

Résumé

« Le problème de l'équité dans le droit est à la fois trop profond et trop complexe pour qu'il ne soit concevable de réaliser jamais l'unanimité sur tous les points qu'il implique »¹

Plusieurs questions viennent à l'esprit lorsque le thème de l'Équité est abordé: Y a-t-il une ou des Équités? Est-elle du droit ou du non droit, une notion ou un sentiment? Se rattache-t-elle au raisonnable, au bon sens? Est-elle une fin ou un moyen?

Dans son article « Equity in the Civil Law and the Common Law » de 1967, le Professeur Hessel E. Yntema soulignait le fait que comparer la place de l'Équité dans la tradition juridique dite de *civil law* avec celle de *common law* est une mission impossible.² *Quid* si l'étude de ce concept est abordée, non seulement du point de vue de ces deux traditions juridiques européennes, mais également d'une autre tradition à savoir la tradition juridique musulmane. Le sujet est évidemment épineux...

Il est assez surprenant qu'il y ait depuis toujours un désaccord sur le contenu d'une notion « qui hante le droit depuis ses origines ».³ Ordonnée autour du droit et de la justice, l'Équité n'épouse jamais totalement les contours de l'un ou de l'autre. Pourtant, l'Équité reste une notion largement revendiquée et invoquée dans la sphère du droit.

Le présent mémoire « a l'audace », selon l'expression de Rémi Cabrillac⁴, de comparer le concept d'Équité dans les traditions juridiques musulmane, de *civil law* et de *common law*, de rechercher le fond commun, but de tout comparatiste.

Mots-clés : tradition juridique, traduction juridique, équité, *istihsan*, *equity*, droit, justice, droit naturel, droit divin, droit positif, *Shariah*, *fiqh*, sécurité juridique, pouvoir modérateur, *ijtihad*, juge, *mujtahid*, loi, *common law*, code civil, écoles juridiques.

¹ GRAULICH L., À propos du gouvernement des juges, RTD civ. 1932, p.84.

² YNTEMA H.E., « Equity in the Civil Law and the Common Law » AJCL. 15 (1967) p.60

³ DE PAGE H., A propos du gouvernement des juges ; l'équité en face du droit, Paris, Sirey, 1931.

⁴ CABRILLAC R. (Préface) in ALBIGES C., De l'équité en droit privé, Paris, LGDJ, 2000, p.1.