

# CONCLUSIONS GENERALES

par

Fayez HAGE - CHAHINE\*

Dans son mot d'ouverture, le Doyen de notre Faculté, Monsieur Richard CHEMALY, a exprimé sa gratitude aux congressistes « qui ont fait un long voyage pour venir au Liban ». Il a compté sur eux pour que le CEDROMA « engage une réflexion de plus dans la perspective d'une étude comparative des droits du monde arabe entre eux et de ces mêmes droits avec le droit français ».

L'étude comparative peut être menée de deux manières :

- d'une manière statique, en exposant le droit comparé
- d'une manière dynamique, en utilisant le droit comparé

Les deux méthodes ne s'opposent pas, elles se complètent : la première prépare le terrain à la seconde.

## I. L'EXPOSE DU DROIT COMPARE

L'étude descriptive des règles des divers systèmes juridiques consiste traditionnellement à envisager et à énumérer les points de ressemblance (A) et les points de divergence (B).

### A. *Les points de ressemblance*

Les dénominateurs communs qui unissent la Cour de cassation française et les Cours judiciaires suprêmes dans le monde arabe, d'une part, et ceux qui unissent ces dernières entre elles, d'autre part, sont nombreux. On peut les classer en trois catégories :

1. Ceux qui sont relatifs à l'origine de ces Cours suprêmes
2. Ceux qui sont relatifs à leurs attributions
3. Ceux qui sont relatifs à leur fonctionnement

#### 1. *Dénominateurs communs et origines*

Monsieur le président JAHEL a constaté que les pays arabes ont adopté le modèle de la Cour de cassation française en le préférant au système de la Cour suprême tel qu'il fonctionne aux Etats-Unis. Il explique cette préférence par une raison d'ordre géographique : la proximité. Mais le Président GHAMRA avance une explication d'ordre historique. Il souligne que l'Empire ottoman a créé une Cour de cassation le 19 JAMADI II de l'an 1296 de l'hégire qui correspond plus ou moins à l'an 1875. Cette cour, créée selon le modèle français, avait son siège à Istanbul et supervisait les décisions rendues par les tribunaux se trouvant dans le monde arabe dominé, à cette époque, par l'Empire ottoman.

#### 2. *Dénominateurs communs et attributions*

---

\* Professeur à l'Université Saint – Joseph. Directeur du CEDROMA. Avocat au Barreau de Beyrouth.

Les rapporteurs et les participants aux tables rondes qui ont explicitement affirmé que les Cours judiciaires suprêmes, en France et dans les pays arabes, étaient au service du (DROIT) (a) mais ils ont, moins explicitement, reconnu que ces cours sont aussi au service du JUSTICIABLE (b).

#### a. Les Cours judiciaires suprêmes au service du DROIT

Les Cours judiciaires suprêmes servent le droit, au sens de droit objectif, de trois manières :

1. *En veillant à ce que les juges du fond appliquent la loi et respectent la volonté du législateur.* Sous cet angle, la Cour de cassation joue le rôle de « Police » chargée d'une mission négative, qui consiste, comme dit le Professeur CALDERALE, à empêcher les juges du fond de s'écarter de la loi et de méconnaître l'autorité du législateur.

2. *En assurant l'unité du droit.* Ce rôle unificateur réalise le principe de l'égalité de tous les citoyens devant la loi. D'ailleurs l'égalité de traitement, comme a dit le Doyen BATTIFOL, constitue l'essence de la norme juridique. Ce rôle unificateur explique pourquoi la Cour de cassation est un juge de droit non un juge de fait. Le droit est un facteur d'unification, le fait, au contraire ; est une source de diversification. Monsieur le Président Habib HADATI a fait observer que l'exercice du pouvoir unificateur de la Cour de cassation « passe nécessairement par deux conditions : la première d'ordre matériel : l'information ; la seconde d'ordre personnel : la formation ». Monsieur le Professeur NAJJAR a souligné que cette unification s'est avérée difficile en matière de droit patrimonial de la famille au Liban.

3. *En créant le droit.* Tout le monde reconnaît l'œuvre prétorienne de la Cour de cassation française (en matière d'enrichissement sans cause, en matière de responsabilité du fait des choses inanimées, par exemple). Sous cet angle, la Cour de cassation, est l'auxiliaire du législateur. Elle le complète. S'agissant de la création du droit, il convient de faire deux observations :

- 1<sup>ère</sup> observation : Monsieur le Président JAHEL a dit que le rôle créateur des Cours suprêmes des pays arabes est réduit et que ces dernières appliquent souvent la théorie du moindre effort et se livrent à l'imitation. Il a expliqué cette attitude *par la jeunesse de ces cours*<sup>1</sup>. Ceci est exact mais il faut ajouter le fait que les codes des pays arabes inspirés des codes français contiennent des textes qui constituent la consécration législative de l'œuvre prétorienne de la jurisprudence française si bien que le juge libanais et arabe n'éprouve pas le besoin d'innover.
- 2<sup>ème</sup> observation : Le juge dans le monde arabe, et notamment au Liban, n'a pas manqué d'innover dans deux cas :
  - Lorsque la question qui lui est posée n'a pas de réponse dans le pays auquel il avait l'habitude de s'adresser pour trouver des solutions juridiques (comme par exemple en matière de conflits intercommunautaires).
  - Lorsque la lettre et l'esprit du texte libanais sont différents des textes étrangers et notamment français. Dans cette hypothèse, le juge est obligé d'innover parce que la porte de l'analogie et de la transposition lui est fermée (comme par exemple l'article 5 du D.L. n° 34 relatif à la représentation commerciale).

---

<sup>1</sup> La cour la plus jeune est la cour jordanienne qui a été créée en 1989 (voir le rapport de Monsieur Nail SALEH).

En servant le droit, la Cour de cassation a pour but lointain (*causa remota*) de servir le justiciable. Mais parfois, la protection du justiciable constitue en elle-même un but immédiat, une *causa proxima*.

#### b. Les Cours judiciaires suprêmes au service du justiciable

Pour le plaideur qui a perdu son procès devant la Cour d'appel, la Cour de cassation n'est pas une machine à syllogisme. Le pourvoi en cassation constitue pour lui, comme dit Madame CHAOUL, une « troisième chance ».

La Cour de cassation est également le juge du juste et de l'utile. Cette tâche est aisée lorsque le droit s'y prête (par exemple en interprétant l'article 1134 al. 3 relatif à la notion de bonne foi dans l'exécution des contrats). Cette tâche devient délicate lorsque le droit ne s'y prête pas.

Mais dans ce cas la Cour de cassation ne cède pas, elle se rabat sur le fait qu'elle utilise dans deux sens opposés :

- En fuyant le fait, c'est-à-dire en se retranchant derrière les pouvoirs souverains des juges du fond, lorsqu'elle veut rejeter le pourvoi et confirmer l'arrêt favorable à la partie digne de protection.
- En saisissant, au contraire, le fait, pour casser un arrêt d'appel consacrant un résultat inique ou inacceptable pour le demandeur. Dans ce cas elle utilise soit le moyen de défaut de base légale ou de dénaturation du contenu des documents soit la technique de déplacement des frontières entre le contrôle de l'interprétation et le contrôle de la qualification.

### 3. *Dénominateurs communs et fonctionnement*

S'agissant du fonctionnement, on peut relever deux dénominateurs communs :

a. La porte de la Cour de cassation n'est pas ouverte d'emblée. Pour y accéder, il faut invoquer un cas d'ouverture.

Les pays arabes comme la France ont adopté le système des cas d'ouverture. Le dénominateur commun se manifeste au niveau du *principe* de cas d'ouverture. Mais des nuances, non des divergences, existent entre les divers systèmes quant à la manière dont on formule les cas d'ouverture. En France, Monsieur le Professeur FOYER a fait observer que la doctrine, notamment Monsieur BORE, énumère presque dix cas d'ouverture alors que l'article 604 NCPC procède par voies de clause générale qui est « la non-conformité du jugement aux règles de droit ».

Dans les pays du monde arabe les textes énumèrent les cas d'ouverture :

- L'article 708 NCP libanais énumère huit cas d'ouverture
- Le droit syrien, d'après Monsieur EL HAKIM, énumère cinq cas d'ouverture
- Le droit tunisien, d'après Monsieur Mohamed LARBI HACHEM énumère sept cas d'ouverture

Violation de la loi – incompétence – Défaut de base légale – ultra petita – Dénaturation...

Tous les cas d'ouverture se ramènent à l'*idée d'inobservation du droit* et les nuances qui existent entre les divers systèmes ne sont que des divergences apparentes.

b. Le deuxième dénominateur commun est que la Cour de cassation n'est pas un troisième degré de juridiction. Elle juge le jugement, elle ne juge pas l'affaire.

En France et dans les pays arabes, à l'exception du Liban, la conséquence normale de la cassation est le renvoi de la cause et des parties devant une juridiction de fond chargée de trancher le litige. Dans ces pays, il est interdit à la Cour de cassation de

connaître du fond des affaires comme il lui est interdit de se comporter comme une cour de révision.

Au Liban on applique le système suivant. On distingue deux étapes :

- avant la cassation,
- et après la cassation.

Avant la cassation de l'arrêt attaqué, la Cour de cassation est un juge de droit et ne saurait être qualifiée de troisième degré de juridiction.

Après cassation, la Cour de cassation tranche le litige comme une cour d'appel c'est-à-dire avec la possibilité d'examiner le fond de l'affaire.

Il y a là une différence notable entre le droit libanais d'une part et le droit français et le droit des pays arabes d'autre part.

Nous arrivons maintenant aux divergences.

## B. *Les points de divergence*

Les points de divergence entre les diverses Cours suprêmes qui ont été étudiées durant ce colloque sont nombreux, on peut les ramener à deux catégories :

1. Celles qui existent dans les rapports de la Cour de cassation française avec les Cours suprêmes des pays arabes.
2. Celles qui existent dans les rapports des Cours suprêmes arabes elles-mêmes.

### *1. Les divergences dans les rapports de la Cour de cassation française avec les Cours suprêmes arabes*

Les principales divergences entre la Cour de cassation française et les Cours judiciaires suprêmes arabes sont au nombre de quatre :

a. La Cour de cassation en France jouit d'une fonction consultative. La loi du 15 Mai 1991 a ajouté au code de l'organisation judiciaire un article 151- qui dispose : « *Avant de statuer sur une demande soulevant une question de droit nouvelle, présentant une difficulté sérieuse et se posant dans de nombreux litiges, les juridictions de l'ordre judiciaire peuvent, par une décision non susceptible de recours, solliciter l'avis de la Cour de cassation qui se prononce dans le délai de trois mois de sa saisie. Il est sursis à toute décision sur le fond de l'affaire jusqu'à l'avis de la Cour de cassation, ou à défaut jusqu'à l'expiration du délai, ci-dessus mentionné. Toutefois des mesures d'urgence ou conservatoires peuvent être prises. L'avis ne lie pas la juridiction qui a formulé la demande. Il est communiqué aux parties. Les dispositions du présent article ne sont pas applicables en matière pénale* ».

b. Elle entretient, comme dit Monsieur FOUSSARD, des relations de subordination avec d'autres institutions. Elle doit d'abord se conformer aux décisions du Conseil constitutionnel comme elle doit, ensuite s'incliner devant la jurisprudence de la Cour de justice des communautés européennes et appliquer les règles du droit communautaire. Elle doit, enfin, compter avec la convention européenne des droits de l'homme et la Cour européenne des droits de l'homme.

Rappelons qu'en Egypte et au Liban et, récemment, en Tunisie, la Cour de cassation doit se conformer également aux décisions du conseil constitutionnel.

c. Depuis 1968, la Cour de cassation française utilise un procédé qui est le « Rapport annuel de la Cour de cassation ». Grâce à ce rapport la Cour de cassation peut demander

au législateur de procéder à une réforme quand les textes lui imposent d'adopter une solution qui n'est pas opportune (loi du 9 juillet 1975 – clause pénale)<sup>2</sup>.

d. Les Cours judiciaires suprêmes arabes sont appelées, à cause du droit religieux, qui régit le statut personnel, à fixer les frontières qui séparent « ce qui revient à Dieu et ce qui revient à César », pour reprendre la formule heureuse utilisés par Monsieur le Président Mounah MITRI. Ces frontières ne sont pas les mêmes. Elles varient en fonction des particularités de chaque pays arabe.

Nous arrivons aux divergences des Cours suprêmes arabes entre elles.

## 2. Les divergences dans les rapports des Cours judiciaires suprêmes arabes entre elles

Au Liban, l'Assemblée générale de la Cour de cassation exerce un contrôle sur l'activité des tribunaux ecclésiastiques et chari`i. L'article 95 al.4 du NCPC lui permet d'intervenir dans deux cas :

- en cas d'incompétence,
- en cas de violation d'une formalité substantielle d'ordre public.

La loi fixe la compétence des tribunaux ecclésiastiques et chari`i par rapport à celle des tribunaux civils de droit commun comme elle fixe la compétence des tribunaux ecclésiastiques et chari`i dans leurs rapports entre eux.

La Cour de cassation empêche les tribunaux ecclésiastiques et chari`i d'empiéter sur la compétence des tribunaux civils comme elle empêche un tribunal ecclésiastique ou chari`i d'empiéter sur la compétence d'un autre tribunal ecclésiastique ou chari`i.

En Tunisie, qui se singularise par son Code de statut personnel laïque, mis en vigueur depuis 1957, la Cour suprême intervient pour préciser la part qui revient, malgré la promulgation d'un code laïque, au droit religieux c'est-à-dire Musulman. Le Professeur BEN HALIMA nous a exposé les cas dans lesquels on persiste à appliquer la chari`a. A titre d'exemple, on peut citer les deux cas suivants :

- La jurisprudence tunisienne refuse d'accorder l'exequatur au jugement qui ne confère pas la garde de l'enfant au père tunisien mais à la mère étrangère, parce que l'ordre public tunisien exige que l'enfant soit élevé selon les traditions de l'islam.
- Les tribunaux tunisiens se sont parfois référés à la chari`a dans certains domaines, par exemple, en matière de filiation en faisant appel à la règle de droit musulman selon laquelle :

الولد للفراش و للعاهر الحجر.

*L'enfant doit être rattaché au mariage et le fornicateur n'a droit qu'à être lapidé.*

On constate que le droit libanais adopte une démarche diamétralement opposée à celle du droit tunisien.

Au Liban, on essaie de prendre des tribunaux ecclésiastiques et chari`i pour donner aux tribunaux civils de l'Etat en faisant appel à l'ordre public procédural. En Tunisie au contraire, on essaie de prendre du droit laque pour donner à la chari`a en faisant appel à l'ordre public substantiel.

---

<sup>2</sup> L'article 1152 civ. relatif à la clause pénale a été modifié grâce à ce rapport annuel. Par la loi du 9 juillet 1975 le législateur a accordé au juge un pouvoir modérateur lorsque la clause pénale est manifestement excessive ou dérisoire.

En Egypte, il n'y a pas de problème de conflit de juridictions qui se pose depuis que la loi de 1955 a supprimé les tribunaux ecclésiastiques et chari'i. Cette loi a confié, par conséquent, la matière du statut personnel, aux tribunaux civils de l'Etat. Se pose toutefois, un problème de conflit de lois intercommunautaires.

Monsieur le Professeur EL GEDDAWY nous a fait état de deux règles spécifiques qui sont les suivantes :

- 1<sup>ère</sup> règle : Le droit ecclésiastique ou hébraïque n'est applicable au statut personnel des non - musulmans, c'est-à-dire chrétiens ou juifs, qu'à condition que les deux parties appartiennent non seulement à la même religion mais à la même communauté. Pour que le droit copte orthodoxe s'applique, par exemple, il faut qu'il s'agisse de deux coptes orthodoxes. S'il s'agit d'un mari copte orthodoxe et d'une épouse de rite latin (catholique), le droit ecclésiastique cesse de s'appliquer et c'est la chari'a qui reprend son empire parce qu'elle constitue le droit commun. Il convient de préciser que la chari'a demeure applicable nonobstant toute convention contraire des parties.
- 2<sup>ème</sup> règle : La deuxième règle concerne les limites apportées par la Cour de cassation égyptienne à la chari'a dans les hypothèses où elle est applicable au statut personnel de deux chrétiens. De ces limites on peut donner deux exemples :
  - Lorsque l'un des époux est catholique, la chari'a cède la place devant la règle de l'indissolubilité du mariage chez les catholiques. S'agit-il d'un ordre public spécial (ecclésiastique) qui déroge à l'ordre public général (la chari'a) ? Ou s'agit-il d'une règle de conflit spécial qui donne compétence à la loi religieuse catholique ? Nous préférons cette deuxième explication.
  - La Cour de cassation égyptienne permet indirectement à la communauté de conversion de contrôler la bonne foi des personnes qui demandent de changer de communauté. La communauté à laquelle on s'est converti peut annuler la conversion si elle constate que la conversion a été utilisée en vue de frauder la loi, notamment la règle de la monogamie chez les chrétiens et celle d'indissolubilité du mariage chez les catholiques. Il y a là une originalité en matière de théorie de la fraude à la loi.

Au Liban, on peut dire qu'il est rare de faire appel à la théorie de la fraude à la loi.

En effet de deux choses l'une :

- ou bien le changement de communauté est l'œuvre d'un seul époux, et dans ce cas le problème de la théorie de la fraude à la loi ne se pose pas parce que la loi de l'ancienne communauté, c'est-à-dire celle de l'autorité qui a célébré le mariage, demeure applicable.
- ou bien le changement de communauté est l'œuvre des deux époux et dans ce cas le problème de la fraude à la loi ne se pose pas non plus, malgré l'applicabilité de la loi de la nouvelle communauté, parce qu'on considère, qu'au Liban, la fraude à la loi, dans ce domaine, devrait céder la place, à l'autonomie de la volonté.

Voilà ce qu'il en est de la description des solutions appliquées en droit comparé, qu'en est-il de leur UTILISATION.

## II. L'UTILISATION DU DROIT COMPARE

Pour le CEDROMA, le droit comparé n'est pas une fin en soi, (comme l'art pour l'art) c'est une source d'enrichissement mutuel.

On doit profiter de l'expérience des autres pour rénover son propre système juridique, l'améliorer ou le rendre plus efficace.

Ceci ne devrait pas se faire en sens unique, par exemple de la France vers les pays arabes, de la mère vers les enfants, comme dirait Madame France DRUMMOND, mais dans tous les sens : d'un pays arabe vers la France et d'un pays arabe vers un autre pays arabe.

Trois questions :

- Que peut-on emprunter à la France ?
- Que peut-on prêter à la France ?
- Que peut un pays arabe prêter à un autre pays arabe ?

#### A. *Ce qu'on peut emprunter à la France*

Le Liban peut utilement emprunter la technique « du rapport annuel de la Cour de cassation » utilisée en France pour demander au législateur de procéder à une réforme législative.

Cette technique qui illustre l'idée de collaboration entre le pouvoir judiciaire et le pouvoir législatif, est conforme au préambule de la Constitution libanaise qui pose non seulement le principe de la séparation des pouvoirs mais aussi celui de leur collaboration<sup>3</sup>.

Quant à la technique de la « saisine pour avis » instauré en France depuis 1991, je crois qu'il est encore tôt de l'adopter au Liban. Il faut attendre la nouvelle loi sur « le pouvoir judiciaire » qui est en train d'être élaborée comme il faut attendre sa mise en vigueur et les résultats pratiques auxquels elle va donner lieu.

#### B. *Ce que le Liban peut prêter à la France et aux autres pays arabes*

Le Liban peut proposer à la France et aux autres pays arabes d'adopter son système de cassation sans renvoi. Et ceci pour les raisons suivantes :

- a. L'expérience a montré que ce système a réussi au Liban. Il est appliqué d'une façon constante depuis bientôt un demi siècle et sans exceptions.
- b. Il permet au plaideur d'éviter des lenteurs et des frais supplémentaires.
- c. Il protège la Cour de cassation contre le risque d'être discréditée dans l'hypothèse où la cour de renvoi ne suit pas sa doctrine.
- d. Il permet de rendre une meilleure justice. Après cassation, la Cour suprême tranche le litige comme une cour d'appel. Ce qui lui permet d'étudier le dossier dans son ensemble sous l'angle du droit et sous l'angle du fait, car l'application du droit aux faits par la cour qui a cassé me paraît plus adéquate que son application par une autre cour. De la cassation se dégage un certain esprit de règle de droit, c'est-à-dire un souffle, qui ne se transmet pas.
- e. Les systèmes qui appliquent le système du renvoi après cassation connaissent des cas exceptionnels où la cassation n'est pas suivie de renvoi. Ce qui signifie que le terrain est préparé à la réception du système proposé. D'ailleurs, Monsieur FOUSSARD a souligné qu'on a de plus en plus tendance à multiplier l'application de ces cas exceptionnels.
- f. L'article 1485 NCPCF et 801 NCPCL disposent que la cour d'appel qui a prononcé la nullité de la sentence arbitrale peut, après l'annulation, statuer sur le fond, dans les limites de la mission de l'arbitre (sauf volonté contraire des parties).

---

<sup>3</sup> L'alinéa e du préambule de la Constitution libanaise dispose : « le régime est fondé sur le principe de la séparation des pouvoirs, leur équilibre et leur coopération ».

Cette technique ressemble à celle de la cassation sans renvoi. Les cas de nullité de la sentence arbitrale ressemblent au cas d'ouverture pour se pourvoir en cassation. Dans un premier temps, la cour d'appel se contente d'examiner les cas légaux de nullité, dans un deuxième temps, après annulation, elle tranche le litige quant au fond.

Cette expérience qui a réussi en matière d'arbitrage encourage à adopter le système de la cassation sans renvoi<sup>4</sup>.

### C. *Ce que le Liban peut emprunter aux autres pays arabes*

- a. On peut s'inspirer du code Tunisien sur le statut personnel. Maître TRABOULSI a dit hier que, dans l'élaboration du projet de loi de statut personnel facultatif dont il est chargé par l'ancien Président de la République, il a profité sur certains points de l'expérience tunisienne.
- b. On peut s'inspirer de la loi égyptienne de 1955, qui a supprimé les tribunaux ecclésiastiques et char'i au profit des tribunaux civils de droit commun. Il ne faut pas, toutefois, oublier de donner aux magistrats civils une certaine formation en droit canonique et en droit musulman (suggestion implicitement formulée par le Président GHAMRA).

## CONCLUSION

Les congrès de droit comparé ont pour intérêt non seulement de connaître le droit étranger mais aussi de connaître les juristes des pays frères, comme les pays arabes, et des pays amis comme la France et l'Italie.

Chers collègues,  
Chers confrères,

Votre présence parmi nous est en soi un enrichissement.  
Le contact humain renforce les vieilles amitiés et en crée de nouvelles.

Si pour ARISTOTE l'amitié exclut le droit, elle rapproche, du moins, les juristes.

---

<sup>4</sup> Maroc et Tunisie.