ulémas** : docteurs, savants de la Shariah.
- **ummah** : nation
- **usul al-fiqh** : fondements du droit.
- **waqf** : Biens inaliénables dont l'usufruit est consacré à une institution religieuse ou d'utilité publique.

Bibliographie & Webographie

Textes juridiques ou à caractère juridique

France

Code civil, Dalloz, 115^{ème} éd. 2016, 3230 pages.

Code de procédure civile, Dalloz, 107 éd. 2016, 3478 pages.

Ordonnance n°2016-131 du 10 février 2016 portant réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations, JORF n°0035 du 11 février 2016, texte n° 26
<https://www.legifrance.gouv.fr/eli/ordonnance/2016/2/10/JUSC1522466R/jo/texte> (consulté le 10 juillet 2016)

Pays Arabes

Code civil algérien 1975

- Ordonnance 75-58 du 26 septembre 1975 portant code civil, publié par le Journal officiel 78 du 30 septembre 1975, entré en vigueur le 5 juillet 1975.
- Texte arabe: http://www.joradp.dz/JO6283/1975/078/A_Pag.htm et <http://badj2003.ifrance.com/cci000.htm>;
- Texte français: http://www.joradp.dz/JO6283/1975/078/F_Pag.htm et <http://www.droit.mjustice.dz/code%20civile.pdf>

Code civil Bahreïn 2001

- Décret-loi 19 de 2001 publié dans le Journal officiel no 2476 du 9 juin 2001.
- Texte arabe: <http://www.legalaffairs.gov.bh/LegislationSearchDetails.aspx?id=3989#.V2QR97srKHs> (consulté le 4 juin 2016)

Code civil égyptien 1949

- Code civil égyptien, Édition du cinquantenaire revue par la direction générale de la coopération internationale et culturelle, le Caire, 1998 (français)
- Loi 131/1948 du 16 juillet 1948, publié par le Journal officiel 108 extraordinaire du 29 juillet 1948 [arabe]

Code civil irakien 1953

- Loi 40/1951, publié par le Journal officiel 3015 du 8 septembre 1951 (français)
- Al-Qanun al-madani, Mawsu'at al-tashri'at al-'qariyyah, Bagdad, 1986. Code civil jordanien [arabe]

Code civil jordanien 1977

- Loi 43 de 1976 publiée dans le Journal officiel du 1er août 1976,

- Texte arabe: <http://www.wipo.int/edocs/lexdocs/laws/ar/jo/jo019ar.pdf> (consulté le 6 mai 2016)

Code civil koweïtien 1980

- Décret-loi 67 de 1980 publié dans le Journal officiel no 1335 du 15 janvier 1981.
- Texte arabe: <http://www.e-lawyerassistance.com/LegislationsPDF/kuwait/civillawAr.pdf> (consulté le 4 avril 2016)

Code civil Libyen 1953

- Al-Qanun al-madani, Tripoli, 2003, <http://aladel.gov.ly/home/wp-content/uploads/2016/04/%D8%A7%D9%84%D9%82%D8%A7%D9%86%D9%88-%D9%86-%D8%A7%D9%84%D9%85%D8%AF%D9%86%D9%8A.pdf> (consulté le 5 mai 2016) [arabe]

Code civil somalien 1973

- Loi 37 du 2 juin 1973, entrée en vigueur le 1er juillet 1973, publié dans le journal officiel numéro 6 du 2 juin 1973

I codici e leggi civili della Somalia, a cura di Hassan Sceek Ibrahim, Magadiscio, 1978 (italien)

Code civil syrien 1949

- Al-Qanun al-madani, Muassasat Al-Nuri, Damas, 1996.
- Le code civil syrien, Recueil des lois et de la législation financière de la République arabe syrienne, Damas, sans date.

Code des transactions civiles des Emirats Arabes Unis 1985

- Code civil, Loi 5 de 1985 publié dans le journal officiel no 158 du 29 décembre 1985, dont nous reprenons le texte arabe, entré en vigueur trois mois après. Texte arabe: <http://www.gcc-legal.org/MojPortalPublic/LawAsPDF.aspx?opt&country=2&LawID=3126>

Code civil Yémen 2002

- Loi 14 de 2002 promulguée le 10 avril 2002..
- Texte arabe: <http://www.sanaalawyers.org/htmltonuke.php?filnavn=html/yemleg/3-18.htm> (consulté le 4 juin 2016)

Coran, *Le Saint Coran : texte arabe et traduction française*, Islam International Publications Ltd, 2012, 1267 pages.

Majallah al-ahkam al-'adliyah (Medjellé ottoman), Matba'a al-adiba, Beyrouth, 1302 H., 274 pages.

Royaume-Uni

Royaume-Uni, « The Judicature Acts of 1873 and 1875 », UK Parliament, <http://www.parliament.uk/about/living-heritage/transformingsociety/laworder/court/overview/judicatureacts/> (consulté le 13 avril 2016).

Royaume-Uni, *Companies Act 2006*, <http://www.legislation.gov.uk/ukpga/2006/46/contents> (consulté le 19 juin 2016)

Royaume-Uni, *Companies Act 1989*, <http://www.legislation.gov.uk/ukpga/1989/40/contents> (consulté le 18 juin 2016)

Royaume-Uni, *Companies Act 1956*, http://www.mca.gov.in/Ministry/actsbills/pdf/Companies_Act_1956_Part_1.pdf (consulté le 18 juin 2016)

Royaume-Uni, *Unfair Contract Terms Act (UCTA) 1977* (<http://www.legislation.gov.uk/ukpga/1977/50>) (consulté le 5 août 2016)



Jurisprudence

France

- Civ. 6 mars 1876, DP 1876. 1. 193 ote A. Giboulot, cité par F. TERRÉ et Y. LEQUETTE, GAJC, t. 2, 12^e éd., 2008, Dalloz, n^o 165, p. 183
- Cass. Req. 15 juin 1892 DP 1892 1. 596 note J-E. Labbe, cité par F.TERRE et Y. LEQUETTE.
- Trib. corr. Château-Thierry, 4 mars 1898, *aff. Ménard* : DP 1899, 2, p. 329.
- Civ. 19 mars 1913, DP 1916. 1. 238 ;
- Civ. 6 juin 1921, DP 1921. 1. 73, rapp. A. Colin, S. 1921. 1. 193, note L. Huguency ;
- Cass. Civ. 16 mars 1937, S 1937 1. 184 ;
- Com. 2 déc. 1947, RTD civ. 1948. 332, obs. H. Mazeaud et L. Mazeaud
- Cass. Soc. 23 janv.1948 JCP 1948 II. 4229
- Cass. Crim. 24 juill. 1967, JCP II 15399
- Soc. 12 mai 1965, D. 1965. 652
- Com. 18 déc. 1979, n^o 78-10.763 , Bull. civ. IV, n^o 339, RTD civ. 1980. 780, obs. G. Cornu

- Cass. Soc. 21 fev. 1980, n° 78-40122: Bull. civ. V, n° 170
- Cass. 1^{ère} civ. 7 juin 1988 n°86-15090 D. 1989. 141, note A. Breton
- Cass. 3^{ème} Civ., 24 oct. 1990, n°89-12280 D. 1991 Somm. 307, obs A. Robert.
- Cass. Soc., 11 mai 1994 : D. 1995. 626, obs. C. Puigelier.
- Civ. 3^e 22 mars 1995 n°93-14590, Bull. Civ. III n°78, Gaz. Pal. 1996. 1. Somm. 244, obs. H. Croze et C. Morel.
- Cass. Com. 16 avr. 1996 n°93-20664 ;
- Cass. 1^{ère} civ 3 juill. 1996 n°94-14820 Bul. Civ. I n°296
- Cass. Soc. 4 déc. 1996 n°94-40693, RTD civ. 1998. 221 obs. N. Molfessis
- Cass. Com. 21 nov. 2000 n°98-17478
- Cass. 1^{ère} civ, 21 mars 2001, *Bull. civ. I*, n° 97, p. 65.
- Bourgues, 19 déc. 2001, AJ fam. 2002. 182
- Cass. Soc. 2 mai 2000, Bull. civ. V n°162, p.127
- Cass. Com. 14 janv, 2003, n°99-20872, inédit.
- Cass. com., 8 mars 2005: D. 2005, panorama, 2843, obs. B. Fauvarque-Cosson; RDC 2005, 1015, obs. D. Mazeaud
- Cass. 1^{ère} civ., 6 juill. 2005, *Golshani c/ Gouvernement de la république islamique d'Iran* Bull. civ. I, n° 302 ; D. 2006. 1424, obs. E. Agostini ; Gaz. Pal., 24-25 févr. 2006, p. 18, obs. F.-X Train ; RTD Com. 2006. 309, obs. E. Loquin.
- Cass. 1^{ère} civ., 28 novembre 2007, n° 06-16.835 : D. 2008, p.76, note X. Delpech.
- Cass. Ass. plén., 27 février 2009, n°07-19.841 : D. 2009. 723, obs. X. Delpech, 1245, note D. Houtcieff, 2010.172; JCP G 2009 II. 10073, note. P. Callé.
- Cass 1^{ère} civ. 8 juill. 2010, n°09-66186, Bull. civ. I, n°165
- Cass. Com. 20 sept. 2011, n°10-22.888, D. 2011. 2345, obs. X. Delpech.
- Cass. 1^{ère} civ., 20 mars 2013: D. 2013. 1451, obs. S. Le Gac-Pech.
- Cass. 1^{ère} civ., 4 déc. 2013, n° 12-26.066, D. 2013. 2914 note F. Chénédedé. 2014. 153 obs. H. Fulchiron.

Royaume-Uni

- *Earl of Oxford's Case* [1615] 21 ER 485
- *Knight v Knight* (1840) 49 ER 58
- *Saunders v Vautier* (1841) 4 Beav 115
- *Keates v Cadogan* [1851] 10 CB 591

- *Palmer v Simmonds* (1854) 2 Drew 221
- *Cave v. Mills* (1862) 7 H & N 913 158 E.R. 740
- *Re Tempest* (1866) 1 Ch App 485
- *Rylands vs Fletcher* (1868)
- *Lee v. Haley* (1869) LR 5 Ch App 671
- *Leech v. Schweder* (1873) LR 9 Ch App 463
- *Locking v. Parker* (1873) 8 LR Ch App 30 at 39
- *Currie v Misa* (1875) LR 10 Ex 153
- *Hughes v. Metropolitan Railway Co* (1877) 2 App. Cas 439.
- *Edgington v Fitzmaurice* (1885) 29 Ch D 459
- *Letterstedt v Broers* (1884) 9 AC 371
- *Radcliffe and Cross, Clafin v Clafin* (1889) 20 NE 454
- *London Joint Stock Bank v Macmillan* (1918) AC 777 HL
- *Re Wait* [1927] 1 Ch 606 at 635.
- *Donogue v. Stephenson* [1932] AC 562, HL
- *Central London Property Trust Ltd v. High Trees House Ltd* (1947) K.B.130
- *Buttle v Saunders* [1950] 2 All ER 193
- *Combe v. Combe* [1951] 2 K.B. 215
- *McPhail v Doulton* [1971] AC 424 HL
- *Ebrahimi v Westbourne Galleries Ltd* [1973] AC 360
- *Crabb v. Arun District Council* [1975] EWCA Civ 7
- *Lloyds Bank Ltd v Bundy* [1975] QB 326
- *Brikom Investments Ltd v. Carr*, (CA), 1979, [1979] Q.B. 467
- *Duport Steels Ltd v Sirs* [1980] 1 WLR 142
- *Street v. Mountford* [1985] 1 AC 809
- *Interfoto Picture Library Ltd v Stiletto Visual Programmes Ltd* [1989] QB 433
- *Elders, Pastoral Ltd v. Bank of New Zealand* [1989] 2 NZLR 180
- *Associated Japanese Bank (International) Ltd v Crédit du Nord* [1989] 1 WLR 255
- *Rowan v Dann* (1991) 64 P&CR 202
- *Runciman v. Walter Runciman plc* [1992] BCLC 1084
- *Walford v Miles* [1992] 1 All ER 453
- *Royal Brunei Airlines v Tan* [1995] 3 WLR 64

- *Timeload Ltd v British Telecommunications plc* [1995] EMLR 459
- *Trustee of the Property of F.C. Jones and Sons (a firm) v Jones* [1997] Ch 159
- *Taylor v Dickens* [1998] 1 FLR 806
- *Wainwright v Home Office* [2003] UKHL 53



Ouvrages en français

ALBIGES C., *De l'équité en droit privé*, LGDJ, 2000, 375 pages.

ALBIGES C., « 'Équité' dans Répertoire de droit civil » *Dalloz*, septembre 2011.

ALDEEB S. A., *Introduction à la société musulmane : Fondements, sources et principes*, Eyrolles, 2006, 462 pages.

ALDEEB S. A., *Les sources indéterminées du droit égyptien*, Étude comparée, 2007

ALLAND D. & RIALS S. dir., « Droit comparé » dans *Dictionnaire de la culture juridique*, PUF, 4ème édition, 2012, 1640 pages.

ARISTOTE, *Ethique à Nicomaque*, 1992, LGF, 448 pages

BLANC F.P., *Le droit musulman (Connaissance du droit)*, *Dalloz*, 1995, 143 pages

CABRILLAC R., (dir.), *Dictionnaire du vocabulaire juridique*, Lexis Nexis, 7^e édition, 2016, 544 pages.

CADIET L., *Une justice contractuelle, l'autre*, Mélanges Ghestin, 2001, Litec.

CANCE A., *Le Code de droit canonique : commentaire succinct et pratique. Introduction*, Volume I, J. Gabalda, 1950, 496 pages.

CARBONNIER J., *Droit civil. Introduction*, 27^e éd., 2002, PUF, 391 pages.

CARDAHI C., *Droit et morale: le droit moderne et la législation de l'Islam au regard de la morale*, tome I, Analyse critique et synthèse comparative des éléments de la responsabilité délictuelle en matière civile, Annales de la Faculté de droit de l'Université de Saint-Joseph de Beyrouth, Beyrouth, 1950, 458 pages.

CHEHATA C., *Etudes de droit musulman*, Préf. de M. Alliot, PUF, 1971, 256 pages.

CORNU G., *Vocabulaire juridique*, Paris, Puf -Quadrige ; Dicos Poche, 9^{ème} édition, 2011, 1093 pages.

CORNU G., *Vocabulaire juridique*, Paris, Puf -Quadrige ; Dicos Poche, 11^{ème} édition, 2016, 1152 pages.

DARMAISIN S., *Le contrat moral*, préf. B. Teyssié, 2000, LGDJ

DAVID R. et JAUFFRET-SPINOSI C., *Les grands systèmes de droit contemporains*, *Dalloz*, « Précis », 11^{ème} éd., 2002, 600 pages.

- DAVID R., « Existe-t-il un droit occidental? », Extrait de *XXth Century Comparative and conflicts law : legal essays in honor of Hessel E. Yntema*, Leyden : A.W. Sythoff, 1961, 547 pages.
- DE PAGE H., *A propos du gouvernement des juges ; l'équité en face du droit*, Paris, Sirey, 1931.
- GAMBARO A., SACCO R. et VOGEL L., *Traité de droit comparé: le droit de l'occident et d'ailleurs*, LGDJ 2011, 455 pages.
- GENY F., *Méthode d'interprétation et sources en droit privé positif : essai critique*, LGDJ, 1919, 3 volumes.
- GOLDZIHNER, I., *Sur l'Islam: origins de la théorie musulmane*, Desclée de Brouwer, Paris 2003, 290 pages.
- JESTAZ P., *Le droit*, 4^e ed., 2002, Dalloz, 200 pages.
- LE TOURNEAU P., *L'éthique des affaires et du management au XXI^e siècle*, 2000, Dalloz.
- LEQUETTE Y., *Bilan des solidarismes contractuels*, Mél. Didier, 2008, Economica.
- MAZEAUD D., *Loyauté, solidarité, fraternité : la nouvelle devise contractuelle ?*, Mél. Terré, 1999, PUF-Juris-Classeur.
- MAZEAUD H., L. et J., *Leçons de droit civil*, Montchrestien. 4^{ème} édition, 1972.
- MENSKI W., *Comparative Law in a Global Context: the legal systems of Asia and Africa*, 2nd edition, CUP, 2006, 674 pages.
- MERRYMAN J.H. and PEREZ-PERDOMO R., *The Civil Law tradition, An introduction to the legal systems of Europe and Latin America*, Stanford California, Stanford University Press, 3^{ème} éd. 2007, 173 pages.
- MERRYMAN J.H., *The civil law tradition*, 2^{ed}. Standfort University Press, 1985.
- MONTESQUIEU, *De l'Esprit des Lois*, Paris Garnier, 1868, 700 pages.
- NAJJAR I., *Nouveau Dictionnaire Juridique Français-Arabe*, Beyrouth, Librairie du Liban, 2006.
- OPPETIT B., *Éthique et vie des affaires*, Mél. Colomer, 1993, Litec.
- OPPETIT B., *Philosophie du droit*, Précis Dalloz, 1999
- PORTALIS, *Ecrits et discours juridiques et politiques*, 1988, PUAM, 406 pages.
- POTHIER, *Traité des obligations*, Langlet & Cie, 1835, 756 pages.
- RAMBAUD T., *Introduction au droit comparé : les grandes traditions juridiques dans le monde*, Paris, PUF, 2014, 304 pages.
- SCHACHT J., *Esquisse d'une histoire du droit musulman*, (traduit de l'anglais par Jeanne et Félix Arin), Librairie orientale et américaine, 1953, 89 pages.
- SCHACHT J., *Introduction au droit musulman*, Maisonneuve & Larose, 2^{ème} éd., 1999, 252 pages.
- SOURDEL J. et SOURDEL D., *Dictionnaire historique de l'Islam*, Paris, PUF, 2007, 962 pages.

ST. THOMAS D'AQUIN, *Somme théologique*, Cerf, 1984, 4 tomes, 966 pages.

TRIGEAUD J.-M., *Eléments d'une philosophie politique*, Editions Bière, 1993, 282 pages.

VANDERLINDEN J., "A propos des Familles de Droits en Droit Civil Comparé," in *Hommages A R. Dekkers* 363 (1982).

Ouvrages en arabe

ABU-YUSUF, *Kitab Al-Kharaj*, Librairie orientaliste Paul Geuthner, Paris, 1921.

ABU-ZAHRAH M., *Malek (hayatoh wa 'asroh- araoh u fiqh)*, Dar al-Fikr al-'Arabi- 3ème édition.

ABU-ZAHRAH, M., « Ta'liq 'ala Mawdu' al-Istihsan wa'l-Masalih al Mursalah » dans *Al-Majlis al-Ala li-Ri'ayat al Funun wal-Adab wal alUlum al Itjim'iyyah, Usu' al-Fiqh al-Islami wa mihrajan al-Imam Ibn Taymiyah*, Damascus, 1960.

ABU-ZAHRAH, M., *Usul al-Fiqh*, Dar el Fikr el-Arabi, Caire.

AL- SHAYBANI M., *Al-Aṣl*, Dār Ibn Ḥazm lil-Ṭibā'ah wa-al-Nashr wa-al-Tawzī', Beyrouth, 2012, 13 volumes.

AL-AMIDI, 'Alī ibn Abī 'Alī, *Al-Ihkām fī uṣūl al-aḥkām*, al-Riyād, Dār al-Ṣumay'ī, 2003, 4 volumes.

AL-AWWA M.S. & ABD AL-KHALIQ F., *Fil-fiqh al siyasi al Islami :mabadi dusturiyya ; al-shura, al-'adl, al-musawat*, Dar al-Shuruq, Le Caire & Beyrouth 1998.

AL-BASRI A.H., *Al-matmd fī Usul al Fiqh*, Beyrouth: Dar el-keteb al-'elmiyah, Vo. 1 et 2, 2010 <http://www.islamicbook.ws/asol/almatmd-.pdf> , 449 pages.

AL-BASRI, *Kitab al-Mu'tamed fī Usul al-Fiqh*, vol. I & II, Institut Français de Damas, Damas, 1965.

AL-BUKHARI, *Kashf al-asrār 'an Uṣūl Fakhr al-Islām al-Bazdawī*, Dār al-Kutub al-'Ilmiyah, Beyrouth, 1997 4 v.

AL-GHAZALI. *Al-Mustasfa min 'Ilm al-Usul*, Caire, Al-Maktabah al-Tijariyyah, 1937, 2 volumes.

AL-JASSAS, *Uṣūl al-fiqh al-musammá bi al-Fuṣūl fī al-uṣūl*, Dawlat al-Kuwayt, Wizārat al-Awqāf wa-al-Shu'ūn al-Islāmīyah, al-Idārah al-'Āmmah lil-Iftā' wa-al-Buḥūth al-Shar'īyah, Kuwait, 1994, 4 volumes.

AL-JUNDI A.H., *Abu Hanifah (batal al-horiya wa itisa' fi-l islam)*, Dar sa'd lil-tiba'a wa-l nashr, 1945.

AL-KASANI, *Bada'i Al-Sana'i Fi Tartib Al-Shara'i*, Egypte, Sharikat al-Maṭbū'ât al-'Ilmiyah, 7 vol., 1910.

AL-KHALIQ F.A., *Fil-fiqh al siyasi al Islami :mabadi dusturiyya ; al-shura, al-'adl, al-musawat* (Cairo and Beirut : Dar al-Shuruq, 1998).

- AL-KHUDARI M., *Ta'rikh al-Tashri al-Islami*, 7^{ème}, Beyrouth, Dar al-Fikr, 1981.
- AL-RABI' AH, A.-A., *Adillat al-tashrī' al-mukhtalif fī al-ihtijāj bihā : al-qiyās, al-istihsān, al-istiṣlāh, al-istiṣhāb*, Mu'assasat al-Risālah (Beyrouth), 1979, 331 pages.
- AL-RAYSUNI A., *Nazariyyat Al-Maqasid 'inda Al-Imam Al-Shatibi*, Dar Al-Kalimah, Mansoura, Egypt, 1997.
- AL-SARAKHSI, Shams al-Dīn, *Kitāb al-Mabsūt (Al-Mabsut)*, Maṭba'at al-Sa'adah, Egypte, 1906-1913, 30 volumes.
- AL-SARAKHSI, *Usul al-Sarakhsi*, Abu'l-Wafa al-Afghani (éd.), Caire, Matba'ah Dar al-Kitab al-'Arabi, 1372 AH.
- AL-SHATIBI, *al-I'tisam*, Caire, Matba'ah al-Manar, 1914.
- AL-SHATIBI, *al-Muwafaqat fī Usul al-Shari'ah*, éd. Shaykh 'Abd Allah Diraz, Caire : al-Maktabah a-Tijariyyah al-Kubra, 1966, 6 volumes.
- AL-SHAYBANI, M., *al-Aṣl*, Le Caire, 1966-1973, 13 volumes.
- AL-SHIRAZI (trad. Eric Chaumont) *Kitāb al-Luma' fī uṣūl al-fiqh : traité de theorie légale musulmane*, Berkeley, CA : Robbins Collection, 1999, 432 pages.
- AL-ZAHILI W., *Usul al fiqh al islami*, Vol.2 Dar al fekr, 2005 3ème édition p.17 à 29 (istihsan) et p.33 à 96 (masalah morsalah ou istihlah).
- AL-ZARQA, *Al-Fiqh Al-Islami Fi Thawbihi Al-Jadid*, 7e éd. Dar-Al-Fikr, Beyrouth.
- AL-ZARQA, M., *Al-Madkhal al-Fiqhi al-'Amm*, 6ème édition, Damas, Dar a-Fikrm, 1967, vol. I & II.
- CHALABI M. M., *Ta'lil al-Ahkam*, Matba'a Al-Azhar, Egypte 1947, 408 pages.
- HAFEZ S., *Al-Islam wa al-Shara'e' al-Samawiyah*, Matba'a al-Manar, 2000.
- IBN AL-HAJIB, *Mukhtasar al-Muntaha'*, al-Maktabah al-Islamiyyah, Constantinople, 1310 AH.
- IBN HANBAL, *Musnad*, Dar Ihya' al-turath al-'arabi, 1993, 9 volumes.
- IBN MANZUR, *Lisān al-'Arab al-muḥīt*, Dar Lisan al-'Arab, Beyrouth, 1970, 3 volumes.
- IBN RUSHD, *Bidayah, al-Mujtahid*, Mustafa al-Babi al-Halabi, Caire, 1981.
- KHALLAF, *Ilm Usul al-Fiqh*. 12th edn, Kuwait, Dar al-Qalam, 1398/1978.
- KHALLAF, *Masadir al-Tachri' al-islami*, Al-Qāhira' : Ḡāmi'a' al-Duwal al-'Arabiyya', Ma'had al-Dirāsā' al-'Arabiyya' al-'Āliya', Le Caire, 1955, 149 pages
- MOUSAH M. Y., *Tarikh al fiqh al islami* (Volume III: Abu Hanifa Al No'man wa madhahabuhu fi el fiqh), Dar al ma'refa (Le Caire), Ligue des pays arabes.
- QARAFI A. & IBN QASIM, *Sharḥ Tanqīḥ al-fuṣūl fī-al-uṣūl*, Al-Matba'a al-Khayriyah, Egypte, 1889, 208 pages.

QASIM Y., *Mabadi al-fiqh al-Islami*, Dar al-Nahdah al-Arabiyah, 1983, 430 pages.

ZARKASHI, *Al-Bahr al muhit*, 2ème édition, Koweït, Wizārat al-Awqāf wa-al-Shu'ūn al-Islāmīyah, 8 volumes.

Ouvrages en anglais

AKGÜNDÜZ A., *Introduction to Islamic Law: Islamic Law in Theory and Practice*, IUR Press, Rotterdam, 2010, 406 pages.

AL-BUKHARI, *Sahih al-Bukhari*. Eng. Trans. Muhammad Muhsin Khan, Lahore : Kazi Publications, 1979.

AMANAT, A. & GRIFFEL F., *Shari'a: Islamic Law in the Contemporary Context*, Stanford University Press, California, 2007, 264 pages.

AUDA J., *Maqasid al-Shariah as Philosophy of Islamic Law : A Systems Approach*, International Institute of Islamic Thought, March 2008, 347 pages.

BALLANTYNE W. M., *Essays and Addresses on Arab Laws*, Curzon Press, 2000, 278 pages.

BRYCE, J., *Studies in History and Jurisprudence* (Volume II), Beit Library Oxford p.164

EMON, A. M., *Islamic Natural Law theories*, OUP, 2010, 222 pages.

ESPOSITO J. L., *The Oxford Dictionary of Islam*, New York, Oxford University Press, 2009, 360 pages

GLEAVE R., « Muslim Jurisprudence » dans William Edelglass and Jay L. Garfield, *The Oxford Handbook of World Philosophy*, OUP, 2011, 656 pages.

GLENN H.P., *Legal Traditions of the World*, 2e éd., Oxford, Oxford University Press, 2004, 456 pages.

HALLAQ W. B., *Authority, Continuity and change in Islamic Law*, CUP, 2001, 284 pages.

HALLAQ W. B., *Sharī'a: Theory, Practice, Transformations*, CUP, 2009, 626 pages.

HALLAQ W., *The impossible State, Islam Politics and Modertiny's moral predicament*, Columbia University Press, New York, 2013, 256 pages.

JUYNBOLL, G. H. A. *Muslim tradition: studies in chronology, provenance, and authorship of early ḥadīth*, Cambridge : Cambridge University Press, 1983, 273 pages.

KAMALI M. H., *Equity and Fairness in Islam*, Cambridge, The Islamic Texts Society, 2005, 144 pages.

KAMALI M.H., *Principles of Islamic Jurisprudence*, Islamic Texts Society, 3ème edition, 2005, 550 pages.

- KERR M.H., *Islamic Reform: The Political and Legal Theories of Muhammad Abduh and Rashid Rida*, Berkeley: University of California Press, 1966.
- KHAN L. A. et RAMADAN H. M., *Contemporary Ijtihad : Limits and Controversies*, Edingburgh University Press, 2012, 264 pages.
- MAHMASSANI S., *The Philosophy of Jurisprudence In Islam, Comparative study of the Islamic rites and modern legal systems*, Dar El-Kachaff (Beirut, Lebanon), 2nd Edition, 1952 .
- MAITLAND F.W., *Equity: a course of lectures*, Cambridge University Press, 2nd edition, 1936, 343 pages (Lectures I and II: the origin of Equity p.1-22)
- MAKDISI G., *Arabic and Islamic Studies in Honor of Hamilton A.R. Gibb*, Brill Archive, 1965.
- MAKDISI G., *Ibn 'Aqil: Religion and Culture in Classical Islam* (Edinburgh U. Press 1997)
- MCKENDRICK E., *Contract law*, Basingstoke : Palgrave Macmillan, 2011 9th ed. 396 pages.
- NIDA E. A. et TABER C.R., *The Theory and Practice of Translation*, Leiden,1982, 218 pages.
- ROEDERER C. & MOELLENDORK D., *Jurisprudence*, (Lansdowne : Jut and Company Ltd), 2007, 667 pages.
- SAINT GERMAN C., *The Doctor and student*, London, Washington County Free Library, Sixteenth Edition, 1761, 513 pages (Chapter XVI p.45)
- SCHACHT J., *The Origins of Muhammadan Jurisprudence*, OUP: Clarendon Press, 1967, 348 pages.
- SHERMAN A. J., *Islamic Law and the State (the Constitutional Jurisprudence of Shihad al-Din al-Qarafi)*, E. J. Brill, New Yorl, 1996, 249 pages.
- WATT G., *Equity and Trusts Law*, 4^{ème} éd. Oxford, Oxford University Press, 2014, 511 pages
- WEISS B. G., *Spirit of Islamic Law*, Pbk. ed., University of Georgia Press, 2006, 211 pages.
- ZWEIGERT K. et KÖTZ H., *Introduction to Comparative Law*, 3e éd., trad. T. Weir, Oxford, Oxford University Press, 2008, 744 pages.

Ouvrage italien

- SANTILLANA D., *Instituzioni Di Dirritto Musulmano Malichita con riguardo anche al sistema sciafiita*, 1926, Volume I., Anonima Romana Editoriale, Roma.



Articles en français

AGOSTINI E., « L'équité », *Dalloz* 1978, p.7 et s.

AGOSTINI E., « Estoppel: rendons à César », *Recueil Dalloz* 2006 p. 1424.

ALUFFI, R. « Interpréter et traduire l'arabe, langue de droits » *Revue mensuelle LexisNexis Jurisclasser*, Septembre 2015, n°9.

BENACHENHOU, Y., « Langue arabe, droit et évolution », in *La Traduction juridique. Histoire, théorie(s) et pratique*, Berne et Genève, ASTTI/ETI, 2000, p. 209-221.

BLEUCHOT H., « Les voies de l'équité et le droit musulman », *Droit et Cultures* 38 (1999) :11-35.

BOENTE, W., « Difficultés de connaissances des institutions familiales étrangères : les difficultés liées à la traduction », *Revue mensuelle LexisNexis Jurisclasser*, Septembre 2015 n°9.

BRUSHVIG R., « Conceptions monétaires chez les juristes musulmans (VIIIe-XIIIe siècles) », *Arabica*, T. 14, Fasc. 2 (Jun., 1967), pp. 113-143

CADIET L., « L'équité dans l'office du juge civil », *Justices*, n°9, janv.-mars 1998, p.87

CARDAHI C., *Le droit des Pays sous mandat français en Orient dans ses rapports avec les législations étrangères*, Extrait du Bulletin de la *Société de Législation comparée*, Agen, 1925.

CHAUMONT E., « La problématique classique de l'ijtihad et la question de l'ijtihad du prophète: Ijtihad, wahy et 'isma », *Studia Islamica*, No. 75 (1992), pp.105-139 dans G. N. Picken, *Islamic Law: Critical concepts in Islamic Studies*, Taylor and Francis, 2009, 400 pages

CHEHATA C., « L' « Equité » en tant que source du droit hanafite », *Studia Islamica*, No.25 (1996) pp.123-138

CHEHATA C., « Les survivances musulmanes dans la codification du droit civil égyptien » *Revue internationale de droit comparé*. Vol. 17 N°4, Octobre-décembre 1965. pp. 839-853
http://www.persee.fr/doc/ridc_0035-3337_1965_num_17_4_14398 (consulté le 10 janvier 2016)

CHENEDE F., « Des dangers de l'équité au nom des droits de l'homme », *Recueil Dalloz* 2014, 179.

CINTURA P., « L'usage et la conception de l'équité par le juge administratif », *Revue internationale de droit comparé*. Vol. 24 N°3, Juillet-septembre 1972. pp. 657-676.
http://www.persee.fr/web/revues/home/prescript/article/ridc_00353337_1972_num_24_3_15022 consulté le 6 octobre 2014)

DAUDET V. et NAVARRE-BRAGER J., « Le droit, source de conflits », *Jurisdoctoria* n° 2, 2009, pp.21-45.

DION N., « Le juge et le désir du juste », *Recueil Dalloz* 1999, chron. p. 198.

DISSAUX N., « Drôle de Droit », *Recueil Dalloz*. 7 janvier 2016, n°1. p.1.

GEMAR J.-C., « Traduire le droit ou le double langage de Thémis », *Hermès La Revue* 2007/3 (n° 49), p. 149-155.

GIRARDET A., « L'équité du juge: si on levait le voile? », *Justices*, n°9, janv.-mars 1998, p.1-5

HAUSER J., « Le juge et la loi », *Pouvoirs*, 2005/3 n° 114, p. 139-153.

HUGLO J-G., « La Cour de cassation et le principe de la sécurité juridique », *Cahiers du Conseil constitutionnel n°11* (Dossier : Le principe de sécurité juridique)- Décembre 2001, 15 pages

JAHHEL S., « Chari'a et contrat internationale », Extrait Clés pour le siècle, *Dalloz*.

JALUZOT B., « La bonne foi dans les contrats. Etude comparative de droit français, allemand et japonais », *Revue internationale de droit comparé*. Vol. 53 N°4, Octobre-décembre 2001. pp. 1008-1012

KHAIRALLAH G., « Le "raisonnable" en droit privé français – développements récents », *RTD civ.* 1984, pp. 439-468.

MARTIN R., « Principes directeurs du procès » dans *Répertoire de droit civil* » *Dalloz*, décembre 2010.

MOLFESSIS N., « L'équité n'est pas une source du droit », *RTD Civ.* 1998. 221.

NEWMAN R. A., « La nature de l'équité en 'droit civil' », *Revue internationale de droit comparé*. Vol. 16 N°2, Avril-juin 1964. pp. 289-295.

(http://www.persee.fr/web/revues/home/prescript/article/ridc_0035-3337_1964_num_16_2_13936 (consulté le 6 octobre 2014))

PASLEY R. S. « L'équité en droit anglo-américain », *Revue internationale de droit comparé*. Vol. 13 N°2, Avril-juin 1961. pp.292-299

(http://www.persee.fr/web/revues/home/prescript/article/ridc_0035-3337_1961_num_13_2_13067 (consulté le 6 octobre 2014))

PERENA VICENTE M., « Les difficultés liées à la traduction et à l'interprétation dans les pays pluri-législatifs » *Revue mensuelle LexisNexis Jurisclasser*, Septembre 2015, n°9 pp.25-27.

PFERSMAAN O., « Le droit comparé comme interprétation et comme théorie du droit », *Revue internationale de droit comparé*. Vol. 53 N°2, Avril-juin 2001. pp. 275-288

www.persee.fr/doc/ridc_0035-3337_2001_num_53_2_17976 (consulté le 5 décembre 2015)

SAKRANI R., Codifier la morale? La morale dans les Codes civils français et tunisien, *Revue internationale de droit comparé*, 2008, Vol.60(2), pp.461-485

TUNC A., « L'équité en droit anglais et en droit américain », *Justices*, n°9, janv.-mars 1998, pp.123-129

TYAN E., « Méthodologie et sources du droit privé en Islam », in *Studia Islamica*, fasc. X, p.101 et s.

VALEMBOIS A-L., « La constitutionnalisation de l'exigence de sécurité juridique en droit français », *Cahiers du Conseil constitutionnel n°17* (Prix de thèse 2004)- mars 2005, 12 pages.

Articles en anglais

ANESON T.L., « The Triumph of Equity : Equitable Estoppel in Modern Litigation », *The Review of Litigation*, Vol.27 :3, pp.378-438.

ANVER M.E., «Natural Law and Natural Rights in Islamic Law», *Journal of Law Religion*, Vol. XX, pp.351-396.

CLARKE, M., « The judge as tragic hero: Judicial ethics in Lebanon's shari'a courts », *American Ethnologist*, Vol. 39, 2012, pp. 106–121.

CURRAN V. G., « Cultural Immersion, Difference and Categories in U. S. Comparative Law», *American Journal of Comparative Law*, 46, 1998, pp. 43-92.

DICEY A.V., *Introduction to the Study of the Law of the Constitution*, Macmillan and Co., 6th Edition (1902).

DORFMAN R.S., « The Regulation of Fairness and Duty of Good Faith in English Contract Law : A Relational Contract Theory Assessment », *Leeds Journal of Law & Criminologie*, Vol. 1 No. 1 pp.91- 117.

EVANS J., AYLWERTON, O. A., & Legal Research Foundation (University of Auckland), *Legal reasoning and judicial activism: Two views*, (1992), Auckland, N.Z.: Legal Research Foundation.

GAUDIOSI M.M., «The influence of the Islamic law of Waqf on the development of the trust in England: the case of Merton College», *University of Pennsylvania Law Review*. Vol. 36, 1988, pp. 231-260

HALLAQ, W., « Was the Gate of Ijtihad Closed? », *International Journal of Middle East Studies*, 16(1), 1984, pp.3-41 <http://www.jstor.org/stable/162939> (consulté le 6 juin 2016)

HESSEL Y. E., « Equity in the Civil Law and the Common Law », *AJCL*. 15 (1967): 60-68

MAKDISI J., « A reality check on istihsan as a method of islamic legal reasoning », *UCLA Journal of Islamic and Near Eastern Law*, 2 :1 (2002-2003), 99-127 dans G. N. Picken, *Islamic Law: Critical concepts in Islamic Studies*, Taylor and Francis, 2009, 400 pages.

MAKDISI J., « Legal Logic and Equity in Islamic Law », *American Journal of Comparative Law* 33 (1985) : 63-92

MATTEI U., « Three Patterns of Law: Taxonomy and Change in the World's Legal Systems », *American Journal of Comparative Law*, 45, 1997, pp.5-44.

ÖRÜCÜ E., « Methodological Aspects Of Comparative Law », *European Journal of Law Reform*, 8, 2006, pp. 29-42

PALMER V.V., «"May God Protect Us from the Equity of Parlements": Comparative Reflections on English and French Equity Power», *Tulane Law Review*, Vol.73, 1999, pp.1287-1306

RAZI, G.M., “Reflections on equity in the civil law system”, *The American University Law Review* (1963), Vol.13 pp. 24-44.

SHAH A. H., Istihsan (Juristic Preference), *Usul-al Fiqh*, <https://thequranblog.files.wordpress.com/2010/04/istihsan.pdf> (consulté le 2 octobre 2015)

TASIOULAS J., « The Paradox of Equity », *The Cambridge Law Journal*, 1996, Vol.55(3), pp.456-469.

Article en arabe

MIKADI. "Bahth fi'l-Istihsan" in *Al-Majlis al A'lli fi Ri'ayat al funun wa'l -adab wal 'Ulum al-Ijtima'iyyah, Ubsu al fiqh al-Islami wa Mihrajan al-Imam Ibn Taymiyyah*. Damascus : 1960, 297-343



Encyclopédies et Dictionnaires

« Lingua franca », *Dictionnaire Larousse* [en ligne]
http://www.larousse.fr/dictionnaires/francais/lingua_franca/47264#OdVmZJST2dOe4i1X.99
(consulté le 18 avril 2016).

« Waqf », *Dictionnaire Larousse* [en ligne]
<http://www.larousse.fr/dictionnaires/francais/waqf/10910727> (consulté 10 mai 2016.)

ANSARI Z. I., « ABŪ HANĪFA (700 env.-767) », *Encyclopædia Universalis* [en ligne],
<http://www.universalis.fr/encyclopedie/abu-hanifa/> (consulté le 6 août 2016. URL).

ARNALDEZ R., « ALLĀH », *Encyclopædia Universalis* [en ligne],
<http://www.universalis.fr/encyclopedie/allah/> (consulté le 24 août 2016).

BOHAS G., « 'UMAR I^{er} ou OMAR I^{er} ABŪ HAFSA IBN AL-KHATTĀB (581 env.-644) calife (634-644) », *Encyclopædia Universalis* [en ligne],
<http://www.universalis.fr/encyclopedie/umar-ier-omar-ier-abu-hafsa-ibn-al-khattab/> (consulté le 11 juillet 2016)

BURDEAU F., « SELDEN JOHN - (1584-1654) », *Encyclopædia Universalis* [en ligne]
<http://www.universalis.fr/encyclopedie/john-selden/> (consulté le 13 mai 2016)

C. CHEHATA, « ISLAM : Les sciences religieuses traditionnelle- Le droit », *Encyclopædia Universalis*, 1970, p. 513 et s.

CARDASCIA Guillaume. « Hammourabi », *Encyclopedia Universalis*. [en ligne]
<http://www.universalis.fr/encyclopedie/hammourabi/> (consulté le 22 janvier 2016).

CHEHATA C., « ISLAM : Les sciences religieuses traditionnelle- Le droit », *Encyclopædia Universalis*, 1970 p. 513 et s.

DUPRET B., BERNARD-MAUGIRON N., « Monde arabe (Le système judiciaire dans le) » dans Cadiet L. (ed.), *Dictionnaire de la justice*, Paris, PUF, 2004, p. 904-907 (consulté le 9 juillet 2016)

ESPOSITO J. L., « Istihsan » *The Oxford Dictionary of Islam*, Oxford Islamic Studies Online.
<http://www.oxfordislamicstudies.com/article/opr/t125/e1136> (consulté le 11 janvier 2016)

GARNER, B. A. (editor in chef), *Black's Law Dictionary*, 9th edition, 2009 p.619.

GAUDEMET J. « ROMAIN DROIT », *Encyclopædia Universalis* [en ligne],
<http://www.universalis-edu.com/encyclopedie/droit-romain/> , (consulté le 7 mars 2016).

HOUBERT F., *Dictionnaire de terminologie juridique anglais-français*, La maison du Dictionnaire, 2015, 355 pages.

PICARD G-C., « PUNIQUES (GUERRES) », *Encyclopædia Universalis* [en ligne]
<http://www.universalis-edu.com/encyclopedie/puniques-guerres/> (consulté le 7 mars 2016)

POTTAGE A., « COMMON LAW », *Encyclopædia Universalis* [en ligne],
<http://www.universalis-edu.com/encyclopedie/common-law/> (consulté le 10 avril 2016)

TUNC A., « EQUITE », *Encyclopedia Universalis* [en ligne]
<http://www.universalis.fr/encyclopedie/equite/> (consulté le 12 mai 2016).

WATT G., « Earl of Oxford's Case (1615) », *Oxford Reference* [en ligne]
<http://www.oxfordreference.com/view/10.1093/acref/9780199290543.001.0001/acref-9780199290543-e-701> (consulté le 11 avril 2016)



Thèses

AL HAJ DIAB L., *Essai sur l'interprétation : l'interprétation au service de l'équité contractuelle (étude comparée franco-libanaise)*, (Thèse d' Université Panthéon-Assas et Université libanaise), 2012, 355 pages.

DARGENT J., *Une théorie originale du droit anglais en matière de preuve : la doctrine de l' « Estoppel »* (Thèse de Grenoble) Tourcoing : Imp. G. Frère, 1943

DESSENS A., *Essai sur la Notion d'Equité*, (Thèse de l'Université de Toulouse) Imprimerie F. Boisseau, 1934, 256 pages.

DUPRET B., *Au nom de quel droit*, (thèse) Maison des Sciences de l'Homme, Réseau Européen Droit et Société, LGDJ 2000, 360 pages.

GANNAGE P., *Le rôle de l'équité dans la solution des conflits de lois en jurisprudence française et libano-syrienne* (Thèse de Lyon) Librairie générale de droit et jurisprudence, 1949.

MARTIN A. *L'Estoppel En Droit International Public: Précédé D'un Aperçu De La Théorie De L'estoppel En Droit Anglais* (Thèse de Paris) Editions A. Pedone, 1979).

SANZ DE ALBA P., *Sur quelques aspects de l'équité*, (Thèse d' Aix-Marseille), Mars 1980, 386 pages.

SHALEH, A. S., *Ibn Taymiyya's concept of Istihsan: an understanding of legal reasoning in islamic jurisprudence*, 1995, Institute of Islamic Studies McGill University Montreal. (Thèse)

Colloques et conférences

« L'efficiencia des systèmes juridiques », *Colloques et conférences juridiques et judiciaires franco-tchèques*, année 1999/2000, publication de l'Ambassade de France en République tchèque, p. 50.

« L'équité ou les équités » (Journées juridiques franco-libanaises, Paris, 3-4 octobre 2002). In: *Revue internationale de droit comparé*. Vol. 55 N°1, Janvier-mars 2003. pp. 214-229.

(http://www.persee.fr/web/revues/home/prescript/article/ridc_0035-3337_2003_num_55_1_5571)

(consulté le 6 octobre 2015)

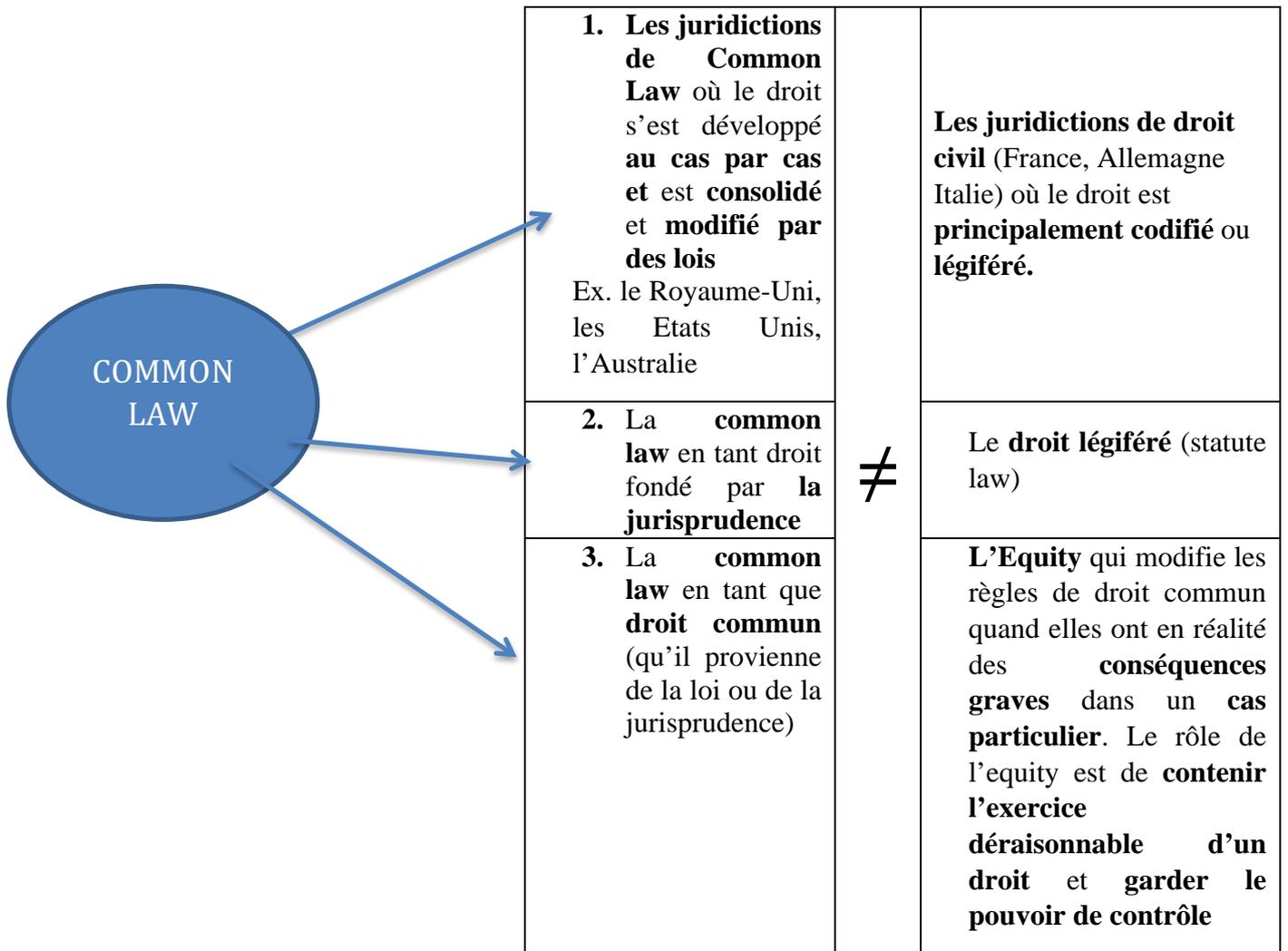
SFERLE A., La problématique de la traduction juridique : quelques aspects sur la traduction des termes juridiques en roumain, Actes du 1^{er} Colloque international sur « la Sémiotique, la

Didactique et la Communication », 2005, [http://www.univ-](http://www.univ-medea.dz/Lab/LDLT/archive/colloque1/p166.pdf)

[medea.dz/Lab/LDLT/archive/colloque1/p166.pdf](http://www.univ-medea.dz/Lab/LDLT/archive/colloque1/p166.pdf) (consulté le 5 mars 2016)

Annexes

Annexe 1. Les trois différentes définitions de la *common law* inspiré de la figure 1.1 dans G WATT, *Equity and Trusts Law*, 6th ed. OUP Ch. 1 p. 3



Extrait de PASLEY R. S. « L'équité en droit anglo-américain », *Revue internationale de droit comparé*. Vol. 13 N°2, Avril-juin 1961. P.293.

Je devrais peut-être vous expliquer maintenant, pour éviter toute confusion, que l'expression common law que je viens d'employer, a, au moins, trois sens différents :

1) Tout d'abord, elle peut se référer en général au système juridique anglo-américain, par opposition aux systèmes de droit romano-germanique en ce sens, qu'elle comprend l'equity.

2) Deuxièmement, à l'intérieur même de ce système, elle peut se référer au droit qui découle des décisions judiciaires et des précédents, par opposition aux lois écrites ou aux codifications. En ce sens également, l'expression englobe L'equity, sauf dans la mesure où les règles d'equity ont elles-mêmes été codifiées.

3) Enfin, l'expression peut se référer au système de droit et de procédure appliqué par les tribunaux appelés les tribunaux de common law. En ce sens, elle s'oppose à L'equity et nous trouvons des phrases telles que « common law and equity » ou souvent simplement « law and equity ».

Annexe 2. L'influence de l' « Islamic law » sur la « Common Law » et la “Civil law”.

Selon Akgündüz, il n'y a aucun doute sur le fait que les fondements de la civilisation occidentale et la philosophie de droit en Europe remonte au Moyen Age et à la pensée juridique musulmane.⁴⁹³

La méthodologie du précédent juridique et du raisonnement analogique (qiyas) utilisée en droit musulman était similaire à celle dans le système de common law. Certains avancent que plusieurs institutions juridiques de la common law anglaise ont pu dériver d'institutions juridiques similaires trouvées dans la tradition juridique musulmane et pu être introduites après la conquête normande.⁴⁹⁴ Les Normands ont conquis et hérité de l'administration juridique musulmane qui était dans l'Emirat de Sicile grâce à une étroite connexion avec le Royaume normand de Sicile et aussi grâce aux croisés durant les croisades.

Il y a un débat intéressant selon lequel les croisés auraient ramené l'idée du trust en revenant des croisades. Le Waqf en droit musulman, qui a été développé durant le 7^{ème} et 9^{ème} siècle, ressemble considérablement aux trusts en droit anglais. Par exemple, chaque waqf doit comporter un waqif (truster), un mutawallis (trustee), un qadi (juge) et des bénéficiaires. Le droit du trust développé en Angleterre au temps des croisades semble avoir été considérablement influence par l'institution du waqf que les croisés ont pu connaître au Moyen-Orient.⁴⁹⁵

Il y a également d'autres institutions comme le procès devant jury qui proviendrait du procès “Lafif” dans la jurisprudence classique malékite, développée entre le 8^{ème} et le 11^{ème} siècle. Comme dans le procès devant jury, le procès “Lafif” nomment 12 jurés dans les alentours et doivent délivrer un verdict unanime.⁴⁹⁶ Autre domaine dans lequel il existe un rapprochement sont les contrats. Les juristes musulmans ont introduit les concepts de récession (iqâlah), disparition de la cause, (istihâlah al-tanfîdh or “impossibility of performance”), force majeure (âfaût samawiyah).

Le droit musulman a également eu une influence sur la “civil law”. Le droit musulman aurait introduit deux principes fondamentaux qui structureraient le droit: l'équité et la justice.⁴⁹⁷ Ces principes ont été les précurseurs du concept *pacta sunt servanda* en droit civil.

⁴⁹³ ROEDERER C. and MOELLENDORK D., *Jurisprudence*, (Lansdowne : Jut and Company Ltd, 2007), pp. 495ff ; AKGÜNDÜZ A., *Introduction to Islamic Law: Islamic Law in Theory and Practice*, IUR Press, Rotterdam, 2010, p.27.

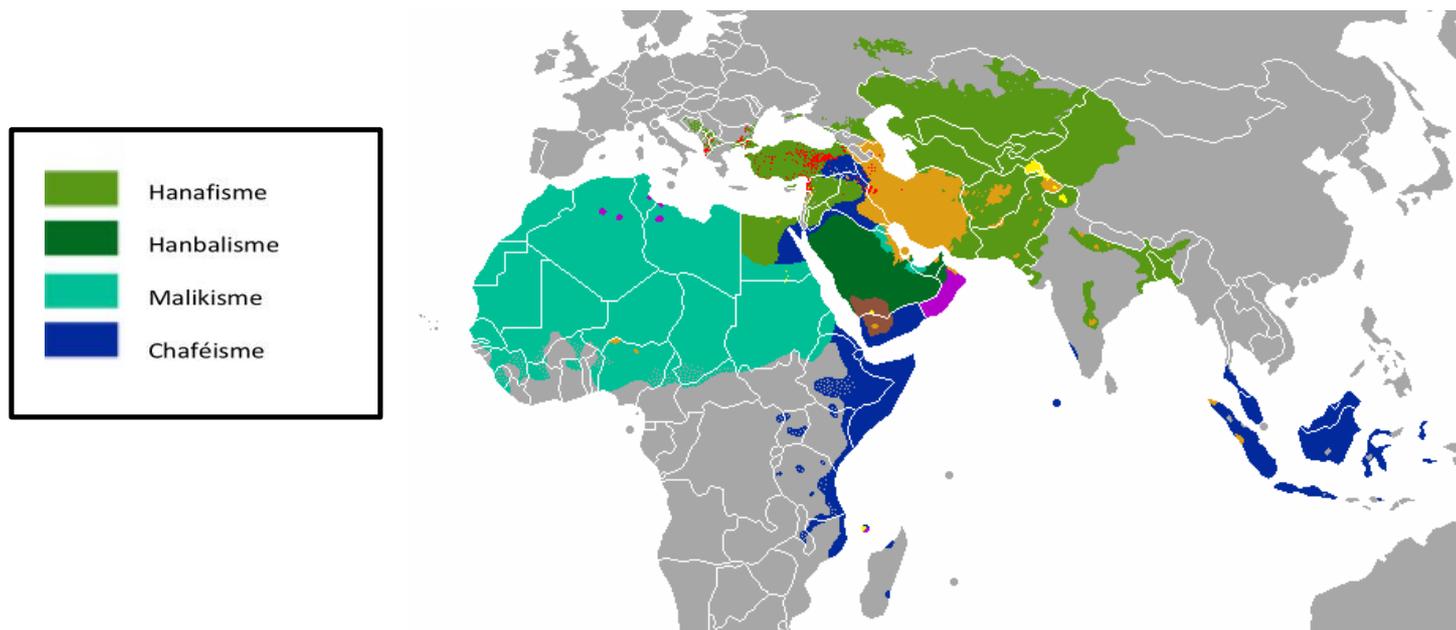
⁴⁹⁴ AKGÜNDÜZ A., *Introduction to Islamic Law: Islamic Law in Theory and Practice*, IUR Press, Rotterdam, 2010, p.28.

⁴⁹⁵ AKGÜNDÜZ A., *Islam Hukukunda ve Osmanli Tatbikatinda Vakif Muessesesi* (Istanbul : OSAV, 1996), pp. 76-100 ; GAUDIOSI M.M., «The influence of the Islamic law of Waqf on the development of the trust in England: the case of Merton College», *University of Pennsylvania Law Review*. Vol. 36, 1988, pp. 231-260.

⁴⁹⁶ AKGÜNDÜZ A., *Introduction to Islamic Law: Islamic Law in Theory and Practice*, IUR Press, Rotterdam, 2010, p.28-29.

⁴⁹⁷ Ali Haydar, *Durar al-Hukkam Sharhu Majalla al-Ahkâm* (trans. into Arabic by Fahmi al-Husayni), v. I (Beirut : Publisher, n.d.), pp.17-10 (in Arabic).

Annexe 3. Carte des écoles juridiques du monde musulman (seules les 4 écoles sunnites sont représentées dans la légende).



Annexe 4. Usul al-fiqh

La tradition juridique musulmane comprend la science des usul al-fiqh, littéralement la science des fondements de la compréhension, qui est une des branches de la science juridique. Des lois coutumières ou délibérément promulguées, existent dans la société humaine depuis toujours, au point qu'on a pu affirmer qu'ubi societas ibi jus, là où il y a société il y a droit.⁴⁹⁸ Il y a le code de Hammourabi, il y a les Douze Tables de Grecs, les codes de Gaius et de Justinien sans parler des codes de la Chine, de l'Inde brahmaniste et d'ailleurs. Mais il s'agit partout, sans exception de lois, de règles de conduit et non point de la science du droit, quelque chose d'abstrait et de théorique. Elle n'a de parallèle ou de contrepartie ni chez les Gréco-Romain d'Occident ni chez les Orientaux de Babylonie, de Chine, d'Iran, d'Égypte ou d'ailleurs.⁴⁹⁹ La discipline des usul al-fiqh est la toute première tentative au monde pour mettre au point une science du droit, distincte des lois détaillées pour tel ou tel comportement, une sorte de science mutatis mutandis, à l'étude du droit de n'importe quel pays et de n'importe quelle époque.⁵⁰⁰ La tradition fait remonter la science des usul al-fiqh à Al-Shaféi. Éric Chaumont souligne la présence de plusieurs droits positifs avant l'intervention de Shaféi.⁵⁰¹ En effet, deux mouvements peu structurés prédominaient : « les gens de la tradition » (ahl al-hadith)⁵⁰², d'une part, et les « tenants du raisonnement » (ashab al-ra'y), d'autre part.⁵⁰³

⁴⁹⁸ AL-BASRI, *Kitab al-Mu'tamed fi Usul al-Fiqh*, vol. I & II, Institut Français de Damas, Damas, 1965, p.7

⁴⁹⁹ AL-BASRI, *Kitab al-Mu'tamed fi Usul al-Fiqh*, vol. I & II, Institut Français de Damas, Damas, 1965, p.7,

⁵⁰⁰ AL-BASRI, *Kitab al-Mu'tamed fi Usul al-Fiqh*, vol. I & II, Institut Français de Damas, Damas, 1965, p.7.

⁵⁰¹ AL-SHIRAZI (trad. Eric Chaumont) *Kitāb al-Luma' fī uṣūl al-fiqh : traité de théorie légale musulmane*, Berkeley, CA : Robbins Collection, 1999, p.5.

⁵⁰² Le chef de file était Malik b. Anas (mort en 179/796) et ils avaient leur siège à Médine dans le Hijaz.

⁵⁰³ Il étaient emmenés par Abu Hanifa (Mort 150/767) et ses deux grands disciples Abu Yusuf (mort en 182/796) et Shaybani (mort en 189/ 805). Ils faisaient école à Kufa, Iraq.

Les juristes musulmans ont divisé le sujet de cette discipline en deux domaines très distincts, en les appelant par deux termes bien expressifs : les racines (usul) et les branches (furu') de l'arbre des lois toujours croissant. Les « Branches » de la Loi comportent autant de chapitres qu'un code d'un pays donné et ces « branches » du droit musulman ressemblent à ce que possèdent les autres groupements humains, anciens ou modernes. Par les « Racines » au contraire les juristes musulmans entendent quelque chose qui renferme à la fois la philosophie du droit, la méthodologie juridique, la science de la législation, de l'interprétation, de la déduction, de l'application et de l'abrogation des lois. On y parle des sources des règles individuelles, de la provenance et des différents degrés d'autorité de ces règles, des moyens de se tirer d'une difficulté s'il y a conflit dans les sources, silence chez les autorités, ou tout autre gêne. La preuve légale, le dalil, consitute l'objet de la science des usul al-fiqh. Il s'agit des « preuves sur lesquelles est bâti le fiqh et ce qui, de manière globale permet d'aboutir à ces preuves ».

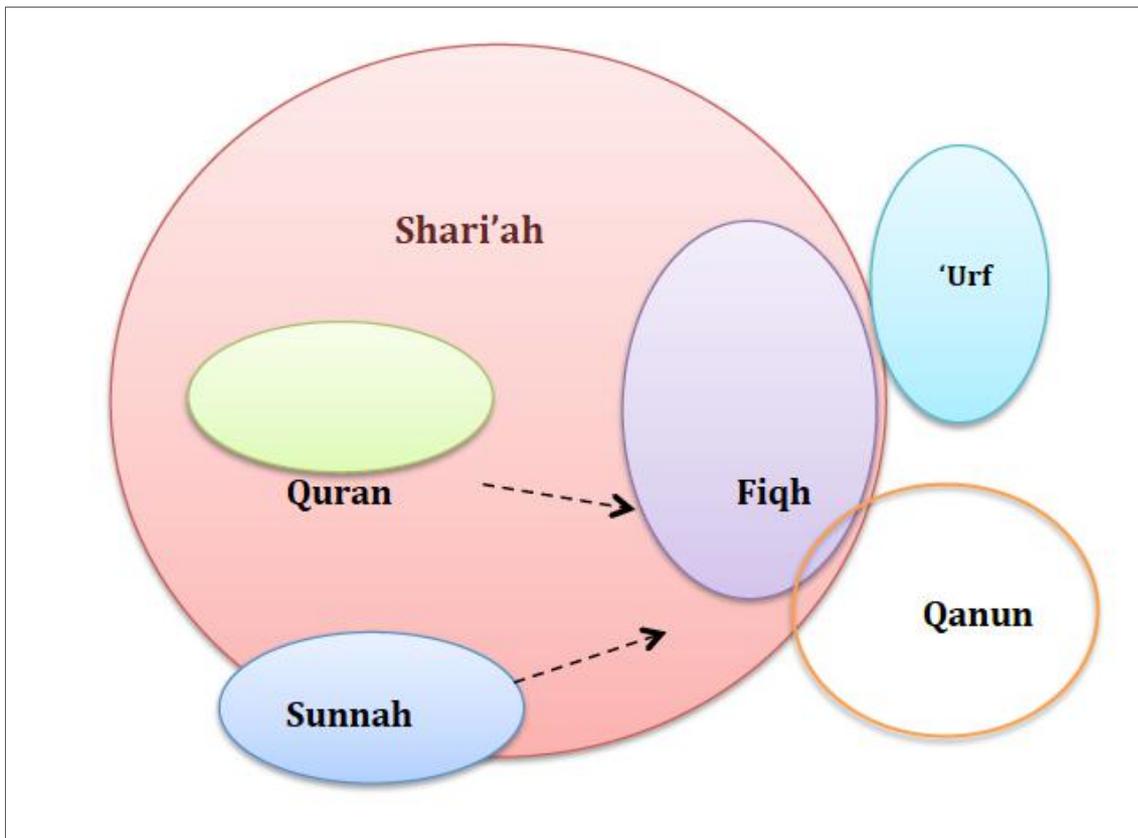
Annexe 5. La priorisation des sources et des méthodes du droit musulman dans les 4 écoles juridiques⁵⁰⁴

Hanafite	Malékite
<ol style="list-style-type: none"> 1. Coran 2. Sunnah 3. Analogie (qiyas) 4. Préférence juridique (istihsan) 5. Consensus (ijma') 6. Coutume ('urf) 7. Présomption de continuité (istishab) 	<ol style="list-style-type: none"> 1. Coran 2. Sunnah 3. La tradition médinite 4. Analogie 5. Intérêt (maslahah) 6. Sad al darae'3 7. coutume 8. Istishab
Shaféite	Hanbalite
<ol style="list-style-type: none"> 1. Coran 2. Sunnah 3. Consensus 4. Analogie 5. Istishab 	<ol style="list-style-type: none"> 1. Coran 2. Sunnah 3. Consensus 4. Analogie 5. Intérêt 6. Préférence 7. Sad al darae' 8. Présomption de continuité.

Annexe 6. Diagramme illustrant les relations entre les concepts de la tradition juridique musulmane: shariah, fiqh, 'urf et qanun⁵⁰⁵

⁵⁰⁴ AUDA J., *Maqasid al-Shariah as Philosophy of Islamic Law : A Systems Approach*, International Institute of Islamic Thought, March 2008, p 133.

⁵⁰⁵ AUDA J., *Maqasid al-Shariah as Philosophy of Islamic Law : A Systems Approach*, International Institute of Islamic Thought, March 2008, p 58.



Annexe 7. Extraits du Coran

➤ 2 : 135

Ils ont dit : «Soyez Juifs ou Chrétiens, vous serez donc sur la bonne voie». - Dis: «Non, mais nous suivons la religion d'Abraham le modèle même de la droiture et qui ne fut point parmi les Associateurs».

وَقَالُوا كُونُوا هُودًا أَوْ نَصَارَى تَهْتَدُوا قُلْ بَلْ مِلَّةَ إِبْرَاهِيمَ حَنِيفًا وَمَا كَانَ مِنَ الْمُشْرِكِينَ

➤ 2 : 140

Ou dites-vous qu'Abraham, Ismaël, Isaac et Jacob et les tribus étaient Juifs ou Chrétiens? - Dis: «Est-ce vous les plus savants ou Allah?» - Qui est plus injuste que celui qui cache un témoignage qu'il détient d'Allah? Et Allah n'est pas inattentif à ce que vous faites.

وَالْأَسْبَاطُ كَانُوا هُودًا أَوْ نَصَارَى قُلْ أَنْتُمْ أَهْلُ أُمِّ اللَّهِ وَمَنْ أَظْلَمُ مِمَّنْ كَتَمَ شَهَادَةً حِنْدَهُ مِنَ اللَّهِ وَمَا اللَّهُ بِغَافِلٍ عَمَّا تَعْمَلُونَ

➤ 2 : 185

(Ces jours sont) le mois de Ramadân au cours duquel le Coran a été descendu comme guide pour les gens, et preuves claires de la bonne direction et du discernement. Donc, quiconque d'entre vous est présent en ce mois, qu'il jeûne! Et quiconque est malade ou en voyage, alors qu'il jeûne un nombre égal d'autres jours. - Allah veut pour vous la facilité, Il ne veut pas la difficulté pour vous, afin que vous en complétiez le nombre et que vous proclamiez la grandeur d'Allah pour vous avoir guidés, et afin que vous soyez reconnaissants!

شَهْرُ رَمَضَانَ الَّذِي أُنزِلَ فِيهِ الْقُرْآنُ هُدًى لِّلنَّاسِ وَبَيِّنَاتٍ مِّنَ الْهُدَىٰ وَالْفُرْقَانِ فَمَن شَهِدَ مِنْكُمُ الشَّهْرَ فَلْيَصُمْهُ وَمَن كَانَ مَرِيضًا أَوْ عَلَىٰ سَفَرٍ فَعِدَّةٌ مِّنْ أَيَّامٍ أُخَرَ يُرِيدُ اللَّهُ بِكُمُ الْيُسْرَ وَلَا يُرِيدُ بِكُمُ الْعُسْرَ وَلِتُكْمِلُوا الْعِدَّةَ وَلِتُكَبِّرُوا اللَّهَ عَلَىٰ مَا هَدَاكُم وَلِعَلَّكُمْ تَشْكُرُونَ

➤ 3 : 105

Et ne soyez pas comme ceux qui se sont divisés et se sont mis à disputer, après que les preuves leur furent venues, et ceux-là auront un énorme châtement.

وَلَا تَكُونُوا كَالَّذِينَ تَفَرَّقُوا وَاخْتَلَفُوا مِن بَعْدِ مَا جَاءَهُمُ الْبَيِّنَاتُ وَأُولَٰئِكَ لَهُمْ عَذَابٌ عَظِيمٌ

➤ 4 : 58

Certes, Allah vous commande de rendre les dépôts à leurs ayants-droit, et **quand vous jugez entre des gens, de juger avec équité**. Quelle bonne exhortation qu'Allah vous fait! Allah est, en vérité, Celui qui entend et qui voit tout.

إِنَّ اللَّهَ يَأْمُرُكُمْ أَنْ تُؤَدُّوا الْأَمَانَاتِ إِلَىٰ أَهْلِهَا وَإِذَا حَكَمْتُمْ بَيْنَ النَّاسِ أَنْ تَحْكُمُوا بِالْعَدْلِ إِنَّ اللَّهَ نِعِمَّا يَعِظُكُمْ بِهِ إِنَّ اللَّهَ كَانَ سَمِيعًا بَصِيرًا

➤ 4 : 59

O les croyants! Obéissez à Allah, et obéissez au Messager et à ceux d'entre vous qui détiennent le commandement. Puis, si vous vous disputez en quoi que ce soit, renvoyez-le à Allah et au Messager, si vous croyez en Allah et au Jour dernier. Ce sera bien mieux et de meilleure interprétation (et aboutissement).

يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا أَطِيعُوا اللَّهَ وَأَطِيعُوا الرَّسُولَ وَأُولِي الْأَمْرِ مِنْكُمْ فَإِن تَنَازَعْتُمْ فِي شَيْءٍ فَرُدُّوهُ إِلَى اللَّهِ وَالرَّسُولِ إِن كُنتُمْ تُؤْمِنُونَ بِاللَّهِ وَالْيَوْمِ الْآخِرِ ذَلِكَ خَيْرٌ وَأَحْسَنُ تَأْوِيلًا

➤ 5 : 28

Si tu étends vers moi ta main pour me tuer, moi, je n'étendrai pas vers toi ma main pour te tuer: car je crains Allah, le Seigneur de l'Univers.

سَمَاعُونَ لِلْكَذِبِ أَكَلُونَ لِلسُّخْتِ فَإِن جَاءُوكَ فَاحْكُم بَيْنَهُمْ أَوْ أَعْرَضْ عَنْهُمْ وَإِن تُعْرِضْ عَنْهُمْ فَلن يَصُرُّوكَ سَبِيلًا وَإِن حَكَمْتَ فَاحْكُم بَيْنَهُم بِالْقِسْطِ إِنَّ اللَّهَ يُحِبُّ الْمُقْسِطِينَ

➤ 5 : 42

Ils sont attentifs au mensonge et voraces de gains illicites. S'ils viennent à toi, sois juge entre eux ou détourne toi d'eux. Et si tu te détournes d'eux, jamais ils ne pourront te faire aucun mal. Et si tu juges, alors juge entre eux en équité. Car Allah aime ceux qui jugent équitablement.

لئن بسطت إلي يدك لتقتلني ما أنا بباسط يدي إليك لأقتلك إني أخاف الله رب العالمين

➤ 5 : 48

Et sur toi (Muhammad) Nous avons fait descendre le Livre avec la vérité, pour confirmer le Livre qui était là avant lui et pour prévaloir sur lui. Juge donc parmi eux d'après ce qu'Allah a fait descendre. Ne suis pas leurs passions, loin de la vérité qui t'est venue. A chacun de vous Nous avons assigné une législation et un plan à suivre. Si Allah avait voulu, certes Il aurait fait de vous tous une seule communauté. Mais Il veut vous éprouver en ce qu'Il vous donne. Concurrencez donc dans les bonnes œuvres. C'est vers Allah qu'est votre retour à tous; alors Il vous informera de ce en quoi vous divergiez.

وَأَنْزَلْنَا إِلَيْكَ الْكِتَابَ بِالْحَقِّ مُصَدِّقًا لِمَا بَيْنَ يَدَيْهِ مِنَ الْكِتَابِ وَمُهَيِّمًا عَلَيْهِ فَاحْكُم بَيْنَهُمْ بِمَا أَنْزَلَ اللَّهُ وَلَا تَتَّبِعْ أَهْوَاءَهُمْ عَمَّا جَاءَكَ مِنَ الْحَقِّ لِكُلِّ جَعَلْنَا مِنْكُمْ شِرْعَةً وَمِنْهَاجًا وَلَوْ شَاءَ اللَّهُ لَجَعَلَكُمْ أُمَّةً وَاحِدَةً وَلَكِنْ لِيَبْلُوَكُمْ فِي مَا آتَاكُمْ فَاسْتَبِقُوا الْخَيْرَاتِ إِلَى اللَّهِ مَرْجِعُكُمْ جَمِيعًا فَيُنَبِّئُكُمْ بِمَا كُنْتُمْ فِيهِ تَخْتَلِفُونَ

➤ 5 : 49

Juge alors parmi eux d'après ce qu'Allah a fait descendre. Ne suis pas leurs passions, et prends garde qu'ils ne tentent de t'éloigner d'une partie de ce qu'Allah t'a révélé. Et puis, s'ils refusent (le jugement révélé) sache qu'Allah veut les affliger [ici-bas] pour une partie de leurs péchés. Beaucoup de gens, certes, sont des pervers.

وَأَنْ أَحْكُم بَيْنَهُمْ بِمَا أَنْزَلَ اللَّهُ وَلَا تَتَّبِعْ أَهْوَاءَهُمْ وَاحْتِزُّهُمْ أَنْ تَفْتِنُوكَ عَنْ بَعْضِ مَا أَنْزَلَ اللَّهُ إِلَيْكَ فَإِنْ تَوَلَّوْا فَاعْلَمُوا أَنَّمَا يُرِيدُ اللَّهُ أَنْ يُصِيبَهُمْ بِبَعْضِ ذُنُوبِهِمْ وَإِنَّ كَثِيرًا مِنَ النَّاسِ لَفَاسِقُونَ

➤ 6 : 38

Nulle bête marchant sur terre, nul oiseau volant de ses ailes, qui ne soit comme vous en communauté. Nous n'avons rien omis d'écrire dans le Livre. Puis, c'est vers leur Seigneur qu'ils seront ramenés.

وَمَا مِنْ دَابَّةٍ فِي الْأَرْضِ وَلَا طَائِرٍ يَطِيرُ بِجَنَاحَيْهِ إِلَّا أُمَمٌ أَمْثَالُكُمْ مَا فَرَّطْنَا فِي الْكِتَابِ مِنْ شَيْءٍ ثُمَّ إِلَى رَبِّهِمْ يُخْشَرُونَ

➤ 6 : 59

C'est Lui qui détient les clefs de l'Inconnaisable. Nul autre que Lui ne les connaît. Et Il connaît ce qui est dans la terre ferme, comme dans la mer. Et pas une feuille ne tombe qu'Il ne le sache. Et pas une graine dans les ténèbres de la terre, rien de frais ou de sec, qui ne soit consigné dans un livre explicite.

وَعِنْدَهُ مَفَاتِحُ الْغَيْبِ لَا يَعْلَمُهَا إِلَّا هُوَ وَيَعْلَمُ مَا فِي الْبَرِّ وَالْبَحْرِ وَمَا تَسْقُطُ مِنَ وَرَقَةٍ إِلَّا يَعْلَمُهَا وَلَا حَبَّةٍ فِي ظِلْمَاتِ الْأَرْضِ وَلَا رَطْبٍ وَلَا يَابِسٍ إِلَّا فِي كِتَابٍ مُبِينٍ

➤ 7 : 145

Et Nous écrivîmes pour lui, sur les tablettes, une exhortation concernant toute chose, et un exposé détaillé de toute chose. «Prends-les donc fermement et commande à ton peuple d'en adopter le meilleur. Bientôt Je vous ferai voir la demeure des pervers.

وَكَتَبْنَا لَهُ فِي الْأَلْوَابِ مِنْ كُلِّ شَيْءٍ مَوْعِظَةً وَتَفْصِيلًا لِكُلِّ شَيْءٍ فَخُذْهَا بِقُوَّةٍ وَأْمُرْ قَوْمَكَ يَأْخُذُوا بِأَحْسَنِهَا سَأُرِيكُمْ دَارَ
الْفَاسِقِينَ

➤ 8:46

Et obéissez à Allah et à Son messager; et ne vous disputez pas, sinon vous fléchirez et perdrez votre force. Et soyez endurants, car Allah est avec les endurants.

وَأَطِيعُوا اللَّهَ وَرَسُولَهُ وَلَا تَنَازَعُوا فَتَفْشَلُوا وَتَذْهَبَ رِيحُكُمْ وَاصْبِرُوا إِنَّ اللَّهَ مَعَ الصَّابِرِينَ

➤ 12:2

Nous l'avons fait descendre, un Coran en [langue] arabe, afin que vous raisonnez.

إِنَّا أَنْزَلْنَاهُ قُرْآنًا عَرَبِيًّا لَعَلَّكُمْ تَعْقِلُونَ

➤ 12:53

Je ne m'innocente cependant pas, car l'âme est très incitatrice au mal, à moins que mon Seigneur, par miséricorde, [ne la préserve du péché]. Mon Seigneur est certes Pardonneur et très Miséricordieux».

وَمَا أَتَّبِعُ إِلَّا مَا رَجِمْتُ بِهِ مِنْ لَوْلَاهُ فَتَعَفَى عَنِّي إِنَّ رَبِّي لَغَفُورٌ رَحِيمٌ

➤ 13:37

Ainsi l'avons-Nous fait descendre (le Coran) [sous forme] de loi en arabe. Et si tu suis leurs passions après ce que tu as reçu comme savoir, il n'y aura pour toi, contre Allah, ni allié ni protecteur.

وَكَذَلِكَ أَنْزَلْنَاهُ حُكْمًا وَعَرَبِيًّا وَلَنْ تُنْبِتَتْ أَهْوَاءُهُمْ بَعْدَ مَا جَاءَكَ مِنَ الْعِلْمِ مَا لَكَ مِنَ اللَّهِ مِنْ وَلِيٍّ وَلَا وَاقٍ

➤ 16:90

Certes, Allah commande l'équité, la bienfaisance et l'assistance aux proches.

إِنَّ اللَّهَ يَأْمُرُ بِالْعَدْلِ وَالْإِحْسَانِ

➤ 17:53

Et dis à Mes serviteurs d'exprimer les meilleures paroles, car le Diable sème la discorde parmi eux. Le Diable est certes, pour l'homme, un ennemi déclaré.

وَقُلْ لِعِبَادِي يَقُولُوا الَّتِي هِيَ أَحْسَنُ إِنَّ الشَّيْطَانَ يَنْزِعُ بَيْنَهُمْ إِنَّ الشَّيْطَانَ كَانَ لِلْإِنْسَانِ عَدُوًّا مُبِينًا

➤ 20 : 113

C'est ainsi que nous l'avons fait descendre un Coran en [langue] arabe, et Nous y avons multiplié les menaces, afin qu'ils deviennent pieux ou qu'il les incite à s'exhorter?

وَكَذَلِكَ أَنْزَلْنَاهُ قُرْآنًا عَرَبِيًّا وَصَرَّفْنَا فِيهِ مِنَ الْوَعِيدِ لَعَلَّهُمْ يَتَّقُونَ أَوْ يُحْدِثُ لَهُمْ ذِكْرًا

➤ 28 : 50

Mais s'ils ne te répondent pas, sache alors que c'est seulement leurs passions qu'ils suivent. Et qui est plus égaré que celui qui suit sa passion sans une guidée d'Allah? Allah vraiment, ne guide pas les gens injustes.

فَإِنْ لَمْ يَسْتَجِيبُوا لَكَ فَاعْلَمْ أَنَّمَا يَتَّبِعُونَ أَهْوَاءَهُمْ وَمَنْ أَضَلُّ مِمَّنِ اتَّبَعَ هَوَاهُ بِغَيْرِ هُدًى مِنَ اللَّهِ إِنَّ اللَّهَ لَا يَهْدِي الْقَوْمَ الظَّالِمِينَ

➤ 30 : 30

Dirige tout ton être vers la religion exclusivement [pour Allah], telle est la nature qu'Allah a originellement donnée aux hommes - pas de changement à la création d'Allah -. Voilà la religion de droiture; mais la plupart des gens ne savent pas.

فَأَقِمْ وَجْهَكَ لِلدِّينِ حَنِيفًا فِطْرَتَ اللَّهِ الَّتِي فَطَرَ النَّاسَ عَلَيْهَا لَا تَبْدِيلَ لِخَلْقِ اللَّهِ ذَلِكَ الدِّينُ الْقَيِّمُ وَلَكِنَّ أَكْثَرَ النَّاسِ لَا يَعْلَمُونَ

➤ 39 : 55

Et suivez la meilleure révélation qui vous est descendue de la part de votre Seigneur, avant que le châtement ne vous vienne soudain, sans que vous ne [le] pressentiez;

وَاتَّبِعُوا أَحْسَنَ مَا أُنزِلَ إِلَيْكُمْ مِنْ رَبِّكُمْ مِنْ قَبْلِ أَنْ يَأْتِيَكُمْ الْعَذَابُ بَغْتَةً وَأَنْتُمْ لَا تَشْعُرُونَ

➤ 42 : 13

Il vous a légiféré en matière de religion, ce qu'Il avait enjoint à Noé, ce que Nous t'avons révélé, ainsi que ce que Nous avons enjoint à Abraham, à Moïse et à Jésus: «Etablissez la religion; et n'en faites pas un sujet de divisions». Ce à quoi tu appelles les associateurs leur paraît énorme Allah élit et rapproche de Lui qui Il veut et guide vers Lui celui qui se repent.

شَرَعَ لَكُمْ مِنَ الدِّينِ مَا وَصَّى بِهِ نُوحًا وَالَّذِي أَوْحَيْنَا إِلَيْكَ وَمَا وَصَّيْنَا بِهِ إِبْرَاهِيمَ وَمُوسَى وَعِيسَى أَنْ أَقِيمُوا الدِّينَ وَلَا تَتَفَرَّقُوا فِيهِ كَبُرَ عَلَى الْمُشْرِكِينَ مَا تَدْعُوهُمْ إِلَيْهِ اللَّهُ يَجْتَبِي إِلَيْهِ مَنْ يَشَاءُ وَيَهْدِي إِلَيْهِ مَنْ يُنِيبُ

➤ 42 : 21

Ou bien auraient-ils des associés [à Allah] qui auraient établi pour eux des lois religieuses qu'Allah n'a jamais permises? Or, si l'arrêt décisif n'avait pas été prononcé, il aurait été tranché entre eux. Les injustes auront certes un châtement douloureux.

أَمْ لَهُمْ شُرَكَاءُ شَرَعُوا لَهُمْ مِنَ الدِّينِ مَا لَمْ يَأْذَنَ بِهِ اللَّهُ وَلَوْلَا كَلِمَةُ الْفَصْلِ لَفُضِيَ بَيْنَهُمْ وَإِنَّ الظَّالِمِينَ لَهُمْ عَذَابٌ أَلِيمٌ

➤ 45 : 17-18

Et Nous leur avons apporté des preuves évidentes de l'Ordre. Ils ne divergèrent qu'après que la science leur fut venue par agressivité entre eux. Ton Seigneur décidera parmi eux, au Jour de la Résurrection, sur ce en quoi ils divergeaient.

Puis Nous t'avons mis sur la voie de l'Ordre [une religion claire et parfaite]. Suis-la donc et ne suis pas les passions de ceux qui ne savent pas.

وَأْتَيْنَاهُمْ بَيِّنَاتٍ مِّنَ الْأَمْرِ فَمَا اخْتَلَفُوا إِلَّا مِمَّا بَعَدَ مَا جَاءَهُمُ الْعِلْمُ بَعِيًا بَيْنَهُمْ إِنَّ رَبَّكَ يَقْضِي بَيْنَهُمْ يَوْمَ الْقِيَامَةِ فِيمَا كَانُوا فِيهِ يَخْتَلِفُونَ

ثُمَّ جَعَلْنَاكَ عَلَىٰ شَرِيعَةٍ مِّنَ الْأَمْرِ فَاتَّبِعْهَا وَلَا تَتَّبِعْ أَهْوَاءَ الَّذِينَ لَا يَعْلَمُونَ

➤ 75 : 36

L'homme pense-t-il qu'on le laissera sans obligation à observer?

أَيَحْسَبُ الْإِنْسَانُ أَنْ يُتْرَكَ سُدًى

➤ 79 : 40-41

Et pour celui qui aura redouté de comparaître devant son Seigneur, et préservé son âme de la passion, le Paradis sera alors son refuge.

وَأَمَّا مَنْ خَافَ مَقَامَ رَبِّهِ وَنَهَى النَّفْسَ عَنِ الْهَوَىٰ

فَإِنَّ الْجَنَّةَ هِيَ الْمَأْوَىٰ

Annexe 8. Guerres puniques

- BLOCH R., « ROME ET EMPIRE ROMAIN - La République », *Encyclopædia Universalis* [en ligne], <http://www.universalis-edu.com/encyclopedie/rome-et-empire-romain-la-republique> (consulté le 7 mars 2015)

Le grand affrontement avec Carthage, va marquer un tournant dans l'histoire de Rome. Son rôle de puissance purement italique est achevé, elle va progressivement étendre sa domination sur le bassin occidental, puis sur le bassin oriental de la Méditerranée. C'est le début de l'impérialisme romain avec toutes les conséquences politiques, économiques, sociales et religieuses qui en découleront.

- **PICARD G-C.**, « **PUNIQUES (GUERRES)** », *Encyclopædia Universalis [en ligne]* <http://www.universalis-edu.com/encyclopedie/puniques-guerres/> (consulté le 7 mars 2015)

L'emploi de cette expression implique qu'on adopte le point de vue romain, le seul qui soit connu, puisque tous les témoignages émanent d'historiens latins (le principal est Tite-Live) ou de Grecs amis de Rome, comme Polybe qui assista à la destruction de Carthage. Le conflit comprend trois phases actives. La première est une lutte pour la possession de la Sicile, qui s'achève au bénéfice de Rome. La deuxième est une tentative de revanche menée par une famille carthaginoise, les Barcides. Si Hannibal essaie de briser la « confédération italique » et y parvient presque, Rome reprend le dessus et règle l'affaire en Afrique même. Carthage n'est plus dès lors qu'un État vassal. Enfin, Rome décide un jour, pour des raisons malaisément compréhensibles

Annexe 9. Rome et Empire romain - L'Antiquité tardive

- **LE BOHECY. et PETIT P.**, « **ROME ET EMPIRE ROMAIN - - L'Antiquité tardive** », *Encyclopædia Universalis [en ligne]* <http://www.universalis-edu.com/encyclopedie/rome-et-empire-romain-l-antiquite-tardive/> (consulté le 6 avril 2015)

Après avoir nommé Augustes ses deux fils – Arcadius en 383, Honorius en 393 –, Théodose mourut de maladie en janvier 395. Ses fils auraient dû régner en bon accord, sous la tutelle du général Stilicon, marié à une princesse impériale, mais ce fut un échec : les deux parties de l'Empire se séparèrent et furent désormais vouées à des destinées bien différentes : dès 407, l'Occident d'Honorius fut en proie à de terribles invasions barbares, tandis que l'Orient survécut et prospéra même, sous le nom d'Empire byzantin, jusqu'en 1453. Les causes de la chute de l'Empire romain font l'objet de fréquentes controverses : les pessimistes (F. Lot) estiment que les Barbares ont jeté bas un Empire vermoulu et rongé par ses tares internes, une administration dévorante, une société sclérosée, une armée barbarisée, un déséquilibre social irrémédiable. Les optimistes (A. Piganiol, S. Mazzarino et bien d'autres aujourd'hui) pensent qu'une civilisation en plein renouveau a été « assassinée » (A. Piganiol) par l'arrivée des Barbares. L'unité de l'Empire fut rompue en 408, à la mort de Stilicon. On a fortement souligné récemment (J. Vogt) qu'en Occident même la civilisation n'a pas disparu avec la formation des royaumes barbares, mais qu'elle s'est « métamorphosée », tandis que l'Empire d'Orient, moins menacé et mieux administré, devait survivre encore, et brillamment, durant un millénaire.

Annexe 10. Les Glossateurs

- **BARBIN J.**, « **GLOSSATEURS, droit médiéval** », *Encyclopædia Universalis [en ligne]* <http://www.universalis-edu.com/encyclopedie/glossateurs-droit-medieval> (consulté le 11 mars 2015)

On entend par glossateurs des érudits du Moyen Âge qui, pour l'interprétation des textes du droit romain, appliquaient à la fois des méthodes d'analyse interlinéaire et d'explication des mots. La période des glossateurs juridiques commença avec la renaissance de l'étude du droit romain, à Bologne, à la fin du XI^e siècle. Une de leurs premières tâches fut une reconstitution des lois contenues dans le Code Justinien, au moyen de la comparaison des manuscrits existants.

*Au milieu du XIII^e siècle, Accurse, professeur à Bologne et dernier des glossateurs, entreprit la tâche de rassembler et d'ordonner en une seule œuvre complète l'ensemble énorme des annotations rédigées par ses prédécesseurs et par lui-même. Cette compilation, la *Glossa ordinaria*, fut dès lors connue sous le nom de Grande Glose. Pendant près d'un siècle, son autorité n'a pas été moins importante que celle des textes originaux. Les glossateurs établirent en Europe les fondements utiles à l'étude du droit romain à une époque où l'accroissement des relations*

commerciales entre les individus et entre les États devait rapidement rendre nécessaire l'établissement d'un système juridique perfectionné. Il est permis de douter qu'ils aient été attentifs à cette évolution ; en effet, leurs discussions penchaient plus vers l'académisme que vers le souci pratique. Il échut à leurs successeurs du XIV^e siècle, commentateurs ou postglossateurs, de lier plus étroitement le droit romain revivifié et le droit des cités italiennes, d'appliquer celui-là aux nécessités juridiques du temps. L'influence des glossateurs et des commentateurs se répandit hors d'Italie. De nombreux étudiants étaient attirés par l'école de Bologne dont provenaient les juristes membres des gouvernements et des juridictions d'Europe. Leur œuvre a bénéficié, pendant des siècles, d'un grand retentissement tant sur les procès que sur la pensée juridique elle-même.

Annexe 11. L'équité dans le droit de l'Église ou l'équité canonique

- **NEWMAN R. A., « La nature de l'équité en 'droit civil' », *Revue internationale de droit comparé*. Vol. 16 N°2, Avril-juin 1964, p.290.**

Dans le droit canonique, c'est l'institution de l'imploratio officii indices, administrée dans la Signature Gratiae et Iustitiae de Rome (Chambre de la Signature). Il existe une nette ressemblance entre le dogme théologique de l'Esprit-Saint, comme symbole de la charité divine, et l'équité qui, dans la science juridique, transforme le droit strict en justice.

- **Monseigneur Béchara Rai « Formation du concept d'équité dans le droit de l'église ou équité canonique » In : « L'équité ou les équités » (Journées juridiques franco-libanaises, Paris, 3-4 octobre 2002), *Revue internationale de droit comparé*. Vol. 55 N°1, Janvier-mars 2003, p. 215**

Premièrement, du point de vue terminologique, Y équité canonique comprend les dispositions canoniques qui se basent sur les principes du droit ecclésial et sur ce qui est juste et équitable, car la loi est fondée sur la raison et l'équité. Elle peut être écrite ou non écrite. Le droit de l'église est le corps de droit canonique qui couvre l'organisation canonique de l'église (le Code de droit canonique, pour l'Église Latine (1983), le Code des Canons des Églises Orientales, commun aux 21 Eglises Catholiques Orientales (1990), la Constitution Apostolique sur la Curie Romaine (1988)). S'agissant deuxièmement de l'équité dans le droit canonique, elle peut être, d'une part, constituée ou écrite (on la trouve dans textes régissant différents domaines), d'autre part, non écrite (elle consiste alors en la possibilité de tenir compte des circonstances pratiques dans lesquelles une loi est appelée à s'appliquer). Elle trouve son fondement dans la religion et consiste en une justice supérieure faite pour adoucir le droit strict dans certains cas ou parfois même pour aggraver certaines peines. Elle s'oppose ainsi directement au droit positif. L'équité peut enfin être jurisprudentielle, les Pontifes Romains ayant toujours rappelé aux juges que l'équité devrait être une de leurs qualités nécessaires pour s'acquitter de leurs devoirs envers l'application et l'interprétation des lois. Troisièmement, les sources de l'équité canonique sont constituées de l'Ancien et du Nouveau Testaments ainsi que des traditions anciennes des peuples romain, grec, mésopotamien, indo-iranien. La dernière partie du rapport concerne la spécificité de l'équité dans le droit de l'Église. Elle en constitue une qualité intrinsèque mais est différente de l'équité naturelle du droit civil car le droit canonique comprend non seulement le droit positif ecclésial mais aussi le droit divin. L'équité et l'épikie sont deux actes correctifs de la loi : on dit équité quand les actes sont posés par une personne publique, comme le juge ou le supérieur et épikie quand ils sont posés par une personne privée, ayant effet seulement dans le for interne, dit exclusivement moral.

Annexe 12. Ancien Régime

- MEYER J., « ANCIEN RÉGIME », *Encyclopædia Universalis [en ligne]*, <http://www.universalis-edu.com/encyclopedie/ancien-regime/> (consulté le 6 avril 2015)

L'expression « Ancien Régime », dont le caractère dénigrant ne peut faire de doute, a été popularisée par le célèbre livre d'Alexis de Tocqueville, paru en 1856, L'Ancien Régime et la Révolution. Elle a cependant été utilisée telle quelle dès la fin de 1789. Elle est issue du vocabulaire familier du XVIII^e siècle et, peut-être, de certaines locutions juridiques utilisées par les juristes des XVII^e et XVIII^e siècles. La locution « ci-devant » est couramment employée par la génération de 1730, ou par celle de 1750.

Annexe 13. L'affaire *Earl of Oxford* (1615)

Le litige portait sur une contestation du titre de propriété du comte d'Oxford d'une terre par le Magdalene College à Cambridge. Une action en common law a été introduite à cet effet par le Magdalene College et le jugement lui donna alors raison. Insatisfait, le défendeur (le comte d'Oxford) se tourna vers le Chancelier afin qu'il lui délivre une injonction empêchant l'application du jugement de common law. Le défendeur reprochait à ce jugement d'avoir été obtenu de manière frauduleuse. Le président des cours de *common law*, à l'époque Sir Edward Coke, juge du *King's Bench*⁵⁰⁶ mit en cause promptement le défendeur. Cependant Lord Ellesmere, le chancelier, délivra cette injonction en faveur du défendeur ce qui enclencha le conflit entre la *common law* et l'*Equity*. Coke soutenait que le Chancelier commettait une illégalité en connaissant des recours contre les décisions de *common law*. A l'inverse, Ellesmere estima que l'injonction n'allait pas à l'encontre des cours de *common law*. Il soutint que l'injonction fonctionnait *in personam*⁵⁰⁷ à l'encontre de la personne qui a gagné le procès en *common law*⁵⁰⁸:

La fonction du Chancelier est de corriger les consciences des hommes pour des raisons de fraude, d'abus de confiance, injustices et oppressions, de quelque nature qu'elles soient, d'assouplir et d'apaiser la sévérité du droit.

La Cour du Chancelier n'a jamais prétendu adresser des mandats invitant les cours de common law à faire ceci ou cela comme c'est le cas entre les cours supérieures et les cours inférieures de *common law*. L'injonction du Chancelier dans l'affaire du Comte d'Oxford est dans la théorie très différente car elle ne s'adresse pas aux juges mais à une partie. Maitland nous explique que l'injonction ne revendiquait ni l'illégalité ni l'annulation du jugement mais faisait constater à la partie qu'il serait inéquitable pour elle d'appliquer ce jugement de *common law*.⁵⁰⁹

⁵⁰⁶ Une des cours supérieures de common law concernant les affaires pénales et civiles. Si le souverain est un Roi, on nomme la cour « King's Bench », si il s'agit d'une Reine, c'est « Queen's Bench », voir Lexique.

⁵⁰⁷ Voir lexique.

⁵⁰⁸ Earl of Oxford's Case [1615] 21 ER 485 at 6,7. 'The office of the Chancellor is to correct men's consciences for frauds, breach of trusts, wrongs and oppressions, of what nature so ever they be, and to soften and mollify the extremity of the law'.

⁵⁰⁹ MAITLAND F.W., *Equity: a course of lectures*, op.cit p.1-22

Annexe 14. Codes civils des pays arabes : équité, droit naturel, justice, principes ou normes du droit musulman

➤ *Égypte: Code civil, 1949*⁵¹⁰

Article 1 - 1) La loi régit toutes les matières auxquelles se rapporte la lettre ou l'esprit de ses dispositions.

2) A défaut d'une disposition législative, le juge statuera d'après la coutume, et à son défaut, d'après les **principes du droit musulman**. A défaut de ces principes, le juge aura recours **au droit naturel** et aux **règles de l'équité**.

1) تسرى النصوص التشريعية على جميع المسائل التي تتناول هذه النصوص في لفظها أو في فحواها.

2) فإذا لم يوجد نص تشريعي يمكن تطبيقه، حكم القاضي بمقتضى العرف. فإذا لم يوجد، فبمقتضى **مبادئ الشريعة الإسلامية**. فإذا لم توجد، فبمقتضى **مبادئ القانون الطبيعي وقواعد العدالة**.

➤ *Syrie: Code civil, 1949*⁵¹¹

Article 1 - 1) La loi régit toutes les matières auxquelles se rapporte la lettre ou l'esprit de ses dispositions.

2) A défaut d'une disposition législative, le juge statuera d'après les **principes du droit musulman**, et à son défaut d'après la coutume. A défaut de ces principes, le juge aura recours au **droit naturel** et aux **règles de l'équité**.

1- تسري النصوص التشريعية على جميع المسائل التي تتناولها هذه النصوص في لفظها أو في فحواها.

2- فإذا لم يوجد نص تشريعي يمكن تطبيقه، حكم القاضي بمقتضى **مبادئ الشريعة الإسلامية**. فإذا لم توجد، فبمقتضى العرف، وإذا لم يوجد، فبمقتضى **مبادئ القانون الطبيعي وقواعد العدالة**.

➤ *Irak: Code civil, 1953*⁵¹²

Article 1 - 1) La loi régit toutes les matières auxquelles se rapporte la lettre ou l'esprit de ses dispositions.

2) A défaut d'une disposition législative, le juge statuera d'après la coutume, et à son défaut, d'après les **principes du droit musulman** les plus conformes aux textes de cette loi sans se limiter à une école particulière. A défaut de ces principes, le juge aura recours aux **règles de l'équité**.

3) Les tribunaux s'inspireront dans tous ces cas des solutions consacrées par la doctrine et la jurisprudence tant en Irak que dans les pays dont les lois sont proches des lois irakiennes.

1) تسري النصوص التشريعية على جميع المسائل التي تتناولها هذه النصوص في لفظها أو في فحواها.

2) فإذا لم يوجد نص تشريعي يمكن تطبيقه، حكمت المحكمة بمقتضى العرف فإذا لم يوجد فبمقتضى **مبادئ الشريعة الإسلامية** الأكثر ملاءمة لنصوص هذا القانون دون التقيد بمذهب معين، فإذا لم توجد، فبمقتضى **قواعد العدالة**.

⁵¹⁰ Promulgué par la loi 131/1948 du 16 juillet 1948, publié par le Journal officiel 108 extraordinaire du 29 juillet 1948, le code civil égyptien est entré en vigueur le 15 octobre 1949. Texte français: Code civil égyptien, Édition du cinquantenaire revue par la direction générale de la coopération internationale et culturelle, le Caire, 1998.

⁵¹¹ Promulgué par le décret législatif 48 du 18 mai 1949, le code civil syrien est entré en vigueur le 15 juin 1949. Texte arabe: Al-Qanun al-madani, Muassasat Al-Nuri, Damas, 1996. Traduction française du code civil syrien: Le code civil syrien, Recueil des lois et de la législation financière de la République arabe syrienne, Damas, sans date.

⁵¹² Promulgué par la loi 40/1951, publié par le Journal officiel 3015 du 8 septembre 1951, le code civil irakien est entré en vigueur deux ans après sa publication (8 septembre 1953). Texte arabe: al-Qanun al-madani, Mawsu'at al-tashri'at al-'qariyyah, Bagdad, 1986.

(3) وتسترشد المحاكم في كل ذلك بالأحكام التي أقرها القضاء والفقهاء في العراق ثم في البلاد الأخرى التي تتقارب قوانينها مع القوانين العراقية.

➤ **Libye: Code civil, 1953**⁵¹³

Article 1 – Sources de la loi - 1) La loi régit toutes les matières auxquelles se rapporte la lettre ou l'esprit de ses dispositions.

2) A défaut d'une disposition législative, le juge statuera d'après les **principes du droit musulman**, et à son défaut d'après la coutume. A défaut de ces principes, le juge aura recours au **droit naturel** et aux **règles de l'équité**.

المادة 1- أصول القانون – 1) تسرى النصوص التشريعية على جميع المسائل التي تتناول هذه النصوص في لفظها أو في فحواها.
2) فإذا لم يوجد نص تشريعي يمكن تطبيقه، حكم القاضي بمقتضى **مبادئ الشريعة الإسلامية**. فإذا لم يوجد، فبمقتضى العرف. فإذا لم يوجد، فبمقتضى **مبادئ القانون الطبيعي وقواعد العدالة**.

➤ **Somalie: Code civil, 1973**⁵¹⁴

Article 1 – Indications des sources - 1) La loi régit toutes les matières auxquelles se rapporte la lettre ou l'esprit de ses dispositions.

2) A défaut d'une disposition législative, le juge statuera d'après les **principes du droit musulman**, et à son défaut le juge aura recours aux principes de la **justice sociale** et **de l'équité**.

➤ **Algérie: Code civil, 1975**⁵¹⁵

Article 1 - La loi régit toutes les matières auxquelles se rapporte la lettre ou l'esprit de l'une de ses dispositions.

En l'absence d'une disposition légale, le juge se prononce selon les **principes du droit musulman** et, à défaut, selon la coutume. Le cas échéant, il a recours au **droit naturel** et aux **règles de l'équité**.

المادة 1 - يسري القانون على جميع المسائل التي تتناولها نصوصه في لفظها أو في فحواها.
وإذا لم يوجد نص تشريعي، حكم القاضي بمقتضى **مبادئ الشريعة الإسلامية**. فإذا لم يوجد فبمقتضى العرف، فإذا لم يوجد فبمقتضى **مبادئ القانون الطبيعي وقواعد العدالة**.

➤ **Jordanie: Code civil, 1977**⁵¹⁶

⁵¹³ Publié dans le Journal officiel du 20 février 1954, et entré en vigueur quinze jours après. Texte arabe: Al-Qanun al-madani, Tripoli, 2003. Texte arabe in: <http://aladel.gov.ly/home/wp-content/uploads/2016/04/%D8%A7%D9%84%D9%82%D8%A7%D9%86%D9%88-%D9%86-%D8%A7%D9%84%D9%85%D8%AF%D9%86%D9%8A.pdf> (consulté le 5 mai 2016)

⁵¹⁴ Loi 37 du 2 juin 1973, entrée en vigueur le 1er juillet 1973, publié dans le journal officiel numéro 6 du 2 juin 1973. Texte italien dans I codici e e leggi civili della Somalia, a cura di Hassan Sceck Ibrahim, Magadiscio, 1978.

⁵¹⁵ Ordonnance 75-58 du 26 septembre 1975 portant code civil, publié par le Journal officiel 78 du 30 septembre 1975, entré en vigueur le 5 juillet 1975. Texte arabe: http://www.joradp.dz/JO6283/1975/078/A_Pag.htm et <http://badj2003.ifrance.com/cci000.htm>; Texte français: http://www.joradp.dz/JO6283/1975/078/F_Pag.htm et <http://www.droit.mjustice.dz/code%20civile.pdf>

Article 2 - 1) Cette loi régit les matières auxquelles se rapporte les lettres et les sens de ses dispositions. L'opinion personnelle (*ijtihad*) est exclue en présence d'un texte.

2) A défaut d'une disposition dans cette loi, le tribunal statuera d'après les normes de la doctrine juridique musulmane les plus conformes aux dispositions de cette loi. A défaut, il statuera d'après les **principes du droit musulman**.

3) A défaut, il statuera d'après la coutume, et à défaut, d'après les **règles de l'équité**. La coutume doit être générale, ancienne, constante et ininterrompue; elle ne doit pas être contraire aux normes de la loi, à l'ordre public ou aux bonnes mœurs. Lorsque la coutume est propre à un pays particulier, son application se limitera à ce dernier.

4) On s'inspirera, dans tous les cas, de ce qui a été admis par la jurisprudence et la doctrine, à condition qu'elles ne soient pas en contradiction avec ce qui est susmentionné.

المادة 1 - 1) تسري نصوص هذا القانون على المسائل التي تتناولها هذه النصوص بألفاظها ومعانيها ولا مساغ للاجتهاد في مورد النص.

2) فإذا لم تجد المحكمة نصاً في هذا القانون حكمت بأحكام الفقه الإسلامي الأكثر موافقة لنصوص هذا القانون، فإن لم توجد بمقتضى **مبادئ الشريعة الإسلامية**

3) فإن لم توجد حكمت بمقتضى العرف، فإن لم توجد حكمت بمقتضى **قواعد العدالة**. ويشترط في العرف أن يكون عاماً وقديماً ثابتاً ومطرداً ولا يتعارض مع أحكام القانون أو النظام العام أو الآداب. أما إذا كان العرف خاصاً ببلد معين فيسري حكمه على ذلك البلد.

4) ويسترشد في ذلك كله بما اقره القضاء والفقه على أن لا يتعارض مع ما ذكر.

➤ **Kuwait: Code civil, 1980**⁵¹⁷

Article 1 - 1) La loi régit les matières auxquelles se rapporte la lettre ou le sens de ses dispositions.

2) A défaut d'une disposition législative, le juge statuera d'après les **normes du droit musulman** les plus conformes à la réalité du pays et à ses intérêts et, à défaut, selon la coutume.

المادة 1 - 1) تسري النصوص التشريعية على المسائل التي تتناولها هذه النصوص بمنطوقها أو بمفهومها

2) فإن لم يوجد نص تشريعي، حكم القاضي وفقاً لأحكام **الفقه الإسلامي** الأكثر اتفاقاً مع واقع البلاد ومصالحها فإن لم يوجد حكم بمقتضى العرف.

➤ **Émirats arabes unis: Code des transactions civiles, 1985**⁵¹⁸

Article 1 - La loi régit toutes les matières auxquelles se rapportent la lettre et l'esprit de l'une de ses dispositions. **L'opinion personnelle est exclue en présence d'un texte dont le sens est clair**. A défaut d'une disposition dans cette loi, le juge statuera d'après **le droit musulman**, donnant préférence aux solutions les plus appropriées de l'École de l'Imam Malik et de l'École de l'Imam Ahmad Ibn-Hanbal, et à défaut, à celles de l'École de l'Imam Al-Shafi'i et de l'École de l'Imam Abu-Hanifah, selon l'intérêt en question.

⁵¹⁶ Loi 43 de 1976 publiée dans le Journal officiel du 1er août 1976, et devenue loi permanente en vertu de la déclaration parue dans le Journal officiel du 16 mars 1996, avec entrée en vigueur à partir du 1er janvier 1977. Texte arabe: <http://www.qanoun.com/law/laws/details.asp?Code=85>.

⁵¹⁷ Décret-loi 67 de 1980 publié dans le Journal officiel no 1335 du 15 janvier 1981. Entrée en vigueur le 15 février 1981. Texte arabe: <http://www.mandoubco.com/civillaw/intro.htm>.

⁵¹⁸ Loi 5 de 1985 publié dans le journal officiel no 158 du 29 décembre 1985, dont nous reprenons le texte arabe, entré en vigueur trois mois après. Texte arabe: <http://www.gcc-legal.org/MojPortalPublic/LawAsPDF.aspx?opt&country=2&LawID=3126>

A défaut, le juge statuera d'après la coutume à condition qu'elle ne soit pas contraire à l'ordre public ou aux bonnes mœurs. Lorsque la coutume est propre à un Émirat particulier, son application se limitera à ce dernier.

Article 2 – Les **règles et les fondements du droit musulman** serviront de référence pour la compréhension, l'interprétation et la déduction du texte.

المادة 1 - تسري النصوص التشريعية على جميع المسائل التي تتناولها هذه النصوص في لفظها وفحواها. **ولا مسأخ للاجتهد في مورد النص القطعي الدلالة.** فإذا لم يجد القاضي نصاً في هذا القانون حكم بمقتضى **الشريعة الإسلامية.** على أن يراعي تخير أنسب الحلول من مذهبي الإمام مالك والإمام أحمد بن حنبل فإذا لم يجد فمن مذهبي الإمام الشافعي والإمام أبي حنيفة حسبما تقتضيه المصلحة. فإذا لم يجد حكم القاضي بمقتضى العرف على ألا يكون متعارضاً مع النظام العام أو الآداب وإذا كان العرف خاصاً بإمارة معينة فيسري حكمه على هذه الإمارة.

المادة 2 - يرجع في فهم النص وتفسيره وتأويله إلى **قواعد وأصول الفقه الإسلامي.**

➤ **Bahrain: Code civil, 2001**⁵¹⁹

Article 1 – 1) La loi régit toutes les matières auxquelles se rapporte la lettre ou l'esprit de l'une de ses dispositions.

2) A défaut d'une disposition législative, le juge statuera d'après la coutume, et à son défaut, d'après le **droit musulman** en s'inspirant des opinions les plus conformes à la réalité et à la situation du pays. A défaut de ces principes, le juge aura recours au **droit naturel** et **aux règles de l'équité.**

المادة 1 – 1) تسري النصوص التشريعية على جميع المسائل التي تحكمها هذه النصوص بلفظها أو بمفهومها.

2) فإذا لم يوجد نص تشريعي يحكم به القاضي، حكم بمقتضى العرف، فإذا لم يوجد، حكم بمقتضى **الشريعة الإسلامية** مستهدياً بأصلح الآراء فيها بالنظر لواقع البلد وأحوالها، فإذا لم يوجد، حكم بمقتضى **مبادئ القانون الطبيعي وقواعد العدالة.**

➤ **Yémen: Code civil, 2002**⁵²⁰

Article 1 - Cette loi, tirée des normes du droit musulman, s'applique à toutes les transactions et à toutes les matières auxquelles se rapportent la lettre et le sens de ses dispositions. A défaut d'un texte applicable dans cette loi, on statuera d'après les **principes du droit musulman dont est tirée cette loi.** A défaut, le juge statue d'après la coutume permise selon le droit musulman. A défaut de coutume, le juge aura recours **aux règles de l'équité conformes aux fondements du droit musulman en général.** La coutume doit être générale et constante et ne doit pas être contraire aux normes de l'ordre public et aux bonnes mœurs.

Article 18 - Pour l'interprétation des textes de lois et pour leur application, on recourt au droit musulman, aux mémoires explicatifs et aux commentaires issus des autorités législatives compétentes.

المادة 1 – يسري هذا القانون المأخوذ من أحكام الشريعة الإسلامية على جميع المعاملات والمسائل التي تتناولها نصوصه لفظاً ومعنى، فإذا لم يوجد نص في هذا القانون يمكن تطبيقه يرجع إلى **مبادئ الشريعة الإسلامية المأخوذ منها هذا القانون** فإذا لم يوجد حكم القاضي بمقتضى العرف الجائز شرعاً فإذا لم يوجد عرف فبمقتضى **مبادئ العدالة الموافقة لأصول الشريعة الإسلامية جملة ويستأنس برأي من سبق لهم اجتهاد من علماء فقه الشريعة الإسلامية** ويشترط في العرف أن يكون ثابتاً ولا يتعارض مع مبادئ الشريعة الإسلامية والنظام العام والآداب العامة.

المادة 18 – المرجع في تفسير نصوص القوانين وتطبيقها هو الفقه الإسلامي والمذكرات الإيضاحية والكتب الشارحة الصادرة من الهيئة التشريعية المختصة.

⁵¹⁹ Décret-loi 19 de 2001 publié dans le Journal officiel no 2476 du 9 juin 2001. Entrée en vigueur le 1er septembre 2001. Texte arabe: <http://www.legalaffairs.gov.bh/htm/L1901.htm?+المدني>.

⁵²⁰ Loi 14 de 2002 promulguée le 10 avril 2002. Entrée en vigueur dès sa publication dans le journal officiel. Texte arabe: <http://www.sanaalawyers.org/htmltonuke.php?filnavn=html/yemleg/3-18.htm>.

➤ *Qatar: Code civil, 2004*⁵²¹

Article 1 – 1) La loi régit toutes les matières auxquelles se rapporte la lettre ou l'esprit de l'une de ses dispositions.

2) En l'absence d'une disposition légale, le juge se prononce selon les **principes du droit musulman** et, à défaut, selon la coutume. Le cas échéant, il a recours aux **règles de l'équité**.

المادة 1 – 1) تسري النصوص التشريعية على المسائل التي تتناولها هذه النصوص بمنطوقها أو بمفهومها.

2) إذا لم يوجد نص تشريعي حكم القاضي بمقتضى الشريعة الإسلامية، فإذا لم يجد، حكم بمقتضى العرف، وإلا فبمقتضى قواعد العدالة.

➤ *Projet égyptien de code civil islamique, 1982*⁵²²

Article 1 - 1) La loi régit toutes les matières auxquelles se rapportent ses dispositions par une des voies de déduction islamique. Le juge s'inspire dans son interprétation des objectifs de la loi islamique.

2) A défaut d'une disposition législative, le juge statuera d'après la coutume, et à son défaut, d'après les **principes du droit musulman**.

Article 3 - Les normes catégoriques du droit musulman sont considérées comme faisant partie de l'ordre public. Tout texte ou convention contraire à ces normes est nul.

المادة 1 – 1) تسرى النصوص التشريعية على جميع المسائل التي تتناولها هذه النصوص بطريق من طرق الدلالة الشرعية. ويستلهم القاضي في تفسيرها مقاصد الشريعة.

2) فإذا لم يوجد نص تشريعي يمكن تطبيقه، يحكم القاضي بمقتضى العرف. فإذا لم يوجد، فبمقتضى مبادئ الشريعة الإسلامية.

مادة 2 – تعتبر من النظام العام أحكام الشريعة الإسلامية القطعية. ومن ثم يقع باطلا كل نص أو اتفاق يخالف هذه الأحكام.

➤ *L'ordonnance (la loi) civile unifiée du Conseil de coopération pour les États arabes du Golfe de 1997*⁵²³

Article 1 - 1) La loi régit toutes les matières auxquelles se rapportent ses dispositions dans tous leurs sens.

2) A défaut d'une disposition législative, le juge statuera d'après les **normes du droit musulman** les plus conformes aux textes de cette loi sans se limiter à une école particulière. A défaut, le juge statuera d'après les **principes du droit musulman** et ses objectifs tenant en considération la coutume selon les conditions prévues par le droit musulman.

Article 2 – Les règles des fondements du droit musulman serviront de référence pour la détermination du contenu de cette loi et de son interprétation.

المادة 1 – 1) تطبيق نصوص هذا القانون على جميع المسائل التي تناولها بكل دلالتها.

⁵²¹ Loi 22 de 2004 promulgué le 30 juin 2004. Il n'indique pas la date d'entrée en vigueur. Texte arabe: <http://www.gcc-legal.org/MojPortalPublic/LawAsPDF.aspx?opt&country=3&LawID=2626>.

⁵²² Iqtirah bi-mashru' qanun bi-isdar qanun al-mu'amalat al-madaniyyah, 1er juillet 1982, annexe 16. Ce projet a été soumis au parlement égyptien par une commission représentant les plus hautes autorités juridiques et religieuses égyptiennes chargées d'établir des lois conformes au droit musulman; il n'a pas abouti.

⁵²³ Ce document a été adopté en décembre 1997. Texte arabe: Wathiqat al-kuwait lil-nidham (al-qanun) al-madani al-muwahhad, Majlis al-ta'awun li-duwal al-khalij al-arabiyyah, al-amanah al-ammah, Riyadh, 1998.

(2) فإذا لم يوجد نص في هذا القانون تطبق أحكام الفقه الإسلامي الأكثر ملاءمة للقانون دون التقيد بمذهب فقهي معين، فإن لم توجد، تطبق المبادئ العامة للتشريعة الإسلامية ومقاصدها مع مراعاة العرف حيث يوجد بالشرائط المقررة فيه فقهاً.
المادة 2 – يرجع في تحديد مضمون النص وتفسيره إلى قواعد أصول الفقه الإسلامي.

Annexe 15. « EQUITE »

➤ **G. Cornu, Vocabulaire juridique, Paris, Puf-Quadrige ; Dicos Poche, 9ème édition, 2011, p.408**

N.f- Lat. *aequitas*, de *aequus* : égal, équitable.

1 Justice fondée sur l'égalité ; devoir de rendre à chacun le sien ; principe qui commande de traiter également des choses égales. Ex. le règlement des parts (dans une société) ne peut être attaqué s'il n'est évidemment contraire à l'équité (C.civ., a. 1854).

2 Par glissement du sens 1, justice du cas particulier ; effort pour rétablir l'égalité en traitant inégalement des choses inégales.

3 Atténuation, modification apportées au Droit, à la loi en considération de circonstances particulières ; modération raisonnable dans l'application du Droit. Ex. les conventions obligent à toutes les suites que l'équité, l'usage ou la loi donnent à l'obligation d'après sa nature (C.civ. a. 1135); en ce sens, équité s'opp. à Droit strict, ou à rigueur du droit, rigueur des principes V. pouvoir modérateur.

4 Manière de résoudre les litiges en dehors des règles du droit, selon des critères tels que la raison, l'utilité, l'amour de la paix, la morale. Ex. les arbitres, les juges peuvent statuer en équité lorsque les parties leur ont conféré des pouvoirs d'arbitres amiables compositeurs ; équité s'oppo. ici à Droit (plus exactement à l'obligation de statuer en droit, la faculté de le faire demeurant ouverte).

5 Justice supérieure au Droit positif, justice idéale, Droit naturel V *ex aequo et bono*.

6 Sentiment de justice (référence toujours suspecte d'arbitraire en raison de son caractère subjective et pourtant irréductible). Comp. conscience, intime conviction.

Annexe 16. Hadith du Prophète Mahomet rapportant les instructions données à Mu'adh de juger selon le Coran et la Sunnah d'abord, puis sa propre opinion ensuite [arabe]

عَنْ الْخَارِثِ بْنِ عَمْرٍو أَنَّ رَسُولَ اللَّهِ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ بَعَثَ مُعَاذًا إِلَى الْيَمَنِ فَقَالَ كَيْفَ تَقْضِي فَقَالَ أَقْضِي بِمَا فِي كِتَابِ اللَّهِ فَإِنْ لَمْ يَكُنْ فِي كِتَابِ اللَّهِ قَالَ فَيَسْئَلُهُ رَسُولُ اللَّهِ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ قَالَ فَإِنْ لَمْ يَكُنْ فِي سُنَّةِ رَسُولِ اللَّهِ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ قَالَ أَجْتَهُدُ رَأْيِي قَالَ الْحَمْدُ لِلَّهِ الَّذِي وَفَّقَ رَسُولَ رَسُولِ اللَّهِ

سنن الترمذي كتاب الأحكام باب ما جاء في القاضى كيف يقضى 1327

المحدث ابن عبد البر خلاصة حكم المحدث صحيح مشهور في جامع بيان العلم 2/844

Annexe 17. Fermeture ou ouverture des « portes de l'ijtihad »

Une question non résolue persiste dans la tradition juridique musulmane celle de la fermeture des portes de l'ijtihad (*insidad bab al-ijtihad*). La question de savoir si la porte de l'ijtihad a toujours été maintenue ouverte ou si elle a été fermée virtuellement pendant une certaine période est déterminée par deux éléments qui se complètent. Le premier élément est l'existence ou l'extinction des mujtahids, le second élément concerne l'absence d'un consensus parmi les juristes sur le fait que la porte de l'ijtihad est ou non fermée. Dans les travaux des *usul al-fiqh*, seule la question de savoir si les mujtahid ont disparu ou non a été discutée avec de rare référence au concept de la fermeture de l'ijtihad.⁵²⁴ Ceci peut-être expliqué par le fait que les usulites, étant les gardiens du droit, se sont sentis responsables de la continuité de l'ijtihad et ont vu l'idée d'une porte ouvrant ou fermant l'ijtihad comme une négation de la vraie raison d'être de la méthodologie divine des *usul al-fiqh*. L'agonie ou l'absence des érudits musulmans s'avère une des principales raisons pour la fermeture de l'ijtihad.⁵²⁵

Les expressions « régime d'ijtihad » et « régime de taqlid » ont été employés pour la première fois par J. Schacht dans son *Introduction au droit musulman*.⁵²⁶ Selon Schacht, au début du 10^{ème} siècle, un consensus s'est progressivement établi de manière à ce que "nul n'est qualifié pour exercer un jugement indépendant et que l'activité future serait confinée à expliquer, appliquer et interpréter le plus possible la doctrine."⁵²⁷ Cette fermeture de la porte de l'ijtihad comme le qualifie Schacht à pousser à utiliser le taqlid. Néanmoins, Wael B. Hallaq dans son article « Was the Gate of Ijtihad closed ? » de 1984⁵²⁸ a semé le doute sur les conclusions de Schacht et accroît les éventuels critiques notamment des jeunes universitaires sur le fait que l'ijtihad n'a jamais cessé au Moyen-Age.

Annexe 18. John Selden à propos de l'Equity⁵²⁹

Equity.

EQUITY in Law, is the same that the Spirit is in Religion, what every one pleases to make it. Sometimes they go according to Conscience, sometimes according to Law, sometimes according to the Rule of Court.

2. Equity is a Roguish thing : for Law we have a measure, know what to trust to ; Equity is according to the Conscience of him that is Chancellor, and as that is larger or narrower, so is Equity. 'Tis all one as if they should make the Standard for the measure, we call a Foot, a Chancellor's Foot ; what an uncertain Measure would this be ? One Chancellor has a long Foot, another a short Foot, a Third an indifferent Foot : 'Tis the same thing in the Chancellor's Conscience.

⁵²⁴ HALLAQ, W., « Was the Gate of Ijtihad Closed? », *International Journal of Middle East Studies*, 16(1), 1984, p.23.

⁵²⁵ HALLAQ, W., « Was the Gate of Ijtihad Closed? », *International Journal of Middle East Studies*, 16(1), 1984, p.23.

⁵²⁶ SHERMAN A. J., *Islamic Law and the State (the Constitutional Jurisprudence of Shihad al-Din al-Qarafi)*, E. J. Brill, New York, 1996, p.73

⁵²⁷ SCHACHT J., *Introduction au droit musulman*, Maisonneuve & Larose, 2^{ème} éd., 1999, p. 71

⁵²⁸ HALLAQ, W., « Was the Gate of Ijtihad Closed? », *International Journal of Middle East Studies*, 16(1), 1984, pp.3-41 <http://www.jstor.org/stable/162939> (consulté le 6 juin 2016)

⁵²⁹ SELDEN J., *Table-Talk*, London, Reeves & Turner, 1890, p.49

Annexe 19. Interdiction de toute référence expresse a l'équité

➤ **Soc. 21 fév. 1980, n° 78-40122: Bull. civ. V, no 170 (Légifrance)**

VU L'ARTICLE 12, ALINEA 1, DU CODE DE PROCEDURE CIVILE ;

ATTENDU QUE, SELON CE TEXTE, LE JUGE TRANCHE LE LITIGE CONFORMEMENT AUX REGLES DE DROIT QUI LUI SONT APPLICABLES ;

ATTENDU QU'A PARTIR DE JANVIER 1974, DORMOY, QUI S'OCCUPAIT INITIALEMENT DE DEUX EXPLOITATIONS, FUT CHARGE, EN OUTRE, DE LA GESTION TECHNIQUE DE DEUX AUTRES ; QUE L'ARRET ATTAQUE A ESTIME EQUITABLE DE CONDAMNER LA SOCIETE A PAYER A DORMOY, POUR CE TRAVAIL SUPPLEMENTAIRE, UN COMPLEMENT DE REMUNERATION ; QU'EN SE FONDANT AINSI SUR L'EQUITE, LA COUR D'APPEL A VIOLE LE TEXTE SUSVISE ;

➤ **Soc. 11 mai 1994, n 91-40275 D. 1995 626 note C. Puigelier**

Vu l'article 12 du nouveau Code de procédure civile ;

Attendu que, selon le jugement attaqué, M. Y... a été engagé en qualité de maçon le 19 décembre 1983 ; qu'il a été victime d'un accident de travail en date du 27 janvier 1986 au 1er juin 1986, date à laquelle il a été déclaré consolidé ; qu'il a été en arrêt de travail pour maladie du 2 juin 1986 au 26 juillet 1987 ; que son absence s'est poursuivie jusqu'au 30 novembre 1987 sans justification ;

Attendu que pour débouter M. Y... de sa demande d'indemnité de préavis de licenciement, le conseil de prud'hommes a énoncé que l'équité conduisait à ne pas accueillir la demande du salarié ;

Qu'en statuant ainsi en se fondant sur l'équité, le conseil de prud'hommes a violé le texte susvisé ;

Annexe 20. L'équité n'est pas une source du droit

➤ **Soc. 4 déc. 1996 n°94-40693, RTD civ. 1998. 221 obs. N. Molfessis**

Sur le moyen unique, commun aux pourvois :

*Vu les articles 1134 et 1135 du Code civil, **ensemble l'article 12 du nouveau Code de procédure civile** ;*

Attendu que M. X... et 8 autres salariés de la société Ecoplastic, ayant travaillé le lundi de Pâques 12 avril 1993, le jeudi de l'Ascension 20 mai 1993 et le lundi de Pentecôte 31 mai 1993, ont perçu le salaire correspondant ; qu'ils ont prétendu que leur salaire devait être, pour ces 3 jours fériés, majoré de 100 % et ont saisi de cette réclamation la juridiction prud'homale ;

Attendu que, pour admettre l'existence d'une créance de salaires, de congés payés et de dommages-intérêts pour chacun des salariés concernés, le conseil de prud'hommes a énoncé que si ni la loi ni la convention collective ne précisent rien sur la rémunération particulière, en dehors du 1er mai, elles ne comportent pas pour autant l'interdiction de paiement particulier ; qu'il convient alors au juge, devant l'imprécision de la loi du 19 janvier 1978 ne légalisant que le statut minimum dans le cadre du chômage du jour férié, d'examiner les demandes en équité, sur la base en particulier de l'article 1135 du Code civil ; que si en cas de non-travail d'un jour férié, il y a maintien du salaire, il serait inéquitable en cas de travail effectif de n'en rester qu'à l'attribution d'un salaire identique ;

Attendu, cependant, que les jours fériés ne sont pas, à l'exception du 1er mai, nécessairement chômés ; que le salarié, qui travaille un jour férié, n'a droit, à défaut de dispositions particulières résultant de la convention collective ou de son contrat, qu'à son salaire ;

*Qu'en statuant, comme il l'a fait, **alors que l'équité n'est pas une source de droit**, le conseil de prud'hommes a violé les textes susvisés ;*

➤ **Soc. 13 fév. 2007, n05-41055. Inédit**

Sur le moyen unique :

Vu les articles 1134 et 1135 du code civil, ensemble l'article 12 du nouveau code de procédure civile ;

Attendu que Mme X... a été engagée le 1er avril 2000 par la société Elysées patrimoine en qualité de "salarié producteur" pour exercer des fonctions de responsable régionale ; que licenciée le 25 octobre 2002, elle a saisi la juridiction prud'homale pour obtenir notamment le paiement d'un rappel de commissions et de congés payés ;

Attendu que pour admettre la créance de la salariée, l'arrêt attaqué énonce que l'équité commande que les contrats apportés par la salariée avant son embauche et dont l'employeur a bénéficié, doivent donner lieu à commissionnement dans les mêmes conditions que les productions ultérieures ;

Attendu, cependant, qu'aucune disposition contractuelle ne prévoyait le commissionnement de la salariée avant son engagement par la société Elysées patrimoine ;

Qu'en statuant, comme elle l'a fait, **alors que l'équité n'est pas une source de droit**, la cour d'appel a violé les textes susvisés ;

Annexe 21. **Com. 14 janv. 2003, n°99-20872, inédit**

Vu l'article 1147 du Code civil ;

Attendu que, pour fixer le montant des dommages-intérêts dus par la Caisse aux époux X..., l'arrêt retient que ceux-ci avaient, au mois de décembre 1994, connaissance du risque qu'ils encourraient et l'aggravation possible de leur situation financière et que ces circonstances permettaient de fixer, **en équité**, le montant de la réparation due par la Caisse à la somme de 250 000 francs ;

Attendu qu'en motivant le montant de l'indemnisation du préjudice subi par les époux X... **par référence à l'équité** et en l'évaluant forfaitairement, la cour d'appel a violé le texte susvisé

Annexe 22. **Civ.1ère 8 juill. 2010, n°09-66186, Bull. civ. I, n°165**

Se fonde sur des considérations d'équité, pour refuser d'allouer à l'épouse une prestation compensatoire, la cour d'appel qui relève que la charge des quatre enfants communs était entièrement assumée par l'époux puisque la mère ne versait aucune contribution pour leur entretien et ne leur rendait que de rares visites, que l'épouse n'avait que 33 ans lorsqu'elle a cessé d'avoir la charge des enfants et ne justifiait pas des efforts entrepris pour suivre une formation ou exercer un emploi, se déterminant ainsi au regard des critères posés par l'article 271 relatifs à l'âge de l'épouse, sa situation au regard de l'emploi, aux choix professionnels faits par les époux et aux charges engendrés par l'entretien et l'éducation des enfants.

Annexe 23. **En matière d'indivision**

Civ. 1ère 7 juin 1988 n°86-15090 D. 1989. 141, note A. Breton

*Lorsqu'un indivisaire a avancé de ses derniers les sommes nécessaires à la conservation d'un bien indivis, il doit lui en être tenu **compte selon l'équité**, eu égard à la dépense faite ou à l'importance de la plus-value prise par ce bien au jour du partage.*

Annexe 24. Articles du Code civil

➤ Article 270 al.3

*Toutefois, le juge peut refuser d'accorder une telle prestation si **l'équité le commande**, soit en considération des critères prévus à l'article 271, soit lorsque le divorce est prononcé aux torts exclusifs de l'époux qui demande le bénéfice de cette prestation, au regard des circonstances particulières de la rupture.*

➤ Article 565 al.1er C.civ.

*Le droit d'accession, quand il a pour objet deux choses mobilières appartenant à deux maîtres différents, est entièrement subordonné aux principes de **l'équité naturelle**.*

➤ Article 815-13 du Code civil

*Lorsqu'un indivisaire a amélioré à ses frais l'état d'un bien indivis, **il doit lui en être tenu compte selon l'équité**, eu égard à ce dont la valeur du bien se trouve augmentée au temps du partage ou de l'aliénation. Il doit lui être pareillement tenu compte des dépenses nécessaires qu'il a faites de ses deniers personnels pour la conservation desdits biens, encore qu'elles ne les aient point améliorés.*

Inversement, l'indivisaire répond des dégradations et détériorations qui ont diminué la valeur des biens indivis par son fait ou par sa faute.

➤ Article 1133 C.civ.

La cause est illicite, quand elle est prohibée par la loi, quand elle est contraire aux bonnes mœurs ou à l'ordre public

➤ Article 1134 du Code civil

Les conventions légalement formées tiennent lieu de loi à ceux qui les ont faites.

Elles ne peuvent être révoquées que de leur consentement mutuel, ou pour les causes que la loi autorise.

Elles doivent être exécutées de bonne foi.

➤ Article 1135

*Les conventions obligent non seulement à ce qui y est exprimé, mais encore à toutes les suites que **l'équité**, l'usage ou la loi donnent à l'obligation d'après sa nature.*

➤ Article 1244-1 C.civ.

Toutefois, compte tenu de la situation du débiteur et en considération des besoins du créancier, le juge peut, dans la limite de deux années, reporter ou échelonner le paiement des sommes dues.

➤ **Article 1152 C.civ.**

Lorsque la convention porte que celui qui manquera de l'exécuter payera une certaine somme à titre de dommages-intérêts, il ne peut être alloué à l'autre partie une somme plus forte, ni moindre.

Néanmoins, le juge peut, même d'office, modérer ou augmenter la peine qui avait été convenue, si elle est manifestement excessive ou dérisoire. Toute stipulation contraire sera réputée non écrite.

➤ **Article 1579**

Si l'application des règles d'évaluation prévues par les articles 1571 et 1574 ci-dessus devait conduire à un résultat manifestement contraire à l'équité, le tribunal pourrait y déroger à la demande de l'un des époux.

Annexe 25. CHENEDE F., « Des dangers de l'équité au nom des droits de l'homme », Recueil Dalloz 2014, 179

Ce serait toutefois oublier que ce pouvoir prétorien (5), auquel Aristote a donné le nom d'équité, ne peut intervenir qu'en certaines circonstances, qui n'étaient nullement réunies en l'espèce. D'abord, la loi n'était pas muette (silence qui a pu justifier, par exemple, la création de l'action de in rem verso). Ensuite, l'article 161 (interdiction du mariage entre alliés) et l'article 184 (délai de trente ans pour agir) ne souffraient d'aucune imprécision ou ambiguïté (incertitude qui a permis, toujours à titre d'illustration, l'extension du domaine de la stipulation pour autrui, ou encore l'attribution de la qualité d'enfant légitime à tous les enfants nés pendant le mariage). Enfin, et il convient d'insister sur ce point, nous n'étions pas en présence d'une loi ancienne qu'il convenait d'adapter à une réalité nouvelle (situation qui a pu commander, par exemple, l'avènement du principe général de responsabilité sans faute du fait des choses, ou encore certains aménagements au principe de prohibition des pactes sur succession future) : tandis que la prohibition du mariage entre alliés a été confirmée par la loi du 17 mai 2013, le délai de prescription de trente ans, au cœur du litige, avait été officiellement consacré par la loi du 17 juin 2008. La première chambre civile n'a donc nullement suppléé, interprété ou adapté, mais bel et bien violé la loi... par refus d'application !

Annexe 26. Les modèles judiciaires dans les pays arabes

➤ **Le système judiciaire dans le Monde arabe⁵³⁰**

Le système judiciaire des pays membres de la Ligue des Etats arabes a connu des transformations radicales au cours des deux derniers siècles, parallèlement à l'émergence d'Etats nations centralisés. D'un pays à l'autre, les formes de la justice sont contrastées, selon que le système s'est inscrit dans la tradition du droit civil ou de la common law, selon qu'il s'est développé plus ou moins indépendamment de la tutelle coloniale et selon que la mise en place des nouvelles institutions est récente ou s'inscrit dans la durée.

Il n'y a pas d'expérience arabe spécifique du droit et de la justice. La référence à un « monde arabe » ne se justifie que par rapport à un discours nationaliste, faisant de l'arabité un principe d'identité, et à une organisation régionale, la Ligue des Etats Arabes, qui regroupe en son sein 20 et un Etats (Palestine incluse). La culture arabe, quoi que recouvre ce terme, ne saurait donc être

⁵³⁰ DUPRET B., BERNARD-MAUGIRON N., « Monde arabe (Le système judiciaire dans le) » dans Cadiet L. (ed.), Dictionnaire de la justice, Paris, PUF, 2004, p. 904-907 (consulté le 9 juillet 2016).

tenue pour fondatrice d'une organisation particulière du pouvoir judiciaire dans ces différents pays. L'adoption de plus en plus fréquente de textes législatifs trouvant leur inspiration dans les droits positifs occidentaux et les réformes apportées aux différents pouvoirs judiciaires, tout au long des XIX et XX ont en effet, conduit à restreindre progressivement la compétence des juridictions religieuses aux seules matières du statut personnel (mariage, divorce, filiation, successions), voire à les intégrer purement et simplement dans le système national de cours et tribunaux. Réformes juridiques et judiciaires se sont succédé dans l'empire ottoman jusqu'à l'instauration de la république turque. Elles touchèrent aussi bien le statut des magistrats (formation, recrutement, salaire), que les institutions elles-mêmes (nouvelles juridictions administratives et judiciaires, séparation progressive des pouvoirs, création d'un ministère de la Justice). Ce phénomène a affecté la plupart des pays arabes, soit directement parce qu'ils étaient parti intégrante de l'Empire, soit indirectement parce qu'une série de liens juridique les liant à l'Empire. En Egypte, des conseils administratifs dotés de compétences judiciaires et des instances judiciaires comme le Majlis al-ahkam (juridiction suprême) et les Majlis al-tujjar (juridictions commerciales) furent créés, parallèlement au tribunaux religieux existants (mahakim shar'iyya) et aux juridictions consulaires mises en place par le système des capitulations. En 1875, des tribunaux mixtes (mahakim mukhtalata) composés de tribunaux d'instance et d'une cour d'appelle furent établis pour régler les différends auxquels des ressortissants étrangers étaient partie. Le même modèle fut suivi en 1883, lors de la création des tribunaux nationaux (mahakim ahliyya) compétents pour connaître des litiges (hormis le statut personnel) entre nationaux égyptiens. Le même mouvement s'observe dans d'autres pays (Tunisie, Maroc, Algérie).

La prégnance du « modèle français » : à l'exception de l'Arabie saoudite (système sui generis mélangeant tribunaux religieux et organismes administratifs à compétence judiciaire) et avec d'importantes nuances pour différents pays du Golfe, les pays arabes ont adopté un système judiciaire proche du système français. Cela tient pour partie la présence coloniale (Algérie, Liban, Maroc, Mauritanie, Syrie, Tunisie) mais aussi à l'existence d'une tradition de coopération juridique non exempte d'une volonté de résistance à la présence britannique ou à l'héritage ottoman et à l'influence égyptienne dans les domaines du droit (Libye, Irak, Jordanie, pays du Golfe, Soudan). On retrouve ainsi une division du judiciaire entre tribunaux de première instance (mahkamat ibtida'yya), cours d'appel (mahkamat al-isti'naf) et Cour de cassation (mahkamat al-naqd) (Algérie, Egypte, Irake, Jordanie, Koweit, Liban, Maroc, Mauritanie, Syrie, Tunisie). Ces juridictions sont compétente en matière civile, pénale et commerciale, et se voient parfois confiées les affaires de statut personnel (par exemple Egypte). Certains pays (Egypte) comprennent un échelon inférieur à juge unique. En Egypte, la convention de Montreux de 1937 a aboli les juridictions consulaires et mixtes et a confié l'ensemble des compétences aux tribunaux nationaux. Les matières relevant du statut personnel (des musulmans et non-musulmans) sont, depuis la suppression des tribunaux religieux (1955) de la compétence de chambres civiles spécialisées des tribunaux ordinaires. La Syrie reproduit pour l'essentiel le modèle égyptien. La loi irakienne sur le pouvoir judiciaire de 1979 le calque également tout en confiant les affaires de statut personnel à des tribunaux de shariah. C'est le modèle civiliste et non la common law qui a été adopté dans les pays du Golfe (Bahrein, Emirats Arabes Unis, Koweit, Qatar, Oman) en dépit d'une longue présence coloniale britannique, en raison de l'influence des juristes égyptiens employés comme experts dans la région.

➤ **Les problématiques de l'introduction du concept « nation-Etat » et sa rencontre avec la Shariah**

Le problème le plus emblématique dans l'histoire du droit de monde moderne musulman a été l'introduction du concept de nation-Etat et sa rencontre avec la Sharia.⁵³¹ La discordance entre le droit musulman et l'Etat-nation, une différence analytique majeure entre un système préexistant

⁵³¹ HALLAQ W. B., *Shari'a: Theory, Practice, Transformations*, CUP, 2009, p.359.

largement défini par la Sharia et un système qui est venu le remplacer (l'Etat-nation moderne). Les deux sont des mécanismes productifs de droit ou simplement de législation. L'« Etat islamique » jugé par n'importe quel standard de définition de ce que l'Etat moderne représente une impossibilité et une contradiction à la fois.⁵³²

En tant que législateurs universels ils s'excluent mutuellement. Le motus vivendi de l'Etat nation était la codification, une méthode qui a entraîné une prise un instrument de gouvernance. Les codes modernes sont venus remplacer toutes les coutumes incohérentes et autre droit. C'est un remplacement totalement totalitaire dès lors que les codes doivent remplacer les exigences d'intégralité et d'exclusivité. Les codes doivent être systématiques, claires et logiques et être facilement accessible aux avocats et les juges. D'autre part, le droit musulman s'oppose à la vaste majorité des attributs d'un code. Premièrement, le droit musulman dépend à la fois en théorie et en pratique sur la coopération coutumière ('ada, 'urf) et la siyasa shar'iyya. Le droit musulman n'a pas d'uniformité interne dès lors qu'il existe une pluralité d'opinions (pluralisme ijthadic). En effet, la diversité du droit musulman est la caractéristique qui a curieusement permis la flexibilité pour adapter à travers les variants règles juridiques.

Annexe 27. Typologie des juristes musulmans

Ibn Rushd, juriste malékite, divise la communauté des juristes en trois groupes, chacun assumant une fonction.⁵³³ Le premier groupe de juristes n'est pas autorisé à délivrer des fatwas. Ils doivent mémoriser les fondements de la doctrine malékite mais ne peuvent pas développer d'apparat critique.⁵³⁴ Les membres du second groupe se distinguent eux-mêmes par une connaissance approfondie des doctrines de l'école malékite et des principes généraux, ils sont autorisés à donner des opinions juridiques tout en restant dans les limites de l'école Malékite.⁵³⁵ En d'autres termes, ils ne peuvent pas exercer ni essayer quelque soit la forme d'ijtihad qui pourrait conduire à la découverte d'un règle de droit sans précédent. A l'opposé, les membres du troisième groupe ont la liberté d'exercer l'ijtihad dès lors qu'ils maîtrisent les instruments du raisonnement juridique originel fondé sur les textes révélés.

Abu 'Amr 'Uthman Ibn al-Salah, mufti shaféite et auteur qui a vécu à Damas, a établi également une typologie et divisent les muftis en deux catégories. Un mufti indépendant (mustaqil), un mufti dépendent (ghayr mutaqil). Cette seconde catégorie est divisée en 4 sous-catégories : le muqallid (celui qui suit la doctrine positive du maître fondateur qui est un mujtahid indépendant), le muqayyad (celui qui est totalement qualifié pour confirmer et améliorer les doctrines), les juristes qui articulent la wujuh et turuq (ashhab al-wujuh wal-turuq) et ceux qui portent et transmettent les madhhab.

Sous l'empire ottoman, Shaykh al-Islam Pashazadeh a formulé une typologie hanafite des juristes dans laquelle on peut reconnaître 7 catégories (tabaqat). La première catégorie de mujtahid légitimes inclue les 4 imams fondateurs des quatre écoles juridiques. Ils ont établi les principes fondamentaux et dérivent des règles juridiques positives des sources, le Coran, la Sunnah, le consensus et le qiyas. Ils sont indépendants. La seconde catégorie regroupe les mujtahid qui oeuvrent au sein des frontières de l'école juridique, tel que les étudiants d'Abū Hanīfa (Abu Yusuf and Shaybani). Le troisième groupe sont les mujtahid qui ont pratiqué l'ijtihad dans les cas particulier qu'Abū Hanīfa n'a pas formulé comme al-Kasshaf, al-Tahawi, Al-Kharkhi, al-Sarkahsi.

⁵³² HALLAQ W., *The impossible State, Islam Politics and Modertiny's moral predicament*, Columbia University Press, New York, 2013, 256 pages, Introduction.

⁵³³ HALLAQ W. B., *Authority, Continuity and change in Islamic Law*, CUP, 2001, p.3.

⁵³⁴ HALLAQ W. B., *Authority, Continuity and change in Islamic Law*, CUP, 2001, p.3.

⁵³⁵ HALLAQ W. B., *Authority, Continuity and change in Islamic Law*, CUP, 2001, p.4.

Annexe 28. Critique de la typologie hanafite

La classification de l'istihsan comporte de nombreux défauts au regard du fait que l'istihsan consiste à écarter une analogie en faveur d'une règle écrite ou d'un consensus.⁵³⁶ Le problème ici de savoir si l'istihsan fondée sur l'autorité d'un texte du Coran, de la sunnah ou de l'ijma devrait être qualifié d'istihsan. Comme le fait remarqué très justement Chafik Chehata, une solution dérogatoire découlant d'un texte, d'un usage ou d'un consensus omnium, ne peut pas être considérée comme découlant de l'istihsan.⁵³⁷ En effet, les textes, l'ijma' (consensus), le 'urf (usage) sont autant de sources distinctes et directes du droit hanafite. Il semble y avoir une confusion car l'istihsan est une opération de l'esprit devant suppléer à la carence de l'analogie comme le souligne Chafik Chehata. Kamali explique que dès lors qu'une règle se trouve dans le Coran ou la Sunnah, le juriste se doit de la suivre et n'a pas le choix de recourir à l'analogie ou à l'istihsan.⁵³⁸ Cette critique se rapproche de ce que al-Ghazali, éminent juriste malékite, a relevé lorsqu'il indique que ces types d'istihsan sont gouvernés non pas par l'istihsan mais directement par les dispositions du Coran et de la Sunnah. Al-Ghazali critique aussi l'istihsan basé sur une coutume et en se référant à l'exemple des bains publics il révèle que cette règle n'a pas été adopté par voie de l'istihsan car il s'agit déjà d'une coutume au temps du Prophète et a été tacitement acceptée en tant que sunnah (Sunnah taqririyyah).⁵³⁹ Al-Zarqa, juriste musulman moderne, partage le meme point de vue qu'al-Ghazali. Il affirme que lorsqu'une règle provient du Coran, de la Sunnah ou du consensus 'ijma', il n'y a pas de place pour l'istihsan ou le qiyas.⁵⁴⁰ Ibn Hajib⁵⁴¹, juriste malékite, a proposé une autre typologie en classant les types d'istihsan en trois catégories : une catégorie acceptée (maqbul), une catégorie rejetée (mardud) et une catégorie incertaine (mutaradad). Cette critique de la typologie de l'istihsan montre que d'une part, les types d'istihsan d'istihsan dans cette classification ne sont pas pertinents, d'autre part que cette typologie n'est pas exhaustive.⁵⁴²

Annexe 29. Article 1195 de l'ordonnance du 10 février 2016

Art. 1195.-Si un changement de circonstances imprévisible lors de la conclusion du contrat rend l'exécution excessivement onéreuse pour une partie qui n'avait pas accepté d'en assumer le risque, celle-ci peut demander une renégociation du contrat à son cocontractant. Elle continue à exécuter ses obligations durant la renégociation.

En cas de refus ou d'échec de la renégociation, les parties peuvent convenir de la résolution du contrat, à la date et aux conditions qu'elles déterminent, ou demander d'un commun accord au juge de procéder à son adaptation. A défaut d'accord dans un délai raisonnable, le juge peut, à la demande d'une partie, réviser le contrat ou y mettre fin, à la date et aux conditions qu'il fixe.

⁵³⁶ KAMALI M. H., *Equity and Fairness in Islam*, Cambridge, The Islamic Texts Society, 2005, p.51.

⁵³⁷ Chafik Chehata p.125

⁵³⁸ Et ce meme si le Coran donne une option de choix entre une règle alternative paraissant préférable, cette alternative reste toujours une prescription coranique et non pas l'istihsan.

⁵³⁹ AL-GHAZALI, Abu Hamid Muhamad. *Al-Mustasfa min 'Ilm al-Usul*, Caire, Al-Maktabah al-Tijariyyah, 1937, vol. II, p.138.

⁵⁴⁰ AL-ZARQA, M., *Al-Madkhal al-Fiqhi al-'Amm*, 6ème édition, Damas, Dar a-Fikrm, 1967, vol. I, p. 87-88.

⁵⁴¹ Mort en 646 H.

⁵⁴² KAMALI M. H., *Equity and Fairness in Islam*, Cambridge, The Islamic Texts Society, 2005, p.53

Annexe 30. Section 11- Unfair Contract Terms Act 1977

➤ The “reasonableness” test.

(1) *In relation to a contract term, the requirement of reasonableness for the purposes of this Part of this Act, section 3 of the Misrepresentation Act 1967 and section 3 of the Misrepresentation Act (Northern Ireland) 1967 is that the term shall have been a fair and reasonable one to be included having regard to the circumstances which were, or ought reasonably to have been, known to or in the contemplation of the parties when the contract was made.*

(2) *In determining for the purposes of section 6 or 7 above whether a contract term satisfies the requirement of reasonableness, regard shall be had in particular to the matters specified in Schedule 2 to this Act; but this subsection does not prevent the court or arbitrator from holding, in accordance with any rule of law, that a term which purports to exclude or restrict any relevant liability is not a term of the contract.*

(3) *In relation to a notice (not being a notice having contractual effect), the requirement of reasonableness under this Act is that it should be fair and reasonable to allow reliance on it, having regard to all the circumstances obtaining when the liability arose or (but for the notice) would have arisen.*

(4) *Where by reference to a contract term or notice a person seeks to restrict liability to a specified sum of money, and the question arises (under this or any other Act) whether the term or notice satisfies the requirement of reasonableness, regard shall be had in particular (but without prejudice to subsection (2) above in the case of contract terms) to—*

(a) the resources which he could expect to be available to him for the purpose of meeting the liability should it arise; and

(b) how far it was open to him to cover himself by insurance.

(5) *It is for those claiming that a contract term or notice satisfies the requirement of reasonableness to show that it does.*

Annexe 31. Section 62- Consumer Rights Act 2015

What are the general rules about fairness of contract terms and notices?

62 Requirement for contract terms and notices to be fair

(1) *An unfair term of a consumer contract is not binding on the consumer.*

(2) *An unfair consumer notice is not binding on the consumer.*

(3) *This does not prevent the consumer from relying on the term or notice if the consumer chooses to do so.*

(4) *A term is unfair if, contrary to the requirement of good faith, it causes a significant imbalance in the parties' rights and obligations under the contract to the detriment of the consumer.*

(5) *Whether a term is fair is to be determined—*

(a) taking into account the nature of the subject matter of the contract, and

(b) by reference to all the circumstances existing when the term was agreed and to all of the other terms of the contract or of any other contract on which it depends.

(6) *A notice is unfair if, contrary to the requirement of good faith, it causes a significant imbalance in the parties' rights and obligations to the detriment of the consumer.*

(7) *Whether a notice is fair is to be determined—*

(a) taking into account the nature of the subject matter of the notice, and

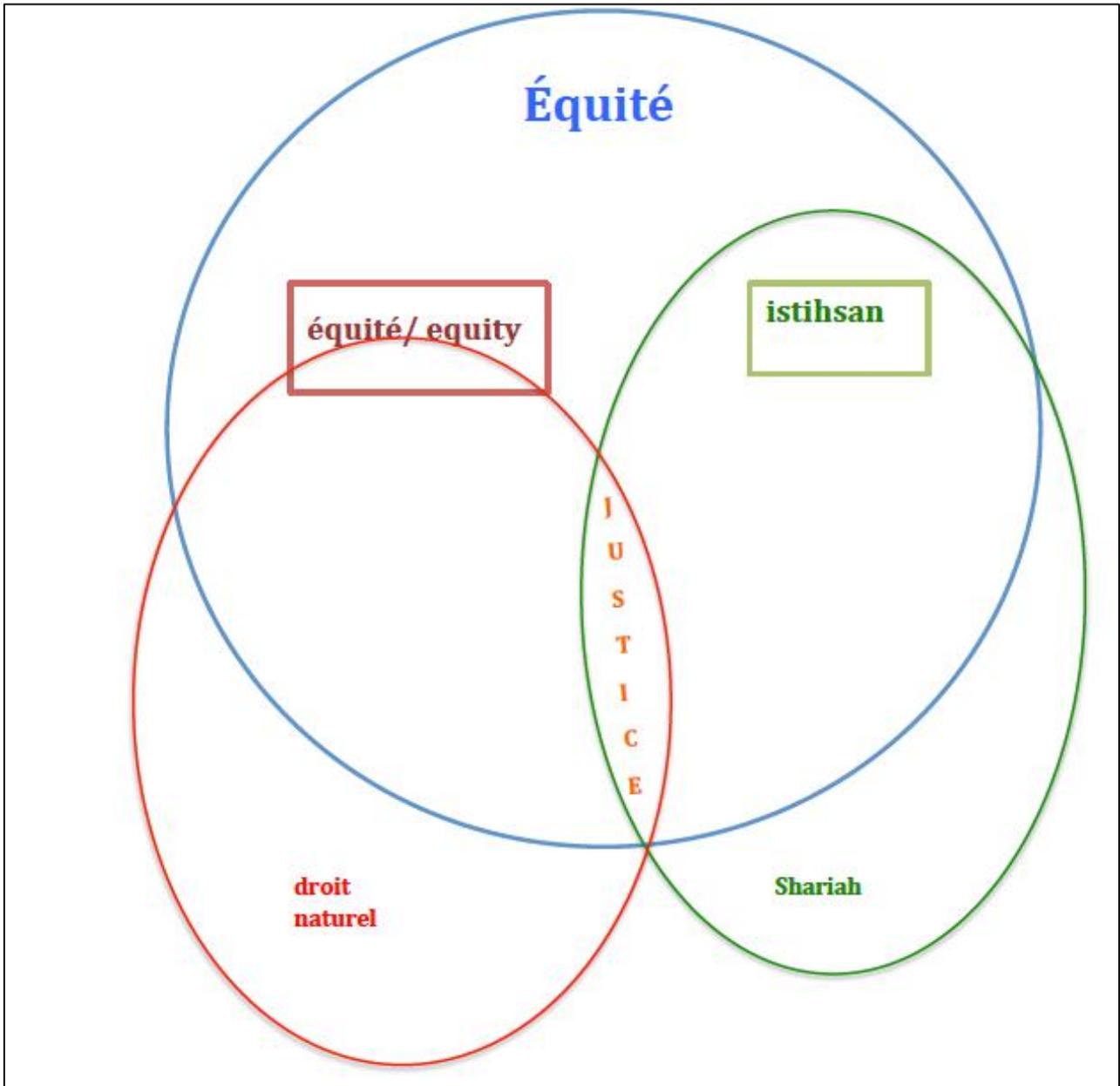
(b) by reference to all the circumstances existing when the rights or obligations to which it relates arose and to the terms of any contract on which it depends.

Annexe 32. **Interfoto Picture Library Ltd v Stiletto Visual Programmes Ltd [1989]**
QB 433

Bingham LJ at 445-446

In reaching the conclusion I have expressed I would not wish to be taken as deciding that condition 2 was not challengeable as a disguised penalty clause. This point was not argued before the judge nor raised in the notice of appeal. It was accordingly not argued before us. I have accordingly felt bound to assume, somewhat reluctantly, that condition 2 would be enforceable if fully and fairly brought to the defendants' attention.

Annexe 33. **Schéma final**



Sommaire.....	2
Remerciements	3
Séjour de recherche	5
Système de translittération des caractères arabes.....	6
Résumé	7
Introduction.....	8
Partie 1 L' « équité ou les équités »: aspects méthodologique, linguistique et historique	11
Chapitre I La comparaison juridique : enjeux et difficultés	11
Section 1 Les traditions juridiques	11
§1 Tradition juridique, système juridique ou système de droit ?	12
§2 Les traditions civiliste, de common law et musulmane : distinctions et similitudes.....	12
A) L'opposition classique entre civil law et common law	13
B) Distinctions et similitudes entre tradition juridique occidentale et musulmane : une opposition manifeste mais contestable	14
C) La tradition juridique musulmane : une pluralité de droits positifs	17
Section 2 La traduction et l'interprétation des termes juridiques : difficulté majeure de la comparaison.....	18
§1 De la difficulté à traduire le langage juridique	19
§2 L'arabe, une langue aux aspects uniques.....	20
A) Un lien unique avec l'Islam.....	20
B) Une langue ultra technique	21
Chapitre II La notion d'Équité dans les différentes traditions juridiques : une diversité	24
Section 1 Délimitation de l'Équité: les possibilités historiques de l'Équité.....	24
§1 Les genèses de l'équité dans la tradition juridique occidentale	24
A) Un héritage philosophique, juridique et religieux	24
1. L' <i>épikie</i> grecque.....	25
2. L' <i>aequitas</i> romaine et le prêteur romain	25
3. L'équité de Saint-Thomas d'Aquin	27
B) Civil law et Common law : des rapports singuliers à l'équité	28
1. L'équité des Parlements	29
2. L'Equity anglaise du Chancelier	30
§2 Les origines de l' <i>istihsan</i> dans la tradition juridique musulmane	34
A) Un héritage controversé des juristes hanafites.....	34
1. L'imam Abū Hanīfa (700 env.-767)	35
2. Les <i>usulistes</i> hanafites	35
B) Les écoles hanafites, malékites et hanbalites: des contributions distinctes au concept d' <i>istihsan</i>	38
1. Les hanafites et le concept de <i>darura</i>	38
2. Les malékites et la notion de <i>maslaha</i>	39
3. Les hanbalites et la notion de <i>takhsis</i>	42
Section 2 Délimitation de l'Équité : divergences et convergences.....	43
§1 Des points de départ divergents	43
A) L'équité, un concept occidental imprégné du droit naturel.....	43
B) L' <i>istihsan</i> , un concept strictement lié à la Shariah	45
§2 Des traits communs entre équité et <i>istihsan</i>	47
A) Les liens de l'équité occidentale avec la justice	47
B) L' <i>istihsan</i> , un concept dérivé de l'équité coranique (<i>ihsan</i>)	49
1. Le bon et le juste dans la tradition juridique musulmane.....	49
2. L' <i>istihsan</i> , la recherche de solutions plus justes.....	51

§3 L'Équité, trait d'union entre le droit et la justice	53
Partie 2 L' « équité ou les équités » : aspects fonctionnel et positif	56
Chapitre I Une similarité fonctionnelle: l'adaptation du droit aux cas concrets	57
Section 1 Une sécurité juridique remise en cause	57
§1 Le concept de sécurité juridique: notion et applications	57
A) Propos liminaires sur la notion	57
B) Les applications de la sécurité juridique.....	59
1. Le juge judiciaire français : bouche de la loi et refus de statuer en équité.....	59
2. Le juge de <i>common law</i> , bouche du droit : une sécurité juridique achevée par la doctrine du précédent (<i>stare decisis</i>)	61
3. L'immutabilité de la Shariah face à la mobilité du fiqh	62
§2 Une peur de l'arbitraire commune aux trois traditions	65
A) La méfiance et le rejet de l' <i>istihsan</i> chez les juristes de l'école Shaféite	65
B) La condamnation de l'équité dans la tradition juridique occidentale	67
1. La condamnation de l'équité en droit civil français.....	68
2. La méfiance envers l' <i>equity</i> avant de devenir l' <i>Equity</i>	69
Section 2 Un pouvoir modérateur conféré au juge et au mujtahid	71
§1 Un encadrement strict du recours à l'équité pour le juge judiciaire français	71
A) Le recours à l'équité autorisé par la loi	72
1. Une délégation expresse ou implicite	72
2. La mission d'amiable compositeur	74
B) Le recours à l'équité par le syllogisme du juge	75
§2 Le recours des juristes musulmans à l' <i>istihsan</i> : rigueur et raison	77
A) Un système judiciaire <i>sui generis</i> : l'existence de différents juristes	77
B) L' <i>istihsan</i> , un outil de l' <i>ijtihad</i>	80
1. Les variantes de l' <i>istihsan</i>	80
a) L' <i>istihān</i> analogique	81
b) L' <i>istihsan</i> exceptionnel	82
2. Une méthode rationnelle	83
§3 Les possibilités actuelles d'un jugement d'équité en droit anglais	86
A) L'absorption de l'Équité par la <i>common law</i>	86
B) Les nouvelles apparitions de l'équité en <i>common law</i>	88
Chapitre II Les exemples positifs de la contribution de l'Équité au droit	92
Section 1 L' <i>istihsan</i> : une contribution passée et peut-être future.....	92
§1 Une contribution passée: les solutions tirées de l' <i>istihsan</i> dans le droit positif musulman	93
A) Droit de la propriété	93
B) Droit des obligations.....	94
§2 Une contribution future ?	95
Section 2 L'équité dans les relations contractuelles en droit français	97
§1 Liberté et sécurité contractuelles tempérées	97
§2 L'équité complétant les dispositions contractuelles du Code civil.....	100
Section 3 Les notions de <i>fairness</i> et <i>good faith</i> en droit anglais des contrats	102
§1 Le principe d'absence d'obligation de bonne foi atténué.....	103
§2 Les « <i>piecemeal solutions</i> » en droit des contrats anglais	105
A) Doctrine of <i>mistake</i> (erreur).....	105
B) <i>Misrepresentation</i> et <i>duty of disclosure</i>	106
Conclusion	107
Glossaire des termes juridiques	109
Bibliographie & Webographie	113

Annexes.....	130
Annexe 1. Les trois différentes définitions de la <i>common law</i> inspiré de la figure 1.1 dans G WATT, <i>Equity and Trusts Law</i> , 6th ed. OUP Ch. 1 p. 3	130
Annexe 2. L'influence de l' « Islamic law » sur la « Common Law » et la "Civil law"	131
Annexe 3. Carte des écoles juridiques du monde musulman (seules les 4 écoles sunnites sont représentées dans la légende).	132
Annexe 4. Usul al-fiqh	132
Annexe 5. La priorisation des sources et des méthodes du droit musulman dans les 4 écoles juridiques.....	133
Shaféite.....	133
Annexe 6. Diagramme illustrant les relations entre les concepts de la tradition juridique musulmane: shariah, fiqh, 'urf et qanun	133
Annexe 7. Extraits du Coran.....	134
Annexe 8. Guerres puniques.....	139
Annexe 9. Rome et Empire romain - L'Antiquité tardive	140
Annexe 10. Les Glossateurs.....	140
Annexe 11. L'équité dans le droit de l'Eglise ou l'équité canonique.....	141
Annexe 12. Ancien Régime	142
Annexe 13. L'affaire <i>Earl of Oxford</i> (1615).....	142
Annexe 14. Codes civils des pays arabes : équité, droit naturel, justice, principes ou normes du droit musulman	143
Annexe 15. « EQUITE ».....	148
Annexe 16. Hadith du Prophète Mahomet rapportant les instructions données à Mu'adh de juger selon le Coran et la Sunnah d'abord, puis sa propre opinion ensuite [arabe] 148	
Annexe 17. Fermeture ou ouverture des « portes de l'ijtihad ».....	149
Annexe 18. John Selden à propos de l'Equity	149
Annexe 19. Interdiction de toute référence expresse a l'équité	150
Annexe 20. L'équité n'est pas une source du droit.....	150
Annexe 21. Com. 14 janv. 2003, n°99-20872, inédit.....	151
Annexe 22. Civ.1ère 8 juill. 2010, n°09-66186, Bull. civ. I, n°165.....	151
Annexe 23. En matière d'indivision.....	151
Annexe 24. Articles du Code civil	152
Annexe 25. CHENEDE F., « Des dangers de l'équité au nom des droits de l'homme », <i>Recueil Dalloz</i> 2014, 179.....	153
Annexe 26. Les modèles judiciaires dans les pays arabes.....	153
Annexe 27. Typologie des juristes musulmans	155
Annexe 28. Critique de la typologie hanafite.....	156
Annexe 29. Article 1195 de l'ordonnance du 10 février 2016	156
Annexe 30. Section 11- Unfair Contract Terms Act 1977.....	157
Annexe 31. Section 62- Consumer Rights Act 2015	157
Annexe 32. <i>Interfoto Picture Library Ltd v Stiletto Visual Programmes Ltd</i> [1989] QB 433 158	
Annexe 33. Schéma final.....	158