

# LES PRINCIPES GÉNÉRAUX DU DROIT DANS LES SYSTEMES ARABO-MUSULMANS AU REGARD DE LA TECHNIQUE JURIDIQUE CONTEMPORAINE

Par

SELIM JAHEL\*

La notion de principes généraux du droit évoque l'idée de normes éminentes de portée très générale que connaissent la plupart des systèmes juridiques, qui servent à promouvoir le jus dans son acception la plus large, au-delà de ce que peuvent assurer les règles de droit courantes les mieux établies. Dans les systèmes codifiés de droit écrit, ces normes sont quelquefois prises en compte par les juges sans l'appui d'aucun texte légal et parfois, malgré un texte énonçant une règle contraire.

Normes éminentes, normes premières, l'on est tenté de penser que leur contenu serait le même dans tous les systèmes juridiques qui les connaissent et que de ce fait les principes généraux du droit peuvent servir d'instrument d'harmonisation entre ces systèmes ; ainsi toute forme de rapprochement, de coordination, voire d'unification se réaliserait bien mieux par leur intermédiaire que par le biais de conventions internationales codifiant de manière détaillée des règles de droit matériel.

Dès 1920, l'idée prend corps à l'article 38 du Statut de la Cour Permanente de Justice Internationale qui mentionne « les principes généraux de droit reconnus par les nations civilisées » comme l'une des sources du droit international. Ce texte a suscité d'innombrables commentaires qui se sont répandus dans toutes les branches du droit<sup>1</sup>. De là sont partis divers projets prônés par des comparatistes ou des internationalistes tendant à instaurer par appel aux principes généraux une communauté universelle de normes issues des divers droits internes et transposées dans l'ordre international pour se muer en principes communs ou universels<sup>2</sup>. On ne doute pas aujourd'hui de l'existence à l'échelle internationale en matière de contrat, tout au moins, de tels principes<sup>3</sup>. Mais il faut cependant reconnaître, comme on l'a fait remarquer<sup>4</sup>, que les principaux textes unificateurs élaborés à ce jour, comme la Convention de Vienne sur la vente internationale de marchandises, les Principes du droit européen du contrat, les Principes Unidroit se sont éloignés de cette méthode et ont été constitués avec des règles techniques précises qui n'ont qu'un lointain rapport avec les principes.

---

\* Professeur émérite à l'Université Panthéon-Assas Paris II.

<sup>1</sup> Voir en particulier : Ch. de Vissher, « Contribution à l'étude des sources du droit international », *Rec. d'études sur les sources du droit en l'honneur de François Gény 1935*, T. III p.389. Prosper Weil, *Principes généraux du droit et contrats d'Etat, Etudes offertes à Berthold Goldmann*, Litec 1983 p.387.

<sup>2</sup> Bruno Oppetit, *Les principes généraux en droit international privé*, *Arch. Philop. Du droit*, T 32, Sirey, 1987, p.179 et s.

<sup>3</sup> Prosper Weil, *Problèmes relatifs aux contrats passés entre un Etat et un particulier*, Cours La Haye, 1969, III, T.128 p.198.

<sup>4</sup> Catherine Kessedjian, « Un exercice des sources du droit des contrats du commerce international : Les Principes proposés par l'Unidroit », *Rev. Crit. dr. internat. privé*, 1995, p.655.

S'agissant, en particulier, du système juridique musulman qui constitue une famille de droit spécifique, on mesure, cependant, tout l'intérêt qu'il y a dans une logique aujourd'hui courante de globalisation, à rechercher des liens, et opérer des rapprochements dans la plus pure tradition du droit comparé entre les principes généraux que connaît ce droit, qui sont pour la plupart toujours en vigueur dans les pays arabo-musulmans contemporains et ceux, notamment, du droit français pris ici comme modèle d'un système juridique de type occidental, dont le rayonnement, comme nous verrons, s'est largement étendu au droit de ces pays.

Mais toute comparaison a ses limites. Celle-ci resterait complètement stérile dans les branches du droit qui dépendent étroitement de données socio-politiques liées à des valeurs idéologiques profondément dissemblables et où, dès lors, aucune concordance entre les droits des pays concernés ne peut être recherchée. Ainsi, en France, comme dans toute l'Europe, la dogmatique des droits de l'homme qui domine la vie sociale se traduit aujourd'hui par des règles et principes qu'impose de manière positive dans la plupart des secteurs du droit la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales dont, en particulier, le principe de laïcité, le principe de non-discrimination énoncé à l'article 14, celui de l'égalité des époux à l'article 5 du protocole n° 7. Or ces principes sont totalement méconnus dans les pays arabo-musulmans où domine la dogmatique de la chari'a avec des effets plus ou moins accusés selon les pays, touchant le droit constitutionnel, le droit administratif, le droit de la famille, parfois le droit pénal ou même le droit du travail<sup>5</sup>.

L'exercice ne peut donc porter que sur des matières qui sont hors de portée des courants idéologiques qui traversent les systèmes de droit. On se limitera ici à ce que le fiqh appelle mu'amalat maliyat, les transactions de caractère pécuniaire, soit pratiquement, le droit des contrats et des sûretés, le moins marqué par le caractère religieux du système, et ouvert d'ailleurs depuis longtemps à des apports étrangers. On peut y ajouter le droit administratif, l'organisation juridictionnelle, le droit processuel, le droit pénal pour partie, et tout ce qui de manière générale, se rattache à la pure technique juridique.

Même limitée à ces matières, la comparaison entre le droit français et le droit musulman, portant sur ce qui est appelé dans l'un et l'autre système principes généraux du droit, peut être riche d'enseignements. Elle permet, d'une part, de donner un nouvel éclairage à cette notion dont, en France, un ouvrage récent<sup>6</sup> a révélé de manière magistrale l'ampleur des difficultés qu'il y a à la cerner (I). Elle peut servir, d'autre part, à vérifier une hypothèse courante en doctrine qui voudrait attacher à la notion de principes généraux du droit une valeur d'universalité (II).

## **I- Un nouvel éclairage de la notion de principes généraux**

Dans un système de droit écrit et codifié, comme l'est en France le droit privé, la place des principes généraux du droit, dès lors que tous ne sont pas établis par

---

<sup>5</sup> Sur l'incompatibilité des principes sur lesquels est fondée la Convention des droits de l'homme du Conseil de l'Europe avec les valeurs de la chari'a islamique, voir, en particulier l'arrêt de la Cour Européenne des droits de l'homme du 31 juillet 2001 et les obs. de M. Marguénaud, *Rev. Trim. Dr. Civ.* 2001 p.979 et s.

<sup>6</sup> Patrick Morvan, *Le Principe de droit privé*, édit. Panthéon-Assas 1999, Préfacé Jean-Louis Sourieux.

des textes, paraît mal assurée et la conceptualisation de la notion difficile. Aussi, l'idée que les principes généraux constituent une source autonome du droit d'une nature particulière a-t-elle été quelquefois chahutée, et par de grands esprits. Pour un auteur comme Laurent, non encore départi d'une conception légaliste du droit, les principes généraux se confondent avec les dispositions du code ou les règles qui en découlent<sup>7</sup>. La doctrine dominante tout au long du XX<sup>e</sup> siècle n'ira pas beaucoup plus loin : les principes généraux leur paraissaient être tout simplement des normes induites de règles préexistantes dotées d'une certaine généralité qui autorise de nouvelles déductions. Mais on voyait toujours mal ce qui pouvait distinguer une règle ordinaire abstraite et générale d'un principe de droit qui a les mêmes attributs. Boulanger écrivait à cet égard sans grande conviction : « Une règle juridique est générale en ce qu'elle est établie pour un nombre indéterminé d'actes ou de faits... Un principe, au contraire, est général en ce qu'il comporte une série indéfinie d'applications »<sup>8</sup>. Aussi, est-on allé jusqu'à nier l'existence en droit privé de principes généraux en tant que catégorie spécifique. En 1980, le doyen René Rodière écrivait sur le ton tranchant qu'on lui connaît : « En bref, selon moi, la catégorie des principes généraux n'existe pas en droit privé »<sup>9</sup>. Une thèse récente vient encore de le souligner, qui a reçu une large approbation<sup>10</sup>.

Et pourtant, les principes généraux existent même en droit privé, les juristes de l'Islam les ont rencontrés dès le V<sup>e</sup> siècle de l'hégire, XI<sup>e</sup> siècle de notre ère. Depuis lors, et pendant près d'un millénaire ils n'ont cessé de les élaborer, de les développer, d'en créer sans cesse de nouveaux.

On fait remonter les premiers principes connus à un auteur chaféite Al-Hussein décédé en 462 de l'hégire. Ils sont aussitôt qualifiés de piliers du fiqh. Ils sont au nombre de quatre : « l'usage a valeur de règle ; le doute ne doit pas détruire la conviction déjà faite ; l'extrême difficulté appelle la facilitation ; le dommage doit être intégralement réparé »<sup>11</sup>. Ils constituent bien, en effet, les principes fondateurs de la très grande liberté d'interprétation que vont adopter de manière générale les fuqaha' de basse époque.

Ibn Noujaim, auteur hanafite du XV<sup>e</sup> siècle, dont les travaux ont inspiré les auteurs du Medjellé ottoman, en avait dénombré, pour sa part, dix sept principes qu'il attribue à un disciple d'Abou-Hanifa ayant vécu entre le X<sup>e</sup> et le XI<sup>e</sup> siècle ; il en propose lui-même vingt cinq qu'on retrouve presque en totalité dans le Medjellé<sup>12</sup>. En fait, le nombre de principes généraux dégagés par le fiqh est allé croissant au fil des siècles jusqu'à atteindre avec al-Souhouti (XIV<sup>e</sup> siècle) cinquante à deux cents. On en fera plus par la suite<sup>13</sup>.

<sup>7</sup> « Car c'est dans la loi, écrit l'auteur, que les principes ont leurs fondements ; ils ne sont autre chose que les dispositions du code, ou les règles qui en découlent », *Cours Élémentaire de droit civil*, T.I (préf. p.5).

<sup>8</sup> *Principes généraux du droit et droit positif, Etudes offertes à Georges Ripert*, LGDJ, 1950, T.I, p.56.

<sup>9</sup> *Les principes généraux du droit privé français*, in Journées de la Société de législation comparée, année 1950, p.317.

<sup>10</sup> Marielle de Béchillon, *La notion de principe général en droit privé*, thèse, Pau, PU Aix-Marseille 1998, préface B. Saintourens et le commentaire de M.E. Putman à la *RTD civ.* 1999, p.521-522.

<sup>11</sup> Sobhi Mahmassani, *Falsafat al-tachrih' fil' Islam* (the philosophy of Jurisprudence in Islam), Beyrouth, 1980, p.292; Mustapha Al-Zarka, *Al-Fiqh Al-Islami fi thawbihi Al-Jadid*, 7<sup>e</sup> ed. Beyrouth, n° 560 et s. p.635 et s.

<sup>12</sup> *op. cit.* n° 565.

<sup>13</sup> *Ibid.*

Ils sont appelés *kawaed kuliyyat*, littéralement normes globales, on les désigne aussi quelquefois par le terme *usul*, racines<sup>14</sup>. Mais il convient alors de ne pas les confondre avec les *usul al fiqh* ou *'ilm al-usul*, la science des racines qui étudie le fondement de chaque règle au regard des sources premières de la *chari'a*.

Les *kawaed kuliyyat* sont définis par le *fiqh* : « des règles à portée générale qui s'appliquent à toutes les questions partielles qui s'y rattachent »<sup>15</sup>, une définition qui rejoint celle qu'en donne le vocabulaire *Capitant* : « un principe est une règle juridique établie par un texte en termes assez généraux destinée à inspirer diverses applications et s'imposant avec une autorité supérieure »<sup>16</sup>, cela correspond aussi à l'idée que s'en fait Boulanger de la notion : « propositions directrices, écrit-il, les principes généraux règnent sur le droit positif ; ils en dirigent le développement, les règles juridiques sont des applications, des principes, à moins que, sous l'emprise de considérations relatives à des situations juridiques particulières, elles n'apportent des exceptions »<sup>17</sup>.

Les rédacteurs du *Medjellé ottoman* ont consacré aux *kawaed kuliyyat* le titre préliminaire composé de quatre-vingt dix neuf articles énonçant les principes les plus connus du *fiqh* hanafite. Le projet de code arabe unifié sur les transactions pécuniaires en fait de même, il expose en introduction quatre-vingt cinq principes censés être partagés par toutes les écoles du *fiqh*. Il faut souligner le fait que ces principes, de même tous ceux que rapportent les ouvrages traditionnels et qui n'ont pas été repris par les instruments législatifs dont se sont dotés les pays arabes contemporains sont toujours de droit positif. Un texte liminaire dans la plupart des codes actuellement en vigueur y fait référence invitant les juges « à défaut d'une disposition législative applicable à statuer d'après les principes du droit musulman, et à son défaut, suivant le droit naturel et les règles de l'équité »<sup>18</sup>. Certes, ce texte vise l'ensemble des règles établies par le *fiqh*, règles ordinaires, mais tout aussi bien les *kawaed kuliyyat* qui en sont partie intégrante.

L'on peut donc dire que la place qui est faite aux *kawaed kuliyyat* dans les systèmes juridiques des pays arabo-musulmans est loin d'être négligeable. Il a dû paraître inconcevable aux rédacteurs des différentes codifications, ceux du *Medjellé*, ceux du projet de code arabe unifié, ceux de tous les autres codes des pays arabes contemporains de ne pas les consacrer.

« Ces normes, fait observer Mustapha Al-Zarka, occupent dans le *fiqh* une place considérable et agissent fortement sur son mode d'élaboration, le *tafkihi*, comme il l'appelle. « Elles reflètent de manière admirable, ajoute l'auteur, les règles courantes, en en éclairent lumineusement le sens et ouvrent de larges perspectives à leur développement... Sans les *kawaed kuliyyat*, précise-t-il enfin, ces règles se seraient effritées en solutions éparses et parcellaires, faute de critères pour les amarrer aux idées auxquelles elles se rattachent et permettre par la-même de dégager pour chaque groupe de règles les fondements et les finalités qui les unissent »<sup>19</sup>. Les *kawaed kuliyyat* semblent ainsi être intimement liés aux règles du droit classique, du moins apparemment (A). En fait, ils vont servir à l'élaboration de solutions nouvelles et assurer, ainsi, dans une mesure, il est vrai, limitée, l'évolution

<sup>14</sup> Mustapha al-Zarka, *op. cit.* n° 559.

<sup>15</sup> Sobhi Mahmassani, *op. cit.* p.297.

<sup>16</sup> *Vocabulaire Capitant*, (1987).

<sup>17</sup> Jean Boulanger, *op. cit.* p.57.

<sup>18</sup> Article 1° al. 2 des *codes civils égyptien, irakien, koweïtien, libyen, syrien* ; art. 1 du code des Emirats; art. 2 al. 2 du *code jordanien*.

<sup>19</sup> Mustapha al-Zarka, *op. cit.* n° 559.

du droit musulman, censé pourtant s'être arrêté depuis la fermeture de la porte de l'ijtihad (B).

**A-** Pour bien comprendre l'étroit rapport qui semble lier les kawaed kuliyyat aux règles de droit classique, deux points méritent d'être soulignés :

Il faut d'abord savoir que les kawaed kuliyyat ont été conçus et élaborés par les fuqaha' et par eux seuls, à l'exclusion des kadis, ils n'ont donc aucun caractère jurisprudentiel, et jusqu'à ce qu'ils fussent adoptés par le Medjellé ottoman, en 1877, ils n'avaient aucun caractère légal. Le système musulman classique est d'ailleurs lui-même un droit de type doctrinal. Il est constitué de règles et solutions établies par les fuqaha', hommes de science et de religion, en contemplation de l'idéal coranique, en totale coupure de la pratique, qu'elle soit judiciaire ou administrative, et en marge des autorités gouvernementales, califes, gouverneurs et autres princes.

Il convient de noter, en second lieu, le fait que les kawaed kuliyyat ne sont apparus dans les ouvrages du fiqh qu'à partir du X<sup>e</sup> et XI<sup>e</sup> siècle, à une époque où la formation du droit musulman était, vers la fin du III<sup>e</sup> siècle de l'hégire, officiellement achevée<sup>20</sup>. On sait en effet qu'un consensus s'était établi à cette époque entre les savants de la communauté considérant que tout a été dit et que la porte de l'ijtihad doit être fermée, le rôle des jurisconsultes devait désormais se borner à commenter les œuvres des maîtres du passé, à reproduire (taqlid), à exposer et analyser des règles qui avaient été définitivement établies, s'interdisant pour eux-mêmes toute innovation<sup>21</sup>. Or les voilà qui entreprennent d'extraire d'un système considéré comme étant complètement figé les racines des règles qu'il comporte et de les ordonner par « brassées » (zamrat), comme disent les auteurs musulmans<sup>22</sup>, en fonction de la relation commune qui les relie dans une ultime tentative de systématisation d'un droit dont l'un des traits caractéristiques est de s'être constitué d'une manière essentiellement casuistique.

Sur l'apparition tardive des principes généraux du droit dans le système où ils viennent s'insérer, alors que l'essentiel de ses éléments constitutifs est déjà en place, et que son élaboration peut être considérée comme achevée, on peut dire que c'est là un trait spécifique de cette catégorie. L'on imagine mal, en effet, qu'il soit besoin de faire appel à des principes généraux alors que le système est en cours d'élaboration. Si à ce stade des problèmes particuliers se posent à ses rédacteurs, il leur est encore aisé d'y répondre par des règles et solutions adéquates. Les fuqaha' des différentes écoles du fiqh ont eu tout loisir de le faire durant les trois siècles qu'a duré l'élaboration du système musulman classique.

Il en fut de même en France, du moins pour le droit privé. On sait que les rédacteurs du code civil n'ont pas retenu le projet qui avait été initialement prévu pour être inséré en règle préliminaire dans le code. Il devait comporter des maximes et quelques principes de logique juridique et règles d'interprétation. C'est plus tard

<sup>20</sup> Ainsi, Mustapha al-Zarka fixe le début de la période d'élaboration des kawaed kuliyyat à la fin du III<sup>e</sup> siècle de l'Hégire : *op. cit.* n° 563 p.638.

<sup>21</sup> Sur la fermeture de la porte de l'ijtihad : Joseph Schacht, *Introduction au droit musulman* (Maisonneuve & Larose) p.63 et s.; du même auteur « Classicisme, traditionalisme et ankylose dans la vie religieuse de l'Islam » in *Classicisme et déclin culturel dans l'histoire de l'Islam* (Paris 1957) p.141 et s. ; Mustapha al-Zarka, *op. cit.* n°65 p.95 et s.

<sup>22</sup> Mustapha al-Zarka, *op. cit.* n°559.

que progressivement les principes généraux seront intégrés à l'ordre positif par la jurisprudence de la Cour de cassation.

Quant au BGB allemand, qui à cet égard a souvent été imité, ce ne sont pas des principes à proprement parler que comporte sa partie générale, mais des notions abstraites et quelques standards destinés à être employés dans les différentes parties spéciales du code. Les tribunaux allemands en ont tiré par la suite un certain nombre de principes généraux qui leur ont permis de remodeler en profondeur de nombreuses dispositions du code<sup>23</sup>.

On a longtemps enseigné en France que les principes généraux étaient engendrés par un raisonnement inductif<sup>24</sup>. On disait, par exemple, que le principe du droit de rétention a été induit de textes particuliers du code civil qui l'attribuaient dans certaines conditions au cohéritier (art. 862), au vendeur et à l'acheteur (1622, 1653, 1673), au dépositaire (art. 1948), au possesseur de meubles (art. 2280) pour être étendu par généralisation à tous les cas où il existe un lien de connexité matériel entre la créance réclamée et la détention de la chose retenue. L'on nous apprend aujourd'hui que « le processus d'élaboration du principe interdit d'en attribuer la paternité à une quelconque méthode d'interprétation analogique, à contrario ou inductive... Le principe n'est donc pas uni à la loi par une méthode d'interprétation... (il) est une norme purement *extra-legem* »<sup>25</sup>..., inventée *ex nihilo* par le juge : « lorsqu'il énonce un principe, nous dit Monsieur Patrick Morvan, le juge judiciaire crée et découvre le principe tout à la fois. En un mot, il l'invente »<sup>26</sup>.

Pour les kawaed kuliyat, c'est la voie de l'induction qui semble avoir prévalu. « Ils sont induits, écrit Mustapha al-Zarka, des textes de la chari'a, des racines fondamentales du fiqh, des règles courantes du droit classique, et ajoute l'auteur, de considérations rationnelles »<sup>27</sup>. Il ne pouvait en être autrement, la porte de l'ijtihad étant fermée, les fuqaha' qui ont élaboré les kawaed kuliyat ne pouvaient se déclarer inventeurs, innovateurs, ils n'étaient pas censés apporter des modifications de fond aux règles établies. Il est vrai toutefois que l'induction savamment utilisée peut devenir un moyen subtil de créer de nouvelles règles, de dégager de nouveaux mécanismes, de consacrer de nouvelles pratiques. C'est ce qui va se passer en réalité.

Le plus frappant dans la méthode utilisée par les fuqaha', c'est l'extrême condensation qui est donnée à la formulation du principe. L'idée est extraite du groupe de règles particulières auxquelles elle se rattache par raclage systématique de leurs modalités spécifiques. Réduite à l'essentiel, elle est saisie de la manière la plus elliptique qui soit. Le principe est souvent exprimé, aussi bien dans le Medjellé ottoman que dans le projet de code arabe unifié, en deux ou trois mots et absence totale de verbe. Or, avec deux ou trois mots, on peut tout dire et son contraire ; c'est pratiquement ce qui est recherché.

Exemple : al tabeh tabeh, littéralement : ce qui suit, suit ; cela pour dire que l'accessoire suit le principal. Autres exemples : la darar wala dirar, littéralement : ni dommage ni endommagement, cela pour dire que la victime d'un dommage ne doit

<sup>23</sup> Cf. Witz, *Droit privé allemand*, Paris, Litec, 1992, n°27; Frédérique Ferraud, *Droit privé allemand*, (Dalloz), n°182 p. 213.

<sup>24</sup> Boulanger, *op. cit.* n° 16 p. 163.

<sup>25</sup> Patrick Morvan, *op. cit.* n° 439, p. 377-378.

<sup>26</sup> *Ibid* n° 532 p. 496.

<sup>27</sup> Mustapha al-Zarka, *op. cit.* n° 560.

pas se faire justice à elle-même ; ou encore al kadim youtrak 'ala kadamihi, littéralement : l'ancien est laissé à son ancienneté, cela pour consacrer le principe du droit acquis. Parfois, le législateur ottoman a pris soin d'ajouter une courte explication à des formules qui pouvaient paraître quelque peu sibyllines, tandis que le style utilisé par les rédacteurs du projet de code arabe unifié est à cet égard beaucoup plus dépouillé.

Il est certain qu'en serrant sur la formule, les initiateurs de ces principes ont cherché à en élargir autant que possible la portée, sachant que l'esprit étant appelé à suppléer à l'ellipse, l'on pourra ainsi, bien souvent, aller au-delà des termes qui y sont exprimés. A partir d'un degré très élevé d'abstraction et de généralisation, les déductions vont pouvoir aller bon train, conduire à l'élaboration de solutions et mécanismes nouveaux.

Le législateur ottoman n'hésite pas quelquefois à dévoiler son jeu : ainsi, par exemple, pour consacrer un mécanisme qui sert de substitut à l'intérêt, interdit par la chari'a, il conçoit ce texte étonnant qu'énonce l'article 32 du Medjellé : « Ce qui est exigé pour la satisfaction d'un bien public ou privé est admis comme une nécessité légitime », tel est le principe. Le législateur l'assortit de l'exemple que voici expressément inclus dans le texte : « C'est en vertu de ce principe qu'on a admis le bei bil wafa (l'aliénation fiduciaire). Cette espèce de vente, ajoute le texte, a été admise pour la première fois en Boukhari ou le grand accroissement des dettes de la population l'a rendue nécessaire ». Le mécanisme permettait, en fait, de dissimuler le prêt à intérêt sous le couvert d'une vente simulée à un pseudo-prix incluant ce qui représente la rémunération du prêt.

Les kawaed kuliyyat ont sans aucun doute contribué pour une large part au divorce qui s'est produit dans le droit des transactions pécuniaires entre le droit officiel des juristes et le droit officieux des praticiens<sup>28</sup>. Les fuqaha' de basse époque, reconnaît Mustapha Al Zarka sont allés jusqu'à concevoir des solutions et émettre des opinions contraires à celles de leurs prédécesseurs, tenant compte de l'évolution des mœurs due au changement d'époque<sup>29</sup>.

Cependant les principes généraux dégagés par le fiqh ne se limitent pas à ceux retenus par le Medjellé. Il y a de vrais et solides principes qui n'y figurent pas, comme celui qui déclare « nulle toute clause contractuelle contraire aux prescriptions de la charia ». On le retrouve intégré à l'article 55 du projet de code arabe unifié. Pour les tribunaux de certains pays, cette nullité est d'ordre public, aussi l'exequatur sera-t-elle refusée à un jugement ou à une sentence arbitrale qui consacrerait une telle clause.

Il faut se rappeler, en outre, que le Medjellé est une compilation de solutions données par le fiqh hanafite, si bien que de nombreux kawaed kuliyyat établis par des fuqaha' d'autres rites ne s'y trouvent pas. Ainsi, notamment le principe de l'autonomie de la volonté et de la liberté contractuelle que le fiqh hanbalite avait dégagé dès le VIII<sup>e</sup> siècle, bien avant qu'il ne fut connu en Europe. La scolastique hanafite ne le connaissait pas non plus. Pour les auteurs hanafites, le contrat est censé ne produire que les effets que la chari'a lui attache, de sorte que tout ce qui modifie pour peu que ce soit l'objet assigné au contrat en fonction de sa nature est jugée illicite<sup>30</sup>. Aujourd'hui, l'article 55 du projet de code arabe unifié énonce le

<sup>28</sup> Sur ce point cf notre article: "Charia et contrats internationaux" in *Clés pour le siècle* (Daloz 2000) n°344 et s.

<sup>29</sup> Mustapha Al-Zarka, *op. cit.* n° 539.

<sup>30</sup> Sur cette question cf. Y. Linant de Bellefonds, "L'autonomie de la volonté en droit

principe de la liberté contractuelle en reprenant les termes qu'utilise un auteur hanbalite, Ibn al Quaiyem pour le formuler : « Le principe est la validité pour tout contrat et clause contractuelle, lorsqu'aucune disposition de la chari'a ne s'y oppose »<sup>31</sup>. Liberté contractuelle certes, mais respect impératif aussi des prescriptions de la chari'a.

**B-**Les kawaed kuliyat ont certainement influencé le tafquih, le mode d'élaboration du fiqh, et tel était essentiellement leur rôle. Ils étaient établis par des enseignants ou des hommes de science, fuqaha', ulémas, et destinés à des enseignants, accessoirement aux juges. Certains ne comportent d'ailleurs que des recommandations et des conseils, les autres ne font qu'indiquer la solution la plus majoritairement suivie<sup>32</sup>.

Les kawaed kuliyat apparaissent ainsi comme des normes de type secondaire à caractère directif, de purs instruments techniques qui n'emportent pas d'effet contraignant, mis à part quelques rares principes qui sont une pure transposition de hadiths prophétiques et qui s'imposent à ce titre. Sobhi Mahmassani<sup>33</sup> en relève trois sur les quatre-vingt dix neuf principes retenus par le Medjellé : la règle énoncée à l'article 76 : « la preuve incombe au demandeur et le serment au négateur », celle fondamentale de l'article 19 : « ni dommage, ni endommagement », celle posée par l'article 94 : « le délit commis par un animal n'a pas lieu ».

Pour le reste, les kawaed kuliyat n'ont pas vocation à être directement appliqués par les tribunaux. « Le juge ne peut pas y fonder ses décisions », écrit Sobhi Mahmassani<sup>34</sup>. C'est, d'ailleurs, ce que précise de manière explicite le rapport du comité de rédaction du Medjellé : « Bien que ces principes, à eux seuls, ne puissent suffire au juge pour rendre ses décisions tant qu'il n'est pas éclairé par des textes de loi plus explicites, ils sont néanmoins d'une grande utilité pour l'étude et l'intelligence du droit en permettant de saisir plus facilement la solution de chaque question particulière. En eux, les fonctionnaires de l'Administration trouveront un guide sûr pour tous les cas qui se présentent, et chacun pourra, en y ayant recours, conformer autant que possible ses actions aux préceptes du Droit sacré ».

Les kawaed kuliyat, explique Mustapha Al-Zarka<sup>35</sup>, sont des directives pour la doctrine, et non point des textes de loi pour les juges (fa hia dasatir lil tafquih, la noussous lil kadah'), car « ces normes malgré toute la valeur qui leur est reconnue et le respect qui doit leur être attaché, souffrent de nombreuses exceptions ». Sobhi Mahmassani pousse plus loin l'analyse : « l'étendue de leur portée, écrit-il, toute aussi globale qu'elle puisse être, rencontre souvent des limites qu'appelle leur adaptation à des cas plus particuliers. C'est pour cela que ces normes ne peuvent pas être invoquées directement devant le juge ; pour autant, elles recouvrent toutes les règles et solutions que comporte la matière concernée, y compris les exceptions qui peuvent être apportées au principe »<sup>36</sup>.

---

musulman", *Rev. Algérienne* 1958 p. 877 et s.

<sup>31</sup> l'Iam al-Quaiyem, I, 299.

<sup>32</sup> Mustapha al-Zarka, *op. cit.* n° 558.

<sup>33</sup> *op. cit.* p. 299.

<sup>34</sup> *ibid.*

<sup>35</sup> *op. cit.* n° 558 p. 934.

<sup>36</sup> *op. cit.* p. 298.



« L'exception confirme la règle à l'égard des cas qui ne sont pas exceptés », c'est là un adage juridique bien français, que le Medjellé n'énonce pas mais qu'il met systématiquement en application. Dans de nombreux cas, l'exception au principe prend elle-même la forme d'un principe, un principe d'exception. Ainsi, par exemple, suivant les termes de l'article 3 (le texte correspond presque mot pour mot à l'article 1156 du code civil) « dans les conventions il faut rechercher l'intention des parties et non le sens littéral des mots ». Ce texte est d'ailleurs lui-même l'application d'un principe de portée encore plus générale qu'énonce en termes lapidaires l'article 2 : « Toute chose est dans l'intention » (al oumour bimakasidiha). Mais la portée de ces principes se trouve limitée par deux principes du même livre préliminaire : l'article 14 déclarant qu'une disposition claire et précise ne comporte pas d'interprétation » et l'article 68 qui invite le juge à prendre en compte l'apparence lorsque la réalité est difficile à déceler, un texte qui s'inspire manifestement d'un hadith prophétique qu'on pourrait, pour conserver la rime, traduire en ces termes : « Nous jugeons sur l'apparence, Dieu se charge des confidences ». D'où l'idée développée par Abd-El-Razzak El Sanhoury<sup>37</sup>, qu'en droit musulman, à l'instar d'autres systèmes juridiques, droit allemand, droit anglais, c'est la volonté déclarée qui est prise en compte pour la détermination du contenu d'un acte juridique plutôt que la volonté interne. Telle est la conception aujourd'hui courante dans les systèmes juridiques des pays arabo-musulmans.

Autre exemple, le principe qu'énonce l'article 21 du Medjellé : al dururat tubihou al mahzurat, littéralement : la nécessité autorise ce qui est interdit, ou comme nous disons « nécessité fait loi ». Mais le principe trouve ses limites dans trois autres principes qu'énoncent respectivement les articles 22, 23 et 24 du même livre préliminaire. Suivant le premier, la nécessité doit être appréciée à sa juste valeur, et selon les deux autres, la loi reprend son empire dès que cesse l'état de nécessité : cessante causa cessat effectus. On retrouve les mêmes textes repris aux articles 23 et 24 du projet de code arabe unifié.

A vrai dire, on peut se demander si les restrictions qui sont apportées à un principe général méritent elles aussi d'être rangées dans la catégorie des principes généraux. Mustapha al-Zarka en doute. Il considère pour sa part que sur les quarante-neuf principes qu'énonce le Livre préliminaire du Medjellé, quarante seulement méritent cette qualification, les autres ne doivent être regardés que comme de simples règles d'application<sup>38</sup>.

On est, par exemple, frappé de voir érigée en principe général la règle que prévoit l'article 57 déclarant qu'« un acte gratuit n'est parfait que par la remise de la chose », ou celle énoncée à l'article 69 pour dire qu'« on peut contracter aussi bien par correspondance que de vive voix », ou ce texte de l'article 70 précisant qu'« un signe non équivoque donné par un muet à la même valeur qu'une déclaration verbale » et dont on retrouve l'équivalent à l'article 31 du projet de code arabe unifié. L'on relève en outre quelques redondances, aussi bien parmi les kawaed kuliyyat du Medjellé que parmi ceux du projet : ainsi, par exemple, le principe « la darar wa la dirar », ni dommage ni endommagement, est d'abord énoncé à l'article 14, puis décliné à l'article 17 en « al darar la yazul bimislihi » : on ne répare pas un dommage par un dommage similaire.

<sup>37</sup> *Masader al-Haqq fil' fiqh al-islami*, t.I, p. 77. Sur les applications qu'en fait la banque islamique, voir notre article « Droit des affaires et religion », *Rev. int. dr. comparé* ; 2001, p.892.

<sup>38</sup> M. al Zarka n° 571 p.644.

L'on fait observer que dans certains ouvrages de basse époque, des auteurs ont souvent fait un usage inapproprié du terme, certains réduisant les *kawaed kuliyat* à des simples têtes de chapitre<sup>39</sup>. Là aussi, la notion a été quelque peu galvaudée. Mais on peut tout de même tirer de l'expérience millénaire du *fiqh* l'idée qu'un principe général est une sorte de norme-cadre, comme on parle de contrat-cadre, caractérisée par un niveau très élevé d'abstraction et de généralisation, n'ayant pas vocation à être directement appliquée par le juge, mais s'appliquant à travers les règles particulières qui en découlent. Il reste à se demander si le caractère de très grande généralité qui s'attache à la notion de principe général de droit n'est pas l'aspect d'une certaine forme d'universalité qui donnerait à la notion son véritable lustre et où se révèle la plus grande part de son utilité.

## II- Des normes à valeur universelle

Un sentiment courant en doctrine attache aux principes généraux du droit une valeur d'universalité. « Ces normes, écrit Sobhi Mahmassani<sup>40</sup>, se ressemblent dans toutes les législations... Elles sont même identiques ou quasi-identiques aussi bien en droit romain, dans la *chari'a* islamique et dans les droits européens modernes. Il cite Blackstone : « it is over all the globe, in all countries and all times » et donne de nombreux exemples de *kawaed kuliyat* auxquels correspondent de vieux adages formulés en latin : ainsi, *summum jus summa injuria*, face à ce principe émis par al Ghazali « *koul ma tajawaza houdoudouhou in'akasa a'la doddihi* » : tout ce qui dépasse sa mesure se retourne en son contraire ; ou, « *necessitas non habet legem* », face à la règle énoncée à l'article 21 du *Medjellé* : « la nécessité autorise ce qui est interdit » ; ou encore, « *actor incumbit probatio* ». Enfin pour résoudre un conflit d'intérêts, cet adage plein de sagesse populaire et bien français : « entre deux maux, on choisit le moindre » qu'énonce l'article 29 du *Medjellé*.

C'est surtout dans le droit des contrats qu'on trouve le plus de similitudes entre les deux systèmes musulman et français, à commencer par les deux grands principes qui en sont les clés : le principe de la liberté contractuelle et le principe de la force obligatoire du contrat. Ces similitudes tiennent pour une large part aux courants d'échanges et aux rapports qui ont existé depuis toujours entre les peuples qui se partagent les mêmes valeurs de civilisation : échanges commerciaux, rapports de conquérants à conquis, notamment. Et l'on ne doute pas à cet égard que le *fiqh* qui a commencé à se développer dans la Syrie des *omayyades* ait utilisé dans les matières qui n'avaient pas été directement traitées dans les sources premières, les riches sédiments du droit romano-byzantin.

Sobhi Mahmassani<sup>41</sup> écarte cependant cette hypothèse : « les ressemblances dans les principes généraux qu'on trouve entre les différents peuples ne tiennent pas nécessairement, écrit-il, au fait qu'il ait pu exister des rapports et des échanges entre eux, elles s'expliquent surtout par cette idée que ces principes expriment une vérité unique qui s'impose à la raison ». Poussant plus loin l'analyse, Monsieur Prosper Weil fait remarquer que « compte tenu des fondements et finalités communs à tout droit et des exigences inhérentes à tout droit, la plupart des institutions juridiques finissent à un certain niveau par se retrouver dans tous les systèmes »<sup>42</sup>.

<sup>39</sup> (39) *Ibid.* n° 568 p. 641 - 642.

<sup>40</sup> (40) *op. cit.* p.291.

<sup>41</sup> *op. cit.* p.292.

<sup>42</sup> Prosper Weil, *Principes généraux du droit et contrats d'Etat, Le droit des relations économiques internationales, Etudes offertes à B. Goldman, Litec, 1983, p. 402.*

S'agissant de normes qui représentent la quintessence des règles ordinaires du droit positif dépouillées de leurs particularités nationales, « désincarnées », comme on a dit <sup>43</sup>, elles sont alors susceptibles de se transférer d'un ordre juridique à un autre, ainsi du droit interne au droit international ou inversement (**A**), mais également de migrer du système juridique national qui les a vu naître à un système de droit étranger qui les reçoit et les intègre (**B**).

**A**-Les principes généraux du droit sont considérés aujourd'hui comme l'une des sources majeures du droit international privé, particulièrement en matière de commerce international. C'est l'une des sources les plus précieuses et les plus fécondes, écrivait déjà depuis plus d'une trentaine d'années Monsieur Prosper Weil. C'est en puisant, ajoutait-il, dans les principes de droit international, comme dans ceux des divers droits internes que le droit international des contrats parviendra à se forger un corps de règles homogènes et autonomes »<sup>44</sup>.

Aujourd'hui, on ne peut plus dissocier principes généraux et droit international privé<sup>45</sup>. En France, il arrive que les juridictions étatiques, Cour de cassation en tête, s'écartant de la méthode conflictuelle, fassent appel en tant que règles communes aux principes généraux des systèmes en conflits. Le ton a d'abord été donné par les juridictions arbitrales. Elles disposent, il est vrai, suivant les termes de l'article 1496 NCPC que reprennent certains règlements d'arbitrage, « du pouvoir de trancher les litiges conformément aux règles qu'elles estiment appropriées ». Aussi, feront-elles souvent appel aux principes généraux même dans les hypothèses où les parties au litige ne les ont pas désignés dans la convention d'arbitrage, particulièrement, lorsqu'il s'agit de contrats d'Etat<sup>46</sup>.

Cependant, il arrive souvent que les utilisateurs de l'arbitrage s'y réfèrent eux-mêmes comme cela s'est produit dans certains accords pétroliers avec des Etats arabes. A cet égard, la clause qui a servi de modèle est celle qu'avait prévu l'accord de consortium conclu en 1954 entre l'Iran et la Compagnie iranienne des pétroles avec des sociétés américaines et européennes. Elle est ainsi libellée : « En raison des différentes nationalités des parties, au présent accord, il sera régi, interprété et appliqué selon les principes du droit commun à l'Iran et aux diverses nations auxquelles ressortissent les autres parties à la présente convention et, à leur défaut, selon les principes de droit généralement reconnus par les nations civilisées, comprenant tels de ces principes dont les tribunaux internationaux ont pu faire application. »

C'est encore aux principes généraux qu'il a été fait appel dans les contrats de concession conclu avec la Libye : D'abord « aux principes de la loi libyenne en ce que ces principes peuvent avoir de commun avec les principes de droit international », et subsidiairement « aux principes généraux du droit dont il a été fait application par des juridictions internationales »<sup>47</sup>. C'est enfin aux « principes

---

<sup>43</sup> *ibid.* p.401.

<sup>44</sup> Prosper Weil, *Problèmes relatifs aux contrats passés entre un Etat et un particulier*, Cours la Haye 1969, III, O.T. 128, p.198.

<sup>45</sup> Charles Jarrosson, « l'apport de l'arbitrage international à l'arbitrage interne », *Mélanges Plantey*, p.235.

<sup>46</sup> B. Oppetit, *op. cit.*, p.182.

<sup>47</sup> Prosper Weil, *Principes généraux du droit et contrats d'Etat*, *op. cit.* p.389-390.

généraux de droit reconnus par les nations civilisées », qu'il est fait référence dans la convention Koweït-Hispanoïl de 1967, et la convention Egypte-Esso de 1974<sup>48</sup>.

Mais il arrive aussi, comme dans l'affaire SPP/République Arabe Unie<sup>49</sup>, ou celle qui opposait devant le tribunal de Nantes la société SOAF à la société saoudienne ARCAN<sup>50</sup>, pour ne pas remonter, à des affaires plus anciennes<sup>51</sup>, que l'appel aux principes généraux du droit ou à la *lex mercatoria* et aux usages internationaux viennent suppléer l'application de la loi nationale du pays arabo-musulman concerné, alors pourtant qu'elle avait vocation à s'appliquer ; elle est cependant évincée au motif qu'elle serait insuffisamment développée, lacunaire ou inappropriée. Dans certains cas enfin, comme dans l'affaire Aramco<sup>52</sup>, l'appel aux principes généraux vient en renfort de la loi nationale pour soi-disant servir à interpréter ou à compléter le contrat litigieux.

De quels principes généraux s'agit-il ici ? ... L'on observe que dans la plupart des cas où il a été fait appel aux principes généraux du droit dans les litiges opposant des Etats arabes ou des ressortissants arabes à une partie occidentale, il s'agissait de principes communs à leurs systèmes respectifs ; ainsi, le principe de la liberté contractuelle que connaissent aujourd'hui tous les pays du monde arabe, celui de la force obligatoire du contrat énoncé en termes vigoureux par un verset du Coran, le principe de l'exception non adimpleti contractus, l'obligation de réparation intégrale comprenant le *damnum emergens* et le *lucrum cessans*, l'effet relatif des contrats, le respect des droits acquis, l'enrichissement sans cause, la maxime *generalia specialibus non derogant*<sup>53</sup>. Il faut dire cependant qu'un certain nombre de ces principes bien intégrés aujourd'hui dans les systèmes juridiques des pays arabes contemporains sont d'inspiration occidentale et plus généralement française.

**B-**L'on a dit du principe de droit privé que l'un de ses critères était son aptitude à la « déambulation » dans d'autres ordres juridiques<sup>54</sup>. Sa mobilité le conduit de même vers des systèmes juridiques étrangers où il est aisément reçu dès lors qu'il se présente en tant que norme-cadre dépouillée de ses modalités techniques et de ses particularités nationales. C'est un riche échange qui se produit alors au niveau le plus élevé de l'ordre normatif entre les différents systèmes de droit.

On le voit actuellement en France où sous l'impulsion de la jurisprudence et de la doctrine allemande, la bonne foi, est érigée en principe supérieur d'éthique juridique qui fait profondément bouger le droit des obligations et des contrats alors qu'on le croyait définitivement stabilisé sinon depuis le droit romain, du moins depuis le code civil<sup>55</sup>. On assiste également, venant de la pratique internationale, à la

---

<sup>48</sup> *Ibid* p.396.

<sup>49</sup> Sentence n°233: *JDI*, 1994, p. 229 et s. obs. E. Gaillard.

<sup>50</sup> Trib. com. Nantes 11 juillet 1991 *JDI* 1993, p.246 et s. note Philippe Leboulanger.

<sup>51</sup> Sur l'ensemble de la question, voir Emmanuel Gaillard, « Trente ans de *Lex Mercatoria*, Pour une application sélective de la Méthode des principes généraux du droit », *JDI*, I, 1995 p. 5 et s., Adde: sentence CCI, aff. n° 1522 / 1971, *Clunet*, 1974, 905, obs. Y. Derains ; aff. Texaco, Chemet 1977, 350 et s., Aminoil / Koweït, *Clunet* 1982, 895.

<sup>52</sup> Sentence Aramco ; *Rev. crit. dr. intern. privé*, p.272 et s.

<sup>53</sup> Sur tous ces points, cf. notre article "Charia et contrats internationaux", in *Clés pour le Siècle*, Dalloz 2000) p. 289 et s.

<sup>54</sup> Patrick Morvan, *op. cit.* n° 441 et s. p. 396 et s.

<sup>55</sup> Philippe Malaurie, « Droit romain des obligations, droit français contemporain des contrats et l'Europe d'aujourd'hui », in *La Semaine juridique*, Edit. G. 2000, I, 246 et s.

réception par le droit français du principe de l'estoppel que le droit musulman connaît et que l'article 100 du Medjellé énonce en ces termes : « Nul ne peut infirmer ce qu'il a lui-même établi »<sup>56</sup>.

De la même manière, on retrouve intégrés dans les codes de la plupart des pays arabes, Egypte, Syrie, Koweït, Jordanie, Emirats, Yémen, des principes de droit privé visés par la Cour de cassation. Ainsi, par exemple, le principe *contra non valentem agere non currit praescriptio* qui est repris par les codes égyptiens (art. 382), syrien (art. 379), koweïtien (art. 446), jordanien (art. 457), etc. Certains de ces principes énoncés par ces mêmes codes dans une formulation moderne ont des racines dans le fiqh. Ainsi, par exemple, le principe de l'enrichissement sans cause est couvert en droit musulman par une règle de portée générale fondée sur un hadith prophétique et érigée par le Medjellé en principe de droit que reprend l'article 64 du projet de code arabe unifié : « il est interdit de prendre le bien d'une autre personne sans cause légitime ». De même, le droit de rétention qui apparaît dans la plupart de ces codes comme l'un des deux volets du refus légitime d'exécuter<sup>57</sup>, l'autre étant l'exception *non adimpleti contractus*, connaît de nombreuses applications dans le droit musulman classique qui en étend le bénéfice au profit du locataire de services, de l'entrepreneur, du mandataire<sup>58</sup>.

La consécration dans leurs codes civils respectifs du principe de l'abus de droit par la plupart des pays arabo-musulmans constitue un exemple typique du mode d'échange qui s'opère entre les systèmes juridiques occidentaux et le droit musulman au niveau des principes du droit.

Il est certain que l'idée d'abus de droit procède d'une exigence d'ordre moral qui a des racines dans le Coran et s'induit de plusieurs de ses préceptes<sup>59</sup>. Pour autant, elle n'a jamais pris dans les travaux du fiqh la forme instrumentale d'un principe général de droit », tel qu'on le trouve aujourd'hui dans les codes des pays arabo-musulmans. C'est même le principe inverse qui était consacré à l'article 91 du Medjellé : « Nul n'est tenu du préjudice qu'il a causé à autrui dans l'exercice de son droit, et tel était la position des auteurs classiques en droit hanafite tout au moins<sup>60</sup>.

Il est vrai que les choses ont par la suite évolué. De nouvelles solutions apparaissent dans le fiqh post-classique concernant les rapports de voisinage d'où il ressort que l'exercice du droit de propriété ne doit pas entraîner de préjudice exorbitant pour le voisin, solutions que reprennent les dispositions des articles 1197

<sup>56</sup> Sous la direction de Martine Behar-Tauchais, « L'interdiction de se contredire au détriment d'autrui », *Economica* 2001; E. Gaillard, "L'interdiction de se contredire au détriment d'autrui comme principe général du commerce international" (Le principe de l'estoppel dans quelques sentences arbitrales récentes), *Rev. arb.* 1985-241. H. Muir-Watt "Pour l'accueil de l'estoppel en droit français" *Mélanges Loussouarn*, p.303.

<sup>57</sup> Le texte est ainsi libellé : "Celui qui est tenu à une prestation peut s'abstenir de l'exécuter, si le créancier n'offre pas d'exécuter une obligation lui incombant et ayant un rapport de causalité et de connexité avec celle du débiteur ou si le créancier ne fournit pas une suite suffisante pour garantir le paiement de sa dette" (art. 246 *c. civ. Egyp.*, 247 *c. civ. syrien*).

<sup>58</sup> Sobhi Mahmassani, *La théorie générale des obligations dans la chari'a islamique*, II, p.522 et s.

<sup>59</sup> Les versets les plus couramment cités : II, 228, 231, 233, 280, 282, VI, 65; IX, 107, XII, 41 ; voir à cet égard le rapport de Mustapha al-Zarka au Comité de rédaction du code arabe unifié; V° Haqq.

<sup>60</sup> Chafic Chehata, « La théorie de l'abus des droits chez les jurisconsultes musulmans », *Rev. Jur. dr. comparé* 1952 - p.217 et s.

à 1201 du Medjellé et qui apparaissent comme des exceptions à la règle générale posée à l'article 91.

L'on reste cependant bien loin des textes énoncés par les codes actuels qualifiant d'illégitime l'exercice d'un droit fait « dans le seul but de nuire à autrui », ou « qui tend à la satisfaction d'un intérêt illicite ». Certes, ces règles répondent aux exigences de la morale coranique ; elles permettent de délimiter le contenu de la notion de « haqq » (droit) qui a dans la chari'a une forte connotation religieuse, car il n'y a de droit que ce qui est octroyé par Dieu, d'où l'idée qu'un droit (haqq) ne peut être exercé que dans les limites fixées par la loi de Dieu. Il n'en reste pas moins que l'architecture de ces nouveaux textes a pour modèle ceux du §226 du BGB, ou de l'article 2 alinéa 2 du code suisse, et les solutions établies par la Cour de cassation française<sup>62</sup>.

On pourrait multiplier les exemples dans d'autres branches du droit, ainsi particulièrement en matière d'organisation juridictionnelle et de procédure, matières que le système musulman classique avait très peu développées et qui ne relèvent pas directement de prescriptions contenues dans la Charia. Le droit judiciaire privé dans les systèmes juridiques arabes s'étant ainsi aligné de manière générale sur le système français<sup>63</sup>, les principes du droit processuel visés en France par la Cour de cassation se trouvent très souvent répercutés par la jurisprudence, la doctrine, parfois par le législateur lui-même dans le droit de ces pays. Il en va de même des principes de droit administratif énoncés par le Conseil d'Etat. Le modèle du droit administratif français avec ses règles de fond et de procédure a été reçu par la plupart des Etats du monde arabe. L'on ne s'étonnera pas d'en trouver des traces dans le droit administratif adopté par l'Arabie Saoudite dont l'application ressortit au Diwan al-Mazalem, et jusque dans le statut même de cette juridiction<sup>64</sup>.

---

<sup>62</sup> Abd el Razzak El Sanhoury, principal artisan du code civil égyptien qui a servi de modèle à la plupart des autres codes des pays du monde arabe reconnaît explicitement l'influence occidentale: al-Wasit, I, 47.

<sup>63</sup> cf. notre article « Les Cours juridiques suprêmes dans les pays du monde arabe et le modèle français de Cour de cassation » in *Les Cours judiciaires suprêmes dans le monde arabe* (Bruylant, Bruxelles 2001) p.17 et s.

<sup>64</sup> cf Fahd Aldogaither, « L'action intentée devant le diwan al Mazalem », étude comparative, Univ. du roi Saoud 1993.

## Conclusion

Quels enseignements apporte cette comparaison entre les droits français, musulman et ceux des pays arabes contemporains ? A voir comment la notion de principes généraux du droit s'est imposée à l'esprit des juristes dans ces différents pays, dans tous les pays, et agit de manière permanente sur les systèmes les mieux établis, qu'on aurait pu croire achevés – mais un système de droit n'est jamais achevé - , on ne doute pas qu'il y a là un instrument indispensable à la vie du droit, à sa reproduction, à l'harmonisation des systèmes juridiques à l'échelle internationale, peut-être aussi à l'activation de la sève morale qui l'alimente.

Instruments de reproduction du droit, l'appel aux principes généraux permet surtout, comme on l'a dit, d'alimenter en règles nouvelles des « systèmes de droit qui ne sont pas parvenus encore, notamment en raison de la nouveauté ou de la difficulté de la matière, à se doter d'un arsenal juridique suffisamment développé »<sup>65</sup>. Cela a permis, en particulier, comme on l'a vu dans le système musulman, de continuer à assurer le renouvellement du droit, malgré l'arrêt officiel de l'ijtihad et, aujourd'hui, dans les pays arabo-musulmans contemporains, de l'adapter aux besoins de la vie moderne.

Instrument d'harmonisation pour servir surtout au règlement de litiges internationaux, l'appel aux principes généraux du droit peut aussi servir à coordonner entre eux les droits internes de différents pays. Ainsi, par exemple, concernant l'intégration européenne, l'on n'hésite pas à considérer que si l'on est parvenu aujourd'hui à un stade avancé de cette intégration, c'est grâce à l'action conjuguée de la Cour de justice des communautés européennes et de la Cour européenne des droits de l'homme faisant « appel aux principes généraux du droit par une interprétation extensive de la convention européenne de sauvegarde des libertés individuelles »<sup>66</sup>

Instrument enfin de moralisation du droit : les principes généraux comportent le plus souvent une coloration morale, ce par quoi ils tranchent avec les règles techniques qui en sont généralement dépourvues. Il en est ainsi bien évidemment des *kawaed kuliyyat* qui sont le reflet, même s'il paraît parfois lointain, de la *chari'a*, Loi de Dieu, dans un système où droit, morale et religion restent intimement liés.

---

<sup>65</sup> P. Weil, *Principes généraux du droit des contrats d'Etat*, *op. cit.* p.412.

<sup>66</sup> Bruno Oppetit, « Droit commun et droit européen », *Mélanges Yvon Loussouarn*, p. 316.