

VERS UNE HARMONISATION DE LA CHARI'A AVEC LE COMMERCE INTERNATIONAL

Sepideh MAZIDI

*docteur en droit privé, chercheur associée, Centre Michel de l'Hospital EA 4232, Université
Clermont Auvergne, F-63000 Clermont-Ferrand France*

La région du Golfe persique en tant que région multijuridique recouvre trois familles du droit. Hormis le droit musulman qui occupe une place considérable dans les systèmes juridiques des pays de cette région, l'influence de la culture juridique civiliste y est également manifeste depuis le mouvement de la codification du XIX^e siècle. En outre, avant l'adoption du Code civil égyptien, les pays comme l'Irak, le Bahreïn, le Koweït et le Qatar ont été soumis à l'influence britannique. Cependant la *Common Law* a ses anciennes racines dans cette partie du monde. Dans cette diversité de la culture juridique, l'harmonisation paraît la meilleure solution aux problèmes du commerce international. Avoir un Code international des contrats, établi sur les points de similitude du droit musulman, du droit civiliste et de la *Common law* est une nécessité que les temps modernes exigent. Cette hypothèse peut se réaliser par le biais des principes généraux du droit.

The Persian Gulf region as a multi-legal area covers three families of law. Apart Islamic law which occupies an important place in the legal systems of countries in the region, the influence of the civil legal culture is also evident from the movement of the codification of the nineteenth century. In addition, before the adoption of the Egyptian Civil Code, countries like Iraq, Bahrain, Kuwait and Qatar were subjected to British influence. However, the Common law has its ancient roots in this part of the world. In this diversity of legal culture, harmonization seems the best solution to the problems of international trade. Have an international Code of contracts, established on the points of similarity of Islamic law, the Civil law and Common law is a necessity that modern times require. This hypothesis can be achieved through general principles of law.

Mots-clés : Chari'a, commerce international

Keywords: sharia, international trade

Introduction

Le XXI^e siècle est celui de l'émergence de la mondialisation. La mondialisation est un terme abstrait qui est devenu un cliché plutôt qu'une idée au contenu substantiel¹. La plupart du temps, elle est considérée comme un concept économique avec des connotations juridiques significatives². Alors que le processus de mondialisation intègre de plus en plus d'aspects économiques, les lois nationales des États devraient être de plus en plus sensibles à cet aspect. Dans cette configuration, l'harmonisation est nécessaire.

Du latin *harmonia*, l'harmonisation désigne « un simple rapprochement entre deux ou plusieurs systèmes juridiques afin d'en réduire ou d'en supprimer certaines contradictions³ ». En effet, l'harmonisation consiste à créer des réglementations ou conditions de fond pour avoir des produits identiques ou de même nature, par l'adoption de principes communs de droit. Le résultat de ce phénomène est la réduction des différences entre les législations nationales. Cependant, on peut justifier l'harmonisation des lois par la nécessité de surmonter les obstacles de compétences et d'externalités, et ce afin de faciliter le commerce international⁴.

Dans l'histoire de l'harmonisation du commerce international, la colonisation est une forme particulière d'harmonisation qui s'est faite par le processus de copie.

-
1. Sandeep GOPALAN, « The Creation of International Commercial Law: Sovereignty Felled ? », (2004) 5 *San Diego Int'l L.J.* 272.
 2. La mondialisation est également un événement politique, qui peut être démontré par le degré du développement de l'État de droit et des droits de l'homme parmi des nations ; beaucoup de violations des droits de l'homme ne sont plus traitées en tant qu'affaires domestiques. « *Globalization is causing, and being reinforced by, a world-wide convergences of economic and political values that portend a possible, though distant, future world in which human beings will look upon themselves as part of a single human race* ». Le droit a joué un rôle important dans le contrôle de l'économie globale et pourra gagner plus importance avec le respect de la mondialisation politique. Loukas A. Mistelis, « Is Harmonization a Necessary Evil ? The Future of Harmonization and New Sources of International Trade Law », dans Ian Fletcher, Loukas Mistelis, and Marise Cremonas (eds.), *Foundations and Perspectives of International Trade Law*, London: Sweet & Maxwell, 2001, p. 3.
 3. Innocent Fetze KAMDEM, « Harmonisation, unification et uniformisation : Plaidoyer pour un discours affiné sur les moyens d'intégration juridique », (2009) 43-3 *R.J.T.*, 617.
 4. Dabiru Sridhar PATNAIK et Fabrizio LALA, « Issues of Harmonization of Laws on International Trade from the Perspective of UNCITRAL: The Past and the Current Work », dans *Participants Review of International Trade Law Post-Graduate Course*, Turin, Edition Stefano D'orilia, University Institute of European Studies and ITC ILO, 2006, pp. 1-3.

Dans ce processus, les rédacteurs des différents pays examinent les lois d'autres pays et cherchent à les mettre en œuvre dans leurs pays en copiant la législation étrangère. Ceci dit, ils cherchent à améliorer ce qu'ils prennent du droit étranger en y apportant des modifications. Autrement dit, le législateur est libre de faire toutes les modifications qu'il jugera utiles à l'harmonie⁵.

« La copie n'est pas une solution adéquate pour de nombreuses raisons. Tout d'abord, la loi de ce pays ou des pays peut elle-même nécessiter une réforme. Deuxièmement, la copie de la loi d'un autre pays se traduit par une absence de participation au processus de rédaction législative. En copiant la loi d'un autre pays, il y aura aussi la copie inutile des compromis des groupes politiques, financiers, et les intérêts qui ont abouti à l'adoption de cette loi⁶ ». En revanche, l'avantage évident de ce processus est que, parmi les lois existantes, le législateur a la capacité de choisir la loi qui lui semble la meilleure.

En nous recentrant sur le contexte de notre étude, les pays du Golfe⁷, nous nous rendons compte que l'histoire de la colonisation et l'harmonisation par le processus de copie ont été bien suivies dans ces pays, et encore aujourd'hui les effets de ladite harmonisation se voient facilement dans leurs systèmes juridiques.

Le mouvement de codification au Moyen-Orient a été commencé au milieu du XIX^e siècle, et a gagné en amplitude pendant le siècle suivant⁸. Au XIX^e siècle, quand l'Empire ottoman a décidé de moderniser les institutions juridiques et de faciliter le commerce extérieur⁹, il a adopté très largement, en 1850, le Code de commerce français. Cet emprunt s'est étendu au droit pénal (1858), au droit maritime (1864), aux procédures commerciales (1860), civiles (1880) et criminelles (1881). Ces Codes étaient présentés comme un simple règlement afin de compléter la *Chari'a*. Suite à un désaccord entre le droit codifié (les Codes français) et le droit non codifié (le droit musulman), les juristes ottomans ont décidé de codifier le droit musulman. Le « *medjellé* » était l'apport de cette codification. Ce qui fait l'importance de ce texte, c'est qu'il est « la première codification officielle dans l'histoire de l'Islam » et « le premier Code original d'un État musulman de forme moderne avec un contenu exclusivement

5. S. GOPALAN, préc., note 1, 283.

6. *Id.* 284.

7. Tout au long de ce travail, nous utiliserons le mot « Golfe » pour le « Golfe persique ». Cette utilisation est seulement une abréviation.

8. Georges PEYRARD, « Persistance de l'influence de notre Code civil : Le Code civil de l'État de Bahreïn », (2001) 53 *R.I.D.C.*, n° 4, 927.

9. « Le phénomène de réception que l'on observe à partir du milieu du XIX^e siècle est déterminé par deux facteurs culturels étroitement liés l'un à l'autre par un rapport de causalité. Ces facteurs sont, d'abord, la modernisation, ou, plus exactement, l'occidentalisation et, ensuite, la laïcisation des mœurs et institutions turques. Ces deux facteurs dont le premier est chronologiquement le plus ancien et implique nécessairement le second ont agi et continuent d'agir comme deux idées forces sur notre évolution historique, déterminée, à son tour, par des facteurs d'ordre géo-politique, culturel, économique et financier », V. H.N Kubali, « Les facteurs déterminants de la réception en Turquie et leur portée respective », dans *Annales de la Faculté de droit d'Istanbul*, 1956, p. 44.

religieux ». Il a été constitué de 16 livres¹⁰ et s'appliquait à l'ensemble de l'Empire sauf l'Égypte. Pour répondre à tout ce qui concernait les rapports juridiques qui n'étaient pas présents dans le *medjellé*, il fallait chercher dans les livres du *fiqh* pour trouver des règles applicables¹¹.

Après la chute de l'Empire ottoman vient une période d'expansion du colonialisme au Moyen-Orient. L'application du droit des pays colonisateurs par les pays colonisés fut l'un des apports fondamentaux du colonialisme. Par exemple, à cette époque, la Jordanie appliquait le *medjellé* mais aussi la *Common Law*. « L'article 46 du Palestine Order in Council reconnaissait, en effet, la *Common Law* et l'équité comme sources subsidiaires du droit. Les tribunaux ont interprété ce texte de façon extensive, recourant au droit anglais chaque fois que ni le droit ottoman ni les pratiques locales ne donnaient de solution formelle¹² ». La même situation a existé en Irak et dans les Émirats arabes unis.

Suite à la nationalisation et l'indépendance, les pays du Moyen-Orient ont senti la nécessité d'une réforme juridique. Malgré leur connaissance du système de la *Common Law*, ils ont voté pour un droit écrit (le droit français). Concernant les raisons de l'acceptation d'un tel droit, nous pensons que la pérennité de la *Common Law* exigeait une ancienneté juridique très solide avec des jurisprudences convergentes en matière d'obligations, qui n'était pas envisageable dans des pays qui n'ont pas eu ne serait-ce qu'un système juridique. De surcroît, le modèle de Code civil égyptien (C.c.Eg.) a joué un rôle fondamental dans l'unification des pays arabes. Ce Code a été établi en 1948 et s'est inspiré du Code civil français ainsi que du droit musulman. Sanhoury, son fondateur, a toujours déclaré être inspiré par les principes islamiques. Le succès du Code civil égyptien se résume à la synthèse réussie entre le droit musulman et le droit occidental, ce qui justifie son prestige dans tous les pays du Golfe¹³.

Il faut mentionner que chaque État, dans le Code qu'il a adopté, a considéré « une appréciation différente de la place du droit islamique, d'une part, et celle des coutumes locales, d'autre part¹⁴ ». Toutefois, les pays du Golfe qui étaient sous l'influence de la *Common Law* ont toujours maintenu leur fidélité, malgré l'acquisition d'un Code civil. Cette attitude, qui n'est pas nouvelle dans la région, pourrait engendrer le problème de la convergence des systèmes juridiques, d'autant que nous pouvons distinguer trois familles du droit dans certains pays : le droit musulman, la *Common law* et

10. The sixteen books of the Majella are: Sale, Hire, Guarantee, Transfer of Debt, Pledges, Trusts and Trusteeship, Gift, Wrongful Appropriation and Destruction, Interdiction, Constraint and Preemption, Joint Ownership, Agency, Settlement and Release, Admissions, Actions, Evidence and Administration of oath, Administration of Justice by the court.

11. EBULULA et A. SAMIN, « Le passage des anciennes sources aux nouvelles sources en droit privé turc », dans *Recueil d'études sur les sources du droit en l'honneur de François Gény*, t. I, Paris, 1934, p. 126, pp. 126-131.

12. Jean-Marc MOUSSERON, « La réception au Proche-Orient du droit français des obligations », (1968) 20 *R.I.D.C.*, n° 1, 72.

13. G. PEYRARD, préc., note 8, 928.

14. *Id.*

le droit Romano germanique. L'exemple du Dubaï International Finance Center illustre bien comment une partie d'un pays musulman, qui a un Code civil, se gère par la *Common Law*.

En 2004, suite à une modification de la Constitution des Émirats arabes unis, une base a été créée pour établir des zones de libre finance dans l'ensemble de pays. L'une des zones a été établie à Dubaï : « le Dubaï International Financial Center » (ci-après DIFC). Le DIFC était un effort en vue de créer un environnement économique et développer le commerce dans les Émirats arabes unis. Cependant, le DIFC est exempté des lois civiles et commerciales, et des règlements des Émirats arabes unis par un décret gouvernemental. En effet, le DIFC a son propre cadre juridique en matières civile et commerciale, qui est fondé sur la *Common Law* plutôt que sur le Code civil applicable dans le reste de Dubaï. Les tribunaux du DIFC ont compétence exclusive pour les litiges civils et commerciaux découlant de, ou liés à, des contrats exécutés ou conclus au sein du DIFC, et les différends liés à des incidents survenus au sein du DIFC. Les juges sont des spécialistes en droit commercial et en arbitrage. Ce sont également des juges de l'ancien tribunal de commerce et de la Cour d'appel d'Angleterre, ou encore d'autres juges et arbitres expérimentés. Le résultat, c'est que le DIFC est régi par un système juridique qui est à la fois accessible et familier aux juristes de la *Common Law*¹⁵.

L'histoire juridique des pays du Golfe réclame la nécessité d'une réforme juridique et une modification des institutions juridictionnelles. L'absence d'une base juridique solide, les effets de la colonisation et la nécessité d'intégration dans le marché mondial pour ces pays exportateurs de pétrole ne pourront se résoudre qu'avec l'option de l'harmonisation. L'harmonisation *via* des principes généraux du droit est une solution qui pourrait moderniser et apporter la réforme nécessaire aux différents systèmes juridiques en les rapprochant par leurs similitudes. Dans ce but, nous allons étudier dans un premier temps, la nature et les caractères des principes généraux du droit (I) et dans un deuxième temps, nous analyserons ces principes en droit musulman. (II)

I. Les principes généraux du droit : la clé d'harmonisation

Lorsque nous parlons des mots « principe » et « général », nous sommes en face de termes qui ne sont pas juridiques par nature, mais seulement par la détermination des poseurs de normes juridiques¹⁶. Les principes généraux du droit sont des normes supérieures qui se trouvent, avec un contenu similaire, dans tous les ordres juridiques.

15. George Anthony SMITH and Matthew A. MARRONE, « Recent Developments in Arbitrations Law in the Middle East », dans *Atlanta Office of Weinberg, Wheeler, Hudgins, Gunn & Dial, LLC*, [<https://www.wwhd.com/newsroom-news-71.html>] (24/08/2015), p. 1, pp. 9-11.

16. Jean-Louis SOURIOUX, « Le concept de principe général », dans *Les principes généraux du droit : droit français, droit des pays arabes, droit musulman : dénominateurs communs*, Bruxelles, Bruylant, 2005, p. 59.

« En les voyant fonctionner dans le temps et dans l'espace du droit, ces principes apparaissent comme un concept référentiel¹⁷ ». Certains juristes occidentaux vont plus loin et déclarent que les principes généraux constituent « une clef de voûte en ce qu'ils dénomment les idées capitales socialement vivantes¹⁸ ».

L'importance des principes généraux se résume à leur capacité à générer l'élaboration de nouvelles solutions. « Du point de vue de la théorie générale du droit », écrit Emmanuel Gaillard, c'est en effet la spécialisation même des principes généraux qui constitue « un mécanisme de création du droit prétorien, qui, dans la philosophie positiviste ambiante, puise les sources de ses innovations les plus audacieuses dans les solutions incontestées du droit positif ».

La capacité d'avoir potentiellement un grand nombre des solutions qu'exige la pratique, permet aux juristes internationaux de les présenter en tant qu'un seul et même instrument d'harmonisation entre les systèmes juridiques. « Toute forme de rapprochement, de coordination, voire d'unification se réaliserait bien mieux par l'intermédiaire des principes généraux que par le biais de conventions internationales codifiant de manière détaillée des règles de droit matériel », dit Sélim Jahel. Il ajoute : « Les principaux textes unificateurs élaborés à ce jour, comme la Convention de Vienne sur la vente internationale des marchandises, les Principes du droit européen du contrat, les Principes Unidroit se sont éloignés de cette méthode et ont été constitués avec des règles techniques précises qui n'ont qu'un lointain rapport avec les principes¹⁹ ».

17. *Id.* 60.

18. *Id.*

19. Sélim JAHEL, « Les principes généraux du droit dans les systèmes arabo-musulmans au regard de la technique juridique contemporaine », dans Sélim Jahel, *La place de la Chari' a dans les systèmes juridiques des pays arabes*, Éd. Panthéon-Assas, 2012, pp. 57-58. S'agissant de l'impossibilité de l'harmonisation des systèmes juridiques par le biais des conventions internationales, notamment la CVIM, il faut remarquer qu'en dépit de quelques résultats remarquables, la majorité des conventions bilatérales ou multilatérales sur l'unification ou l'harmonisation juridique n'a pas été efficace, comme en témoigne leur utilisation limitée à la suite d'échecs. La raison en est que le développement d'une solution vraiment efficace pour l'harmonisation juridique n'est pas possible compte tenu de la rigidité des conventions. En effet, l'unification ne peut pas se réaliser au-delà des termes de la convention et sa modification est très difficile. De surcroît, « la portée limitée des conventions réduit souvent l'efficacité de l'harmonisation dans la mesure où en dehors des cas tranchés à la lumière des règles uniformes adoptées, les situations juridiques sont soumises au droit national désigné par les parties ou, à défaut, par les règles de conflits de lois applicables ». Par exemple, la CVIM règle les contrats de vente internationale, sauf la vente aux consommateurs. Cependant il se limite à la conclusion du contrat et aux droits et obligations des parties résultant de ce contrat. C'est pour cela que les questions de validité, de représentation lors de la formation du contrat, ou des aspects de la propriété ont été laissées à part. De même, les conventions permettent parfois aux États membres d'émettre des réserves à l'encontre de dispositions spécifiques. Dans certains cas, la convention représente un compromis qui permettra à certains États de devenir partie à la convention, sans être obligés d'incorporer la disposition à laquelle se rapporte la réserve dans leur législation nationale. Sauf dans le cas où la convention permet la réserve, celles-ci n'ont pas beaucoup de flexibilité avec les États adhérents. C'est pourquoi, lorsque les États ont des objections à certaines dispositions particulières d'une convention, ils peuvent décider de ne pas y participer. A titre exemple pour la CVIM, les États-Unis excluent les art. (1) (1) (b) 34 en émettant une réserve sur

Certes, les principes généraux du droit sont découverts dans l'ordre interne des États, mais tous les juristes ne sont pas d'accord sur l'existence de tels principes. Pour René Rodiere, la catégorie des principes généraux n'existe pas en droit privé²⁰ ; Marielle de Bechillon qui a consacré sa thèse aux principes généraux nie l'existence desdits principes dans cette branche du droit. D'après l'auteur, les principes généraux se rattachent à l'une ou l'autre des sources classiques du droit, et par conséquent, ils ne sont pas susceptibles d'être considérés comme des sources informelles²¹.

l'art. 95. Selon Christophe Bernasconi, les États-Unis l'ont fait parce que « it desired to preserve as much as possible the applicability of its UCC, apparently preferring its own law to that embodied in the CISG. This conviction ... is legitimate; however, such a position considerably reduces the frequency of the conventions applicability to international sales transactions », Christophe BERNASCONI, « The Personal and Territorial Scope of the Vienna Conventions on Contracts for the International Sale of Goods (Art. 1) », (1999) 46 *Netherlands Int'l L. Rev.*, 160-165, cité par Pate R. ASHBY, « The Future of Harmonisation: Soft Law Instruments and the Principled Advance of International Law Making », (2010) 13 *Touro Int'l L. Rev.*, n° 2, 153. Du point de vue économique, l'unification des droits des contrats par le biais des conventions internationales est difficile à atteindre. Par exemple, il a fallu vingt ans à la CVIM pour entrer en vigueur. En considérant les coûts et le temps investis pour une telle convention, elle se place parmi le groupe des conventions coûteuses. Il faut mentionner que les pays du Golfe n'ont pas ratifié cette convention et pour « *the United Kingdom, one of the few world centers of international commerce, still can't seem to find Parliamentary time for ratification. This tepid response can be construed in one of two ways: first, as a thinly veiled condemnation of the convention, since, in light of the fact that no article-by-article examination is involved in the ratification, the demands on Parliament would not appear to be great; and second, as evidence of the U.K.'s preference for its own collection of laws on contracts for sale of goods, with which its legal community are more at ease* », *Id.* 152. Un autre facteur qui peut mettre en danger l'uniformité d'une convention internationale, est que celle-ci peut être interprétée différemment par les divers tribunaux nationaux. La divergence dans les interprétations d'une convention internationale peut avoir des explications différentes : les différences dans la méthodologie de l'interprétation, la différence des moyens par lesquels les États incorporent les règles uniformes dans leur droit interne, la différence des traditions légales, la résistance des juges nationaux et des plaideurs à soumettre l'analyse d'une situation juridique aux textes internationaux, les différentes connotations que peut avoir la terminologie des lois uniformes. Plus fondamentalement, l'influence du droit substantif national joue un rôle prépondérant. « *When a national court must interpret a uniform law, it faces not only a range of permissible interpretations of the international legislation but also an entire body of domestic law. A court will try to reconcile the uniform law with the domestic law* ». Par exemple, mis à part l'art. 78, la CVIM, dans sa grande majorité n'est pas en conflit avec les principes de la *Chari'a*. L'art. 78 prévoit que « if a party fails to pay the price or any other sum that is in arrears, the other party is entitled to interest on it, without prejudice to any claim for damages recoverable under article 74 ». La CVIM ne propose aucune indication sur la façon dont l'intérêt doit être calculé. Une telle interprétation se réfère aux législations nationales. Toutefois, lorsque le droit national en cause est celui qui a adopté la *Chari'a* comme la source de la législation, l'octroi de dommages et intérêts à un débiteur n'est pas valide. Il est évident que ce n'est qu'une question d'interprétation de la Cour ou du tribunal. En ce qui concerne des critiques des principes d'Unidroit, regardez : Catherine Kessedjian, « Un exercice des sources du droit des contrats du commerce international : les principes proposés par l'Unidroit », (1995) 84 *Rev. crit. DIP.*, 655.

20. René RODIERE, « Les principes généraux du droit privé français », (1980) 2 *R.I.D.C.*, n° spécial, 317.
 21. Marielle de BECHILLON, *La notion de principe général en droit privé*, Thèse, Université de Pau, 1998, Préface B. Saintourens et le commentaire de M. E. PUTMAN : (1999) *Rev. trim. dr. civ.*, 521 et 522.

En revanche, au niveau international, les principes généraux sont la source autonome du droit. La première partie de l'article 38 du statut de la cour de justice déclare :

La cour, dont la mission est de régler conformément au droit international, les différends qui lui sont soumis, applique :

- A) Les conventions internationales...
- B) La coutume...
- C) Les principes généraux de droit reconnus par les nations civilisées²².

Enfin, d'autres institutions judiciaires telles que « la Cour de justice des communautés européennes, ou la Cour européenne des droits de l'homme n'ont pas hésité à puiser dans le droit des États membres, ou à trouver dans les traités constitutifs, des principes généraux de droit²³ ».

En matière d'arbitrage, « ce sont essentiellement les principes généraux qui constituent l'instrument de construction normative à la disposition des arbitres du commerce international²⁴ ». Non seulement les parties peuvent choisir la *lex mercatoria* comme loi applicable au fond du litige, mais les arbitres peuvent y recourir également pour résoudre le litige. Le nombre d'arrêts dans lesquels l'arbitre se réfère aux principes généraux témoigne de l'importance de cette source indépendante du droit²⁵.

A. L'histoire et la définition

En 533 de l'ère chrétienne, l'empereur Justinianus Primus a promulgué à Constantinople un ouvrage du nom d'*Institutions*. Cet ouvrage a été rédigé par trois jurisconsultes qui avaient été chargés par l'empereur de développer les premiers principes du droit. Selon cet ouvrage « les préceptes du droit se réduisent à trois principaux : vivre honnêtement, ne léser personne, rendre à chacun ce qui lui appartient. Le premier ne s'applique qu'aux devoirs imparfaits, c'est-à-dire aux devoirs de délicatesse, de bienfaisance, de

22. Les principes généraux de droit de l'art. 38, ont la qualité de sources de droit autonome qui a expressément mentionnée dans la première partie de l'article et non parmi les sources subsidiaires. Mais certains auteurs essaient de diminuer leur valeur de source indépendante du droit. Par exemple, « Anzilotti, théoricien du dualisme exclut les principes généraux de droit des sources du droit international. Selon lui, le juge international recevant par l'art. 38, a la faculté conditionnelle de recourir aux principes étrangers au droit des gens ; de même Kelsen considère que ces principes qui n'appartiennent pas au droit international positif, doivent probablement être tenus pour une source supplémentaire du droit international applicable quand les deux autres – les conventions et la coutume – ne le sont pas », Jean-Yves de Cara, « Les principes généraux de droit au sens de l'article 38 du statut de la cour internationale de justice », dans *Les principes généraux du droit : droit français, droit des pays arabes, droit musulman : dénominateurs communs*, Bruxelles, Bruylant, 2005, pp. 243-246.

23. *Id.* 247.

24. Filali OSMAN, *Les principes généraux de la lex mercatoria : contribution à l'étude d'un ordre juridique anational*, L.G.D.J., 1992, p. 322.

25. Pour lire ces arrêts, regardez S. Gopalan, préc., note 1, 315 et suiv.

charité. Les deux derniers, au contraire, s'appliquent aux devoirs parfaits, c'est-à-dire à ceux produisant à la fois une obligation pour l'un et un droit pour l'autre²⁶ ».

Bien que ces principes aient été empruntés à des Codes occidentaux ainsi qu'orientaux, la définition des principes généraux du droit n'est pas facile. Le mot « principe » n'éveille dans l'esprit que des représentations assez confuses, et comme Jean Boulanger le souligne, « les principes empruntent une partie de leur majesté au mystère qui les entoure ».

Dans le dictionnaire Robert, nous trouvons deux définitions pour le mot « principe » : « la proposition première, posée et non déduite » et « la règle d'action s'appuyant sur un jugement de valeur et constituant un modèle ou un but ». La première signification distingue un principe d'une règle, et la deuxième met l'accent sur la valeur de principe.

Si, dans un sens courant, le mot « principe » présente des significations telles que : celui qui est premier (en cas pluriel), les éléments fondamentaux, les règles de base, *etc.*, en droit aussi, « les principes constituent le fondement des différents ordres juridiques à qui ils confèrent leur cohérence et leur finalité²⁷ ». En vérité, « ils sont des éléments de l'ordre juridique positif²⁸ ». Mais il ne faut pas oublier que dans le domaine du droit, une règle se distingue d'un principe.

Une règle juridique est générale en ce qu'elle est établie pour un nombre indéterminé d'actes ou de faits, mais, sous un certain rapport, elle est spéciale, en ce qu'elle ne régit que tels actes ou tels faits ; elle est édictée en vue d'une situation juridique déterminée. Un principe, au contraire, est général en ce qu'il comporte une série indéfinie d'applications²⁹.

Concernant l'adjectif « général », il faut dire que « la généralité ajoute l'idée d'extension. Il en résulte que le principe général est, au sens strict, le principe qui a une vocation propre à l'étendue³⁰ ». Pour être plus précis, il faut mentionner qu'un principe général a trois caractères :

- un caractère permanent : le principe peut être très ancien et même peut avoir traversé les siècles ;

26. J. -L. SOURIOUX, préc., note 16, 60 et 61.

27. Pierre GANNAGE, « La réception des principes du droit international privé dans les systèmes juridiques Proche Orientaux », dans *Les principes généraux du droit : droit français, droit des pays arabes, droit musulman : dénominateurs communs*, Bruxelles, Bruylant, 2005, p. 339.

28. Jean BOULANGER, « Principes généraux du droit et droit positif », dans *Études offertes à Georges Ripert*, L.G.D.J., t. I, 1950, pp. 51-56.

29. *Id.* Par contre pour Marielle BECHILLON, « le principe n'est pas forcément plus général ni plus abstrait qu'une simple règle, de sorte qu'il ne constitue pas un espace particulier de norme juridique », Philippe Jestaz, « Principes généraux, adages et sources du droit en droit français », dans *Les principes généraux du droit : droit français, droit des pays arabes, droit musulman : dénominateurs communs*, Bruxelles, Bruylant, 2005, pp. 169-171.

30. J. -L. SOURIOUX, préc., note 16, 60.

- un caractère général : la généralité consiste en la diversité des branches du droit où un même principe peut se rencontrer et être utilisé. Par exemple, les principes comme la bonne foi, l'équité, et l'égalité se trouvent dans toutes les branches de droit ;
- un caractère péremptoire : « l'invocation d'un principe intervient toujours sur le ton de l'oracle, et le comble de l'incantation est atteint lorsque le juge appelle à la rescousse les principes généraux d'une matière en se gardant bien, et pour cause, de préciser lesquels³¹ ».

Avant d'aller plus loin quant au caractère des principes généraux, il apparaît important de les définir correctement. Cependant, « les principes généraux du droit sont des normes induites de règles préexistantes dotées d'une certaine généralité qui autorise de nouvelles déductions³² ».

B. Les principes généraux du droit : dénominateurs communs

Les principes généraux en tant que « positions premières » se trouvent dans toutes les législations. Certains principes sont propres à des ordres nationaux, alors que d'autres sont propres à l'ordre international. Il existe des principes qui sont communs entre l'ordre juridique international et les différents ordres nationaux. Ces principes, qui établissent un rapport matériel entre les différents ordres en déterminant leur « fonds commun », sont les principes généraux du droit³³. Les principes tels que la bonne foi, l'équité, l'égalité trouvent leur fondement dans les droits national et international. De plus, ils sont énoncés dans des instruments conventionnels³⁴.

Le caractère universel des principes généraux est incarné dans leur nature même. « Ils sont des principes que la conviction juridique des États civilisés considère comme devant nécessairement faire partie de tout ordre juridique³⁵ » ou plus simplement, parce qu'ils sont imposés par la nécessité inhérente à tout système juridique. L'atteinte à un aspect universel nécessite de suivre certaines étapes, dont, écrit Charles De Visscher, « un double processus, d'abstraction d'abord, de généralisation ensuite, qui dépouillant les règles du droit interne des particularités dont les a revêtues une

31. P. JESTAZ, précité., note 29, 172.

32. S. JAHEL, préc., note 19, 60. Dans une définition proche de celle-ci, le professeur Weil définit les principes généraux du droit international comme « des propositions premières, écrites ou non écrites, qui dominent le droit international soit par leur importance, soit par leur caractère général et abstrait qui leur permet, au prix d'un processus de concrétisation croissante, de fournir les bases d'un régime juridique susceptible de s'appliquer à de multiples situations concrètes », Prosper WEIL, « Principe généraux du droit et contrats d'État », dans *Études offertes à Berthold Goldmann*, Litec, 1983, pp. 384-400.

33. J. -Y. de CARRA, préc., note 22, 243.

34. *Id.* 248.

35. Charles ROUSSEAU, *Droit international public*, t. I, Paris, Sirey, 1971, p. 371.

élaboration beaucoup plus poussée, permet, par un effet de synthèse, de les ramener à leurs aspects les plus généraux et seuls vraiment universalisables ». Il ajoute :

Ce qui est décisif n'est pas la similitude des institutions ou des règles, mais le principe sous-jacent qui leur est commun et qui les explique³⁶.

L'universalité des principes généraux souligne le caractère identique de ces normes supérieures. Ils sont identiques, car fondés sur les similitudes. Comme le dit Sobhi Mahmassani :

Les ressemblances dans les principes généraux qu'on trouve entre les différents peuples ne tiennent pas nécessairement, au fait qu'il ait pu exister des rapports et des échanges entre eux, elles s'expliquent surtout par cette idée que ces principes expriment une vérité unique qui s'impose à la raison³⁷.

Pour le professeur Weil, « la notion même de principes généraux du droit étant en définitive fondée sur une similitude entre des solutions juridiques dépouillées de leurs particularités non essentielles, une telle similitude apparaîtra d'autant mieux que l'on aura fait abstraction de plus de modalités techniques pour s'en tenir à un essentiel de plus en plus désincarné³⁸ ».

Le mot « désincarné » présente un second aspect des principes généraux, celui d'être en mesure de « se transférer d'un ordre juridique à un d'autre, ainsi du droit interne au droit international ou inversement³⁹ ». Le caractère « transitoire ou récessif » de ces principes joue un rôle essentiel dans l'enrichissement des systèmes juridiques. En effet, l'échange des principes généraux entre les systèmes juridiques qui se produit à un niveau plus élevé que l'ordre normatif permet de faciliter l'apport de nouvelles normes juridiques dans un système⁴⁰. C'est la raison pour laquelle les systèmes juridiques qui ne sont pas suffisamment développés sont encouragés à réaliser ce procédé de formation du droit qui leur permet d'emprunter à d'autres systèmes juridiques.

« Le droit des contrats, selon M. Rousseau, est l'un des domaines dans lesquels le recours aux principes généraux du droit s'est révélé depuis longtemps⁴¹ ». Si aujourd'hui le principe de bonne foi est une norme éminente en droit français et est considéré comme la base fondamentale du droit des contrats, on le croyait définitivement stabilisé depuis le droit romain, du moins depuis le Code civil⁴².

36. Charles DE VISSCHER, *Théories et réalités en droit public*, Paris, 1970, p. 419.

37. Sobhi MAHMASSANI, *Falsafat al-Tachrih' fil' Islam (The philosophy of jurisprudence in Islam)*, Beyrouth, 1980, p. 292.

38. P. WEIL, préc., note 32, 401.

39. S. JAHEL, préc., note 19, 68.

40. Nous envisagerons dans la partie suivante, les exemples détaillés de l'échange des principes généraux entre le droit musulman et le droit français.

41. C. ROUSSEAU, préc., note 35, p. 380.

42. S. JAHEL, préc., note 19, 70.

La portée étendue des principes généraux permet « d'étendre au maximum le domaine du droit judiciairement applicable⁴³ ». En cas d'absence de règle de droit ou de lacune du droit dans des domaines nouveaux, la capacité « supplétive » de ces principes permet d'alimenter des règles nouvelles. C'est la raison pour laquelle, Jean Boulanger voyait deux fondements à l'application des principes généraux. D'une part, « un principe sert tout d'abord à légitimer l'application analogique d'un texte, et l'on sait combien l'analogie est précieuse pour le juriste ». D'autre part, il « sert encore à élaborer la solution, lorsque la règle légale vient à manquer⁴⁴ ».

Il ne faut pas oublier que les principes généraux ne se limitent pas à ceux qui sont écrits, ils « connotent des idées capitales et ont vocation, même en l'absence de texte qui les déclare ou les reconnaisse, à être formalisés par les différents détenteurs d'un pouvoir juridictionnel⁴⁵ ».

Certains juristes reconnaissent aux principes généraux un caractère philosophique. Alors que d'autres leur attribuent une coloration morale. La question de savoir si les principes généraux ont un caractère moral ou juridique a été longuement débattue⁴⁶. C'est la raison pour laquelle, selon certains auteurs, il n'existe pas une, mais deux catégories de principes. D'après Motulsky, nous avons d'une part des principes généraux techniques, qui sont rattachés aux règles posées, et d'autre part les principes philosophiques qui relèvent du droit positif. Dans le même sens, mais en d'autres termes, Philippe Jestaz distingue des principes axiologiques, lesquels ont un caractère moralisateur, des principes rationalisateurs, plus techniques et dotés d'un caractère plus rationnel⁴⁷. Il ne faut pas oublier que dans chaque catégorie, les deux

43. J.-Y. DE CARA, préc., note 22, 255.

44. J. BOULANGER, préc., note 28, 64.

45. J.-L. SOURIOUX, préc., note 16, 61.

46. L'idée de l'appartenance des principes généraux au droit naturel est soutenue par la plupart des juristes. Le droit naturel en tant qu'« une catégorie intermédiaire entre la morale et le droit » se rattache à la morale. Comme le souligne DABIN, « parler des rapports entre le droit naturel et le droit positif, il faut parler des rapports entre la morale et le droit (car) en réalité, à travers le droit naturel, c'est bien la morale (naturelle) qui est en cause ». Par conséquent, les principes prennent la coloration morale et c'est la raison pour laquelle les caractères du droit naturel (naturel, inaliénable et sacré) sont attribués aux principes généraux du droit. A l'opposé, certains auteurs contestent l'appartenance de ces principes au droit naturel. Ces derniers déclarent que les principes sont « les propositions d'ordre exclusivement conceptuel tendant seulement à une représentation synthétique et systémique de l'ensemble des règles composant le droit positif » et dénuées de tout caractère juridique. Pour d'autres auteurs, les principes généraux ont un caractère juridique. Selon BEKES, ils sont une simple « évaluation du droit positif ». Il ajoute que les principes n'existent pas « avant », et au-dessus du droit positif. Ils découlent du droit positif en constituant des abstractions déduites du droit positif.

47. Il faut préciser que ladite distinction est toujours imparfaite. Car « il existe des principes qui sont à la fois axiologiques et rationalisateurs comme le principe de la prohibition de l'enrichissement injuste, aussi il existe des principes qui ne sont ni axiologiques ni rationalisateurs comme celui que l'autorité judiciaire est gardienne de la propriété immobilière », P. Jestaz, préc., note 29, 181 et 182.

caractères, axiologique et rationnel, sont présents, mais à des niveaux variables l'un par rapport à l'autre⁴⁸.

Si les principes rationalisateurs sont l'œuvre de la doctrine, les principes axiologiques, au contraire, présentent un caractère moral que l'on reconnaît être des principes « naturels, inaliénables et sacrés ». Concernant leur importance, Ripert dit : « le positivisme juridique ne peut nous donner complète satisfaction, puisqu'il n'explique pas le respect de la règle de droit par le sentiment même du droit ». Et l'auteur de conclure que « pour prendre une plus claire conscience du fondement du droit, il faut pénétrer dans un monde moral où la discussion scientifique n'est plus de mise ».

Si l'attachement des principes généraux à la morale n'est pas vraiment toléré dans les systèmes laïcs, les principes se rattachent à l'idée de la personne humaine. Et puisque l'Homme est « un seul qui aura réussi à conquérir une audience suffisante », les principes deviennent des valeurs. Par conséquent, l'adjectif « moral » est remplacé par celui de « philosophique⁴⁹ ». Comme le dit Rivero : « il y a à la racine de tout système de droit, une conception de l'homme et du monde... C'est à ce fond éthique que se rattachent les principes généraux ». « Il s'ensuit donc que de tels principes impliquent un certain nombre de postulats qui préexistent au juge, et que ce dernier affirme sans que pour autant il les puise du fond de règles dont il est à l'origine⁵⁰ ». Nous pouvons conclure que la distinction entre les principes juridiques et moraux reste cantonnée au stade de la théorie. En pratique, le juge et l'arbitre sont conscients de la fragilité de cette distinction et n'hésitent pas, en cas de nécessité, à lier la morale et le droit.

II. Les principes généraux du droit en Islam

Les principes généraux qui sont les piliers fondamentaux de chaque système juridique sont connus en droit musulman sous le nom de *qawaed kuliyyat*. Le mot *qaidah* (plu-

48. Jestaz connaît deux catégories de différences entre les principes axiologiques et ceux rationalisateurs :
- la structure : un principe rationalisateur est nommé par le juge alors que celui d'axiologique est l'œuvre du législateur. En plus, les principes rationalisateurs sont fondés sur l'argument et c'est la raison pour laquelle, ils ont un caractère construit. Alors que les principes axiologiques qui expriment les valeurs dominantes d'une société, sont indémontrables ;

- l'influence : les principes rationalisateurs s'élèvent au-dessus des règles préexistantes. Ils ne changent rien en pratique et ne présentent pas qu'un intérêt d'ordre pédagogique. Au contraire, les principes axiologiques ont un caractère aprioristique évident. Selon l'auteur le principe rationalisateur joue un rôle fédérateur et celui d'axiologique est colonisateur. Id. 175-177.

49. Le caractère moral ou philosophique des principes a des conséquences directes sur la notion de la sanction. Pour les règles morales, la sanction se trouve dans l'extérieur de l'autorité. Autrement dit, la sanction ne réside pas dans la force, mais se présente avec un caractère métaphysique. Comme l'écrit Santi Romano, la sanction « peut être immanente, latente dans les rouages mêmes de l'appareil organique que constitue l'ordre juridique pris dans son ensemble ; elle peut être une force, n'agissant même qu'indirectement, une garantie effective qui n'engendre aucun droit subjectif établi par une quelconque norme, un moyen de pression nécessairement inhérent au pouvoir social », Santi Romano, *L'ordre juridique*, Paris, Dalloz, 1975, p. 16.

50. Jean RIVERO, *Droit administratif*, 5^e éd., Dalloz, 1971, p. 75.

riel : *qawaed*) en arabe se traduit par différents sens : la fondation, la permanence et la stabilité. Pour Manavi, *qaidah* est : celui qui s'installe sur toutes choses et assure la stabilité des constructions. Mais littérairement, *qaidah* est une règle ou une norme. Cependant, les *qawaed kuliyyat* sont les normes globales.

Les *qawaed kuliyyat* peuvent se définir comme « des règles à portée générale qui s'appliquent à toutes les questions partielles qui s'y rattachent⁵¹ ». La définition de Sélim Jahel se rapproche de cette dernière :

Un principe général est une sorte de norme-cadre, comme on parle de contrat-cadre, caractérisée par un niveau très élevé d'abstraction et de généralisation, n'ayant pas vocation à être directement appliquée par le juge, mais s'appliquant à travers les règles particulières qui en découlent⁵² ».

Il faut mentionner que dans certains ouvrages arabes les auteurs utilisaient le mot *usul* (racines) comme le synonyme de principes. Cependant, il faut faire attention de ne pas confondre les *qawaed kuliyyat* avec des termes similaires comme *usul al fiqh*⁵³. S'agissant de l'importance des *qawaed kuliyyat*, Mustapha Al-Zarka dit :

Ils reflètent de manière admirable les règles courantes, en éclairent lumineusement le sens et ouvrent de larges perspectives à leur développement... Sans les *qawaed kuliyyat*, ces règles se seraient effritées en solutions éparées et parcellaires, faute de critères pour les amarrer aux idées auxquelles elles se rattachent et permettre par-là même de dégager pour chaque groupe de règles les fondements et les finalités qui les unissent⁵⁴.

En posant un regard historique sur le droit musulman, nous constatons que les *qawaed kuliyyat* sont apparus tardivement dans ce système juridique⁵⁵. À partir du

51. S. MAHMASSANI, préc., note 37, p. 247.

52. S. JAHEL, préc., note 19, 62.

53. *Usul al fiqh* sont des principes de bases à travers lesquels les règles juridiques sont développés à partir des sources fondamentales.

54. Mustapha AL-ZARKA, *al-Fiqh al-Islami fi Thawbihi al-Jadid*, 7^e éd., Beyrouth, n° 559, cité par S. Jahel, préc., note 41, 61 et 62. Dans le même sens, le rapport du comité de rédaction du *medjellé* déclare : « ... ils sont néanmoins d'une grande utilité pour l'étude et l'intelligence du droit en permettant de saisir plus facilement la solution de chaque question particulière. En eux, les fonctionnaires de l'Administration trouveront un guide sûr pour tous les cas qui se présentent, et chacun pourra, en y ayant recours, conformer autant que possible ses actions aux préceptes du Droit sacré », Sami Awad Aldeeb Abu-Sahlieh, *Introduction à la société musulmane : Fondements, sources et principes*, Eyrolles, 2005, p. 194.

55. Comme dit Sélim JAHEL, dans les pays européens tels que la France et l'Allemagne, les principes généraux ont aussi été codifiés tard. « En France les rédacteurs du Code civil n'ont pas retenu le projet qui avait été initialement prévu pour être inséré en règle préliminaire dans le Code. Il devait comporter des maximes et quelques principes de logique juridique et règles d'interprétation. C'est plus tard que progressivement les principes généraux seront intégrés à l'ordre positif par la jurisprudence de la Cour de cassation. Quant au BGB allemand, qui à cet égard a souvent été limité, ce ne sont pas des principes à proprement parler que comporte sa partie générale, mais des notions abstraites et quelques standards

XI^e siècle, nous sommes les témoins de l'apparition de ces *qawaed* dans les ouvrages musulmans. La fermeture de la porte de l'*ijtihad*, ainsi que l'interdiction des *fuqaha* de toutes sortes d'innovations, ont conduit ces derniers vers des principes généraux du droit. Autrement dit, la fermeture de la porte de l'*ijtihad*, qui se traduit par l'achèvement de la formation du droit musulman, a attribué une nouvelle tâche aux *fuqaha*. Au lieu d'inventer de nouvelles règles, ils ont été obligés d'analyser des phénomènes juridiques selon les règles qui avaient été établies précédemment. Par ailleurs, la nécessité d'établir de nouvelles règles renforçait le rôle des *qawaed kuliyyat*. Le caractère inductif desdits principes permettait aux *fuqaha* de servir à l'élaboration de solutions nouvelles, et par la suite au développement du droit musulman. Ces principes trouvent leurs racines dans la *Chari'a*. Les principes comme l'enrichissement sans cause, la force obligatoire du contrat, la bonne foi... se trouvent directement soit dans un *hadith*, soit dans un verset du Coran. C'est pourquoi, pour Mustapha Al-Zarka, les *qawaed kuliyyat* « sont induits des textes de la *Chari'a*, des racines fondamentales du *fiqh*, des règles courantes du droit classique de considérations rationnelles⁵⁶ ».

L'apparition tardive des *qawaed kuliyyat* ne nie pas leur reconnaissance par le droit musulman. Dès le XI^e siècle, ces principes ont été connus par les *fuqaha*. Par exemple, à cette époque, l'école chaféite connaissait quatre principes fondamentaux : « l'usage a valeur de règle, le doute ne doit pas détruire la conviction déjà faite, l'extrême difficulté appelle la facilitation, le dommage doit être intégralement réparé ». Il faut mentionner qu'en droit musulman, le XI^e siècle est connu pour la reconnaissance des principes généraux, par contre, la codification et la publication légale de ces normes ne se réalisent qu'à l'époque ottomane.

Comme nous l'avons souligné plus haut, les années 1286-1876 hégires⁵⁷ sont considérées comme les années florissantes du droit musulman. La codification du *medjellé* comme premier Code musulman, a étendu de plus en plus la portée du droit musulman. Concernant les *qawaed kuliyyat*, il faut souligner que ces normes ont retenu toute l'attention des rédacteurs du *medjellé* : composé de 99 articles, le titre préliminaire décrit les principes les plus connus du *fiqh*. Les principes généraux codifiés par le *medjellé* sont les principes connus par l'école hanafite. C'est la raison pour laquelle de nombreux principes connus par les autres écoles ne s'y trouvent pas. Ces principes sont très courts. Ils ne dépassent pas quelques mots. Par exemple, la *darar wala dirar* (ni dommage ni endommagement) explique que « la victime d'un dommage ne doit pas se faire justice à elle-même ». Ou encore, *al tabeh tabeh* (ce qui suit suit) qui signifie « l'accessoire suit le principal ».

Certes, le droit musulman en tant que système juridique connaît les principes généraux du droit, mais tous les principes n'ont pas été reconnus par le droit musulman

destinés à être employés dans les différentes parties spéciales du Code. Les tribunaux allemands en ont tiré par la suite un certain nombre de principes généraux qui leur ont permis de remodeler en profondeur de nombreuses dispositions du Code », S. Jahel, préc., note 19, 63.

56. M. AL-ZARKA, préc., note 54, n° 560, cité par S. Jahel, préc., note 19, p. 63.

57. L'Hégire désigne le départ du Prophète de la Mecque vers le Médine.

classique. C'est au cours des siècles, et par l'impact des différents systèmes juridiques, que les *fuqaha* s'enrichissent desdits principes. Un bon exemple serait l'abus de droit. Même si la racine de ce mécanisme se trouve dans le Coran, il n'était jamais dans les ouvrages du *fiqh*⁵⁸. On peut mentionner également la résolution judiciaire pour cause d'inexécution du contrat qui n'a jamais été admis par le droit musulman classique⁵⁹. Si, aujourd'hui, les législations modernes des pays musulmans connaissent ladite pratique, c'est grâce à l'influence du droit français sur la codification de ces pays⁶⁰. Le même scénario est envisageable pour la révision pour imprévision. Ce mécanisme a été inspiré par les Codes contemporains des pays musulmans, de la jurisprudence allemande et suisse, ainsi que le Code des obligations polonaises (C.o.Po.) et le Code civil italien (C.c.Ita). En effet, au moment de la rédaction du Code civil égyptien, Sanhuri, son fondateur, s'est inspiré de cette pratique. Par la suite, les autres Codes de la région ont suivi⁶¹.

L'absence des principes de résolution pour l'inexécution et l'imprévision dans les ouvrages de *fiqh* pourra s'expliquer par l'importance du principe de la force obligatoire du contrat. En réalité, afin de ne pas porter atteinte à ce dernier, les *fuqaha* ont évité d'insérer ces deux principes dans le *fiqh*.

Les exemples mentionnés illustrent comment les différentes branches du droit s'influencent les unes les autres, et comment le droit musulman est ouvert à l'acquisition des nouvelles pratiques par l'influence des autres systèmes. Comme dit Jean Chevallier :

Lors donc, qu'on souligne l'affinité de beaucoup de règles du projet (du Code égyptien) avec les traditions du droit musulman : abus du droit, imprévision, responsabilité délictuelle des incapables, d'autres encore, j'y vois la preuve que le droit musulman peut se rencontrer avec les législations modernes, non l'indice que ces règles ont été empruntées au droit musulman. La conformité de ces règles avec les traditions musulmanes a pu être la raison qui les a fait choisir. Leur source n'est pas le droit musulman, mais la législation étrangère à laquelle elles ont été pour cette raison empruntées avec la formule qui les exprime dans cette législation. J'en conclus que

58. Chafik CHEHATA, « La théorie de l'abus des droits chez les jurisconsultes musulmans », (1952) 4 *R.I.D.C.*, n° 2, 217 et suiv.

59. Jean-Claude DELAUNAY, *Services cultures mondialisation : les services juridiques dans les relations économiques euro-arabes*, Bruxelles, De Boeck, 1994, p. 94.

60. L'art. 158 du C.c.Eg. : « Les parties peuvent convenir qu'en cas d'inexécution des obligations découlant du contrat, celui-ci sera résolu de plein droit et sans intervention de la justice. Cette clause laisse subsister la nécessité d'une mise en demeure, à moins que les parties ne conviennent en termes exprès qu'elles en seront dispensées ».

61. Notre attention se porte sur l'art. 269 du C.o.Po. et 1467 du C.c.Ita. La révision des contrats pour imprévision a été introduite à l'alinéa 2 de l'art. 147 du C.c.Eg. : « Toutefois, lorsque, par suite d'événements exceptionnels, imprévisibles et ayant un caractère de généralité, l'exécution de l'obligation contractuelle, sans devenir impossible, devient excessivement onéreuse de façon à menacer le débiteur d'une perte exorbitante, le juge peut, suivant les circonstances et après avoir pris en considération les intérêts des parties, réduire, dans une mesure raisonnable, l'obligation devenue excessive ; toute convention contraire est nulle ». Cet article a été repris par les Codes civils des pays du Golfe : l'art. 145 du Code civil irakien (C.c.Iq.), l'art. 188 du Code civil koweïtien (C.c.Kow.) et l'art. 205 du Code civil émirati (C.c.EAU).

le projet de Code civil égyptien révisé a pour source le droit comparé et non le droit musulman comme on pourrait l'attendre de l'ouvrage d'un disciple de M. Lambert qui, pour l'établissement de cette œuvre, demanda la collaboration de son maître⁶².

Aujourd'hui, les *qawaed kuliyyat* sont connus en droit positif des pays arabomusulmans. Les Codes civils de ces pays reconnaissent les principes généraux du droit en tant que source de droit. Autrement dit, le juge, dans ces pays, pourra « à défaut d'une disposition législative applicable, statuer d'après les principes du droit musulman, et à son défaut, suivant le droit naturel et les règles de l'équité⁶³ ».

Il est évident qu'en matière contractuelle, le principe de la liberté contractuelle et celui de la force obligatoire du contrat sont considérés comme le noyau dur des principes généraux du droit. C'est là qu'on trouve le plus de similitudes et d'échanges juridiques entre les familles du droit. Nous allons voir par la suite comment la liberté contractuelle et la force obligatoire du contrat sont envisagées en droit musulman.

A. L'autonomie de la volonté et liberté contractuelle⁶⁴

Il est dit du droit musulman qu'il ne connaît pas la théorie générale du contrat⁶⁵. Cet argument est fondé sur la méthode de développement du système des contrats islamiques selon lequel une série des contrats est énumérée suivant un ordre abstrait. Ces contrats nommés sont assez nombreux et variés et les auteurs musulmans consacrent un livre à l'étude de chacun d'eux.

La question soulevée ici est de savoir si la liste des contrats nominatifs du *fiqh* est limitative. Est-ce que l'individu peut conclure des contrats qui ne figurent pas dans le *fiqh* ? Peut-il créer des situations juridiques que n'ont pas été prévues par le *fiqh* ?

62. Jean CHEVALLIER, « L'influence du Code civil dans le monde : le Liban et la Syrie », dans *Travaux de la semaine internationale du droit*, Paris, 1950, pp. 866-877.

63. Art. 1-2 C.c.Iq. et C.c.Kow. ; Art. 1 C.c. EAU.

64. « Amin clarifies the distinction between "Freedom of Contract" and "*Autonomie de la volonté*", Freedom of contract, he says, is "a matter of legal policy stating that individuals are free to change their rights as they please." Conversely, *Autonomie de la volonté* is "a justice principle stating that the free will of the individuals produces changes in rights." Thus Freedom of contract serves to demarcate the scope within which *Autonomie* is permitted to operate. Freedom of Contract allows parties complete liberty to determine the form, content and the term of their agreements, and delimits the powers of the State to interfere in those contractual agreements. Islamic law clearly does not recognise Freedom of Contract by this definition, yet it does permit *Autonomie de la Volonté* », Susan E. Rayner, *The Theory of Contracts in Islamic Law: A Comparative Analysis with Particular Reference to the Modern Legislation in Kuwait, Bahrain, and the United Arab Emirates*, Graham & Trotman, 1991, p. 97.

65. « The fundamental notion of a general theory of contract is probably too occidental and systematic an approach to impose on the underlying principles of contract in the early Islamic era. Milliot writes: "The Muslim jurist resists abstraction, systematization and codification. He will avoid generalization and even definition." Indeed, until the codification of the Ottoman Majella, civil principles were interspersed among all others areas of the law. Even the Majella could not provide an explicit general theory governing obligations and contracts: Pertinent rules are scattered contract. This same basis was employed to substantiate the argument that Islam does not recognize freedom of contract », *Id.*

Autrement dit, où est la place de l'autonomie de la volonté en droit musulman ? Les avis des *fuqaha*, à ce sujet, sont partagés entre deux thèses différentes : une thèse restrictive et l'autre libérale.

Selon une théorie traditionnelle, puisque la liste des contrats normatifs est limitée dans le *fiqh* et le contenu des actes juridiques déjà fixé par la *Chari'a*, le rôle de la volonté de l'individu se limite à faire naître l'acte juridique. Par conséquent, il ne peut ni introduire de nouveaux contrats, ni modifier les effets du celui-ci. Pour les juristes de l'école Zaharite qui soutiennent cette thèse « la volonté des parties fait naître réellement l'acte juridique (*aqd*), mais c'est la *Chari'a* qui organise les effets et les conséquences de cet acte. C'est pourquoi les *fuqaha* disent que les actes ont été dotés par la *Chari'a* de leurs effets et conséquences et de leur objet. Ils veulent dire, par-là, que la relation entre l'acte lui-même et ses conséquences, en considérant l'acte comme la cause et les conséquences comme l'effet de la cause, n'est pas une relation (fondée) sur la nature des choses et la logique, comme elle le serait si la cause existant, l'effet devait s'ensuire nécessairement, mais que c'est la *Chari'a* qui a établi cette relation entre les deux⁶⁶ ».

Les défenseurs de cette thèse s'appuient sur deux *hadiths*. Le premier rapporte une déclaration qu'aurait faite le Prophète en présence d'Aïcha, à propos d'une affranchie sur laquelle Aïcha prétendait pouvoir exercer un droit patronal bien que n'étant pas l'auteur de l'affranchissement. Le Prophète se leva au milieu des fidèles, loua Dieu puis ajouta :

À quoi songent les hommes qui stipulent les conditions qui ne figurent point dans le livre de Dieu ? Toute stipulation qui ne figure pas dans ce livre est nulle⁶⁷.

Dans d'autres circonstances, le Prophète aurait dit à Aïcha : « Si quelqu'un fait un acte que nous ne lui avons pas ordonné, cet acte est rejeté ». Ibn-Hazem Ezzahiry, commentant ce *hadith*, écrit :

En vertu de ce texte, est nul tout acte qu'une personne conclut et par lequel elle s'oblige à moins qu'il ne s'agisse d'une obligation personnelle ou réelle qu'un texte ou un *ijma* établit⁶⁸.

À l'opposé de cette théorie, il existe une thèse libérale et plus favorable à la liberté contractuelle, qui confirme le principe de la liberté des parties dans les actes juridiques conforme à l'esprit de la *Chari'a*. Selon les hanbalites, tout ce qui n'a pas été expressément interdit par la *Chari'a* est autorisé. Comme dit Ibn Qayyim Al-Gauziya, l'auteur hanbalite :

66. Yvon LINANT DE BELLEFONDS, « L'autonomie de la volonté en droit musulman », (1958) *Rev. algérienne, tunisienne et marocaine de législation et de jurisprudence*, 98.

67. BOUKHARI, *Les traditions islamiques*, t. II, p. 37.

68. *Id.*

Le principe est la validité pour tout contrat et toute transaction s'il n'y a pas de texte de loi l'annulant ou l'interdisant.

Il faut mentionner que la notion de la liberté contractuelle selon les malékites est très voisine de celle des hanbalites, et presque aussi libérale que celle-ci. Le fondement de leur théorie se trouve dans les versets coraniques comme : « Ô vous qui croyez soyez fidèles à vos engagements⁶⁹ », « Soyez fidèles au pacte de Dieu, vous qui l'avez conclu, ne videz point les serments que vous avez faits solennellement⁷⁰ », « Remplissez vos engagements, car des engagements on en demandera compte⁷¹... », ou encore un *hadith* selon lequel le Prophète aurait dit : « Les croyants ont leurs clauses, sauf une clause qui rend licite quelque chose d'illicite, ou rend illicite quelque chose licite⁷² ».

Aujourd'hui la thèse traditionnelle est totalement abandonnée et les auteurs contemporains défendent l'existence du principe de la liberté contractuelle en droit musulman. Comme l'écrit Ibn Taymiya : « La règle dans les contrats est la volonté des parties et leurs résultats (des contrats), sont ceux qu'ont voulu les parties⁷³... ». Il ne faut pas oublier que « la liberté contractuelle n'est pas sans limites. Un contrat ne doit pas être contraire à l'ordre public, et sans doute, faut-il tenir compte en l'occurrence des règles impératives d'ordre religieux et moral qu'impose la *Chari'a*⁷⁴ ». Chehata confirme que « tout accord de volonté est efficace pourvu qu'il ne déroge pas aux principes établis par la *Chari'a*⁷⁵ ».

Les Codes contemporains des pays musulmans confirment la manière dont ces pays sont unanimes sur l'existence du principe de liberté contractuelle. L'article 126 du Code civil fédéral des Émirats arabes unis prévoit qu'un contrat peut contenir divers incidents et, en général, « tout autre chose qui n'est pas interdite par une disposition de la loi et n'est pas contraire à l'ordre public ou aux bonnes mœurs ». Similaire, le principe est confirmé par le Code de commerce de Bahreïn. L'article 2 de cette loi stipule :

69. Sourate V, Al-Maidah, verset 1.

70. Sourate XVI, Al-Nahel, verset 94.

71. Sourate XVII, Al-Isra, verset 34.

72. M. Al-Zarka, préc., note 54, n° 237, p. 540.

73. Cité par Alin ABI HAIDAR, *La banque islamique : essai d'intégration dans un système juridique de type occidental*, Thèse, Université de Paris II, 1991, p. 161. Al-Zarka affirme que « la *Chari'a* n'a pas limité les rapports contractuels à l'exclusion d'autres, comme il n'existe pas de raison pour restreindre les types de contrats ainsi que leur matière, à part le fait qu'ils doivent être conformes aux principes fondamentaux de l'Islam », M. Al-Zarka, préc., note 54, p. 605. Pour les juristes comme Schacht, « le droit musulman accorde une dose appréciable de liberté à l'intérieur de certains types déterminés. La liberté de contracter serait incompatible avec le contrôle moral des transactions juridiques », Joseph Schacht, *Introduction au droit musulman*, Maisonneuve et Larose, 1999, p. 13 et suiv.

74. Selon SANHOURI, « le principe donc dans le droit musulman est la liberté contractuelle, mais la pluralité des règles de l'ordre public a dévoré le principe qui se voit attribuer un domaine extrêmement restreint », cité par A. Abi Haidar, préc., note 73, p. 163.

75. Chafik CHEHATA, *La théorie de l'obligation en droit musulman*, Noury, 1936, p. 105.

Il s'applique pour les questions commerciales qui les deux parties contractantes ont convenu à condition que cette convention ne soit pas contraire aux dispositions législatives obligatoires.

B. La force obligatoire du contrat

La force obligatoire du contrat est un *asl* (racine) fondamental en droit musulman qui découle directement des versets coraniques. Les versets comme : « Ô croyants, soyez fidèles à vos engagements » ou « Ô vous qui croyez, conformez-vous à vos contrats » ou « Soyez fidèles au pacte de Dieu vous qui l'avez conclu, ne videz point les serments que vous avez faits solennellement⁷⁶ », tous insistent sur la nécessité de respecter les engagements par les croyants. C'est pourquoi, en droit musulman, le lien contractuel ne peut se révoquer que par une dissolution contractuelle. Nous verrons par la suite que dans certaines mesures, la résiliation unilatérale d'un contrat est aussi envisageable.

La dissolution contractuelle se présente par un nouvel accord, dans le cas où les parties s'entendent à révoquer le contrat. Ce *mutuus dissensus* qui s'appelle *iqala* en droit musulman, est une convention nouvelle. C'est la raison pour laquelle, dans l'*iqala* « la propriété de la chose vendue ne sera pas considérée comme transférée au vendeur et la chose sera réputée n'avoir jamais cessé de lui appartenir⁷⁷ ».

Comme nous l'avons souligné, le contrat peut être résolu par la volonté unilatérale des parties. Le *khiyar al-chart*, le *khiyar al-a'yb* et le *khiyar ar-ru'yat* sont des cas dans lesquels l'un des contractants pourrait procéder à la résolution du lien contractuel sans l'accord de l'autre partie.

Le *khiyar al-chart* ou l'option de stipulation qui équivaut à la condition suspensive en droit français⁷⁸, est une clause par laquelle l'une ou les deux parties se réservent le droit de la résolution ou la conformation du contrat dans un délai déterminé. Tandis que, pour les hanafites et chaféites, ce délai est de trois jours, les autres écoles ne sont pas d'accord sur cette limite⁷⁹.

76. Sourate V, Al-Maidah, verset 1 ; Sourate IV, Al-Nisa, verset 33 ; Sourate XVI, Al-Nahel, verset 94.

77. C. CHEHATA, préc., note 75, p. 146.

78. « Cette option équivaut à la condition suspensive en droit occidental ; car celui qui se réserve la faculté de confirmer l'acte ou de le résoudre exerce son option à son gré sans avoir à justifier sa décision. Cependant, il ne peut subordonner l'exercice de son option à l'arrivée d'un événement fortuit, car il risque de perturber l'équilibre du contrat, ce qui entraîne la nullité de l'acte principal pour *gharar* né de l'incertitude, du risque ou de la spéculation, et il se prive ainsi de la faculté de confirmer », Nayla Comair-Obeid, *Les contrats en droit musulman des affaires*, Paris, Economica, 1995, p. 70.

79. « Les hanbalites ne limitent pas le délai de l'option à un nombre de jours déterminés, mais ils spécifient la nécessité qui incombe aux parties de préciser une durée, de commun accord, pour l'option dans le contrat. Les malékites considèrent qu'il n'y a pas de délai fixé une fois pour toutes. Ce délai doit varier selon les besoins qui, à leur tour, dépendent de la nature de l'objet vendu », *Id.* 71.

Le fondement de cette option est un *hadith* selon lequel, à la réponse d'un commerçant qui se plaignait d'être souvent victime de ventes lésionnaires, le Prophète aurait dit :

Si tu vends ou achètes, déclare, au moment de la vente, sans te tromper : je me réserve l'option de trois jours⁸⁰.

Certes, cette clause heurte le principe de la force obligatoire du contrat, mais un contrat juste nécessite que les parties soient assurées de leur consentement et, comme le souligne Sélim Jahel :

Un ultime délai de réflexion, même en aval du contrat, peut être un auxiliaire utile à la protection de la volonté en permettant au contractant de revenir sur un consentement qu'il juge avoir hâtivement donné. Il est d'ailleurs possible que la traversée par le contrat de cette période probatoire en accroisse la solidité : un contractant bénéficiaire d'un *khiyar al-chart* et qui n'en a pas fait usage dans le délai requis pourra plus difficilement établir que sa volonté a été surprise. L'on gagne ainsi sur deux registres : le consentement est mieux protégé, la sécurité contractuelle est renforcée⁸¹.

Mis à part l'article 300 du *medjellé* qui prévoit : « on peut valablement stipuler dans une vente la condition que, dans un délai fixé, l'une ou l'autre des parties contractantes ou toutes les deux à la fois, auront le choix de résoudre ou de le rendre obligatoire en le confirmant », le *khiyar al-chart* a été repris dans tous les Codes civils contemporains des pays du Golfe. L'article 218 (1) du Code civil fédéral des Émirats arabes unis précise :

Lorsque le contrat contient une condition qu'une partie peut résilier sans le consentement mutuel de son contractant, ou à un ordre du tribunal, le contrat ne sera pas obligatoire pour l'une ou l'autre des parties. Chaque partie peut alors agir unilatéralement à la résiliation du contrat lorsque ce n'est pas obligatoire pour lui, ou quand il a réservé une option en sa faveur.

De même, la réservation de l'option de stipulation peut être faite, par l'une des parties, à l'avance ou à la suite de contrat, en faveur de lui-même ou de tiers⁸².

Le *khiyar al-a'yb* ou *an-naqîsat* (l'option pour vice) est « la faculté donnée à l'acheteur dans une vente, mais également à toute personne qui acquiert à titre onéreux la propriété d'un bien de résoudre le contrat si elle découvre que la chose acquise recèle un vice qui en diminue la valeur⁸³ ». Le fondement de cette option se trouve dans trois

80. SHAWAKANI, *Nayl al Awtar* [recueil de *hadith*], t. V, p. 155.

81. Sélim Jahel, « Le *khiyar al-chart*, clause de repentir du droit musulman et les intermittences de la volonté », dans *Mélanges dédiés à Louis Boyer*, Presses de l'Université des sciences sociales de Toulouse, 1996, p. 295, pp. 296-297.

82. Art. 219-2 C.c.EAU ; Arts. 205 et 206 C.c.Kow.

83. N. COMAIR-OBEID, préc., note 78, p. 82.

hadiths, selon le premier, le Prophète aurait dit : « Il n'est pas permis à un musulman de vendre à son frère une chose qui comprend un vice à moins de lui signaler », ou encore : « Celui qui nous trompe n'est pas des nôtres ». Il existe un troisième *hadith* qui est connu par les *fuqaha* en matière du dol :

Ne liez pas les mamelles de la chamelle. En se faisant, le lait de chamelle s'accumule et l'acheteur éventuel serait induit en erreur sur son débit de lait. Celui qui achètera (la bête musarra) aura le choix entre deux solutions : garder la bête ou la rendre avec une mesure de dattes⁸⁴.

Aujourd'hui, cette option se trouve dans la plupart des Codes civils des pays de la région de Golfe. Par exemple, les articles 237 à 242 du Code civil des Émirats arabes unis sont consacrés au *khiyar al-a'yb*.

Le *khiyar ar-ru'yat* ou l'option de vue est « la faculté accordée à l'acquéreur ou au locataire d'une chose non encore présente au moment de la signature du contrat, de confirmer ou de résoudre ledit contrat après examen de la chose qui en est l'objet⁸⁵ ». Cette option est fondée sur un *hadith* selon lequel, le Prophète aurait dit : « Ne vendez pas ce que vous n'avez pas ». Il existe un autre *hadith* selon lequel, le Prophète aurait dit : « Celui qui achète une chose sans l'avoir vue a une option au moment où il la voit⁸⁶ ». Comme les autres options, ce *khiyar* a été introduit dans les Codes des pays du Golfe. À titre d'exemple, les articles 517 à 523 du Code civil irakien, 226 à 230 du Code civil des Émirats arabes unis et 465 du Code civil koweïtien parlent du *khiyar ar-ru'yat*. Le point intéressant est que, non seulement le Code civil koweïtien présente cette option, mais également le Code de commerce de ce pays dans l'article 376 parle du *khiyar ar-ru'yat*.

Conclusion

En ce XXI^e siècle dont une caractéristique éminente est de vivre dans un « village global », le phénomène de globalisation confronte les législations du monde entier à une véritable question : comment édicter de nouvelles lois, ou modifier celles qui existent, pour être certaines de leur efficacité ? Autrement dit, la mondialisation dans le secteur de l'économie demande une plus grande cohérence internationale d'un point de vue légal, et évidemment une unification du droit national et supranational de commerce⁸⁷.

84. Boukhari, t. XIV, préc., note 67, p. 4.

85. N. COMAIR-OBEID, préc., note 78, p. 89.

86. Abdul RAZZAK SANHOURI, *Masadir al-Haq fil Fiqh al-Islami* [en arabe], t. II, Beyrouth, al-Majma al-Arabi al-Islami, p. 132.

87. Lars MEYER, « Soft Law for Solid Contracts ? A Comparative Analysis of the Value of the UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts and the Principles of European Contract Law to the Process of Contract Law Harmonization », (2006) *Denver J. Int'l L & Pol'y.* 119.

L'atteinte de cet objectif ne se réalisera qu'en encourageant le développement d'une culture juridique commune à travers du monde. C'est la raison pour laquelle il faut soutenir la notion de « partage des cultures » en créant des occasions d'échange et de transfert d'expérience commune. Cette insistance est susceptible d'attirer une attention accrue vers les solutions alternatives qui peuvent être déjà utilisées pour des problèmes couramment rencontrés. À cet égard, la création d'un Code international des contrats par le biais des principes généraux du droit entre la *Common Law*, le *Civil Law* et le droit musulman est une solution qui permettra d'harmoniser les systèmes juridiques.

Les principes généraux du droit, qui sont des principes communs aux systèmes juridiques des différents États du monde, ont la capacité d'unifier le droit. Ils « ne sont donc pas le fruit d'une simple addition ni même d'une moyenne des solutions adoptées par les différents systèmes juridiques, notamment nationaux : c'est seulement une fois dégagées de leurs modalités techniques, tenues pour contingentes, et ramenées aux aspects fondamentaux qui en constituent en quelque sorte l'âme, que ces solutions se trouvent exhaussées au rang de principes généraux de droit et sont alors susceptibles de transfert d'un ordre juridique à un d'autre⁸⁸ ».

L'histoire des systèmes juridiques nous explique comment les différents systèmes s'influencent l'un l'autre et comment ils se renforcent. Au temps de l'Empire romain, la loi de Moïse, qui constitue le fondement du christianisme et de l'islam, a influencé le *Civil Law*, qui a à son tour davantage influencé la *Common Law*. Par ailleurs, le christianisme, par la loi de Moïse et au-delà de lui-même, a influencé le *Civil Law* et la *Common Law*. Par conséquent, le droit musulman et le *Civil Law* ont un dénominateur commun par le droit romain, qui à son tour a été influencé par la loi de Moïse et le, plus grand encore, héritage judéo-chrétien qui est à la base du droit musulman⁸⁹.

Plus ancienne que l'Empire romain, l'histoire juridique fournit des preuves archéologiques de la loi de préhellénistique grecque, les Sumériens, les Babyloniens, les Assyriens, les Hittites et les Égyptiens. Les juristes ont analysé des papyrus égyptiens, des inscriptions grecques, des tablettes d'argile cunéiformes et des cylindres mésopotamiens. Ils ont examiné la loi et les Codes, dans leurs langues originales telles que celles du roi babylonien Hammourabi, l'antique loi grecque de la ville de Gortyne en Crète, la loi de la ville de la métropole hellénistique d'Alexandrie, et enfin le droit en Asie. Ce que ces juristes ont conclu établit la base du droit international comparatif. Ils ont découvert des parallèles indéniables entre ces systèmes juridiques. Ces parallèles ne pouvaient pas être expliqués comme étant dérivés l'un de l'autre. La conséquence de ceci est que, pour toute situation économique et sociale donnée, il

88. P. WEIL, préc. note 32, 401.

89. Mary B. AYAD, « Towards a truly Harmonised International Commercial and Investment Arbitration Law Codes (HICALC): Enforcing MENA Foreign Investor Arbitrations *via* a Single Regulatory Framework: A New Map for a New Landscape », (2010) 7 *MqJBL*, 315.

y a un nombre limité de formules juridiques, et ces formules se produisent dans des systèmes juridiques différents selon le contexte et le stade de développement culturel⁹⁰.

Partant de l'influence historique des systèmes juridiques, les travaux juridiques renforcent la faisabilité de la création d'un Code international en matière contractuelle. Le meilleur témoin est le Code de SANHOURI. La philosophie de ce Code est centrée sur la question de l'unité. En effet, l'influence des partisans⁹¹ d'un « droit commun législatif » centré sur l'idée de rapprochement des peuples a renforcé la théorie de l'unité législative du monde arabe. Ladite unité devait commencer par l'Égypte et par le biais de l'unité de Code civil. Les trois sources principales du Code de Sanhuri étaient : le droit comparé, la jurisprudence égyptienne et le droit musulman. Les sources de droit comparé utilisées étaient vastes. On se référait aux codifications latines, germaniques, ainsi qu'aux codifications indépendantes⁹². Il semblait que le moyen le plus adéquat pour avoir un Code mixte à cette époque était le *talfiq*, c'est-à-dire la synthèse entre des solutions de la *Chari'a* et les Codes européens. C'est la raison pour laquelle ce Code est connu comme un « placage » de normes européennes et du droit musulman⁹³.

Si les réalités juridiques et historiques attestent de la création d'un Code mixte entre le *Civil Law* et le droit musulman, on peut en déduire la possibilité de la création d'un Code mondial. Retirer des principes généraux de ces familles de droit afin d'avoir un Code international est une solution pour la convergence des droits nationaux lorsque les systèmes juridiques proposent des solutions différentes à un problème particulier, ou encore quand il n'y a aucune règle ou solution à un problème.

90. Wolfgang KUNKEL, *An Introduction to Roman Legal and Constitutional History*, Oxford: Clarendon Press, 1996, p. 194.

91. Notre attention est sur Edouard Lambert, le professeur de Sanhuri un des comparatistes européens du début du XIX^e siècle, avec l'idée d'un droit commun législatif censé rapprocher les peuples. Bernard Botiveau, *Loi islamique et droit dans les sociétés arabes : mutations des systèmes juridiques du Moyen-Orient*, Paris, Karthala, 1993, p. 149.

92. « En raison de ses engagements à Montreux, l'Égypte ne pouvait pas faire un retour pur et simple au droit musulman. D'autre part, elle a préféré créer son propre Code au lieu d'adopter en bloc un Code étranger comme l'avait fait la Turquie. Il fut précisé que la référence aux Codes étrangers ne signifiait en rien le rattachement du Code civil à ces Codes en ce qui concernait l'interprétation, l'application ou l'évolution des dispositions du Code civil », Sami Awad Aldeeb Abu-Sahlieh, « Rôle de la religion dans l'harmonisation du droit des pays arabes, Réflexions à propos du droit égyptien et des travaux de la ligue arabe », (2007) 58 *R.I.D.C.*, n° 2, 269.

93. « Most countries in the Arab world share comprehensive legal Codes, on the Continental Model, that combine elements of French and Islamic law. Court systems are similarly based on centralized and hierarchical Civil Law models. The culmination of the Ottoman codification effort, the *Majalla*, issued between 1869 and 1877, was intended to be Islamic in content but was based on the Code Napoleon », Nathan J. Brown, *The Rule of Law in the Arab World. Courts in Egypt and the Gulf*, Cambridge University Press, 1997, p. 3.