

LE DROIT COMPARÉ COMME INSTRUMENT DE MODERNISATION : L'EXEMPLE DES CODIFICATIONS CIVILES DES ÉTATS ARABES DU MOYEN-ORIENT

Harith Al-Dabbagh

Volume 43, Number 1-2, 2013

Actes du Colloque du 50^e anniversaire de l'Association québécoise de droit comparé

URI: <https://id.erudit.org/iderudit/1105878ar>

DOI: <https://doi.org/10.17118/11143/10198>

[See table of contents](#)

Publisher(s)

Revue de Droit de l'Université de Sherbrooke

ISSN

0317-9656 (print)

2561-7087 (digital)

[Explore this journal](#)

Cite this article

Al-Dabbagh, H. (2013). LE DROIT COMPARÉ COMME INSTRUMENT DE MODERNISATION : L'EXEMPLE DES CODIFICATIONS CIVILES DES ÉTATS ARABES DU MOYEN-ORIENT. *Revue de droit de l'Université de Sherbrooke*, 43(1-2), 387–441. <https://doi.org/10.17118/11143/10198>

Article abstract

In the aftermath of decolonization, the new Arab states in the Middle East undertook the codification of the civil law. Codification in the Arab world implies more than a simple technique for compiling and codifying legal norms. It assumes the specific role of modernizing and subtly secularizing the law. Codification allows for the establishment of a *corpus juris* to a large extent detached from Sharia. Comparative law is at the heart of this undertaking and can play a part in reconciling a legitimate desire for modernity while respecting tradition. Although the contribution of comparative law to the legislative process is very important, its role as a source of inspiration may vary from one country to another and will depend upon the preponderance given to traditional Islamic law in each jurisdiction. This article examines the degree to which comparative law plays a role in the process of civil law codification in Arab countries.

ARTICLE

LE DROIT COMPARÉ COMME INSTRUMENT DE MODERNISATION : L'EXEMPLE DES CODIFICATIONS CIVILES DES ÉTATS ARABES DU MOYEN-ORIENT

par Harith AL-DABBAGH*

Au lendemain de la décolonisation, les nouveaux États arabes du Moyen-Orient entreprirent un vaste mouvement de codification du droit civil. Dans cette région du monde, la codification va bien au-delà d'une simple technique de compilation et de systématisation des normes. Elle revêt une fonction particulière, celle de modernisation et, subrepticement, de sécularisation du droit. Elle conduit à établir un corpus juris largement détaché de la Charia. Le droit comparé a été mis au cœur de cette entreprise afin de concilier aspiration légitime à la modernité et respect des traditions. Ainsi, si la contribution du droit comparé au processus de production législative paraît capitale, son apport en tant que source d'inspiration peut varier d'un pays à l'autre en fonction de la place réservée au droit traditionnel, le droit musulman. Le présent article propose d'évaluer le rôle du droit comparé dans l'évolution du droit civil des pays arabes à travers le processus de codification.

In the aftermath of decolonization, the new Arab states in the Middle East undertook the codification of the civil law. Codification in the Arab world implies more than a simple technique for compiling and codifying legal norms. It assumes the specific role of modernizing and subtly secularizing the law. Codification allows for the establishment of a corpus juris to a large extent detached from Sharia. Comparative law is at the heart of this undertaking and can play a part in reconciling a legitimate desire for modernity while respecting tradition. Although the contribution of comparative law to the legislative process is very important, its role as a source of inspiration may vary from one country to another and will depend upon the preponderance given to traditional Islamic law in each jurisdiction. This article examines the degree to which comparative law plays a role in the process of civil law codification in Arab countries.

*. Professeur adjoint à la Faculté de droit de l'Université de Montréal.

388 *Le droit comparé comme instrument de modernisation :
l'exemple des codifications civiles (2013) 43 R.D.U.S.
des États arabes du Moyen-Orient*

SOMMAIRE

Introduction	389
I. Le droit comparé comme source d'inspiration	397
A. Le droit comparé : source prédominante	398
B. Le droit comparé : source mitigée	405
II. Le droit comparé comme méthode d'harmonisation	413
A. La sélection normative	414
B. L'intégration normative	425
Conclusion	434

La codification va se révéler le meilleur vecteur de cette modernisation (*assrana*) escomptée. Celle-ci peut être définie comme l'œuvre législative visant à rassembler, systématiser, clarifier et rénover les règles relatives à une matière en les ordonnant en un nouveau corps ayant valeur de loi³. Ayant habituellement pour objectifs d'améliorer la connaissance, l'intelligibilité et l'accessibilité du droit, la codification peut parfaitement aussi épouser une autre finalité, celle de faire évoluer la règle de droit en l'adaptant aux exigences d'une époque. Plus particulièrement, l'élaboration d'un code civil peut se donner comme vocation la transformation des institutions du droit privé. Dans ce contexte, la technique est inhérente à l'avènement d'un ordre nouveau, poursuivant un idéal d'abstraction, de rationalisation et de cohérence, comme le démontre l'essor soudain de ce phénomène en Europe, à la suite des codifications napoléoniennes⁴.

Si la codification est à l'origine une idée fondamentalement orientale, née dans les profondeurs de la Mésopotamie⁵, celle-ci demeure complètement étrangère à l'Islam. Le droit musulman, ou proprement dit le *fiqh*⁶, est une œuvre purement doctrinale pro-

-
3. Gérard CORNU (dir.), *Vocabulaire juridique*, 8^e éd., PUF, 2007, v° Codification.
 4. Voir : Michel GRIMALDI, « L'exportation du Code civil », (2003) 4 *Pouvoirs* 80.
 5. En témoigne le célèbre Code d'Hammourabi, à Babylone (environ 1700 av. J.-C.). Ce Code fut lui-même inspiré par des codes sumériens et akkadiens antérieurs. Voir Samuel Noah KRAMER, *L'histoire commence à Sumer*, 2^e éd, Paris, Flammarion, 1994, p. 77 et s.; Abbas AL-ABOUDY, *Le Code d'Hammourabi : étude comparée* [en arabe], 2^e éd., Mossoul, Presses Universitaires de Mossoul, 1999, p. 19-20.
 6. L'expression même de droit musulman est très ambiguë. Dans le vocabulaire des Orientalistes, il renvoie au droit des savants et des jurisconsultes (le *fiqh*). C'est l'usage retenu dans le cadre du présent texte. À ce titre, le *fiqh* diffère de la Charia dans deux aspects. D'une part, la Charia est les prescriptions émanant directement des sources scripturaires révélées (Coran et la Sunna), quant au *fiqh*, il renferme les règles et les préceptes dégagés par les théologiens-juristes *fouqahâ* dans leurs interprétations de la Charia. D'autre part, alors que la Charia comprend les prescriptions ayant trait à la foi, au dogme, à la morale, au culte et aux relations sociales, le *fiqh* se borne aux deux dernières catégories (culte et relations sociales). Voir M. AL-ZARQA, préc., note 1, p. 153-154.

tuelle réclamée par les *fouqahâ*¹¹. Les califes, qui ont renoncé à revendiquer un quelconque pouvoir normatif, laisseront le *fiqh* se développer de manière autonome. La genèse du droit musulman était, ainsi, organiquement et fonctionnellement indépendante du pouvoir politique. Les ouvrages médiévaux du *fiqh* se présentent comme reflétant l'opinion d'une école, et même parfois l'opinion d'un savant, qui n'est pas toujours partagée par d'autres savants de la même école où pouvaient coexister en effet plusieurs courants.

Étant avant tout une doctrine et une méthode, « le droit musulman est essentiellement incodifiable », estime Joseph Schacht, « parce qu'il ne possède de valeur religieuse qu'autant qu'il est enseigné de la manière traditionnelle par l'une des écoles du *fiqh* »¹². Toute entreprise de codification encourt le risque de dénaturation ou d'altération de son essence. D'ailleurs, de nos jours, cette antinomie est toujours officiellement soutenue dans des pays comme l'Arabie Saoudite, où le Comité de grands oulémas (*hayaat kibar al-oulamâ*) a édicté en 1973 une fatwa à la majorité, prononçant l'illicéité de la codification de la « Charia ». Cette dernière, affirme-t-on, n'est pas fixée dans une école ou une doctrine donnée. Il s'ensuit que « le fait d'obliger le juge, par le truchement d'un code, à suivre les enseignements propres à une école déterminée pour trancher les litiges est illicite »¹³. Ceci explique pourquoi le Royaume saoudien, à côté d'Oman, ne s'est toujours pas doté d'un code civil¹⁴.

-
11. On se réfère, à cet égard, au refus de l'imam Malik, fondateur de l'école malékite, de l'offre faite par le Calife Al-Mansour de faire de son ouvrage *al-muwatta* la loi officielle de l'Empire abbaside. Jamal-Eddin ATTIA, « Histoire de la codification de la Charia islamique » [en arabe], (1977) 11 *Revue al-mousslim al-mouassir* 39.
 12. Joseph SCHACHT, *Esquisse d'une histoire du droit musulman*, Paris, Librairie orientale et américaine Max Besson, 1953, p. 80.
 13. Voir la décision du Comité publiée à la *Revue des recherches islamiques saoudienne* [en arabe], Riyad, 1411 de l'hégire (1990), n° 31, p. 58 et suiv.
 14. Les deux pays appliquent en matière civile les dispositions de la Charia, d'après l'école hanbalite en Arabie Saoudite et d'après l'école kharijite au Sultanat d'Oman. Il mérite d'être mentionné qu'un projet de Code civil conçu selon le modèle égyptien est en préparation au Sultanat depuis un

Cependant, l'idée de codification du *fiqh* va finir par s'imposer dans la plupart des pays musulmans. Déjà au XIX^e siècle, l'Empire ottoman entama un mouvement de codification faisant partie des grandes réformes appelées *Tanzimat*¹⁵. Le *medjellé*, codification promulguée en seize livres entre 1869 et 1876, réunit de manière ordonnée les solutions les mieux établies de l'école hanafite (école officielle de l'Empire) en droit des contrats et des biens. Ces dispositions sont réparties en livres, titres, chapitres et sections sur le modèle du Code Napoléon. Longtemps réputée comme la première codification officielle dans l'histoire de l'Islam¹⁶, cette affirmation gagne, toutefois, à être nuancée. En effet, le *medjellé* est conçu, à la manière casuistique traditionnelle, comme une compilation des cas d'espèce, accompagnés d'une multitude d'exemples et de commentaires¹⁷. Il ne renfermait pas de règles générales, et *a fortiori* aucune théorie générale des obligations et des contrats¹⁸. Ce caractère doctrinal excessif en rendait

moment, et une version initiale a été divulguée en 2007, mais il n'a toujours pas été promulgué.

15. Une série de réformes, faites à partir de 1839 sous la pression des puissances européennes, mais aussi à l'initiative des élites internes, ayant pour but d'adopter une organisation plus moderne et plus efficace dans le domaine politique et militaire, de même que dans l'administration, dans le système fiscal et dans l'exercice de la justice. L'Empire adopta de nouveaux codes calqués sur les codes napoléoniens, notamment en matière de droit commercial, procédural et pénal et créa de nouveaux tribunaux séculiers, limitant ainsi la compétence du *cadi*. Pour plus de détails, voir : Jacques LAFON, « L'Empire ottoman et les Codes occidentaux », (1997) 26 *Droits* 5; Dora GLIDEWELL NADOLSKI, « Ottoman and Secular Civil Law », (1977) 8 *Int. J. Middle East Stud.* 517.
16. David BONDERMAN, « Modernization and Changing Perceptions of Islamic Law » (1968) 81 *Harv. L. R.* 1177; James Norman Dalrymple ANDERSON, « The Shari'a and Civil Law », (1954) 1 *The Islamic Quarterly* 27.
17. Des exemples souvent surannés puisés dans les anciens ouvrages doctrinaux (achat d'une odalisque, d'un esclave, d'un serf, achats de béliers qui frappent de la corne, achat de coqs de combat, etc.). Ils auraient pu être remplacés par des exemples puisés de la vie contemporaine.
18. Certes, le *medjellé* comporte, dans le titre préliminaire, une section réunissant 99 principes qualifiés de « fondamentaux du Droit sacré », mais ces adages et ces définitions, comme le souligne Chafik Chehata, « sont bien plutôt des règles de pure logique que des règles de droit ». Chafik CHEHATA, « Les survivances musulmanes dans la codification du droit civil égyptien », (1965) 17 *R.I.D.C.* 839 p. 842.

l'application malaisée. En dépit de ces défauts, le *medjellé* marque une date dans l'histoire du droit musulman; il « est à l'orée d'une nouvelle ère. Le souverain intervient, cette fois, pour adopter l'une des solutions admises en doctrine hanafite, de préférence à telles autres. Le juge n'est plus libre dans son recours aux ouvrages du *fiqh* »¹⁹.

Ainsi, il est vite apparu aux yeux du législateur arabe du XX^e siècle que son héritage classique ne pouvait guère répondre aux besoins de l'activité législative contemporaine. Pour réformer, les États arabes ont compris la nécessité de passer par une codification qui emboîterait le pas aux systèmes les plus modernes. Cette volonté a amené la plupart des législateurs, après l'indépendance, à s'aligner, peu ou prou, sur le modèle occidental. Finalement, ce dernier ne leur est pas complètement inconnu. L'expérience des Capitulations, du Mandat mais aussi du *Tanzimat*, vécue par de nombreux territoires, ainsi que les échanges commerciaux, ont familiarisé le monde musulman avec le droit « importé » d'Europe²⁰.

Ainsi s'amorça dans toute la région un processus de codification, qui aboutit à l'adoption, dans différents pays, de codes civils comparables aux codes européens : le Code des obligations et des contrats libanais en 1932, le Code civil égyptien (C.c.Eg.) et le Code civil syrien (C.c.Sy.) en 1948, suivis par les Codes civils irakien (C.c.Iq) en 1951 et libyen en 1953. Après une période de stagnation, d'autres États, réticents jusqu'alors, se lancèrent à leur tour dans l'entreprise. Ainsi furent adoptés le Code civil jordanien (C.c.Jo.) de 1976, le Code civil koweïtien (C.c.Kow.) de 1980, le Code des transactions civiles des Émirats Arabes Unis

19. C. CHEHATA, préc., note 7, p. 28.

20. C'est ce même contact avec l'Occident qui a stimulé le « réveil arabe » de la fin du XIX^e siècle. Des courants réformateurs, tels que celui de Djamal-eddin al-Afghani (1839-1897) et Mohamed Abdou (1849-1905), réclamaient la réouverture de la porte de l'*ijtihad* et l'institution des réformes économiques et sociales. Pour plus de détails, voir : Alphonse GOUILLY, *Renaissance moderne de l'Islam*, Paris, La Nouvelle Édition, 1945, p. 37 et suiv.

(C.c.EAU) de 1985, le Code civil de l'État du Bahreïn (C.c.Ba.) en 2001, le Code civil yéménite (C.c.Yem.) en 2002 et, le dernier né, le Code civil qatari (C.c.Qa.), promulgué le 30 juin 2004. Ce sont ces codes qui feront l'objet de notre présente étude.

Au-delà des avantages bien connus liés à ce procédé – systématisation, consolidation et accessibilité des normes – la codification dans le monde arabe poursuit un objectif particulier, assez méconnu jusqu'ici, celui de modernisation. L'idée présente à l'esprit des gouvernements de l'époque était que le droit ne doit pas être seulement le reflet de coutumes et de l'état actuel des rapports entre les hommes; il ne doit pas être conçu comme ayant pour fonction de sanctionner et de cristalliser les coutumes et traditions²¹. La législation doit transformer la société, doit être progressiste, en avance sur les règles que consacrait la pratique.

Dans ce contexte, le terme « modernisation » doit être compris dans le sens de l'abandon total ou partiel du droit traditionnel tel qu'il est renfermé dans les traités médiévaux du *fiqh*, en faveur d'un droit codifié de facture moderne issu des sources occidentales²². L'étatisation du droit civil par le biais de la codification conduit à rompre, au moins formellement, avec le droit musulman²³. Un peu partout, on cherchait à établir un ensemble cohérent de règles nouvelles ou rénovées, destinées à consacrer un ordre juridique séculier détaché de la Charia, comme ce fut le cas dans l'Empire ottoman quelques décennies auparavant²⁴. Cette

-
21. C'est le même esprit qui a animé le législateur dans de nombreux pays en voie de développement. Par exemple, sur le Code civil éthiopien, voir : René DAVID, « Les sources du code civil éthiopien », (1962) 14 *R.I.D.C.* 500.
 22. En ce sens, voir : Ann Elizabeth MAYER, « Law and religion in Muslim Middle-East », (1987) 35 *Am. J. Comp. L.* 127 et 128. *Adde*: Herbert J. LIEBESNY, « Law and Westernization in the Moslem Near East », (1953) 2 *Am. J. Com. L.* 492.
 23. À cet égard, voir : Roula EL HUSSEINI BEGDACHE, « De la fixité du droit musulman face aux droits de l'homme : fiction ou réalité? », dans *Le droit en mouvement, Mélanges Méliné Topakian*, Bruxelles, Bruylant, 2005, p. 155.
 24. L'importation des codes français par la Sublime Porte entre 1850 et 1879 a conduit à un dualisme législatif et juridictionnel. Par la réception des

démarche est, sans doute, celle qui motive tout législateur désireux de faire évoluer la règle de droit en l'adaptant aux exigences de l'époque²⁵.

Toutefois, il convient de souligner d'emblée que cette évolution resta limitée au droit des contrats et au droit des biens. Le droit familial au sens large, le statut personnel, demeura à l'abri du mouvement de modernisation²⁶. Dans la majorité des pays arabes, ce domaine, détaché du Code civil, s'est montré imperméable à la réception des institutions étrangères. Le droit religieux y trouve toute sa vigueur. Le statut personnel est ainsi resté incontestablement la forteresse imprenable des normes religieuses, sans doute parce que « c'est là que s'expriment avec le plus d'intensité les particularismes et les identités culturelles. C'est là que survit la tradition, une tradition particulièrement forte ici, puisqu'elle s'enracine dans le temps et qu'elle se réclame du sacré »²⁷. D'ailleurs, dans le monde arabe la dénomination « code civil » répond parfaitement à ce souci de dissocier le droit religieux prévalant en matière familiale du droit civil, de facture laïque, qui régit le droit des obligations et le droit des biens.

codes occidentaux, de nombreux domaines (droit commercial, pénal, de procédure) ont été soustraits du droit musulman. En résultera la mise en place de nouveaux tribunaux séculiers *nizamiyé* chargés d'appliquer les nouveaux codes à la place des tribunaux des cadis. Noël James COULSON, *Histoire du droit islamique*, Paris, PUF, 1995, p. 146.

25. Ce recours aux sources étrangères n'est pas limité au Code civil, mais il apparaît dans des domaines aussi variés que le droit commercial, la propriété intellectuelle, le droit de la faillite, le droit pénal. On parle alors de « réception » dans la mesure où le transfert de droit s'opère au terme d'un choix délibéré du système récepteur. Voir Masaji CHIBA, « Ce qui est remis en question dans la culture juridique non-occidentale », dans *Une introduction aux cultures juridiques non-occidentales, Manuel de l'Académie Européenne de Théorie du Droit*, Bruxelles, Bruylant, 1998, p. 233, à la page 271.
26. Il faut souligner que dans le monde arabe on ne peut parler ouvertement de laïcisation, le terme « modernisation » masque une volonté de laïcisation des normes en soustrayant une matière donnée à l'emprise du droit musulman traditionnel.
27. Léna GANNAGE, « Synthèse » dans Lucette KHAÏAT et Cécile MARCHAL (dir.), *L'enfant en droit musulman (Afrique, Moyen-Orient)*, Paris, Société de législation comparée, 2008, p. 420.

Pour réformer cette branche fondamentale du droit privé, le droit comparé a été mis au service de l'entreprise, « périlleuse mais nécessaire »²⁸, de codification. À cet égard, la contribution du droit comparé peut se vérifier, de prime abord, à travers le caractère éclectique des codes, révélateur de la multiplicité des sources auxquelles les codificateurs arabes ont puisé. Ce pluralisme des sources rendait indispensable le travail d'harmonisation. À cette fin, la méthode comparative va servir comme instrument de brassage et d'adaptation du droit en vue d'opérer un rapprochement dans les concepts, institutions et techniques d'origines très diverses. Par le biais de ce processus, la cohésion interne nécessaire à toute codification se trouve préservée.

Dès lors, pour éclairer cette vocation spécifique du droit comparé et sa place dans les codifications civiles arabes, il convient d'examiner d'abord son usage comme source d'inspiration (I) et, ensuite, d'envisager sa contribution, comme instrument d'harmonisation, dans le processus d'élaboration de ces codes (II).

I. Le droit comparé comme source d'inspiration

Nous avons remarqué que, dès les années 1930, un souci de modernisation s'est emparé de nombreux pays du Moyen-Orient. Dans cette première vague de codification, les pays pionniers comme le Liban, la Syrie et l'Égypte se sont largement alignés sur le modèle occidental, notamment sur le droit français. S'inscrivant dans la même lignée, le Code irakien a toutefois tenté d'intégrer certains concepts du droit musulman classique. Il préfigurait ainsi l'avènement d'une seconde génération de codification sensiblement islamisée. Ainsi, un recours plus significatif au *fiqh* a été opéré par le Code civil jordanien de 1976, le Code émirati de 1985 et le Code yéménite de 2002.

À l'examen de ces différents textes, force est de constater que la place du droit comparé comme source d'inspiration est as-

28. François TERRE et Anne OUTIN-ADAM, « Codifier : un art difficile (à propos d'un Code de commerce) », Recueil Dalloz 1994, chronique, p. 99.

sez variable d'un pays à l'autre. Tout dépend du degré d'imprégnation du droit moderne par rapport au droit traditionnel. Nous pourrions distinguer entre les premières codifications, plus occidentalisées, dans lesquelles le droit comparé a joué un rôle prépondérant (A), et les codifications les plus récentes qui proclament leur attachement au droit musulman, tout en réservant au droit comparé une certaine place (B). Nous allons examiner successivement chacun de ces deux courants.

A. Le droit comparé : source prédominante

La méthodologie d'élaboration législative a évolué au fil du temps. Les codes arabes appartenant à la première génération se sont sensiblement rapprochés du modèle continental européen. Cette influence est notamment perceptible au Liban, en Égypte, en Syrie et à moindre degré, en Irak.

Au Liban, le caractère multiconfessionnel du pays et le mandat français ont facilité l'adoption, dès 1932, d'un Code des obligations et des contrats. Ce code, dont Josserand fut le principal artisan²⁹, reprend la plupart des solutions édictées par le droit français, soit dans le Code civil même, soit dans la jurisprudence postérieure à 1804. Les auteurs évoquent aussi des emprunts ponctuels faits au Code civil allemand (ci-après « BGB »), aux codes suisses et au projet franco-italien de code des obligations de 1927³⁰. L'œuvre ainsi accomplie a eu pour conséquence

29. La première mouture du projet fut confiée à Ropers, juge au Tribunal de la Seine. Ce travail fut poursuivi par Josserand. La dernière version remaniée par le Comité consultatif de législation fut adoptée par le Parlement. Le texte promulgué le 9 mars 1932 entra en vigueur le 11 octobre 1934. Pierre GANNAGE, « Rapport libanais », dans *La circulation du modèle juridique français*, Collection des Travaux de l'Association Henri Capitant, vol. 44, Paris, Litec, 1993, p. 253.

30. Bichara TABBAH, « L'humanisme du droit civil français : Le secret de son rayonnement », (1954) 6 *R.I.D.C.* 28. Voir aussi : David DEROUSSIN, « Josserand, le Code civil et le Code libanais des obligations et des contrats », dans *Le Code civil français et le dialogue des cultures juridiques, Colloque CEDROMA 2004*, Bruxelles, Bruylant, 2007, p. 49 (ci-après « *Colloque CEDROMA* »); Hadi SLIM, « La réception du droit français de la responsa-

l'abrogation quasi complète des dispositions du *medjellé* ottoman, alors en vigueur³¹. Le Code libanais est un exemple notoire, dans les pays du Moyen-Orient, de droit parfaitement occidentalisé dans la quasi-totalité de ses dispositions.

Pour sa part, l'Égypte était, depuis l'Expédition de Bonaparte, en contact permanent avec les puissances occidentales avec qui elle tissait des liens sociaux et économiques. En 1876, le pays conclut avec les puissances européennes une convention internationale instituant des juridictions particulières que l'on appela par la suite les « tribunaux mixtes »³². Leurs juges étaient essentiellement européens et avaient pour mission de trancher les litiges tant de droit civil que de droit commercial impliquant des non-Égyptiens ou un Égyptien et un étranger³³. À cet effet, des codes dits mixtes furent élaborés par un avocat français d'Alexandrie, applicables en matière civile, commerciale, maritime, pénale et procédurale³⁴. Ces Codes – rédigés en langue française – sont quasiment une reproduction ou plus précisément une « condensa-

bilité délictuelle au Liban : Au-delà du Code civil mais grâce au Code civil », dans *Colloque CEDROMA*, *id.*, p. 279.

31. Certaines rares survivances demeurent dans des domaines très particuliers comme les diverses formes de métayage et la vente à réméré (*salam*). Pierre GANNAGE, « L'influence du Code civil sur les codifications des États du Proche-Orient », dans Duncan FAIRGRIEVE (dir.), *The Influence of the French Civil Code on the Common Law and Beyond*, London, British Institute of International and comparative Law, 2007, p. 477, à la page 479.
32. Ces tribunaux faisaient partie du système dit de Capitulations. Pour plus de détails : Erwin LOEWENFELD, « The Mixed Courts in Egypt as Part of the System of Capitulations after the Treaty of Montreux » dans *Transactions of the Grotius Society*, vol. 26, Problems of Peace and War, Cambridge University Press, 1940, p. 83-123.
33. Mohamed EL SAYED ARAFA, « Egypte », dans *La circulation du modèle juridique français*, préc., note 29, p. 238.
34. La rédaction fut confiée à un avocat français d'Alexandrie, Maunoury, qui ne disposa pour cela que d'un temps limité. Il procéda hâtivement par voie de condensation des codes français et en tira six codes qui furent soumis à l'approbation des puissances étrangères et ensuite promulgués en 1875. Jacques MAURY, « Rapport sur le Code civil français et son influence dans le bassin méditerranéen : l'Orient, l'Extrême-Orient » dans *L'influence du Code civil dans le monde*, Travaux de la semaine internationale de droit, Paris, Pedone, 1954, p. 839.

tion » des codes napoléoniens³⁵. En 1883, la modernisation des institutions s'étendra aux matières civiles entre Égyptiens au travers d'une série de codes dits « codes indigènes », à l'usage des tribunaux nationaux, dont le contenu est essentiellement inspiré des codes mixtes³⁶.

Officiellement indépendant depuis 1936, l'État égyptien procéda à la suppression des codifications mixtes et indigènes adoptées sous le protectorat britannique³⁷. L'élaboration d'un nouveau code fut confiée à deux éminents juristes, Abdulrazak Sanhoury³⁸ et Édouard Lambert³⁹, et dura plus de dix ans. Le droit comparé, perçu comme porteur du « progrès de la science juridique et législative »⁴⁰, a été au cœur de ce processus.

En effet, le nouveau Code civil égyptien de 1948, tout en restant profondément ancré dans la tradition française, fut également influencé par un large éventail de codifications. Les rédac-

-
35. Mark HOYLE, *Mixed courts of Egypt*, Londres, Boston, Graham & Trotman, 1991, p. 15 et suiv.
36. Joseph SCHACHT, « Problems of Modern Islamic Legislation », (1960) 12 *Studia islamica* 99.
37. Sur ce sujet, voir : Jan GOLDBERG, « Réception du droit français sous les britanniques en Égypte : un paradoxe? », (1998) 34 *Égypte-Monde arabe* 67.
38. (1895-1971) : Brillant juriste égyptien, disciple préféré d'Édouard Lambert. Il écrivit une thèse sur *Les restrictions contractuelles à la liberté individuelle du travail et la jurisprudence anglaise*, soutenue à Lyon en 1925. À son retour, il a occupé plusieurs postes, notamment professeur à la faculté de droit du Caire (1926-1934), doyen de la faculté de droit de Bagdad (1935-1937) et ministre de l'éducation en Égypte (1942-1949) avant de devenir président du Conseil d'État égyptien (1949-1954). Il fut l'architecte de nombreuses codifications civiles arabes, notamment en Irak, en Syrie, en Lybie et au Koweït.
39. Voir : Olivier MORETEAU, « L'influence internationale de l'œuvre d'Édouard Lambert », dans *Dialogue de cultures et de législations : actes du congrès international du Cinquantenaire du Code civil égyptien (1948-1998)*, Le Caire, Direction générale de la Coopération internationale et culturelle, 1998, p. 62 (ci-après « *Dialogue* »).
40. Ministère de la Justice (Égypte), *Recueil des travaux préparatoires du Code civil égyptien (Al-Qanun al-madani : majmuat al-a'mal al-tahdiriyyah)* [en arabe], t. 1, Le Caire, Imprimerie *Dar el-kitab al-arabi*, 1950, p. 15 (ci-après « *Travaux préparatoires* »).

teurs pensaient qu'il fallait tenir compte des nouvelles codifications européennes. À cet égard, les travaux préparatoires révèlent le recours à « environ une vingtaine de codes » qualifiés de « fine fleur » des codifications de l'époque⁴¹. Les sources étrangères ont été ainsi répertoriées et classées en trois groupes distincts : *primo*, le groupe des droits romanistes, regroupant, à titre d'exemple, les codes civils français, italien, espagnol et brésilien, mais aussi le projet franco-italien de code des obligations et le Code civil du Bas-Canada; *secundo*, le groupe des droits germaniques, comprenant le BGB, le Code autrichien, le Code suisse des obligations, ainsi que différents codes inspirés de cette tradition comme les codes turcs; *tertio*, le groupe des codifications dites éclectiques, celles ayant cherché à combiner les deux systèmes précédents. Les travaux préparatoires citent, pêle-mêle, les cas de la Pologne, de la Tunisie, du Liban, du Japon et de la Chine⁴².

C'est à partir de cet arsenal si riche que les rédacteurs ont puisé des règles et solutions qui leur paraissaient les plus appropriées en vue d'élaborer un « corpus cohérent, efficace et moderne »⁴³. Notons que ces sources s'apparentent *grosso modo* à la famille romano-germanique. La common law fut complètement ignorée par les rédacteurs. En effet, un droit jurisprudentiel est jugé souvent trop complexe et trop diversifié pour être, d'une part, facilement accessible et, d'autre part, pour permettre d'avoir une vision claire et précise des tenants et des aboutissants de tout système juridique. Il est pratiquement impossible d'avoir accès à un droit non écrit et de le connaître si on ignore la jurisprudence dans laquelle il est enraciné.

Dans cette pluralité des sources civilistes, la part du droit français paraît la plus notoire. Cela s'explique par le legs des codifications précédentes (mixtes et indigènes) imprégnées du droit français, mais aussi par la référence faite à la jurisprudence si riche rendue sous l'empire de ces codifications. Ainsi, le nouveau

41. *Id.*, p. 16.

42. *Id.*, p. 17-18.

43. Iskandar GHATTAS, « Le droit comparé comme source du Code civil égyptien », dans *Dialogue*, préc., note 39, p. 25, à la page 33.

Code est « resté dans sa structure et ses concepts fondamentaux, fidèle à la technique juridique française »⁴⁴.

Quant au droit musulman, sa place se révèle résiduelle. En effet, pour ne pas rebuter les courants traditionnels, il a été à maintes reprises répété lors des débats parlementaires que le recours aux sources exogènes était surtout d'ordre purement rédactionnel, formel, et que sur le fond, le projet était conforme au droit et à la jurisprudence égyptiens en vigueur, ainsi qu'au droit musulman⁴⁵. Le prétendu caractère islamique du Code a été jugé « fantaisiste » par la majorité des auteurs qui se sont livrés à un examen minutieux de ses dispositions⁴⁶. On peut alors voir dans cette « profession de foi » réitérée des rédacteurs un expédient visant à apaiser les mouvements religieux en vue de faciliter l'adoption du projet. La place du droit musulman, dans le Code même, est à la vérité tellement réduite qu'on a pu parler à son égard de quelques rares « survivances »⁴⁷. D'ailleurs, Sanhoury, son principal artisan, a lui-même fini en 1962 par admettre qu'« en réalité, le nouveau Code civil égyptien est une représentation fidèle de la culture civiliste occidentale »⁴⁸, réfutant ainsi sa dette envers le droit musulman⁴⁹.

44. Abdulrazak SANHOURY, *Traité de droit civil al-wassit* [en arabe], t. 1, Le Caire, *dar al-nahda al-arabyia*, 1964, p. 33-34.

45. Voir : *Travaux préparatoires*, préc., note 40, p. 20-22 et 131-132. Il est à noter que la jurisprudence dont on parle est rendue sous l'empire des codifications (mixtes et indigènes) elles-mêmes d'inspiration française!

46. Sur l'impact controversé de la Charia sur le code, voir : J.N.D ANDERSON, préc., note 16, p. 29-46; N. J. COULSON, préc., note 24, p. 153; Yvon LIGNANT DE BELLEFONDS, « Le droit musulman et le Code civil égyptien », (1956) 4 *Annales juridiques, politiques, économiques et sociales*, revue de la faculté de droit d'Alger 225. Et dans la doctrine arabe : Houssam-Eddin ALAHWANI et Hamdi ABDULRAHMAN, *Les fondements du droit* [en arabe], Le Caire, Éditions *dar-aboul-majd*, 1996, p. 136-139, qui évoquent le désordre qu'un changement radical, par le retour soudain au *fiqh*, peut provoquer dans les affaires ainsi que dans la pensée juridique.

47. C. CHEHATA, « Les survivances » préc., note 18, p. 853.

48. Abdulrazak SANHOURY, « Al-qanun al-madani al-arabi », dans *Articles et recherches par prof. Sanhoury*, numéro spécial de la *Revue al-qanun wal-Iqtisad* [en arabe], Le Caire, 1992, p. 475 et 493.

49. Cela après avoir affirmé quelques années plus tôt, en 1942, que le nouveau projet représentait « une victoire du droit musulman [...] tous ses

tions, le droit égyptien étant devenu, en quelque sorte, le modèle de référence. On a même pu voir dans ce mouvement de réception spectaculaire le noyau pour un futur Code civil arabe uniforme⁵⁵.

Par cet effet de relais, le Code civil égyptien de 1948 a fortement favorisé l'implantation de la culture juridique romano-germanique au Moyen-Orient⁵⁶. En s'inspirant de cette œuvre pour élaborer leurs codes respectifs, ces pays ont reçu, à des degrés divers, la technique juridique civiliste⁵⁷. Cette influence a pénétré les fondements du droit, ses solutions, ses concepts et les techniques d'interprétation, car on ne peut pas importer les solutions sans les techniques et méthodes y afférentes. En effet, le droit d'un pays comporte des concepts à l'aide desquels il exprime ses règles, des catégories à l'intérieur desquelles il les ordonne; la règle de droit même est conçue d'une certaine façon⁵⁸. Sur l'ensemble de ces terrains, l'imprégnation dans la tradition civiliste ne fait aucun doute.

Il suffit pour s'en convaincre de jeter un coup d'œil sur les traités arabes de droit civil. Ceux-ci sont, par exemple, truffés de

55. Le vœu de voir naître un jour un « code civil arabe unifié » fut expressément émis par les rédacteurs du Code civil irakien. Voir l'*Exposé des motifs* annexé au Code civil, § 9. La Ligue arabe a élaboré quelques projets en ce sens, projets restés pour le moment lettre morte. Voir par exemple le projet du Code civil arabe uniforme de 1996, en ligne : <<http://carjj.org/node/256>> [en arabe : consulté le 8 avril 2013].

56. Sur l'influence considérable de ce texte dans le monde arabe, voir : Jean-Marc MOUSSERON, « La réception au Proche-Orient du droit français des obligations », (1968) 20 *R.I.D.C.* 69 : « En ce temps, le chef de file de l'unité arabe, l'Égypte, venait de se doter d'un Code civil de qualité parfaitement susceptible de diffusion à l'extérieur de ses frontières. En accueillant ces dispositions souvent intégralement, les législateurs proche-orientaux sacrifiaient à l'Arabisme, mais, ce faisant, recevaient le droit occidental des obligations, le droit français en particulier. Le Code égyptien de 1948 s'est ainsi révélé depuis une vingtaine d'années, comme le meilleur 'véhicule' de l'expérience juridique française dans cette région du monde ».

57. La réception est, en l'occurrence, indirecte puisqu'elle est faite par l'intermédiaire du droit d'un État tiers.

58. René DAVID et Camille JAUFFRET-SPINOSI, *Les grands systèmes de droit contemporains*, 11^e éd., Paris, Dalloz, 2002, p. 11-12.

citations de la doctrine française et, à travers elle, de la doctrine allemande et italienne⁵⁹. Les universitaires arabes, dont bon nombre sont formés en France, utilisent fréquemment la méthode comparative dans leur analyse des textes, notamment ceux issus des sources extérieures. La citation d'expressions, d'adages ou de toute autre terminologie latine n'est pas chose rare. Celles-ci sont souvent utilisées pour enjoliver les écrits de manière savante.

B. Le droit comparé : source mitigée

Comme nous l'avons observé, la place du *fiqh* islamique comme source d'inspiration paraît résiduelle dans le Code civil égyptien et ses « avatars ». Sanhoury, tête de proue de la modernisation arabe, était d'avis qu'il n'était pas possible d'élaborer un code uniquement à partir du droit musulman. Il fallait donc recourir à des sources extérieures⁶⁰. Dans sa thèse intitulée « Le Califat », soutenue à Lyon en 1926, l'auteur insistait sur le fait que le corpus musulman devrait être adapté progressivement aux besoins de la civilisation moderne avant qu'il puisse se substituer au système d'inspiration occidentale en vigueur en Égypte à cette époque. Jusqu'à l'achèvement de cette adaptation, cette source ne saurait jouer qu'un rôle subsidiaire⁶¹. Ainsi, en dépit des affirmations maintes fois réitérées des codificateurs, l'apport du droit musulman fut minime par rapport aux sources externes⁶².

59. Voir par exemple le célèbre traité de droit civil dénommé *al-wassit* du Doyen Sanhoury, qui se déploie en dix tomes (environ 15 000 pages) : une référence de base dans les facultés de droit au Moyen-Orient.

60. Sur ce point, voir : Enid HILL, *Al-Sanhuri and Islamic Law : The Place and Significance of Islamic Law in the Life and Work of Abd al-Razzaq Ahmad al-Sanhuri (1895-1971)*, New York, American University in Cairo Press, 1987, *passim*; Guy BECHOR, *The Sanhuri Code and the Emergence of Modern Arab Civil Law (1932 to 1949)*, Leiden-Boston, Brill, 2007, *passim*.

61. A. SANHOURY, *Le califat : son évolution vers une Société des nations orientale*, Paris, P. Geuthner, 1926, p. 580-584.

62. Ainsi, en matière contractuelle, l'on a pu recenser au total sept emprunts faits au droit musulman. Voir sur ce point : Nayla COMAIR-OBEID, *Les contrats en droit musulman des affaires*, Paris, Economica, 1995, p. 127-130.

Dans ce contexte, l'expérience irakienne se révèle sous un jour particulier. Sanhoury arriva à Bagdad en 1936, à la demande du gouvernement irakien, pour contribuer à l'élaboration du projet de code civil qui devait remplacer le *medjellé*, la codification ottomane du droit hanafite. Dans son allocution devant la commission chargée du projet, il invita les rédacteurs à tenir compte du système juridique préexistant et de l'environnement social. Le droit, affirmait-il, s'inscrit dans l'espace et dans le temps et exprime les particularismes des sociétés. Il doit, dès lors, refléter les valeurs et les besoins du pays. Au fond, Sanhoury pensait qu'un pays comme l'Irak, qui s'était accoutumé au *medjellé* depuis longtemps, ne pouvait recevoir le même traitement que l'Égypte, pays familiarisé avec la culture juridique occidentale dès la fin du XIX^e siècle⁶³. Sanhoury voulait pour l'Irak, le berceau du *fiqh*, un code qui honore cet héritage⁶⁴.

Les codificateurs se sont attelés à la tâche, animés par ce souci de concilier la légitime fidélité au passé avec les exigences d'un monde moderne en pleine évolution. Ils décidèrent de s'inspirer des droits occidentaux sans pour autant rompre avec le droit traditionnel⁶⁵. Le Code civil promulgué en 1951 se présente comme « une fructueuse symbiose des trésors de la Charia et de la science occidentale »⁶⁶ : une réforme qui, sans renier les données

63. Rappelons que le *medjellé* ne fut jamais appliqué en Égypte, une province dotée dès 1874 d'une autonomie législative par rapport à la Sublime Porte. Dès la fin du XIX^e siècle, la Charia a cessé de régir le droit civil en Égypte, aussi bien pour les Égyptiens que pour les étrangers. Le Code civil national de 1883, qui était en vigueur devant les tribunaux indigènes, et le Code mixte de 1875, en vigueur devant les tribunaux mixtes, reproduisaient en large partie le Code civil français, à l'exception des matières de droit de la famille, des successions et testaments régis par le droit musulman classique.

64. A. SANHOURY, « Du *medjellé* au Code civil irakien et le mouvement de codification à l'époque contemporaine » [en arabe], (1936) 1-2 *Revue Al-Qada du Barreau irakien* 23.

65. Celui-ci découle principalement du *medjellé* ottoman et du *murchid el-hayran*, une codification non officielle des opinions dominantes du droit hanafite, faite en Égypte par Mouhammed Qadri Pacha en 1875.

66. Hifzi Veldet VELIDEDEOGLU, « Le mouvement de codification dans les pays musulmans » dans *Rapports généraux du V^e Congrès international de*

de l'histoire, emboîte le pas aux systèmes les plus modernes⁶⁷. Cette curieuse rencontre des cultures juridiques occidentale et islamique a donné lieu à ce qu'on pourrait appeler un « syncrétisme juridique »⁶⁸. Fait marquant, le premier traité sur le Code irakien fut baptisé par son auteur « La confluence des deux mers »⁶⁹, référence faite au mariage entre ces deux grandes traditions juridiques⁷⁰.

Bien qu'isolée jusqu'à la fin des années 70, l'expérience irakienne a eu le mérite de démontrer que des institutions islamiques traditionnelles peuvent parfaitement être modernisées pour intégrer les besoins de la vie moderne. On s'est notamment aperçu que le *fiqh* pouvait constituer une source féconde d'inspiration en matière civile⁷¹. Cela d'autant plus qu'on pouvait choisir, parmi les différentes écoles juridiques *madhahib*, les solutions paraissant le mieux à même de réguler la société moderne. Le législateur peut ainsi mettre à profit cette diversité doctrinale pour contourner une difficulté, assouplir une position rigide ou trouver une solution adéquate⁷². Forts de ce constat, certains pays décidèrent de tenter une refonte complète de leur droit civil basée principalement sur cet héritage. L'objectif étant d'élaborer avec du « matériau musulman » un modèle comparable à celui ayant été édifié ailleurs sur la

droit comparé, Bruxelles, Centre interuniversitaire de droit comparé, 1960, p. 131, à la page 171.

67. Voir l'*Exposé des motifs* du Code civil irakien, § 10.

68. Francesco CASTRO, « Esquisses pour une biographie d'Abdel Razak El-Sanhoury », dans *Dialogue*, préc., note 39, p. 31, à la page 43.

69. Mounir ALQADI, *multaqa al-bahreïn*, Bagdad, Imprimerie *al-aani*, 1952.

70. Pour de plus amples détails sur ce Code, voir : Harith AL-DABBAGH, « La réception du modèle juridique français par le Code civil irakien », (2005) 57 *R.I.D.C.* 263.

71. A. SANHOURY, « Le droit musulman comme élément de refonte du Code civil égyptien », dans *Introduction à l'étude du droit comparé: recueil d'études en l'honneur d'Edouard Lambert*, t. 3, Paris, Sirey, 1938, p. 621, à la page 624.

72. Cette technique appelée *tâlfîq* ou *takhayyur* a été déjà mobilisée par le législateur partout dans le monde musulman pour introduire des réformes au droit musulman classique. Voir : N. COULSON, préc., note 24, p. 178-183.

base des éléments romano-germaniques. Ce fut notamment le cas de la Jordanie et des Émirats Arabes Unis.

Le Code jordanien de 1976 se distingue des codifications antérieures de la région par le fait qu'il renferme d'une part, une majorité de dispositions entièrement dérivées du *fiqh* islamique, et d'autre part, un nombre de dispositions exogènes, mais déclarées non contraires à la Charia. Toutefois, l'originalité de cette œuvre réside principalement dans la méthodologie même du Code et sa tendance à mettre en place des concepts et des méthodes de raisonnement et d'interprétation propres au *fiqh*. La position de cette source se trouve dès lors sensiblement renforcée. Ce nouveau rôle assigné au droit classique transparait dès l'article 3 du Code qui énonce : « pour comprendre, élucider, interpréter les dispositions du présent Code, on doit recourir aux règles méthodologiques du *fiqh* islamique [*oussoul el-fiqh*] ». Faisant ainsi, le législateur jordanien a promu le *fiqh* islamique au rang de source d'interprétation plus active et prédominante.

Au surplus, l'article 2 du texte érige les prescriptions du *fiqh* islamique (*ahkam al-fiqh al-islami*) en source subsidiaire à laquelle le juge doit recourir en cas de lacune de la loi. Les autres codifications de la région se contentaient de se référer jusqu'ici qu'aux principes de la Charia islamique (*mabadii al-shari'a al-islamiya*)⁷³. Tandis que la première notion renvoie aux solutions diverses données aux cas d'espèce et renfermées dans les traités classiques des jurisconsultes, la seconde désigne les principes premiers directement dérivés du Coran et de la Sunna. Constituant l'esprit général qui inspire les diverses solutions, ces der-

73. Les sources auxquelles le juge doit se référer pour combler les lacunes de la loi sont énumérées de deux manières différentes. En Égypte, en Irak et au Bahreïn, la hiérarchie des sources est la suivante : la coutume, les principes de la Charia, les règles de l'équité (et/ou le droit naturel). En Syrie, en Lybie, en Algérie et au Qatar, les principes de la Charia devancent la coutume dans l'ordre de la hiérarchie des sources. Notons, toutefois, que la valeur de ces textes est plutôt sentimentale et symbolique que d'ordre pratique. J.N.D. ANDERSON, préc., note 16, p. 32.

niers sont infiniment moins nombreux⁷⁴. Ainsi, au lieu de l'esprit général de la Charia, ce sont les solutions concrètes du *fiqh* qui sont proposées au juge jordanien comme source en cas de silence de la loi. Dès lors, il n'est pas surprenant de voir que le nouveau Code n'a pas procédé à l'abrogation totale du texte antérieur (le *medjellé*), mais seulement des dispositions contraires aux siennes⁷⁵.

À ce titre, le Code jordanien de 1976 revêt un véritable caractère islamique qui n'existait pas dans les premières codifications. Il peut ainsi être regardé comme représentant un modèle nouveau dans la politique législative arabe, dans la mesure où il a redonné au droit musulman le rang privilégié qu'il occupait avant de céder la place aux lois d'inspiration occidentale. Il n'en demeure pas moins que l'affirmation relative à l'exclusivité de la source musulmane que l'on retrouve dans le *Mémoire explicatif* serait une exagération⁷⁶. En effet, l'influence occidentale se fait tout de même sentir, tant dans la forme que dans le fond. Quant à la forme, c'est l'architecture générale des codifications modernes qui a été observée. Quant au fond, un grand nombre d'institutions d'origine romaniste furent retenues, à des degrés variables selon

74. Notons toutefois qu'il y a une ambiguïté qui entoure cette notion puisque ces principes n'ont jamais été expressément formulés par les docteurs du *fiqh*. Certains auteurs se réfèrent aux règles globales *qawaid kulliyya* conçues assez tardivement par les docteurs hanafites. On peut en citer : « La difficulté provoque la facilité »; « La force majeure rend licite ce qui est prohibé »; « On doit préférer le dommage privé au dommage public »; « En présence de deux maux, on doit préférer le moindre pour éviter le plus grand »; « La perte du principal entraîne celle de l'accessoire »; « Nul ne serait tenu par son silence ». Sur ce concept, voir : Selim JAHEL, « Les principes généraux du droit dans les systèmes arabo-musulmans au regard de la technique juridique contemporaine », (2003) 55-1 *R.I.D.C.* 105, p. 109.

75. Art. 1448 C.c.Jo.

76. En ce sens, voir : N. SALEH, préc., note 52, p. 164; Hamzah HADDAD, « Les sources du droit civil dans les codes des pays arabes (Jordanie, Émirats Arabes Unis et Qatar) », dans *Les sources du droit : aspects contemporains*, Paris, Société de législation comparée, 2007, p. 263, à la page 265.

les sujets⁷⁷. Des dispositions qui, sans heurter les principes de la Charia, se concilient le mieux avec les besoins contemporains. Il en va ainsi de l'introduction de certains concepts tels que l'imprévision, le contrat d'adhésion, l'action oblique, la cause, l'enrichissement illicite, la stipulation pour autrui, le contrat d'assurance, les droits de privilège, etc.

Ce code fut « exporté » vers les Émirats Arabes Unis en 1985. Le Code des transactions civiles émirati reproduit presque intégralement son parent jordanien, avec toutefois quelques nuances de portée limitée. D'une part, à l'opposé du Code jordanien qui renvoie au *fiqh* dans son intégralité pour combler les éventuelles lacunes, le Code émirati enjoint au juge de se référer aux enseignements de l'école malékite et hanbalite, et à défaut, aux enseignements des autres écoles (chaféite et hanafite), selon les exigences de l'intérêt public⁷⁸. D'autre part, le Code donne à l'ordre public une coloration religieuse. L'article 3 considère les dispositions impératives *ahkam qatyyia* et les principes fondamentaux *qwaïd assassyia* de la Charia comme une composante de la notion séculière d'ordre public.

Dans un même ordre d'idées, le Code yéménite, un des plus récents de la région, promulgué en 2002, se proclame également comme un texte entièrement tiré de la Charia⁷⁹. Son article 3

77. On ne trouve pratiquement aucune trace du *fiqh* lorsqu'il s'agit de sujets plus récents, comme par exemple en matière de droit international privé (conflits de lois et de juridictions), des contrats d'assurance ou des opérations bancaires.

78. Art. 1^{er} C.c.EAU.

79. L'article 1^{er} du Code dispose que « Cette loi, tirée des préceptes de la Charia, s'applique à toutes les transactions et à toutes les matières auxquelles se rapportent la lettre et le sens de ses dispositions. À défaut d'un texte applicable dans cette loi, on statuera d'après les principes de la Charia dont est tirée cette loi. À défaut, le juge statue d'après la coutume permise selon le droit musulman. À 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 principes de la Charia, à l'ordre public et aux bonnes mœurs ». L'article 18 ajoute : « Pour l'interprétation des textes de lois et pour leur application, on recourt au *fiqh* islamique, aux mémoires

pondaient au désir de « faire face aux défis de la civilisation moderne et de mobiliser les efforts pour étudier le *fiqh* islamique dans une approche comparative », seule manière, à leurs yeux, « pour rendre à celui-ci sa gloire et sa vitalité face à ces circonstances »⁸³. Naguère formulé par le Doyen Sanhoury, le vœu de voir renaître le droit musulman à travers le droit comparé est repris par Chafik Chehata qui, en 1962, voyait ainsi l'avenir du droit arabe : « Le système juridique de l'avenir devra se construire, à la lumière du droit musulman, avec les données que fournit la science du droit comparé »⁸⁴.

Ainsi, même dans les codifications se réclamant de l'islam, l'apport du droit comparé ne saurait être négligé. L'apport se manifeste d'abord dans le processus critique de sélection des solutions islamiques qui paraissaient être les meilleures et ensuite dans les techniques employées pour formuler ces solutions casuistiques en règles générales et abstraites. Grâce au droit comparé, ces codifications ont en effet réalisé, pour emprunter les termes de Sélim Jahel, « une synthèse profonde et subtile entre l'esprit de méthode de l'Occident et l'ondoyante richesse de la doctrine islamique »⁸⁵.

Au demeurant, il ne faut pas perdre de vue que la codification est l'expression de la volonté des organes politiques sécularisés. Or, dans toute l'histoire islamique, le pouvoir politique – califes, princes, émirs – était en principe dépourvu de cette fonction de légiférer. Cet acte reflète la maîtrise du pouvoir politique sur l'évolution du système juridique. Le droit se confond désormais avec l'ordre du souverain. Ainsi, on écrit au XIX^e siècle, dans des termes qui demeurent toujours d'une grande pertinence, que la codification « est un acte tranchant du législateur qui coupe en quelque sorte le droit de ses origines, le fonde en entier sur la

83. Voir l'*Exposé des motifs* du Code civil irakien, § 8.

84. C. CHEHATA, préc., note 18, p. 840.

85. S. JAHEL, « Code civil et codification dans les pays du monde arabe » dans *1804-2004 Le Code civil : un passé, un présent, un avenir*, Paris, Dalloz, 2004, p. 831, à la page 840.

raison, la justice et l'intérêt public »⁸⁶. En outre, la codification suppose « une certaine permanence des règles ainsi que leur aptitude à régir une virtualité et un nombre indéterminé de situations »⁸⁷. Or, le droit musulman se caractérise par l'esprit casuistique de ses solutions; la systématisation de ses prescriptions par voie de codification entraîne, comme nous le verrons, une sorte de rationalisation de son contenu⁸⁸.

Il ressort des développements précédents que l'usage du droit comparé comme source d'inspiration devra être conjugué avec un travail d'harmonisation, d'homogénéisation des concepts, institutions et techniques provenant de sources différentes. On ne saurait se contenter d'une compilation de solutions disparates qu'aucune charpente n'enchaîne et ne rationalise. Le droit comparé fournira, encore une fois, le ferment indispensable à cette mixité.

II. Le droit comparé comme méthode d'harmonisation

La contribution du droit comparé au processus de codification ne se limite pas au recours à des sources étrangères en vue d'améliorer les institutions du droit national. La méthode comparative est utilisée, dans un premier temps, pour opérer une sélection parmi les différentes solutions offertes à travers une analyse critique de chacune (A) et, dans un second temps, pour adapter la règle choisie à l'environnement local afin de faciliter son intégration et garder la cohésion d'ensemble (B). Dès lors, nous examinerons successivement ces deux procédés : la sélection normative et l'intégration normative.

86. Émile BOUTMY, *Les rapports et les limites des études juridiques et des études politiques*, dans RI. Enseign., 1889, 1^e, t. XVII, p. 222-223, cité par Bruno OPPETIT, *Essai sur la codification*, Paris, PUF, 1998, p. 21.

87. *Id.*, p. 13.

88. Sur la rationalisation du droit par la codification, voir : Max WEBER, *Sociologie du droit*, Paris, PUF, 2007, p. 195 et suiv.

A. La sélection normative

Le droit comparé a, sans doute, offert aux législateurs arabes en quête de modernisation un large éventail de solutions. Comme nous l'avons observé, les rédacteurs du Code civil égyptien ont eu recours à environ une vingtaine de codes en vigueur à l'époque⁸⁹. C'est à la fonction critique du droit comparé qu'il a fallu faire appel par la suite pour déterminer quelles règles seraient proposées en modèle. Les travaux préparatoires révèlent, en effet, qu'aucun « texte n'a été établi avant que n'ait été examiné de près son correspondant dans tous ces codes pour en choisir le meilleur »⁹⁰. Le droit comparé a donc servi de véritable instrument d'évaluation critique⁹¹.

Cette démarche consiste en la recherche, grâce à des examens comparatifs, des solutions communes les mieux adaptées à l'ordre juridique à intégrer⁹². Seule une étude comparative approfondie, c'est-à-dire un examen détaillé de chacun des droits en présence et une comparaison de leurs insuffisances respectives, peut permettre de déterminer les choix du législateur d'après la politique législative qu'il entend promouvoir.

À cet égard, il est clair que parmi les grands systèmes de droit contemporains, le choix s'est vite porté sur la tradition civiliste. À cet égard, le droit français avait déjà montré son aptitude à fournir un modèle d'organisation sociale véhiculant des notions d'ordre, de rigueur, de précision et de concision propres au rai-

89. *Travaux préparatoires*, préc., note 40, p. 17.

90. *Id.*, p. 18.

91. Sur la fonction critique, voire « subversive » du droit comparé, voir : Horatia MUIR-WATT, « La fonction subversive du droit comparé », (2000) 52 *R.I.D.C.* 503.

92. Sur cette démarche dite « démarche ascendante », voir : Mireille DELMAS-MARTY, *Critique de l'intégration normative : l'apport du droit comparé à l'harmonisation des droits*, Paris, PUF, 2004, p. 232-233.

Néanmoins, ce qui attire l'attention du juriste occidental est que l'ensemble des codifications est amputé de la partie consacrée au droit de la famille. L'emprise de la religion sur le droit est tellement forte en cette matière que celle-ci forme, dans tous les pays arabes, une branche autonome distincte du droit civil et tributaire des données religieuses.

Sur le fond, les juristes formés à la tradition civiliste trouveront dans les codifications arabes des concepts et des catégories juridiques qui leur sont familiers. On y retrouve notamment les *summa divisio* romanistes classiques : acte juridique – fait juridique; responsabilité contractuelle – responsabilité délictuelle; droits personnels – droits réels; droits réels principaux (propriété et ses démembrements) – droits réels accessoires (sûretés réelles), etc.

De plus, la théorie générale des obligations constitue la pierre angulaire des codifications arabes. Marque de cette influence, l'adoption par l'ensemble des corpus de la théorie de la cause⁹⁷, notion systématisée par Domat et Pothier, réputée comme « une pièce maîtresse » du droit français des obligations⁹⁸. Le Code libanais va même jusqu'à distinguer entre la cause de l'obligation et celle du contrat⁹⁹. Si, à l'instar de la France, aucune définition n'est donnée à cette notion, les Codes koweïtien et qatari se démarquent en optant expressément pour une notion subjectiviste de la cause réputée comme « le motif impulsif et déterminant qui a

de générer des ambiguïtés (H. HADDAD, préc., note 76, p. 266-267), faisant comme si le code avait été créé pour servir la langue et non pas l'inverse!

97. La règle est généralement formulée ainsi : « le contrat est nul lorsqu'on s'oblige sans cause ou pour une cause contraire à l'ordre public et aux bonnes mœurs ». Voir art. 136 C.c.Eg.; 137 C.c.Sy.; 132 C.c.Iq.

98. Philippe MALAURIE, Laurent AYNES et Philippe STOFFEL-MUNK, *Droit civil : les obligations*, 3^e éd., Paris, Defrénois, 2007, p. 310.

99. Art. 194 C.c.Jo. On peut y voir l'écho de la notion dualiste de cause prônée par Josserand et par une partie de la doctrine française au début du XX^e siècle.

poussé le contractant à contracter, si le cocontractant le connaît ou aurait dû le connaître »¹⁰⁰.

Par ailleurs, le principe *pacta sunt servanda* est érigé en règle générale par l'ensemble des législations. La proclamation de la force obligatoire du contrat est faite dans des termes assez similaires à ceux donnés à l'article 1134 alinéas 1 et 2 du Code civil français. On retrouve dans l'ensemble des codes une règle tirée de l'article 147 du Code civil égyptien, en vertu duquel « [l]e contrat fait la loi des parties. Il ne peut être révoqué ni modifié que de leur consentement mutuel, ou pour les causes prévues par la loi »¹⁰¹. D'ailleurs, le contrat est à la fois source d'obligations et créateur d'effets juridiques. Le principe de la bonne foi, ayant pour origine l'alinéa 3 de l'article 1134 du Code civil français, est repris et formulé ainsi : « [l]e contrat doit être exécuté conformément à son contenu, d'une manière répondant aux exigences de la bonne foi »¹⁰².

Parmi les innombrables emprunts au Code civil français figurent notamment le caractère translatif *solo consensu* de la vente, la garantie des vices cachés, les clauses d'inaliénabilité et la stipulation pour autrui. On citera aussi l'introduction explicite dans les textes de l'adage *nemo auditur*, de l'exception d'inexécution, de l'enrichissement sans cause, de la solidarité des coresponsables d'un dommage, de la condamnation des clauses d'exonération relatives au dol et à la faute lourde.

Au demeurant, la théorie des nullités permet d'expliquer les nuances existant entre les différentes codifications selon leur degré d'imprégnation par la culture occidentale. Si la majorité des codifications adhère au modèle dualiste français en distinguant simplement entre nullité absolue et nullité relative, le Code irakien écarte cette dernière catégorie (l'acte annulable) en lui substituant le concept de l'acte suspendu *aqd mawquf*, tiré du droit hana-

100. Art. 176-2 C.c.Kow.; art. 155-2 C.c.Qa.

101. Art. 148 C.c.Sy.; art. 196 C.c.Kow.; art. 171-1 C.c.Qa.; art. 146-1 C.c.Iq.

102. Art. 148 C.c.Eg.; art. 149 C.c.Sy.; art. 150-1 C.c.Iq.; art. 197 C.c.Kow.; art. 172-1 C.c.Qa.; art. 202-1 C.c.Jo.

fite¹⁰³. Les Codes jordanien, émirati et yéménite vont encore plus loin et distinguent, à l'image des *fouqahâ*, entre acte *sahih* ou valide, acte *batil* ou nul, acte *fasid* ou vicié, acte *mawquf* ou suspendu et acte *ghair lazim* ou révocable¹⁰⁴. Cette hiérarchisation des actes juridiques selon leur degré de validité reflète l'influence de la règle morale islamique dans les codifications les plus récentes¹⁰⁵.

À la recherche des solutions les meilleures, le législateur ne s'est pas limité aux textes législatifs étrangers disponibles au moment de la codification. Divers articles apparaissent en particulier comme ayant été empruntés à la doctrine ou à la jurisprudence nationale ou étrangère. Ainsi, les codes arabes qui considèrent que le silence ne vaut pas acceptation admettent, néanmoins, deux exceptions à cette règle trouvant leur origine dans la jurisprudence française : d'une part, lorsque l'offre se rapporte à des relations d'affaires déjà existantes entre les parties, et d'autre part, lorsque l'offre est purement dans l'intérêt de son destinataire¹⁰⁶.

Par ailleurs, si l'influence française paraît ainsi dominante, elle a été fortement concurrencée par la tradition germanique. Cette influence commence dès l'article 1^{er} du Code égyptien, inspiré du fameux article 1^{er} du Code civil suisse, qui précise les sources du droit auxquelles le juge doit se référer pour statuer. Le législateur égyptien y énumère de manière hiérarchique les sources subsidiaires auxquelles le juge pourra se référer en cas de

103. Articles 134 à 136 du Code civil irakien (correspondent aux articles 368 et 377 *medjellé*). Pour une définition de ce concept, voir les développements qui suivent dans le cadre de la Section II.B.

104. Art. 167-176 C.c.Jo.; art. 209-218 C.c.EAU.; art. 139-145 C.c.Yem.

105. En effet, le droit musulman a tendance à considérer les actions humaines sous tous leurs aspects religieux, moral et social. Le juriconsulte musulman doit chaque fois porter un jugement de valeur sur l'acte juridique rattaché à l'idée de *hallal* et *haram*, lui permettant de nuancer les jugements en fonction de considérations à la fois morales et juridiques. Pour plus de détails sur ce point, voir : N. COMAIR-OBEID, préc., note 62, p. 137-138 et 157-158.

106. Voir art. 98-2 C.c.Eg.; art. 99-2 C.c.Sy.; art. 81-2 C.c.Iq; art. 44 C.c.Kow.; art. 73-2 C.c.Qa.; art. 95-2 C.c.Jo.

défaillance de la loi : la coutume, les principes de la Charia et enfin le droit naturel et l'équité. Dans l'ensemble des codifications arabes, on retrouve une disposition semblable, avec cependant des variantes quant à la place de la coutume par rapport à la Charia¹⁰⁷. Notons toutefois qu'alors que le Code yéménite précise que l'équité doit être conforme aux fondements de la Charia, celle-ci se voit complètement écartée de l'énumération des sources subsidiaires en droit émirati¹⁰⁸.

Ensuite, à l'instar du BGB, les codifications arabes comportent un titre préliminaire traitant des institutions communes à l'ensemble des disciplines du droit privé. Ce titre, sensiblement plus long que celui du Code français, porte habituellement une théorie générale du « sujet du droit » et de « l'objet du droit ». Il y est notamment question des conditions et des effets des lois en général, du droit international privé, du statut des personnes physiques et morales, de la classification des choses et des biens¹⁰⁹. Les codes les plus islamisés y ajoutent certaines règles d'interprétation tirées du *fiqh*¹¹⁰.

De nombreuses solutions substantielles sont aussi d'origine germanique et portent ainsi l'empreinte d'une tendance objectiviste. Ainsi, si les codes arabes ont globalement adopté la conception française de la responsabilité du fait personnel basée sur la faute, cette règle se voit aussitôt tempérée. On trouve dans le Code égyptien, mais aussi syrien et qatari¹¹¹, une règle inspirée du BGB (§ 829) et du Code civil suisse (art. 54) en vertu de laquelle une personne privée de discernement pourra être condamnée au paiement d'une indemnité équitable en considération de la situation des parties¹¹². Les codes les plus islamisés vont encore plus loin

107. Sur ce point, voir les développements précédents, note 73.

108. Respectivement art. 1^{er} C.c.Yem. et art. 1^{er} C.c.EAU.

109. Voir art. 1 à 88 C.c.Eg.; art. 1 à 92 C.c.Sy.; art 1 à 72 C.c.Iq; art. 1 à 30 C.c.Kow.

110. Voir à titre d'exemple les articles 29-70 C.c.EAU.

111. Respectivement art. 164-2 C.c.Eg., art. 165-2 C.c.Sy. et art. 200-2 C.c.Qa.

112. Notons que la responsabilité n'est ici que subsidiaire dans le cas où la victime ne dispose d'aucun recours contre un répondant solvable.

en écartant l'imputabilité comme élément déterminant dans la caractérisation de la faute. Celui qui cause la mort d'une personne ou qui cause à autrui un dommage est déclaré responsable, à l'égard de la victime ou de sa famille, abstraction faite de sa capacité de discernement¹¹³. En droit musulman, l'avènement du dommage appelle une réparation, qu'il y ait faute ou pas, que celle-ci soit justifiée ou non¹¹⁴. Rappelons que l'évolution jurisprudentielle, en France, a fait de la faute une notion purement objective, de sorte que la responsabilité des enfants en bas âge ou des aliénés mentaux se pose au même titre que celle des autres personnes¹¹⁵. Il est surprenant de voir que cette solution fut admise dans les codes arabes avant même d'être consacrée en droit français.

Par ailleurs, bien que présentée comme un « chef-d'œuvre » du génie musulman¹¹⁶, la théorie de l'abus de droit se trouve formulée dans des termes semblables à ceux des articles 2 du Code civil suisse, 226 du BGB et 74 du projet franco-italien de code des obligations. Dans l'ensemble des textes, cette notion a été érigée en principe général applicable à l'ensemble du droit privé et intégrée habituellement au titre préliminaire. Ainsi, aux termes de l'article 5 du Code civil égyptien, repris littéralement par les Codes syrien et qatari¹¹⁷, « l'exercice du droit est considéré comme illégitime dans les cas suivants : a- si son exercice a lieu dans le seul but de nuire à autrui; b- s'il tend à la satisfaction d'un intérêt

113. Voir par exemple : art. 191 C.c.Iq; art. 273 et 278 C.c.Jo.; art. 227-2 C.c.Kow.

114. Conformément au principe incontesté du droit musulman de la responsabilité entière de l'enfant en bas âge et de l'aliéné, voir : H. SLIM, préc., note 30, p. 285.

115. Arrêts *Lemaire* et *Derquini* : Ass. plén. 9 mai 1984, D. 1984.525, note Chabas, J.C.P. 1984.II.20255, note Dejean de La Bâtie et 20256, note Jourdain, *RTD civ.* 1984.508, obs. Huet.

116. Les travaux préparatoires du Code civil égyptien (préc., note 40, p. 184) font référence aux « recherches effectuées par des Occidentaux dont il ressort qu'un bon nombre des théories modernes étaient connues par les légistes (*fouqahâ*) musulmans, comme la théorie de la fonction sociale du droit de propriété et l'application de cette théorie en matière d'abus de droit et de relativité des droits ».

117. Art. 6 C.c.Sy.; art. 63 C.c.Qa.

dont l'importance est minime par rapport au préjudice qui en résulte pour autrui; c- s'il tend à la satisfaction d'un intérêt illicite ». Pour sa part, le Code irakien fait précéder cette énonciation d'une règle tirée du *medjellé* selon laquelle « nul n'est tenu du préjudice qu'il a causé à autrui dans l'exercice de son droit »¹¹⁸. Les textes jordanien, émirati et yéménite procèdent de la même manière¹¹⁹. Pour le législateur koweïtien, il y a abus de droit chaque fois que son titulaire tend à en faire un usage détourné de sa fonction sociale¹²⁰.

En droit des contrats, pour mieux assurer la justice contractuelle, les codificateurs arabes ont adopté les techniques germaniques relatives à la lésion entre majeurs et à l'imprévision¹²¹. Le juge est habilité à intervenir en cas d'exploitation par l'une des parties de la faiblesse de l'autre¹²² ou lorsque, à la suite de circonstances graves et exceptionnelles, l'exécution d'un contrat est rendue excessivement onéreuse¹²³. L'admission de la révision judi-

118. Article 6 du Code civil irakien (correspond à l'article 91 du *medjellé*).

119. Art. 61 C.c.Jo.; art. 104 C.c.EAU, art. 17 C.c.Yem. Des principes généraux du *fiqh* empruntés au *medjellé* sont également reproduits par les articles 62 à 65 du Code jordanien ainsi libellés : « Il est tout aussi bien défendu de causer un dommage que d'y répondre par un autre dommage »; « La nécessité, quelque grande qu'elle soit, n'anéantit pas le droit d'autrui »; « La préservation d'un mal est préférable à la réalisation d'un profit »; « On doit préférer le dommage privé au dommage public ».

120. Art. 30 C.c.Kow.

121. Sur la lésion, voir : § 138 BGB et art. 21 Code suisse des obligations. Sur l'imprévision, voir : § 313 BGB, art. 2 Code suisse des obligations, art. 1467 Code civil italien.

122. L'article 129 du Code civil égyptien prévoit que « 1- Si les obligations de l'un des contractants sont hors de toute proportion avec l'avantage qu'il retire du contrat ou avec les obligations de l'autre contractant et s'il est établi que la partie lésée n'a conclu le contrat que par suite de l'exploitation par l'autre partie de sa légèreté notoire ou d'une passion effrénée, le juge peut, sur demande du contractant lésé, annuler le contrat ou réduire les obligations de ce contractant ». Ce texte est repris, avec quelques nuances, par les codes syrien (art. 130), koweïtien (art. 159), irakien (art. 125) et qatari (art. 140).

123. Ainsi, l'article 147 du Code civil égyptien prévoit que « 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

ciaire dans ces hypothèses écarte les droits proche-orientaux de la conception rigoureuse que fait le droit français de l'adage *pacta sunt servanda*. La doctrine arabe relève que l'atténuation de l'intangibilité contractuelle rime, en l'occurrence, avec les prescriptions musulmanes faisant de l'équilibre des prestations un principe fondamental du droit des contrats¹²⁴. Notons toutefois que les droits arabes ne conçoivent la révision que comme un remède exceptionnel pour préserver les valeurs de liberté et de sécurité. La force obligatoire demeure la règle de principe, alors que l'atteinte au contrat est l'exception.

En outre, la réfection du contrat par conversion, idée formulée par les pandectistes allemands du XIX^e siècle et reprise par le BGB¹²⁵, a trouvé sa place dans de nombreuses codifications arabes¹²⁶. La réduction du contrat, autre produit du génie allemand¹²⁷, semble avoir également séduit bon nombre de législateurs qui la consacrent expressément¹²⁸. L'acte converti ou

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 ». Le texte a été calqué presque littéralement par les codes civils syrien (art. 148-2), irakien (art. 146-2) koweïtien (art. 198), jordanien (art. 205), qatari (art. 171), yéménite (art. 211) et le Code des transactions civiles des Émirats Arabes Unis (art. 249).

124. Abdulrazak SANHOURY, *La théorie de contrat* [en arabe *nadaryat al-aqd*], Beyrouth, Éditions *al-majmaa al-ilmi al-arabi al-islami*, 1934, p. 643.

125. § 140 BGB.

126. L'article 144 C.c.Eg. prévoit que « lorsqu'un contrat nul ou annulable répond aux conditions d'existence d'un autre contrat, il vaut comme tel, s'il y a lieu d'admettre que sa conclusion, à ce titre aurait été voulue par les parties ». Dans le même sens, voir : art. 145 C.c.Sy.; art. 140 C.c.Iq; art. 167 C.c.Qa.

127. § 139 BGB. Voir également l'article 20-2 du Code suisse des obligations. Sur ces formules d'atténuation à la rigueur des effets de la nullité en droit allemand, voir : Michel PEDAMON, *Le contrat en droit allemand*, 2^e éd., Paris, L.G.D.J., 2004, p. 99-100.

128. L'article 143 C.c.Eg. dispose que « lorsqu'une partie du contrat est nulle ou annulable, cette partie sera seule frappée de nullité, à moins qu'il ne soit établi que le contrat n'aurait pas été conclu sans la partie qui est nulle ou annulable, auquel cas le contrat sera nul pour le tout ». Voir également : art. 144 C.c.Sy.; art. 179 C.c.Iq; art. 166 C.c.Qa.; art. 190 C.c.Kow.; art. 169-1 C.c.Jo.; art. 204 C.c.Yem.

amputé de sa partie nulle survivra s'il y a lieu d'admettre que, la nullité étant connue, cette validité aurait été voulue. L'admission de ces alternatives à la nullité tendait à corriger le contrat et à atténuer la rigueur que peut représenter son anéantissement, tout en respectant la volonté contractuelle¹²⁹.

Il est surprenant de voir que même dans les codifications les plus islamisées, un certain nombre d'institutions étrangères furent admises et leur réception justifiée par leur compatibilité avec l'esprit de la législation islamique. L'exemple le plus frappant est l'admission de la cession de dette, d'origine germanique, mais qui rappelle curieusement la *hawala* du droit musulman classique¹³⁰. Sa réglementation a pu ainsi bénéficier de la méthode rationnelle de présentation des droits modernes¹³¹.

Enfin, en droit des biens, les codes arabes envisagent la possession en soi et non seulement comme mode d'acquisition des droits réels. Cette manière directe et objective de traiter de la possession est empruntée aux droits d'inspiration germanique¹³². De même, la règle selon laquelle « en fait de meubles, la possession vaut titre », énoncée à l'article 2276 du Code civil français, est reproduite dans l'ensemble des codes, même les plus islamisés¹³³.

Pour terminer, il convient de souligner que sur certains points, les codes arabes répugnent à l'adoption d'une solution étrangère pour respecter les injonctions du droit musulman. Ainsi,

129. Abdelaziz AL-MOURSSI, *La théorie de la réduction de l'acte juridique dans le Code civil égyptien* [en arabe], Le Caire, *Dar al-nahda al-arabyia*, 2006, p. 294 et suiv.

130. La *hawala* est réglementée par le *medjellé* (art. 673-700). Il s'agit d'une technique par laquelle, suite à un accord intervenu entre le débiteur et une tierce personne, celle-ci se charge de payer la dette à la place du débiteur. Pour les codes arabes modernes, voir, par exemple : art. 315-322 C.c.Eg.; art. 339-361 C.c.Iq; art. 993-1001 C.c.Jo.; art. 1106-1132 C.c.EAU.

131. Abdulrazak SANHOURY et Chafik CHEHATA, « Droit civil », (1954) *Annuaire de législation étrangère 1938-1949*, p. 228.

132. Voir BGB § 854-872.

133. Par exemple pour ces derniers : les articles 1189 du Code civil jordanien et 1111 du Code civil yéménite.

en Jordanie, aux Émirats Arabes Unis, au Koweït et au Yémen¹³⁴, la perception d'intérêt est formellement interdite, du moins en matière civile¹³⁵. On sait que la Charia interdit expressément toute forme d'intérêt car comportant l'usure, prohibée par le Coran¹³⁶. Il en va de même pour les jeux de hasard et le pari en droits jordaniens, émirati et yéménite, mais l'interdiction est, en l'occurrence, tempérée par un jeu d'exceptions¹³⁷. En revanche, le contrat d'assurance, autre contrat condamné par les *fouqahâ* car comportant *gharar* (incertitude, aléa), est admis par l'ensemble des législations.

Un dernier exemple permettra d'illustrer la volonté du législateur « musulman » de ne pas entrer en conflit avec le *fiqh* classique. D'après l'article 363 du Code civil jordanien, l'évaluation des dommages-intérêts par le juge se fait « sur la base de préjudice actuel subi au moment où il s'est produit ». Cependant, rien n'a été dit quant à l'indemnisation du gain manqué et du préjudice moral, tous deux considérés comme conjoncturels et non tangibles et, par conséquent, contraires aux enseignements du droit

134. À titre d'exemple, l'article 305-1 du Code civil koweïtien, qui prévoit qu'« est nul tout accord portant sur la perception d'un intérêt quelconque en contrepartie de la jouissance d'une somme d'argent ou du retard dans son paiement ». L'article 265 du Code Yéménite va dans le même sens. La gratuité du prêt est également instaurée par les articles 710 et suivants du Code émirati, selon lesquels l'emprunteur s'engage à restituer au prêteur, à l'extinction du contrat, l'équivalent en autant d'espèce, qualité et quantité. Est assimilé à l'intérêt prohibé par la loi tout avantage exigé par le prêteur.

135. Il n'en demeure pas moins que cette interdiction doit être tempérée par le fait que ces pays ont adopté la subdivision française entre droit civil et droit commercial : les transactions commerciales échappent, par ce biais, à l'application stricte de la prohibition de l'intérêt.

136. Cependant, les codes égyptien, syrien et irakien passent outre cette interdiction et autorisent expressément la pratique de l'intérêt en matière de prêt d'argent, tout en y fixant une certaine limite (7% en droit égyptien et irakien, 9% en droit syrien). Voir : art. 227 C.c.Eg.; art. 228 C.c.Sy.; art. 172 C.c.Iq.

137. Notamment en matière de courses de chevaux et paris sportifs, voir : art. 915 et suiv. C.c.Jo.; art. 1012 et suiv. C.c.EAU.; art. 1096 et suiv. C.c.Yem.

musulman¹³⁸. Une position analogue est adoptée en droit émirati¹³⁹. En revanche, ce n'est pas le cas dans les codifications égyptienne, syrienne, koweïtienne, irakienne et qatari, qui prennent en considération la perte subie et le gain manqué ainsi que la réparation du préjudice moral¹⁴⁰. C'est d'ailleurs par le biais du Code égyptien que ce dernier concept a fait son entrée dans les codes arabes.

Si les codificateurs se sont généralement gardés d'emprunter des institutions peu adaptées au contexte local, cela n'évince pas l'importance ni la nécessité de la mise en cohérence des solutions déjà reçues et acceptées.

B. L'intégration normative

L'entreprise de codification est bien plus qu'une simple compilation ou consolidation des textes. Il s'agit d'une œuvre de systématisation, de cohérence, de compatibilité et de complémentarité des normes d'un système donné. Un code d'inspiration éclectique suppose un ensemble ordonné de dispositions; il ne saurait être qu'un magma de solutions puisées dans des sources différentes. L'unité d'esprit est particulièrement caractéristique de la codification substantielle. Le droit comparé fournit le ferment indispensable à cette cohésion.

Les codificateurs arabes ont compris, à l'aune de l'expérience égyptienne, la nécessité de la science comparée pour élaborer des normes cohérentes embrassant les réalités de la société d'accueil. L'œuvre de synthèse ou d'harmonisation, quelle qu'elle soit, ne peut être accomplie sans l'aide du droit comparé. Celui-ci permettrait d'harmoniser les concepts proposés en vue

138. Moundher ALFADL, « Le préjudice moral dans la responsabilité civile », (1987) 1 *Revue arabe de la doctrine et de la jurisprudence* [en arabe] 54, p. 54-55.

139. On trouve un texte identique à l'article 389 du Code des transactions civiles.

140. Art. 221-222 C.c.Eg.; art. 222-223 C.c.Sy.; art. 230-231 C.c.Kow.; art. 207-208 C.c.Iq; art. 201-202 C.c.Qa.

d'élaborer un corps cohérent de normes¹⁴¹. En réalité, à bien y regarder, les codifications civiles de la région présentent toutes le caractère suivant : l'œuvre a été conçue à partir de règles d'origines diverses qui, à la suite d'un processus de systématisation et de perfectionnement, ont été intégrées dans un corpus unique. Les travaux préparatoires du projet égyptien sont édifiants à cet égard. Ils révèlent que les rédacteurs du Code ont effectué un choix entre les différentes solutions étrangères en fonction de la situation égyptienne et qu'ensuite, ils les ont harmonisées entre elles et avec les autres règles du Code pour aboutir à un ensemble cohérent¹⁴². La note explicative du Code irakien énonce, pour sa part, que les rédacteurs ont veillé à « harmoniser les dispositions empruntées aux deux sources principales, le droit musulman et les droits occidentaux, de manière à réunir l'ensemble dans un corps unique faisant quasiment disparaître la multiplicité des sources et leur diversité »¹⁴³.

Le problème lié à l'adaptation et à l'efficacité du droit importé est alors posé. Toute œuvre de codification, comme le souligne le Doyen Maury, doit respecter des particularismes locaux dans ce qu'ils ont d'irréductible¹⁴⁴. Il faut tenir compte de la nécessaire adéquation entre la norme (règle de droit) et ses destinataires. L'expérience historique a montré que le législateur devrait s'abstenir d'importer des institutions peu adaptables à la réalité du pays¹⁴⁵. L'emprunt, jugé utile ou nécessaire, devra, sous peine

141. Un procédé semblable est utilisé sur le plan international dans le processus d'intégration normative. Sur l'élaboration des principes de droit européen des contrats, voir : M. DELMAS-MARTY, préc., note 92, p. 85 et suiv., et p. 235-236; Yves-Marie LAITHIER, *Droit comparé*, Paris, Dalloz, 2009, p. 21.

142. *Travaux préparatoires*, préc., note 40, p. 133.

143. Exposé des motifs accompagnant le Code civil de 1951, § 10. Il n'en demeure pas moins que l'amalgame de ces sources laisserait parfois apparaître quelques faiblesses, comme nous allons le voir ci-après.

144. J. MAURY, préc., note 34, à la page 853.

145. Si on prend l'exemple de l'Afrique noire, le constat est édifiant. On souligne que la plupart des « lois calquées sur celles de l'Occident ne se sont jamais adaptées à la mentalité juridique africaine ». Voir Kangulumba MBAMBI, « Les droits originellement africains dans les récents mouve-

d'inefficacité, être intégré dans les cadres, les formes et le langage de la tradition locale¹⁴⁶.

Partant, le droit est sans doute le reflet des réalités socio-culturelles d'un groupe en particulier ou d'une société déterminée. Chaque pays donne à ses lois la marque de son histoire, de sa culture, de sa géographie et de ses traditions. Ce postulat met l'accent sur la nécessité pour toute société d'avoir un droit propre et cohérent – *ubi societas, ibi jus* – qui prend en compte les réalités locales, politiques, sociales et économiques. Ainsi, bien que la démonstration précédente ait révélé l'existence de fortes ressemblances entre les codifications arabes et certaines codifications étrangères, leurs dispositions ne sont pas pour autant identiques.

En effet, toute intégration d'une norme ou d'une institution étrangère dans un texte national implique qu'elle soit adaptée, « rendue conforme au génie du droit national »¹⁴⁷. Comme le fait observer Pierre Gannagé, « la réception d'un système juridique extérieur, qu'il s'agisse de ses solutions ou de sa technique, ne peut être automatique et complète. Elle subit dans le fond, comme dans la forme, les transformations nécessaires à sa compréhension et à son application dans la société qui l'accueille »¹⁴⁸.

Sur ce terrain encore, la science du droit comparé procure les outils nécessaires pour rendre la réception plus fluide et minimiser ainsi le risque de rejet de la « greffe »¹⁴⁹. Le défi pour les co-

ments de codification : le cas des pays d'Afrique francophone subsaharienne », (2005) 46 *C. de D.* 326.

146. Paul-André CREPEAU, « Une certaine conception de la recodification », dans *Du Code civil du Québec : contribution à l'histoire immédiate d'une recodification réussie*, Montréal, Éditions Thémis, 2005, p. 32, à la page 43.

147. Adrian POPOVICI, « Acculturation ou convergence? » dans Jean-Louis NAVARRO et Guy LEFEBVRE (dir.), *L'acculturation en droit des affaires*, Montréal, Éditions Thémis, 2007, p. 643, à la page 650.

148. P. GANNAGÉ, préc., note 31, à la page 493.

149. Pour les risques liés à une réception globale du droit restant apparent et ineffectif, voir l'exemple du Sénégal : Etienne LE ROY, « Le Code civil au Sénégal ou le vertige d'Icare », dans Michel DOUCET et Jacques VANDER-

dificateurs arabes consistait ainsi à redonner aux emprunts effectués aux droits occidentaux une coloration « locale » en les modifiant ou en les complétant¹⁵⁰. Il s'agissait donc d'adapter la norme « importée » au tempérament national. Nous ne saurions nous dispenser de quelques illustrations.

En matière contractuelle, nous avons observé que les codes qui se sont rapprochés du droit musulman n'ont pas jugé bon de recevoir le mécanisme de la nullité relative propre au droit français; la notion du contrat suspendu *aqd mawquf*, tirée du droit hanafite, lui a été substituée. Il s'agit d'un rang intermédiaire entre l'acte valable et l'acte nul. Sa validité est provisoire et incertaine du fait que l'acte a été conclu par un incapable doué néanmoins de discernement ou par quelqu'un dont la volonté a été entachée par un vice de consentement, ou encore par un individu n'ayant pas le pouvoir de disposer de la chose (par exemple, la vente de la chose d'autrui). À l'opposé de l'acte annulable, l'acte *mawquf* est valablement formé, mais ses effets sont « arrêtés », en suspens; il ne sera efficace que par la ratification de la personne ayant le pouvoir de consentir¹⁵¹. Hormis cette différence, les deux mécanismes opèrent fonctionnellement de la même manière et poursuivent la même finalité.

De manière symétrique, l'usucapion en matière immobilière a été remplacée, dans certains pays¹⁵², par la prescription de l'action en revendication de propriété. Ce mode d'extinction empêche le juge d'entendre la cause en raison de l'écoulement du

LINDEN (dir.), *La réception des systèmes juridiques : implantation et destin*, Bruxelles, Bruylant, 1994, p. 291, à la page 323.

150. J. MAURY, préc., note 34, à la page 847.

151. En vertu de l'article 136 du Code civil irakien, la ratification de l'acte *mawquf* peut être explicite ou implicite et elle rétroagit au moment de la conclusion de l'acte. La faculté de ratification ou de rescision doit être utilisée dans les trois mois à compter du jour où son titulaire a eu connaissance de l'acte. Passé ce délai, l'acte deviendra valable en l'absence de toute volonté de résilier le contrat.

152. Notamment en Irak, en Jordanie et aux Émirats : respectivement articles 1158 C.c.Iq, 1181 C.c.Jo., 1317 C.c.EAU.

temps. Déjà en vigueur sous le *medjellé* ottoman¹⁵³, cette technique plus respectueuse de la morale islamique pallie le rejet de la prescription acquisitive¹⁵⁴. Néanmoins, l'interdiction de se prononcer sur les causes qui datent de plus de quinze ans équivaut en pratique à introduire une sorte de prescription acquisitive, car à l'issue du terme, un détenteur *non domino* va se voir conforter dans sa possession. Aucune action en revendication ne saurait être entendue contre lui.

Corrélativement, l'absolutisme du droit de propriété se voit atténué. Comparés au Code civil français, les codes arabes adoptent une position mitigée. Certes, ils reconnaissent la propriété privée et accordent protection à toutes ses prérogatives : l'*usus*, l'*abusus* et le *fructus*, mais ils s'emploient à tempérer sa vigueur en lui assignant quelques restrictions¹⁵⁵. Ces dernières reviennent à conférer au droit de propriété une fonction sociale admise par la doctrine et la jurisprudence¹⁵⁶.

153. Art. 1160.

154. Le droit musulman répugne à l'idée qu'un droit puisse être acquis ou perdu par le simple passage du temps. Dans le *hadith* prêté au prophète, « un musulman ne peut jamais être déchu de son droit aussi longtemps qu'il date ». Toutefois, la possession pour une longue durée (15 ans pour les uns, 30 ans pour les autres) entraîne l'irrecevabilité de l'action en revendication contre le possesseur, car le fait de ne pas intenter l'action durant cette période, sans motif légitime, établit une présomption de non-droit. Cette limitation temporelle de la compétence du juge a pour but d'empêcher la fraude, les actions mensongères et de stabiliser les situations juridiques. Ahmad FARRAJ HUSSEIN, *La propriété et la théorie du contrat dans la Charia islamique* [en arabe], Alexandrie, *Dar al-matbouaat al-jamyia*, 1999, p. 37-38.

155. À titre d'exemple, voir les articles 806 et suivants du Code civil égyptien, qui énumèrent un nombre de dispositions touchant les restrictions au droit de propriété : les eaux potables, les cours d'eau, les passages, le bornage, le mur mitoyen, les vues, etc. Au surplus, l'article 859 du Code oblige le propriétaire de l'étage inférieur à faire les travaux et réparations nécessaires pour empêcher la chute de l'étage supérieur. En cas de refus de ce dernier, le juge pourra ordonner la vente de l'étage inférieur.

156. Voir Mohammed T. ALBASHEER et Ghani H. TAHA, *Les droits réels* [en arabe], Mossoul, Presses Universitaires de Mossoul, 1982, p. 36-38; Ismaïl M. ALAM-EDDIN, *Les droits réels (principaux et accessoires)* [en arabe], Le Caire, Éditions *dar-al-jil*, 1977, p. 41-46.

Dans un même ordre d'idées, on peut relever les particularismes locaux liés au droit foncier de chaque pays. En Égypte, l'inscription au registre foncier constitue un élément nécessaire au transfert de la propriété immobilière. Le non-respect de ce formalisme est sanctionné par l'inopposabilité de l'acte, aussi bien entre les parties qu'à l'égard des tiers¹⁵⁷. Une vente immobilière non enregistrée demeure tout de même valable et produit des effets personnels, parmi lesquels l'obligation à la charge du vendeur de transférer la propriété, une obligation susceptible d'exécution forcée¹⁵⁸. En revanche, dans les pays du machrek (Irak, Liban, Syrie), la transcription foncière est exigée pour la validité même de tout acte ayant pour objet la constitution ou le transfert des droits réels immobiliers. Une vente conclue en méconnaissance du formalisme requis sera frappée de nullité absolue. Elle ne produira donc aucun effet. Pour pallier ce défaut le législateur irakien a dû intervenir par le décret-loi n° 1198 du 2 novembre 1977 pour permettre le transfert forcé de propriété au bénéficiaire de la promesse de vente si celui-ci avait déjà pris possession de l'immeuble ou y avait édifié des constructions ou d'autres ouvrages sans opposition expresse du promettant¹⁵⁹.

En outre, tout en adhérant au principe de transfert *solo consensu* de propriété dès l'échange des consentements, l'ensemble des codifications s'accorde à mettre les risques de la chose, avant sa livraison, à la charge du vendeur¹⁶⁰. La règle *res perit domino* prévue à l'article 1138 al. 2 du Code civil français se trouve ainsi corrigée grâce à une solution tirée du *fiqh* islamique.

157. Art. 934 C.c.Eg.

158. A. SANHOURY, *Traité de droit civil al-wassit* [en arabe], t. 4, Le Caire, *dar al-nahda al-arabyia*, 1964, p. 417 et suiv.

159. Jaffar AL-FADHLI, *Précis des contrats spéciaux* [en arabe], 2^e éd., Mossoul, Presses Universitaires de Mossoul, 2005, p. 109-111.

160. L'article 437 du Code civil égyptien dispose à cet égard que « Si l'objet vendu périt avant la délivrance par suite d'une cause non imputable au vendeur, la vente sera résolue et le prix devra être restitué à l'acheteur, à moins que celui-ci n'ait été, avant la perte, mis en demeure de prendre livraison de l'objet vendu ». Texte correspondant aux articles 547-1 C.c.Iq, 444 C.c.Qa., 478 C.c.Kow., 500 C.c.Jo. *Contra* : art. 428 C.c.Sy., reliant transfert de propriété et transfert des risques.

D'après les jurisconsultes musulmans, la chose à livrer demeure aux risques de la personne qui la détient. Celle-ci doit supporter le risque de perte ou de détérioration de la chose, objet du contrat, jusqu'à la livraison¹⁶¹.

Par ailleurs, l'admission du droit de préemption à une échelle plus grande que les droits occidentaux peut également s'expliquer par la volonté de s'aligner sur le droit traditionnel ainsi que sur la pratique locale¹⁶². Par exemple, la préemption est admise au bénéfice des voisins contigus pour combattre le morcellement des terres ou éviter l'arrivée d'un voisin ou d'un copropriétaire indésirable¹⁶³. La même observation peut être relevée relativement à la remise de dette, réputée par les législateurs arabes comme un acte unilatéral de volonté entraînant l'extinction de l'obligation¹⁶⁴, alors que son caractère conventionnel est affirmé en France¹⁶⁵. Cette solution rime avec les prescriptions islamiques qui considèrent la remise de dette *ibraa min al-daïn* comme un acte de grâce et de bienfaisance, tout en donnant au débiteur le droit de la récuser.

Il ressort de la précédente démonstration que le droit civil moyen-oriental, dans ses sources d'inspiration comme dans sa physionomie, apparaît clairement aujourd'hui comme un droit

161. Voir : Chafik CHEHATA, « Les concepts de Qabd Aamân et de Qabd Amâna en droit musulman Hanéfite » (1970) 32 *Studia Islamica* 89.

162. Par exemple, la préemption est réglementée aux articles 935 à 948 du Code civil égyptien. Ces dispositions, inspirées du droit musulman, ont été reprises par les codifications de la région. Seul le Code syrien n'admet pas le droit de préemption qualifié de « droit faible que les conditions sociales et économiques dans les territoires syriens ne recommandent pas son maintien » : M. ALBASHEER, G. H. TAHA, préc., note 156, p. 176.

163. *Id.*, p. 177.

164. L'article 371 du Code civil égyptien énonce que « L'obligation s'éteint par la remise volontaire qui en est faite par le créancier. La remise est parfaite dès qu'elle parvient à la connaissance du débiteur, mais elle devient caduque si elle est refusée par ce dernier ». Textes analogues : art. 370 C.c.Sy.; art. 442-1 C.c.Iq; art. 400-1 C.c.Qa.; art. 435-1 C.c.Kow.; art. 496 C.c.EAU; art. 445 C.c.Jo.

165. Voir : P. MALAURIE, L. AYNES et P. STOFFEL-MUNCK, préc., note 98, p. 661 et suiv.

hybride. Cette combinaison de plusieurs apports pourra enchanter certes le comparatiste, mais gênera parfois l'interprète et le praticien¹⁶⁶. Le « patchwork » juridique peut, en effet, donner lieu à des « bizarreries » lorsque la cohabitation s'avère difficile entre des normes animées de logiques bien différentes. Or, la qualité d'un code se mesure essentiellement à sa cohérence interne et à sa capacité à éviter les contradictions et les antinomies.

Ainsi, l'amalgame complexe de règles de droits français et musulman peut réserver de « malheureuses surprises ». Pour illustrer le propos, prenons l'exemple de la contradiction qui existe entre deux textes du Code civil irakien : le premier (article 186), d'inspiration française, pose pour règle générale la responsabilité pour faute, exigeant ainsi une conscience suffisante pour rendre une personne responsable de ses actes; le second (article 191), d'inspiration musulmane, consacre la responsabilité sans faute de l'enfant privé de discernement pour ses actes dommageables. La combinaison de ces deux textes conduit à un résultat paradoxal : la loi est plus sévère vis-à-vis d'un enfant en bas âge lorsqu'il cause un dommage qu'envers un majeur, ce dernier n'étant responsable que s'il est doué de discernement¹⁶⁷!

Le Code civil jordanien fournit, lui, un autre exemple d'incompatibilité : on y relève l'utilisation du terme *fou-douli* (prodigue, oiseux, bienfaiteur) avec deux conceptions antinomiques, l'une tirée du *fiqh* islamique (article 171), ayant trait à la vente du bien d'autrui, et la seconde (article 301) d'inspiration occidentale, qui renvoie à la gestion d'affaires, institution réputée comme une figure de l'enrichissement sans cause. Ces mots semblables ne recouvrent pas la même réalité juridique dans les deux systèmes.

Quoi qu'il en soit, ces rares imperfections n'affectent pas la cohérence globale de l'œuvre, d'autant plus que la jurisprudence a

166. P. GANNAGE, préc., note 31, p. 479-480.

167. Abdulmajid ALHAKIM, Abdulbaqi ALBAKRI et Mohamed T. ALBASHEER, *Droit civil : les sources de l'obligation* [en arabe], Mossoul, Presses Universitaires de Mossoul, 1980, p. 218-219.

su y remédier efficacement. L'œuvre du législateur relève, dans la plupart des cas, d'une synthèse plus que d'une réception « aveugle ». Le but étant de refléter les réalités locales, d'adapter le droit à ces réalités et non pas à un modèle juridique extérieur. Naturellement, l'imitation d'un modèle n'est pas une reproduction fidèle et servile du droit étranger. L'imitation étant par nature sélective, le droit étranger est reçu dans son esprit à travers des règles autrement rédigées ou ordonnées¹⁶⁸.

L'adaptation peut enfin s'opérer par hybridation, la norme retenue résultant alors d'une combinaison de divers éléments étrangers. L'hybridation réalise une véritable « fusion » des droits étrangers, puisque la norme qui en est issue est construite par l'amalgame des aspects les plus intéressants de chacune des solutions étrangères. La norme « fille » peut alors s'avérer plus riche que les normes « mères », car elle s'appuie sur les expériences de chacun des ordres juridiques comparés. Cela permettrait la combinaison des avantages respectifs de chacune des solutions étrangères antérieures.

Les législateurs arabes ont parfois eu recours à cette méthode. Citons comme exemple la sanction de la lésion consécutive à l'abus de faiblesse du cocontractant. La sanction retenue par les textes arabes est différente de celle proposée par les droits germaniques, dont le mécanisme est issu. En effet, elle ne consiste pas nécessairement en la nullité de l'acte lésionnaire pour exploitation¹⁶⁹, la partie lésée sera en droit de demander au juge de lever la lésion excessive¹⁷⁰. On peut également évoquer la théorie de l'imprévision, dont la conception a combiné divers éléments allemand, grec et italien : absence de caractère aléatoire du contrat,

168. Antonio GAMBARO, Rodolfo SACCO et Louis VOGEL, *Traité de droit comparé : le droit de l'Occident et d'ailleurs*, Paris, L.G.D.J., 2011, p. 279.

169. Voir § 138-2 BGB. Sur ce concept appelé *Wucher* en droit allemand, voir : M. PEDAMON, préc., note 127, p. 87-88.

170. Dans ce cas, le juge use de son pouvoir modérateur en procédant soit à la réduction de l'obligation de la partie lésée, soit à l'augmentation des obligations de la partie forte. Voir les articles 129 C.c.Eg.; 130 C.c.Sy.; 159 C.c.Kow.; 125 C.c.Iq; 140 C.c.Qa.

caractère imprévisible et exceptionnel de l'événement, caractère excessif de la charge supportée par l'une des parties et interdiction d'invoquer l'événement par celui qui, d'après le contrat, doit assumer le risque de sa survenance¹⁷¹. L'hybridation a aussi pour conséquence de donner naissance à un droit nouveau, empruntant à la fois au droit moderne et au droit traditionnel, comme nous l'avons observé relativement à la théorie des nullités.

Il va sans dire que ces différentes adaptations ont contribué à rendre plus harmonieuse l'introduction des règles nouvelles permettant ainsi de profiter de l'expérience fructueuse d'autrui. À bien des égards, l'assimilation est facilitée par la proximité des normes reçues. Ainsi, le recours aux sources exogènes n'a pas été ressenti comme brutal en raison, au demeurant, du soin accordé aussi bien à la forme (l'adaptation du style, la reformulation des textes) qu'au fond (sélection, harmonisation, hybridation). Ainsi peut-on trouver dans les ouvrages des auteurs arabes, même les plus récents, des affirmations comme « en réalité, ce qui a été emprunté aux droits occidentaux ne diffère pas, dans sa teneur globale, des principes généraux de la Charia islamique. Cette dernière a su intégrer parmi les normes occidentales, celles qui sont en harmonie avec la culture et les valeurs arabomusulmanes »¹⁷².

Conclusion

« L'art de codifier » recouvre des réalités bien différentes¹⁷³. Certains codes ne prétendent pas à autre chose qu'à être des

171. § 313 BGB, art. 1467 du Code civil italien et art. 388 du Code civil hellénique. Pour plus de détails sur la lésion et l'imprévision dans les pays arabes, voir : Harith AL-DABBAGH, « Regards d'un juriste arabe sur les mécanismes de justice contractuelle dans le Code civil du Québec », en ligne : <http://www.institut-idef.org/IMG/pdf/Conf_Section_dr_privé.pdf> [consulté le 8 avril 2013].

172. Souheïl S. ALFATLAWI, *Introduction à l'étude de la science juridique* [en arabe], 2^e éd., Bagdad, Éditions Librairie *al-Dhakira*, 2009, p. 50.

173. Pour une vue d'ensemble, voir : Jean-Louis BERGEL, « Variations sur des techniques de codification », dans *Aux confins du droit, Mélanges Charles-Albert Morand*, Genève, Helbing & Lichtenhahn, 2001, p. 23 (ci-après

compilations visant à regrouper les textes présents et futurs à des fins de commodité pratique. D'autres remplissent une fonction de consolidation ayant pour but de réunir et d'intégrer des solutions acquises en jurisprudence selon un ordre logique et méthodique. Mais la forme la plus achevée de codification, écrit Bruno Oppetit « [...] correspond aux grandes œuvres réformatrices qui intègrent dans un ensemble unitaire un corpus de règles anciennes et un apport de règles nouvelles exprimant les principes d'organisation de la nouvelle société »¹⁷⁴.

On peut ainsi qualifier de codification substantielle « toute codification ayant pour objet d'établir un ensemble cohérent de règles nouvelles ou renouvelées, destinées à consacrer un ordre juridique nouveau ou à restaurer l'ordre préexistant, après des recherches, une réflexion d'ensemble et un effort d'imagination sur la base desquels des choix ont été faits, des lignes directrices établies et, enfin, des décisions prises »¹⁷⁵. Dans cette perspective, la codification napoléonienne apparaît, sans doute, comme une véritable codification « substantielle », dans la mesure où elle consacrait souvent des solutions très novatrices par rapport à son époque. En revanche, les codes des pays de common law (*Restatements*) s'apparentent plutôt à de simples œuvres de consolidation; une sorte de compilation du droit préexistant, c'est-à-dire de solutions concrètes de la pratique issue de la jurisprudence¹⁷⁶. Il s'agit ici d'une codification sans innovations, d'une simple mise en ordre des textes avec une répartition rationnelle. Dans un même ordre d'idées, le *medjellé* ne serait pas non plus « un véritable code

« Variations »). Voir aussi du même auteur : « Les méthodes de codification dans les pays de droit mixte », dans *La formation du droit national dans les pays de droit mixte : Les systèmes juridiques de Common Law et de Droit civil*, Aix-en-Provence, Presses Universitaires d'Aix-Marseille, 1989, p. 21 (ci-après « Méthodes »).

174. Bruno OPPÉTT, préc., note 72, p. 18-19.

175. Gérard CORNU, *Droit civil : introduction, les personnes, les biens*, t. 1, 2^e éd., Paris, Montchrestien, 1990, p. 222.

176. C'est une méthode assez proche de la codification administrative à la française, appelée encore codification par décret ou à droit constant. Sur ce concept, voir : Nicolas MOLFESSIS, « Les illusions de la codification à droit constant et la sécurité juridique » (2000) *RTD civ* 186.

mais un simple recueil de cas d'espèces, multipliant les exemples »¹⁷⁷.

Cela étant, la question se pose de savoir comment peut-on évaluer les codifications « synthèses » du monde arabe à la lumière de cette typologie?

Les codes arabes modernes peuvent être regardés comme des « œuvres de type mineur », estime Sélim Jahel. Ils ne seraient pas de véritables codes, car, d'après l'auteur, le droit demeure « constitué à la fois des règles d'inspiration occidentale censées être détachées de toute idéologie religieuse, et de règles procédant de textes sacrés, rigides et souvent surannés; de plus, il est nécessairement intégré à un ordre juridique qui, lui, reste profondément islamique »¹⁷⁸.

Le constat peut certes être approuvé si on prend en compte le seul fait que l'ensemble de ces codifications est amputé du livre habituellement consacré en Occident au droit de la famille et au droit des successions. La codification civile arabe n'a pas pu intégrer cette branche qui est restée autonome et tributaire des données religieuses. En tout état de cause, ce qui relève du droit civil varie d'un pays à l'autre. Le droit commercial dans certains pays est intégré au Code civil (ex. Québec, Italie) alors qu'il constitue dans d'autres une branche distincte (ex. France). Il en va de même concernant le droit international privé. Peut-on juger les codifications arabes purement sous cet angle?

Une fois écartée cette objection, il devient évident que l'œuvre ne présente certainement pas les caractéristiques des codifications-compilations. À bien des égards, ces codes, du moins ceux de facture moderne, semblent fort éloignés, dans leur lettre et leur esprit, de la tradition islamique, consacrant ainsi des solu-

177. Fady NAMMOUR, « Le Code civil des français : modèle utilisé au Liban » dans Thierry REVET (dir.), *Code civil et modèles : Des modèles du code au Code comme modèle*, Paris, L.G.D.J., 2005, p. 481, n° 4.

178. S. JAHEL, « Code civil. », préc., note 85, à la page 844.

tions novatrices¹⁷⁹. Par l'éclectisme qui les caractérise, ces œuvres relèvent, croyons-nous, des codes de type réformateur qui ne se contentent pas d'un effort d'éclaircissement, de systématisation, mais ambitionnent de réformer le droit préexistant¹⁸⁰. Ils s'inscrivent dans une perspective commune généralement réformatrice. Leur rattachement à cette catégorie peut être justifié par le fait qu'ils caractérisent d'importantes mutations dans les systèmes juridiques des pays où ils sont intervenus. L'adoption des codes répondait au besoin d'une rationalisation différente de la vie économique et sociale.

Mais, mutation ne veut pas dire rupture! L'objectif poursuivi par la technique législative étant double : d'une part, celui d'implanter, dans les meilleures conditions possibles, les institutions importées et, d'autre part, celui de garantir au droit une certaine identité nationale. Cette entreprise traduit une tendance à allier fidélité à la tradition et aspiration à la modernité¹⁸¹. N'est-ce pas le propre des codifications dites « matérielles » ou « substantielles » de réunir des règles traditionnelles et des règles nouvelles en une construction cohérente¹⁸²?

L'entreprise arabe consistant à transformer l'ordre juridique établi sans rompre brutalement avec lui se révèle ainsi aux antipodes de l'expérience turque. Cette dernière marque un « divorce consommé » avec le passé par l'importation pure, simple et « en bloc » des codes occidentaux. De 1926 à 1929, la Turquie a promulgué huit grands codes modernes calqués sur les codes occi-

179. On citera par exemple que certaines règles concernant le prêt à intérêt, la loterie, les jeux de hasard, le pari, les contrats d'assurance, consacrées par différents codes, sont formellement interdites en droit musulman.

180. Certains ont pu distinguer quatre types de codes : le digeste, le code réformateur, le code révolutionnaire et le code de type anglo-saxon. Voir : J.-L. BERGEL, « Méthodes », préc., note 173, p. 22-23.

181. Car on ne peut certes pas « réformer un peuple en jetant au magasin des accessoires ses traditions les plus profondes » : J. LAFON, préc., note 15, p. 69.

182. J.-L. BERGEL, « Variations », préc., note 173, p. 25.

dentaux, notamment sur les codes suisse, italien et allemand¹⁸³. Dépourvu de caractère proprement turc, le droit importé, notamment celui relatif à la famille, apparut à la grande majorité de la population comme une œuvre théorique et dogmatique, sinon comme un amas de formules abstraites et conventionnelles, parce qu'il était étranger aux habitudes et aux réalités sociales du pays. Il fut, au départ, rejeté par la majorité des Turcs qui vécurent en l'ignorant, surtout à la campagne¹⁸⁴, et il fallut quelques décennies pour qu'il apparaisse enfin comme un instrument permettant la modernisation du pays et un atout pour son intégration à l'Europe.

À cette « modernisation-rupture » s'oppose donc une « modernisation-latente » des pays arabes, où le droit comparé fait office de facteur de laïcisation larvée dans de nombreux domaines. Ainsi, la codification du droit civil a eu pour corollaire une sécularisation sensible de cette branche de l'ordre juridique. Oeuvre humaine dont le maître est le législateur, un code n'aura plus qu'un rapport lointain avec la source divine. La démarche « sélective » suivie par les codificateurs a favorisé la séparation du sujet et de l'objet de manière à « désacraliser » la norme et la ramener à un travail purement humain¹⁸⁵. Cette vocation de la codification à dissocier les règles de leurs sources, à les « nationaliser », peut également être observée dans des pays occidentaux¹⁸⁶.

183. Ces codifications sont en grande partie des traductions, le codificateur s'étant borné à faire traduire des codes étrangers. Georges SAUSER-HALL, « La réception des droits européens en Turquie », dans *Recueil de travaux de la faculté de droit de Genève*, Genève, Imprimerie A. Kundig, 1938, p. 395; Tugrul ANSAY et Don WALLACE, *Introduction to Turkish Law*, 6^e éd., La Haye, Kluwer Law International, 2011, p. 109-148.

184. Des pratiques issues de la Charia, telles que la polygamie et la répudiation, subsistèrent longtemps après, ce qui n'a pas manqué de poser un certain nombre de problèmes, notamment celui de la condition, légitime ou non, d'enfants nés d'unions polygames, ou ceux nés d'unions non enregistrées ou coutumières. Le Parlement turc se voyait donc contraint de légaliser ces naissances en bloc chaque année. J. LAFON, préc., note 15, p. 53.

185. N. COULSON, préc., note 24, p. 148-149.

186. Sur la diminution de l'influence de la religion au Québec après la recodification, voir : Dominique GOUBAU, « Le droit de la famille au Québec :

Cette observation peut être soutenue même à l'égard des codes « islamisés » puisque la codification est une technique juridique complètement étrangère à la tradition normative islamique. Même exempte de toute volonté de réforme, la simple entreprise de mettre sous forme d'articles un corpus doctrinal de caractère casuistique ne va pas sans altérer le contenu et transformer en droit positif des règles habituellement frappées du sceau du sacré. Ainsi, « en se coulant dans le moule de la norme étatique, cette tradition est désormais infiniment plus vulnérable parce qu'elle perd progressivement l'immunité que lui conférait son origine religieuse. Elle est en effet nécessairement amenée à composer avec d'autres sources du droit parfois complémentaires et parfois concurrentes »¹⁸⁷. En d'autres termes, l'intégration de la norme islamique dans un code civil la conduirait à s'émanciper progressivement de toute tutelle religieuse pour se développer de façon autonome. « Codifier, c'est modifier », écrivait René Maunier, ethnologue de l'Algérie coloniale¹⁸⁸.

Cette autonomie est particulièrement due au détachement de la norme religieuse de son environnement. La coloration religieuse s'estompera, dès lors, en faveur d'un ensemble unifié, applicable à tous les sujets de droit. D'ailleurs, la dénomination « code civil » dans les pays arabes répond à ce souci de dissocier le droit civil (obligations, contrats, biens), laïque et d'application territoriale, du droit religieux prévalant en matière familiale, qui est d'application *ratione personae*, selon le système de la personnalité des lois. Cela étant, ce qu'on peut appeler ailleurs « codification

l'exemple de construction juridique par des apports de droit externe », dans H. P. GLENN (dir.), *Droit québécois et droit français : Communauté, autonomie, concordance*, Montréal, Yvon Blais, 1993, p. 245; Louise LANGEVIN et Denise PRATTE, « Du Code civil du Bas-Canada au nouveau Code civil du Québec : l'influence de la codification française », dans *Droit québécois et droit français*, id., p. 63; Serge GAUDET, « La doctrine et le Code civil du Québec », dans *Le nouveau Code civil : interprétation et application. Les journées Maximilien-Caron 1992*, Montréal, Éditions Thémis, 1993, p. 247 (ci-après « *Le nouveau Code civil* »).

187. L. GANNAGE, préc., note 27, p. 420.

188. René MAUNIER, *Loi française et coutume indigène en Algérie*, Paris, Domat-Montchrestien, 1932, p. 68.

réformatrice » serait plutôt dans le contexte arabe une « codification sécularisatrice », dans le sens où celle-ci revêt d'un caractère séculier les normes qui la composent, abstraction faite de leur origine.

Pour conclure, les développements précédents mettent en exergue un constat important pour les comparatistes : les systèmes juridiques communiquent et interagissent; les institutions et concepts juridiques voyagent, s'échangent d'un système à l'autre et participent à leur enrichissement mutuel. Cette « communicabilité » opère dans les deux sens et participe du dialogue des civilisations. Des liens peuvent alors se tisser au-delà des continents, révélant parfois des « filiations » surprenantes!

Ainsi, un « double lien de parenté » peut être souligné entre le Code civil égyptien et le Code civil du Québec. D'abord, nous avons observé que les travaux préparatoires du Code civil égyptien citent expressément le Code civil du Bas-Canada parmi les sources étrangères visitées. Ensuite, on sait que parmi les textes extérieurs consultés par l'Office de révision du Code civil¹⁸⁹ figure le Code éthiopien, œuvre de René David. Si on prend en compte que, pour préparer ce dernier code, le « grand » David s'est beaucoup inspiré du Code égyptien, on aboutit au résultat suivant : le droit québécois a doublement joué le donneur et le receveur à l'égard du droit égyptien. La boucle est alors bouclée!

L'enseignement du droit comparé, note Paul-André Crépeau, nous « montre qu'au-delà des techniques et du jargon, les

189. L'Office de révision du Code civil a fait largement appel au droit comparé lors de la recodification du Code civil. Parmi les différentes sources étrangères citées par le ministre de la Justice dans ses commentaires sur le nouveau Code figurent le Code civil français, le Code civil et le Code des obligations suisses, le Code italien, le Code civil éthiopien ainsi que des sources de common law. Voir le tableau dressé par : H. Patrick GLENN, « Le droit comparé et l'interprétation du Code civil du Québec », dans *Le nouveau Code civil*, préc., note 186, p. 175, à la page 189. Voir aussi : Ministère de la Justice (Québec), *Commentaires du ministre de la Justice sur le Code civil du Québec*, Québec, Les Publications du Québec, 1993.

systemes de droit sont souvent plus rapprochés qu'on le croit, ou même qu'on l'enseigne; il suggère d'emprunter à un système étranger, par exemple à la *common law* ou au droit civil suisse ou allemand, une institution, un régime, une règle qui n'existe pas dans le système d'accueil, ou qui paraît meilleure que celle qui s'y trouve »¹⁹⁰. N'est-ce pas ici le même esprit qui a animé les rédacteurs-comparatistes arabes? Nul doute que « le bon sens voyage; il n'est point propre à un système de droit plutôt qu'à un autre »¹⁹¹.

190. P.-A. CREPEAU, préc., note 146, p. 42.

191. Benoit MOORE, « L'acculturation en droit de la consommation québécois », dans *L'acculturation en droit des affaires*, préc., note 147, p. 297, à la page 324.