

## L'EQUITE OU LES EQUITES

Journées juridiques franco-libanaises

Paris, 3-4 octobre 2002

Le colloque «L' équité ou les équités» s' est déroulé à Paris, à la Maison du Barreau, les 3 et 4 octobre 2002. Organisées conjointement par la Société de législation comparée, le Centre d'études des droits du monde arabe (CEDROMA) de la Faculté de droit de l'Université Saint-Joseph Beyrouth, la Cour de cassation et le Barreau de Paris, ces deux journées de travail ont réuni universitaires et praticiens (magistrats, avocats) autour du thème de l'équité.

La délégation formée par le CEDROMA était composée de personnalités venant d'horizons et de pays différents : M. Abd El Nasser Abou El Bassal, Doyen de la Faculté de droit de l'Université de Yarmouk, Irbid (Jordanie) ; Ayatollah Mohammed Moussawi El Bojnordi, chef de la Section du *Fiqh* et des fondements du droit à l'Institut de l'Imam Khomeiny, professeur à l'Université de Téhéran (Iran) ; Monseigneur Béchara Rai, Archevêque de Jbeil (Liban) ; M. Mouhib Maamari, Conseil supérieur de la magistrature, président de chambre à la Cour de cassation du Liban, Beyrouth (Liban) ; Mme Hafiza EI-Haddad, Doyen de la Faculté de droit de l'Université Arabe de Beyrouth (Liban) ; M. Pierre Lemieux, Doyen de la Faculté de droit de l'Université Laval, Québec (Canada) ; M. Samir Annabi, Avocat au barreau de Tunis (Tunisie) ; M. Jacques El Hakim, Professeur à l'Université de Damas et avocat au barreau de Damas (Syrie) ; M. Walid Kassir, Professeur à l'Université Saint Joseph de Beyrouth (Liban) ; M. Khaled Naciri, Professeur à l'Université de Rabat (Maroc) ; M. Hassan Rifaat, Professeur à l'Université Saint-Joseph de Beyrouth (Liban) ; M. Fayez Hage-Chahine, Doyen de la Faculté de droit de l'Université Saint-Joseph de Beyrouth (Liban) ; M. Herve Lécuyer, directeur du CEDROMA, Professeur à l'Université Saint-Joseph de Beyrouth (Liban).

Les autres intervenants au colloque étaient M. Mohammed Bedjaoui, Président du Conseil constitutionnel algérien, Ancien président de la Cour internationale de Justice ; M. Jean-Louis Sourieux, Professeur émérite à l'Université de Paris II ; Mme Ruth Sefton Green, Maître de conférences à l'Université de Paris I ; M. François-Xavier Testu, Professeur à l'Université de Tours ; M. Georges Flécheux, Ancien bâtonnier de l'ordre des avocats à la Cour de Paris ; M. Philippe Blondel, Avocat au Conseil d'Etat et à la Cour de cassation.

## LES GENESES DE L'EQUITE

La première séance de travail, présidée par le Premier président de la Cour de cassation, M. Guy Canivet, portait sur le thème des «genèses de l'équité ». En ouverture du colloque, le Président de la Société de législation comparée rappelle l' attachement des juristes français pour le Liban notamment à travers les liens avec la Faculté de droit de l'Université Saint-Joseph de Beyrouth et la coopération judiciaire entre les Cours de cassation française et libanaise. M. Canivet souligne également les rôles des Professeurs Sourieux et Hage-Chahine dans l'organisation de ces rencontres et remercie le Barreau de Paris pour son accueil.

Le Professeur Jean-Louis Sourieux présente son rapport sur « La genèse de l' équité en droit français ». Il faut pour cela remonter à l'Antiquité où une équité philosophique de provenance greco-latine s'est créée pour ressurgir au XIIe siècle

dans le droit français. Pour prendre sa place, l'équité va d'abord être traduite, définie, conceptualisée, avant d'être dotée de moyens de fonctionner.

Du point de vue conceptuel, les glossateurs du XIIe siècle distinguent l' *aequitas scripta* ou *constituta*, équité écrite ou constituée, c'est-à-dire formalisée par la loi, de l' *aequitas non scripta* ou *cerebrina*, équité non écrite, cérébrale, qui repose sur le sentiment du juste et de l'injuste et qui ne fait donc pas partie du droit positif. Cette *distinctio* médiévale subsistera durant les siècles suivants avec des sens dérivés.

Du point de vue de sa mise en œuvre, l'équité fonctionnera comme un enjeu de pouvoir et fera l'objet, au cours des siècles, de nombreux affrontements que le Professeur Sourieux va jusqu'à qualifier de «big-bangs politico-juridiques».

L' Ayatollah Mohammed Moussawi El Bojnordi débute son rapport sur l'équité en droit musulman en expliquant que les principes généraux de la Charia disposent que toutes les règles de droit musulmanes devraient être conformes à l'équité.

En droit musulman, la justice est le droit chemin, elle est l'équivalent de la modération, de la tempérance et le contraire de l'abus. Elle se divise en une justice descriptive et une justice de l'action : la première est celle qui permet d'arriver à la seconde, elle-même constituée par ce qui est défini dans les textes des exégètes comme l'acte le plus proche de la piété, l'injustice étant l'absence de droit et de justice. L'équité est au cœur de la justice par l'action, tout comme la morale et la sagesse. En ayant à l'esprit ces concepts, c'est la raison de l'homme qui le pousse à agir de telle ou telle façon, conformément à ces notions fondamentales. Justice, raison et équité constituent ainsi une troïka indispensable.

L' Ayatollah Moussawi El Bojnordi conclut en disant que si la notion d'équité est subjective et varie selon les civilisations, les époques, les cultures, elle devrait cependant être universelle.

Les travaux sur le droit musulman se poursuivent par le rapport (sur le rite sunnite hanéfite) du Doyen Abou El Bassal, qui porte sur l'équité en tant que principe à la base des législations. Effectivement justice et équité sont très présents dans le Coran et ils se manifestent en cinq principes : préserver la personne, la loi, la religion, le genre, les intérêts des gens. La loi découle de cet esprit qui doit régner dans tout acte de justice, au niveau de la conception de la loi (la loi jordanienne a ainsi adopté le concept de force majeure emprunté au droit français) et plus tard lors de son application. Egalement lorsque les magistrats se prononcent, ils doivent prendre en considération les conséquences des jugements et éviter toute injustice, toute exagération dans un jugement et à ce moment-là encore ils prennent en considération l'équité. En l'absence de texte, ils doivent se baser sur les interprétations de l'exégèse.

M. Canivet cède ensuite la parole, pour l'exposé sur le droit canonique, à Monseigneur Bechara Rai, exposé intitulé «Formation du concept d'équité dans le droit de l'église ou équité canonique» et construit autour de quatre points.

Premièrement, du point de vue terminologique, l'*équité canonique* comprend les dispositions canoniques qui se basent sur les principes du droit ecclésial et sur ce qui est juste et équitable, car la loi est fondée sur la raison et l'équité. Elle peut être écrite ou non écrite. Le *droit de l'église* est le corps de droit canonique qui couvre l'organisation canonique de l'église (le Code de droit canonique, pour l'Eglise Latine (1983), le Code des Canons des Eglises Orientales, commun aux 21 Eglises Catholiques Orientales (1990), la Constitution Apostolique sur la Curie Romaine (1988)).

S'agissant deuxièmement de l'équité dans le droit canonique, elle peut être, d'une part, constituée ou écrite (on la trouve dans des textes régissant différents domaines), d'autre part, non écrite (elle consiste alors en la possibilité de tenir compte des circonstances pratiques dans lesquelles une loi est appelée à s'appliquer). Elle trouve son fondement dans la religion et consiste en une justice supérieure faite pour adoucir le droit strict dans certains cas ou parfois même pour aggraver certaines peines. Elle s'oppose ainsi directement au droit positif. L'équité peut enfin être jurisprudentielle, les Pontifes Romains ayant toujours rappelé aux juges que l'équité devrait être une de leurs qualités nécessaires pour s'acquitter de leurs devoirs envers l'application et

l'interprétation des lois.

Troisièmement, les sources de l'équité canonique sont constituées de l'Ancien et du Nouveau Testaments ainsi que des traditions anciennes des peuples romain, grec, mésopotamien, indo-iranien.

La dernière partie du rapport concerne la spécificité de l'équité dans le droit de l'Eglise. Elle en constitue une qualité intrinsèque mais est différente de l'équité naturelle du droit civil car le droit canonique comprend non seulement le droit positif ecclésial mais aussi le droit divin. L'équité et l'*epikie* sont deux actes correctifs de la loi : on dit équité quand les actes sont posés par une personne publique, comme le juge ou le supérieur et *epikie* quand ils sont posés par une personne privée, ayant effet seulement dans le for interne, dit exclusivement moral.

En conclusion, on peut considérer, d'une part, que l'équité n'est pas partout la même, elle diffère selon les systèmes juridiques qui la reçoivent, l'équité canonique en est la preuve ; d'autre

part, elle a un triple rôle dans l'édiction, l'interprétation et l'application du droit : adoucir la rigueur du droit en l'adaptant aux cas concrets, appliquer les principes généraux en cas de lacune, s'inspirer de l'esprit de miséricorde et de bénignité dans l'interprétation et l'application des lois ; enfin, l'équité doit avoir sa place dans les projets de codification, comme celui de l'équité canonique l'a eue dans les deux Codes de l'Eglise, le Code latin révisé de 1983 et le Code oriental de 1990.

Le Premier président Canivet ouvre ensuite les débats sur ces rapports portant sur le droit musulman et le droit canonique.

Le Professeur Malaurie de l'Université de Paris II évoque le sentiment d'universalisme de l'équité même si cette dernière est enracinée dans sa propre culture, son peuple... Mme le Professeur Gobert de l'Université de Paris II ajoute que si tout le monde sait ce qu'est l'équité, on a du mal à trouver une définition du fait de ces différentes conceptions.

M. Dutheillet de la Motte membre du Conseil constitutionnel, s'adressant au Doyen Abou el Bassal, n'est pas certain que le juge peut vraiment écarter l'application d'une loi dont il estime qu'elle aboutirait à une solution inéquitable. Le Doyen lui répond que l'équité est un instrument à la disposition du magistrat religieux qu'il applique lorsqu'il n'y a pas de texte ou lorsqu'il voit que son application deviendrait contraire à l'esprit même de la loi.

L' Ayatollah Mohammed Moussawi El Bojnordi revient sur la définition de l'équité, qui peut se faire en deux points : une définition littérale de l'arabe (définition par catégorie) ou une définition théorique qui n'est pas vraiment une définition mais qui reprend plutôt des aspects, des spécificités, ce que l'on appelle la définition de la nature, de l'essence, qui est incomplète. L'équité varie selon les coutumes, les cultures, les mœurs mais c'est une différence d'application et non de nature car dans l'essence, il n'y a qu'une seule équité. L'équité par l'action consiste en des manifestations différentes d'une même essence, qui reste unique. L'équité est la manifestation de la justice par l'action, c'est-à-dire concrétisée.

Mme Ruth Sefton-Green présente ensuite son rapport sur « les genèses de l'equite en common law » (Angleterre et Pays de Galles uniquement). Il est ici question de *l'equity* qui ne se réduit pas simplement à l'équité.

S'agissant de la naissance de *l'equity*, elle a émergé pour pallier aux injustices et aux défaillances survenant des juridictions royales du *common law*. *L'equity* a eu trois fonctions successives (qui se sont par la suite chevauchées) : tout d'abord, accorder un recours concurrent ou alternatif à celui du *common law* (par ex. les créanciers victimes de l'inexécution du contrat peuvent se voir accorder, au lieu de dommages-intérêts, l'exécution en nature ou *specific performance*). Deuxième fonction, fournir un remède unique (compétence exclusive), par exemple le trust. Enfin, *l'equity* peut interférer sur l'application stricte du droit lorsque cela produit une situation heurtant la bonne conscience (*unconscionability*). Du point de vue de son rôle dans le *common law*, elle comble les lacunes, tempère et adoucit les rigueurs du droit. Les influences philosophiques de *l'equity* proviennent des notions d'équité, de conscience et de bonne foi.

Dans la deuxième partie de son expose, portant sur l'élaboration de *l'equity* dans le *common law* contemporain, Mme Sefton-Green évoque la concurrence entre les juridictions de *common law* et d'*equity*, qui a engendré une dialectique : la rigidité des premières est couplée à la souplesse des secondes. La co-existence des deux juridictions - chacune forgeant une source de droit - a fini par

engendrer une grande incohérence et de l'injustice pour les justiciables. Pour y remédier, le parlement anglais a adopté une série de réformes juridiques en 1873 et en 1875 pour mettre fin aux « formes d'action » (*forms of action*), fusionner les deux juridictions et simplifier la procédure. Désormais, toutes les juridictions anglaises ont compétence pour administrer la justice d'*equity* et ces lois consacrent formellement la primauté de *l'equity* sur le *common law*. D'importantes controverses doctrinales s'en suivirent et le rapporteur considère que cette fusion n'a pas réussi dans la mesure où l'on continue dans les juridictions et dans les traités de droit anglais de parler et du *common law* et de *l'equity*, cette dualité faisant partie de la mentalité des juristes anglais. Quant à la question de la raison d'être de *l'equity* dans le droit anglais aujourd'hui, Mme Sefton-Green propose deux raisons, pas forcément exclusive l'une de l'autre : d'une part, *l'equity* constitue un prétexte, un alibi pour le *common law* qui, sachant qu'un autre remède existe en dehors de sa propre juridiction, a pu continuer de confiner ses règles de droit, sans les systématiser ; d'autre part, *l'equity* compense le *common law* dans un objectif d'efficacité économique.

La deuxième de séance de travail est présidée par M. Jean-Michel Galabert, président de section honoraire du Conseil d'Etat.

Le premier système juridique évoqué est celui du *Liban*, par le Président Mouhib Maamari qui considère que l'idée d'équité fait partie du patrimoine socio-juridique du Liban. Or dans ce pays le droit est comme libéré de l'ordre étatique dans une assez large mesure et relève des lois et des juridictions communautaires, indépendantes de l'Etat. Ainsi, ce droit libéré de la contrainte étatique favorise l'équité pour deux raisons : d'une part, parce que les droits religieux sont imprégnés de ce concept, d'autre part, parce que le juge civil l'utilise souvent lors de la résolution de conflits liés au passage d'une communauté à une autre, pour adapter, adoucir les règles de conflits. L'équité est également qualifiée de source du droit dans le Code de commerce et de source subsidiaire dans le Code de procédure civile.

A l'heure actuelle, si l'on écarte facilement l'assimilation du droit à la stricte légalité, l'équité n'en est pas moins critiquée, accusée d'être irrationnelle et insécurisante. Irrationnelle car l'équité est une intuition spontanée du juste et de l'injuste, une appréciation raisonnable et non raisonnée fondée sur des considérations de justice et d'équilibre, le sens de la juste proportion. Mais M. Maamari estime pour sa part que l'équité n'est pas un sentiment fugitif mais « une intuition du juste enveloppée de rationalité », l'obligation de motiver du juge rendant obligatoire le passage du raisonnable au raisonné. Insécurisante car l'équité est souvent considérée comme un élément perturbateur qui vient apporter le désordre.

Mais pour le rapporteur libanais l'équité n'agit que par délégation de la loi et l'insécurité qu'elle introduit n'est que relative et varie selon le rôle que lui assigne l'ordre juridique lui-même : l'équité peut ainsi avoir une fonction normative, en créant une règle de droit nouvelle, en cas de silence des textes ; régulatrice, l'équité pourra interpréter une loi relativement silencieuse ou obscure ; correctrice, l'équité n'est pourtant pas perturbatrice, le juge qui l'utilisera ne faisant qu'exercer un pouvoir d'appréciation que lui reconnaît la loi. En tant que mode alternatif de règlement, l'équité introduirait dans l'ordre juridique une *zone* de *non* droit. Mais si la clause d'amiable composition comporte une renonciation aux bénéfices du système juridique, il s'agit juste d'accorder à l'arbitre un pouvoir modérateur *non* reconnu par la loi et de plus cette renonciation a été prévue.

Dans sa troisième partie M. Maamari reprend les différents rôles de l'équité. Créatrice, elle pose la règle sans référence à la loi car elle n'intervient que dans le silence des textes. Correctrice, elle intervient par délégation de la loi ou par accord des parties. Régulatrice, elle peut intervenir de deux manières : directement en donnant à la règle de droit un sens déterminé en l'interprétant ou en qualifiant les faits ; indirectement en neutralisant une situation de droit qui paraît choquante mais dans les deux cas elle participe à la création de la règle de droit grâce à l'autorité du précédent.

---

## Page 5

Le *droit européen* est ensuite présentée par le Professeur Hervé Lécuyer, qui expose le rapport qu'il a élaboré en collaboration avec Mme le Professeur France Drummond de l'Université de Paris II. Il est *tout* d'abord nécessaire de préciser que le droit européen ne se résume pas au droit de l'Union européenne, la production normative du Conseil de l'Europe n'est pas non plus négligeable, tout comme la Convention européenne des droits de l'homme (CEDH) et la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne... autant de textes dans lesquels peut « se nicher » l'équité. Les rapporteurs ont donc procédé à un recensement des hypothèses dans lesquelles l'équité est en œuvre avant d'en cerner le rôle.

L'équité peut d'abord se trouver dans la norme écrite mais on ne peut en recenser de manière exhaustive l'ensemble des manifestations textuelles. On peut au moins faire référence à l'article 6-1 de la CEDH sur le procès équitable. On retrouve également l'équité dans le droit communautaire dérivé ainsi que dans des manifestations moins formelles, telles que les clauses générales d'équité, clauses réglementaires qui ont pour objet d'autoriser les autorités chargées de l'application du règlement à corriger ce dernier, à l'adapter compte tenu des particularités de la situation d'espèce. L'équité peut également se trouver dans les normes de droit non écrites, de création prétorienne. Si la Cour de justice des communautés n'a jamais consacré un principe général d'équité (elle n'invoque, dans l'arrêt *Walt Wilhelm* de 1969, qu'une « exigence générale d'équité »), les autres principes généraux du droit communautaire qu'elle a dégagé constituent un « terrain de prédilection » pour l'équité : ainsi dans les principes de non-discrimination, de proportionnalité. L'on retrouve également l'équité dans la décision, c'est-à-dire dans le passage de la norme abstraite à son application concrète. Or il existe en droit européen, une pluralité d'autorités

appelées à appliquer la norme ou à porter une appréciation sur cette application : les juges nationaux et communautaires, la Commission, le médiateur européen, la CJCE. Cette dernière fait parfois appel à l'équité, qui est constamment invoquée par les requérants.

S'agissant du rôle de l'équité, les rapporteurs considèrent qu'elle est à la fois facteur d'intégration et de désintégration européennes. L'équité œuvre pour l'expansion du droit européen à travers les principes généraux du droit communautaire et elle concourt à légitimer ce droit en corrigeant les excès qui pourraient résulter de son application stricte mais aussi en l'inspirant. Mais l'équité porte également en elle un fort potentiel de désintégration de la norme européenne en «l'atomisant».

Le rapport *français* est ensuite présenté par le Professeur François-Xavier Testu. L'image qui apparaît lorsque l'on compare droit et équité est celle de la différence entre législateur et juge : s'il existe une allégorie de la justice les yeux bandés, on n'imagine pas au contraire le législateur les yeux bandés. Mais en réalité le juge perçoit souvent le juste dans le cas concret et l'équité devient alors le prétexte d'une autonomie juridictionnelle qui va changer selon qu'il s'agit de compléter le système ou de s'en émanciper.

Pour illustrer l'équité complétant le système, M. Testu évoque l'exemple de l'enrichissement sans cause. Le critère de solution étant le caractère injuste de l'enrichissement, c'est le juge qui vérifie ce caractère. Il existait un vide juridique qu'il appartenait sans doute au juge de combler. Il s'agit donc ici d'une équité *praeter legem*. Mais il existe également une équité *contra legem*, qui corrige le système et qui est difficile à légitimer car dangereuse. Il s'agit des cas dans lesquels le juge écarte une loi qu'il n'estime pas juste, son application étant à son avis inique.

Le paradoxe selon lequel la Cour de cassation agit régulièrement comme un ministre d'équité s'explique bien : le Roi a délégué la justice mais s'est toujours gardé le droit de corriger les injustices dans l'application de la règle en ayant recours à l'équité. Ainsi, en 1298, Saint-Louis s'était donné le droit de déroger à l'application de coutumes déraisonnables. Ce recours à l'équité se pratiquait dans une juridiction supérieure qui est devenue par la suite la Cour de cassation. S'agissant de la jurisprudence contemporaine de cette dernière, M. Testu donne deux exemples dans lesquels elle a statué en faveur de l'équité, contre la loi. Il s'agit des jurisprudences sur la protection des cautions et sur le régime de la clause de non concurrence que l'employeur fait signer à l'employé : dans trois arrêts du 10 juillet 2002, la Cour énonce que ces clauses ne sont licites que lorsqu'elles comportent l'obligation pour l'employeur de verser à l'employé une indemnité financière. Cette solution, inspirée par l'équité, a des effets, notamment dans le domaine des hautes

technologies où les jeunes sociétés n'ont pas les moyens de financer ces clauses, qu'elles remplacent par des accord de confidentialité, c'est-à-dire des conventions de non-emploi entre employeurs impliquant l'interdiction d'embaucher un salarié venant d'une entreprise signataire de la convention.

Mme Hafiza El-Haddad présente ensuite son rapport sur le concept d'équité dans le système juridique *égyptien*. L'équité est présente dans ce système depuis les anciens codes : 1875 pour le Code civil mais également dans la jurisprudence de cette époque. Aujourd'hui, le système juridique égyptien reconnaît à l'équité plusieurs rôles. Il la considère tout d'abord comme source subsidiaire du droit (art. 1

<sup>er</sup>, al. 2 du Code civil : « à défaut d'une disposition législative applicable, le juge tranche le litige conformément à la coutume, et à défaut de cette dernière selon les principes du droit islamique (*El Sharaia El Eslameya*) ; et à défaut de ce dernier, conformément aux principes du droit naturel et les principes de la justice »). Mais l'équité constitue également un complément nécessaire du droit dans certains cas déterminés, la loi renvoyant elle-même à l'équité pour combler certaines lacunes. Enfin, l'équité corrige le droit, cette notion étant derrière le rôle modérateur accordé au juge égyptien d'adapter le contrat. Il va rétablir la balance économique du contrat lorsqu'il apparaît que ce dernier a été déséquilibré à cause de l'imprévision avec la survenance d'un événement exceptionnel, général et imprévisible. On retrouvera ce principe en droit pénal et en droit administratif.

Mme Haddad évoque ensuite l'équité et l'arbitrage. Une loi égyptienne de 1994 sur l'arbitrage en matière civile et commerciale accorde une place importante au concept d'équité, en reconnaissant deux types d'arbitrage, l'arbitrage de droit et l'arbitrage amiable composition. Le tribunal

arbitral peut trancher les litiges selon les règles de la justice et d'équité sans être lié par les règles de droit, si les parties lui ont expressément conféré le pouvoir de trancher le litige en amiable composition. L'arbitre, personne privée qui détient son pouvoir de trancher le litige de la volonté des parties, doit décider dans les limites qui lui ont été accordées. Et l'arbitre de droit ne peut trancher en tant qu'amiable compositeur que lorsque le résultat de son recours à l'équité est identique à celui qui pourrait être obtenu par la mise en œuvre des règles de droit. Mais qu'en est-il dans le cas inverse, lorsque l'amiable compositeur écarte les principes d'équité pour appliquer les règles de droit ? Si le résultat de sa sentence conduit à des résultats opposés à ceux pouvant être réalisés par la mise en œuvre des principes de l'équité, cette sentence pourra faire l'objet d'un recours en annulation.

Le Doyen Pierre Lemieux prend ensuite la parole pour présenter son rapport sur l'équité dans le droit public canadien. L'Administration canadienne est soumise au droit et au contrôle des juridictions judiciaires. Etant soumise à la loi et à la common law, les administrés peuvent demander l'annulation d'une décision administrative méconnaissant ces normes écrites ou non écrites.

Les pouvoirs conférés à l'Administration par une loi diffèrent de ceux fondés sur une autre loi et elle est amenée à prendre des décisions individuelles variées et n'ayant pas les mêmes fondements. L'Administration dispose également de compétences judiciaires. L'exercice de son pouvoir discrétionnaire, qu'il soit de nature judiciaire ou administrative, est soumis à une procédure dont l'objet est de lui imposer les conditions essentielles d'un processus décisionnel équitable. Les tribunaux, en contrôlant l'Administration, ont élaboré des règles de forme et de fond qui doivent être respectées même en l'absence de texte, sous peine d'annulation de la décision qui les auraient ignorées : il s'agit du principe d'agir équitablement. L'obligation de respecter les règles d'équité se retrouve dans les règles écrites et dans les règles de common law qui comblent les silences de la loi.

S'agissant des règles législatives imposant un processus décisionnel, M. Lemieux cite la Charte canadienne des droits et libertés et la Déclaration canadienne des droits, qui font référence à l'équité. Pour le Québec, il s'agit notamment de la Charte des droits et libertés de la personne et de la loi sur la justice administrative.

En ce qui concerne les règles de common law visant à assurer l'équité de la décision, la procédure et les audiences devant les organismes administratifs exerçant une fonction de nature

judiciaire doivent respecter les conditions essentielles d'un procès équitable. Les tribunaux judiciaires, en exerçant leur contrôle sur les organismes publics et les tribunaux inférieurs, ont élaboré certaines règles qui doivent être respectées, même en l'absence de texte, sous peine d'annulation de la décision qui les aurait ignorées. Il s'agit de ce qu'on appelle les principes de justice naturelle qui comportent deux règles. La règle *nemo iudex in sua causa* signifie que le juge ne doit pas statuer sur une affaire qui le concerne directement ou indirectement en tant que particulier, afin d'éviter tout préjugé et tout intérêt personnel et la règle *audi alteram partem* qui concerne les droits de la défense : droit de faire valoir ses moyens de droit (respect de l'équité procédurale) et droit à une décision impartiale de la part de l'Administration, que la décision émane d'une autorité juridictionnelle ou purement administrative.

En conclusion, M. Lemieux estime que tout le processus décisionnel de l'Administration est soumis au devoir d'agir équitablement. L'équité est, en fait, le fondement même du droit public canadien.

Lors des débats qui suivent ces exposés, le Doyen Abou El-Bassal revient sur le fait que ces interventions n'ont toujours pas permis de dégager une définition homogène de l'équité, ce à quoi le Professeur Testu répond que si l'on souhaite une convergence sur la notion d'équité, il faut déjà se mettre d'accord sur le sens des mots, ce qui est loin d'être facile... Le Président Galabert, ajoute que lorsqu'on est juge, on ne peut ignorer l'équité. Mais le problème réside dans la subjectivité, deux personnes pouvant avoir deux conceptions différentes.

A l'observation de M. Frederic Favez El Mourtada, avocat au Barreau de Paris, qui évoque le rôle des Conseils d'Etat libanais et égyptien qui ont contribué très largement à l'élaboration du principe d'équité, M. Maamari ajoute que la Cour de cassation, dont il est le représentant, a très peu l'occasion de créer des règles à valeur normative. La plupart du temps, l'équité n'est pas une fin mais un moyen d'interpréter la règle de droit. Pour M. Olivier Dutheillet de Lamotte, membre du

Conseil constitutionnel français, il semble que dans les pays de droit écrit l'équité est surtout un moyen et non une fin. Enfin, Mme Denise Gebara Khoury, conseiller d'Etat au Liban, précise que les textes que le Conseil d'Etat est censé appliquer n'étant pas toujours très clairs, le Conseil procède à des définitions, et que c'est ainsi qu'il a défini l'équité. De plus, il précise, par sa jurisprudence, la portée des textes à appliquer. Comme exemple, Mme Gebara Khoury mentionne la jurisprudence qui définit le sens à donner au concept d'« intérêt général » : ce dernier est exigé par la loi pour priver les citoyens de leur propriété privée en vue de réaliser des projets dans un but d'intérêt général. Or ce concept évolue avec le rôle de l'Etat vis-à-vis des citoyens, ce rôle devenant de plus en plus étendu avec l'intervention de l'Etat à tous les niveaux de la vie du citoyen et qui va des besoins primaires essentiels (ex. : routes) à des besoins culturels (salles de concert, théâtres...), sportifs (terrains de sport...), etc.

## LES POINTS DE VUE DES PROFESSIONNELS

Cette troisième séance de travail est présidée par le Bâtonnier de l'Ordre des avocats au Barreau de Paris, M. Paul-Albert Iweins qui fait part de quelques observations sur l'équité : tout d'abord, les avocats disent bienvenue à l'équité dans le droit, leurs plaidoiries reposant sur l'équité de la solution qu'ils proposent au juge d'adopter; ensuite, il est difficile de parler d'équité sans parler d'égalité, tous les citoyens devant être égaux devant la loi et devant le juge. Le Bâtonnier laisse ensuite la parole aux avocats et aux juges.

### *Le point de vue de l'avocat*

Le Bâtonnier Georges Flécheux, qui intervient pour donner le point de vue de l'avocat français, explique que la satisfaction des intérêts qui ont été confiés à l'avocat doit être faite par la mise en œuvre de la règle de droit mais celle-ci laisse une part substantielle à l'appréciation du juge, aussi bien en ce qui concerne les règles de procédure que de fond.

L'avocat a également, en vertu de l'article 6 de la CEDH, l'obligation de défendre les règles du procès équitable. La Cour de cassation française et la Cour européenne des droits de l'homme ont imposé des règles dont il sanctionne la violation (respect du contradictoire, « égalité des armes »...), mais cela s'observe également dans d'autres pays de l'Union européenne et peu à peu se construit un droit procédural européen ayant pour objectif de garantir le fonctionnement «équitable» de la justice. Ces règles de procédure se retrouvent dans la déontologie de l'avocat et dans celle du juge.

Présente dans les règles de procédure, l'on retrouve également l'équité dans la mise en œuvre du droit. Ainsi dans le droit de l'arbitrage international qui a facilité la prise en considération de l'équité par les arbitres. Le rôle de l'équité dans l'appréciation des obligations contractuelles ou des sanctions pénales n'est pas non plus négligeable. En invoquant l'article 1135 du Code civil français (« Les conventions obligent non seulement à ce qui y est exprimé, mais encore à toutes les suites que l'équité, l'usage ou la loi donnent à l'obligation d'après sa nature»), l'avocat invite le juge à s'interroger sur la conformité à l'équité de la solution qu'il propose. Ce sentiment personnel subjectif ne devra pas faire obstacle à l'application de la règle de droit mais doit être pris en considération dans sa mise en œuvre. Depuis une dizaine d'années, la Cour de cassation, sans doute influencée par la doctrine, a revigoré l'application de l'article 1135 en posant comme principale règle d'interprétation des règles contractuelles la bonne foi et l'équité.

Quant à l'équité du juge répressif, la loi fixant rarement une sanction pécuniaire impérative, il dispose de la liberté d'appréciation de la sanction et ici l'équité, pour l'avocat, réside dans le respect de la loyauté du débat judiciaire et dans la volonté de faire partager à son juge la proposition d'une solution équitable.

M. Samir Annabi présente ensuite le point de vue de l'avocat tunisien. La définition d'André Tunc selon laquelle l'équité est une justice qui dépasse la simple application de la règle de droit est provocatrice pour l'avocat, qui est appelé, d'après la réglementation de la profession et la déontologie, à promouvoir l'application de la loi. Cette application ne peut se faire hors du système d'administration de la justice qui met en compétition quatre acteurs principaux : les parties, les juges, les avocats et l'ensemble des règles régissant les relations sociales. Le recours à l'équité par l'avocat augmente la part d'incertitude qui existe dans ce métier. Un minimum de sécurité juridique doit exister pour que l'avocat ait une idée des chances d'aboutir du procès. Le problème se complique encore davantage dans les systèmes de droit non écrit. Ainsi, en *common law*, l'avocat est tenu de citer les précédents en faveur de sa position mais aussi ceux qui sont contre. L'avocat

crain une décision du juge basée sur l'équité quand il intervient en tant que défenseur du

patrimoine (litiges entre particuliers essentiellement) mais il la voit au contraire d'un très bon oeil en droit commercial, administratif (quand l'administration abuse de ses prérogatives) et pénal. Mais tout ceci ne résout pas certains problèmes tels que les relations entre juge et avocat, le rythme des débats, l'organisation matérielle des procès. Le juge reste maître des débats et de la solution du litige, que le système soit accusatoire ou inquisitoire, il dispose toujours de moyens diversifiés pour motiver sa décision, notamment l'équité.

#### ***Le point de vue de l'avocat à la Cour de cassation***

Ce sujet est d'abord présenté par M. Philippe Blondel, avocat au Conseil d'Etat et à la Cour de cassation français, qui construit son rapport autour du fait qu'il existe, d'une part, une ou des équités « maîtrisées ou maîtrisables », d'autre part, une ou des équités « dans tous leurs états » car elles échappent à l'absolue rationalité.

Parmi les équités maîtrisées le rapporteur français distingue l'équité prohibée (car le juge doit statuer conformément à la règle de droit régissant la situation, autrement dit en droit et non en équité, ce que rappelle la Cour de cassation) de l'équité recherchée qui résulte de dispositions légales ou réglementaires exigeant sa prise en compte et le rapporteur en cite toute une série d'exemples, illustrés par leur application par la Cour de cassation.

L'équité ou les équités peuvent également se trouver « dans tous leurs états » car M. Blondel a la conviction que l'équité est partout dans l'œuvre des juges du fond et à la Cour de cassation, en étant soit source d'interrogations, soit source de créativité.

L'équité suscite des interrogations car les sources de droit sont de plus en plus nombreuses et changeantes (« geyser permanent et bouillonnant »). Elles ont entraîné la création de principes fédérateurs (bonne foi contractuelle, loyauté procédurale, proportionnalité et juste équilibre...) dans lesquels on retrouve l'équité, qui fait donc bien partie du droit substantiel. On peut alors s'interroger sur le maintien de l'affirmation selon laquelle le juge statue en droit et non en équité, à partir du moment où l'équité devient droit...

Mais surtout cette exigence d'équité se retrouve dans les méthodes des juridictions qui appliquent avec souplesse et nuance des notions cadres en fonction des faits et notamment de leurs singularités. Avant cela l'équité a toujours été présente dans le pouvoir d'appréciation des juges du fond, et que dire lorsque celui-ci est investi d'un pouvoir discrétionnaire qui le dispense même de motiver... Mais alors, s'interroge le rapporteur, la Cour de cassation, juge du droit, en donnant un très vaste champ à l'équité des juges, n'est-elle pas l'alliée de l'équité ? En effet, en quantifiant un préjudice, le juge statue souvent en équité et la Cour de cassation a beau affirmer un principe de réparation intégrale, quand elle décide que le chiffre retenu par les juges fait partie de leur pouvoir d'appréciation, un grand décalage existe entre l'énoncé de la règle de droit et la façon dont le juge de cassation contrôle sa mise en œuvre pratique. L'opportunité prend alors le relais. Les reculs affichés des contrôles par la Cour de cassation et une certaine montée en puissance de pouvoirs discrétionnaires, ensemble avec une extension du pouvoir souverain qui laisse une large place à l'équité font que la Cour de cassation qu'elle le veuille ou non se fait l'alliée objective de cette façon de réaliser le droit mais alors il y a des limites à ne pas franchir et c'est le travail à faire sur une équité maîtrisée, révélée, intelligible, car il ne faut jamais oublier qu'à côté de l'équité il y a les équités et si l'une est créatrice l'autre est destructrice et porte une atteinte grave à la crédibilité même de la justice.

En réalité l'équité est une source de créativité, elle est souvent tirée de la situation de fait soumise au juge et lorsque celle-ci est porteuse d'un message, le juriste doit, par le recours à la qualification notamment, faire progresser et intégrer l'exigence d'équité dans la définition du concept et là nous observons à quel point l'équité et les équités gouvernent des évolutions jurisprudentielles fortes, la Cour de cassation jouant à cet égard un rôle central.

Mais alors un chantier s'ouvre, le repérage de ces équités, leur maîtrise rationnelle et la façon dont elles s'intègrent dans les règles et principes qui gouvernent une bonne réalisation du droit où l'exigence de justice ne doit jamais être absente, l'équité devient une valeur à elle seule et une

valeur d'accompagnement qui comme une bonne fée veille à une bonne réalisation du droit.

Le Professeur Jacques EI-Hakim présente ensuite son rapport sur l'équité en droit syrien. Avant les codes, la jurisprudence faisait déjà référence, en l'absence de texte légal, à des règles tirées de législations étrangères ou des traités internationaux ou formulait des règles prétorienne inspirées par les circonstances de l'affaire ou par les principes généraux du droit égyptien. Le droit musulman accordait à l'équité une place prééminente et elle explique le très large pouvoir du juge (*qadi*), consacre par la *Majalla*, codification du droit civil musulman hanafite datant de l'époque ottomane (1876-1882) et restée en vigueur jusqu'au Code civil de 1949. Ce Code, inspiré par le Code civil égyptien, dispose, dans son article 1

<sup>er</sup>, alinéa 1

<sup>er</sup>, que les dispositions législatives régissent toutes les matières dont elles traitent. Mais l'alinéa 2 ajoute qu'en l'absence de texte législatif applicable, le juge applique les principes du droit musulman, en leur absence, la coutume et à défaut de cette dernière, les principes du droit naturel et les règles de l'équité. Outre ces dispositions d'ordre général, le droit positif syrien regorge de dispositions accordant au juge un pouvoir discrétionnaire considérable dans l'appréciation des conditions donnant lieu à l'application des règles légales, dans la détermination des prestations contractuelles ou de l'indemnité sanctionnant leur violation. Mais dans de nombreux cas, le juge syrien ignore systématiquement les règles légales, soit en invoquant une prétendue règle d'équité, soit en esquivant purement et simplement toute justification en se fondant sur le pouvoir des juges du fond pour interpréter les conventions, qualifier les faits et apprécier les preuves, afin d'échapper à la censure de la Cour de cassation. Cette dernière s'immisce parfois dans l'appréciation des faits ou des contrats pour en dénaturer le sens ou la portée sous prétexte de sauvegarder l'équité, outrepassant ainsi son rôle de contrôle de la légalité des jugements rendus par les juridictions inférieures.

Quant aux mobiles profonds qui motivent les juridictions syriennes dans leur appréciation de l'équité, les juges sont sensibles aux critères de justice communs à l'humanité : sympathie à l'égard du pauvre, du faible, de l'opprimé, recherche de l'égalité, etc. mais également, sous couvert de l'équité, ils ont des motivations plus personnelles, tirées de leur appartenance à une classe sociale, un groupe ethnique, une mouvance politique... Ce détournement de l'équité prive les justiciables de toute sécurité, leurs conventions étant vouées à l'arbitraire et à l'imprévision. M. EI-Hakim procède ensuite à l'énumération d'une série d'exemples dans lesquels l'arbitraire du juge tend à se développer au titre de l'équité.

### ***Le point de vue du juge***

M. Mohammed Bedjaoui, président du Conseil constitutionnel algérien, ancien président de la Cour internationale de justice, présente ensuite son rapport sur le « point de vue du juge international ».

Sa première idée concerne les limites de la fonction judiciaire dans l'application de la norme positive internationale. Ces limites ont différentes origines. Elles peuvent tout d'abord être liées au fait que le juge international est avant tout un homme, avec ses « standards personnels de comportement ». D'autres limites tiennent à l'organisation du procès par le juge. Ainsi, la Cour internationale de justice dispose d'un pouvoir d'appréciation pour prendre les mesures qui lui paraissent les mieux appropriées pour organiser le procès. Enfin, il existe des limites du fait du législateur international, en cas de lacune ou de vide juridique, d'indétermination de certaines notions à contenu variable.

La deuxième idée a trait à l'ouverture de la fonction judiciaire sur le champ de l'opportunité, pouvoir discrétionnaire mais non arbitraire. Le juge international dispose d'un pouvoir discrétionnaire d'appréciation, qui se prolonge parfois en une certaine obéissance à l'opportunité, et que l'on peut déceler à travers différentes manifestations : l'acceptation ou le refus, direct ou indirect, de juger, malgré l'existence de la norme ; la fonction individualisatrice de la norme par le juge, ce que M. Bedjaoui qualifie de choix d'adéquation d'une solution à un cas d'espèce ; la possibilité pour le juge de compléter ou préciser une norme à contenu indéterminé ; enfin la

fonction d'améliorer une norme à contenu déterminé pour résoudre tous les aspects d'un différend. En conclusion, M. Bedjaoui estime que le juge international a pour mission fondamentale d'appliquer quasi-exclusivement le droit dans sa fonction de « dire le droit ». Ce faisant, il est dispensateur de *sécurité juridique*, rôle pour lequel il a été créé. Mais les circonstances propres à

l'espèce traitée lui rappellent son rôle subsidiaire qui est d'éteindre le différend, pour contribuer à pacifier et à normaliser les relations entre les Etats. Sa décision de «dire le droit» ne doit pas être contre-productive et exacerber les passions. Les circonstances de l'affaire lui suggéreront alors d'ajouter, chaque fois que la légalité le lui permet, une note plus ou moins discrète d'opportunité. Les débats qui suivent ces exposés débutent par l'intervention de l'Ayatollah Moosavi-Bojnordi qui explique que l'équité est présente depuis toujours dans le droit musulman et que lorsqu'on accorde au *qadi*, le juge religieux, une certaine faculté d'interprétation du droit, il l'applique comme il veut. De plus, il existe dans le droit musulman un principe de bonne foi et de franchise qui implique que le contractant est présumé de bonne foi et franc jusqu' à preuve du contraire. Or en droit musulman, qui distingue les responsabilités civile et pénale, un magistrat pénal ne peut pas condamner une personne de bonne foi qui n'avait pas eu connaissance de la loi pénale. En matière civile en revanche, comme en France, nul n'est censé ignorer la loi donc la responsabilité civile de la personne est engagée alors qu'au pénal on essaye de préserver la personne par souci d'équité et de justice.

M. Blondel ajoute que le nouveau Code pénal français dispose que la non connaissance du droit permet dans certains cas l'impunité mais que la Cour de cassation fait une interprétation restrictive de cette disposition. Il insiste également sur un point très important: l'imprécision de la loi qui fait que le juge lui donne plus ou moins le contenu qu'il veut, ce qui est très discuté au regard de la prévisibilité de la décision et des exigences du procès équitable.

M. El-Hakim évoque ensuite d'autres dangers : d'une part, les infractions formelles pour lesquelles le juge n'est pas invité à apprécier la culpabilité ou la responsabilité de l'auteur mais seulement à appliquer d'une manière aveugle les dispositions légales ; d' autre part, la généralité de l'incrimination c'est-à-dire l'utilisation de termes généraux dans lesquels tout peut entrer (certaines lois françaises récentes l'ont malheureusement illustré). M. Malaurie ajoute qu'au nom de l'équité il peut effectivement y avoir une insécurité, une imprévisibilité, un arbitraire, des injustices. Au nom du droit, que d'injustices peuvent être commises ! Pour M. Terré l'inflation du droit pénal est effectivement regrettable mais qu'elle a quand même des mérites : à l'heure actuelle, on pourrait démontrer facilement devant les tribunaux que toutes les dispositions pénales du Code de commerce sont nulles !

M. Hadi Slim s'étonne de ne pas avoir entendu le terme proportionnalité, terme essentiel dans la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme et qu'il est difficile aujourd'hui de dissocier de l'équité.

#### LA PROSPECTIVE

Cette séance est présidée par le Professeur François Terré, membre de l'Institut, Professeur à l'Université de Paris II, qui évoque, dans des propos introductifs, d'une part, les équités, il en existe effectivement une pluralité dans le monde, il s'agit d'un concept polysémique et pluraliste ; d'autre part, l'équité au singulier, qui lui inspire deux réflexions. Tout d'abord, il n'y a pas seulement, entre droit et l'équité, une différence de souplesse mais une réflexion sur l'application du général au particulier. Ensuite, qu'est-ce que sera l'équité demain ? Elle est toujours montrée en relation avec l'égalité mais il faudrait la montrer en relation avec la liberté. Les promesses de la science et de la technique modernes se sont transformées en menaces que l'homme doit anticiper. Pour ce faire, l'équité est indispensable.

Le Professeur Walid Kassir présente son rapport intitulé «Equité et droit international privé, réalité et perspectives ». L'équité est une notion très fuyante qui permet au juge de prendre ses distances par rapport au droit. Elle s'infiltré parfois même dans le droit international privé, de deux

manières.

Tout d'abord, s'agissant de l'influence de l'équité au niveau de la détermination du droit compétent pour résoudre les litiges privés internationaux, en l'absence d'une réglementation juridique universelle spécifique, ce droit a pendant longtemps été celui de l'Etat le plus concerné par le litige, ce qui contraste avec l'équité, dont la volonté est d'atteindre une justice concrète. Puis s'est instaurée une certaine flexibilité pour contrer la rigidité des règles de conflit. Mais le recours de plus en plus fréquent à la codification en droit international prive a restreint la marge des juges et donc l'influence de l'équité. Dans un domaine cependant on privilégie la volonté des parties, celui des contrats internationaux. Dans les règles de droit international privé modernes, au niveau des règles de conflit à caractère matériel, la plupart sont motivées par une volonté, un souci de justice

concrète.

S'agissant de l'influence de l'équité au niveau de l'application du droit compétent, traditionnellement la jurisprudence française considérait que le juge du fond avait uniquement la faculté mais non l'obligation de soulever d'office la vocation de la loi étrangère à s'appliquer. Aujourd'hui, en dehors du cas où les parties n'ont pas la libre disposition de leur droit, le juge a simplement le loisir de soulever d'office la vocation de la loi étrangère sans être obligé de le faire. Pourtant il semble assez probable que le droit international privé français rejoindra dans l'avenir d'autres pays européens qui, comme l'Allemagne, l'Espagne, la Suisse, imposent à leur juge de soulever d'office la vocation de la loi étrangère compétente.

S'agissant de l'interprétation, théoriquement le juge du for doit appliquer la loi étrangère telle quelle mais en fait, il dispose d'une grande marge de flexibilité pour l'interpréter.

Le Professeur Kassir évoque ensuite l'ordre public international. En droit international public classique l'exception d'ordre public international permet de compenser à posteriori la neutralité traditionnelle de la règle de conflit en écartant la loi étrangère normalement compétente dont l'application choquerait d'une manière inacceptable les principes fondamentaux du droit du for. C'est une notion à contenu variable qui confère assez de flexibilité pour permettre au juge d'un pays de l'utiliser dans de nombreux cas s'il le juge nécessaire pour évincer une solution juridique étrangère considérée comme inéquitable (inéquitable pouvant alors être synonyme de contraire à l'ordre public international).

Pour conclure, il importe de se demander si l'infiltration de l'équité en droit international privé est réellement bénéfique et doit être encouragée ou si au contraire elle est risquée et doit être contenue par les gardiens du droit, les législateurs et les cours suprêmes. Parmi les avantages indéniables de l'équité on peut surtout retenir l'aspiration permanente à une meilleure justice et le souci de prendre en considération les besoins concrets de la société. En revanche, parmi les risques inhérents à l'équité, on insiste sur l'imprévisibilité qui peut en découler ainsi que sur le danger de l'arbitraire.

Puis le Professeur Khaled Naciri présente son exposé sur les « Perspectives d'avenir de l'équité en droit international public » dont l'objectif principal est d'affirmer que le droit international doit se ressourcer dans des principes, des « valeurs pérennes et suprêmes de l'humanité », telles que l'équité. Ce sujet a une double dimension, il faut d'une part observer la relation intime et ambiguë entre droit international et équité, d'autre part formuler une interrogation prospective sur une probable synergie à construire entre les deux.

]

Dans la première partie de son rapport, portant sur les ambiguïtés de la « vieille » relation existant entre droit international et équité, M. Naciri évoque les grandes élaborations philosophiques sur le concept d'équité, d'Aristote à Rousseau, Hegel... qui font que nous nous retrouvons face à un binôme mettant face à face les idées de justice et de droit. Mais l'idée de justice est antérieure à celle de droit et le droit international en particulier puise dans les valeurs immanentes... et s'en affranchit. En effet, élaboré grâce aux constructions philosophiques des plus grands moralistes, il se convertit progressivement en une espèce de codification de normes occultant l'homme et ses causes légitimes. Il n'est pas moins paradoxal d'observer également que le droit international moderne, d'une part, n'évacue pas totalement l'idée de justice et d'équité issue de la philosophie du droit naturel et, d'autre part, tend à s'en départir au motif que tel n'est pas son

objet.

La deuxième partie du rapport concerne la recherche d'une nouvelle synergie entre droit international public et équité. Cette dualité irradie en effet toute perception de la société internationale idéale.

Maintenant, un nouvel ordre mondial, pour utopique qu'il soit, n'en est pas moins nécessaire. Techniquement les étapes préliminaires du nouvel ordre mondial supposent : la régulation du recours à la force; le règlement pacifique des différends, selon diverses modalités (négociation, médiation, arbitrage, justice internationale...); le maintien de la paix (notamment par le rôle de l'ONU). De nouveaux droits sont également à explorer, à élaborer, à développer et à imposer : le droit au développement, le droit à la paix, le droit à la justice.

Pour M. Naciri, la société internationale a un intérêt vital à introduire plus d'équité, de moralité dans la pratique du droit international et à la faire passer « d'une présence blafarde à une effectivité

assumée ». L'équité, tout en relevant d'une catégorie différente de celle du droit, fait partie de son environnement opérationnel et peut servir de levain à une réactivation universellement et favorablement accueillie du droit international. Le droit international ne doit pas se transformer en droit de la subordination, c'est un droit de coordination pas seulement entre les puissants, mais impliquant également les plus faibles.

En conclusion, droit et équité sont différents mais nécessaires l'un à l'autre. L'équité doit irradier l'ensemble du droit international public.

Le dernier rapport est celui du Professeur Hassan Rifaat, portant sur « l' équité et le Code civil arabe unifié ». Comment ce Code va-t-il être manié par les juges des différents pays arabes dans le futur s'il vient à être adopté définitivement par tout le monde? S'il existe un effort d'unification à travers la codification, c'est la diversité qui semble s'imposer au niveau de l'application.

L'unité dans la codification. Les litiges que peut soulever un contrat dépassent parfois la volonté ou l'imagination des parties et le contrat est silencieux quant à la solution du litige. Etant dans l'obligation de trancher, le juge pourra, pour trouver une solution, se tourner vers la loi, s'il trouve un texte applicable au cas d'espèce, ou encore vers les usages. Dans le cadre du Code arabe unifié, les lacunes textuelles sont en pratique difficilement envisageables, il y aura toujours un texte à appliquer, la panoplie de sources est telle que le juge ne sera jamais dans l'impossibilité de trouver un fondement à sa décision, notamment grâce au Coran.

Le Code civil arabe unifié contient trois séries de dispositions. Premièrement, les articles 238 et 240 évoquent respectivement la coutume, qui s'impose aux parties à un contrat, et la justice qui peut emmener le juge à dispenser un cocontractant d'exécuter des clauses abusives contenues dans un contrat d'adhésion. Deuxièmement, d'autres dispositions ouvrent largement les portes de l'interprétation : à défaut de texte dans le Code, elles renvoient à la *doctrine* que le juge doit appliquer dans ce qu'elle a de plus approprié aux dispositions du Code. Si la doctrine ne régleme nte pas le problème, il aura recours aux principes écrits et aux objectifs de la *Chari'a*. Ce pouvoir d'interprétation est toutefois limité par la coutume car il doit en tenir compte seulement dans la mesure où elle serait contrôlée par la doctrine. Le juge doit toujours en venir à l'enseignement religieux pour comprendre, lire, interpréter et appliquer les textes du Code. Deuxièmement, d'autres dispositions ouvrent largement les portes de l'interprétation : à défaut de texte dans le code, il renvoie à la *doctrine* que le juge doit appliquer dans ce qu'elle a de plus approprié aux dispositions du Code (il regarde lequel de ces enseignements doctrinaux est le plus conforme au code pour l'appliquer au cas d'espèce). Si la doctrine ne régleme nte pas le problème, il aura recours aux principes écrits et aux objectifs de la *Chari'a*. Ce pouvoir d'interprétation est toutefois limité par la coutume car il doit en tenir compte mais seulement dans la mesure où elle serait contrôlée par la doctrine. Le juge doit toujours en venir à l' enseignement religieux pour comprendre, lire, interpréter et appliquer les textes du Code civil.

Troisièmement, en plus de ces portes ouvertes sur tous les courants de la doctrine, le Code civil arabe unifié contient 85 clauses « royales », fondamentales, reprises à la *Medjellé*, l'ancien Code civil ottoman. Ces dispositions permettent la mise en place d'un dispositif juridique au service de

l'équité pour une justice conforme à la façon dont le juge évaluera les éléments du dossier. Mais le juge va se heurter à une de ces clauses royales qui dispose qu'une disposition claire et précise ne comporte pas d'interprétation. Est-ce que cela empêche le juge de juger en équité ? En fait, M.Rifaat considère qu'il ne faut pas utiliser le mot interprétation mais plutôt l'effort fourni pour trouver une solution. Quand cet effort a déjà été accompli, il n'y a plus à interpréter le texte. Mais il n'est pas exclu que cet article puisse être diversement interprété. Un autre article pourrait être diversement perçu car troublant dans sa traduction française : « une interprétation n'est pas annulée par une autre interprétation ». S'agit-il d'interdire les revirements de jurisprudence? Cette disposition est plus nuancée : L'interprétation étant le fruit de l'effort des grands spécialistes de la doctrine, lorsque de tous temps une interprétation a été admise par l'unanimité des docteurs, des jurisconsultes, le juge ne pourra plus apporter son grain de sel. Quand c'est admis unanimement, l'on ne peut, sous couvert d'interprétation, changer quelque chose à ce qui a été établi. Cet article ne fait donc pas obstacle au pouvoir du juge de décider selon son évaluation des règles qui s'appliquent au dossier au nombre desquelles prend place l'équité.

Quant à la diversité dans l'application, il n'est pas rare qu'un même texte soit lu avec des variantes liées à l'environnement socio-juridique. La tradition du corps judiciaire est-elle aussi

déterminante. La lecture d'un texte implique l'appel aux notions du passé, à leur perception par le juge ainsi qu'à une analyse évolutive pour trancher le cas d'espèce. L'application du Code civil arabe par les tribunaux des divers pays sera laborieuse. M. Rifaat énonce une hypothèse pour le futur : il y aurait dans les divers pays arabes trois catégories de magistrats pour appliquer ce Code. D'abord les magistrats vraiment rompus au droit musulman mais n'ayant qu'une faible pratique du droit civil moderne. Ce sont les règles du droit musulman qui seront le fondement réel de leur jugement, c'est au regard de leur foi qu'ils vont essayer d'être équitables. L'équité sera dans ce cas d'essence religieuse. Une deuxième catégorie de magistrats serait constituée de ceux qui auraient reçu une double formation. Ils auront tendance, comme les deux formations ne sont jamais d'une égale pression sur leur conscience, à avantager celle dans laquelle ils se sentent le plus à l'aise, l'autre discipline pouvant être un appoint pour eux. Ils feront du civil en disant que cela a été admis par un docteur de l'Islam et selon telle règle, ils se sentiront à l'aise pour concilier l'équité, la justice et la correction de la solution juridique. La troisième catégorie de magistrats, seraient rompus au droit civil moderne et s'inspireraient dans leur jugement des solutions de droit moderne marquées du sceau de l'équité.

M. Rifaat émet deux observations en guise de conclusion. D'abord, pour être accueilli par la jurisprudence des tribunaux civils, le Code civil arabe unifié devra être manié par des juristes qui maîtrisent le droit civil et le droit musulman. Manié et non manipulé, parce que la profonde connaissance de ces deux droits paraît nécessaire à l'application sans aucune préférence des deux sources auxquelles ce Code fait appel. C'est ensuite d'une cour suprême, par exemple au niveau de la ligue arabe, dont on aura besoin. Au fil des décades, et par touches successives, verra le jour un droit, né peut-être du Code civil arabe unifié mais orienté par une cour unique. Les éléments objectifs (et non pas subjectifs pour chaque magistrat selon sa confession, sa formation) de la jurisprudence de la cour aideront les juges arabes à maintenir leur analyse dans des limites dont l'appréciation échappera au cas par cas. Quant aux règles qui seront ainsi dégagées dans un code unifié, elles seront riches de tout ce qu'apportera à la jurisprudence arabe le pluralisme culturel au niveau de la formation de la cour. L'avenir nous le dira.

A la suite de ces interventions, l'Ayatollah Moosavi-Bojnordi revient sur l'affirmation du Professeur Rifaat selon laquelle l'équité n'est pas claire dans le Coran : certes, elle n'est pas clairement définie mais elle est très présente, dans plusieurs *sourates* et *hadiths* du prophète, emprunts de l'esprit d'équité. Par ailleurs, s'agissant de l'interprétation, elle doit être faite lorsque les termes ne sont pas clairs et cette fonction ne peut être confiée qu'à des personnes qualifiées : en Iran seul le Conseil de la Nation peut procéder à l'interprétation, avec l'aide du Conseil consultatif.

Le Professeur Selim Jahel estime que l'application du Code civil arabe unifié donnera aux juges

de grandes possibilités d'appliquer l'équité parce qu'il repose sur un soubassement doctrinal énorme tel qu'on ne peut pas y trouver de solutions d'équité. M. El-Hakim voit difficilement la formation des magistrats qui vont être compétents à la fois dans le droit islamique et dans le droit civil. Il craint que l'aventure du Code civil arabe unifié ne débouche pas et est sceptique à son égard.

Le rapport de synthèse du colloque est ensuite présenté par le Professeur Fayez Hage Chahine Doyen de la Faculté de droit de l'Université Saint-Joseph de Beyrouth. Le recours à l'équité est de tous les temps et tous les lieux : Grèce, Rome, ancien droit français, Grande Bretagne, Phénicie, Mésopotamie, Chari'a islamique... et l'équité est présente dans tous les systèmes juridiques : religieux (canonique et musulman), laïcs, de droit écrit ou non. Pérennité et universalité.

Y a-t-il une ou des équités ? Est-elle du droit ou du non droit, une notion ou un sentiment ? Une source du droit ? Se rattache-t-elle au raisonnable, au bon sens ? Est-elle une fin ou un moyen ? L'équité peut être bonne, en luttant contre la rigidité du droit, ou mauvaise, prétexte à l'arbitraire, aux excès. On a également distingué l'équité écrite et non écrite, objective et subjective. Elle intervient aussi bien dans le droit interne qu'international, privé et public, le droit civil, commercial..., son rôle peut être positif ou négatif.

La question « l'équité ou les équités » paraît donc être justifiée mais pour y répondre, il faut d'une part tenter de la définir, d'autre part étudier les différents rapports de l'équité avec le droit. S'agissant du premier point, M. Hage Chahine propose la définition suivante : l'équité est un principe qui recommande ou impose à l'auteur de la décision de faire prévaloir l'axiome selon lequel

le droit est fait pour l'homme et non l'homme pour le droit.

Dans ses rapports avec le droit, on peut dire que l'équité est multiple, il en existe trois sortes.

L'équité peut d'abord être intégrée au droit, comme dans le droit religieux c'est-à-dire qu'elle en fait partie intégrante ou cohabite avec le droit comme *equity* et *common law* qui cohabitent en droit anglais (même si toutes les règles *d'equity* n'ont pas pour fondement l'équité). Ensuite, l'équité peut être exclue du droit du fait du principe de primauté de la loi (nouveaux codes de procédure civile français et libanais, droit syrien, irakien...). Enfin, l'équité peut être autorisée, lorsqu'il existe un texte applicable au litige, à titre exceptionnel ou subsidiaire