



HAL
open science

Droit des obligations et droit musulman

Boubacar Diop

► **To cite this version:**

Boubacar Diop. Droit des obligations et droit musulman. Droit. Normandie Université, 2017. Français. NNT: 2017NORMLH07 . tel-02103914v2

HAL Id: tel-02103914

<https://theses.hal.science/tel-02103914v2>

Submitted on 2 May 2019

HAL is a multi-disciplinary open access archive for the deposit and dissemination of scientific research documents, whether they are published or not. The documents may come from teaching and research institutions in France or abroad, or from public or private research centers.

L'archive ouverte pluridisciplinaire **HAL**, est destinée au dépôt et à la diffusion de documents scientifiques de niveau recherche, publiés ou non, émanant des établissements d'enseignement et de recherche français ou étrangers, des laboratoires publics ou privés.



Normandie Université

THESE

Pour obtenir le diplôme de doctorat

DROIT PRIVE

Préparée au sein de l'Université Le Havre Normandie

DROIT DES OBLIGATIONS ET DROIT MUSULMAN

Présentée et soutenue par
Boubacar DIOP

Thèse soutenue publiquement le 3 juillet 2017
devant le jury composé de

M. Didier GUEVEL	Professeur, Université Paris XIII	Examineur
M. Éric KERCKHOVE	Professeur, Université Lille 2	Rapporteur
M. Gourmo LÔ	Maître de conférence, Université Le Havre Normandie	Examineur
Mme Catherine PUIGELIER	Professeur, Université Paris Lumières (Paris VIII)	Rapporteur
Mme Béatrice BOURDELOIS	Professeur, Université Le Havre Normandie	Directeur de thèse

Thèse dirigée par Béatrice BOURDELOIS, Professeur de droit privé

**Lex
FEIM**

*Laboratoire de recherche en droits fondamentaux,
des échanges internationaux et de la mer*



Je dédie cette thèse à deux femmes de ma vie :

Ma Mère : feu Diop Fatimata

Ma sœur : feu Diop Dieynaba

*Qui ont tout donné pour moi et doivent être fières de là-haut, de ce que je deviens
aujourd'hui.*

*Affables, honorables et aimables : vous avez toujours incarné pour moi le
symbole de la bonté par excellence, la source de la tendresse et l'exemple du
dévouement qui n'a pas cessé de m'encourager.*

*Aucune dédicace ne saurait être assez élégante pour exprimer ce que vous
méritez pour tous les sacrifices que vous avez faits de votre vivant.*

*Je sais que de là-haut, vous priez pour moi car même si le rideau qui nous sépare
est pesant, l'amour nous rapproche.*

Remerciements

L'aboutissement de cette recherche doctorale doit beaucoup à l'implication des personnes qui m'ont apporté leur soutien moral, intellectuel et matériel. Il est parfois très délicat de dire en quelques mots ce qu'on a pu ressentir durant ces années de travail.

Cette thèse aurait été difficilement envisageable sans le suivi de ma directrice de thèse, Madame Béatrice BOURDELOIS. Je tiens à lui exprimer toute ma gratitude pour son soutien, sa disponibilité et pour ses conseils toujours pertinents qui m'ont été d'une forte utilité dans l'accomplissement de ce travail de recherche. Mes remerciements vont aussi aux Professeurs Didier GUEVEL, Eric KERCKOVE, Catherine PUIGELIER et Gourmo LO d'avoir accepté de faire partie de mon jury de thèse.

Je tiens à remercier tout particulièrement Mme Fatna SAREHANE, Professeur de droit privé à l'Université de Casablanca Aïn Chock, qui n'a ménagé aucun effort pour rendre accessible de nombreuses références bibliographiques lors de mon séjour de recherche. Je remercie également Mmes Delphine LEVÉE (anciennement secrétaire du GREDFIC), Nathalie ZEMIAK (LexFEIM) ainsi que le personnel de la bibliothèque de l'Université du Havre pour leur professionnalisme.

Je me souviens toujours d'avoir été formidablement entouré durant ces dernières années par mes amis (anciens doctorants ou doctorants) comme moi qui n'ont jamais cessé leurs engagements et leurs conseils : Stéphane, Franck, Malado, Mansour, Fabien... et de tous les autres doctorants d'avoir rendu plus agréables les moments du travail.

Une mention spéciale est adressée à ma famille : mon cher père, mes tantes et oncles, ma sœur (Fatimata) mes frères (Hasmiou, Samba), mes cousines et cousins (Harouna, Oumou, Dieynaba, Mamadou etc.) pour leur encouragement sans relâche, et de mes nièces aussi.

Je vous dis « Merci »

Table des matières

Remerciements	3
Table des matières	4
Liste des annexes	6
Lexique des termes du droit musulman	7
INTRODUCTION GENERALE	11
Première partie Les principes fondateurs du droit des obligations : le droit des contrats	40
Première partie.....	41
Les principes fondateurs du droit des obligations : le droit des contrats.....	41
I. La conception de l'autonomie de la volonté et le respect de l'engagement donné 50	
II. Les renforts : justice, utilité, équilibre du contrat	57
CHAPITRE 1	66
LA FORCE DE L'ENGAGEMENT CONTRACTUEL	66
Section 1 : La force obligatoire du contrat	67
Section 2 : La force obligatoire du contrat et la question de la révision du contrat ..	76
§ 1 : Exposé des données du problème.....	76
§ 2 : La position du droit français.....	87
Section 3 : Le principe de la force obligatoire et l'interprétation du contrat.....	92
§.1 L'interprétation de la volonté des parties et la position des pays de droit musulman	93
§.2 Evolution en matière d'interprétation.....	99
§.3 : Le rôle de la Cour de cassation en matière d'interprétation du contrat	104
CHAPITRE 2 : Le rôle des avant-contrats	112
Section préliminaire : La théorie générale des avant-contrats au regard du droit musulman.....	114
Section 1 : Le droit classique occidental : Les contrats de négociation	117
§1 : Contrat conférant à l'une des parties un droit pour le cas où la négociation sera ouverte	118
§2 : Contrats obligeant à négocier et l'organisation contractuelle des pourparlers .	123
Section 2 : Les promesses de contrat.....	125
§1 Les promesses synallagmatiques de contrat	126
§2 Les promesses unilatérales de contrat.	134
Deuxième partie.....	148

L'obligation elle-même dans la vie des affaires	148
CHAPITRE 1 :	153
L'OBLIGATION CONTRACTUELLE DES AFFAIRES	153
Section 1 : Le droit religieux et la vie des affaires	154
Section 2 : La philosophie de l'obligation religieuse et le droit contemporain des affaires	166
§1 : La morale de l'efficacité économique	167
§2 : La part de l'humanisme chrétien	172
Paragraphe 1 : Assouplissement des structures	175
Paragraphe 2 : Une nouvelle conception du lien contractuel	179
CHAPITRE 2.....	183
Le droit des affaires dans ses rapports avec l'interdit moral religieux	183
Section 1 : Le droit des sociétés commerciales	184
§ 1 : Les sociétés traditionnelles de droit musulman.....	186
A/ Sociétés modernes et sociétés traditionnelles	186
B/ Les règles fondamentales de toute société.....	189
§ 2 : L'intégration du modèle français.....	192
Section 2 : La clause arbitrale du contrat FIDIC au regard des systèmes juridiques arabes du Moyen Orient	197
§ 1 : La décision pré-arbitrale.....	200
A- Les manquements aux règles procédurales	200
§ 2 : Le système de délai	206
A- La nature juridique du délai	207
Section 3 : L'approche juridique et le fonctionnement de la finance islamique	212
Résumé	1
Résumé en anglais	1

Liste des annexes

- **Annexe 1 Quelques aspects de l'imprégnation du droit des obligations des pays arabes par la culture juridique civiliste**242
Harith AL-DABBAGH Professeur adjoint242
- Annexe 2263
- Annexe 3 Les Conditions FIDIC277

○ LEXIQUE DES TERMES DU DROIT MUSULMAN

Adam	Non-existence
Ajal	Terme
Amal	Travail
Amanat	Objet confié, remis en dépôt
Amin confiance	Personne à qui on confie un objet en dépôt, l'homme de confiance
Ansar	Compagnons du Prophète
Aqd	Contrat (pl. Uqud)
Aql	Raison
Arf	Coutume
'Ariyat	Prêt de location
Asl	Base, fondation
'Ayb	Vice, défaut
'Ayb fahish	Vice grave
'Ayn	Chose fongible
Batil	Invalide, nul et vide d'effets
Bay'	Vente
Bay' at al-amanat	Vente d'un objet déposé en confiance
Bay' gha'ib	Vente d'une chose qui n'a pas été vue par les parties au contrat
Bay' juzaf	Vente où la contre-valeur n'est pas déterminée de façon précise
Bay' salam	Vente à livrer (salam)
Bida'a	Marchandises
Butlan	Nullité absolue
Darura	Nécessité
Darura mulgi'	Nécessité pressante
Dimma	Engagement, responsabilité, sollicitude par devoir de conscience, obligation
Dirham	Monnaie en argent
Ecoles	Les écoles de droit musulman représentent l'ensemble de la doctrine dans laquelle est puisée la règle égale. Chaque école tire sa source originelle dans les leçons du fondateur recueillies par ses élèves. La doctrine de chacun des fondateurs représente une science spéciale, c'est-à-dire que chaque école ou rite a ses propres tendances dans le jeu du processus contractuel mais sans qu'aucune opposition fondamentale les sépare les unes des autres. Les écoles qui font l'objet de notre étude sont les quatre écoles orthodoxes entre lesquelles se répartissent tous les musulmans sunnites, il s'agit en effet de l'école Hanéfite du nom de son fondateur Abu-Hanifa, l'école Chaféite du nom de son fondateur l'imam ash-Shafi'i, l'école Hanbalite du nom de son fondateur Ibn Hambal. Les divergences entre ces diverses écoles ont été signalées au cours de notre étude.
Fahish (at)	Grave
Fiqh	Science de la <i>Chari'a</i> , la loi sacrée de l'Islam
Faskh	Annulation
Fasid	Erroné, nul

Fatwa	Opinion d'un mufti, considérée comme légale
Fawa'id al-bunuk	Intérêts perçus par les banques
Fi'li	Par action
Fuqaha'	Juristes religieux de l'Islam
Gharar	Risque, hasard, incertitude, aléa
Gharar fahish	Risque ou aléa excessif
Gharar yasir	Risque ou aléa minime
Ghasb	Usurpation
Ghayr lazim	Non obligatoire
Ghayr mulgi	Non annulé
Ghayr sahih	Non valide
Ghubn	Lésion
Ghubn fahish	Lésion excessive
Habs	Emprisonnement, possession
Hadith	Tradition formelle provenant du Prophète
Hajat	Besoin
Halal	Licite
Haram	Interdit, illicite
Hawalat	Transfert des dettes
Hawalat ad-dayn	Cession des dettes
Hazl	Manque de sérieux
Hilat	Expédient juridique, échappatoire (pl. Hiyal)
Hisba	La charge de l'inspecteur musulman du marché
Hukum	Jugement
Ibra'	Acquittement
Ijarat	Location et bail
Ijarat wa-iqtina'	Contrat de louage, vente
Ijma	Consensus
Ijtihad	Méthode de raisonnement comprenant l'exégèse
Ikhtiyar	Choix
Ikrah	Contrainte
'Illa	Cause efficiente
Iradat	Volonté
Iradat al-batinat	Volonté interne
Iradat az-zahira	Volonté déclarée
Istihsan	Préférence basée sur un principe d'équité
Istisna'	Contrat de manufacture
Ishtirat	Condition
Istislah	Fait de prendre l'intérêt public en considération
Jahl ou Jahalat	Ignorance
Ag-Jahiliyya	Période pré-Islamique
Jaiz	Permis sans objection
Jihad	Guerre Sainte
Jins	Genre
Khiyar	Option (pl. Khiyarat)
Khiyar al-ayb	Option pour vice
Khiyar al-maglis	Option Durant la séance contractuelle

Khiyar an-naqlsat	Option de résoudre un contrat qui recèle un vice
Khiyar ar-ru'yat	Option de vue
Khiyar ash-shart	Option stipulée
Khiyar at-ta'yin	Option de désignation
Khiyar al-wasf	Option de désignation, d'indication
Lafzi	Verbal
Lazim	Obligatoire
Mahal	Objet du contrat
Mahr	Présent nuptial fait obligatoirement par l'époux
Majallat	Code civil ottoman de 1876 fondé sur les préceptes de la Chari'a
Majhul	Inconnu
Majlis al-'aqd	Séance contractuelle
Makruh	Répréhensible
Mal	Biens
Mal ribawi	Biens susceptibles d'être entachés de riba ou d'usure
Manfa'a	Usufruits
Mashru'	Reconnu par la loi
Maysir	Jeu de hasard
Mithall	Fongible
Mu'amalat	Transaction
Mu'awadat	Echange
Mubadalat mal	
bi-Mal	Echange de biens contre des biens
Mubah	Permis
Mudarabat	Contrat d'association par lequel l'un des associés apporte un capital, l'autre son industrie seulement
Muhajirs	Ceux qui ont fui avec le Prophète
Muhtasib	Inspecteur islamique du marché
Mujtahid	Exégète (pl. Mujtahidine)
Mulji'	Grave (qui détruit le consentement)
Muqtarinat bil'aqd	Adjointe à l'acte
Murabahat	Revente avec un supplément convenu, représentant le profit
Musharakat	Contrat d'association entre deux personnes ou davantage qui font du commerce avec un capital commun et dans lequel il y a répartition entre elles des pertes et bénéfices selon les termes convenus
Musharakat ad-da'imat	Association constante ou participation constante
Mutafawat	Choses qui ne sont pas de même quantité, qualité, genre ou nature
Nafiz	Obligatoire
Niyyat	Intention
Qadim	Ancien
Qanun	Loi
Qanun siyassi	Loi politique émanant du roi, du prince de la personne investie du pouvoir
Qard	Prêt
Qawli	Verbal

Qiyas	Analogie
Qursh al-ghayb	Indemnité accordée à l'acheteur (chez les Hanbalites) qui équivaut à la différence entre le prix de la chose parfaite et sans vice et celui auquel elle est vendue sur le marché quand elle comporte un vice déterminé
Riba	Intérêt, augmentation ou délai sans cause
Riba al-fadl	Riba constitué par une augmentation ou un excès
Riba al-jahiliyya	Riba de la période pré-Islamique
Riba jali	Riba manifeste
Riba khafi	Riba caché
Riba al-nasl'a	Riba constitué par le terme accordé
Ribawi	Constitutif du riba
Rida	Consentement, contentement
Sabab	Cause
Sadaqa	Don charitable
Safaqat	Transaction
Sahih	Valide
Shari'a	Loi sacrée de l'islam
Sharikat	Société, association
Shart	Condition (pl. Shurut)
Shart al-ajal	Stipulation d'un terme
Shart at-tarawwi	Option de réflexion
Sunna	Coutume normative légale
Shurut mula'imat	Conditions qui conviennent (à l'acte)
Taghrir	Dol
Talaq	Répudiation
Talaqi ar-ruqban	Transaction par laquelle un citoyen profitait de l'ignorance du bédouin pour lui vendre un objet à un prix élevé ou lui en acheter un à bas prix
Tanzimat	Réformes de l'empire Ottoman au XIXème siècle
Taqlid	Référence aux compagnons du Prophète ; confiance dans l'enseignement d'un maître ; adoption de la doctrine d'une école de droit pour une transaction particulière ; conformisme juridique
Taradi	Par consentement mutuel
Tasriyat	Se dit d'une bête qu'on a refusé de traire volontairement afin d'accumuler son lait en vue de tromper un acheteur éventuel
Tawliyat	Vente de confiance ; obligation de revendre au prix déclaré
Uhdad	Garantie légale
Wasf	Description
Yaqut	Corindon
Yasir	Non grave
Yula'im	Qui convient à l'acte juridique
Zakat	Impôt de charité
Ziyadat	Augmentation

INTRODUCTION GENERALE

Est obligé celui qui est contraint de faire quelque chose même s'il ne le veut pas ou ne le veut plus. Quelque chose est obligatoire lorsque l'on ne peut s'y soustraire sans conséquence, en particulier sans engager sa responsabilité. L'étymologie insiste sur la contrainte : le mot « obligation » vient en effet du préfixe ob (devant, pour, à cause de, en échange de) et du verbe *ligare* (attacher, lier). L'idée se trouve dès le premier sens attesté du terme : l'obligation était ainsi pour les Romains un *vinculum juris*, c'est-à-dire un lien de droit, les *vinculi* étant également les chaînes ou les fers permettant de retenir un prisonnier. Le sens courant du verbe « obliger », qui signifie directement « contraindre, forcer à » apparaît plus tardivement, à la fin du XVe siècle¹. Même le sens le plus récent, apparu au XVIe siècle, de « créer une dette de gratitude » (« je suis votre obligé »), marque l'idée d'être tenu de faire quelque chose en vertu d'un sentiment moral de reconnaissance.

En droit français, une obligation est définie plus précisément comme un lien entre deux ou plusieurs personnes, en vertu duquel l'une d'entre elles est tenue envers une ou plusieurs autres de faire quelque chose. Une obligation implique dès lors au moins deux personnes, celui qui doit (le débiteur) et le créancier, titulaire d'une créance. Le lien d'obligation a ainsi deux faces, selon le côté d'où on l'observe : du côté du débiteur (du côté passif), l'obligation est une dette, tandis que du côté du créancier (du côté actif), elle est une créance, mais il s'agit des deux aspects de la même obligation. La notion d'obligation présente toujours cette ambivalence : parfois elle vise plutôt la dette, ce que le débiteur s'est engagé à faire ou à donner², et parfois, elle vise aussi la créance, et est alors dénommée droit « personnel » (ou droit de créance), dans la mesure où elle confère au créancier un droit contre une personne, par opposition aux droits (réels) (la propriété par exemple) qui sont des pouvoirs juridiquement protégés sur des choses. Il ne faut pas oublier cependant que l'obligation est principalement ce lien entre les personnes, qu'il faut faire vivre et qui pourra se rompre. La définition de l'obligation comme un lien laisse ouverte la question de la nature de ce lien, qui est plus ou moins

¹ Dictionnaire historique de la langue française, Alain Rey Ed Le Robert

² V. l'art 1140 C. civ qui évoque le cas où l'obligation a été contractée par contrainte.

contraignant selon le type d'obligation, surtout dans les systèmes d'inspiration religieuse comme le droit musulman.

Dans la sphère de l'obligation contractuelle, les rapports entre le droit des affaires et le système juridique musulman sont plus que jamais d'actualité. Le droit musulman n'est pas qu'un phénomène historique comme le droit romain ou l'ancien droit français, et ce n'est pas un système marginal comme le droit canon, il reste encore aujourd'hui le droit positif de tous les pays du monde musulman. La plupart de ces pays ont adopté, il est vrai, des codes modernes inspirés du droit occidental pour y soumettre plus particulièrement les matières d'ordre patrimonial que recouvre suivant la terminologie du droit musulman la notion de *mu'âmalat* : littéralement, rapport entre les individus. Même là, des survivances du droit musulman persistent³. Moins nombreuses que dans certains codes, comme le code civil égyptien, le code civil syrien, le code libanais des obligations et des contrats, elles sont plus accusées, voire prédominantes dans d'autres codes paradoxalement plus récents, codes irakien, koweïtien, jordanien par exemple. Il reste que certains pays dont les rapports d'affaires avec le monde occidental sont loin d'être négligeables, comme l'Arabie Saoudite et le Yémen, conservent dans la pureté originelle le système musulman classique, auquel s'ajoutent cependant aujourd'hui, comme dans le cas de l'Arabie Saoudite, des réglementations à caractère technique inspirées du droit occidental : réglementation du commerce (1931), code du travail (1947), réglementation de la navigation aérienne (1953), réglementation du registre de commerce (1956) , décret royal sur les sociétés (1965).

Mais tous les pays demeurent, quoiqu'il en soit, fidèles au système juridique musulman, attaché à l'esprit, sinon à la lettre, de la *Chari'a*⁴ considérée suivant des dispositions liminaires énoncées dans les constitutions de ces pays, ou en frontispice de leurs nouveaux codes civils comme source principale du droit. Il faut ajouter que l'Islam étant religion d'État, les principes fondamentaux du droit musulman seront toujours regardés comme un système normatif d'ordre supérieur auquel législateurs

³ A. SANHOURI, « Le droit musulman comme élément de refonte du droit civil égyptien », in Introduction à l'étude du droit comparé, Rec. d'études en l'honneur d'Edouard Lambert, t, 3, 1938, p.621 et S. ; Ch. CHEHATA, « Les survivances musulmanes dans la codification du droit civil égyptien », Rev. internat dr. comp, 1961. 839 et s. J.M. MOUSSERON, « La réception du Proche-Orient du droit français des obligations Rev. Internat. Dr. comp. 1968. 37 et s

⁴ Voir en ce sens la définition du lexique

et juges sont invités à se conformer. De fait, quoiqu'il n'apparaisse pas toujours dans l'ordre légal des pays du monde musulman comme un impératif de droit positif, le contrôle de l'islamité des lois et règlements s'exerce de manière permanente par la vigilance du lobby religieux, et pourrait à tout moment déboucher sur l'abrogation d'une disposition incompatible avec les principes de l'Islam, et le retour au système traditionnel⁵.

Il est vrai que la pression de ce système est plus atténuée en matière de *mu'âmalat*. Cependant, la prohibition du *ribâ*, profit de caractère usuraire qui se traduit par l'interdiction du prêt à intérêt, continue à peser lourdement sur la vie des affaires. Doublée de la théorie de l'équivalence des prestations qui en est, en fait, la conséquence, elle a conduit en droit classique à une conception étriquée du régime des obligations et des contrats, et à une plus grande limitation de la liberté contractuelle⁶.

La question se pose encore de savoir si, en strict droit islamique, les parties sont libres d'aménager des rapports contractuels qui ne correspondent pas à des catégories prévues et réglementées par la *Chari'a*, ce qui revient à se demander si la liste des contrats et des actes unilatéraux qui figurent dans les traités du *Fiqh* est limitative. Les réponses sont variées. Pour certains auteurs contemporains, dont Sanhoury, « tout contrat conforme aux prescriptions du *Fiqh* est valable ». D'autres paraissent plus circonspects. Ainsi le professeur Chehata soutient que des contrats nouveaux ne seraient valables que s'ils ont été légitimés par l'usage⁷. Shacht est plus catégorique : « le droit islamique, écrit-il, ne reconnaît pas la liberté de contracter, mais il accorde une dose appréciable de liberté à l'intérieur de certains types déterminés. La liberté de contracter serait incompatible avec le contrôle moral des transactions juridiques »⁸.

⁵ Un phénomène de retour aux règles de la *Chari'a* s'est dessiné au cours des dernières décennies. Certains pays qui étaient dotés d'un code d'inspiration européenne, Libye, Iran, Soudan, s'y sont déjà engagés. L'Égypte, longtemps à la pointe du modernisme juridique, et dont le code civil de 1949 a servi de modèle à la modernisation des systèmes juridiques d'un certain nombre de pays du Moyen-Orient, semble en être frappée à son tour.

⁶ A. SANHOURY, Les sources du droit dans le *fiqh* islamique, t. 1, p. 81. Paris librairie du recueil Sirey, 1934

⁷ Théorie générale de l'obligation en droit musulman hanéfite, Sirey, 1969, p. 105

⁸ Introduction au droit musulman, Maisonneuve et Larose, 1983, p. 123.

Il faut dire que si le domaine de la liberté contractuelle paraît en droit classique considérablement réduit⁹, c'est en raison surtout du développement de la théorie dite des clauses adjointes¹⁰. Fondée sur des traditions attribuées au Prophète selon lesquelles un acte juridique ne doit comporter qu'une seule opération, et qu'il ne faut pas associer une vente à un prêt, cette théorie a été notamment soutenue par les Hanéfites : elle conduit à interdire toute clause insérée dans l'un des actes juridiques prévus et réglementés par la *Chari'a*, et qui pourrait en modifier les effets tels que fixés immuablement par la Loi. Cependant, elle n'a jamais été admise par les hanbalites, rite officiel de l'Arabie Saoudite. Pour ces derniers, il suffit à la validité du contrat que les clauses et stipulations des parties soient conformes aux règles de la *Chari'a*. Ce précédent contribue à atténuer la portée de la règle, et réduit le champ de son application. C'est ce qui permet de dire à certains auteurs que le droit musulman consacre l'autonomie de la volonté.

En réalité, l'exigence de conformité aux normes traditionnelles que l'on rencontre à tous les échelons et en toute matière procède d'un fond de sacralité inhérent au système : la source première et fondamentale du droit musulman, est le Coran, texte révélé. Le message coranique de stricte justice sociale est perçu comme un facteur non seulement indispensable à la paix sociale, mais qui pousse à la perfectibilité de l'individu dont la conduite en tout domaine doit attester de ses mérites en vue de l'au-delà¹¹. C'est à cela que s'attache l'aspect irrationnel du droit musulman source et dogme, tout le reste est technique. Mais cela suffit pour imprimer à l'ensemble du système une teinte religieuse qui fait, qu'en principe, toute activité sera passée au crible de l'islamité, et l'activité commerciale n'y échappe pas.

Les banques islamiques sont l'illustration vivante de ce que nous disons. Plus d'une trentaine d'établissements financiers de ce genre ont vu le jour au cours des dernières décennies, quelques-uns implantés dans les places financières internationales. La caractéristique essentielle de ces banques est de fonctionner en stricte conformité avec les prescriptions de la *Chari'a*, utilisant autant que faire se

⁹ Ce qui explique le foisonnement au niveau de la pratique des ruses juridiques (*hiyal*, plur. de *hila*) pour tourner les nombreuses prescriptions impératives.

¹⁰ Y. LINANT DE BELLEFONDS, « L'autonomie de la volonté en droit musulman », Rev. algérienne, tunisienne et marocaine de législation et de jurisprudence, 1955. 87 et s.

¹¹ MOUSTAFA EZ-ZARKA, le *fiqh* islamique dans sa nouvelle forme, Damas 1965, t. I, p. 31.

peut l'outillage juridique consacré par le *fiqh*. La pratique de l'intérêt est évidemment bannie. La rémunération du capital se fera selon d'autres méthodes. Certains font appel à l'idée de participation aux fonds propres de l'entreprise. A cet effet, la *mudârabâ* en sera l'instrument principal, un contrat d'association par lequel l'un des associés apporte un capital, l'autre seulement son industrie (art 1404 du *Medjelle*). L'opération peut être analysée en un rapport de déposant à dépositaire, doublé par un partage de bénéfice entre les deux parties. Mais les banques islamiques peuvent utiliser aussi les mécanismes de crédits associés à la vente, structures parfaitement légitimes au regard de la *Chari'a*. Toutes les opérations sont supervisées par un conseil de surveillance religieux établi auprès de chaque banque et qui sera guidé dans sa tâche par un comité d'experts juridiques de haut rang qui décidera au cas par cas si de nouveaux types d'instruments financiers sont compatibles avec les préceptes de la loi religieuse¹². La règle d'or ici est que l'argent ne doit pas naître spontanément de l'argent. Un capital, pour être productif, doit être fécondé par le travail ou investi dans une activité créatrice de richesse. L'objectif est ambitieux. Il s'agit de promouvoir un ordre économique conforme à l'idéologie de l'Islam « solution de remplacement aux systèmes capitaliste et socialiste »¹³.

Mais si la liberté contractuelle est de manière générale beaucoup plus limitée que dans les systèmes occidentaux, elle retrouve à l'intérieur des catégories contractuelles classiques tout son empire. Celles-ci ont un champ extrêmement étendu et recouvrent des mécanismes diversifiés entre lesquels, par la force des choses, les frontières sont loin d'être étanches ; ce que l'on retrouvera dans la *hawâla* (transport d'obligation).

Ainsi, dans le contrat de vente, la détermination du prix ne se heurte à aucune entrave d'ordre juridique. Le droit musulman fait très peu de place à la lésion¹⁴, et répugne à toute idée de taxation des prix¹⁵. Aussi le crédit associé à la vente va-t-il remplacer avantageusement le prêt, mode habituel de financement, la rémunération du capital étant assurée par une majoration du prix.

¹² TRAUTE HOHLERS-SCHARF, Les banques arabes et islamiques, O.C.D.E., Paris 1983, p. 69.

¹³ TRAUTE HOHLERS-SCHARF, op. cit. , p. 61

¹⁴ CHOUKRI CARDAHI, Droit et morale II, 1954, p. 123 et s.

¹⁵ RAFIC AL-MASRI, Essai d'intégration d'une banque de développement dans une société islamique, thèse dactylographiée, Rennes 1975, p. 121

Les banques islamiques utilisent abondamment ce genre d'opérations : *Murabaha*, revente avec un supplément convenu qui représente le profit : l'institution financière achète des matières premières, des marchandises, des biens d'équipement au prix coutant, et les revend au client à un prix majoré. A côté de la *Murabaha*, le crédit-bail : la banque acquiert des équipements ou des immeubles et les met à la disposition du client sous forme de location. Celui-ci a la possibilité de devenir propriétaire de l'équipement ou de l'immeuble loué en remboursant la banque par des montants échelonnés versés à un compte d'épargne¹⁶. Il n'y a aucune difficulté d'ordre juridique à combiner contrat de vente et de location, ce dernier ayant longtemps été considéré en droit classique comme une variété de vente, la vente de l'usage. Dans certains ouvrages, il est même exposé dans le chapitre consacré à la vente¹⁷.

Le droit musulman connaît une autre variété de vente, la vente qui sert de procédé de financement, la vente Salam. Le code civil jordanien qui la reprend, la définit à l'article 532 avec une extrême concision : « *la vente d'un bien à livrer à terme moyennant paiement comptant* ». La règle permet aux parties de conclure des ventes portant sur des objets à réaliser ou en cours de réalisation, par exception aux règles interdisant la vente d'objets futurs ou aléatoires¹⁸, ainsi sa validité a été soumise en un certain nombre d'exigences qui ne sont pas sans rappeler les conditions mises en France à la vente d'immeuble à construire¹⁹ : indication dans le contrat du genre, de l'espèce, de la quantité et de la qualité de la chose vendue, avec détermination du prix, de l'époque et du lieu de livraison, sans compter la nécessité du paiement comptant, le prix devant être versé au cours de la séance contractuelle²⁰. Il ne fait aucun doute que le mécanisme a été conçu pour faciliter le crédit à la production, permettre à petite échelle le financement d'une entreprise agricole ou artisanale, mais rien n'interdit *a priori* de l'utiliser dans des opérations plus importantes.

¹⁶ Il est vrai que dans le leasing au sens strict, c'est le client qui choisit à l'avance l'équipement envisagé.

¹⁷ Ainsi, par ex, dans la Risala de IBN ABI ZAYD AL-DAYRAWANI, traduit par Léon Bercher, Alger 1975. Chap. XXXIV, p. 201.

¹⁸ V. en particulier H. LAOUST, le précis de droit d'Ibn Qudama, p. 96-97

¹⁹ Loi du 3 janvier. 1967

²⁰ V. art 380 et s. du *Medjelle* (corps du droit ottoman).

Flexible droit musulman ? N'était-ce que le fait que son développement se soit arrêté au IXe siècle avec la fermeture de la porte de l'*Ijtihad*, il doit l'être suffisamment pour qu'en moins de trois siècles les jurisconsultes de l'Islam aient pu élaborer à partir des normes scripturaires (celles du Coran), extrêmement limitées, surtout dans le domaine des *mo'âmalât*, des règles embrassant dans leurs moindres détails tous les aspects de la vie juridique. L'extrême empirisme qui caractérise le système, la diversité des écoles (rites), et à l'intérieur de celles-ci, des doctrines, l'absence d'un organe unificateur des solutions préconisées ici et là en dépit d'une unité idéologique de base située en amont du développement du droit, et de son application, vont ouvrir la voie grande à un droit de praticiens qui se développera parallèlement au système et évoluera en liaison avec lui²¹.

Sur les rapports entre la théorie et la pratique, entre le système et le droit vivant, il y aurait beaucoup de choses à dire. De nombreux auteurs accusent la différence qui a toujours existé entre les deux niveaux. Le juge observe l'un d'eux, sanctionne l'acte ou le droit selon l'apparence, tandis que les jurisprudences qui l'envisagent dans sa dimension religieuse le font selon la vérité et la réalité. Un même fait et un même acte seront jugés différemment suivant qu'ils sont envisagés à l'un ou l'autre plan. Ainsi, ajoute-t-il, si un homme prononce les paroles de la répudiation par erreur ou involontairement, le juge tiendra la répudiation pour accomplie, alors qu'interrogé sur le même cas, le jurisconsulte donnera une réponse (*fatwa*) opposée. D'autres auteurs vont jusqu'à parler de scission entre l'école et la pratique²². Cependant, d'après Schacht, il convient de considérer les rapports entre

²¹ Nous nous en tenons dans cette étude aux solutions qui nous paraissent les mieux adaptées aux procédés examinés quel que soit le rite auquel elles appartiennent parmi les rites officiels sunnites (*hanéfite, malékite, shafé'ite* et *hambalite*). Nous nous efforçons toutefois d'indiquer les divergences lorsqu'elles existent. Nous sommes confiants dans la très grande tolérance qu'ils ont les uns envers les autres et qui conduit bien souvent à ce qu'une solution agréée par les uns soit adoptée par les autres, comme cela est arrivé à plus d'une reprise dans certains pays islamiques (LINANT DE BELLEFONDS, « Immitabilité et réforme législative en Égypte », Rev. internat. Dr ; comp. 1995.16 et s ; citant la note explicative qui précède la loi du 10 mars 1929 : « en droit musulman rien ne s'oppose à l'adoption des règles de l'avis d'autres jurisconsultes que ceux des quatre rites surtout si cette adoption assure un bien public et évite un mal public, ainsi que l'enseigne les doctrines autorisées des auteurs en matière de source du droit ». surtout : MOSTAFA EL-ZARKA, op. cit. , t.1.l. 44).

²² E . TYAN, « cession de dette et cession de créance dans la théorie et la pratique du droit musulman », in Annales de l'école française de droit de Beyrouth 194, p.25

la théorie et la pratique non comme une séparation nette entre les domaines différents, mais « comme interaction et une influence réciproque, rapports dans lesquels la théorie fit preuve d'un grand pouvoir d'assimilation, le pouvoir d'imposer son ascendant spirituel, même dans les cas où elle ne pouvait pas contrôler les conditions matérielles ». Il faut bien reconnaître en tout cas – la rigueur de l'ordre légal ayant suscité l'ingéniosité des praticiens à élaborer des actes destinés à tourner les règles impératives - qu'un véritable droit d'origine contractuelle va se développer à l'ombre du système. C'est dans cette optique qu'on aborde le transport d'obligation.

Le terme transport d'obligation est peut-être inhabituel. On dit généralement cession de créance et cession de dette ou reprise de dette ou transport de dette. Nous utilisons à dessein cette terminologie (le mot transport qui n'implique pas nécessairement l'idée d'aliénation, et le mot obligation en raison de son caractère ambivalent qui recouvre à la fois l'idée de créance et de dette), pour mieux rendre compte du caractère protéiforme de la *hawala*, institution classique du droit musulman considérée généralement comme un simple transport de dette, mais qui, comme nous le verrons, est beaucoup plus que cela²³. Parlant de la *hawala*, un auteur ne s'est pas trompé en écrivant jadis « *qu'il s'agit là d'un instrument assez souple pour remplir à la fois le rôle de délégation de la cession de créance, du mandat de recevoir, de l'ouverture du crédit* »²⁴.

Il faut savoir que le droit musulman a toujours été hostile à la cession de créance, alors qu'il fait un accueil bien marqué à la cession de dette, ce qui peut paraître paradoxal²⁵. Mais l'hostilité du droit musulman à la cession de créance et son accueil à la cession de dette, s'expliquent aisément tant par des raisons d'ordre technique que par des considérations d'ordre idéologique.

D'un point de vue technique, il n'y a pas en droit musulman d'obligation, au sens correspondant à la notion d'obligation du droit occidental, et qui pourrait donc

²³ Dans le texte du *Medjelle* publié par G. Young Corps de droit ottoman, VI, *hawala* est traduit par transport de dette, art. 673 à 700.

²⁴ HUVELIN, « Histoire de la lettre de change », *Annales de droit commercial* 1901, p. 22 à 26.

²⁵ M. EZ-ZARKA, op. cit., t. III, p. 62 à 67 ; E. TYAN, op. cit., p. 174.

être exécutée par le système d'interdiction-saisie du droit correspondant à ce que des législations modernes appellent reprise de dette²⁶. Elle peut être utilisée comme un pur procédé de garantie d'autre part, ce qui est indispensable pour rendre compte des effets de la garantie à la première demande que l'engagement du nouveau débiteur paraisse techniquement indépendant du rapport fondamental, de sorte qu'il ne puisse pas opposer au créancier des exceptions et des moyens de défense fondés sur ce rapport.

La *hawala* peut-elle servir de garantie ? Pour qu'il en soit ainsi, l'engagement du nouveau débiteur n'a pas nécessairement pour effet la libération du débiteur primitif. Un tel résultat serait en effet incompatible avec l'idée de garantie. Une garantie suppose que le bénéficiaire soit toujours en mesure de pouvoir, négligeant la poursuite du garant, réclamer l'exécution au débiteur principal, alors qu'une cession de dette emporte en principe la libération du débiteur initial. C'est d'ailleurs ce qu'énonce pour la *hawala* l'article 690 du *Medjelle* exprimant l'avis général des jurisconsultes orthodoxes : « le transport de dette libère le débiteur et la caution s'il y en a une ». Mais cette libération du débiteur ne paraît pas, selon ces mêmes jurisconsultes, devoir toujours être définitive, et l'idée d'une *hawala* conçue exclusivement comme un procédé de reprise de dette n'est pas conforme aux solutions très diversifiées que les auteurs ont fondées sur cette institution, ni à l'usage qu'en a fait généralement la pratique.

Il est en effet établi, comme l'affirme la plupart des commentateurs de la règle se référant à l'enseignement des auteurs classiques du rite hanafite, qu'en cas de défaillance du nouveau débiteur (*a'tawa*) décédé en état de déconfiture, ou ayant

²⁶ V. art. 175 c. suisse des oblig., et dans les pays arabes du Moyen-Orient, art. 315 c. civ. égyptien, et art. 315 c. civ. Syrien, art. 287 c. oblig. Et contrats. Ces textes semblent davantage inspirés du droit germanique que de la *Chari'a* (J. CHEVALLIER, « Le Liban, la Syrie », in *Le code civil et son influence en Orient. Semaine internationale de droit*, Paris, 1950, p. 876, observe à cet égard que la conformité de ces règles avec les traditions musulmanes a pu être la raison que les a fait choisir, leur source n'est pas le droit musulman mais la législation étrangère à laquelle elles ont été pour cette raison empruntées avec la formule qui les exprime dans cette législation). Les codes irakien, jordanien, koweïtien sont restés fidèles à la *hawala* du droit musulman, mais la formulation de son régime en articles de code lui fait perdre beaucoup de plasticité.

dénié son engagement sans qu'il existe d'autres moyens de preuve pour l'établir, le créancier pourra revenir contre le débiteur primitif²⁷. Qu'est-ce à dire ? Les auteurs ne s'embarrassent pas de répondre que la libération du débiteur primitif ne doit être regardée que comme un effet provisoire du transport de la dette, que sa libération définitive demeure conditionnée par la solvabilité du nouveau débiteur²⁸. Or, cette solvabilité n'est envisagée ici qu'au moment de l'exécution. Faut-il considérer que pendant ce temps le débiteur est libéré tout en ne l'étant pas, *to be or not to be* ?²⁹...

Aussi, certains auteurs classiques parmi les plus autorisés, comme l'imam Zafer, disciple et ami d'Abou-Hanifa, fondateur du rite hanafite, iront jusqu'à soutenir que la *hawala* n'a pas pour effet de libérer le débiteur primitif et que celui-ci reste tenu même si le nouveau débiteur est solvable. Poussant plus loin l'analyse, ces auteurs font valoir que la *hawala* ne transfère au créancier que le droit de poursuite, la Haftung, tandis que la dette demeure à la charge du premier débiteur. Ils en concluent que la *hawala* n'est qu'une forme élaborée du cautionnement³⁰.

En fait, les deux opinions se rejoignent et se complètent. La divergence s'explique par le fait que les uns et les autres envisagent dans leurs propos sous le même terme de *hawala* deux opérations différentes : reprise de dette pour les uns, délégation imparfaite pour les autres.

Or il semble que la *hawala* a surtout été utilisée pour réaliser des cautionnements. Tous les ouvrages doctrinaux font état de cette pratique, et lorsque les auteurs donnent un exemple de cautionnement, il s'agit souvent d'un cas de *hawala*³¹. Du reste, c'est du mot *hawala* que procède le terme occidental d'aval. Pour certains auteurs contemporains, l'institution n'aurait même servi qu'à faire des cautionnements³².

²⁷ SELIM Baz, Commentaire du *Medjelle*, sous l'article 690 ; SANHOURI, op. cit., I, p. 26, note 2 ; AL FATAWA EL HINDIYA, t. III, p. 366. De plus, si le débiteur paye la dette, le créancier est obligé d'accepter ce paiement, libérant le débiteur substitué, op. cit. p. 367.

²⁸ Dans les codes modernes qui ont consacré la reprise de dette (V. note 56), la solvabilité du débiteur primitif n'est exigée que pour la formation du contrat : V. art. 327 c. obli. Et contrats libanais, art. 319 c. civ. syrien.

²⁹ V. les conclusions conformes de SANHOURI, op. cit., p. 27, note 1.

³⁰ SANHOURI, op. cit., t. 1, p. 27, texte et note ; AZ-ZARKA, op. cit., III, p. 63-70.

³¹³¹ V. par ex. dans AL-FATAWA AL-HINDIYA, t. III, p. 332.

³²³² SANHOURI, attribuant à l'imam Zafer l'opinion suivant laquelle la *hawala* aurait été conçue en tant que sûreté à l'instar du cautionnement, ibid., note 1.

Quoi qu'il en soit, il y a eu toujours accord total entre les auteurs pour dire que la libération du débiteur par *hawala* doit être regardée comme une règle de principe. Cependant, cette libération n'aura pas lieu si le nouveau débiteur est défaillant dans les conditions que nous avons indiquées. Elle n'aura pas lieu non plus lorsque les parties ont convenu par une clause du contrat que le créancier conservera sa créance envers le débiteur primitif³³. Cette clause qui conduit à maintenir ce dernier dans le circuit de l'opération est-elle devenue en définitive une clause de style ? On pourrait le penser. Elle ne contrevient à aucune règle d'ordre public. Elle est admise par tous les rites, même par ceux, comme les hanbalites et les shaféïtes, qui refusent de considérer que l'insolvabilité du nouveau débiteur puisse faire échec à la libération du premier³⁴.

C'est sans doute en insérant une telle clause dans leur convention que les parties parvenaient, tout en restant dans le cadre de la *hawala*, à réaliser une délégation imparfaite valant cautionnement. C'est ce qui ressort des articles 648 et 649 du *Medjelle* qui font la part entre les cas où il y a, selon le texte de l'article 648³⁵, délégation imparfaite impliquant sa non-libération. Ce dernier est ainsi libellé : « ... la délégation imparfaite, c'est-à-dire celle dans laquelle le créancier ne décharge pas le débiteur primitif, n'est qu'un simple cautionnement. Par conséquent, ajoute le texte, si le créancier dit à son débiteur : faites-moi délégation sur untel de votre dette, à condition que vous ne cessiez pas d'en être également tenu envers moi, et que le débiteur le fasse, le créancier pourra agir à son gré contre ce dernier ou contre le débiteur délégué ».

Un rapport de *hawala* implique-t-il nécessairement l'opposabilité des exceptions ? En d'autres termes, peut-on imaginer que le nouveau débiteur tenu par l'effet d'une *hawala* ne puisse pas dans certains cas opposer au créancier les exceptions et moyens de défense que pouvait invoquer le débiteur primitif ?

³³ V. MAHMASSANI, op. cit., p. 608. V. aussi l'exposé des motifs du code civil koweïtien, p. 320, citant IBN QUDAMA, auteur hanbalite, et l'art. 387 koweïtien qui a adopté la règle. Dans le même sens, les art. 357-1 c. civ. irakien.

³⁴ MAHMASSANI, op. cit. Telle est aussi la solution qu'adopte l'art. 357 c. civ. irakien.

³⁵ Traduction de G. YOUNG, op. cit.

Dans les codes modernes qui consacrent la reprise de dette, il est généralement prévu que les exceptions qui s'attachent à la dette reprise passent de l'ancien débiteur au nouveau³⁶. Dans le système classique musulman, on ne trouve pas d'indication précise sur ce point. Il est vrai que l'article 688 du *Medjelle* stipule que « la chose faisant l'objet de la dette transportée doit être déterminée, et (qu') en conséquence, le transport de dette non constaté n'est pas valable. Par exemple, ajoute le texte, si l'on disait : j'accepte par voie de transport votre créance qui sera établie sur untel, le contrat ne serait pas valable ». Mais cette règle répond au problème que posent l'existence et la détermination de l'objet sur lequel porte le transport. Elle concerne à l'évidence la formation et la validité de la convention, et non son exécution.

A défaut de toute autre précision, M. Mahmassani³⁷ pense pour sa part, qu'à l'instar des législations contemporaines qui consacrent et règlent la reprise de dette, il convient à cet égard de distinguer entre les moyens de défense inhérents à la dette, lesquels passent du débiteur primitif au reprenant, et les moyens personnels à l'ancien débiteur, qui ne sauraient être invoqués par le nouveau. Cette solution, ajoute l'auteur, résulte de l'ensemble des dispositions que le *Medjelle* consacre à cette opération.

Chehata soutient une solution tout à fait opposée : « le concessionnaire de la dette, écrit-il, sera tenu dans les mêmes conditions que le débiteur primitif. Ainsi, si la dette de ce dernier est à terme, le nouveau débiteur en bénéficiera ». Mais il ajoute aussi : « le gage consenti par le premier débiteur ne garantira cependant pas la dette du nouveau débiteur. Le nouveau débiteur ne pourra enfin opposer des exceptions afférentes à la dette cédée. Ainsi, s'il s'agit d'illicéité ».

Là aussi on peut se demander si les deux auteurs n'envisagent pas sous la même rubrique de *hawala* deux opérations différentes. S'agissant de la *hawala* entendue au sens strict de reprise de dette, il est dans la logique de l'institution que les exceptions et défenses inhérentes à la dette reprise passent de l'ancien débiteur au nouveau. Ceci n'est plus vrai lorsque la *hawala* assortie d'une clause stipulant la survie de l'ancienne dette à côté de la nouvelle, prend de ce fait la forme d'une

³⁶ V. notamment les art. 320 c. civ. égyptien ; 320 c. civ. syrien ; 386 c. civ. koweïtien et 1005 c. civ. jordanien.

³⁷ Op. Cit. p.609. Solution donnée par l'art. 289 c. oblig. Et contrats libanais.

délégation imparfaite. On est alors en face de deux obligations juxtaposées ayant sans doute le même objet mais indépendantes l'une de l'autre.

Il est généralement admis, en effet, que le délégué ne peut opposer au délégataire les exceptions tirées des relations du délégant avec ce dernier, c'est-à-dire du contrat de base principal. C'est cela qui donne à la délégation imparfaite sa spécificité par rapport au cautionnement. Elle est d'ailleurs souvent utilisée comme procédé de financement et de garantie. En droit moderne, elle offre par rapport au cautionnement l'avantage d'établir au bénéfice du créancier une garantie indépendante du rapport fondamental.

Cependant, en droit musulman classique, le régime du cautionnement et de la délégation imparfaite sont les mêmes, sauf sur un point : en matière de cautionnement, la libération du débiteur principal entraîne celle de la caution, alors qu'il n'en est pas de même en ce qui concerne la délégation imparfaite. Or, c'est cela qui rend la délégation imparfaite plus avantageuse au créancier et plus adaptée à la forme de garantie à première demande. Le recours du créancier est, en effet, plus efficace dans la mesure où une contestation sur la libération du débiteur principal ne pourra pas lui être opposée de la part du garant.

Est-il excessif de dire, comme l'affirme Sanhoury, qu'en droit musulman classique la *hawala* est devenue en définitive une forme de cautionnement ? Il est certain en tout cas – sans doute parce que la *hawala* a beaucoup servi à réaliser des cautionnements sous la forme de délégation - que les frontières entre les deux catégories se sont émoussées. Il est significatif que le code civil jordanien, qui reste parmi les codes civils du Moyen-Orient le plus proche du droit musulman classique, et qui n'a fait en matière de *hawala* que reprendre presque à la lettre les dispositions de la *Chari'a*, traite cette institution sous le titre « des suretés personnelles par contrat » à la suite des articles qu'il consacre au cautionnement.

Comme pour le délégué, le droit musulman classique n'accorde pas à la caution de bénéfice de discussion ; il ne lui accorde pas non plus, semble-t-il, en dehors de la possibilité qui lui est laissée de se prévaloir de la libération du débiteur, le droit d'opposer toute autre exception ou défense tirée du rapport fondamental. Ainsi suivant une opinion autorisée : « une caution ne saurait se prévaloir de ce que la

somme cautionnée était destinée à payer un achat de vin (denrée prohibée en Islam) pour se dérober à son engagement. Celui-ci demeure valable même si l'obligation principale n'est pas due ». Sanhoury citant la même opinion, et se fondant sur l'absence de bénéfice de discussion, classe le cautionnement du droit musulman classique parmi les abstraits. *A fortiori* il doit en être de même de la délégation imparfaite.

Le contrat d'affacturage correspond à un schéma de cession de créance. L'opération comporte, en effet, l'engagement du factor à payer au co-contractant industriel, ou grossiste, les sommes que des clients lui doivent sur simple présentation de factures qu'il a contre eux, assorties des bons de commande et des bons de livraison. En fait, il lui remet en général un bordereau récapitulatif couvrant la liasse d'un ensemble de factures. A l'exigibilité des créances, le factor, fort d'une quittance subrogative que lui aura remise son co-contractant, poursuivra les clients de celui-ci. Il garantit leur solvabilité, mais pourra se retourner contre son co-contractant s'il s'avère que la créance n'était pas valable, ou que la livraison faite par le fournisseur ne répondait pas à la demande du client.

En France, c'est par la subrogation conventionnelle que les auteurs expliquent en général l'opération. L'avantage sur une analyse par la cession de créance consiste surtout à pouvoir se passer des formalités de l'article 1690 c. civ. En droit musulman classique, le rouage correspondant, c'est encore la *hawala*. Il est vrai, qu'en principe, le droit musulman n'autorise pas la cession de la créance. Cependant, en matière de *hawala*, les auteurs musulmans ont toujours distingué entre ce qu'ils appellent la *hawala* absolue (*mutlaka*) où le transport est fait sans aucune référence à des rapports pouvant ou non exister, et la *hawala* relative (*mukayada*), où il est stipulé que celui qui se charge du paiement de la dette le fera avec les biens du cédant ou la dette qu'il doit à ce dernier (art. 678 du *Medjelle*). L'exemple classique sur lequel ont raisonné les juristes est celui du vendeur qui, débiteur lui-même d'un tiers, transfère sa dette au créancier avec la créance du prix. C'est ce que nous appelons le transport-cession.

Analysant l'opération, Emile Tyan observe « qu'il n'y a pas là une simple affectation de la créance du prix au paiement de la dette cédée ; l'opération constitue bien, écrit-il, une cession de créance au tiers ; celui-ci en devient propriétaire. C'est là tout au moins ce que la doctrine paraît avoir fini par admettre. Elle y voit, en effet, un cas exceptionnel de transmission des créances ou, suivant la terminologie plus énergique du droit musulman, un cas d'aliénation de la propriété d'une créance à un tiers ». Les jurisconsultes musulmans reconnaissent qu'il s'agit bien dans cette hypothèse d'une cession de créance admise exceptionnellement en raison de nécessités pratiques (*Istihsan*).

Appliquant la *hawala* relative ou transport-cession au contrat d'affacturage, on s'aperçoit que tous ces éléments s'y retrouvent : il y a un cédant, le co-contractant du factor A, il y a un cessionnaire le factor F, et un débiteur cédé le client B. Cependant, pour être en conformité avec le système, au lieu d'envisager l'opération dans le sens d'une cession de créance, on l'envisage dans le sens inverse d'une cession de dette.

Le résultat est le même : l'opération réalise une cession de créance, mais vue au négatif.

En fait, la pratique est arrivée d'une manière générale à réaliser des cessions de créance en dehors de l'hypothèse du transport-cession, par des voies détournées comme le montre Emile Tyan : mandat de recevoir, paiement avec clause d'irrévocabilité, reconnaissance de dette assortie d'une mention par laquelle le débiteur déclare accepter toute cession que ferait son créancier de la créance constatée dans le titre.

La *hawala* peut être constituée suivant des formes différentes ; l'une d'elles, que prévoit l'article 682 du *Medjelle*, consiste en un contrat conclu entre le cédant et le cessionnaire. Il est dit cependant que sa validité et sa perfection sont subordonnées à la notification du débiteur cédé et à l'acceptation de ce dernier. Pour cela, les praticiens se contentent d'insérer dans la reconnaissance de dette, un passage par lequel le débiteur cédé déclare accepter toute cession que ferait son créancier de la créance constatée dans le titre. Emile Tyan qui a étudié ces formules dans le traité

de pratique notariale de Tahawi, rapporte que la pratique de la *hawala* dans les contrats de vente est assez courante depuis le III^{ème} siècle de l'Hégire (IX^{ème} siècle de l'ère chrétienne). Certaines de ces formules sont particulièrement élaborées, comme celle-ci : « et toute personne qui se présenterait avec ce titre sera l'ayant-droit à la créance qui y est constatée » « et toute personne qui se présenterait avec ce titre aura droit de recevoir paiement de la créance qui y est constatée, et toute personne à qui le créancier céderait la créance, le débiteur la reconnaîtra comme son propre créancier ».

Il n'en va pas différemment de l'affacturage en droit français. Le doyen Rodière décrit les difficultés qu'ont suscitées dans la pratique des notifications insuffisantes faites au débiteur, ce qui a conduit à l'insertion sur les factures remises aux clients de mentions telles que : « règlement à adresser directement au... » (nom du factor), ou encore « seul sera considéré comme libératoire le paiement fait entre les mains de... » (nom du factor).

Quant aux effets du transport-cession, ils ne sont pas éloignés de ceux que nous avons relevés pour le contrat d'affacturage. Ils se rattachent à la solution suivante rapportée dans plusieurs ouvrages de *fiqh* : lorsqu'un vendeur transfère à son créancier la créance du prix qu'il a sur l'acheteur, et que ce dernier se voit par la suite libéré en raison de la dissolution du contrat de vente pour un fait survenu après la délivrance de la chose (vice caché, arrivée d'une condition résolutoire), la *hawala* reste valable et continue à produire ses effets, dès lors, dit-on, que la créance du prix était elle-même valable au moment de la cession. En revanche, si la créance du prix à laquelle se rapporte la *hawala* n'était pas valable dès l'origine, celle-ci serait annulée. C'est que dans l'hypothèse du transport-cession, le transfert de la dette du cédant au cessionnaire est censé être fondé sur le transfert de la créance qu'il a sur le débiteur cédé, les deux actes étant en rapport étroit de causalité. Ces solutions sont aujourd'hui consacrées par les codes de certains pays arabes qui ont conservé la *hawala* dans sa forme classique (art. 353 c. civ. Irakien, art. 1013 c. civ. Jordanien, art. 383 c. civ. Koweïtien).

Les procédés de garantie constitués autour de l'idée de rétention de la propriété se sont multipliés dans la pratique depuis un certain nombre d'années. A côté de procédés connus du droit français : location-vente, vente à réméré, dépôt en consignation en vue de la vente, clause de réserve de propriété, de nouvelles techniques inspirées du droit anglo-saxon ou du droit allemand ont vu le jour, comme le crédit-bail ou son dérivé le lease-back, plus récemment la fiducie-sûreté.

L'idée de se servir de la propriété comme moyen de garantie est, comme on le sait, bien ancienne. L'aliénation fiduciaire, contrat par lequel un débiteur transfère à son créancier la propriété d'un bien à charge pour ce dernier de lui restituer contre paiement de sa dette, était la seule sûreté que connaissait le droit romain primitif. Les sûretés classiques que consacre comme telles le droit positif, nantissement et hypothèque, n'en sont qu'une diversification, rameaux issus d'un tronc commun, la *fiducia cum creditore* du droit romain.

On connaît les inconvénients qui s'attachent à cette forme de garantie : crainte que le créancier trompant la confiance du débiteur ne dispose du bien qui lui a été aliéné, perte par ce dernier de la jouissance du bien vendu au créancier, gaspillage du crédit. Le gage, puis l'hypothèque, étaient censés corriger ces inconvénients. Cependant, le droit du crédit s'est compliqué à tel point que, face aux difficultés que rencontrent aujourd'hui les titulaires de sûretés classiques dans les procédures collectives, à l'accroissement des demandes de crédits, et à l'intensification des rapports internationaux qui font appel au crédit, le nantissement et l'hypothèque apparaissent quelquefois peu fiables. Reconnaître à la propriété un rôle de sûreté, c'est revenir aux idées simples.

Telle fut, pour des raisons, il est vrai, différentes, la démarche du droit musulman. Partant d'un système très strict et peu élaboré des sûretés classiques, il est parvenu à adopter un procédé assez souple fondé sur la rétention de la propriété, le *bei bil wafa*, forme islamique de l'aliénation fiduciaire. En fait, le *bei bil wafa* joue actuellement un double rôle, celui de la fiducie-sûreté, ce qu'il est selon sa nature propre, et celui de rouage juridique permettant de réaliser d'autres opérations comme celle du lease-back. A côté de lui, un autre mécanisme spécifique du droit musulman une sorte de droit d'opinion, *Khiyar*, que nous définirons par la suite, permet d'adapter au système juridique musulman, un autre instrument fondé sur la

rétenion de la propriété, la clause de réserve de propriété que le droit musulman classique ne connaît pas.

On peut parfaitement donner au *bei bil wafa* la définition que dans son vocabulaire juridique, Capitant appliquait à la fiducie : « contrat par lequel l'acquéreur apparent d'un bien s'engage à le restituer à l'aliénateur lorsque celui-ci aura rempli les obligations qu'il a envers lui ». Le procédé a servi à améliorer le système du crédit dans les pays islamiques, d'une part, en assurant au créancier acquéreur du bien un certain profit tiré de la jouissance qu'il obtenait sur le bien vendu, ce qui permettait de déjouer dans une certaine mesure la prohibition du *riba*, d'autre part, en se substituant au nantissement relativement aux immeubles dont le domaine éminent appartient au Prince et qui ne peuvent de ce fait faire l'objet d'un nantissement. Son succès fut considérable. Il remplaça pratiquement le gage, et a continué à être utilisé jusqu'à ce que l'hypothèque fasse son entrée en pays d'Islam durant les premières décennies de ce siècle.

Le droit musulman ne connaissait à l'origine qu'une seule sûreté, le nantissement. Régime classique, avec toutefois deux particularités : une créance ne peut pas faire l'objet d'un nantissement ; le créancier ne peut pas se faire attribuer en propriété le bien donné en nantissement, ce qui exclut *a fortiori* l'acte comissoire. Cependant, l'interdiction faite au créancier gagiste d'user et de jouir de la chose, s'ajoutant ici à la prohibition de l'intérêt, il en résultat une grave crise du crédit qui fut vivement ressentie dans certains pays de l'Empire ottoman, et c'est cela semble-t-il qui a conduit les praticiens musulmans à redécouvrir la fiducie.

Il est donc manifeste que le procédé est destiné à déjouer l'interdiction de tout profit qui pourrait s'attacher à un prêt. Aussi la pratique en fut-elle d'abord condamnée. Elle n'est toujours pas admise par le rite hanbalite, alors qu'elle a fini par être acceptée par le rite hanafite au titre de l'*istihsan*. Elle figurera en bonne place dans le *Medjelle* ottoman. Le libellé de l'article 3 qui l'a consacrée en dit long sur le caractère exorbitant qui s'attache au procédé : « ce qui est exigé pour la satisfaction d'un besoin public ou privé est admis comme une nécessité légitime. C'est en vertu de ce principe qu'on a permis le *bei bil wafa*. Cette espèce de vente a été admise

pour la première fois en *Boukhari* », ajoute le législateur, « où le grand accroissement des dettes de la population l'a rendue nécessaire ».

Aussi, les juristes se sont-ils efforcés d'aligner son régime sur celui du nantissement dont le *bei bil wafa* n'apparaît, en définitive, qu'un simple succédané avec comme seule différence la possibilité pour le créancier d'user et de jouir du bien « vendu ». Mais cette possibilité allait être reconnue au créancier gagiste pratiquement dans les mêmes conditions. Cela s'explique par l'influence que dans un système empiriste les deux opérations ont pu exercer l'une sur l'autre. Ainsi, comme le souligne Selim Jahel, « si à l'instar du *bei bil wafa*, le nantissement a pu attirer à soi le fructus, à l'instar du nantissement, le *bei bil wafa*, a dû, inversement, ne l'avoir qu'à condition d'une stipulation expresse³⁸ ». Ici, comme en matière de nantissement, la réalisation du bien donné en garantie ne se fera que par sa vente dans les mêmes formes prévues par le nantissement : injonction faite par le juge au débiteur de le vendre, à défaut de quoi le tribunal le fera directement lui-même.

Cependant, ainsi qu'il en est dans les systèmes anciens, le contrat peut être assorti d'un mandat irrévocable donnant pouvoir au créancier de vendre le bien en cas de non-paiement et de se faire payer sur le prix, encore que selon les termes de l'article 760 du *Medjelle*, l'irrévocabilité du mandat s'attache ici à la nature même de l'opération et n'aurait pas besoin d'être exprimée dans l'acte.

Il y a loin comme on le voit du *bei bil wafa* à la vente à réméré : le premier fonctionne dans les conditions d'une sûreté, ce qu'il est réellement, et l'autre est une véritable vente assortie cependant d'une clause de résolution automatique. Dans le premier cas, l'acquéreur ne deviendra jamais propriétaire du bien qui fait l'objet de l'opération, alors que dans la vente à réméré, l'acquéreur le deviendra définitivement si la faculté de réméré n'est pas exercée dans le délai requis.

Cependant, les juristes affirmeront davantage le procédé en permettant au débiteur de conserver la chose aliénée en sa possession à titre d'emprunteur et plus fréquemment de locataire. Cette forme fut appelée *bei bil istiglal*. L'acquéreur sitôt

³⁸ JAHÉL, Selim. La place de la Chari'a dans les systèmes juridiques des pays arabes. Paris : Editions Panthéon Assas, 2012, « --p.

le contrat conclu rétrocédait le bien au vendeur qui continuait de ce fait à le gérer et à en tirer profit. Une telle rétrocession ne se concilie pas en principe avec la nature du nantissement qui implique la détention matérielle de la chose par le créancier. Cependant, là aussi, effet de l'influence exercée par les deux opérations l'une sur l'autre, le législateur ottoman a autorisé le prêt de la chose gagée au débiteur (art. 749 du *Medjelle*). Les juristes musulmans redécouvraient de la sorte le gage avec précaire du droit romain, esquisse du gage sans dépossession du droit moderne. Le droit musulman qui n'avait jamais connu l'hypothèque n'en était pas loin. En outre, il semble que ce soit l'influence du gage qui a permis que l'utilisation du *bei bil wafa* ne soit pas limitée aux immeubles, alors qu'en fait l'opération a été conçue pour servir en matière immobilière, à quoi s'est pratiquement bornée son application dans la pratique.

Cependant, l'alignement des deux opérations l'une sur l'autre a fait perdre en définitive au *bei bil wafa* l'essentiel de son intérêt pratique en tant que moyen *sui generis* de garantie. En droit allemand où la fiducie est d'un usage courant ; son avantage sur le gage tient au fait que celui-ci exige la dépossession du débiteur, alors que la fiducie « offre le grand intérêt de permettre au constituant de la sûreté de continuer à exploiter le bien affecté en garantie ». Mais c'est peut-être aussi parce que le droit allemand a très peu développé le gage sans dépossession. En France, le procédé est déjà largement utilisé en droit bancaire pour le transfert des créances à titre de garantie, mais doctrine et pratique semblent plus réservées quant à son application en matière d'immeubles et de meubles corporels.

Cependant, il convient surtout d'apprécier le *bei bil wafa* en tant qu'instrument juridique pouvant entrer dans la constitution d'autres procédés de financement et de garantie. Ainsi peut-il répondre au *lease-back* dont la structure coïncide parfaitement avec la sienne : vente d'un bien à une société de crédit-bail en garantie de prêt. Le bien vendu est rétrocédé à l'emprunteur sur la base d'un contrat de location assorti, comme il en est du crédit-bail ordinaire, d'une option permettant à l'acheteur soit le rachat du bien en fin de location, soit sa restitution à la société. On pourrait même songer à l'utiliser pour réaliser une vente avec clause

de réserve de propriété, s'il n'y avait pour cela un mécanisme mieux adapté, la clause d'option du vendeur.

Il existe en droit musulman un système assez particulier de clauses d'option (*Khiyar*) permettant aux parties à un contrat, ou à l'une d'elles, de se rétracter mettant à néant le contrat déjà conclu. L'option peut être liée à une condition prévue par les parties : découverte d'une lésion ou non-conformité de la chose livrée à la chose convenue. La réalisation de la condition ouvre à la partie qui en est bénéficiaire la possibilité soit d'infirmer la vente, soit de la confirmer. Le plus singulier, c'est qu'il existe une forme de clause d'option dite option conditionnelle (condition purement potestative) qui permet aux parties de se rétracter de manière tout à fait discrétionnaire. Appartient techniquement à cette catégorie, la clause d'option qui s'attache au non-paiement du prix, lorsque son bénéfice est ouvert à l'acheteur, puisqu'il dépend de lui dans ce cas de payer ou de ne pas payer. L'article 313 du *Medjelle* prévoit cette forme d'option dans les termes suivants : « les parties contractantes peuvent valablement convenir d'un terme pour le paiement du prix, avec la condition que, faute de paiement au terme convenu, la vente sera résiliée ». Mais la clause d'option liée au non-paiement peut être conclue au bénéfice du vendeur. C'est le cas le plus fréquent, et c'est dans cette hypothèse que le mécanisme de la clause d'option peut être adapté à une vente avec clause de réserve de propriété.

Pour pouvoir apprécier l'avantage du vendeur dans une telle clause, il faut savoir que dans le droit musulman de la vente, le transfert de propriété se produit par l'effet du contrat. La conclusion du contrat ne fait pas naître d'obligation de transfert à la charge du vendeur, mais modifie directement la situation juridique du bien, en transférant la propriété à l'acheteur. « L'effet du contrat, écrit Chehata, c'est le droit absolu, *erga omnes*, à savoir le droit réel de propriété ». Il ne saurait donc y avoir ici d'obligations interdépendantes, et c'est là l'une des raisons qui fait que le droit musulman ne connaît pas de système général de résolution des contrats synallagmatiques pour inexécution par l'une ou l'autre des parties de ses obligations.

Le vendeur a un double avantage : d'une part, avec une telle clause il pourra, le cas échéant, obtenir la résolution du contrat, alors que sans la clause, il n'aura, en cas de non-paiement du prix, d'autre voie que celle de poursuivre l'acheteur en exécution sur ses biens ; d'autre part, l'effet du contrat sera suspendu tout au long de la durée de l'option au profit de son bénéficiaire. L'effet que produit normalement la vente est arrêté, comme disent les auteurs. Le vendeur demeure propriétaire de la chose vendue malgré le contrat de vente déjà conclu. C'est ce qu'énonce l'article 308 du *Medjelle* : « *lorsque le vendeur seul stipule le droit d'option en sa faveur, la chose vendue ne sort point de son patrimoine, et il ne cesse d'en être propriétaire, en sorte que si après la délivrance, elle périclite entre les mains de l'acheteur, celui-ci est tenu de payer au vendeur non pas le prix stipulé, mais la valeur de la chose au moment de la délivrance* ».

De nombreux effets s'attachent à la suspension du transfert de propriété *pendante conditionne* que nous examinerons en nous plaçant respectivement du côté du vendeur, puis de celui de l'acheteur :

Du côté du vendeur, l'analyse peut paraître simple au premier abord. Demeuré propriétaire de la chose vendue, il peut en principe en disposer valablement. S'il le fait avant que la condition de non-paiement du prix ne se réalise, ou avant l'expiration du délai d'option, une question classique se pose, celle de savoir si l'acte d'aliénation est ou non opposable à l'acheteur. Le droit musulman apporte à cette question une réponse originale qui a tout le moins le mérite d'être dépouillée de toute systématique : il faut alors distinguer selon que la chose vendue est un meuble ou un immeuble, et selon qu'il y a ou non délivrance.

Dans l'hypothèse particulière où la vente porterait sur un objet mobilier, équipement ou marchandises, et que l'objet vendu aurait été remis à l'acheteur, hypothèse qui intéresse principalement notre sujet, le vendeur, quoique resté propriétaire de la chose vendue par l'effet de la clause d'option, et ayant de ce fait le droit d'en disposer valablement, perd pratiquement le pouvoir de le faire. C'est qu'en droit musulman, le pouvoir effectif de disposer d'un objet n'appartient qu'à celui qui le détient. Cette solution est déduite de la règle suivant laquelle

l'acheteur d'un meuble ne peut en disposer que s'il en a reçu livraison encore même qu'il en soit devenu propriétaire par l'effet du contrat de vente. Il en résulte qu'« une vente mobilière non accompagnée de tradition ne confère à l'acheteur qu'une propriété imparfaite, amputée de l'une de ses prérogatives essentielles, le droit de disposer de la chose ».

Faut-il en conclure qu'en droit musulman le droit de disposer d'un meuble est lié à sa possession ? Il semble bien, et l'on retrouve ici, quoiqu'elle ne soit pas formulée de manière directe, la règle « en fait de meubles possession vaut titre ». Ce qu'il faut retenir, en définitive, c'est qu'un acte de disposition fait sur un bien mobilier dont on n'a pas la maîtrise matérielle ne produit pas tous ses effets, et c'est bien pourquoi l'aliénation par le vendeur d'un bien mobilier dont il est resté propriétaire par l'effet d'une clause d'option n'est pas opposable à l'acheteur qui a déjà reçu livraison de ce bien.

Du côté de l'acheteur, les choses sont encore plus complexes. Dans l'hypothèse d'une vente avec clause d'option au bénéfice du vendeur, l'acheteur, même s'il a déjà reçu livraison de la chose vendue, n'en est pas encore propriétaire. Il ne peut donc en disposer valablement, c'est ce que tous les auteurs affirment. Sans doute peut-il le faire si le vendeur l'y autorise, mais cette autorisation vaut alors confirmation de la vente, et donc renonciation du vendeur à la clause d'option ; nous sortons de l'hypothèse envisagée.

En ce qui concerne l'usage et la jouissance par l'acheteur de la chose qui lui a été délivrée, malgré la clause d'option, les avis sont partagés. Pour certains auteurs, les fruits et les améliorations de la chose vendue reviennent en définitive à celle des deux parties, vendeur ou acheteur, qui est confirmée dans son acquisition. Mais bien évidemment, les parties pourraient convenir que l'acheteur garde les fruits qu'il a cueillis. Pour d'autres auteurs, les fruits et bénéfices obtenus restent acquis à l'acheteur, même si la vente est par la suite infirmée. Cette solution est celle qui à notre avis a prévalu en définitive dans la pratique. Ce qui nous permet de l'assurer, c'est que la clause d'option a pu être quelquefois utilisée comme *hyla* (ruse juridique) pour rémunérer un prêt d'argent. L'opération se présente ainsi : soit

une vente assortie d'une clause d'option au bénéfice de vendeur (ici l'emprunteur), le bien vendu est remis à l'acheteur (ici le prêteur) qui va pouvoir en jouir jusqu'au remboursement du prêt. On aperçoit en filigrane dans cette ruse la physionomie de l'aliénation fiduciaire, preuve de la parenté existant entre les deux opérations sous l'angle de la possibilité pour l'une et l'autre de réaliser une rétention de la propriété.

En ce qui concerne le droit de disposer, nous avons bien vu qu'il n'appartient pas à l'acheteur tant que le contrat demeure sous clause d'option. Mais *quid* si l'acheteur qui a déjà reçu livraison du bien vendu l'aliène à un tiers sans autorisation du vendeur ? L'acte est en principe nul en tant qu'émanant d'un non-propriétaire. Mais cette nullité est-elle opposable au tiers acquéreur ? La réponse du droit musulman s'inspire, avec beaucoup de réalisme, de la volonté de protéger le plus possible les tiers acquéreurs qui se sont fiés à l'apparence de la propriété que donne la maîtrise matérielle de leur auteur sur le bien vendu. A cet effet, il est établi, comme l'écrit Chehata, « que l'acquéreur d'un bien immobilier ou mobilier en vertu d'un contrat nul mais non inexistant, pourra disposer de ce bien en faveur d'un tiers. Le tiers qui l'acquiert ne pourra être poursuivi en revendication par le véritable propriétaire. C'est que l'aliénation consentie par l'acquéreur a purgé son contrat d'acquisition du vice qui l'entachait et a rendu son aliénation pleinement valable. Le droit musulman hanéfite, ajoute l'auteur, permet à la personne de transférer plus de droit qu'elle n'en a elle-même³⁹ ». C'est bien ce qu'énonce l'article 372 du *Medjelle* : « dans la vente annulable, chacune des parties a le droit de résoudre le contrat. Mais si la chose périt entre les mains de l'acheteur ; si celui-ci la consomme ou l'aliène par vente valable, par donation ou de toute autre façon ; s'il y ajoute quelque chose, comme lorsqu'il s'agit d'une maison qu'il a fait réparer ou d'un terrain sur lequel il a fait des plantations ; ou enfin s'il lui a fait subir une transformation complète, comme par exemple, s'il a fait moudre le blé acheté et l'a converti en farine, dans tous ces cas, le droit de résolution ne peut plus être exercé ».

Sans doute, la caducité d'un acte par l'effet d'une rétractation fondée sur une clause d'option n'est pas un cas de nullité, et on peut se demander si les solutions sont les mêmes dans l'un et l'autre cas. Mais cela ne semble pas devoir faire le moindre

³⁹ CHEHATA, Chafik. Essai d'une théorie générale de l'obligation en droit musulman. Paris : Editions Dalloz, 2005.

doute. Il faut dire d'une part, que les auteurs musulmans ne font pas sur le plan méthodologique une nette distinction entre les causes de dissolution du contrat relatives à sa formation, et celles qui concernent son exécution, ce qui s'avère quelquefois difficile, même en droit occidental, comme le montre l'insurmontable ambiguïté de l'action rédhibitoire pour vices cachés. D'autre part, il faut bien reconnaître que la règle en question ne découle pas d'un caractère qui serait spécifique à la nullité et qu'on ne pourrait pas retrouver en matière de résolution. Elle vise à résoudre le problème de l'opposabilité aux tiers de la dissolution des actes par lesquels leur auteur a acquis la chose qu'il leur a transmise, que cette dissolution soit due à la nullité de l'acte ou à sa résolution.

La clause d'option liée au non-paiement du prix ne pourra être exercée par le vendeur que si le prix n'est pas payé. Le vendeur a alors le choix, ou de conserver le contrat et poursuivre l'acheteur en paiement de la créance du prix, ou de le résilier, auquel cas il cherchera à se faire restituer la chose vendue lorsque celle-ci aura déjà été livrée à l'acheteur. Mais l'acheteur a pu entre-temps disposer de la chose en l'aliénant, en la consommant ou en en modifiant la nature (blé transformé en farine). Ce risque est inhérent à toute opération de ce genre, qu'il s'agisse d'une clause d'option, d'une clause de réserve de propriété, ou même tout simplement d'une promesse de vente.

La protection du vendeur par la clause de réserve de propriété est-elle donc illusoire ? Elle le devient bien évidemment dans un tel cas. Mais il est vrai aussi qu'elle est davantage destinée à protéger le vendeur contre les créanciers de l'acheteur que contre les irrégularités que peut commettre ce dernier. Ni en France, ni en Allemagne où pourtant le mécanisme de la clause de réserve de propriété est le mieux élaboré, on n'est parvenu à le protéger tout à fait. Le moyen le plus courant consiste à organiser un système de publicité, mais sa mise en œuvre s'avère assez souvent difficile. On peut aussi songer à généraliser la clause qui permet au vendeur de se faire restituer la chose vendue sans aller toutefois jusqu'à résoudre le contrat. De tels aménagements, et bien d'autres encore, ne sont pas incompatibles avec le mécanisme de la clause d'option.

On s'aperçoit en définitive que celle-ci est un cadre parfaitement adéquat pour faire entrer la clause de réserve de propriété dans le système du droit islamique. Ce qui importe à cet égard, une fois de plus, ce n'est pas tant de sacrifier à un quelconque tabou qui n'existe pas, mais – le droit étant un langage – de rester fidèle à celui auquel le monde musulman jaloux plus que jamais de ses valeurs propres, demeure fermement attaché.

Problématique et méthode - Les exigences les plus diverses pèsent sur les hommes ; d'ordre moral ou religieux, d'ordre social ou politique, d'ordre logique. Exigence en forme de devoir : à l'égard de la divinité, à l'égard de soi-même, à l'égard des autres.

A l'évidence, ces obligations ne relèvent pas toutes du domaine du droit. Si le juridique se rattache au normatif, tout ce qui est normatif ne se traduit pas en règle de droit.

Le thème de l'étude : Droit des obligations et droit musulman ne devrait pas être perçu sous une optique de parallélisme qui pourrait exister entre les deux : c'est-à-dire un droit musulman des obligations qui sera contraire au droit des obligations classiques issues des systèmes juridiques occidentaux, à l'exemple de la France.

La problématique que soulève ce sujet de thèse est de savoir comment les pays qui se proclament de « droit musulman », tout en ayant une grande influence du modèle occidental pour une raison d'harmonisation, arrivent-ils à créer un droit mixte ? Par quelles voies, par quels moyens s'est opérée l'évolution du droit musulman ? Pour répondre aux questions posées, il est intéressant, voire nécessaire, de rechercher sur les plans pratiques et utilitaires les moyens techniques qui permettent d'accommoder les exigences de cette règle morale aux impératifs du commerce international et de l'économie moderne. Telle est la tâche difficile à laquelle se heurtent les praticiens dans le monde musulman et les opérateurs économiques du monde occidental dans leurs rapports d'échanges avec les pays musulmans. La difficulté provient du fait que l'ordre moral religieux, qui est la toile de fond de tout

le droit musulman, pèse de manière particulièrement impérieuse sur l'activité contractuelle et la vie économique en général.

Cette règle morale de droit musulman a-t-elle réellement constitué une entrave majeure au développement du commerce depuis le 1^{er} siècle de l'Hégire⁴⁰ ?

Nous ne le pensons pas. Nous remarquons, au contraire, que le regard du droit musulman sur l'activité commerciale a été tout le temps bienveillant ; le commerce étant considéré par l'Islam comme une activité noble.

Ce sont des critères d'ordres moraux concernant la licéité de tel acte de commerce ou l'honnêteté de tel commerçant qui ont fondé la conception de l'activité commerciale au regard du droit musulman. Il va de soi que ce qui est condamné et condamnable, c'est le commerce malhonnête. D'ailleurs cette condamnation se retrouve dans le Coran : « *Ne vous mangez pas mutuellement vos biens par des moyens illicites, mais seulement par des opérations commerciales librement consenties de part et d'autre* »⁴¹. Pour illustrer le goût du prophète « Mohamed » et des califes pour les affaires, Omar⁴² aurait dit : « *Je ne puis en aucun lieu être aussi agréablement saisi par la mort que là où je traite des affaires des marchés pour ma famille en achetant et en vendant* »⁴³. Aussi l'injonction de travailler hors de son pays pour faire du commerce est tirée de ces mots du Coran : « *Disperser sur la terre et recherchez quelque faveur (matérielle) de Dieu* »⁴⁴.

Par ailleurs, un apologiste musulman contemporain résume la position de la *sunna* comme suit : « Le prophète comble d'éloges ceux qui, loin d'être des parasites, s'enrichissent pour pouvoir venir en aide aux déshérités »⁴⁵.

Cependant, le système musulman dominé par la règle morale pose des critères qui prennent, dans certains cas, la forme de présomptions irréfragables de malhonnêteté

⁴⁰ Ère de l'islam qui commence l'année où Mahomet s'enfuit à Médine (an 622 de l'ère chrétienne, le 22 ou 23 septembre). [Mais la tradition situe l'événement le 16 juillet 622, premier jour de l'année lunaire en cours.

⁴¹ Voir en ce sens : Recueil des traditions du Sahih d'el BOUKHARI rassemblé par Yacine Kassan

⁴² Un des fidèles compagnons du prophète

⁴³ Muhammad Hamiddullah, in Cahiers de l'ISEA, supplément 12 série V, n° 31, déc. . 1961, p.27. Omar aurait également dit comment ai-je pu ignorer cette injonction de Dieu ? il faut que j'aie été à ce moment occupé par quelque transaction du marché » in el-Boukhari, Les Traditions Islamique, trad. O. Houdas et W.Marçaisl,II, Paris, Imprimerie nationale, 1906, p.8

⁴⁴ Sourate II, verset 282

⁴⁵ Mohammad Hamiddullah, ibid, p.27

et restreignent la liberté contractuelle au profit de la justice et de l'équité entre les contractants.

Intérêt du sujet et annonce du plan - L'intérêt de l'étude est d'apporter un éclairage et une contribution à un effort de rapprochement entre deux systèmes juridiques bien différents, l'un religieux et l'autre laïc, en étudiant la philosophie juridique de cette notion d'obligation dans les pays de droit musulman par un système de comparaison par rapport au monde occidental en général, et au droit français en particulier, en essayant d'expliquer les similitudes des deux systèmes précités qui n'ont de divergences véritables que s'agissant des questions portant sur le statut personnel (mariage, divorce, garde des enfants etc...). L'explication donnée par les juristes musulmans est que ce domaine doit demeurer soumis au droit musulman. Mais cet impératif n'est nullement incompatible avec une adaptation des règles traditionnelles du droit musulman aux réalités et aspirations des sociétés dites de droit musulman ni avec une inspiration des solutions posées par le droit français, tant que les réformes opérées n'entrent pas en contradiction avec l'essence et la lettre de ces règles. Le droit privé en terre d'Islam est lié aux principes religieux et moraux beaucoup plus qu'aux considérations d'ordre économique car selon certains auteurs, le lien qui relie la personne à l'Etat est le lien religieux. Toutefois, l'étranger (le non musulman) a la personnalité juridique et il s'est vu progressivement reconnaître un nombre appréciable de droits. La condition des personnes a une importance particulière en droit musulman. L'homme et la femme sont égaux en ce qui concerne la capacité de jouissance et d'exercice. Toutefois, bien des règles, notamment les règles relatives au mariage ou celles concernant la preuve en justice, les mœurs aussi, font apparaître entre hommes et femmes des différences marquantes.

En matière de droits patrimoniaux, les biens, notamment les terres, peuvent faire l'objet de propriété individuelle, transmissible par contrat ou succession. Le droit de propriété est absolu : don de dieu, il a un caractère sacré. En droit français, on parle d'inaliénabilité et d'imprescriptibilité. Pour revenir au droit musulman, il

faut savoir qu'il y a plusieurs catégories de biens qui sont soumis à un régime juridique spécial. Les biens *Kharagi* appartiennent à l'Etat, mais un détenteur peut en avoir la jouissance (à l'exception de la possibilité d'en disposer). Les biens *waqf* sont considérés comme la propriété d'*Allah*, donc inaliénable et à perpétuité : ce sont des biens affectés à une œuvre ou à la descendance du constituant (pour être fortuite, l'analogie avec le trust anglais n'est pas moins réelle).

Dans la philosophie des obligations contractuelles, il faut savoir que le contrat n'a pas fait l'objet en droit musulman d'une théorie générale proprement dite concernant l'échange de consentements. Pour qu'une personne soit engagée, il faut qu'elle ait fait une déclaration correspondant à une pensée sérieuse. Ainsi, il y aura vente dès qu'existeront deux déclarations concordantes, l'une du vendeur, l'autre de l'acquéreur. La notion d'équivalence objective a une grande importance, ce qui conduit à une protection systématique contre la lésion, alors que les vices de consentement se trouvent, eux, plus difficilement pris en compte. L'interdiction du prêt à intérêt a pesé sur l'aménagement des contrats spéciaux qui a ainsi dû beaucoup à la « technique des subterfuges ».

La responsabilité civile n'a pas donné lieu non plus à une théorie générale. Il n'y a ni responsabilité du fait d'autrui, ni responsabilité du fait des choses. En ce qui concerne la responsabilité personnelle, c'est la casuistique : obligation de réparer en cas de destruction de la chose d'autrui, en cas d'usurpation. Les solutions s'éclairent plus par l'idée d'une illicéité objective dont on déduit des conséquences que par la recherche d'une faute que l'on entendrait sanctionner.

Dans cette optique, nous nous proposons d'exposer, dans une première partie les principes fondateurs du droit des obligations dans les deux systèmes de pensée pour mieux comprendre la technique contractuelle sur un plan purement comparatif entre le monde juridique occidental et le droit musulman. Ensuite, nous étudierons dans une deuxième partie la notion d'obligation elle-même en détail, surtout le rôle de la règle morale dans le système musulman classique au regard des techniques contractuelles de la vie juridique des affaires notamment qu'utilise le nouveau législateur de droit musulman pour l'adapter aux exigences commerciales du monde moderne.

Première partie

Les principes fondateurs du droit des obligations : le droit des contrats

- I. La conception de l'autonomie de la volonté et le respect de l'engagement donné
- II. Les renforts : justice, utilité, équilibre du contrat

Chapitre 1 : La force de l'engagement contractuel

Section 1 : La force obligatoire du contrat

Section 2 : La force obligatoire du contrat et la question de la révision

§1 : Exposé des données du problème

§2 : La position du droit français

Section 3 : Le principe de la force obligatoire et l'interprétation du contrat

§1 : L'interprétation de la volonté des parties

§2 : Evolution en matière d'interprétation

§3 : Le rôle de la cour de cassation en matière d'interprétation

Chapitre 2 : Le rôle des avant-contrats

Section préliminaire : La théorie générale des avant-contrats au regard du droit musulman

Section 1 : Le droit classique occidental

Section 2 : Les promesses du contrat

Première partie

Les principes fondateurs du droit des obligations : le droit des contrats

La notion de contrat - Contrairement à ce que l'on pourrait penser, le contrat n'est pas le seul instrument d'échange de biens et de services. L'histoire enseigne en effet, qu'au sein de groupes fermés vivant en autarcie, il n'y a pas à proprement parler d'échange ni *a fortiori* d'instrument d'échange et que la distribution des biens et des richesses se fait selon les lois du groupe qui président à la répartition⁴⁶ du travail et des biens au sein de la communauté. Même lorsque l'autarcie cède sous la pression de l'accroissement des besoins et de la division du travail, l'échange qui devient indispensable peut se réaliser par des moyens autres que le contrat. Ainsi la pratique du don qui appelle au contre-don permet de réaliser une certaine circulation des biens sans contrat⁴⁷. Même dans un passé récent, les échanges pouvaient se réaliser sans recours à la technique contractuelle. Ainsi dans les économies socialistes, si les échanges horizontaux entre entreprises de même niveau se réalisent au moyen d'instruments contractuels, les échanges verticaux entre organes hiérarchisés se réalisaient par des techniques de planification et de commandement étrangères au contrat⁴⁸. Par ailleurs, le contrat n'a pas toujours été perçu comme un accord de volonté. Le droit romain, d'essence formaliste, faisait dépendre la validité du contrat non pas de la volonté des parties mais de l'accomplissement du rituel requis. Ce n'est que tardivement que le droit romain s'intéresse à la volonté des parties en sanctionnant certains vices du consentement et surtout en admettant la validité de

⁴⁶ Tant par personne, tant par chef de famille, tant par attelage, etc.

Cette distribution selon une norme impérative préétablie, a fait naître qu'historiquement, le « statut » a précédé le contrat ou encore que « le droit imposé précède le droit volontaire ». J. Carbonnier, « sociologie et droit du contrat, » Annales de la faculté de droit de Toulouse, 1959, p.115.

⁴⁷ Pour les développements voir Maunier, « les échanges rituels en Afrique du nord, » in Année Sociologie, nouvelle série, T2 ? 1924625. M. Maus, « Essai sur le don. Forme et raison de l'échange dans les sociétés archaïques », in Année Sociologique, T.1 1923-24 ; J. Zaksas, Les transformations du contrat et leur loi. Thèse Paris 1939 D. Warnotte, Les origines sociologiques de l'obligation contractuelle, Bruxelles, 1927.

⁴⁸ Voir R. David, Traité élémentaire de droit civil comparé. P 325. A. Meerpoel, Essai sur la nature juridique du contrat économique en droit socialiste, Université de Strasbourg. Grenoble. Dans la théorie marxiste, le contrat en tant qu'instrument des échanges est étroitement lié au mode de production capitaliste. C'est pourquoi la crise qui annoncera la fin du contrat « éclatera le jour où la production économique réglée par les lois du marché sera remplacée par une production entièrement planifiée et l'échange par équivalent, par une distribution suivant les besoins de chacun » K. Stoyanovitch, « La théorie du contrat selon E. B. Patchoukanis » Archives de philosophie du droit, 1968, p.94.

certaines contrats dépourvus de tout formalisme. Le contrat en tant que concept général et abstrait désigne l'accord de deux volontés est une « découverte » du XVIII^e siècle qui trouve sa consécration officielle dans le code napoléonien de 1804 en France et plus tard dans les législations de certains pays dites de droit musulman comme dans le D.O.C⁴⁹ marocain ou dans le C.O.C⁵⁰ tunisien et mauritanien pour ne citer que ces pays, qui eux, s'inspirent de la *Chari'a* islamique, qui est une mine inépuisable de « valeurs juridiques » ; même si les juristes du droit musulman se sont toujours attachés à la solution des cas sans se préoccuper des règles générales. C'est là la conception classique du contrat fortement marquée par le contexte socio-économique qui a présidé à sa naissance et par les doctrines de philosophie juridique qui l'ont façonnée.

Théorie ou philosophie du droit des contrats ? Il y a une controverse fameuse, en philosophie du droit, pour savoir si la détermination des conditions du droit, des tentatives de réponses aux questions fondamentales sur l'organisation juridique relèvent d'une philosophie ou d'une théorie du droit⁵¹.

La théorie du droit dont il y est question traite, simplement sans doute, de quelques questions de philosophie du droit des contrats : pourquoi respectons-nous un contrat, devons-nous le respecter, est-ce naturel, religieux ou contraint, pourquoi et dans quelles conditions un contrat peut-il être conclu, quelles sont ses limites, etc. mais également et au-delà des réponses justifiant certains problèmes techniques de droit des contrats. Il s'agit donc de déterminer les principes qui guident le droit des contrats et quelques tentatives d'explication de ceux-ci... Il s'agit surtout, de présenter les thèmes, thèses, théories qui, d'une part, fondent le caractère obligatoire des contrats et, d'autre part, permettent d'expliquer ses règles, ses évolutions, parfois très techniques (les questions relatives à la circulation du contrat, son extinction, les conditions de l'exécution du contrat et la gestion de son inexécution, la « responsabilité » contractuelle, la rupture du contrat, etc.)... pour autant que cela soit d'ailleurs efficace, ce dont nous ferons ici le pari. Le nominalisme d'Occam

⁴⁹ Dahir des obligations et des contrats

⁵⁰ Code des obligations et des contrats

⁵¹ Voir en ce sens R. Sève, Philosophie et théorie du droit, Dalloz, 2007.

repris par la philosophie analytique moderne conduit à nier toute idée même de pensée idéale (même réaliste au sens aristotélicien) : le fait de désigner un contrat ne permet pas d'identifier une Idée universelle de contrat (au sens platonicien). A côté de ces doctrines philosophiques, d'autres doctrines d'essence religieuses ont vu le jour à travers les siècles et ont alimenté de part et d'autre le droit moderne ; c'est le cas du droit musulman de son nom⁵² la *Chari'a* qui a dégagé grand nombre de principes qu'on ne saurait survoler. Une étude approfondie sur le plan comparatif de ce système s'impose pour lever toute équivoque et les amalgames qu'on assimile à ce système juridique qui a su s'adapter au développement de l'humanité.

Le droit musulman – le régime du contrat dans le système juridique musulman aura été l'œuvre presque exclusive des *fuqaha*⁵³, relayé un peu plus tard, par les praticiens, ceux-ci s'emploieront à assouplir les principes établis par les exégètes. Ce régime élaboré conjointement va permettre de mieux adapter le droit aux nécessités qu'engendrent sans cesse l'activité économique. Le système contractuel musulman est éminemment empirique, il a été constitué, au fur et à mesure, par les questions posées aux praticiens et les solutions apportées par ceux-ci aux litiges qu'ils ont été chargé d'arbitrer. Jusqu'au XIX^e siècle, il était quasiment impossible de trouver, dans les ouvrages du *fiqh* (l'identification des règles légales à partir des textes divins) une définition spécifique du contrat. Le droit musulman est essentiellement casuistique, il ne comprend aucune théorie générale des obligations et des contrats même si certains auteurs comme Chéhata parlent d'une existence de ce dernier⁵⁴.

Le contrat ou *aqd* n'est évoqué que dans un seul et unique texte coranique le formulant ainsi : « *O Croyant, soyez fidèles à vos engagements* »⁵⁵. Ou encore : « *O vous qui croyez, conformez-vous à vos uqud (contrat, pluriel de aqd)* »⁵⁶, ou « *soyez*

⁵² C'est le nom arabe qui désigne le droit musulman qui signifie « chemin ou voie droite à suivre »

⁵³ Ce sont des juristes musulmans qui ont élaborés les principes directeurs qui ont fondé ce système juridique, les principes dégagés est le résultat d'une interprétation fine et rigoureuse du coran, de la suna ou du hadith.

⁵⁴ Voir en ce sens l'ouvrage de référence sur la théorie de l'obligation en droit musulman, essai d'une théorie générale de l'obligation en droit musulman, Dalloz, 2005.

⁵⁵ Voir Sourate V, verset 1 du Coran (le livre saint)

⁵⁶ Sourate IV, verset 33 « ceux envers qui de vos mains vous vous êtes engagés, donnez-leur donc leur part »

fidèles au pacte de Dieu ; vous qui l'avez conclu, ne violez point les serments que vous avez fait solennellement »⁵⁷. Cependant le terme *aqd* ou *contractus* apparaît constamment dans les ouvrages classiques de droit musulman. Ce terme s'applique aux diverses opérations juridiques qui interviennent chez les particuliers. Il faut remarquer que le droit musulman n'a réglementé qu'une trentaine de contrats nommés. Cependant, les exégètes, en raison des besoins nouveaux de la vie économique et commerciale, ont dû admettre des contrats innommés nouveaux et les déclarer licites et cela en se référant aux contrats nommés admis par la *Chari'a*⁵⁸. Le contrat de vente en est l'exemple type. La majorité des *fuqaha* le considèrent comme tel, il ne peut, par le fait même, être considéré comme substitut à une théorie générale des contrats⁵⁹. Le contrat apparaît comme un acte juridique constitué par les déclarations émises⁶⁰ par les parties. Chacune de ces déclarations reposent sur un acte de raison (*aqil*) ou acte d'intelligence. C'est pourquoi elle ne peut être émise par une personne frappée d'incapacité. Il est certain aussi que la déclaration ne peut produire d'effet que si elle est sérieuse : toute déclaration non sérieuse *hazl* est considérée comme nulle et non avenue, réserve faite du mariage, de la répudiation et de l'affranchissement. L'acte juridique une fois constitué par la volonté des parties va produire des effets de droit qui se produiront immédiatement et conformément à la réglementation de la *Chari'a*, c'est-à-dire dans le cadre de la trentaine de contrats nommés et non tels que les parties les ont convenus. Le but de la *Chari'a* est de préserver les cocontractants de tout risque de profit illicite : *riba* ou d'alea : *gharar* qui deviennent très probables quand les effets sont retardés par un terme.

On constate depuis plus d'un siècle une certaine adoption par des pays musulmans contemporains de techniques juridiques de type occidental par un souci d'occidentalisation des institutions qui s'est manifesté dans l'empire ottoman ainsi

⁵⁷ Sourate XVI, verset 1

⁵⁸ Mustapha az-Zarqa, *Nazam at-ta'min*, Beyrouth, Matba'al-insha, 1984. p.537 s. Cependant, certains auteurs dénombrent une quinzaine de contrats nommés, d'autres jusqu'à trente

⁵⁹ Kassani, auteur hanéfite, considère le contrat de vente comme l'archétype de tous les autres contrats. 'L'effet du contrat de vente est le transfert immédiat de la possession ou de la propriété

⁶⁰ Chéhata, "Le concept de contrat en droit musulman" in *Archives de philosophie de droit*. Paris, Sirey, 1968, p.131 : "Tel est pour les juristes musulmans le critère qui permet de distinguer l'acte juridique spécialement le contrat du fait juridique pur et simple. L'acte juridique est avant tout une déclaration : qawl...

qu'en Egypte⁶¹ dotée d'une autonomie législative par rapport à la Sublime Porte, par l'adoption de plusieurs codifications inspirées des codes modernes et spécialement des codes français⁶². En effet, l'Empire ottoman dans sa volonté de faciliter ses relations commerciales avec l'Europe, avait très largement adopté, en 1850, le code de commerce français. Des emprunts aussi importants avaient été faits, par la suite au code français par La Porte ; se sont succédé les codes pénal (1858), de droit maritime (1864) etc... seul le droit civil demeurait à l'écart de ce mouvement d'occidentalisation, mais la *Majallat al-adliyat* constituait, il est vrai, une innovation quant à la forme⁶³ : il s'agissait d'une première codification d'un code civil dans un pays musulman et selon le modèle occidental, cependant aucune innovation de fond n'était faite car la *Majallat* était essentiellement fondée sur la *Chari'a*. En Egypte, la modernisation des institutions juridiques s'est même étendue jusqu'aux matières civiles : profitant des rapports d'échanges entre les autochtones et les étrangers, des réformes législatives ont été entreprises sous le règne d'Ismail Pacha (1867-1873)⁶⁴, ces réformes inspirées du code napoléonien, tout en respectant les principes généraux de la *Chari'a*, ont ouvert la porte à une évolution notable du droit par l'adoption d'un code mixte inspiré du code français⁶⁵, applicable en matière civile, commerciale, maritime, pénale et procédurale aux relations entre égyptiens et étrangers. Cette évolution qui avait à la base pour but de promouvoir l'adaptation du droit musulman à l'exigence du progrès économique et social s'est concrétisée par une réforme généralisée, par le décret du 14 juin 1883, qui a doté les tribunaux nationaux de codes inspirés en grande partie de codes mixtes. L'adoption par un pays comme l'Egypte de codes inspirés du modèle français a encouragé les autres pays du Moyen Orient à recevoir le droit occidental en se dotant de codes modernes⁶⁶. Nous ouvrons une parenthèse ici pour signaler

⁶¹ J.-Mousseron, « Réception au Proche Orient du droit français des obligations », in *Revue Internationale de droit comparé*, Paris 1965, p.61 s.

⁶² N. Saleh, « Legal system » in the *Cambridge Encyclopedia of the middle East and North Africa*, Cambridge University Press, p.131 s.

⁶³ E. Engelhardt, *La Turquie et les Tanzimat, histoire des réformes de l'empire ottoman depuis 1826 jusqu'à nos jours*, Paris, 1882-1884, T. 1, p 40.

⁶⁴ Linant de Bellefonds, « Immuabilité du droit musulman et réformes législatives en Egypte », in *Revue Internationale de droit comparé*, 1955, p.11. s

⁶⁵ Ch. Chehata, « Les survivances musulmanes dans les codifications du droit civil égyptien », in *Revue internationale de droit comparé*, 1965, p. 842.

⁶⁶ J. Mousseron, *ibid*, p.69. « En ce temps le chef de file de l'unité arabe l'Egypte venait de se doter d'un code civil de qualité parfaitement susceptible de diffusion à l'extérieur de ses frontières. En accueillant ces dispositions souvent intégralement, les législateurs proche-orientaux sacrifiaient à l'arabisme, mais ce faisant, recevaient le droit occidental des obligations, en particulier le droit français. Le code égyptien de

que le Liban, de par sa conjoncture multiconfessionnelle et par l'influence française du mandat a promulgué dès 1932⁶⁷. Ce code a repris, sans être toutefois une reproduction servile, la plupart des solutions édictées par le droit français, soit dans le code civil, soit dans la jurisprudence postérieure à 1804⁶⁸. Les règles divergentes sont exceptionnelles et sont alors généralement empruntées au projet franco-italien du code des obligations, parfois aussi d'autres législations européennes⁶⁹. Le code libanais des obligations et des contrats est un exemple unique dans les pays du Moyen-Orient de droit parfaitement occidentalisé dans la majeure partie de ses dispositions. Ce droit d'inspiration occidentale est plus qu'une innovation : c'est une première dans l'histoire légale du Moyen-Orient que la *Chari'a* est officiellement admise comme étant une pièce maîtresse dans une législation séculaire. Mais l'impact de la *Chari'a* dans le code égyptien, est controversé par certains auteurs comme Chehata : l'influence religieuse du code n'a été délimitée de façon nette et précise. Il est cependant certain que le rôle de la *Chari'a* n'est pas à négliger vu les survivances de certaines dispositions de droit musulman dans le code civil égyptien. Cette affirmation est également valable pour les codes des autres pays arabes qui ont été influencés par le code égyptien. Mais la place de la règle morale de droit musulman est différente suivant les degrés d'adoption des préceptes de la *Chari'a* par les « pays de droit musulman »

Par rapport à la théorie du contrat lui-même, des principes inspirés du droit musulman se dégagent au regard de la législation égyptienne par exemple :

- **Le principe de la séance contractuelle *Khiyar al-maglis***, qui suppose que le contrat devrait être conclu durant la séance contractuelle elle-même : ce principe est édicté dans les articles 94 du code égyptien et 95 du code syrien dans les termes suivants :

1948 s'est ainsi révélé comme le meilleur véhicule » de l'expérience juridique française dans cette région du monde.

⁶⁷ Kh. Joreige, *Théorie générale des obligations*, Beyrouth, T. 1. ; 1957, p. 14 s.

⁶⁸ M.B. Tabbah, « L'humanisme du droit français – Le secret de son rayonnement », in *Revue Internationale de droit comparé*, Paris, 1954, p. 28 s.

⁶⁹ Les articles 122 et 124 du C.O. reprennent textuellement en matière de responsabilité des incapables et pour abus de droit, les articles 75 et 74-2 du projet franco-italien

« 1. Si, en séance contractuelle, une offre est faite à une personne présente, sans fixation du délai pour l'acceptation, l'auteur de l'offre est délié si l'acceptation n'a pas lieu immédiatement. Il en est de même si l'offre est faite de personne à personne au moyen du téléphone ou tout autre moyen similaire.

2. Toutefois, le contrat est conclu, même si l'acceptation n'est pas immédiate, lorsque dans l'intervalle entre l'offre et l'acceptation, rien n'indique que l'auteur de l'offre l'ait contractée, pourvu que la déclaration de l'acceptation ait lieu avant que la séance prenne fin »

Le principe de *maglis-al-aqd*, intégré dans les codes égyptien et syrien, a été élaboré par les juristes hanéfites qui ont insisté sur le fait que les parties contractantes ont passé leur transaction en parfaite connaissance de cause et ce, durant la séance contractuelle pour les prémunir de tout risque de *gharar*, alea, prohibé par la *Chari'a* et qui pourrait perturber l'équilibre des prestations en permettant à une partie d'acquérir un profit illicitement gagné au détriment de l'autre contractant

- **Des principes relatifs à la remise de dettes par une déclaration unilatérale** : Les articles 371 du code civil égyptien et 369 du code civil syrien disposent « L'obligation s'éteint par la remise volontaire qui en est faite par le créancier. La remise est parfaite dès qu'elle parvient à la connaissance du débiteur, mais elle devient caduque si elle est refusée par ce dernier ». Les articles 372 du code civil égyptien et 370 du code civil syrien stipulent encore : « La remise de l'obligation est soumise aux règles de fond qui régissent les libéralités ».

Ce principe de remise unilatérale de dettes s'accordent avec la prescription de la *Chari'a* parce qu'en droit musulman la remise est un acte unilatéral de volonté. Elle est parfaite sans l'acceptation du débiteur. Or, en droit français, la remise de dette est une convention qui implique le concours de deux volontés : celle du créancier et celle du débiteur. Les nouveaux codes civils égyptien et syrien ont, à l'instar des jurisconsultes musulmans, octroyé au débiteur le droit de refuser la remise. Cette interférence d'une technique de droit musulman nous met en présence d'une nouvelle catégorie d'actes

juridiques qui ne sont pas à proprement parler unilatéraux, mais qui ne sont pas pour autant des conventions.

- **Principes relatifs au concept du *ghubn* ou lésion** : Le législateur égyptien a emprunté le vice de lésion au droit français, mais il assigne à ce vice une limite inspirée du droit musulman. Le législateur syrien en a fait de même. Le taux de 7/12 fixé par l'article 1674 du code civil français est remplacé par 1/5 de l'immeuble dans l'article 425 du code civil égyptien et l'article 393 du code civil syrien. Ces articles disposent : « Lorsqu'un immeuble appartenant à un incapable aura été vendu avec lésion de plus d'un cinquième, le vendeur aura une action en supplément de prix pour obliger l'acheteur de parfaire les 4/5 du prix normal. Pour savoir s'il y a lésion de plus d'un cinquième il faut estimer l'immeuble suivant sa valeur au moment de la vente ».
- **Principe concernant la partie qui supporte les risques de la chose avant la livraison** : Le Code civil français dans son article 1196 (anciennement 1138) met les risques de la chose vendue à la charge de l'acquéreur dès le moment où la vente est parfaite. Les codes civils égyptien et syrien tout en empruntant au code français le principe consensualiste mettent, malgré tout, les risques de la chose avant sa livraison à la charge du vendeur, principe que l'on retrouve aussi dans le code des obligations et des contrats tunisien à travers l'article 588. Les articles 437 du code civil égyptien et 405 du code civil syrien disposent : « Si l'objet vendu périt avant la délivrance par suite d'une cause non imputable au vendeur, la vente sera résolue et le prix devra être restitué à l'acheteur, à moins que celui-ci n'ait été, avant la perte, mis en demeure de prendre livraison de l'objet ». Cette solution adoptée par les nouveaux codes a été empruntée au jurisconsulte musulman qui considérait que la chose à livrer demeure aux risques de la personne qui la détient.
- **Principes concernant les constructions et les plantations faites sur des terrains loués** : Les articles 592 du code civil égyptien et 559 du code civil syrien disposent : « le preneur a, avec le consentement du bailleur, fait des constructions, plantations, ou autres améliorations qui ont augmenté la valeur de l'immeuble, le bailleur sera, à moins de stipulation contraire, tenu à l'expiration

du bail, de lui rembourser le montant des dépenses faites sans le consentement du bailleur, il pourra en exiger l'enlèvement, et en plus, s'il y a lieu, réclamer au preneur une indemnité pour les dégradations que l'immeuble aura subi du fait de l'enlèvement ». Ces articles sont empruntés, par ces nouveaux codes, aux juristes hanéfites qui avaient en vue les principes d'un équilibre parfait des transactions ; tout profit, tout avantage pécuniaire gagné sans contrepartie, notamment par le travail, serait prohibé du fait qu'il constitue un gain illicite prohibé par les préceptes religieux et moraux de la *Chari'a*.

En outre on retrouve différentes dispositions empruntées au droit musulman mais que l'on retrouve dans certains codes occidentaux. L'esprit qui prévaut en matière des obligations en droit musulman a une tendance objectiviste. Il ressemble à celui qui a inspiré les rédacteurs du code civil allemand de 1900. Le législateur égyptien, suivi du législateur syrien, a opté pour la tendance objectiviste ; il a ainsi rallié le passé, c'est-à-dire la pensée juridique islamique, sans pour autant avoir à puiser uniquement dans les sources musulmanes les solutions qu'inspire cette tendance. Il a, en connaissance de cause, choisi les solutions qui, dans les codifications occidentales s'adaptent à cette conception. Cette tendance objectiviste transparaît dans les dispositions des codes relatives à la réglementation des droits, de leur exercice, de leur transfert, de leur formation, de l'interprétation, de l'exécution et de la résolution des contrats que nous étudierons un peu plus loin dans l'exposé.

Cette étude comparative des deux codes considérés comme les plus occidentaux des codes du Moyen Orient et élaborés à la même période, vers le milieu du XX^e siècle, souligne que l'Égypte comme la Syrie restent attachées à leur conjoncture de base socio-culturelle et à la religion musulmane dont les préceptes imprègnèrent la vie juridique de ces pays pendant des siècles. Les fondements théoriques du droit des obligations reposent sur le mythe ou la réalité du point de départ du droit moderne des contrats : la thèse de l'autonomie de la volonté, et plus exactement s'agissant du droit des contrats, les principes du respect de la parole donnée, qui fondent le principe de base en la matière (I) que des conceptions nouvelles, souvent présentées comme plus modernes, viennent compléter (II).

I. La conception de l'autonomie de la volonté et le respect de l'engagement donné

Principe - La théorie classique du contrat repose entièrement sur le principe de l'autonomie de la volonté. Ce principe de philosophie juridique désigne le pouvoir de la volonté d'être créatrice de droit. Il signifie que l'homme est libre par essence (volonté autonome) et qu'il ne peut donc s'obliger que par sa propre volonté (volonté toute puissante). La volonté de l'individu apparaît ainsi comme la puissance souveraine qui seule peut créer, transférer et éteindre des droits et des obligations. Dès lors, l'obligation contractuelle ne peut reposer que sur la volonté des parties qui lui sert de source et de fondement et les effets des contrats n'existent que parce qu'ils ont été voulus et dans la mesure où ils ont été voulus. Le principe de l'autonomie de la volonté définit toute la théorie classique du contrat en ce sens qu'il détermine aussi bien les règles applicables à la formation du contrat que celles qui régissent ses effets⁷⁰.

En ce qui concerne la formation du contrat, le principe de l'autonomie de la volonté produit deux conséquences techniques fondamentales qui intéressent le mode de conclusion des contrats et leur contenu :

1) S'agissant des modes de conclusion du contrat, le principe de l'autonomie de la volonté vient renforcer et conforter le principe du consensualisme. Selon ce principe, le contrat a une existence juridique par la seule force de la volonté sans que celle-ci soit entravée par un quelconque formalisme. Puisque la volonté est la seule source d'obligation, elle doit suffire pour donner naissance au contrat. Dès lors, l'échange des consentements qui exprime et extériorise cette volonté, doit

⁷⁰ Le principe de l'autonomie de la volonté est appréhendé ici à travers ses implications en matière contractuelle mais son rayonnement a été beaucoup plus large au point que la théorie de l'autonomie de la volonté a, pendant longtemps, dominé tout le droit privé et exercé une certaine influence sur les doctrines de droit public notamment celles axées sur la théorie du contrat social.

En fait, la théorie de l'autonomie de la volonté a été la pierre angulaire de la philosophie du droit qui a dominé le XIX^e siècle, c'est-à-dire celle de l'individualisme juridique qui fait de « l'individu, considéré comme une volonté libre, isolé du milieu social, le seul objet, le seul fondement et la seule fin du droit ». (V. aujourd'hui : V. Ranouil, l'autonomie de la volonté : naissance et évolution d'un concept, Trav. univ. Paris II. 1980, D. Terré-Fornacciari, « L'autonomie de la volonté » Rev. sc. Morale et pol. 1995. 255 ; E. Putnam, « Kant et la théorie du contrat », RRJ, 1996, p.685.

suffire à faire naître l'obligation. Dans ces conditions, pour qu'il y ait engagement, il faut et il suffit que deux volontés concordantes se rencontrent et le formalisme, quel qu'il soit, sera considéré comme une entrave à la volonté, c'est pourquoi la théorie classique du contrat fait du consensualisme la règle et du formalisme, l'exception.

2) S'agissant de la détermination du contenu du contrat, le principe de l'autonomie de la volonté engendre le principe de la liberté contractuelle. Ce dernier principe signifie que si la volonté est la seule source de l'obligation, elle est aussi la seule mesure.

C'est pourquoi chacun est libre de contracter ou de ne pas contracter comme il est libre de choisir son cocontractant. Aussi les parties fixent-elles librement le contenu du contrat et déterminent, en dehors de toute contrainte, l'étendue de leurs obligations. La volonté étant toute puissante, les cocontractants peuvent modeler à leur goût leurs engagements contractuels. Il en résulte d'abord que le nombre de contrats n'est pas limité. Les parties peuvent créer à leur guise des formules contractuelles nouvelles ou combiner, en toute liberté, les formules anciennes. Il en résulte ensuite que la réglementation légale des contrats n'est pas impérative et qu'elle ne constitue qu'un modèle « facultatif » que les parties peuvent adopter ou rejeter. Il en résulte aussi et surtout que l'Etat n'a pas à intervenir en matière contractuelle et qu'il ne peut ni obliger à contracter, ni imposer à un contractant, ni fixer le contenu ou les effets du contrat. En définitive, la liberté contractuelle ne souffre qu'une seule limite : les parties ne peuvent pas, par leur accord, porter atteinte à l'ordre public et aux bonnes mœurs.

Le contrat qui trouve sa source et sa mesure dans la volonté des parties reste soumis à l'empire de la volonté après sa formation. Les effets se retrouvent dans le principe de l'autonomie de la volonté qui a deux conséquences fondamentales qui intéressent la force obligatoire du contrat et les effets du contrat à l'égard des tiers. Entre les parties, le contrat a une force obligatoire. Ce que les parties ont librement convenu s'impose à elles de manière définitive car, si la volonté échappe à toute contrainte extérieure, elle reste soumise à son propre empire. Les contractants sont

donc tenus au respect rigoureux du contrat, fruit de leur volonté. Le contrat, une fois conclu, doit être observé et appliqué comme une loi. Cette force obligatoire du contrat s'impose non seulement aux parties mais aussi au juge qui ne peut, à aucun titre, modifier les termes de l'accord même si une évolution prévisible a sérieusement rompu l'équilibre contractuel initial. « Le juge ne doit être qu'un greffier qui, docilement, enregistre et rend exécutoire toutes les conventions ». De plus, s'il y a lieu à interprétation, le juge doit s'en tenir à la recherche de la volonté commune qui est la loi des parties. En somme, ce qui a été voulu par deux volontés ne peut être altéré par une seule volonté ni par une intervention extérieure. Le contrat ne sera valablement modifié que par un nouvel accord des parties, c'est-à-dire par un nouvel acte de souveraineté : « il n'y a rien au-dessus du contrat, il n'y a rien en dehors de lui »⁷¹. A l'égard des tiers, le contrat ne peut avoir aucun effet. C'est le principe de l'effet relatif du contrat, autre corollaire logique du principe de l'autonomie de la volonté. En effet, le contrat, acte de volonté, ne s'impose qu'à ceux qui l'ont voulu et les tiers ne peuvent subir les effets d'un contrat qu'ils n'ont pas voulu. Le contrat ne peut donc ni nuire ni profiter aux tiers.

La théorie classique du contrat, telle que modelée par le principe de l'autonomie de la volonté, n'est pas le fruit du hasard⁷². Elle est intimement liée à un environnement historique, idéologique et socio-économique. En simplifiant la réalité, on peut dire que la théorie classique du contrat s'appuie sur les données économiques et idéologiques de la société libérale classique qu'elle reflète et reproduit. Le principe de l'autonomie de la volonté et ses corollaires sont étroitement liés aux postulats de la doctrine économique libérale. En effet, le libéralisme économique considère que c'est en « laissant faire » les volontés individuelles que l'on parvient à de meilleurs résultats économiques. La liberté

⁷¹ E. Gounot, le principe de l'autonomie de la volonté en droit privé. Contribution à l'étude critique de l'individualisme juridique, Paris, Rousseau 1912.

⁷² G. Ripert a décrit le processus de la formation de la théorie de l'autonomie de la volonté en ces termes : « Pour arriver à cette conception de la volonté souveraine, créant elle-même et par sa seule force des droits et des obligations, il a fallu que, dans l'œuvre lente des siècles, la philosophie spiritualisât le droit pour dégager la volonté pure des formes matérielles pour lesquelles elles se donnaient, que la religion chrétienne imposât aux hommes la foi et la parole scrupuleusement gardée, que la doctrine du droit naturel enseignât la supériorité du contrat en fondant la société même sur le contrat, que la théorie de l'individualisme libéral affirmât la concordance des intérêts privés librement débattus avec les biens public. Alors peut régner la théorie de l'autonomie de la volonté qui est à la fois la reconnaissance et l'exagération de la toute-puissance du contrat ». (Ripert, la règle morale dans les obligations civiles, 2 éd, Paris, 1912).

contractuelle n'est donc que la traduction juridique de la liberté des échanges. Le « laisser contracter » vient ainsi prolonger et renforcer le « laisser-faire laisser-aller ». Pour permettre aux hommes d'aménager à leur gré les échanges économiques, la théorie classique du contrat vient écarter les entraves de la liberté⁷³. Cette doctrine économique, servie par la liberté contractuelle, repose sur le postulat selon lequel la libre confrontation des intérêts individuels assure à la fois la justice contractuelle et la prospérité générale. La doctrine économique libérale postule que la liberté des échanges permet d'établir entre les hommes les rapports les plus justes. La théorie classique du contrat en déduit que l'homme ne pouvant agir contre ses intérêts, les obligations volontairement consenties ne peuvent être que justes. Si deux contractants sont tombés d'accord c'est que les termes de cet accord sont conformes à leurs intérêts respectifs. Le contrat conclu entre deux individus sains d'esprit ne peut être qu'équilibré parce qu'il appartient à chacun de défendre ses intérêts et de n'accepter que les contreparties équivalentes aux prestations fournies. D'où l'adage « qui dit contractuel dit juste »⁷⁴.

La doctrine économique libérale postule aussi que le libre jeu des activités individuelles assure spontanément la prospérité économique générale. Ainsi la liberté contractuelle sert-elle l'intérêt général parce qu'elle encourage l'initiative et la concurrence qui sont les moteurs de l'économie libérale. « Tout individu s'efforce d'employer son capital de sorte que la valeur de ses profits soit maximale. En règle générale, il ne se propose pas de promouvoir l'intérêt général et il ignore d'ailleurs dans quelle mesure il y parvient. Il ne se préoccupe que de sa sécurité propre. Ce faisant, il est conduit par une main invisible à atteindre l'objectif qu'il n'avait aucunement visé. En poursuivant son intérêt particulier, il sert souvent l'intérêt social plus efficacement que dans le cas où il a réellement l'intention de le promouvoir »⁷⁵. D'où la théorie de l'harmonie naturelle des intérêts : « ... de

⁷³ Sur la place du contrat au sein des principes fondamentaux du libéralisme, Voir M. Flamant, Le libéralisme, collection Que sais-je ?, n°1797

⁷⁴ Dans le même sens « quand quelqu'un décide quelque chose à l'égard d'un autre, il est toujours possible qu'il lui fasse quelque injustice, mais toute injustice est impossible dans ce qu'il décide pour lui-même ». Kant, Doctrine du droit p. 169

⁷⁵ Adam Smith. La richesse des nations.

l'ensemble de ces libres conventions, où chacun ne poursuit que son intérêt propre, de ce choc des égoïsmes individuels, doivent naître infailliblement, en vertu des lois naturelles, non seulement le maximum de richesses, mais l'ordre, le bonheur et l'harmonie sociale »⁷⁶. Ainsi l'Etat devra-t-il s'en tenir à trois fonctions majeures « le maintien de la sécurité militaire, l'administration de la justice et l'entretien des édifices publics »⁷⁷.

La théorie classique du contrat repose sur une philosophie volontariste et individualiste et sur une conception abstraite qui ne sont que la traduction juridique de l'idéologie politique libérale.

Volontarisme : en réaction contre l'ordre social de l'ancien régime (ordre féodal, corporatiste et absolutiste), la révolution bourgeoise sacralise la volonté de l'individu. L'homme est alors conçu comme un être totalement autonome qu'aucune volonté extérieure ne peut commander. Cette conception conduit à la négation des lois supérieures à l'individu (divine, royale, sociale). Désormais, l'homme ne peut être soumis qu'aux lois qu'il se donne lui-même.

« Toute obligation dont la personne humaine ne serait par elle-même la source serait contraire à la dignité de l'individu ». L'Individu est alors regardé comme l'être absolu, autonome et tout puissant qui, par sa volonté, crée la société et le droit.

Individualisme : en réaction contre la subordination et la hiérarchie de l'Ancien Régime, l'idéologie politique libérale est fondamentalement individualiste. L'individu est son propre maître et l'intérêt général n'est rien d'autre que la somme des intérêts individuels. La société doit être organisée de façon à ce que les individus soient leurs propres maîtres. Le contrat classique conçu comme un rapport interindividuel dépourvu de toute dimension sociale n'est donc que le reflet de l'individualisme ambiant. La société n'a pas son mot à dire dans le domaine des échanges économiques.

⁷⁶ E. Gounot. Le principe de l'autonomie de la volonté, op. cit.

⁷⁷ Adam Smith, La richesse des nations. Livre IV, chapitre 9

L'idéologie politique libérale véhicule une conception abstraite de l'homme et des rapports sociaux. Elle proclame de la manière la plus formelle que les hommes sont libres et égaux sans se soucier des inégalités concrètes ni des entraves réelles à la liberté. Elle s'en tient à une vision désincarnée sans se préoccuper de l'homme en situation, de l'homme concret, des inégalités économiques, sociales, culturelles... Le contrat classique, défini comme la rencontre de deux volontés libres et égales, relève bien de cette conception abstraite et irréaliste des rapports entre les hommes.

- 1) « **Tout les hommes ne sont pas égaux** ». – L'égalité est plus un objectif à atteindre qu'un point de départ. L'égalité formelle est pondérée par l'inégalité réelle au regard de la force physique, de la sécurité, de l'intelligence et encore moins au regard de l'argent, du pouvoir social... Affirmer un postulat d'égalité abstraite est le meilleur moyen de maintenir l'inégalité effective. Le développement économique a maintenu des inégalités économiques, sociales, culturelles, relevant de l'état des choses, entre les hommes. Le plus souvent, il n'y a pas d'égalité au sens juridique du terme dans le contrat de travail entre l'employeur et l'employé, contrat de bail entre le bailleur et le locataire, dans contrat de vente entre le commerçant et le consommateur...
- 2) « **Tout ce qui est contractuel n'est pas juste** ». – La supériorité de l'une des parties entraîne fréquemment un déséquilibre au détriment de la partie en état de dépendance.
- 3) « **Entre individus inégaux, le juste accord n'est pas automatiquement obtenu** ».

– Selon la formule bien connue de Lacordaire, « entre le fort et le faible, c'est la liberté qui opprime, la loi qui libère⁷⁸ ». Le législateur doit intervenir pour rétablir l'équilibre. Il le fait dans le contrat de travail, dans les divers contrats de bail, dans les contrats de consommation, etc. Mais au-delà de ces critiques en règle de la théorie et du fondement philosophique, c'est surtout l'omission d'un acteur juridique de premier plan qui fait défaut : l'état et son corolaire, l'ordre public. Il existe tout une série d'interdits, sociaux, moraux, familiaux, économiques que même le contrat ne saurait transgresser. Le XX^e siècle a

⁷⁸ LACORDAIRE, Henri. Conférences de Notre-Dame-de-Paris, 52^{ème} conférence, (Du double travail de l'homme, 16 avril 1848).

ainsi illustré l'avènement de l'ordre public économique et social qui constate la transformation des rapports contractuels de débiteur à créancier en rapport de professionnel à consommateur, d'employeur à salarié...

Celles-ci sont aujourd'hui très nombreuses, tellement d'ailleurs que si le principe de l'autonomie de la volonté demeure, il s'efface ou plutôt s'affaïsse devant d'autres considérations. C'est un lieu commun de constater le développement de l'ordre public et, corrélativement, l'affaiblissement de la supplétivité du droit des obligations. De même peut-on constater l'affaiblissement de la liberté contractuelle sous la forme d'obligations de contracter, ce qu'on appelle les « contrats imposés » ou les « contrats forcés » parfois de façon inversée, par exemple par la prohibition du refus de contracter, ou bien de l'imposition du contenu du contrat, soit lorsque la loi ou le juge interdit telle ou telle clause, comme en matière de clauses abusives, soit lorsqu'il impose telle ou telle autre comme en témoigne l'essor des obligations de renseignement ou de sécurité, voire par l'interdiction parfois de contracter. De même, le libre choix du contractant ne peut désormais contraindre les logiques de la prohibition des discriminations.

- L'atteinte au consensualisme s'exprime à partir du moment où l'on constate que le formalisme favorise la réflexion, l'information du contractant réputé plus faible.
- L'atteinte à la force obligatoire du contrat résulte d'une double préoccupation de moralisation et d'équilibre du contrat, en faisant appel à des notions floues comme celle de la fraude (« *fraus omnia corrumpit* »), de la dépendance économique, de la police des vices de consentement, de la cause, de l'abus de droit, de la bonne foi...
- L'atteinte à l'effet relatif du contrat résulte de situations où la convention fait naître un droit à la charge ou au profit d'un tiers par les techniques déjà envisagées des actions directes ou de l'indivisibilité.

Faut-il, alors, rejeter la « doctrine de l'autonomie de la volonté » ? Certainement pas, pour autant que l'on admette que le principe premier repose moins sur l'idée de l'autonomie de la volonté, que sur celui du respect de la parole

donnée, fondement essentiel, premier, logique qui marque les principes du droit des contrats. Si l'on admet que l'Etat garantit le respect du principe de la liberté contractuelle et de ses corollaires, l'existence de limites imposées par d'autres principes ne nie pas le principe du respect de la parole donnée. Qu'elle propose la liberté contractuelle, la loi demeure de même nature que la loi qui fonde des limites particulière, liées à l'application de telle règle d'ordre public, souvent dans les domaines économiques et sociaux, ou des limites générales, liées à la corrélation entre le principe de la liberté contractuelle et un autre principe de force au moins égale, comme celles issues des droits fondamentaux.

En toute hypothèse, le respect de la parole donnée fonde la force obligatoire du contrat, en tant que principe fondateur mais aussi en tant que méthode : la loi contractuelle s'impose, en toute circonstance, comme fondement de la stabilité et de la sécurité des échanges entre patrimoines, le fondement est donc autant économique que moral.

Cependant, cette justification est incomplète : que faire lorsque le contrat propose une règle manifestement exagérée ou, au contraire lorsqu'il ne prévoit pas une règle qui semble s'imposer d'elle-même ? Le respect de la parole donnée imposerait d'appliquer le contrat, même imparfait. A moins qu'on identifie, soit de nouvelles conceptions appelées à remplacer ce fondement, soit ce qui paraît plus raisonnable, de nouvelles logiques qui viennent au renfort de la compréhension du caractère obligatoire du contrat, de son fonctionnement.

II. Les renforts : justice, utilité, équilibre du contrat

Le principe du respect de la parole donnée explique essentiellement les grands principes du droit des contrats mais fige le contrat comme une photographie, sans tenir compte du temps par exemple, du mouvement donc, qui fait qu'un contrat conclu à un moment donné est le même contrat qu'à un autre et est en même temps différent : les circonstances ont pu changer, des exécutions se sont produites, les

intérêts des uns et des autres ont pu varier, des clauses ou des effets peuvent apparaître comme défailants, d'autres pourraient s'imposer, etc. Le respect de la parole donnée est-il alors suffisant ? Il l'est sans doute pour les contrats à exécution rapide, entre contractants rares, pareillement informés et convaincus de leurs choix, comme dans les ventes, modèle ayant servi au code civil français, mais on peut fortement en douter pour des contrats plus complexes et surtout, en tenant compte de l'incertitude dans laquelle les parties ont contracté. Des renforts s'imposent alors, pour compléter les principes du respect de la parole donnée.

Nous observons, alors, qu'une explication traditionnelle du droit civil et du droit en général, repose sur une analyse morale de celui-ci, en termes de justice, d'équité, d'équilibre. Cette logique illustre presque toutes les tentatives de renouvellement de la compréhension du droit moderne des contrats. Insuffisante cependant, elle peut elle-même être complétée d'analyses plus économiques que morales.

L'utile et le juste- On doit au professeur Jacques Ghestin un article célèbre, l'utile et le juste dans les contrats⁷⁹ proposant d'adopter ces deux considérations, l'utile et le juste, combinés ensemble : « le contrat est obligatoire parce qu'il est utile, l'utilité se référant à des questions de capacité, de pouvoir ou d'ordre public, mais écartant de manière surprenante « les excès d'une conception trop économique », et le contrat est obligatoire parce qu'il est juste, la justice se référant à une conception platonicienne et aristotélicienne de la justice, la justice distributive (à chacun selon son dû) et la justice commutative ou correctrice, réparant les inégalités (il convient de traiter inégalement des situations inégales et dont la « discrimination positive » dans les contrats). Si la tentative de dépassement de la doctrine de l'autonomie de la volonté était en ce sens souhaitable, elle demeure cependant intégralement fondée sur les mêmes logiques, celle d'une conception morale du contrat, comme souvent la philosophie du droit en France : qu'elle soit fondée sur une morale ou qu'elle cherche à s'en détacher, la morale n'en demeure pas moins le point focal.

⁷⁹ J. Ghestin, « L'utile et le juste dans les contrats », D.1982, Chr. p1, et traité de droit civil, le contrat, formation

Simplement, l'utile jouerait un rôle de direction et la justice de protection, dans la logique de l'ordre public économique.

Or, et pour autant que le concept de « justice » puisse être identifié et appliqué de manière opérationnelle par les juges sans renvoyer à une considération vague ou personnelle du juste, de l'Équité ou du Bien, voire ramené dans une considération positiviste et kelsenienne à une simple contemplation de la loi, expression de la justice, le juste est fondamentalement différent de l'Utile. Si on admet, avec les continuateurs de la pensée de Bentham, que les logiques d'utilité, l'utilitarisme, renvoient à des logiques économiques qui, elles-mêmes ont pour logique d'assurer le bien-être des hommes, rationnels ou non, dans leur choix, on peut alors présenter une manière alternative ou plus exactement complémentaire des fondements du contrat, ce que propose, par exemple, l'analyse économique du droit. L'utilitarisme de **Jeremy Bentham** ou de **John Stuart Mill** n'est ni triste ni froid ni venimeux : ils proposent simplement de considérer que le bien-être consiste à maximiser les plaisirs et à minimiser les peines, par la maximisation des satisfactions, peu important la répartition de celles-ci, exactement comme une personne rationnelle cherche à maximiser ses satisfactions, ce qui peut se concevoir avec une logique de justice sociale. On peut décliner longtemps, ainsi, les philosophes et appliquer leurs pensées au droit des contrats, pour finir par un constat partagé en général et qui reflète, très schématiquement, l'opposition entre l'idéalisme de Platon et le réalisme d'Aristote, entre le sacrifice de l'individu au profit de la collectivité ou celui du collectif au profit de l'individu, ou bien encore entre l'idéologie dogmatique et l'empirisme : la voie est sans doute entre les deux, l'utile et le juste au sens de la théorie de la justice de John Rawls par exemple, point de grands jugements généraux, mais des sommes d'arbitrages particuliers selon les circonstances, sur la base d'institutions considérées comme justes par des personnes rationnelles. Là est la place de la justice et de l'utile selon les cas. Pour cela, le point médian n'est pas systématiquement recherché en droit français qui force le trait d'analyse par exemple à travers la notion de solidarisme contractuel.

Le solidarisme contractuel – La conception du contrat a changé parce que la réalité contractuelle a elle-même changé. D'un monde contractuel où les contrats sont

rare, individualisés et réfléchis et dans lequel la doctrine de l'autonomie de la volonté prend tout son sens, on est passé à un autre monde, un nouveau monde contractuel, celui de notre société contractuelle de masse, qui justifie sans doute un nouvel ordre contractuel⁸⁰ où les contrats sont abondants, anonymes et immédiats, différenciés parce que les contrats les plus simples côtoient les plus sophistiqués : qui imaginerait qu'une banale vente de médicaments en pharmacie met en place, pour instaurer la logique de gratuité de cette vente, afin que la caisse de sécurité sociale de l'acheteur ou sa mutuelle paie directement le pharmacien, une technique très complexe de subrogation ? Qui imaginerait que l'on a toujours les plus grandes difficultés à expliquer juridiquement la technique, d'une banalité écrasante, de la vente en libre-service, de la vente de journaux, de la question des consignes de bouteilles de gaz ? Plus exactement, deux systèmes coexistent : le premier correspond *grosso modo* aux contrats du grand commerce, fondés sur des contrats de longue durée, d'importance économique majeure pour les parties et sans doute pour la société, alors que le second reflète l'ordinaire contractuel, fondé sur la masse des contrats, la société juridique de consommation. Cette distinction est majeure, elle oppose de nouvelles classifications, celles des contrats d'occasion et de situation, les contrats transactionnels et relationnels, le « contrat organisation » et le « contrat échange », de nouveaux enjeux et questions, de nouvelles analyses et approches, une nouvelle méthode d'approche des contrats et du droit des contrats. Une nouvelle approche du contrat appelle alors, à moins que ce ne soit l'inverse, une nouvelle conception du contrat. Traditionnellement, les règles du droit du contrat fondées sur une approche morale ou religieuse (droit musulman), impliquant l'idée de justice⁸¹ laquelle mêle diverses idées, comme celle de justice voire de solidarité contractuelle, de bonne foi, d'équilibre dans le contrat, d'équité parfois. Elles reposent sur le constat que la volonté s'exprime souvent unilatéralement ; une seule des parties, la partie dominante, exprime sa volonté. Deux réactions sont alors constatées. En premier, l'intervention de la loi pour rééquilibrer un contrat supposé déséquilibré (droit social, droit de la consommation), avec tout ce que cette description suppose, politiquement et économiquement. En second, l'intervention du juge dans le contrat, pour les mêmes raisons, chaque fois que le législateur

⁸⁰ Cf. D. Mazeaud, « Le nouvel ordre contractuel », RDC 2003, p.285.

⁸¹ Cf. J. Ghestin, « Le juste et l'utile dans les contrats », D.1982, Chiron., p.1.

n'intervient pas, l'intervention plus contestée : ne revivra-t-on pas à l'arbitrage du juge ?

Cette dernière passe, par exemple, par l'activation de la bonne foi dans le contrat si nous prenons l'exemple en droit français de l'article 1104 (anciennement 1134 al. 3) du Code civil, qui dispose que les conventions « s'exécutent de bonne foi ».

Petite formule, grands effets - Petite formule demeurée inconnue, sinon par quelques auteurs, dont le plus célèbre est René Demogue⁸², qui fut redécouverte à la fin des années 1980 : Ce n'est pas que la bonne foi était véritablement inconnue du droit civil (possession de bonne foi par exemple), ni même du droit des contrats, dans la garantie des vices cachés, ou bien pour identifier un mandat apparent, ou encore à l'occasion de la négociation d'un contrat, il s'agissait d'une bonne foi subjective, le fait d'être de bonne foi ou de mauvaise foi. En revanche, la bonne foi dont il est nouvellement question est une bonne foi objective, correspondant à un standard de comportement, le fait d'agir de bonne ou de mauvaise foi. Il s'agit alors, souvent sous couvert d'interprétation du contrat, tantôt de rééquilibrer le contrat, tantôt de donner pleine efficacité au contrat. Cette conception passe surtout par la considération du solidarisme contractuel⁸³ qui, pour la résumer, impose une logique de coopération dans le contrat : « le solidarisme contractuel consiste en une exigence de civisme, qui se traduit pour chaque contractant, par la prise en considération des intérêts légitimes de son cocontractant et qui repose sur des idées d'altruisme, de décence, de cohérence et de coopération. Ce devoir imposé aux cocontractants d'exercer les droits et les pouvoirs que leur confère la loi ou le contrat dans le respect de l'intérêt légitime d'autrui a, essentiellement, vocation à se déployer dans les relations contractuelles de dépendance, qui sont marquées par une inégalité des parties lors de leur formation et de leur exécution, ainsi que le révèle le pouvoir accordé au cocontractant dominant de fixer unilatéralement le contenu

⁸² R. Demogue, *Traité des obligations en général*, t.6, 1932. Sa formule a fait flores : « les contractants forment une sorte de microcosme. C'est une petite société où chacun doit travailler dans un but commun qui est la somme des buts individuels poursuivis par chacun, absolument comme la société civile et commerciale. Alors l'opposition entre le droit du créancier et l'intérêt du débiteur tend à se substituer à une certaine union »

⁸³ L. Grynbaum et M. Nicod (dir), *Le solidarisme contractuel*, Economica, 2004 ; A.-S. Courdier-Cuisinier, *Le solidarisme contractuel*, Litec, 2006

du contrat, qui s'inscrivent dans la durée, qui se caractérisent souvent par une communauté de clientèle et qui se cristallisent par une clause d'exclusivité . Même si le bras armé du solidarisme contractuel est le juge, il n'en résulte pas inéluctablement une instabilité contractuelle fatale ; simplement, se dessine un droit plus flexible, moins désincarné, un droit social des contrats dans lequel les profits de l'un ne doivent pas s'accumuler au mépris de la survie économique de l'autre »⁸⁴. Défendue par D. Mazeaud ⁸⁵ et Ch. Jamin ⁸⁶ notamment, cette doctrine ⁸⁷ radicalement nouvelle fonde bien des évolutions du droit des contrats en France par l'invention d'obligations nouvelles, considérées comme essentielles, sous le couvert de l'ancien article 1134 al.3 ou 1135 du code civil, en réalité, en raison d'une nouvelle conception du contrat et ses fondements : le contrat s'impose en raison que ce que les parties ont décidé mais en raison de l'esprit qui doit présider à l'exécution des relations contractuelles et spécialement pour les relations de longue durée⁸⁸.

Cependant, l'analyse du contrat repose encore beaucoup sur une analyse morale classique et qui imprègne le code civil, oubliant, parfois volontairement mais parfois assez naïvement, une autre analyse possible, considérablement développée de l'autre côté de l'atlantique, celle de l'analyse économique du contrat, plus simplement peut-être une analyse pragmatique du contrat, réaliste et empirique pour utiliser un vocabulaire philosophique. On ne devrait cependant pas penser que la conception française de la bonne foi est universelle et, surtout, d'inspiration américaine ou anglaise. C'est au contraire un concept bien latin, bien plus développé encore en droit allemand par exemple. Par comparaison, être de bonne foi en droit

⁸⁴ D. Mazeaud, note sous cass.com.15 janv. 2000, p.2841

⁸⁵ D. Mazeaud, « Le nouvel ordre contractuel », art. cit. ; « La nouvelle devise contractuelle : loyauté solidarité, fraternité », Mélanges F. Terré

⁸⁶ C. Jamin. « Révision et intangibilité, ou la double philosophie de l'art. art 1134 c. civ ». ; in Que reste-t-il de l'intangibilité du contrat ?, Dr. et patrimoine mars 1998, p46 ; « Henry Capitant et René Demogue : notation sur l'actualité d'un dialogue doctrinal », Mélanges F. Terré, 1999, p125, « Plaidoyer pour le solidarisme contractuel », Mélanges Ghestin, 2001, p.442 ; Une brève histoire politique des interprétations de l'article 1134 c.civ. », D.2002, chron.p.901, « Quelle nouvelle crise contractuelle », in La nouvelle crise contractuelle, 2003, p. 7 , « Le procès du solidarisme contractuel, brève réplique » in L. Grynbaum et M. Nicot (dir), le solidarisme contractuel, op. cit., p160.

⁸⁷ C. Thibierge-Guelfucci, « Libre propos sur la transformation du droit des contrats »,RTD civ.1997, p.357, A.-S. Courdier-Cuisine ? Le solidarisme contractuel, op. cit ; M Mignot, « De la solidarité en général et du solidarisme contractuel en particulier ou le solidarisme a-t-il un rapport avec la solidarité » ?, RRJ 2004, p.2153.

⁸⁸ Comp. D Mainguy, « La liberté de l'entreprise face à ses partenaires », in La liberté de l'entreprise, Trav. Ass. H. Cap. 2008.

anglais lors de l'exécution du contrat, signifie que l'on ne doit pas s'éloigner de la lettre du contrat, aucune responsabilité précontractuelle n'est imposée et encore moins de négociation de bonne foi, etc., même s'il existe de nombreuses techniques de substitution à ce nous appelons en France la bonne foi et, si de plus en plus, ne serait-ce qu'en raison de l'uniformisation de la législation européenne et surtout des contrats internationaux, cette conception pénètre le droit anglais et le droit américain de manière encore plus nette.

Ce n'est donc pas la formule « solidarisme contractuel » qui pose difficulté, ni même l'idée qui l'accompagne, mais le fondement qui la structure, un ordre moral contractuel, alors même que le champ d'application utile de cette technique est constitué des contrats d'affaires.

Il en résulte, incontestablement, une vocation à une modification en profondeur du contrat, surtout au stade de son exécution, vers une nouvelle éthique contractuelle⁸⁹, un nouvel ordre contractuel, voire une nouvelle devise contractuelle⁹⁰, peut être une simple nouvelle déontologie contractuelle. Elle permet non seulement de paralyser le jeu de clauses utilisées de mauvaise foi comme une clause résolutoire, mais surtout et de façon beaucoup plus volontariste, pour identifier dans le contrat des obligations qui n'y figurent pas, comme si des obligations étaient inhérentes au contrat, comme l'obligation de renseignement ou de coopération. Il en découle parfois des obligations beaucoup plus techniques, comme l'obligation de permettre à son cocontractant de pratiquer des prix concurrentiels dans les très fameux arrêts **Huard**⁹¹ et **Chevasus-Marche**⁹², voire pour contredire la solution classique en matière d'imprévision, en imposant une obligation de renégociation du contrat, c'est-à-dire pour imposer des devoirs, ceux d'un cocontractant raisonnable, et sanctionner les mauvais comportements de ce cocontractant. Il en résulte ainsi de nouveaux outils, la notion de proportionnalité, celle de l'économie du contrat, une

⁸⁹ T. Revet, « L'éthique des contrats en droit interne », in J.-Y. Naudet, (dir.), *Ethique des affaires : de l'éthique des entrepreneurs au droit des affaires*, PUAM, 1997, p.207.

⁹⁰ D. Mazeaud, *Le nouvel ordre contractuel*, op. cit ; *La nouvelle devise contractuelle : loyauté, solidarité, fraternité*, op.cit

⁹¹ Cass. Com.3 nov 1992, Bull. civ. IV, n°338, JCP 1993,II,22164, note G. Virassamy,RTD civ.1993, 124, obs. J.Mestre

⁹² Cass.com. 24 nov.1998? Bull civ.IV, n°277, JCP1999, fl, 143, n°6, obs Ch. Jamin, II,12210, note Y. Picod, RTD civ.1999, p.98. obs. J. Mestre

certaine défense contre le déséquilibre contractuel⁹³ la cohérence contractuelle⁹⁴, etc.

Cependant, une telle coopération ou collaboration contractuelle peut être envisagée de manière beaucoup plus dynamique, par exemple, pour imposer de prendre en compte les intérêts de son partenaire contractuel, en une forme de fraternité contractuelle⁹⁵ qui change radicalement la face de la bonne foi et qui, alors, attire la critique : une chose est d'imposer un standard de comportement, dans le respect de l'intérêt de chacune des parties et, donc, du contrat lui-même, autre chose est d'exiger un sacrifice pour le bénéfice de l'autre partie. De manière plus concrète, les principaux apports de l'analyse économique du droit reposent sur l'analyse de l'obligation d'information, sur la proportionnalité dans les contrats, sur la cession des contrats, sur la théorie de l'inexécution et de ses conséquences (obligation de minimiser le dommage, théorie de l'inexécution efficace), mais aussi l'analyse de la bonne foi dans les contrats, comprise, alors non plus comme une formulation morale (j'exécute de bonne foi parce que c'est efficace). On retrouve également ces questions en droit de la responsabilité.

On doit bien reconnaître, et les auteurs porteurs du solidarisme contractuel les premiers, que la moisson jurisprudentielle est relativement maigre et par ailleurs lourdement contesté par une théorie de la doctrine qui lui reproche, notamment, son sentimentalisme et le recours excessif au juge pour résoudre les problèmes contractuels.

Les principes précités ont pour effet d'obéir à deux principes complémentaires : le contrat « oblige » les parties, au sens propre du terme, mais seulement les parties : au principe de la force obligatoire du contrat (Chapitre 1) et cette force obligatoire sera orientée par la loi et encadrée par le juge, d'où le principe

⁹³ V. Lasbordes, Les contrats déséquilibrés, PUAM, 2000, L. Fin-Langer, L'équilibre contractuel, LGDJ, 2002.

⁹⁴ D. Houtcief, Le principe de cohérence en matière contractuelle

⁹⁵ Cf D. Mazeaud, « Le nouvel ordre contractuel », art. cit ; « La nouvelle devise contractuelle : loyauté, solidarité, fraternité » art. cit ; C. Guelfucci-Thirbiège, « Libres propos sur la transformation du droit des contrats », RTD civ. 1997, p. 357.

de l'interprétation du contrat qui lie le principe et le juge, ce contrat qui peut se formaliser dans un premier temps parfois en avant-contrat (Chapitre 2).

CHAPITRE 1

LA FORCE DE L'ENGAGEMENT CONTRACTUEL

Principe - Le contrat valablement formé tient lieu de loi aux parties contractantes qui sont tenues d'exécuter leurs obligations contractuelles sous peine d'y être contraintes par la force. Tel est le principe de la force obligatoire dont il nous faut rechercher la signification et la portée (section 1)

Le principe est affirmé par une force telle qu'il s'impose non seulement aux parties mais aussi au juge de sorte que la force obligatoire du contrat commande la question de la révision du contrat (section 2) ainsi que celle de son interprétation (section 3)

Section 1 : La force obligatoire du contrat.

Section 2 : La force obligatoire et la question de la révision du contrat.

Section 3 : Le principe de la force obligatoire du contrat et l'interprétation du contrat

Section 1 : La force obligatoire du contrat

Signification et portée du principe - Le principe de la force obligatoire du contrat signifie que le contrat, qui a été valablement formé, constitue la loi pour les parties. La règle est énergiquement posée et formulée presque de la même manière au regard de beaucoup de législations occidentales à l'image de la France, comme celle aussi d'inspiration occidentale mais d'essence de droit musulman comme par exemple le DOC marocain dans son article 230 ou dans le COC⁹⁶ mauritanien ou tunisien qui formule la règle comme suit : « les obligations contractuelles valablement formées tiennent lieu de loi à ceux qui les ont faites ».

Par un procédé imagé, le législateur marocain à l'instar du législateur français dans l'ancien article 1134 du code civil assimile l'obligation née du contrat à une prescription légale. Les parties au contrat sont donc tenues au respect des obligations contractuelles comme elles sont tenues au respect de la loi. Entre les parties, le contrat est obligatoire parce qu'il constitue la loi des parties. La formule utilisée par le DOC marocain signifie que l'obligation née du contrat s'impose aux contractants avec la même force qu'une obligation légale.

Il en résulte d'abord que les parties ne peuvent se soustraire à l'exécution de leurs obligations. En passant un contrat les parties ont pris des engagements et elles sont tenues, en vertu du contrat, de s'y plier. C'est pourquoi l'inexécution des obligations contractuelles comporte des sanctions. Il en résulte aussi qu'un contractant ne peut, par sa seule volonté, modifier les clauses du contrat ni, encore moins, se délier des obligations qui lui incombent. La force obligatoire du contrat entraîne comme conséquence l'irrévocabilité ou encore l'intangibilité du contrat. Aussi, le contrat qui naît

⁹⁶Code des obligations et des contrats, appellation officielle du code civil dans ces pays du Maghreb précités

du concours de deux volontés ne peut être modifié ou détruit que par un nouvel accord et donc par un nouveau concours de volontés.

L'intangibilité du contrat s'oppose ainsi à toute modification unilatérale des clauses du contrat et, *a fortiori*, à toute révocation unilatérale du contrat. Bien entendu, le contractant qui s'est contractuellement réservé le droit de révoquer ses engagements pourra se délier de ses obligations. Mais, il ne faut pas voir là une exception au principe mais bien plutôt une application du principe car, si la révocation est ici possible, c'est précisément en vertu d'une clause du contrat. La volonté commune des parties qui a façonné le contrat peut permettre à l'une ou à l'autre des parties (ou aux deux) d'y mettre fin.

Parallèlement à cette vision plus globale et généralisant de ce caractère obligatoire du contrat inspirée du système juridique gréco-romain en général, du droit français en particulier et des systèmes juridiques qui s'en inspire, le droit musulman dans sa structure juridique pure sur cette notion de contrat indique déjà par elle-même qu'il n'y a pas à rechercher le fondement de son caractère obligatoire dans la volonté du déclarant.

La volonté individuelle est si peu prise en considération dans le système juridique musulman, que la promesse y est considérée comme dénuée de tout caractère obligatoire. Les juristes musulmans distinguent, en effet, nettement le contrat (*aqd*) de la promesse (*wa'd*).

Mais qu'est-ce que la promesse ? On ne trouve pas chez les auteurs une définition précise de cette notion. Il apparaît, malgré tout, à travers les cas examinés, que s'engager à effectuer une prestation quelconque, dans un temps à venir, constitue une promesse. Le promettant ne sera pas lié par son engagement alors même que le destinataire de la promesse aura exprimé son acceptation. La promesse faite sous serment elle-même n'a jamais réussi à se dégager de la sphère religieuse. Les auteurs déclarent formellement que le promettant ne sera pas considéré, en justice (*qadà*), comme obligé à tenir son

engagement, mais ils admettent que l'inexécution d'une promesse constitue de la part du promettant un acte répréhensible sur le plan moral.

Cette position prise par les juristes de l'Islam donne à réfléchir. L'on sait qu'en droit canonique, la transgression de la promesse a fini par appeler une intervention répressive dans la mesure où la *ratio peccati* vient s'ajouter à la *ratio delicti*. Rien de tel en droit musulman, malgré son caractère religieux apparent.

Si donc un glissement a pu se produire en droit canonique, de l'obligation de conscience née de la promesse à l'obligation juridique qui en résulte, le droit positif musulman est resté ferme sur ses positions : la promesse n'engendre point un lien juridique quelconque. Seul le contrat « *aqd* » peut avoir un tel effet.

Mais pourquoi le « contrat » peut-il lier alors que la « promesse » ne saurait le faire ? Il nous faudra partir à la recherche d'un autre fondement que celui qui nous est fourni par le concept de volonté. Force est de constater tout aussitôt que le contrat s'oppose en droit musulman à la simple promesse, en ce qui concerne ses effets dans l'immédiat. Ainsi que nous l'avons vu, la promesse engage l'avenir. Rien d'actuel ne se réalise, du fait de la promesse. Une obligation de faire naît à la charge du promettant sur le plan purement moral, parce qu'elle n'a pas un objet actuellement existant, au moment de la promesse. Un contrat qui aurait pour objet une chose future est un contrat inexistant en droit musulman. Le contrat de louage, en tant qu'il porte sur un objet qui se réalise au fur et à mesure de la jouissance, n'a été admis que par voie d'exception. Une logique rigoureuse, de l'avis même des juristes musulmans, devrait l'exclure et le considérer comme un contrat sans objet et partant nul. Ces artifices techniques nous aident au moins à comprendre qu'au sens juridique du terme le contrat en droit musulman est un phénomène lié à un objet. Il n'est pas posé en vue d'engendrer des obligations. A la différence du droit romain, le contrat n'est point essentiellement une source d'obligation.

Rien d'ailleurs, dans la définition classique du contrat musulman, n'évoque l'idée d'obligation. La conjonction des deux déclarations y est toujours considérée comme devant créer un nouvel état des choses, dans l'immédiat.

Le contrat type c'est la vente. La vente, nous dira-t-on, est constituée par l'émission de deux déclarations concordantes. Elle constitue une cause (*sabab*). Les effets en seront le transfert immédiat de la propriété de la chose vendue, du patrimoine du vendeur à celui de l'acquéreur. Tel est le nouvel état de chose créé par le phénomène contractuel appelé « vente ». Cet effet ne saurait être différé dans le temps. L'obligation de livrer elle-même ne saurait être affectée d'un terme. Si le prix peut être payé à l'échéance du terme convenu, c'est que le prix ne constitue pas l'objet propre de la vente. D'ailleurs dans la définition de la vente, l'on prend soin de signaler que le prix en principe passe aussi dans le patrimoine du vendeur, au moment de la conclusion de la vente. L'exécution de l'obligation de payer le prix a pu être différée parce que le prix se trouve être une quantité de choses fongibles dont la propriété passe au moment de la tradition.

Quoi qu'il en soit, et l'obligation de livrer la chose vendue et l'obligation de payer le prix ne sont jamais considérées comme autant d'effets découlant du contrat. L'effet du contrat de vente, c'est proprement le transfert de propriété. Accessoirement à cet effet, des droits naissent de part et d'autre en fonction de cet effet et non comme effets du contrat lui-même. Le contrat donc est un acte essentiellement posé en vue d'une fin déterminée, reconnue par la loi. Il ne vise pas à créer des obligations à la charge de l'une ou de l'autre des parties contractantes. C'est pourquoi la volonté individuelle n'entre pas en ligne de compte.

Mais quelle est cette fin déterminée que la loi entend réaliser au moyen des déclarations qui forment le contrat ?

Les contrats que le droit musulman a réglementés sont autant de contrats nommés. A chaque fois, les auteurs prennent soin de signaler la

source scripturaire ou autre à laquelle ils se réfèrent pour considérer tel ou tel contrat nommé comme « licite » (*dja'iz*). Il est apparent que la volonté n'est point autonome. Il ne s'agit d'ailleurs point de volonté, mais de déclaration. Le principe de la liberté contractuelle ne saurait être admis dans un tel système. Des auteurs modernes se sont aventurés à invoquer un *hadith* du Prophète pour faire admettre ce principe. En effet, selon un dire attribué au Prophète : « les musulmans doivent s'en tenir à leurs pactes » (*pacta sunt servanta*). Mais le caractère moral de cette injonction ne saurait faire l'objet d'un doute quelconque, si l'on se réfère aux ouvrages de jurisconsultes hanéfites classiques.

En effet, dans ces ouvrages, chaque contrat se trouve réglementé par des règles impératives. Toute clause comportant une modification quelconque de ces règles est frappée de nullité. Elle entraîne même l'acte juridique en entier avec elle : il n'aura plus aucune consistance. C'est la théorie des clauses adjointes qui, en droit musulman, joue un rôle exorbitant. Le contrat doit y répondre à une condition d'unité qui exclut toute opération complexe, non prévue par la loi. Les contrats réglementés dans les ouvrages de droit hanéfite sont au nombre d'une quinzaine environ. Les auteurs les partagent parfois en diverses catégories. Il y a d'abord et avant tout les *synallagma (mu'awadâtt)* : vente, louage, transaction, etc. Mais il y a aussi les libéralités : donation, testament et les semi-libéralités : prêt ou cautionnement. A suivre les solutions de près, on se rendra compte que seuls les contrats appartenant à la première catégorie ont un caractère franchement obligatoire. La plupart des contrats sont, en fait, essentiellement révocables : la société, le commodat, le mandat, le métayage, la vente à livrer, le compromis, le dépôt sont révocables de part et d'autre. Le cautionnement et le gage peuvent toujours être révoqués par le créancier. Le louage des choses et de services lui-même peut être résilié en cas d'excuse (*'udhr*). Enfin, il est suggéré de constater que la donation est un contrat en principe révocable, sauf exceptions. La première de ces exceptions se trouve être le cas où la donation a été consentie à la charge pour

le donataire d'exécuter une prestation quelconque ou une contrepartie a été effectivement livrée au donateur. Et c'est ainsi que nous sommes mis devant le fondement véritable du caractère obligatoire du contrat. Pourquoi le vendeur ne peut jamais se dédire ? C'est parce qu'il ne peut réunir entre ses mains et la chose et son prix. De même qu'en est-il de l'acquéreur ? L'idée d'échange qui se trouve à la base du contrat synallagmatique va lui conférer son caractère obligatoire. Un auteur célèbre (Kasani) écrit que l'égalité est la fin recherchée. Ne pas payer le prix, en cas de vente, c'est rompre l'équilibre que tout contrat doit assurer. Cet équilibre n'est que l'équivalence parfaite des prestations ainsi que l'exige la justice commutative. C'est pourquoi l'acheteur ne doit plus le prix si la chose vient à périr, après la conclusion de la vente et avant sa livraison.

La donation n'a pu être considérée comme un contrat en présumant qu'elle a été consentie contre une charge. L'absence d'une contrepartie fera disparaître le caractère obligatoire de l'acte. C'est encore l'idée d'équivalence qui, dans un contrat unilatéral, tel que le dépôt, oblige le dépositaire à restituer la chose déposée. Il ne peut en effet, conserver par devers lui la chose d'autrui sans qu'il y ait d'équivalent, disent les auteurs. Par application de cette idée, les auteurs révèlent que l'on ne peut être tenu de rémunérer un service déjà dû avant toute convention. Ainsi la femme ne peut convenir d'un salaire pour allaiter son petit.

C'est cette notion d'équivalence qui explique la théorie de l'usure, telle qu'elle est admise en droit musulman. En effet comment peut-on considérer que les prestations équivalentes dans un contrat qui comporte un échange de biens fongibles appartenant au même *genius*, si l'un des contractants obtient une quantité plus grande que l'autre ? De même qu'en est-il si un bien fongible est promis à terme contre un autre bien fongible de même *genius* livré immédiatement ? Dans tous les cas où l'inégalité des prestations a été considérée comme manifeste, le contrat se trouve entaché d'usure et frappé de nullité. La notion d'équivalence qui sous-tend toute la théorie du contrat en

droit musulman est de portée générale. Elle déborde les cadres du phénomène contractuel. C'est en vertu de cette même idée que le fait dommageable se trouve être la cause d'une obligation de réparer. La réparation est l'équivalent exact du dommage et son paiement rétablit l'équilibre rompu. La confusion est telle que maints auteurs classiques considèrent l'obligation née du prêt comme puisant sa source dans le fait d'avoir reçu la somme empruntée et non dans le contrat lui-même. Elle aurait la même source que l'obligation de réparer qui incombe à l'usurpateur de la chose d'autrui, au cas où celle-ci vient à périr.

Le rapprochement est d'autant plus suggestif que le paiement de la réparation en cas d'usurpation est considéré, en droit musulman, comme effectivement le transfert de la chose usurpée. Elle passera, aussitôt la somme reçue, dans le patrimoine de l'usurpateur, sans besoin de déclaration, de par le fait même du paiement de la réparation. Tant il est que la notion d'échange plane sur toute la théorie de l'obligation et gouverne toutes les solutions reçues en droit musulman.

Devant ces faits, force fut pour les jurisconsultes hanéfites d'admettre que le transfert de propriété peut être effectué sans besoin de déclarations, s'il y a troc (*ta'âtî*). La solution a été admise tout d'abord en matière de *res vilis*, puis étendue à toutes sortes de choses. Dans les ouvrages classiques, l'on admet qu'il suffit que l'une des parties ait effectivement livré pour sa part, la chose qui lui appartenait, pour que l'autre soit tenue de livrer à son tour, sans qu'il y ait eu de sa part une déclaration quelconque. Les auteurs parlent alors de contrat conclu sans déclaration échangée. Pour d'autres, l'opération, dont les effets sont incontestés, ne saurait être rangée sous la dénomination de contrat.

Qu'est-ce que le contrat ? S'il se réduit en fait à consacrer une opération d'échange, qui peut s'effectuer par d'autres voies, comment le distinguer de tous les autres faits générateurs de droits ?

Nous savons déjà qu'en fait, il présuppose essentiellement un objet actuellement existant. Ses effets vont affecter dans l'immédiat cette chose qui va changer d'état. Il y aura échange de biens. C'est pourquoi l'une et l'autre des parties contractantes seront tenues à certaines obligations. Mais cet échange de biens peut se produire, sans qu'il y ait eu contrat, dans le sens technique du terme. Ce qui distingue malgré tout le phénomène contractuel de tout autre phénomène juridique, c'est qu'il procède d'une déclaration. Or, la déclaration est un acte humain qui implique une signification. Lorsque cette signification s'insère dans la forme des transactions reconnues par la loi, la déclaration produira son plein et entier effet. La loi reconnaît à la transaction qui opère un juste échange de biens toute sa valeur. Elle en tient compte. Elle oblige chacune des parties à faire en sorte que l'échange soit réalisé.

L'échange ayant été initié par une déclaration, il est normal d'exiger chez l'agent, une pleine possession de ses facultés mentales, sans quoi la déclaration n'aurait pas de sens. Dans cette mesure, l'on peut dire que le contrat exige, pour sa genèse, un acte de volonté, dans le sens large du terme. Mais l'état de droit ainsi créé est une réalité objective qui a sa puissance en elle-même, une fois qu'elle existe. C'est elle seule qui fournit le fondement de toutes les obligations. En somme, le droit musulman rejoint, dans sa conception du contrat, les idées qu'implique la philosophie traditionnelle aristotélicienne ou thomiste. L'élément décisif de la relation juridique réside dans l'objet. L'objet prend place entre les deux personnes qui entrent en rapport par son intermédiaire. Ce rapport, dont l'objet est le terme spécifique, est constitutif de droit. Le titre qui fonde le droit du sujet est la raison qui établit entre lui et l'objet un lien d'appartenance. Une fois ce rapport complètement réalisé, un état d'ajustement et d'équilibre doit régner : tout est en place.

L'assujetti du droit est bien obligé envers autrui mais son obligation n'a d'autre objet que la chose ou l'acte dû. Il est moins lié à la personne d'autrui qu'il n'est tenu à une prestation objective. C'est la présence de l'objet

intercalé entre les personnes qui est caractéristique de la relation contractuelle. Elle lui donne sa nature objective : à cause d'elle, la réalisation concrète des effets du contrat va établir non seulement un équilibre entre les personnes mais créer « un état de chose »⁹⁷, un état social proprement dit.

La force obligatoire du contrat est un principe, un fondement qui coordonne l'application du contrat, sa mise en œuvre et son exécution. Celle-ci passe par la réalisation de ses effets. Certains sont automatiques comme la plupart des effets du contrat : l'effet translatif de propriété, l'existence même des obligations nées du contrat, en principe tout au moins, la présence d'effets comme ceux liés à la durée du contrat, les exigences en terme d'exécution, etc. Une confusion règne parfois, tendant à considérer que les parties sont soumises à une obligation d'exécution du contrat. Ce n'est pas faux, d'un point de vue général, mais erroné du point de vue du droit des obligations. Il n'existe pas d'obligation d'exécuter le contrat, pas plus que le droit de résilier le contrat ne crée d'obligation ou de créance en la matière. Ceci nous amène à parler d'une autre, aussi importante en matière de contrat, à savoir celle de la révision du contrat (section 2).

⁹⁷Commentaire du R. P. DELOS, in somme Théologique de Saint Thomas d'Aquin, La justice, t 1, p231 et s

Section 2 : La force obligatoire du contrat et la question de la révision du contrat

Le contrat valablement formé s'impose non seulement aux parties mais aussi au juge qui ne peut en modifier les termes. On peut toutefois se demander si l'interdiction faite au juge continue de jouer lorsque, par suite de bouleversements économiques imprévisibles, l'équilibre du contrat se trouve gravement compromis. Dans une telle hypothèse, les parties pourraient-elles demander la « révision » du contrat et le juge pourrait-il réajuster le contrat en vue de rétablir l'équilibre rompu ? L'exposé des données du problème (§1) puis de l'étude de la position française sur la question me semble essentiel (§2).

§ 1 : Exposé des données du problème

La question se pose principalement pour les contrats dont l'exécution s'échelonne dans le temps comme les contrats de fourniture et d'approvisionnement (fourniture régulière de marchandises, approvisionnement en matières premières...), les contrats de concession (minières, pétrolières...), certains baux de longue durée (notamment des baux ruraux), certains contrats de longue durée portant sur la réalisation de grands ouvrages (barrages, aéroports, autoroutes...) ou sur la construction d'ensembles industriels complexes... Ces contrats sont conclus en considération des circonstances économiques qui prévalent au moment de leur formation et des évolutions prévisibles. Mais les conditions économiques peuvent changer par suite d'événements imprévus (crises économiques, guerres, fortes inflations, fluctuations imprévues du marché...). Ces changements peuvent provoquer un bouleversement de l'économie du contrat et un déséquilibre des prestations réciproques rendant très lourdes et très onéreuses les obligations de l'un des contractants. A la suite d'une augmentation importante et imprévisible, du moins pour la durée du contrat

du prix des matières premières, l'exécution par un industriel des contrats conclus avec ses clients devient extrêmement onéreuse ; à la suite d'une augmentation importante et imprévisible des droits de douanes, l'exécution des droits de douane, l'exécution des contrats de fourniture portant sur les produits fortement taxés, devient onéreuse ou même ruineuse pour le fournisseur. On se trouve alors en présence d'un contrat initialement équilibré mais qui, du fait de l'évolution imprévue de la conjoncture économique, devient gravement déséquilibré. C'est là le problème de l'imprévision qui divise, depuis longtemps, la doctrine en deux courants opposés : un courant hostile à la révision pour cause d'imprévision et un courant favorable à la révision pour cause d'imprévision.

Cette attitude s'appuie principalement sur le principe de la force obligatoire des conventions. Etant donné que les obligations contractuelles tiennent lieu de loi pour ceux qui les ont faites, il n'appartient pas au juge de modifier ou de réviser la « loi contractuelle ». « Modifier les conventions, ce serait les révoquer partiellement ; or, il n'y a ici, par définition ni consentement mutuel des contractants ni loi autorisant la révision » (Carbonnier). L'intangibilité du contrat interdit donc au juge de prendre en considération l'évolution imprévue de la conjoncture économique pour réajuster le contrat. Les engagements contractuels devront donc être exécutés tels qu'ils ont été définis par le contrat en dépit du changement des circonstances économiques.

De plus, et à supposer que l'on accepte d'accueillir la révision du contrat par le juge, celle-ci se trouverait privée de tout fondement juridique car on ne se trouve ni en présence de la lésion ni en présence de la force majeure. Il n'y a pas de lésion parce que la lésion est un vice de formation du contrat qui suppose un défaut d'équivalence dès la conclusion du contrat. Or ici il s'agit certes d'un déséquilibre mais qui survient en cours d'exécution et qui trouve sa source, non pas dans le contrat lui-même, mais en dehors de lui, dans des événements extérieurs (changement imprévu des circonstances

économiques). Il n'y a pas d'avantage de force majeure parce que si l'exécution du contrat devient difficile, onéreuse ou même ruineuse pour l'un des contractants, elle reste néanmoins possible et cette possibilité d'exécution exclut le recours à la force majeure qui justifie la résolution du contrat.

On ajoute enfin à ces arguments juridiques tirés de considérations plus générales telles que la sécurité des transactions (la force obligatoire des contrats garantit la sécurité des transactions), la finalité socio-économique du contrat. Le contrat est un instrument de prévision qui ne peut assumer sa fonction que s'il est interdit au juge de modifier les prévisions des parties ou encore des considérations morales (la révision serait contraire au respect de la parole donnée).

Tous ces arguments convergent pour interdire à la partie dont les charges sont devenues trop lourdes par suite de l'évolution imprévue des circonstances économiques, d'agir en justice pour demander la révision du contrat pour cause d'imprévision.

Attitude favorable à la révision pour cause d'imprévision – cette attitude se montre plus attentive à l'équité et plus sensible aux exigences de la justice contractuelle. Elle trouve injuste et immoral de maintenir un débiteur dans les liens d'un contrat dont l'exécution est devenue trop onéreuse ou ouvertement ruineuse. Le refus de réviser le contrat paraît d'autant plus juste que l'autre partie tire nécessairement un profit injustifié du bouleversement de la conjoncture économique. On considère donc que si la force obligatoire du contrat se justifie pleinement « en temps normal », elle ne doit pas devenir source d'injustice, et qu'en cas de conflit entre la justice et la force obligatoire, c'est la justice qui doit l'emporter.

De plus ce courant de pensée estime que la révision du contrat se justifie aussi sur le plan de la technique juridique. Tout contrat serait conclu en fonction d'une certaine conjoncture économique et tout contrat comporterait une clause implicite selon laquelle le contrat demeure ce qu'il est tant que les

choses restent en l'état (clause *rebus sic stantibus*). Ce qui revient à dire que les parties subordonnent implicitement l'exécution du contrat au maintien des conditions économiques qui ont présidé à sa formation. Si donc la conjoncture économique vient à subir un bouleversement substantiel et imprévu de nature à compromettre sérieusement l'équilibre des prestations, le juge devrait pouvoir réajuster le contrat parce que les choses ne sont pas restées en l'état.

A ces arguments en faveur de la révision pour cause d'imprévision, on en a ajouté d'autres. On a pensé à l'enrichissement sans cause soutenant que le bouleversement qui affecte les conditions économiques et alourdit les charges de l'un des contractants engendre un enrichissement sans cause du cocontractant.

Selon **Chafik Chehata** qui préfère utiliser le terme de « enrichissement injuste »⁹⁸ au lieu de « enrichissement sans cause » dit qu'à la différence du fait dommageable, c'est ici le créancier qui engendre l'obligation et non celui du débiteur. L'obligation naît cependant toujours en vue de rétablir entre les deux patrimoines. La théorie de l'enrichissement repose sur la notion d'équivalence. Elle n'est cependant pas d'application générale. Les cas peuvent être groupés en trois rubriques : répétition de l'indu, *actio de in rem verso*, gestion d'affaires.

- Celui qui, se croyant débiteur, paie une somme à une personne, a le droit de répéter cette somme contre la personne qui s'est enrichie sans cause⁹⁹. Les textes sont explicites, s'il y a erreur. Il en est ainsi aussi, s'il a payé à une personne qui se prétendait mandataire du créancier. Le recours pourra être exercé contre elle, s'il s'agit d'une imposture. De même enfin, le débiteur principal qui paie la caution avant que celle-ci ait désintéressé le créancier pourra répéter contre elle le paiement, s'il est contraint de payer à nouveau le créancier.

⁹⁸ Voir en ce sens son éminent ouvrage de référence en matière de droit musulman des obligations « La théorie de l'obligation en droit musulman » p. 163.

⁹⁹ Loi fédérale du 30 mars 1911 complétant le Code civil suisse

- Le détenteur ou possesseur peut poursuivre le propriétaire qui a opté pour la conservation des constructions ou plantations effectuées sur le terrain détenu. Il y aura recours par une action *de in rem verso*. Ainsi en est-il du locataire, du commodataire et même du possesseur de mauvaise foi. Il en est encore de même si la chose restituée s'était accrue d'une plus-value.

Les auteurs expliquent que, dans tous les cas, le propriétaire ne saurait s'approprier les constructions, plantations ou autres, sans équivalent. Aussi en devrait-il la valeur. Il ne sera pas tenu compte des frais déboursés par l'enrichisseur. La valeur elle-même de la chose entrée dans le patrimoine, devrait être calculée comme matière brute, ainsi quand il s'agit des constructions ou plantations, on calcule ce que serait la valeur si elles sont extirpées ou détruites.

La première condition de l'action *de in rem verso* consiste donc à ce qu'une valeur est entrée dans le patrimoine de l'enrichi. Ainsi si l'enrichissement a simplement consisté à fournir un travail ou la jouissance d'une chose, aucune indemnité ne sera due. Des exceptions existent cependant au profit de l'orphelin et de la caisse publique.

La seconde condition veut que l'enrichissement ait eu lieu sans cause. Il va en effet sans dire qu'il peut arriver dans les transactions qu'un patrimoine s'enrichisse aux dépens d'un autre. Il y aura cependant une cause pour légitimer l'enrichissement.

Il faut faire place ici à des cas spéciaux d'action *de in rem verso*, où un appauvrissement est seulement exigé. En effet dans le cas des contrats viciés, la cause n'existe pas, puisqu'il s'agit d'une véritable nullité, ainsi qu'on l'a vu. Aussi, celui qui, malgré cette nullité, fournit un travail, livre la chose, a droit à une indemnité, même si le travail n'a pas donné lieu à un enrichissement effectif de l'autre patrimoine.

L'indemnité sera calculée sur une base objective. Ce sera la valeur objective. Ce sera la valeur locative d'une chose semblable ou le salaire moyen dans des cas semblables (*agr al-mithl*). Elle ne devra jamais dépasser néanmoins la somme stipulée au contrat.

Relevons enfin que le mineur ou l'incapable pourra être poursuivi pour son enrichissement, malgré la nullité du contrat.

- Si une personne gère l'affaire d'autrui en son absence, elle n'a en principe, aucun droit au recours en indemnité, pour l'enrichissement qu'elle lui a procuré. Elle est présumée animée d'une intention libérale. Ainsi payer la dette d'autrui à l'insu du débiteur ne crée point de recours contre ce débiteur. Si même le *solvens* était chargé de payer, il n'aura de recours que s'il l'a stipulé expressément dans les cas où le mandant n'était pas obligatoirement tenu de payer. De même aussi, le créancier gagiste qui fait des dépenses pour la conservation du gage, le locataire, le commodataire n'ont aucun droit contre le propriétaire.

Cette intention libérale disparaît cependant, si, en, en fait, un état de nécessité a exigé l'intervention dans les affaires d'autrui. Ainsi, une action *de in rem verso* sera alors accordée. Ainsi en est-il si le commodant a dû payer la dette du commodataire pour faire lever le gage. De même si le co-acheteur a dû payer la totalité du prix afin de pouvoir prendre livraison de la chose retenue par le vendeur.

Le propriétaire d'un mur mitoyen peut recourir pour la moitié de sa valeur, s'il le reconstruit à ses propres frais. De même, le propriétaire de l'étage supérieur peut y recourir, s'il a dû reconstruire l'étage inférieur. Il en est enfin de même pour tout copropriétaire, en général, qui a été contraint de gérer l'affaire de son copropriétaire.

Dans tous ces cas, l'évaluation se fera sur la base de l'enrichissement effectué, au jour de l'enrichissement disent les uns, au jour de la demande en justice, disent les autres.

De toute manière, on ne prend pas en considération les frais effectivement déboursés par le gérant, à moins qu'ayant obtenu une autorisation préalable du juge, il ne soit considéré comme un véritable représentant.

Dans un cas précis, l'indemnité a été légalement fixée. C'est celui de l'esclave fugitif. La personne qui le ramène d'une distance de trois jours de marche ou d'avantage a droit à quarante dirhams. Une somme inférieure sera accordée, si la distance est moindre. De toute façon, la somme due ne doit pas dépasser sa valeur moins un dirham. Elle sera due par le créancier gagiste, si l'esclave était l'objet d'un gage.

Au vu des éclaircissements de cet éminent auteur¹⁰⁰ sur la question de l'enrichissement sans cause une question se dégage : mais l'enrichissement en question ne trouve-t-il pas sa cause dans le contrat ?

On a proposé d'assimiler l'imprévision à la force majeure qui libère le débiteur de ses engagements et on a parlé de force majeure économique. Mais dans l'état actuel du droit positif, la force majeure suppose une impossibilité absolue d'exécution alors que l'imprévision ne fait que rendre l'exécution plus difficile et plus onéreuse. On a encore suggéré de retenir, à côté de la lésion vice de la formation du contrat, une lésion *a posteriori* qui surviendrait en cours d'exécution du contrat. Mais il s'agit là d'une proposition qui, pour être plus efficace, demande une reconsidération de la définition actuelle de la lésion et donc une réforme législative.

En définitive, toutes ces tentatives dont la finalité est louable opèrent à partir d'un système qui n'a pas été conçu pour accueillir la théorie de l'imprévision. C'est pourquoi la plupart des propositions avancées en faveur de la révision se heurtent à des obstacles techniques. Aussi, la théorie de l'imprévision n'a pu se faire une place qu'à la faveur d'une intervention

¹⁰⁰ CHEHATA, Chafik. Essai d'une théorie générale de l'obligation en droit musulman. Paris : Editions Dalloz, 2005.

législative autorisant le juge à réviser le contrat. Ainsi à l'instar du code civil italien (art 1467 du code civil italien de 1942) qui accueille la théorie de l'imprévision, l'article 147 du code civil égyptien (1957) dispose que « lorsque par suite d'événements imprévisibles et ayant un caractère de généralité, l'exécution de l'obligation contractuelle, sans devenir impossible, devient onéreuse de façon à menacer le débiteur d'une perte exorbitante, le juge, suivant les circonstances et après avoir pris en considération les intérêts des parties, peut réajuster dans une mesure raisonnable l'obligation devenue excessive ». On peut en dire autant du code civil algérien qui, dans son article 107, reproduit pratiquement l'article 147 du code civil égyptien et 148 du code civil syrien édictent : « les événements dont se prévaut celui qui demande la réduction de ces obligations doivent être exceptionnels, imprévisibles et avoir un caractère de généralité ; l'exécution des obligations contractuelles, sans devenir impossible, devient excessivement onéreuse de façon à menacer le débiteur d'une perte exorbitante ».

Les auteurs hanéfites avaient donné à la notion d'imprévision une ampleur considérable spécialement en matière de bail. Cette ampleur se retrouve dans les articles 608 et 609 du code civil égyptien et 575 al.1 et 2 du code civil syrien qui dispose en substance que : si le bail est fait pour une durée déterminée et s'il survient des circonstance graves et imprévues qui sont de nature à en rendre, dès le début ou au cours du bail, l'exécution trop onéreuse, chacune des parties contractantes peut en demander la résiliation avant l'expiration de sa durée et paierait, dans ce cas, à l'autre partie, une indemnité équitable. Au regard de cette tendance objectiviste, l'obligation est conçue non pas en tant que rapport de droit qui relie la personne du créancier à celle du débiteur ; mais comme la valeur économique due dans le patrimoine du débiteur. C'est la raison pour laquelle les législateurs égyptien et syrien ont admis aussi bien la cession de dette (art 315-322 du code civil égyptien et 315-321 du code civil syrien) que la cession de créance (art 303-314 du code civil égyptien et 303-314 du code civil syrien). La cession de dette introduite dans

les deux codes précités est reconnue par le droit germanique, mais se trouvait déjà dans le droit musulman qui lui a consacré de larges développements.

Cette étude comparative des deux codes considérés comme les plus occidentalisés des codes du Moyen-Orient et élaborés à la même période vers le milieu du XX^e siècle, souligne que l’Egypte comme la Syrie restent attachées à leur conjoncture de base socioculturelle et à la religion musulmane dont les préceptes moraux imprègnèrent la vie juridique de ces pays pendant des siècles. Voilà pourquoi la règle morale de droit musulman reste sous-jacente aux deux codes étudiés, malgré le souci d’occidentalisation desdits codes.

Par ailleurs, d’autres systèmes juridiques sont aussi sous l’influence du droit français ; le droit marocain par exemple adopte sur la question de la révision pour cause d’imprévision une position très classique. Le droit marocain ne fait donc aucune place à la théorie de l’imprévision et interdit la révision du contrat par le juge. La révision du contrat n’est admise que lorsqu’elle a été convenue par les parties ou, lorsqu’à titre exceptionnel, elle se trouve autorisée par la loi. La jurisprudence marocaine considère que le principe de la force obligatoire du contrat interdit la révision pour cause d’imprévision et les tribunaux affirment l’intangibilité du contrat en dépit d’un changement imprévu des circonstances économiques. « Il ne saurait être fait échec à la force obligatoire du contrat formulé par l’article 230 du D.O.C¹⁰¹ sous prétexte que les obligations stipulées sont devenues plus onéreuses par l’effet des circonstances exceptionnelles¹⁰² ». Au Maroc, le juge ne peut pas réviser le contrat pour cause d’imprévision quelles qu’en soient les conséquences pour le débiteur dont les charges se trouvent alourdies. Certes, le parlement marocain a été saisi en 1978 d’un projet de réforme sur l’article précité, pour suivre l’évolution dans ce domaine du droit égyptien. Mais ce projet n’a jamais été adopté et le droit marocain a donc maintenu son

¹⁰¹ Dahir des obligations et des contrats (code civil marocain)

¹⁰² Cour d’appel de Rabat, le 13 janvier 1950, R.A.C.A.R. ; T ; XVI, p. 105

hostilité de principe à la révision pour cause d'imprévision. Concernant la révision conventionnelle, le dahir marocain est muet sur ce point, rien ne s'oppose à ce que les parties à un contrat prennent des dispositions afin d'adapter leurs prestations réciproques à l'évolution de la conjoncture économique. Les parties peuvent donc décider de ne pas courir le risque d'un bouleversement de l'économie du contrat en prévoyant qu'en cas de changement de circonstances économiques affectant l'équilibre des prestations, il y aura lieu à une adaptation du contrat. Parmi les différentes techniques concevables, on retiendra ici la clause de révision et la clause d'échelle mobile.

Les clauses de révision rendent possibles la révision du contrat et en déterminent les conditions et les modalités. Elles subordonnent la révision à la réalisation d'un changement. Elles peuvent prévoir des événements constitutifs de changement auxquels elles subordonnent la révision (énumération des événements pouvant donner lieu à la révision) comme elles peuvent subordonner la révision au bouleversement de l'économie du contrat quelle qu'en soit la cause (énumération des modifications de nature à bouleverser l'économie du contrat). Les clauses de révision peuvent permettre la révision aussitôt après la réalisation des événements convenus comme elles peuvent n'autoriser la révision qu'à l'expiration d'une période fixée d'avance. Quant aux modalités de la révision, les parties peuvent choisir entre plusieurs formules. Les parties peuvent convenir qu'en cas de réalisation de l'un des événements prévus, il y aura lieu de négocier un nouvel accord à la lumière des changements intervenus étant entendu que si elles n'y parviennent pas, le contrat initial se trouvera résolu. Elles peuvent aussi vouloir éviter l'éventualité d'une résolution en prévoyant qu'en cas de réalisation de l'événement convenu, il y aura lieu de recourir à un tiers qui aura pour mission de fixer les nouvelles conditions du contrat à la lumière de l'évolution de la conjoncture économique. Bien entendu, chaque fois qu'un accord amiable ne sera pas obtenu, il appartiendra au juge de trancher. Celui-ci sera lié par les

termes de la cause de révision et devra réajuster le contrat conformément aux critères retenus par les parties (événement qui justifie la révision, élément à prendre en considération pour l'adaptation du contrat, amplitude ...). Si, en l'absence d'une clause de révision, le juge ne peut réviser le contrat, il est tenu lorsqu'il y a une clause de révision, de s'en tenir aux règles arrêtées par les parties et de réaliser le réajustement voulu par les parties. Ce qui nous amène aux clauses d'échelle mobile.

Les clauses d'échelle mobile sont également appelées clauses d'indexation permettent une adaptation automatique des obligations aux fluctuations économiques. Les parties conviennent à l'avance que le prix d'une prestation sera en fonction d'un ou plusieurs indices de référence (prix matière première, prix d'une marchandise, prix de l'énergie...). Le prix à payer dépendra donc d'un ou de plusieurs paramètres retenus par les parties. De la sorte les fluctuations économiques n'affectent plus l'équilibre des prestations contractuelles puisque le contrat se trouve soumis à une technique de valorisation automatique qui dispense du recours au juge. Ainsi dans un contrat de fourniture, le fournisseur sait d'avance que ses livraisons seront faites à un prix toujours actualisé, il n'a donc plus à craindre l'effet des fluctuations économiques et il se met à l'abri de la dépréciation monétaire puisque la clause d'indexation, si elle est bien conçue, lui permet de conserver son pouvoir d'achat et de maintenir la valeur réelle de ses prestations. D'une certaine manière, les clauses d'échelle mobile peuvent se substituer à l'instrument de mesure qu'est la monnaie, un autre instrument de mesure qui réside dans le ou les indices choisis. C'est pourquoi certaines clauses d'indexation peuvent se révéler contraires à l'ordre public monétaire notamment celles qui retiennent comme indice le cours de l'or (clause or) ou le cours d'une devise étrangère (clause monnaie étrangère)¹⁰³. Par ailleurs le recours aux clauses d'échelle mobile constitue nécessairement un procédé

¹⁰³ Voir en ce sens les dispositions de l'article de l'article 247 du D.O.C marocain et leur application par la jurisprudence du protectorat notamment C.A.R. 1^{er}decembre 1928, R.A.C.A.R., Tome V, p. 109.

inflationniste puisqu'il provoque la hausse du prix d'un produit ou d'un service par suite de la hausse du prix d'un autre produit. Et c'est pour limiter les conséquences inflationnistes du procédé que l'on exige que l'indice choisi soit en rapport direct avec le produit ou le service indexé. On conçoit donc que le prix du mètre carré construit soit indexé sur le prix des matériaux de construction, mais on n'admettra pas que le prix du mètre carré construit soit fixé en fonction du prix de la laine ou du blé... !

Dans certains cas particuliers et exceptionnels, le législateur marocain a formellement admis et organisé la possibilité d'un recours au juge en vue d'adapter le contrat à l'évolution des conditions économiques. Ainsi, le dahir du 3 janvier 1953 prévoit la possibilité de réviser les loyers des baux commerciaux. Chaque partie peut donc demander, tous les trois ans, une révision du loyer si l'évolution de la conjoncture entraîne une variation de plus du tiers de la valeur locative. De même, la loi n° 6.79 organisant les rapports contractuels entre les bailleurs et les locataires des locaux d'habitation ou à usage professionnel, promulgués par le dahir¹⁰⁴ consacre deux possibilités de révision :

Aux termes de l'article 2, les loyers sont fixés librement entre les parties. Mais, tout locataire a le droit de demander la révision du loyer par voie de justice dans un délai de trois mois à compter de la date du bail.

Au vu de cette approche très classique, abordons le droit français, à travers les différents arguments qui militent ou qui rejettent la révision.

§ 2 : La position du droit français

La question de savoir si le juge peut intervenir dans le contrat en cas de modification des conditions économiques d'exécution du contrat

¹⁰⁴ D.O.C n°1.80.315 du 25 décembre 1980 (B.O.21.1.1981, p.15)

emportant un déséquilibre dans ce contrat a toujours posé des difficultés alors que les parties n'ont pas prévu cette évolution. C'est le problème classique de la révision du contrat pour imprévision, refusée pour les contrats de droit privé depuis l'arrêt Canal de Craponne de 1876¹⁰⁵ et qui a fait l'objet de larges débats¹⁰⁶.

Plusieurs arguments militent en faveur de la révision du contrat pour imprévision : la référence à l'équité (C. civ. art. 1135) ou la bonne foi dans l'exécution du contrat (C. civ., ancien art.1134, al.3), voire l'abus dans l'exécution du contrat. Plus intéressant est l'argument fondé sur le fait que le code civil connaît cette solution en d'autre circonstance (cf. C. civ. art.1244), le principe même de la force obligatoire du contrat, qui justifierait la présence d'une clause *rebus sic stantibus* (les choses restant en l'état). Le consentement au contrat serait ainsi subordonné à la permanence de l'état de fait présent au moment de la conclusion du contrat. Cette clause est toujours considérée comme sous-entendue dans les traités internationaux. Inversement, une telle clause peut paraître divinatoire, au pire contraire à la volonté effective des parties, car le contrat réalise une emprise sur l'avenir. On ne conclurait pas *rebus sic stantibus* mais, au contraire, pour se prémunir contre les changements de l'état des choses, on conclut dans la pensée que les choses changeront peut-être et, précisément, pour s'assurer contre ces variations. Autre argument rejeté : la force majeure. A la différence de la jurisprudence allemande et italienne qui admettent que l'impossibilité d'exécution du contrat peut n'être pas seulement matérielle mais aussi économique, la jurisprudence française a toujours enserré dans les rigoureuses limites la

¹⁰⁵ Cass. Civ ., 6 mars 1876, DP , 1876 . I. 193 ; S. ; 1876. I.161. En l'espèce, au XVI^e siècle, avait été convenue une redevance d'arrosage de 3 sols (c'est-à-dire, en euros, 3 centimes) par cartierade (c'est-à-dire 190 ares) afin d'entretenir le canal de Craponne ; trois siècles après, la redevance n'étant plus en rapport avec les frais d'entretien, les juges de fond l'avaient augmentée et fixée à 30 centimes(en anciens francs) : « la redevance doit être en proportion avec les charges ». Cassation : « dans aucun cas, il n'appartient aux tribunaux, quelque équitable que puisse leur paraître leur décision, de prendre en considération le temps et les circonstances pour modifier les conventions des parties et substituer des clauses nouvelles à celles qui ont été librement acceptées par les contractants ».

¹⁰⁶¹⁰⁶ L. Aynes, « L'imprévision en droit privé », rev. Jur. Comm. 2005, p. 397, B. Fauvarque-Causson, « Le changement de circonstances », RDC 2004, p. 67 ; D. Tallon, « La révision du contrat pour imprévision au regard des enseignements récents du droit comparé », Mélanges A. Sayag, 1997, p.403.

notion de force majeure : la dépréciation monétaire peut rendre extrêmement onéreuse l'exécution de l'obligation, elle ne constitue pas pour autant un obstacle insurmontable.

Pourtant, ce sont des arguments qui militent contre la révision du contrat pour imprévision qui l'emportent. La sécurité juridique commande le maintien du prix initial et le respect du principe de la force obligatoire du contrat. L'instabilité des circonstances économiques aurait pu d'ailleurs faire l'objet d'une clause à cet effet, une clause d'adaptation, une clause de hardschip.

Pourtant, les contrats de droit administratif sont susceptibles de révision depuis l'arrêt de principe *Gaz de Bordeaux*¹⁰⁷ du Conseil d'Etat le 30 mars 1916. En revanche, les contrats de droit privé connaissent une solution contraire, à la différence de nombreux droits étrangers, depuis le célèbre arrêt *Canal de Craponne*. L'arrêt *Gaz de Bordeaux* admettait le jeu de l'imprévision dans les contrats de droit public. La compagnie du Gaz de Bordeaux était, avant la guerre de 1914, concessionnaire de la distribution du gaz de ville. Le contrat de concession fixait les tarifs d'abonnement. Ces tarifs avaient été établis en fonction du prix du charbon avant la guerre. La guerre entraîna une augmentation du prix du charbon telle que la compagnie se trouva en difficulté. Elle demanda une révision à l'autorité préfectorale qui refusa en se prévalant de l'article 1134 du code civil et du principe de la force obligatoire du contrat. Elle s'adressa alors au Conseil d'Etat qui fit droit à sa demande en raison du principe de la continuité du service public qui ne peut être assurée qu'à travers la correction du contrat.

¹⁰⁷ CE, 30 mars 1916, DP, 1916.III.25 ; S., 1916.III. 17, n. M. Hauriou. En l'espèce, le concessionnaire de Gaz de la ville de Bordeaux ne pouvait plus fournir de gaz aux usagers en appliquant les tarifs prévus par l'acte de concession, à la suite de la hausse du prix du charbon consécutive à la guerre . Le Conseil d'Etat obligea le concédant (la ville de Bordeaux) à augmenter les tarifs. En l'apparence, l'arrêt n'a pas directement révisé le contrat et les tarifs : il s'est borné à obliger l'autorité concédante à payer une indemnité au concessionnaire si les tarifs antérieurement convenus n'étaient pas modifiés ; mais c'était, indirectement, le contraindre à modifier les tarifs.

A l'inverse, l'arrêt de principe Canal de Craponne le rejetait pour les contrats de droit privé. Un propriétaire avait un canal d'irrigation ; les redevances dues par les propriétaires des terrains irrigués avaient été fixées, en 1560, à 3 sols, et reconduites, depuis, à plusieurs reprises. Le propriétaire du canal demanda la révision du contrat ; les juridictions de fond admirèrent sa demande. La Cour de cassation l'écarta, rejetant toute substitution d'une clause nouvelle à celles acceptées par les parties¹⁰⁸. On observera, alors, qu'il s'agissait bien de proposer au juge de réécrire en partie le contrat et d'insérer une clause d'indexation dans un contrat qui n'en comportait pas. Il s'agissait donc, en l'espèce, d'une formule absolue de traitement de l'imprévision, voire de l'imprudence, contractuelle trois cents ans plus tard. Or, bien des hypothèses de révision du contrat pour imprévision se contentent d'une formule relative : l'identification d'une obligation de négociation, même en l'absence de prévision expresse en ce sens par les parties, en cas de changement des circonstances économiques.

Un certain nombre de tempéraments ont été apportés. Dans la loi, d'abord. A la suite des grandes guerres, le législateur était intervenu à plusieurs reprises pour proroger des baux, ou faire obstacle à la résiliation de contrats ou, dans le cadre de la législation économique, via une technique de blocage des prix (jusqu'en 1986 tout de même), soit dans le cadre de la protection de certains contractants, comme les salariés et le mécanisme de la hausse annuelle du salaire minimum, ou comme les débiteurs en difficulté (cf. C. civ., art. 1244 et s.) ou encore dans le cadre du traitement du surendettement, soit des consommateurs (règle sur le surendettement) soit des entreprises (règle de redressement et de liquidation judiciaires des entreprises).

¹⁰⁸ Et depuis Cass. Civ. 6 juin 1921, D. 1921.1.73 : « Les conventions légalement formées tiennent lieu de loi à ceux qui les ont faites et aucune considération d'équité n'autorise le juge, lorsque les conventions sont claires et précises, à modifier, sous prétexte de les interpréter, les stipulations qu'elles renferment » ; Cass com 18 janvier 1950, GP 1951, 1, 320 : « le juge ne saurait faire état des hausses de prix, même homologuées, pour soustraire l'un des contractants à l'accomplissement des engagements clairs et précis qu'il a librement assumés ».

La question se pose de savoir si la jurisprudence de droit privé peut changer sa position, ce qui suppose de modifier les termes du débat. Ce qui est en jeu est moins la question de la révision du contrat par le juge, faisant de ce dernier presque une partie du contrat : le juge n'a pas cette vocation. En revanche, la question de la stabilité du contrat pose une autre difficulté : les parties ont parfaitement conscience, en concluant un contrat de longue durée, que l'état contractuel, figé par le consentement, est mouvant, évolutif, ce qui pose la question de savoir si les parties ne doivent pas prendre en compte cette évolutivité du contrat : une obligation de renégociation serait ainsi latente, inhérente, au contrat de longue durée. Le juge ne serait alors plus appelé à réviser le contrat, dire que le prix est désormais celui-ci que telle clause est désormais celle-là, mais à constater que les parties, face à une difficulté économique ou autre, une modification des circonstances, ont exécuté cette obligation.

Une évolution en ce sens est apparue, via l'appréciation de l'exigence de bonne foi dans l'exécution des contrats et l'abus de droit¹⁰⁹. Il en résulte que l'évolution jurisprudentielle se situe sans doute moins dans un pouvoir de révision du contrat que le juge s'accorderait, contre tous les principes du droit privé des contrats, que dans la sanction, au nom de la bonne foi contractuelle, d'une obligation de renégocier inhérente au contrat en cas de déséquilibre économique très important¹¹⁰.

La meilleure solution face à cette incertitude théorique et, surtout face à la réalité pratique du risque de changement de circonstances, repose sur la gestion contractuelle de ce risque à travers des clauses d'adaptation. Celles-ci sont nombreuses, clauses d'indexation, clauses de renégociation, clauses de

¹⁰⁹ La notion d'abus de droit, enfin, qui trouve son fondement dans le droit de la responsabilité civile délictuelle, est aujourd'hui largement utilisée en droit des contrats. Elle reprend à son compte dans certains de ses aspects les développements de la bonne foi : abuser d'un droit c'est l'exercice de façon disproportionnée, de façon incorrecte, de façon déloyale ; c'est ainsi que la jurisprudence fonde la sanction du droit de mettre fin à des pourparlers, mais aussi de mettre fin à un contrat ou bien encore de mettre en œuvre l'agrément à la circulation d'un contrat.

¹¹⁰ Cf. D. Mazeaud, note sous cass. Civ. 1^{re}, 16 mars 2004, D.2004, p.1754

suspension, clauses de force majeure, etc. Elles s'inspirent de la pratique américaine des clauses de hardship¹¹¹. Parfois, de telles clauses sont les clauses d'adaptation automatique, par exemple une clause d'indexation, une clause d'adaptation en cas de changement de monnaie, de changement d'objet, etc. mais plus ordinaires sont les clauses imposant un changement non automatique, via une obligation de renégociation qui, comme toute négociation, n'impose pas la réussite de celle-ci¹¹². Une clause voisine, la MAC clause (Material Adverse Change)¹¹³ impose, souvent au stade de la négociation d'un contrat, mais adaptable à la renégociation, la prise en compte des changements significatifs défavorables pendant le temps de la négociation.

Si le principe de la force obligatoire interdit la révision du contrat pour cause d'imprévision, il interdit *a fortiori*, toute modification du contrat en dehors des cas d'imprévision. Mais le juge qui, en vertu de la force obligatoire, ne peut pas modifier le contrat, peut-il le remodeler sous couvert d'interprétation ?

Section 3 : Le principe de la force obligatoire et l'interprétation du contrat

L'interprétation¹¹⁴ d'un contrat est la recherche de la volonté des parties ; c'est ainsi que les rédacteurs des codes l'ont envisagée. En effet, sous couvert d'interprétation, depuis plus d'un siècle, les juges ajoutent souvent au contrat des obligations auxquelles les parties n'avaient pas songé ; c'est un procédé de « forçage » du contrat. C'est dans cette optique que nous voyons l'intérêt de l'interprétation de la volonté des parties (§.1). Ce détour nous permettra d'apprécier la marge de manœuvre dont dispose le juge en tenant

¹¹¹ Cf. R. Fabre, « Les clauses d'adaptation dans les contrats », RTD civ. 1983, p. 19.

¹¹² Cf. Cass. Com. 3oct. 2006, D. 2006, p.765, note D. Mazeaud

¹¹³ Cf. A. –C Pelissier, « La MAC clause (ou l'art d'appréhender l'adversité pendant la période de réalisation des conditions suspensives) », RDLC 2006, n°1081.

¹¹⁴ Etymologie : du latin *interpretes*, *etis*= intermédiaire, courtier, puis chargé d'expliquer, truchement, interprète.

compte des évolutions modernes sur ce point (§.2) et enfin de voir quel rôle peut jouer la Cour de cassation (§.3) pour éviter toute dénaturation en matière d'interprétation.

§.1 L'interprétation de la volonté des parties et la position des pays de droit musulman

Les rédacteurs du contrat ne sont pas toujours des juristes... et tous les juristes ne sont pas de bons rédacteurs de contrats. C'est pourquoi il arrive très souvent qu'un contrat soit mal rédigé : emploi de termes impropres ou sans signification juridique, clauses ambiguës, inconciliables ou contradictoires, dispositions empruntées à d'autres contrats et inappropriées, formulations confuses... Ces défauts engendrent des difficultés et souvent des litiges où chaque partie recherche à faire prévaloir le point de vue le plus conforme à ses propres intérêts. Lorsqu'un contrat est obscur, il faut, avant de l'appliquer, en chercher la signification, c'est-à-dire l'interpréter. Au contraire, un contrat clair ne doit pas être interprété, mais purement et simplement appliqué. L'obscurité peut tenir, ou à l'ambiguïté du contrat¹¹⁵ (il est susceptible de deux sens), ou à la contradiction entre ses clauses¹¹⁶. Dans ces deux cas se pose un problème d'interprétation. Il appartient ainsi au juge de trancher, c'est-à-dire de donner à la clause litigieuse la signification et la portée qui lui paraissent s'imposer. Ce faisant, le juge accomplit un travail d'interprétation. Mais comment doit-il procéder pour interpréter le contrat litigieux ? Doit-il rechercher la volonté profonde des parties, leur volonté interne qui a pu être trahie par les termes et les expressions utilisées ? Doit-il au contraire s'en tenir à la volonté extériorisée, à la déclaration de volonté et

¹¹⁵ Ex . : dans un contrat de vente de parts sociales, il est prévu que le prix sera fixé d'après le résultat de la société : s'agit-il du résultat brut ou du résultat net ? avant impôt ou après impôt ?

¹¹⁶ Ex . : dans le préambule de leur contrat, les parties déclarent qu'elles ont l'intention d'indexer le prix sur l'indice du coût de la construction calculé comme c'est le cas par exemple en France de l'INSEE ; dans le corps du contrat, elles indexent le prix sur l'indice du coût de la construction, calculé et publié en France toujours par l'Académie d'architecture : or ce sont deux indices différents, qui n'ont pas les mêmes fluctuations.

refuser toute investigation en profondeur ? Doit-il rechercher l'intention profonde ou doit-il s'arrêter à la formulation matérielle ? Une méthodologie s'impose pour le juge ou le cadi...

Dans sa pureté originelle, la méthode subjective impose au juge de rechercher, par tous moyens, la volonté réelle des parties au-delà des termes et des formules utilisées. Aussi le droit français, connu pour son attachement au système dit de la volonté interne, impose-t-il au juge de « rechercher quelle a été la commune intention des parties contractantes, plutôt que de s'arrêter au sens littéral des termes¹¹⁷ » (article 1156 du Code civil français). Cette position est conforme au principe de l'autonomie de la volonté et fidèle au volontarisme juridique. En effet, le contrat étant le produit de la rencontre de deux volontés, c'est d'après la commune intention des parties qu'il faut en apprécier le sens. L'interprétation subjective apparaît ainsi, selon le doyen Carbonnier, comme « un hommage rendu à l'autonomie de la volonté¹¹⁸ ».

Dans cette perspective, ce qui compte par-dessus tout, c'est la volonté réelle, la volonté profonde interne, c'est-à-dire ce que les parties ont réellement voulu et non la manière dont elles se sont exprimées. Ce qui est décisif ici, ce n'est pas le sens habituel ou conventionnel ou apparent des dispositions du contrat, mais le sens que les parties ont voulu leur donner. Dès lors, ce qui est demandé au juge, c'est de rechercher, avec le plus grand soin, l'intention véritable des parties par-delà les formules heureuses ou malheureuses qu'elles ont pu trouver. Le juge devra donc veiller à ce que soit assurée la primauté de la volonté psychologique sur son expression matérielle même si les termes du contrat paraissent clairs car le contrat le plus limpide peut ne pas refléter la volonté réelle des parties. Dès lors il suffit pour qu'il y

¹¹⁷ Cf. par exemple à propos de la clause des quatre coins, ou clause d'intégralité, excluant le recours à tout autre document que le contrat lui-même : Paris, 15 juin 2005, RTD civ, 2006, p.111, obs. J. Mestre et B. Fages ; M. Lamoureux, « La clause d'intégralité en droit français, anglais et américain », RDLC, 2007/35, n°2418 ; E.Rawach, « La portée des clause tendant à exclure les rôle des documents précontractuels dans l'interprétation du contrat »,D.2001 Chr. p.223 ;

¹¹⁸ CARBONIER, Jean. Droit civil, tome 4 : les obligations. Paris : Presses Universitaires de France, 2000, 665 p.

ait lieu à interprétation que les termes du contrat soit jugés équivoques par l'une des parties et qu'il y ait contestation à ce sujet.

Le principal reproche fait à la méthode subjective porte sur le fait qu'elle repose sur des recherches psychologiques incertaines qui introduisent une dose non négligeable d'insécurité. Et de fait, on voit mal comment le juge ferait pour pénétrer les profondeurs psychologiques afin de découvrir à coup sûr, une volonté réelle trahie par son expression matérielle... Certes, le juge dispose de moyens d'investigation importants (prise en considération des circonstances dans lesquelles le contrat a été conclu, prise en considération de la nature du contrat au-delà de la qualification donnée par les parties, prise en considération du but de l'opération), des motifs qui ont pu déterminer les parties, de la qualité et de la personnalité des contractants, de la manière dont l'acte a été exécuté... mais de par sa nature, la recherche confiée au juge reste très aléatoire. C'est pour réduire la part d'incertitude inhérente à l'opération que le droit français s'est écarté de la pureté originelle de la méthode subjective en établissant des correctifs destinés à restreindre le domaine de l'interprétation.

Ainsi les tribunaux français décident, depuis longtemps, que le juge est en droit d'interpréter et donc de rechercher la commune intention des parties. Si les termes du contrat ne sont pas clairs. En revanche, si les clauses sont claires, le juge n'a pas à interpréter et n'a pas à rechercher la commune intention des parties. Et si, sous prétexte d'interpréter une clause claire et précise, le juge la modifie ou la dénature, il expose sa décision à la censure de la Cour de cassation. En présence des dispositions claires, le juge devra donc s'en tenir aux termes du contrat et s'interdire tout travail d'interprétation.

La théorie jurisprudentielle des clauses claires et précises limite le domaine de l'interprétation et restreint les pouvoirs d'investigation du juge. Dans le même sens, la jurisprudence française considère que le contrat comporte des lacunes que le juge devra combler, celui-ci devra se référer aux

lois supplétives, aux usages et à l'équité. Il s'agit là de repères objectifs qui tempèrent considérablement le subjectivisme du système de la volonté interne et qui devront guider le juge dans son travail d'interprétation.

Dans la pureté originelle, la méthode objective commande au juge de s'en tenir, dans l'interprétation du contrat, à l'expression de la volonté et donc à la déclaration de volonté. Traditionnellement, c'est le droit allemand qui incarne cette conception dite de la volonté déclarée et qui, sous l'action de la doctrine et de la jurisprudence, a progressivement accordé à l'expression de la volonté la prééminence de la volonté interne. Cette conception s'inscrit plus dans la logique du volontarisme et de l'individualisme juridique. Le contrat n'est plus perçu comme un rapport entre deux individus mais comme une opération intéressant la société et donc les tiers. Dès lors, l'interprétation doit faire prévaloir la signification à laquelle les tiers pouvaient accéder. Ce que le juge devra rechercher ce n'est donc pas une hypothétique volonté interne mais la volonté telle qu'elle a été exprimée, telle qu'elle a été formalisée, telle qu'elle a été objectivée dans la volonté interne plus au moins mal exprimée, mais la volonté déclarée qui s'est concrétisée dans la déclaration et qui, parlant, est seule accessible aux tiers. L'interprète doit donc rechercher ce que les parties ont voulu dans la déclaration elle-même : « La volonté des parties ne doit pas être prise en considération que dans la mesure où la déclaration de volonté l'incorpore » (Carbonnier). C'est pourquoi il n'y aura pas lieu d'interprétation lorsque la déclaration de volonté est claire. Il n'y aura lieu à interprétation que si les termes du contrat présentent quelque équivoque, obscurité ou contradiction et le juge devra alors ne pas s'aventurer dans des recherches psychologiques mais reconnaître aux termes et aux expressions leur contexte de l'émission de la déclaration. Il y a également lieu à interpréter lorsque la déclaration se révèle insuffisante et que les parties ont omis de s'exprimer sur certains points. Dans ce cas, le juge devra combler les lacunes non par référence à la volonté interne (ce que les parties auraient décidé si

elles avaient songé à la question) mais par référence à des critères objectifs tels que le but de l'opération, le principe de la bonne foi, la pratique des affaires, les usages...

Dans la pratique, la jurisprudence allemande cherche à dégager le sens objectif des déclarations de volonté sans pour autant rejeter tout recours à la volonté interne. Pour interpréter les contrats, les tribunaux allemands s'appuient ainsi sur des critères objectifs : les intérêts en présence, le but de l'opération, la nature de l'acte, les usages... Le juge essaie ainsi de se faire du contrat litigieux une image objective en dépouillant les contractants de leur psychologie et en les traitant comme des êtres ordinaires, pourvu d'une intelligence moyenne et respectueux de la bonne foi et des usages. La référence à la volonté interne n'est pas exclue pour autant car la volonté des parties reste le point de départ de tout travail d'interprétation. Et de fait, ce que les parties ont voulu au moment de la conclusion du contrat reste une étape décisive dans toute opération d'interprétation. Ce n'est qu'une fois fixée que l'intention des parties rentre dans le cadre général dans lequel s'insère le contrat que le juge fera jouer les critères objectifs.

Le droit positif ne retient pas l'une ou l'autre de ces méthodes à titre exclusif. Il les combine. Et de fait, elles sont complémentaires. Procédant de la volonté des parties, le contenu du contrat doit d'abord être défini par référence à celle-ci. C'est-à-dire que l'interprétation explicative s'inspirera principalement de la méthode subjective¹¹⁹. Mais les parties n'ont, en général, pas tout prévu, spécialement lorsque le contrat est de quelque durée et que des difficultés surgissent au cours de son exécution. Dans son œuvre supplétive, le juge prendra alors appui sur l'équité et les usages. C'est-à-dire que l'interprétation créatrice s'inspirera essentiellement de la méthode objective.

¹¹⁹ G. Marty, *Le rôle du juge dans l'interprétation des contrats*, Trav. Ass. H. Capitant, 1949, p.89 et s. ; p.90

Si la convention désigne un tiers convenu, l'interprétation des contrats est faite par les juges de fond, qui, depuis 1808¹²⁰ exercent en la matière un pouvoir souverain. C'est une différence d'avec l'interprétation de la loi, que la Cour de cassation contrôle pleinement, afin d'en assurer l'unité sur tout le territoire ; le contrat est, en effet, un acte privé dont l'effet obligatoire est restreint aux parties (art 1199 et 1200, C.civ fr, anciennement 1165), tandis que la loi est une règle générale. Mais ce pouvoir dit souverain, comporte deux limites. D'une part, depuis 1872¹²¹, la Cour de cassation française censure les juges de fond lorsqu'ils dénaturent le contrat, c'est-à-dire lorsqu'il interprète un contrat clair (ils commettent alors une grossière méconnaissance du contrat : *interpretatio cessat in claris*), ou lorsqu'ils le refont sous prétexte d'équité, la Cour de cassation doit alors nécessairement prendre parti sur le point de savoir si le contrat était clair, donc insusceptible d'interprétation, ou au contraire obscur et ambigu, ce qui justifiait une interprétation dans le sens de laquelle les juges de fond sont souverains¹²². Très souvent invoqué, le grief de dénaturation est très rarement accueilli. De plus, la Cour de cassation contrôle la qualification du contrat, qui est une question de droit ; le juge peut d'ailleurs modifier la qualification inexactement donnée par les parties (Code de procédure civil français, art .12).

De temps à autre, la Cour de cassation française impose son interprétation de clauses pourtant claires et précises, lorsqu'elles sont reproduites à des milliers d'exemplaires, que le contrat a ainsi une portée étendue et qu'il est opportun d'en unifier le sens : polices d'assurance, emprunts obligataire, contrats d'adhésion, contrats-types, conditions

¹²⁰ Ex, : Sentence CCI ,(aff.1434), JDI, 1976.978, obs. Y. Deerains ; décider que le principe de l'effet utile est « une règle d'interprétation universellement reconnue (et) est consacré notamment (l'art.1157 C .civ.fr.) ; V.F Osman, les principe généraux de la lex mercatoria, th. Dijon, LGDJ, 1992 p.220 et s.

¹²¹ Cass. Civ., 15 avr.1872, Foucault et Coulombe, DP,1872.1.176 ; S. ; 1872.1.232 : il n'est pas permis aux juges, lorsque les termes de ces conventions sont clairs et précis, de dénaturer les obligations qui en résultent et de modifier les stipulations qu'elles enferment » ; J.Boré, « un centenaire : le contrôle par la cour de cassation de la dénaturation des actes » RTD civ. ;1972.249

¹²² Après avoir juger le contraire, la chambre commerciale et décide maintenant, comme les autres chambre de la cour de cassation, que le contrôle de la dénaturation ne suppose pas nécessairement que les termes de la convention aient été inexactement reproduits par les juges de fond ; la dénaturation peut être « intellectuelle » : Cass.com ; 31 janv.1995, JCPG, 1995. II.22385, n. A. Perdriau ; n.p.B.

générales de vente. Cette jurisprudence est intermittente et contestée ; sauf lorsqu'il s'agit d'une convention collective parce qu'elle produit les effets d'un acte réglementaire dont elle a presque la nature.

§.2 Evolution en matière d'interprétation

Fondement - L'interprétation est souvent pour le juge un procédé de « forçage » du contrat. « Forçage » qui pourrait mieux se justifier dans le droit français par l'article 1135 : « 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 donne à l'obligation d'après sa nature ». Le juge ajoute au contrat une obligation à laquelle les parties n'avaient pas songé, et peut-être même qu'elles avaient implicitement écartée¹²³.

Depuis cent ans, on critique le rattachement de ce « forçage » à une volonté tacite des parties, qui est artificielle. D'autant que les obligations ne tiennent pas aux circonstances de la cause, mais à la nature du contrat, et que la volonté des parties ne peut pas les écarter, car elles ont un caractère impératif. En outre, elles pèsent toujours sur des professionnels, ce qui laisse penser que plus que d'obligations volontaires, il s'agirait de règles professionnelles. Aussi, aujourd'hui, préfère-t-on directement fonder ces obligations sur la loi qui étendrait la responsabilité contractuelle, de la même manière que s'accroît la responsabilité délictuelle.

Sous couvert d'interprétation, le juge français a parfois créé, de toutes pièces, des obligations contractuelles auxquelles les parties n'avaient jamais songé. Cette attitude fort éloignée des méthodes classiques d'interprétation trouve son terrain de prédilection dans le contentieux de la responsabilité contractuelle en ce sens que, le plus souvent, c'est quand ils ont à se prononcer sur l'inexécution d'un contrat que les juges créent sans le dire des obligations

¹²³ L. LEVENEUR, « Le forçage du contrat », *Dr et patrimoine*, 1998.69 et s.

nouvelles. Même si formellement les juges continuent à invoquer la volonté des parties, leur interprétation consiste en réalité à ajouter au contrat et donc à réajuster et à remodeler (certains parlent d'une interprétation créatrice, d'autres d'une interprétation par adjonction). Parmi les multiples interprétations novatrices de la jurisprudence française, on peut citer le cas des obligations de sécurité et celui des obligations d'information, de conseil et de mise en garde.

Les obligations de sécurité – Dans le domaine du transport de voyageurs et de la vente de produits dangereux, les juges de fond ont, depuis plus d'un siècle¹²⁴, découvert que le contrat de transport de voyageurs comportait une obligation de sécurité : le transporteur ne s'engage pas seulement à transporter un voyageur d'un point à un autre, il s'oblige aussi à l'y faire parvenir sain et sauf ; l'analyse de la volonté est raisonnable. Il a ensuite été précisé que cette obligation était une obligation de résultat et qui est à la rigueur plausible, à laquelle s'adjoignait une stipulation pour autrui : le voyageur stipule en faveur de ses proches, ici l'analyse de la volonté est artificielle.

Le transporteur ne souhaite évidemment pas cette aggravation de ses obligations ; quant au voyageur qui se trouve devant le guichetier, il est exceptionnel qu'il songe en ce moment à ses proches. Une obligation de sécurité comparable pèse maintenant sur le fabricant¹²⁵. Cette obligation a été étendue à la vente des choses dangereuses et à tous les contrats où l'une des parties expose sa personne.

Cet important élargissement de l'obligation de sécurité rend artificiel son rattachement au contrat, non seulement en raison de son caractère d'ordre

¹²⁴ Cass. Civ. ; 21 nov. 1911 ; 27 janvier 1913 ; 21 avril 1913, D.P. 1913-1 249 note Sarrut.

¹²⁵ Cass. Civ. 1^{re}, 11 juin 1991, aff. du mobile home, Bull. civ. I, n° 201 ; D., 1993, sol., 241, O.Tournafond ; JCPG, 1993.1.3572, n.G Viney ; RTD civ 1992.114, n.P Jourdan : « L'action en responsabilité contractuelle exercée contre le vendeur pour manquement à son obligation de sécurité, laquelle consiste à ne livrer que des produits exempts de tout vice ou de tout défaut de fabrication de nature à créer un danger pour les personnes ou pour les biens, n'est pas soumise au bref délai imparti par l'article 1468 ». En l'espèce, les acquéreurs d'un mobile home étaient morts dans leur véhicule, intoxiqués par l'oxyde de carbone le lendemain de l'acquisition ; jugé par l'action en responsabilité contractuelle n'était pas soumise au bref délai de l'ancien article 1648.

public, mais aussi parce que cette nature « contractuelle » la rend ambiguë : on ne sait plus si elle est une obligation de moyens ou de résultats lorsqu'est en cause une responsabilité « contractuelle » du fait des choses surtout, elle peut être invoquée par les tiers et devient ainsi le fondement d'une responsabilité délictuelle. Ne serait-il pas plus simple de reconnaître que chaque fois que la sécurité de la personne est en cause la responsabilité est légale ? Ce qui ne supprimerait pas les difficultés, car selon la nature du risque et la cause du danger, la responsabilité n'impose pas la preuve de la faute.

D'autres obligations de sécurité seront découvertes au fil des années en France dans de nombreux autres contrats et de nombreux professionnels auront ainsi à répondre de la sécurité de leurs clients : exploitation de manèges forains¹²⁶. Pour atténuer la disparité des forces en présence, la jurisprudence a créé des obligations d'information, de conseil et de mise en garde à la charge de certains professionnels. Par ce moyen la jurisprudence contribue à la protection des non professionnels qui deviennent ainsi créanciers de ce type d'obligation.

L'information, dit-on aujourd'hui, est doublement liée au pouvoir : le pouvoir donne l'information, l'information donne le pouvoir. Il y a une cinquantaine d'années, il appartenait à chaque contractant de s'informer lui-même sur la portée de ses engagements ; par exemple, dans la vente, selon un adage latin transposable au droit français, *emptor debet esse curiosus* (l'acheteur doit être curieux).

Protéiforme, l'obligation d'information s'intéresse aussi bien à la formation du contrat qu'à son exécution. S'agissant de la formation du contrat, on a vu que des candidats au contrat doivent s'informer mutuellement des faits susceptibles de déterminer leur consentement, la violation d'une telle

¹²⁶ Nancy, 26 juin 1925 et Paris 22 février 1926 D.P. 1927.2.25 ; Lyon, 7 décembre 1928 D.P. 1929.2.17 ; Cass. Civ. 9 janvier 1957 J.C.P 1957 II 9915) exploitation de manège d'équitation (Paris, 25 mars 1954, J.C.P. 1954, II 8094), tenanciers d'établissements de bains, de piscines (Aix, 27 octobre 1955, J.C.P. 1956, II, 9020), tenanciers d'hôtels (Lyon, 20 décembre 1948, D. 1949), tenanciers de cliniques, de cafés, de restaurants, de grands magasins, etc... Marseille, 26 novembre 1953, D.1954, p.160 ; Paris, 15 décembre 1953 J.C.P. 1954, II, 8158

obligation étant sanctionnée par l'appel à la théorie des vices du consentement et à la responsabilité civile délictuelle. S'agissant des effets du contrat, la jurisprudence découvre dans des contrats de plus en plus nombreux, l'obligation pour l'une des parties de délivrer à son partenaire les informations nécessaires à la bonne exécution du contrat¹²⁷. Elle se fonde à cet effet le plus souvent directement sur l'équité, mais pourrait également s'appuyer sur l'exigence de bonne foi, l'obligation d'information apparaissant comme l'une des manifestations du devoir de coopération existant entre les contractants. La violation de cette obligation d'information relative à l'exécution du contrat est sanctionnée au moyen des règles de la responsabilité contractuelle¹²⁸. Cette obligation peut, au reste, revêtir des intensités variables. Parfois, le débiteur de l'obligation d'information sera tenu de délivrer des informations à l'état brut, et on parle alors d'obligation de renseignement. Parfois, il sera en plus tenu d'appeler l'attention de son partenaire sur les risques encourus par celui-ci s'il ne se conforme pas aux indications fournies, et c'est l'obligation de mise en garde. Parfois enfin, il devra orienter positivement l'activité de son partenaire, et c'est le devoir de conseil¹²⁹.

L'existence d'une obligation d'information dépend de la nature du contrat et de la qualité des contractants. Se rencontrant principalement dans les rapports professionnels-consommateurs, elle est, de manière plus générale, appelée à jouer chaque fois que l'une des parties « ignore légitimement des informations qui lui étaient utiles et que l'autre connaissait ou se devait de connaître »¹³⁰. Concrètement, l'obligation d'information se rencontre dans de nombreux contrats. Le vendeur est tenu de mettre en garde l'acheteur contre les risques d'utilisation du produit vendu lorsque celui-ci présente un danger

¹²⁷ V. not. M. Fabre-Magnan, De l'obligation d'information dans les contrats, thèse Paris1, éd.1992, n°410 et s. ; 332 et s. Ces obligations d'information d'origine jurisprudentielle ont parfois été consacrées ultérieurement par le législateur... Ainsi en va-t-il en matière médicale.

¹²⁸ La jurisprudence française a souvent tendance à confondre l'obligation d'information relative à la formation du contrat qui est destinée à éclairer le consentement des parties et celle qui est relative à son exécution.

¹²⁹ B. de Saint Affrique, Du devoir de conseil, Defrenois 1995, p 915, v par ex. Com 25 oct. 1994, CCC 1995 n°3, obs. Leveneur ; Civ. 1^{re}, 15dec. 1995, D .1996, IR p.28.

¹³⁰ Viney et Jourdain, Les conditions de la responsabilité, n°512

mais encore, plus généralement, de lui fournir des indications suffisamment détaillées pour lui permettre de retirer de celui-ci les avantages qu'il est en droit d'attendre. De même, celui qui loue des appareils présentant une certaine complexité est tenu de fournir au preneur les renseignements nécessaires pour qu'il puisse utiliser ceux-ci au mieux¹³¹. Mais c'est surtout dans le domaine des contrats ayant pour objet une prestation de services, que l'obligation d'information a connu ces dernières années un essor considérable : notaire, avocat, banquier, architecte, entrepreneur, assureur, agent immobilier, garagiste sont parmi d'autres, tenus de renseigner, de mettre en garde et même de conseiller leur client. La jurisprudence française relative à la responsabilité du notaire envers ses clients est très abondante et semble manifester une rigueur croissante. De son analyse se dégage, il est vrai, une impression d'incertitude quant à la nature - délictuelle ou contractuelle - de cette responsabilité. En outre, il convient d'observer que les obligations pesant sur les notaires dépendent des circonstances de la cause, notamment selon que le client est ou n'est pas un professionnel. A quoi il faut ajouter que la jurisprudence distingue à la charge du notaire une obligation de renseignement et un devoir de conseil.

L'essor que connaît actuellement l'obligation de renseignement ne signifie pas qu'elle se rencontre dans tous les contrats. Encore faut-il qu'elle constitue une suite raisonnable et équitable du contrat. C'est ainsi que la Cour de cassation a décidé que le banquier dépositaire de titres n'est obligé ni par les usages, ni par l'équité, ni par la loi d'informer le déposant d'un événement affectant la vie de la société émettrice.

L'interprétation du contrat relève-t-elle du pouvoir souverain des juges de fond ou des décisions rendues par ceux-ci en la matière sont-elles soumises au contrôle de la Cour de cassation ? Afin de répondre à cette question, il

¹³¹ De même encore le garagiste qui prête un véhicule de remplacement à un client est tenu de l'informer de l'étendue des garanties de son contrat d'assurance et de l'intérêt de souscrire des garanties complémentaires (Civ. 1^{re}, 25 nov. 2003, CCC 2003, n°20, obs. L. Leveneur).

importe d'étudier le rôle que joue la Cour de cassation en matière d'interprétation du contrat.

§.3 : Le rôle de la Cour de cassation en matière d'interprétation du contrat

Principe - On sait que la Cour de cassation n'est pas juge du fait mais qu'elle recherche uniquement si, eu égard aux faits souverainement constatés par les juges de fond, la loi a été correctement appliquée. Dès lors, l'interprétation des contrats soulève une interrogation : est-elle une question de droit susceptible d'être contrôlée par la Cour de cassation ou une question de fait tranchée souverainement par les juges de fond ?

En France, dans les premières années de son existence, la haute juridiction, prenant à la lettre les expressions employées par l'article 1134, aliéna 1^{er}, du Code civil français, considéra que les contrats et plus généralement les actes juridiques constituent des lois dont la violation est susceptible de donner ouverture à cassation ; elle se réservait donc le droit de contrôler si les juges de fond avaient bien ou mal interprété la volonté des parties. Mais très rapidement, la haute juridiction rompit avec cette jurisprudence. Par un arrêt du 2 février 1808¹³², elle décida que les juges de fond ont un pouvoir souverain pour interpréter les clauses d'un acte de société et que, quand bien même il serait prouvé qu'ils ont mal jugé, c'est-à-dire mal interprété la volonté des parties, leur décision ne pourrait être censurée. Depuis cette décision, la haute juridiction a maintenu sa jurisprudence ; il arrive de la sorte, qu'elle admette des interprétations contradictoires d'une même convention¹³³. Plusieurs arguments peuvent être avancés à l'appui de cette position de principe.

¹³² Cass. ; sect. Réun. , 2 fevr. 1808, S. chron., Grand arrêts, t.2, n° 160

¹³³ V. par exemple : civ., 28 janv. 1907, 2 arrêts, DP 1908.1.5, S. 1912.1.22. Il s'agissait d'une clause contestée d'un contrat de mariage. Sur l'interprétation de cette clause, deux décisions en sens contraire ont été rendues concernant la ville de Paris au sujet du emploi consécutif à une aliénation d'obligation (Paris 20 décembre 1903 et Toulouse, 8 fevr.1904, S. 1904.2.313). Un pourvoi fut formé par chacun de ces

La première raison contraignante a disparu depuis. Elle tenait à l'existence du référé législatif. A l'époque, un conflit persistant entre le tribunal de cassation et les juge de fond était tranché non par l'assemblée plénière, mais par le corps législatif qui rendait un décret déclaratoire de la loi. Une telle intervention parut inadmissible pour fixer l'interprétation du contrat de droit privé. Mais cette solution se recommande également de solides autres raisons qui en expliquent la pérennité. En premier lieu, la Cour de cassation a été instituée dans un dessein précis : maintenir l'unité de la loi par conformité à la jurisprudence. Or, titre privé dont l'effet se limite aux parties et dont la signification dépend de la volonté de celle-ci, le contrat est une unité irréductible à toute autre. Moyen par lequel la diversité pénètre le monde juridique, il diffère radicalement de la loi – règle à portée générale – dont la garde a été confiée à la haute juridiction. En second lieu, pour déterminer quelle est cette volonté, il faudrait se livrer à des investigations, qui sont du seul pouvoir des juges de fait. Cette volonté ne peut, en effet, être recherchée que dans les documents de la cause. Or la loi interdit à la Cour de cassation de connaître du fond des affaires et de procéder elle-même à l'examen des éléments de preuve. Le pouvoir ainsi laissé aux juridictions inférieures est d'autant plus important que la Cour de cassation n'a, on l'a vu, jamais admis que la violation des règles d'interprétation des contrats formulées aux articles 1157 et suivants puisse donner ouverture à cassation. Ces dispositions n'ont pas, selon elle, un caractère impératif ; elles constituent des conseils donnés au juge par le législateur pour l'interprétation des conventions et ont des règles absolues dont l'inobservation entraînerait l'annulation de la décision qui les aurait méconnues. On ajoutera dans l'augmentation constante du nombre des pourvois auxquels la haute juridiction doit faire face qu'elle ne peut que l'encourager à persister dans sa

arrêts. La Cour de cassation a purement et simplement refusé de se prononcer : par 2 arrêts du 28 janv. 1907, la chambre civile a déclaré que la cour de Paris, d'une part, la cour de Toulouse, d'autre part, en interprétant chacune à sa façon les clauses du contrat de mariage avaient usé de leur pouvoir souverain et n'avaient pas excédé le pouvoir d'appréciation qui appartient au juge du fond en ce qui concerne l'interprétation des contrats.

position de principe. L'admission au contrôle de l'interprétation que les juges de fond donnent du contrat entraînerait un alourdissement considérable des tâches de la Cour de cassation, en même temps qu'elle constituerait une dérogation flagrante à sa mission première de gardienne de la loi pour la transformer en un véritable troisième degré de juridiction.

Pouvoir souverain ne saurait signifier pouvoir arbitraire. Les juges ne peuvent, sous couvert d'interprétation, modifier le sens ou le contenu d'un contrat dépourvu de toute ambiguïté, leur décision repose, sinon sur une dénaturation du document interprété. En outre, on s'est demandé, si pour certains actes juridiques standardisés, identiquement adoptés par de nombreux contractants ou pour les actes collectifs applicables à un grand nombre de personnes, il ne serait pas souhaitable que la Cour de cassation exerce un véritable contrôle afin d'assurer l'unité de leur interprétation.

Les pays dits d'influence de droit musulman comme la Syrie, l'Égypte, le Maroc etc... pour ne citer que ceux-là, même s'ils ont abondamment puisé dans le droit français, ont fait aussi quelques emprunts au BGB allemand. L'observation est particulièrement vraie en matière d'interprétation. Ces législations consacrent des règles qui se rattachent à la théorie de la déclaration de volonté et d'autres qui relèvent de la théorie interne. L'influence du droit allemand apparaît d'abord sur le plan de la terminologie puisque les rédacteurs du D.O.C marocain par exemple désignent les obligations volontaires par l'expression « obligations qui dérivent d'une déclaration de volonté » (art 2 du D.O.C). Mais au-delà de la terminologie, certaines solutions consacrées par le D.O.C portent la marque de la méthode objective. Ainsi, l'article 21 qui traite des réserves mentales qui « ne sont pas portées à la connaissance de l'autre partie ne peuvent ni infirmer ni restreindre les effets de la déclaration de volonté, telle qu'elle résulte de son expérience apparente ». La primauté de la volonté déclarée sur la volonté psychologique se trouve ici clairement affirmée. Pour en revenir aux règles d'interprétation du contrat, il convient de s'appesantir ici sur certaines dispositions du droit

marocain. Ainsi l'article 461 du D.O.C dispose clairement que « lorsque les termes de l'acte sont formels, il n'y a pas lieu de rechercher qu'elle a été la volonté de son auteur ». En conséquence, lorsque les termes du contrat ne présentent ni obscurité, ni ambiguïté, non contradiction, la loi interdit au juge de passer outre pour rechercher la volonté interne. Le juge devra donc renoncer à toute investigation psychologique pour s'en tenir aux termes formels du contrat exprimés de manière non équivoque et la jurisprudence veille à ce que la règle soit correctement appliquée¹³⁴.

« Si la police d'assurance automobile exclut clairement de la garantie les sinistres causés par une personne dépourvue du permis de conduire, le juge ne peut pas écarter l'exception de non-assurance soulevée par l'assureur au motif qu'une autre personne, titulaire du permis de conduire, se trouvait assise à côté de celle qui tenait le volant assurant ainsi la conduite effective du véhicule¹³⁵ ».

« Lorsque qu'une police indique clairement que l'assureur garantit le paiement des sommes susceptibles d'être mises à la charge de l'assuré par suite d'accidents du travail survenu au Maroc, le juge n'a pas à rechercher la commune intention des parties pour étendre la garantie à un accident du travail survenu hors du Maroc¹³⁶ ».

Dans tous ces cas, les termes clairs et précis du contrat l'emportent sur ce que les parties ont pu vouloir réellement. Certes, la jurisprudence française, par la théorie des clauses claires et précises, aboutit au même résultat mais il n'en reste pas moins que le cheminement relève de la méthode objective. Par ailleurs, l'article 466 précise que les termes employés dans le contrat doivent être compris, non pas selon le sens que les parties leur ont donné, mais selon « leur propre et leur acception usuelle dans le lieu où l'acte a été fait ». Cette

¹³⁴ « S'il appartient aux juges du fond d'interpréter les conventions, ils ne peuvent, sous prétexte d'interprétation dénaturer le sens et la portée des clauses claires et précises ». (Cour Suprême 26 mars 1964, recueil des Arrêts de la Cour Suprême T.II, p.224).

¹³⁵ Cour Suprême, 12 avril 1960, R.A.C.S., T. I, p. 162 et R.M.D. 1960. p. 315.

¹³⁶ Cour Suprême, 10 juillet 1962, R.A.C.S., T.II, 53 et R.M.D. 1963, p. 169.

règle qui invite le juge à faire prévaloir le sens habituel et conventionnel des termes litigieux sur la signification particulière que les parties ont voulu leur donner, relève aussi des techniques d'interprétation objective. Il convient cependant de relever que les termes de l'article précité ne sont point catégoriques et le juge est autorisé à aller au-delà du sens usuel des mots lorsqu'il est justifié que les parties ont voulu donner à ces termes « une acception particulière ».

En France, la Cour de cassation se reconnaît, depuis un arrêt du 15 avril 1872, le droit de censurer les décisions des juges du fond lorsque les termes employés par les parties sont clairs et précis et que les obligations résultant du contrat ont été dénaturées par les magistrats¹³⁷. La Cour de cassation se donne ainsi les moyens d'empêcher les juges de fond de refaire le contrat en équité sous prétexte de l'interpréter. L'idée est simple : en interprétant un contrat qui n'avait pas lieu d'être car sa lettre était claire et précise, les juges ont violé la volonté des parties et par la même l'article 1103 du Code civil français (anciennement 1134). Autrement dit, par le système de contrôle de la dénaturation, la Cour de cassation française vérifie s'il y avait bien lieu à interprétation, c'est-à-dire s'il existait un doute sur la signification du contrat¹³⁸. Apparemment simple, le critère de la distinction entre la dénaturation censurée et la fausse interprétation inattaquable n'est cependant pas d'une parfaite netteté. Dans les deux cas, l'opération intellectuelle est la même. Il s'agit toujours de rechercher le sens des dispositions litigieuses. La différence résulte de l'objet auquel cette opération s'applique : obscur en cas d'interprétation, le contrat est clair en cas de dénaturation. Encore faudrait-il, pour que la distinction joue sans difficulté, que la ligne de partage entre le doute et l'évidence soit elle-même dépourvue d'ambiguïté. En réalité, la différence est surtout de degré¹³⁹. Il n'en reste pas moins que la Cour de

¹³⁷ Civ. ? 15 avril 1872, DP 72.1.176, S.72.1.232, Grand arrêt, t.2, n°160.

¹³⁸ Boré, Un centenaire : le contrôle par la Cour de cassation de la dénaturation des actes, RTD civ.1972, p249 et s., Voulet, le grief de dénaturation, JCP 1971.I.2410

¹³⁹ Carbonnier, t.4, n°147 ; G. Cornu, regards sur le titre III du livre du Code civil, 1977 p. 130 .

cassation affirme la distinction avec fermeté. La dénaturation lui permet ainsi de mettre un frein aux décisions arbitraires de certains tribunaux. Grace à celle-ci, les juges du fond savent qu'ils ne peuvent se livrer aux interprétations les plus fantaisistes. Indiscuté dans son principe, le grief de dénaturation n'a cessé de voir son domaine s'étendre : contrats de toutes sortes mais aussi actes juridiques unilatéraux, sans oublier les documents de la cause (actes de procédure, éléments de preuve) qui y sont soumis.

Concernant le cas des actes juridiques standardisés, la question est depuis longtemps posée de savoir si, dans certains cas – contrats standardisés reproduits à de multiples exemplaires, conventions s'appliquant à un grand nombre de personnes -, la Cour de cassation française ne devrait pas aller au-delà du simple contrôle de dénaturation et admettre le contrôle de l'interprétation. En dépit de quelques arrêts isolés qui avaient pu laisser croire que la Cour de cassation s'orientait vers un contrôle de l'interprétation des contrats types afin d'assurer l'uniformité de celle-ci¹⁴⁰, la jurisprudence s'était fixée en sens contraire. Mais en se refusant de traiter de manière identique la « confection » et le « cousu main »¹⁴¹, la Cour de cassation a entrepris alors à l'époque de procéder sous couvert de dénaturation, à une interprétation unificatrice de clauses reproduites à des millions d'exemplaires dans des contrats d'assurance.

En pratiquant au demeurant, un véritable contrôle de l'interprétation des conventions collectives de travail. Après avoir affirmé le principe de l'interprétation souveraine des juges de fond¹⁴², elle accueille aujourd'hui les pourvois fondés directement sur la violation d'une convention collective en

¹⁴⁰ Civ., 3 juin, 9 juillet. 1930 et 14 janv. 1931, DP 1931.1.5 concl. Matter ? note Savatier ; Civ., 21 dec. 1952, Gaz. Pal. 1933.1.262 ; com., 22 nov. 1948, JCP 1949. II.4851(emprunts obligataires). Req. 26 oct. 1942, Gaz. Pal. 1942.2.229, S. 1944.1.21 note R. Houin (règles dites « d'York et d'Anvers » en matière de connaissance maritime) ; Civ., 18 mars 1942, S. 1943.1.13 note Houin (contrat d'assurance) ; Civ. 20 juin 1950, Bull. civ. II, n°221, p 151 (brevet d'invention) Req. 15 juin 1868, DP 68.1.433 ; Civ., 9 juill. 1952 Bull. civ. I, n°229, p 188 (actes de procédure)

¹⁴¹ O. Kuhn-munch, la cour de cassation et l'assurance, RGAT 1992.237, sp.239

¹⁴² Soc., 6 nov. 1942, JCP 1943 .II. 6220.

dehors de toute référence à une dénaturation de ses clauses¹⁴³. On justifie habituellement cette différence en soulignant que les conventions collectives, renferment des dispositions quasi normatives et sont dotées d'une certaine stabilité. Il en va de même pour l'interprétation de certains contrats types dont le contenu est fixé par l'autorité administrative. Mais il s'agit alors d'interprétation objective, ces contrats types revêtant la qualification de règlements administratifs¹⁴⁴.

En se fondant sur l'équité, la Cour de cassation précise l'étendue des obligations résultant de certains contrats. Au cas où les juges de fond prétendraient, dans le silence des parties, soit découvrir des obligations que la Cour de cassation n'a pas entendu y placer, ils encourraient la censure de la haute juridiction. On ne saurait ainsi mieux établir que ces obligations ont leur source non dans une prétendue volonté des parties, mais dans la loi. De même, lorsque les juges de fond se réfèrent à une loi supplétive pour compléter le contrat, la Cour de cassation exerce un double contrôle. Un contrôle de qualification du contrat : il s'agit là, en effet, d'une question de droit ; au cas où la catégorie juridique à laquelle appartient le contrat serait déterminée de manière inexacte, ce ne serait pas seulement la convention qui serait violée, mais aussi la loi puisqu'on l'appliquerait à des hypothèses qu'elle ne vise pas. Un contrôle de l'interprétation des règles supplétives elles-mêmes. En revanche, la Cour de cassation ne contrôle ni la constatation, ni l'interprétation des usages, lesquelles relèvent du pouvoir souverain des juges du fond.

L'image d'un contrat qui se forme en « un instant de raison » par la rencontre de l'offre et de l'acceptation, si elle correspond à une bonne part de la vie contractuelle, notamment aux contrats de la vie courante, ne rend cependant pas compte de la totalité de celle-ci. Lorsque les intérêts en jeu sont

¹⁴³ Cass. Ass. Plén., 6 fév. 1976, JCP 1976.II. 14481 note Groutel ; Soc., 6 Mai 1985, Bull. Civ. V, n°272, p 195 ; cass ass. Plén., 12 mai 1989 (3 arrêts), Bull. Ass.plén., n°1, p.1, JCP 1989.II.21322.

¹⁴⁴ V. par ex. les contrats types de baux ruraux établis par les commissions paritaires et soumis à l'approbation et à la publication par voie d'arrêté préfectoral, qui reçoivent la qualification de règlement administratifs (T. confl. 5 juillet. 1951, JCP 1951.II. 6623 ?d. 1952.271 note Blaevœt).

considérables contrats de prospection et d'extraction des richesses du sous-sol, contrat d'approvisionnement à long terme, contrat de grands travaux, de vente d'ensembles industriels, de transfert de technologie, cession d'entreprises... - , la conclusion du contrat est presque toujours précédée d'une longue période de négociation, ponctuée d'accords préparatoires connus sous le vocable « avants contrats », dont le rôle sera l'objet de notre étude dans ce chapitre 2.

CHAPITRE 2 : Le rôle des avant-contrats

Définition – L'avant-contrat est un contrat provisoire et préalablement destiné à préparer la conclusion d'un contrat qui sera définitif. L'avant-contrat ne doit pas être confondu avec l'offre de contrat. En effet, l'offre de contrat est un acte unilatéral de la volonté. Tant qu'elle n'est pas acceptée, il n'y a pas de contrat, c'est-à-dire qu'il n'y a aucun accord de volontés. L'offrant attend une réponse. Sans doute peut-il être tenu de ne pas révoquer l'offre qu'il a faite ; s'il en est ainsi, ce n'est certainement pas en vertu d'un accord de volontés, mais en vertu des principes de la responsabilité civile délictuelle pour sanctionner une révocation intempestive d'une offre de contrat.

À la différence de l'offre de contrat, l'avant-contrat est lui-même un contrat. Seulement, il s'agit d'un contrat préparatoire au contrat définitif qui n'est pas encore conclu. En raison de ce qu'il a pour objet de préparer le contrat définitif, l'avant-contrat est dans son essence, provisoire. Certes, les volontés des contractants s'étant rencontrées sur ce qui fait l'objet du contrat préparatoire, celles-ci les lient comme n'importe quel contrat. Cependant, les parties ne se sont liées que parce qu'elles se sont accordées pour la préparation du contrat qui doit normalement faire suite au contrat préparatoire. Il arrivera nécessairement un moment où soit le contrat préparatoire sera transformé en contrat définitif, soit le second prendra la suite du premier, soit l'impossibilité de conclure le contrat définitif devra être constatée, ce qui entraîne la caducité de l'avant-contrat qui n'a pas atteint son but. Ce qui est certain, c'est que le contrat définitif n'existera qu'à la date à laquelle il prendra la suite du contrat préparatoire. Un contrat dont l'existence dépend d'une condition n'est pas un avant-contrat. Il s'agit du contrat définitif lui-même dont l'existence est suspendue jusqu'à la réalisation de l'événement qui sera l'objet de la condition. Au contraire, l'avant-contrat n'a pas pour objet de suspendre l'existence d'un contrat dont tous les éléments existeraient. Il s'agit d'un accord qui prépare le contrat définitif, lequel n'existe pas encore parce qu'il

manque un ou plusieurs éléments pour qu'il soit considéré comme parfait si on se réfère par exemple au droit français¹⁴⁵, c'est-à-dire pour qu'il puisse produire ses effets. En d'autres termes, l'avant-contrat retarde la conclusion définitive du contrat alors que la condition suspend l'existence d'un contrat dont les éléments sont d'ores et déjà réunis. Parallèlement au droit français, d'autres systèmes juridiques prédécesseurs se sont penchés sur la question des avant-contrats tout en développant une théorie qui reste évasive sur la question pour cause de méfiance par rapport à ce qu'incarne les avant-contrats dans l'aspect « prévoir un contrat qui n'existe pas encore » car au regard de ce droit religieux, certains des aspects des avant-contrats peuvent être considérés comme relevant de la prohibition car étant des contrats aléatoires. Mais cela n'empêche pas que le droit musulman a prévu un certain nombre de règles et de principes pour légiférer sur les avant-contrats ; des règles et des principes repris dans le *Medjellé* ottoman notamment sur la vente, le prêt sous sa forme que nous connaissons aujourd'hui à travers les banques islamiques etc.

Les raisons pour lesquelles un avant-contrat précède la conclusion d'un contrat définitif sont nombreuses selon que l'avant-contrat a seulement pour objet la négociation du contrat définitif ou selon qu'il crée une obligation de conclure le contrat définitif, on peut considérer qu'il y a deux sortes d'avant-contrats. Dans un premier cas, il s'agit de contrats de négociation. Dans le second, il s'agit de promesses de contrats ; mais avant tout cela nous allons étudier dans une partie préliminaire la théorie des avant-contrats développée par le droit musulman, c'est-à-dire comment ce droit religieux jongle entre les exigences de l'ordre moral islamique et les techniques du droit des affaires.

¹⁴⁵ Cf. art. 1138 du Code civil français

Section préliminaire : La théorie générale des avant-contrats au regard du droit musulman

Si le droit musulman n'a pas connu de manière générale les avant-contrats plus particulièrement les promesses de contrat, c'est par méfiance pour ce genre d'engagements projetés dans le futur. C'est pourquoi l'échange des consentements devait impérativement se conjuguer au temps passé ou présent, mais jamais au futur. « La vente précise l'article 171 du *Medjellé* ottoman¹⁴⁶, ne peut se conclure au moyen des termes employés au temps futur, comme j'achèterai, je vendrai ». Les Malikites apportent à cet égard une nuance disant qu'un contrat conclu au futur peut être valable s'il est démontré que les parties, quoiqu'ayant utilisé cette forme, ont voulu néanmoins s'engager d'une manière sérieuse. En fait, cette exigence permet aux interprètes de s'assurer que la volonté de s'engager des parties a atteint un point de non-retour, qu'elle a dépassé le stade de l'hésitation, de la réflexion, de la négociation, de la discussion. En fait, il peut être nécessaire à un système qui attache des effets de droit réel direct au contrat translatif que soit bien déterminé le moment où le transfert s'est opéré. À cet égard il est bien certain que le temps passé offre une bien meilleure garantie que le temps futur. C'est aussi là le signe, car on remarque que dans la formation du contrat, le droit musulman s'attache au système de la volonté déclarée et non celui de la volonté interne.

Cependant, si le *Khiyar al-achart*¹⁴⁷ apparaît avoir été la seule technique en droit musulman pouvant servir à la probation du contrat, la pratique semble avoir rencontré des formes constituant de véritables avant-contrats. D'une part, on peut citer la *murabahat* qui apparaît comme un

¹⁴⁶ Code civil en vigueur dans l'empire ottoman et appliqué pendant peu de temps sous la république turque avant le processus d'adaptation aux codes occidentaux.

¹⁴⁷ *Khiyar al-achart* ou option stipulée : on entend par option stipulée, la clause par laquelle l'une des parties ou toutes les deux se réservent le droit de résoudre ou de confirmer, dans un délai déterminé, l'acte qu'elles viennent de conclure.

La clause peut être stipulée au moment de la conclusion du contrat, mais elle peut aussi l'être après sa conclusion. C'est pour cela que l'acte est à la base valide mais il est *mawquf* ou arrêté jusqu'à la levée de l'option par une des parties.

moyen de financement associé à une vente. D'autre part, sachant combien un marché oriental peut être riche en palabres, négociations, marchandages de toutes sortes, ces pourparlers peuvent souvent déboucher sur des accords marginaux et provisoires, entraînant la remise de la chose objet du contrat envisagé à des fins de vérification ou d'essai. On tombe alors dans les formes de vente à l'agrégation, pratiques qui sont aujourd'hui consacrées par des codes contemporains sous forme de vente à l'essai ou à la dégustation. Enfin on doit reconnaître qu'un contrat assorti d'un *khiyar* au profit des deux parties est aussi proche d'une promesse synallagmatique qu'il l'est d'un contrat comportant un droit de repentir.

La *murabahat* dont nous venons de parler plus haut est précisément un accord qui envisage la revente d'une chose à un acheteur à un prix majoré par rapport à celui initialement payé par le revendeur. L'opération admise par toutes les écoles du *fiqh* réalise un mode de financement. Elle couvre l'octroi d'un crédit rémunéré, prêt à intérêt octroyé par le soi-disant revendeur à un commerçant pour l'achat de marchandises, la différence entre le prix initial et celui effectivement payé par le commerçant représente l'intérêt perçu par le premier. Ce prix initial est d'ailleurs désigné par les auteurs, comme par les codes qui consacrent l'opération, par le terme capital, le surplus dû au revendeur est appelé bénéfice. Il importe à la validité de l'opération que ces deux montants soient connus des deux contractants dès l'origine¹⁴⁸.

La *murabahat* est abondamment pratiquée par les banques islamiques. Elle revêt alors la forme suivante : la banque s'engage envers le client à acquérir en vue de la lui revendre une marchandise dont les spécifications sont désignées par ce dernier qui s'engage de son côté à la lui acheter au prix initial augmenté d'un bénéfice pour la banque. Il est aisé d'analyser l'opération en une double promesse de vente, ce qu'elle est en réalité : promesse de vente faite par la banque, promesse d'achat faite par le client.

¹⁴⁸ Article 121 du code civil irakien et 480 du code jordanien.

Quant aux ventes à l'agrée la remise à l'acheteur, au terme des pourparlers avancés, de la chose destinée à être vendue a pu quelquefois susciter la question de savoir si cela ne signifiait pas que la vente a été bel et bien conclue. La réponse des *fuqahas* était qu'il fallait distinguer selon que le prix avait ou non été fixé par les parties avant la remise de la chose. C'est seulement dans les premiers cas qu'on pouvait dire que la vente était parfaite. La question est dépassée par les législations contemporaines, même les plus islamisées d'entre elles, qui prévoient et réglementent les ventes à l'agrée. Aujourd'hui, la reprise à fins de vérification prend la forme nettement différenciée d'une vente à l'agrée dont le régime est généralement inspiré du droit occidental. Le client peut toujours refuser la vente après l'essai et peut même ne pas y procéder. L'expiration du délai convenu, ou à défaut d'un délai déterminé selon l'usage, vaut l'acceptation de la chose et du contrat¹⁴⁹. La vente à la dégustation relève du même régime que la vente à l'essai sauf que le droit d'option du dégustateur ne se transmet pas aux héritiers (art. 499 du code égyptien, art. 477 du code jordanien). Cette forme de vente ne fait pas double emploi avec la vente assortie d'un *khiyar* que connaissent également les codes arabes cités plus haut. Le *khiyar* reste un procédé général de repentir qui n'est pas nécessairement lié à l'idée d'un essai de la chose par le bénéficiaire.

Nous avons déjà eu l'occasion de montrer à quel point un contrat comportant une clause de *khiyar* en faveur des deux parties s'apparente à ce que Louis Boyer appelle une promesse unilatérale. Celle-ci est analysée, il est vrai, comme une convention par laquelle les parties ont différé la formation même du contrat pendant une certaine période. Dans l'hypothèse d'un *khiyar* appartenant à l'une ou à l'autre partie, on considère que le contrat est déjà formé. L'on reconnaît toutefois qu'un tel contrat ne peut développer aucun effet et que la réalisation du *hiqm al'aqd* qui est de la nature de tout contrat commutatif ne peut d'aucune façon se réaliser. Or, la réalisation du *hiqm*

¹⁴⁹ Voir le code égyptien : art. 492 à 502, code jordanien : art. 470 à 477

al'aqd a dans le système contractuel musulman une valeur très proche de celle que nous attachons à la formation même du contrat. Sans doute sa non-réalisation immédiate ne porte pas atteinte, comme on l'a vu précédemment, à la validité de celle-ci ; la convention existe valablement mais son efficacité reste nulle. Il est logique de tenir cette structure pour une forme de promesse bilatérale.

Aujourd'hui, la probation d'un contrat peut être assurée aussi bien par le *khiyar al-chart* que par une structure précontractuelle. Même les codes les plus islamisés qui maintiennent le *kiyar al-achart* font place à la promesse de contrat. Ainsi le code jordanien se rapprochant du système malikite prévoit dans son article 92 que dans la conclusion du contrat la forme future peut être utilisée si les parties veulent conclure une promesse de contrat. Le code émirati comporte la même disposition. Les deux procédés sont en concurrence. Il est certain qu'en droit libanais l'usage de la promesse a pris le pas sur le recours à l'article 84. Il est difficile de dire si tel est le cas dans les pays où le système musulman traditionnel reste dominant.

Qu'en est-il du système juridique classique occidental en ce qui concerne les avant-contrats, notamment en droit français sur les contrats de négociation ?

Section 1 : Le droit classique occidental : Les contrats de négociation

Les contrats de négociation ont pour objet d'aménager contractuellement les rapports des parties pendant la phase de négociation du contrat définitif ou bien de la préparer en conférant un droit à une partie à l'éventuelle négociation. Notamment lorsque les intérêts en jeu sont importants ou que les frais élevés peuvent être engagés par les parties pendant la période des pourparlers, qui peut être longue, il peut être conforme à l'intérêt de l'une des parties ou bien des deux d'organiser contractuellement la négociation du contrat définitif. Sans doute, l'avant-contrat de négociation

n'oblige pas à la conclusion du contrat définitif, car chacune des parties doit demeurer libre de conclure ou de ne pas conclure le contrat. L'objet du contrat de négociation est simplement de déterminer les conditions et les modalités de cette négociation, dans le but de parvenir à toute la sécurité désirable pour la conclusion du contrat définitif. Si les contrats de négociation présentent une très grande utilité dans le domaine du commerce international, ils ne sont pas pour autant exclus dans le cadre du droit interne quant à l'aménagement des rapports des parties à la négociation d'une opération commerciale complexe. Au demeurant, certains contrats de négociation ont été mis au point en droit interne français, bien avant que la notion de contrat de négociation mais leur objet est loin d'être identique dans tous les cas. Alors que dans certaines situations l'objet d'un contrat de négociation est, avant toute négociation du contrat définitif, de conférer un droit à une des parties pour le cas où une négociation s'ouvrirait, dans d'autres situations, le contrat de négociation a pour objet d'obliger l'une des parties ou même les deux à négocier la conclusion du contrat, tandis que dans d'autres situations encore, le contrat de négociation ne concerne que l'organisation des pourparlers, la phase de négociation elle-même.

§1 : Contrat conférant à l'une des parties un droit pour le cas où la négociation sera ouverte

La pratique connaît des contrats préparatoires en vertu desquels l'une des parties à l'éventuel contrat définitif s'oblige à conclure celui-ci avec telle personne à l'exclusion de toute autre pour le cas où elle déciderait effectivement de le conclure. Il s'agit du pacte de préférence. Le pacte de préférence concerne généralement un immeuble ou des actions de société et il s'analyse en engagement du propriétaire de ne vendre l'immeuble ou les actions qu'au bénéficiaire du pacte, qui accepte cet engagement sans s'engager lui-même, pour le cas où le bien serait effectivement mis en vente.

Le pacte de préférence, dans une telle situation, constitue une variété de droit de préemption stipulé par le contrat, par opposition au droit de préemption d'origine légale et il se rapproche d'une clause d'inaliénabilité partielle¹⁵⁰, en raison de ce que le propriétaire accepte de ne pas vendre à un autre que le bénéficiaire du pacte. A la différence de la promesse unilatérale de vente¹⁵¹, le pacte de préférence n'oblige pas le vendeur à vendre¹⁵². En effet, s'il n'est pas douteux que le bénéficiaire du pacte est créancier du promettant, en raison de ce que le pacte a fait naître un droit à son profit, le promettant est simplement tenu de proposer la vente au bénéficiaire et il n'est pas obligé de vendre, contrairement à l'engagement que prend celui qui est obligé en vertu d'une promesse unilatérale de vente. Au demeurant, si le pacte est un élément essentiel à prendre en considération dans une éventuelle négociation du contrat de vente, ce qui fait qu'il fixe un point d'ores et déjà acquis, en conférant au bénéficiaire un droit à la négociation, pour le cas où elle s'ouvrirait, en raison de ce que le partenaire à la négociation a été préalablement fixé, il n'oblige nullement le propriétaire à négocier. Celui-ci demeure libre de ne pas proposer le bien à la vente¹⁵³ et, en aucun cas, le bénéficiaire du pacte ne pourrait prétendre avoir un droit à l'ouverture d'une négociation.

Lorsque le bénéficiaire du pacte accepte d'acheter, il y a lieu de considérer que la vente est formée par cette seule acceptation, les conditions

¹⁵⁰ Selon les modalités prévues dans la convention, le pacte de préférence est susceptible d'entraîner une atteinte au droit de propriété en affectant la libre disponibilité du bien, ce qui pourrait conduire à sa nullité ; v. à propos d'un acte stipulé au profit d'une commune pour une durée de vingt ans, jugé licite car son objet, qui était d'empêcher la spéculation dans un contexte de crise immobilière, et de permettre aux acquéreurs d'accéder à un marché protégé, n'altérerait pas le droit à la propriété, Civ., 3^e, 23 septembre 2009, n°08-18187, Bull. III, n°203.

¹⁵¹ En ce qui concerne la promesse unilatérale de vente, qui est une promesse unilatérale de contrat, c'est la raison pour laquelle est contestable la jurisprudence française qui a assimilé le pacte de préférence à une promesse unilatérale conditionnelle (Civ. 3^e, 16 mars 1994, D. 1994.486, note Fournier, Rep. Def. 1994.1164, note Aynes, RJDA 1995, n° 124) sans compter qu'il ne saurait y avoir de condition lorsque c'est le consentement du débiteur qui constitue l'évènement dont dépend l'existence du contrat.

¹⁵² Ainsi, la mention du prix n'est pas une condition de validité du pacte de préférence (Civ. 1^{re}, 6 juin 2001, JCP 2002. I. 134, RJDA 2002).

¹⁵³ Le propriétaire n'est pas plus tenu de proposer le bien au bénéficiaire du pacte lorsque l'opération projetée n'est pas une vente mais une fusion-absorption du propriétaire, Cass. Com 9 novembre 2010, n°09-70726, Bull. IV, n°72.

de la vente et, en particulier le prix, lui ayant été communiquées par le promettant de son offre. Bien entendu, la vente ne serait pas conclue avec le bénéficiaire du pacte, si l'offre du promettant devait déboucher sur une négociation. Cependant, cela ne permettrait pas pour autant au promettant de vendre à un tiers tant que le bénéficiaire ne lui a pas manifesté le refus de conclure.

Lorsqu'avant l'éventuelle acceptation du bénéficiaire, le promettant, violant son obligation, a conclu le contrat avec un tiers, il est évident que le bénéficiaire est en droit de réclamer au premier des dommages-intérêts. En cas de mauvaise foi du tiers acquéreur, c'est-à-dire lorsque celui-ci connaissait, au jour de la vente¹⁵⁴, l'existence du pacte ainsi que l'intention du bénéficiaire de s'en prévaloir, il est aussi admis que le bénéficiaire peut faire annuler la vente conclue avec le tiers. Il est évident que la bonne foi du tiers acquéreur mérite d'être protégée et on conçoit que la nullité ne puisse pas être invoquée dans cette hypothèse.

Jusqu'à un arrêt rendu en 2006, la jurisprudence française refusait d'admettre que le bénéficiaire puisse, après le prononcé de la nullité de la vente au tiers, se faire substituer à celui-ci¹⁵⁵. La raison qu'en donnait la Cour de cassation française était que le pacte de préférence ne créait qu'une obligation de ne pas faire se résolvant en dommages-intérêts en cas d'inexécution. C'était une bien mauvaise justification. En effet, la violation d'une obligation de ne pas faire peut donner lieu à une exécution forcée en nature (cf. art.1130 C civ., anciennement 1143). Surtout, à partir du moment

¹⁵⁴ En ce sens : Cass. Civ. 3^e 25 mars 2009, n°07-22027, Bull III, n°68 ; D. 2009. 1019, obs. Forest ; Rev des contr. 2009.991, obs. Laithiers ; Rép. Def. 2009.1270, obs. Libchaber ; Rev. Trim. Dr. Civ 2009. 524, obs. Fages. V. cependant, Cass. Civ. 3^e 3 novembre 2011, n°10-20936, Bull. III, n° 185, arrêt dans lequel le juge paraît se placer à la date de l'acte notarié et non à celle de la promesse pour apprécier la bonne foi de l'acquéreur. La solution pourrait s'expliquer par le fait que le promettant-vendeur et l'acquéreur étaient représentés par la même personne physique.

¹⁵⁵ Cic. 3^e , 30 avril 1997.730, RJDA 1997 , n°761, Rep. Not 1997. 1007, obs. Delebecque, D . 1997.475, note Mazeaud, JCP 1997. II. 22963, note Thuillier, Contrat, conc. Consumm. 1997, n° 129, obs. Leveneur, Rev. Trim. Dr. Civ.1997.673, obs. Jourdain et 685, obs. Gautier ; Rouen 9 décembre 1999, RJDA 2000, n°669, sur la question, obs. Mestre, Rev. Trim. Dr. Civ. 1993. 346 ;Atias, La substitution du bénéficiaire d'un pacte de préférence à l'acquéreur de mauvaise foi, D. 1998 Chron.203.

où le promettant, s'il décide de vendre, puisque par hypothèse, il ne peut pas vendre à une autre personne, s'il n'y a pas de raison d'exclure la substitution si le promettant n'avait pas pris l'engagement de vendre au bénéficiaire puisqu'en vertu du pacte, il ne s'engage pas encore à vendre. Certes, cela est incontestable. Toutefois, il n'empêche que s'il décide de ne vendre qu'au bénéficiaire si celui-ci décide de se prévaloir du pacte. C'est ce qui a, sans doute, convaincu la Cour de cassation. En effet, en vertu d'un arrêt d'une chambre mixte du 26 mai 2006¹⁵⁶, le principe de la substitution du bénéficiaire au tiers acquéreur n'ayant pas eu connaissance de l'intention du bénéficiaire de se prévaloir du pacte, la nullité et, par voie de conséquence, la substitution n'ont pas été admises. On aurait probablement dû se contenter de la connaissance de l'existence du pacte par le tiers acquéreur sans qu'il y eût lieu d'exiger aussi la connaissance de son intention de s'en prévaloir. La bonne foi et la loyauté devraient se contenter de cette seule condition. Car dans l'immense majorité des situations, le tiers ignorera l'intention du bénéficiaire de se prévaloir du pacte. En réalité, celui qui conclut le contrat avec le promettant alors qu'il sait que ce dernier est lié par un pacte de préférence n'est pas loyal. Il faut souhaiter une évolution de la jurisprudence française sur ce point¹⁵⁷. Elle est loin d'être acquise pour le moment.

Il est tout à fait possible d'envisager des pactes de préférence autres que ceux qui lient le propriétaire d'un bien. La situation inverse pourrait se rencontrer en ce qui concerne la clause d'exclusivité d'approvisionnement, dite aussi clause d'approvisionnement exclusif ou clause de fourniture exclusive. Il s'agit d'un contrat conclu entre un fabricant ou un grossiste avec

¹⁵⁶ D. 2006. 1861, note Gautier, JCP 2006. II.10142, note Leveneur, JCP 2006. I.176, n°1 et s., obs. Labarthe, Petite Affiches 18 septembre 2006, note Houbron, Rep. Not. 2006.1207, obs Savaux.

¹⁵⁷ C'est à tort que la Cour de cassation française a décidé que le bénéficiaire du pacte ne disposait pas d'une créance de dommages-intérêts à l'encontre du tiers acquéreur aux motifs que le pacte de préférence engendre une créance de nature personnelle contre le promettant et que le tiers acquéreur n'est pas partie au pacte (Civ. 3^e, 24 mars 1999, DA 1999. 665, RJDA 1999, n°536, Rep. Def. 1999 ? 751, obs. Delebecque, Rev. Trim. Dr. Civ. 1999. 616, obs. Mestre et 627, obs. Jourdain) Une motivation aussi abrupte néglige le fait que la responsabilité d'un tiers peut éventuellement être retenue en cas de violation de son obligation contractuelle par le débiteur en vertu du contrat lorsque le tiers s'est associé à cette violation.

un détaillant et en vertu duquel il est stipulé que le second s'engage à se fournir exclusivement auprès du premier en ce qui concerne telle marchandise. Il se peut qu'un tel contrat corresponde à un simple pacte de préférence, en ce sens que le détaillant s'engage à approvisionner auprès de tel fournisseur, s'il décide d'acquérir telle marchandise qui fait l'objet de la stipulation. Mais, non seulement en raison de la nécessité pour le détaillant de s'approvisionner, mais encore de celle du fournisseur d'écouler ses produits sur le marché, la clause d'approvisionnement exclusif est généralement plus complexe qu'un pacte de préférence. En effet, elle pourra obliger le détaillant à s'approvisionner au fur et à mesure de ses besoins et, en ce cas, elle constitue d'ores et déjà un engagement d'acheter, qui doit être analysé en une promesse unilatérale d'achat. En raison de ce que le détaillant aliène sa liberté de choisir son fournisseur, la clause d'exclusivité d'approvisionnement comporte le plus souvent une contrepartie à la charge du fournisseur, laquelle consiste en différents services ou prestations qu'il s'engage à fournir à son client, ce qui lui confère une nature synallagmatique. Au demeurant la promesse du détaillant d'acheter exclusivement au fournisseur peut être doublée d'une promesse de vente du second d'approvisionner le premier, auquel cas il y aura une double promesse de vendre et d'acheter qui confère aussi au contrat un caractère synallagmatique.

De toute façon les stipulations d'une exclusivité ne sont pas propres au pacte de préférence de vente d'un bien et éventuellement à la clause d'approvisionnement exclusif. On peut les rencontrer dans toutes sortes de conventions, telles le contrat d'édition¹⁵⁸ ou des contrats préparatoires d'un contrat de travail ou de louage d'ouvrage.

¹⁵⁸ Voir en ce sens l'article L. 132.4 C du Code français de la propriété intellectuelle.

§2 : Contrats obligeant à négocier et l'organisation contractuelle des pourparlers

Le contrat obligeant à négocier confère à l'une des parties ou bien aux deux le droit d'exiger de l'autre qu'elle participe à la négociation d'un contrat. Il s'agit par conséquent, d'un contrat qui a pour objet l'obligation d'entrer en pourparlers, étant entendu que l'obligation ne concerne que la négociation et non la conclusion du contrat définitif, en raison de ce qu'un désaccord, toujours possible, pourrait ne pas permettre cette conclusion. Il n'est pas certain que l'obligation unilatérale ou réciproque de négocier la conclusion d'un contrat conduise, en cas de rupture de pourparlers par l'une des parties, à une responsabilité qui serait plus facilement retenue que si cette obligation était absente. En effet, le recours à la responsabilité extracontractuelle pour faute, en cas de rupture des pourparlers, qui est admise par la jurisprudence française, conduit à des résultats satisfaisants. Il reste que les juges seraient peut-être plus enclins à retenir la faute, en cas de rupture des pourparlers, s'il y a obligation contractuelle de négocier que si cette obligation n'existe pas. Surtout, alors qu'on est toujours libre de refuser d'entrer en pourparlers, ce qui est une conséquence de la liberté contractuelle, il n'en va pas de même lorsqu'on a accepté d'assumer l'obligation de négocier.

Dans les contrats internationaux ou internes français conclus entre des entreprises industrielles ou commerciales, l'avant-contrat obligeant à la négociation est souvent constitué par les stipulations d'un contrat en vertu desquelles il est décidé que si certaines circonstances économiques viennent à être modifiées, le contrat devra être renégocié sur des bases différentes¹⁵⁹. De la même façon, on peut prévoir une clause de négociation pour le renouvellement, éventuellement à des conditions qui ne sont pas nécessairement identiques, dans un contrat qui a été conclu pour une durée déterminée et avant qu'il parvienne à son terme. D'une façon générale, tout contrat peut faire l'objet d'un accord préalable obligeant à la négociation. La

¹⁵⁹ Clauses dites de hardship ou de dureté.

négociation peut elle-même faire l'objet d'un pacte de préférence, dans le cas où une personne s'engage envers une autre à négocier la conclusion de tel contrat avec celle-ci, avant d'envisager une négociation avec une autre personne.

La doctrine française qualifie quelquefois de tels contrats d'accords de principe, pour montrer par là qu'ils organisent le principe de la conclusion éventuelle d'un contrat¹⁶⁰. Cependant, le terme d'accord de principe n'a pas été utilisé seulement pour désigner les contrats obligeant à la négociation. On parle aussi quelquefois d'accord de principe pour désigner les points sur lesquels les parties ont manifesté leur accord, ce qui les oblige à pousser cette négociation plus loin. Toujours est-il que, dans les deux situations, on a reconnu l'obligation de négocier dont la sanction est assurée par la responsabilité contractuelle de celui qui y contrevient.

Dans la mesure où l'accord de principe, comme nous venons de le voir, peut concerner non seulement l'obligation d'entamer la négociation du contrat définitif mais aussi celle de la poursuivre, il contribuera, dans le second cas du moins, à l'organisation contractuelle de la période des pourparlers. Lorsque cette période est longue et complexe, les parties peuvent avoir intérêt à fixer dans un accord les points sur lesquels leurs volontés se sont d'ores et déjà rencontrées. Tel est l'objet de différents accords imaginés par la pratique, sous des noms divers (accords partiels ou de principe, lettres d'intention). Ces accords manifestent l'existence de différentes phases dans la formation définitive d'un contrat qui s'inscrit dans une durée qui peut être longue. De tels accords ne sont pas nécessairement formalisés dans un écrit. Ils peuvent être implicites.

¹⁶⁰ Il ne faut pas confondre l'accord de principe avec le contrat-cadre, lequel est un contrat qui n'a pas pour objet la négociation d'un contrat définitif. Il s'agit d'un contrat en vertu duquel l'une des parties ou bien les deux s'engageant d'ores et déjà en vertu d'un contrat, étant entendu que celui-ci suppose des contrats complémentaires, dits contrats d'exécution, dans la mesure où le contrat-cadre a pu ne pas prévoir toutes les modalités

S'il n'est pas douteux que ces accords constituent des points de rencontre définitive des volontés des parties, ce qui a pour effet de ne pas permettre, pendant la phase ultérieure des négociations, de les remettre en question ou de les révoquer unilatéralement, sous peine de responsabilité pour violation d'une obligation contractuelle¹⁶¹, il n'en est pas moins vrai qu'ils ne sauraient obliger à la conclusion d'un contrat définitif. Il en résulte que si celui-ci n'est pas conclu, en raison d'un désaccord ultérieur, les accords partiels seront anéantis, sauf si les parties sont d'accord pour considérer que l'essentiel a été négocié et que, par conséquent, elles s'estiment liées par un contrat formé, bien que certaines modalités n'aient pas fait l'objet de leur accord¹⁶². Cependant, la question sera de savoir ce qui est l'essentiel par rapport à ce qui n'est qu'une modalité.

Section 2 : Les promesses de contrat

Tandis que le contrat de négociation a pour objet de préparer une éventuelle rencontre des volontés des parties, indispensable à la formation du contrat définitif, aucune des parties au contrat de négociation n'étant tenue de conclure le contrat définitif, la promesse de contrat va beaucoup plus loin, en raison de ce qu'elle engendre l'obligation de conclure le contrat définitif. Par conséquent, l'obligation qui pèse sur le débiteur en vertu d'une promesse de contrat est beaucoup plus sévère que celle qui résulte d'un contrat de négociation. Selon que l'obligation de conclure le contrat définitif pèse sur les deux parties à l'avant-contrat ou bien sur une seule, il y aura soit promesse synallagmatique de contrat, soit promesse unilatérale de contrat.

¹⁶¹ Versailles 21 septembre 1995, RJDA 1996, n°177, Rev. trim. Dr. Civ. 1996.145, obs. Mestre ; Paris 18 janvier 1996, DA 1996. 292

¹⁶² Dans le cas où l'essentiel a été négocié, même si certaines modalités restent à prévoir et que des formalités doivent être accomplies, la différence peut s'estomper entre les accords partiels et la promesse de contrat, en raison de ce que l'accord, conformément aux volontés des parties, vaut promesse de conclure le contrat définitif (cf Com. 28 avril 1987, D.1987. IR.122, qui admet qu'il y a promesse de société lorsque non seulement l'engagement pris dépasse le stade simple des pourparlers, mais encore il ressort du compte-rendu de la réunion des parties qu'il y avait accord sur l'objet de la future société, les apports à effectuer, la forme sociale et la rémunération du directeur général).

§1 Les promesses synallagmatiques de contrat

Une promesse synallagmatique de contrat est un avant-contrat en vertu duquel chacune des parties s'engage envers l'autre à conclure le contrat définitif. La promesse de contrat constitue, par conséquent dans cette hypothèse, un avant-contrat synallagmatique¹⁶³. Cependant, si la combinaison de deux promesses unilatérales croisées peut équivaloir à une promesse synallagmatique lorsque chacune des parties est définitivement engagée envers l'autre¹⁶⁴ cette promesse synallagmatique ne vaut pas nécessairement vente parfaite.

Dans la mesure où chacune des parties est d'ores et déjà tenue envers l'autre, on peut se demander pourquoi le contrat définitif est précédé d'un avant-contrat synallagmatique, ce qui permet de poser la question de savoir si l'avant-contrat synallagmatique peut équivaloir au contrat définitif, auquel cas il lui sera assimilé. Il en résulte que l'avant-contrat synallagmatique n'aurait pas d'autonomie par rapport au contrat définitif. En réalité, s'il y a des hypothèses dans lesquelles on peut affirmer que la promesse de contrat vaut le contrat définitif (cf. art. 1589 C. civ français, selon lequel « la promesse de vente vaut vente »¹⁶⁵), il en est d'autres dans lesquelles la promesse synallagmatique de contrat ne peut être assimilée au contrat définitif parce qu'il manque un élément au contrat pour que la promesse de contrat puisse valoir de contrat définitif, ce qui pourrait correspondre à deux situations : la promesse synallagmatique de contrat et contrat-cadre ou la promesse synallagmatique de contrat et absence d'un élément nécessaire à l'existence du contrat définitif.

¹⁶³ Civ. 3^e, 5 juillet 1995, RJDA 1996, n° 112, JCP 1996. II. 22659, note Dagherne-Labbé, selon lequel la promesse de céder un immeuble en contrepartie du désistement par l'autre partie de son action contre le promettant constitue une promesse synallagmatique.

¹⁶⁴ Cf. Com. 16 janvier 1990, Rev. trim. dr. Civ. 1990.462, obs. Mestre.

¹⁶⁵ Pour l'application de ce texte, v. Civ 3^e, 28 mai 1997, RJDA 1997, n° 1082.

V. aussi à propos d'une promesse de bail, Poitiers 20 février 1991, Rep. Not. 1991.1262, obs. Aubert ; Civ. 3^e, 28 mai 1997, RJDA 1997, n° 1012, contrats, conc. Consomm. 1997, n°131, obs. Leveneur.

On s'est parfois demandé si la figure contractuelle originale que constitue le contrat-cadre n'était pas, au moins partiellement une promesse synallagmatique de vente. Dans un contrat-cadre, une partie s'oblige à approvisionner exclusivement auprès de l'autre (convention d'exclusivité d'approvisionnement), laquelle s'engage aussi à fournir à la première les marchandises qui font l'objet de la convention d'approvisionnement. Le contrat est conclu pour une longue durée, généralement plusieurs années, il sert à organiser la distribution de produits ou de services. Le contrat-cadre est ultérieurement complété par des contrats de vente, lesquels réalisent l'exécution des engagements réciproques d'approvisionnement et de fourniture. Les engagements réciproques de vendre et d'acheter pris en vertu du contrat-cadre sont comparables à des promesses synallagmatiques de vente mais ne s'y identifient cependant pas et ce, pour plusieurs raisons. D'abord, le contrat-cadre est une convention complexe qui contient bien d'autres obligations que celles relatives à l'achat ou à la fourniture de produits. Par exemple, celui qui promet de vendre s'engage aussi à exécuter des prestations de service ou d'assistance envers celui qui est tenu d'approvisionner exclusivement auprès de lui. Ensuite, tous les éléments nécessaires à l'existence d'une promesse de vente ne sont pas généralement réunis au moment de la conclusion par exemple, le prix ne peut pas être déterminé ni même ses modalités de détermination fixées, de même que les quantités des marchandises à livrer, ce qui empêche absolument de considérer qu'une promesse de vente a d'ores et déjà été conclue. En effet, un contrat dans lequel le prix n'est ni déterminé, ni déterminable, et dont la chose sur lequel il porte n'est pas précisément spécifiée ne peut être analysé en une promesse de vente, celle-ci devant contenir tous les éléments du contrat définitif exigés par la loi (soit, pour une promesse de vente, la chose et le prix, à tout le moins les éléments de leur détermination selon les modalités admises). Le contrat-cadre constitue bien un contrat préparatoire à des ventes futures, dont l'exécution sera assurée par les contrats dits d'exécution, qui viendront le compléter, notamment en précisant ce qui n'a pas été déterminé dans le contrat initial.

Pour autant, les engagements d'approvisionnement et de fourniture ne peuvent être qualifiés de promesse synallagmatique de vendre et d'acheter, ce dont il résulte que le contrat-cadre est un contrat de nature particulière.

Lorsqu'un élément requis par la loi à titre de condition d'existence d'un contrat fait défaut, tel que, dans la vente, le prix de la chose vendue ou bien la quantité de celle-ci, on vient de voir qu'il n'était pas possible d'admettre que l'engagement était une promesse de vente, encore qu'il suffise dans un tel cas que les parties fussent d'accord sur les modalités de détermination de l'objet manquant pour que l'accord soit obligatoire et les oblige à recourir à la modalité choisie. Lorsqu'aucune stipulation ne détermine avec précision les modes de fixation du prix ou d'identification de la chose vendue, c'est une condition de fond nécessaire à la validité du contrat définitif de vente et tenant à l'objet de celui-ci qui fait défaut. L'accord n'oblige pas à conclure le contrat définitif de vente. Mais il existe d'autres situations dans lesquelles les parties ont ajouté aux conditions posées par la loi pour l'existence d'un contrat donné, soit en posant une exigence supplémentaire de fond, soit en adoptant une condition de forme qui n'est normalement pas requise pour la validité du contrat. La volonté des parties est que le contrat auquel il manque l'élément qu'elles ont ajouté à titre de condition de validité ne vaut pas le contrat définitif.

Parfois les contractants ont fait d'un élément de fond une condition de l'existence de leur contrat. Aussi longtemps que cet élément fait défaut, il n'est pas possible de considérer que le contrat définitif est conclu, même si l'accord contient déjà des éléments requis par la loi, car telle est la volonté des parties. Quand la condition supplémentaire consiste en un élément empreint d'incertitude, notamment parce qu'il dépend de l'intervention d'un tiers, la technique utilisée est celle de la condition-modalité, le plus souvent la condition suspensive. L'existence des obligations est alors suspendue à la survenance de l'événement incertain et, lorsque celui-ci advient, le contrat définitif est rétroactivement réputé conclu à la date de l'accord. Il pourrait en

être ainsi dans une cession de bail prévoyant que l'autorisation du bailleur est nécessaire à la cession. Lorsque les parties ont envisagé l'élément comme essentiel et certain, parce qu'il consiste en l'exécution d'une obligation mise à la charge d'une partie, telle l'obligation de constituer une hypothèque, la formation du contrat définitif est retardée jusqu'à ce que le débiteur exécute son obligation de constituer la sûreté.

Il peut arriver que ce soit une condition de forme du contrat définitif qui fait défaut, ce qui ne permet pas d'avantage de considérer que la promesse de contrat vaut le contrat définitif.

En effet, les conditions de fond seront remplies quant à la capacité, le consentement, la clause, l'objet, mais il manque une condition de forme qui est imposée soit par la loi, soit par la volonté des parties au contrat qui entendent faire de leur contrat un contrat solennel, alors qu'il s'agit, selon la loi, d'un contrat consensuel. Cela est tout à fait possible car le principe du consensualisme n'est pas d'ordre public et les parties à un contrat peuvent parfaitement décider de soumettre la validité de celui-ci à l'accomplissement d'une condition de forme qui n'est pas exigée par la loi.

Lorsqu'un contrat n'est pas un contrat solennel en vertu de la loi, mais seulement en vertu des volontés des parties, ce qui est tout à fait possible, le problème se présente d'une façon analogue. Ainsi en est-il en matière de contrat de vente. En effet, la vente est normalement un contrat consensuel. Cependant, le vendeur et l'acheteur peuvent très bien considérer que la vente sera un contrat solennel qui n'existera, par exemple, qu'à la date de la rédaction d'un acte notarié. Il s'agit donc d'une exception conventionnelle à une règle légale qui n'est pas d'ordre public, la règle du consensualisme. Par conséquent, tant qu'un acte notarié constatant la conclusion de la vente n'a pas été rédigé, on doit considérer que le contrat de vente n'existe pas. Cependant, le contrat de vente solennel sera le plus souvent précédé d'un contrat consensuel en vertu duquel le vendeur et l'acheteur se mettent

d'accord sur les différents éléments et les différentes modalités de vente. Or, ce contrat provisoire permettant de préparer la conclusion du contrat de vente définitif est évidemment parfaitement valable et il s'agit d'un contrat synallagmatique consensuel, selon lequel l'acheteur s'engage à acheter et le vendeur s'engage à vendre. C'est le type même de la promesse synallagmatique de contrat que la pratique qualifie de compromis de vente, notamment lorsqu'il s'agit de la vente d'immeuble ou d'un fonds de commerce. Par conséquent, si l'une des parties qui se sont engagées à faire constater leur accord devant notaire manque à son obligation, l'autre partie pourra l'y contraindre en justice. En France, un arrêt de la troisième chambre civile du 20 décembre 1994 précise que lorsque les parties n'ont pas fait de la réitération de leurs consentements par acte notarié un élément essentiel de l'accord de volonté, que la réalisation forcée de la vente peut être poursuivie sans que l'on puisse objecter que l'obligation de réitérer par acte notarié n'étant que de faire, son inaccomplissement ne pourrait être sanctionné que par des dommages-intérêts.

En réalité, même si la conclusion de la vente a été retardée jusqu'à la rédaction de l'acte notarié, la réalisation forcée peut être poursuivie, non pas, contrairement à ce que dit l'arrêt, parce que la promesse de vente, mais parce que l'exécution forcée en nature est possible, le consentement à la vente ayant d'ores et déjà été donné et le jugement à intervenir pouvant valoir acte de vente. La jurisprudence admet même que la décision judiciaire, qui constitue un acte authentique, pourra tenir lieu de contrat de vente définitif. En effet, toutes les conditions de la vente existent en vertu de l'accord consensuel sauf une, une condition de forme, c'est-à-dire la constatation de la vente par acte notarié.

Il est essentiel de remarquer que tant que l'acte notarié n'a pas été rédigé, non seulement les parties ne sont pas tenues des obligations résultant de la vente, c'est-à-dire que l'acheteur n'est pas tenu de livrer la chose, mais encore le transfert de propriété ne peut pas être opéré. Cela est tout à fait

évident, puisque, tant qu'il n'y a pas d'acte notarié, il n'y a pas de vente ; il n'y a qu'une promesse synallagmatique de vente préparant la conclusion de la vente définitive. Il est certain qu'il en sera ainsi si telle est l'intention du vendeur et de l'acheteur, c'est à dire s'ils ont réellement voulu transformer en contrat solennel un contrat qui n'était que consensuel en vertu des dispositions de la loi. L'acte authentique doit être en principe conforme aux stipulations de l'acte sous seing privé. Cependant, lorsqu'une clause du second n'a pas été reprise dans le premier, il n'en résulte pas nécessairement qu'elle est devenue caduque s'il n'est pas prouvé que les parties y aient renoncé. Il y a aussi des hypothèses dans lesquelles les parties au contrat de vente décident non pas de retarder la conclusion du contrat elle-même jusqu'à la rédaction d'un acte notarié, mais seulement, pour se ménager une preuve efficace de leur contrat ainsi que pour procéder aux formalités de la publicité foncière, de le faire constater par acte notarié, alors que le contrat existait avant la rédaction de l'acte notarié.

En d'autres termes, dans la première situation envisagée, la rédaction d'un acte notarié est une condition de validité du contrat, alors que, dans la seconde situation, elle n'est qu'une condition de preuve de celui-ci. Or, selon que l'acte notarié est une condition de validité ou une condition de preuve, les rapports des parties ne seront pas du tout les mêmes. Dans le premier cas, la vente n'existe pas en l'absence d'acte notarié, ce qui fait que les obligations qu'elle engendre ne sont pas encore nées et qu'il n'y a pas non plus transfert de propriété. Au contraire, dans le second cas, dès la conclusion d'un accord consensuel, le transfert de propriété peut s'opérer, l'acheteur est tenu de payer le prix au vendeur qui est lui-même tenu de livrer la chose vendue à l'acheteur.

Très souvent, en matière de contrat de vente d'immeuble, les parties rédigent un acte préparatoire constaté dans un écrit sous seing privé que l'on appelle dans la pratique un compromis de vente. Elles décident que le compromis de vente sera réitéré plus tard dans un acte notarié. Le problème est celui de savoir si les parties ont envisagé la rédaction d'un acte notarié à

titre de condition de validité du contrat ou bien simplement à titre de condition de preuve. Evidemment, si elles ont laissé clairement entendre ce qu'elles ont réellement voulu, il n'y a pas de problème. Mais le plus souvent, la simple lecture du compromis de vente ne permet pas de savoir si les parties ont exigé un acte notarié à titre de condition de preuve ou à titre de condition de validité. En réalité, il s'agit d'une question d'interprétation des volontés des parties à l'accord préalable de vente et, en cas de litige, c'est au juge de déterminer ce qu'elles ont voulu réellement.

Il y a des situations dans lesquelles il n'est pas du tout facile de déterminer ce qu'ont réellement voulu les parties. Dans ces situations, le juge doit s'en tenir au principe, c'est-à-dire que, puisque la vente est normalement un contrat consensuel, on doit considérer qu'elle existe, c'est-à-dire qu'elle est parfaite, dès le jour de la rencontre des volontés du vendeur et de l'acheteur, indépendamment de l'accomplissement d'une condition de forme. C'est ce qui est affirmé à juste titre à l'article 1589 du Code civil français, selon lequel la promesse de vente vaut vente. Cet article ne concerne que la promesse synallagmatique de vente¹⁶⁶. Ce ne sera que dans le cas où l'on peut interpréter les volontés des parties comme ayant voulu retarder la conclusion de vente jusqu'à la rédaction d'un acte authentique que le principe du consensualisme pourra être tenu en échec.

Par conséquent, dans tous les cas douteux, on doit s'en tenir au principe du consensualisme tel qu'il est affirmé par la vente à l'article 1589 du Code civil français, qui reprend, en reste, la solution déjà admise à l'article 1583¹⁶⁷. La solution doit prévaloir pour toutes les promesses synallagmatiques de

¹⁶⁶ La promesse de vente ne peut, en aucun cas, valoir vente, s'il s'agit d'une promesse unilatérale, en raison de ce que le consentement d'une des parties à la vente fait défaut. En effet, ce n'est que dans le cas où toutes les conditions d'un contrat que l'on doit considérer comme consensuel, dans la mesure où les parties ne l'auraient pas voulu solennel, sont remplies que l'on peut assimiler la promesse de contrat au contrat définitif.

¹⁶⁷ Civ. 1^{re}, 14 janvier 1987, D. 1988.80, note Schmidt ; Civ. 3^e, 29 janvier 1992, JCP 1992. IV.953, Rep. Def. 1992.840, obs. Vermelle ; Civ. 3^e, 17 juillet 1991, JCP 1991. IV 367 ; Civ. 3^e, 28 mai 1997, RJDA 1997, n° 1022 ; Civ. 3^e, 10 mai 2005, Rev des contr. 2005. 1076, obs. Collart-Dutilleul.

contrat¹⁶⁸. Cependant, la promesse de contrat ne peut valoir le contrat que si les éléments essentiels du contrat ont fait l'objet de l'accord des parties¹⁶⁹ au contrat de promesse¹⁷⁰. Lorsque la rédaction d'un acte authentique n'est pas une condition de validité de la vente, mais une modalité de son exécution, son inexistence ne remet pas la vente en cause. En ce cas, chaque partie peut agir en exécution forcée ou bien en résolution¹⁷¹ et on ne saurait considérer que la vente est caduque du fait de l'absence de rédaction de l'acte authentique.

Il convient de ne pas confondre les cas dans lesquels les parties à la vente ont décidé de retarder la conclusion du contrat jusqu'à la rédaction d'un acte authentique avec l'hypothèse d'un contrat de vente dans lequel est stipulée une clause selon laquelle la propriété sera transférée au moment du paiement du prix par l'intermédiaire du notaire, rédacteur d'un acte notarié constatant la vente. Dans une telle situation, la vente consensuelle, créatrice d'obligations, existe normalement au jour de la promesse. Toutefois, le transfert de propriété étant retardé jusqu'à la rédaction de l'acte authentique, l'acheteur n'a aucun droit réel immobilier jusqu'à ce jour¹⁷². Dans le but de se prémunir contre l'insolvabilité éventuelle de l'acheteur, le vendeur peut, en accord avec l'acheteur, décider aussi que la propriété ne sera transférée à l'acheteur que lorsqu'il aura payé intégralement le prix de la vente. On trouve

¹⁶⁸ Civ. 1^{re}, 3 juin 2003, RJDA 2003, n°1177, à propos d'une promesse de société.

¹⁶⁹ Ce qui est le cas lorsque les parties ont stipulé une condition suspensive, celle-ci étant une modalité de l'obligation qui n'en affecte pas les éléments essentiels. Si la condition se réalise, le contrat est rétroactivement conforté, comme s'il avait été conclu de la manière simple, sans condition, dès le début. Si la condition défaille, le contrat est caduc. Si aucun délai n'a été stipulé pour la réalisation de la condition et que celle-ci n'est pas réalisée à la date prévue pour la passation de l'acte authentique, la promesse est caduque, v. Civ. 3^e, 29 mai 2013, n°12-17077, pub.

¹⁷⁰ Civ. 3^e, 30 juin 1999, RJDA 1999, n°886, à propos d'une promesse de bail qui ne constate pas l'accord des parties sur les éléments essentiels du bail et, en particulier, le loyer, car elle renvoyait à un accord ultérieur sur ce point.

¹⁷¹ Civ. 3^e, 25 mars 2009, n° 08-11326, Bull. III, n°67, arrêt rappelant que l'option entre exécution forcée et résolution peut être exercée et la demande initiale modifiée jusqu'à ce qu'a ce qu'une décision ait acquis force de chose jugée.

¹⁷² V. cependant un étrange arrêt de Civ. 3^e, 12 janvier 1994, D. 1995.53, note Macorig-Vernier, selon lequel le droit de l'acheteur serait immobilier avant le transfert de propriété, ce qui lui permettrait de conclure un bail commercial sur l'immeuble avant la rédaction de l'acte authentique, l'arrêt mettant en évidence qu'avant l'existence de la vente, laquelle résultera de la levée de l'option dans le cadre d'une promesse unilatérale, le futur acheteur avait été mis en possession du bien. Cependant, non seulement la mise en possession du bénéficiaire d'une promesse unilatérale de vente d'immeuble avant la levée de l'option ne saurait lui conférer un droit réel immobilier, mais encore tant que le transfert de propriété n'est pas intervenu après la conclusion de vente.

quelquefois une telle clause de réserve de propriété au profit du vendeur dans les ventes à crédit. Il s'agit en effet d'une garantie efficace du vendeur. Cependant, cette clause n'a pour objet que de retarder le transfert de propriété jusqu'au paiement du prix. Il est évident qu'elle ne retarde pas la conclusion du contrat lui-même et que, par conséquent, dès le jour de la conclusion du contrat, le vendeur est tenu de livrer la chose et l'acheteur est tenu d'en payer le prix. La vente est parfaite, en ce qui concerne les obligations des parties. Seul est retardé le transfert de la propriété. Lorsque la promesse a seulement pour effet de retarder le transfert de propriété, il n'empêche que la perfection de la vente ne permet pas, en l'absence d'acte authentique, à l'acheteur de se considérer comme propriétaire. Dès lors, il ne peut livrer congé au preneur si l'immeuble acheté est loué. Au contraire, on sait que, dans une promesse synallagmatique de vente préparant un contrat de vente solennel envert des volontés de l'acheteur et du vendeur, la vente n'est pas parfaite tant que l'acte authentique n'a pas été rédigé, c'est-à-dire que, non seulement la propriété n'est pas transférée, mais encore les obligations des parties ne peuvent pas naître. La seule obligation que fait naître la promesse synallagmatique est celle de passer l'acte authentique.

§2 Les promesses unilatérales de contrat.

La promesse unilatérale de contrat est, à la différence de la promesse synallagmatique, un contrat préparatoire en vertu duquel une seule des parties s'engage envers l'autre. Elle peut correspondre à deux cas de figure selon que son objet est de préparer soit la conclusion d'un contrat définitif qui sera toujours unilatéral, soit la conclusion d'un contrat synallagmatique.

On peut se demander pourquoi un contrat unilatéral serait précédé d'une promesse unilatérale de contrat qui ne vaudrait pas le contrat définitif. La raison tient à ce que la promesse serait consensuelle, tandis que le contrat définitif serait solennel. Par la promesse de contrat, le créancier entendrait lier

le débiteur avant qu'il ne le soit par le contrat définitif. Or, cela n'est pas toujours possible. En effet, comme on l'a dit précédemment à propos des promesses synallagmatiques, lorsque la loi exige, à titre de condition de validité du contrat, une forme pour la protection de l'une des parties, il n'est pas possible d'engager celle-ci par une promesse consensuelle, car ce serait contraire à l'exigence de la loi française. C'est la raison pour laquelle il faut admettre que la promesse de donation n'est pas valable et, par conséquent, ne peut produire aucun effet.

En revanche, si la forme n'est pas requise aux fins de protection de l'une des parties, il n'y a pas de raison de ne pas admettre la validité d'une promesse consensuelle d'hypothèque¹⁷³. Il est évident que la promesse consensuelle d'hypothèque n'est pas l'hypothèque. En vertu de la promesse, le constituant de l'hypothèque s'engage à la constituer par acte notarié et, tant que la condition de forme exigée par la loi pour la validité du contrat n'aura pas été accomplie, aucun droit réel d'hypothèque n'aura été constitué au profit du créancier. Cependant, le promettant est tenu de procéder à la constitution de l'hypothèque. S'il n'exécute pas son obligation, le créancier pourrait l'y contraindre en justice et, à défaut d'obtenir sa condamnation à des dommages-intérêts.

Lorsqu'un contrat ne requiert aucune condition de forme particulière, il ne paraît pas possible de distinguer la promesse de contrat du contrat définitif. Toutefois, il pourrait y avoir une promesse de prêt distincte du prêt. Certes, le prêt consenti par un établissement de crédit n'est plus considéré comme un contrat réel, ce dont il résulte qu'il n'est pas nécessaire que les fonds soient remis à l'emprunteur pour que le contrat de prêt existe. Cependant, la Cour de cassation française considère que, tant que les fonds promis par l'établissement de crédit ne sont pas utilisés par l'emprunteur, il n'y a aucune

¹⁷³ Il y a une hypothèse voisine de la promesse consensuelle d'un contrat légalement solennel, c'est celle de la promesse consensuelle d'un contrat réel. La jurisprudence française en admet aussi la validité.

promesse unilatérale de prêt¹⁷⁴. Une telle solution ne s'impose pas avec évidence si l'on considère le prêt comme contrat consensuel. En effet, l'engagement de prêter devrait valoir prêt et, par conséquent, faire naître dès qu'il est pris, une créance au profit de l'emprunteur.

Pourtant on pourrait aussi considérer, ce qui semble correspondre à la solution de la Cour de cassation française, que tant que l'emprunteur n'utilise pas les fonds, il n'accepte pas de les rembourser, ce qui démontrerait que c'est cette utilisation qui manifeste son consentement au prêt. En ce cas, jusqu'à l'utilisation effective, il n'y aura qu'une promesse de prêt faisant naître un engagement de prêter qui ne serait pas encore un prêt. C'est ainsi que s'analyserait l'ouverture de crédit qui serait préparatoire du contrat de prêt jusqu'à ce que l'emprunteur utilise effectivement les fonds, il faut respecter leurs volontés à condition que ce ne soit pas divinatoire. Cela étant, les parties pourraient fort bien conclure un prêt consensuel non précédé d'une ouverture de crédit, considérée comme une promesse unilatérale de prêt. En ce cas, la créance de l'emprunteur contre le prêteur naîtrait au moment de la conclusion du contrat. La promesse de prêt fait naître à la charge du prêteur l'obligation de mettre les fonds à la disposition de l'emprunteur lorsqu'il décidera de les utiliser, auquel cas la promesse se transformera en prêt à ce moment-là, tandis que le prêt consensuel ferait d'ores et déjà naître une créance au profit de l'emprunteur. On peut quelquefois se demander si la distinction n'est pas artificielle. Elle se justifierait en pure opportunité pour ne pas admettre, dès la conclusion du contrat, une créance de l'emprunteur.

Au surplus, si le prêt, lorsqu'il n'a plus le caractère de contrat réel, est nécessairement un contrat synallagmatique, il peut être précédé d'une promesse unilatérale qui se transformera en prêt par la volonté de

¹⁷⁴ Com. 21 janvier 2004, JCP 2004. II.10062, note Piedelièvre, D. 2004. 1149, note Jamin ; Civ. 2^e, 18 novembre 2004, JCP 2004.IV. 3505, qui en déduit que la somme promise par le banquier n'est pas saisissable par les créanciers de l'emprunteur.

l'emprunteur d'utiliser les fonds, ce qui correspond à une levée de l'option qui lui a été consentie par le promettant¹⁷⁵.

Dans un second cas de figure, la promesse unilatérale de contrat correspond à un engagement contractuel destiné à préparer à la conclusion d'un contrat synallagmatique, chacune des parties au contrat s'engage envers l'autre. Ici, une partie s'engage envers l'autre, mais la seconde partie réserve son consentement définitif en ce qu'elle n'accepte pas encore de s'engager envers la première. Par conséquent, tous les éléments de formation du contrat existent, sauf un, pour qu'il y ait contrat synallagmatique définitif, l'engagement de l'une des deux parties au contrat.

L'exemple le plus connu de la promesse unilatérale de contrat est celui de la promesse unilatérale de vente. Dans une telle promesse, tous les éléments du contrat de vente sont déterminés, la chose vendue, le prix, les différentes modalités de la vente, l'engagement du vendeur envers l'acheteur, mais l'acheteur ne s'engage pas encore envers le vendeur à acheter. De la même façon, on peut concevoir une promesse unilatérale d'achat dans laquelle l'acheteur s'engage à acheter envers le vendeur qui, lui, ne s'engage pas encore à vendre. On peut concevoir aussi une promesse de bail en vertu de laquelle une personne s'engage à donner un bien à bail à une autre personne, qui ne s'engage pas encore en tant que preneur. Inversement, une personne peut s'engager en tant que preneur alors que le bailleur ne s'engage pas encore envers elle.

Parce que la vente sera parfaite, au sens de l'article 1583 du Code civil français, le jour de la levée de l'option, les consentements de l'acheteur et du vendeur se rencontrant à ce moment-là, il faut admettre que l'acheteur peut assigner le vendeur en réalisation forcée de la vente si ce dernier refuse de

¹⁷⁵ Lorsque le bénéficiaire d'une promesse de contrat s'engage en même temps que le promettant, il ne peut s'agir, quels que soient les termes employés, d'une promesse unilatérale qui est exclusive de tout engagement de conclure le contrat à la charge du bénéficiaire (cf. Civ. 3^e, 23 janvier 1991, D. 1992.457, note Najjar, à propos d'une promesse de vente considérée à juste titre comme synallagmatique en raison de ce que le bénéficiaire s'était engagé à acquérir dès que le promettant aurait accompli certaines obligations.

l'exécuter ou s'il entend reprendre son consentement. Par conséquent, le jugement à intervenir devrait valoir vente. Cependant, telle n'est pas la solution adoptée par la Cour de cassation française¹⁷⁶, selon laquelle l'acheteur ne pourrait prétendre qu'à des dommages-intérêts. La raison qu'en donne la Cour suprême est qu'avant la levée de l'option le promettant n'est tenu que d'une obligation de faire et que, s'il a rétracté son consentement avant la levée de l'option, il n'y aurait plus de rencontre possible des volontés. Une telle raison ne tient pas compte de ce que le promettant a d'ores et déjà donné son consentement à la vente au moment de la promesse et qu'il ne manque que le consentement de l'acheteur pour que celle-ci vaille vente. Le vendeur ne serait tenu d'une obligation de faire que si son consentement à la vente devait être réitéré au moment de la levée de l'option. Or tel n'est pas le cas. Non seulement, il ne peut se rétracter, mais encore le transfert de propriété, sauf stipulation contraire, interviendra le jour où la vente sera parfaite par la levée de l'option. En sanctionnant le refus de poursuivre la vente par la simple condamnation du promettant de verser des dommages-intérêts au bénéficiaire, la Cour de cassation traite ce promettant de la même manière que le pollicitant qui révoque son offre dans des conditions déloyales commet une faute de nature extracontractuelle, ce qui signifie sa condamnation à des dommages-intérêts, le promettant qui refuse d'exécuter son engagement après la levée de l'option par le bénéficiaire manque à sa parole donnée, ce qui est très différent, et justifie certainement l'exécution forcée de son engagement de vendre.

Contre toute attente, la Cour de cassation laisse aux parties la faculté de prévoir, par stipulation appropriée, la possibilité de demander l'exécution en nature de l'engagement de vendre (soit la constatation judiciaire de la vente),

¹⁷⁶ Civ. 3^e 15 décembre 1993 RJDA 1994, n° 274, D. 1994.507, note Bénac-Schmidt, D. 1994. Somm. 230, obs. Tournafond, D. 1995. Somm. 87, obs. Aynes, JCP 1995. II.22336, note Mazeaud, Rep. Def.1994.795, note Delebecque ; Civ.3^e, 28 octobre 2003, Rev. des contr. 2004. 270, obs. Mazeaud ; Civ.3^e 25 mars 2009, n°08-12237, Bull. III, n°69. Rev. des contr. 2009.995, note Laithier ; D.2010.228, obs. Amrani-Mekki ; Civ. 3^e 11 mai 2011, n°10-12875, Bull. II, n°185 ; D.2011.1457, note Mazeaud et 1460, note Mainguy ; Contrats, conc. Consomm.2011, comm.186, obs. Leveneur.

en cas de refus du promettant d'exécuter son engagement. Le manque de cohérence de la jurisprudence française est patent. Alors qu'elle érige à titre de principe d'un côté que « *la partie envers laquelle l'engagement n'a point été exécuté peut forcer l'autre à l'exécution lorsqu'elle est possible* »¹⁷⁷, elle refuse de l'autre côté d'appliquer cette solution à la promesse unilatérale, tout en admettant que les parties puissent convenir de la solution contraire. De deux choses l'une : soit la réalisation forcée de la vente porte atteinte à la personne du promettant et, dans ce cas, aucune stipulation ne pourrait valablement le contraindre à l'exécution forcée, soit la constatation judiciaire de la vente ne porte jamais atteinte à la personne du débiteur, parce qu'elle ne force pas son consentement, qui, par hypothèse a déjà été donné. Il est bien évident que seule la seconde solution est conforme à la réalité, de sorte que la seule sanction possible du refus du promettant de réaliser la vente devrait être l'exécution forcée en nature¹⁷⁸ ; elle devrait toujours pouvoir être demandée, qu'une clause de la promesse le prévoit ou non. La jurisprudence maintient néanmoins la solution initiée en France en 1993¹⁷⁹.

Cependant la Cour de cassation a admis que, lorsque le promettant avait vendu à un tiers le bien qui faisait l'objet d'une promesse unilatérale de vente, le bénéficiaire pouvait intenter l'action paulienne de l'article 1240 du Code civil (anciennement 1382), ce dont il résulte que la vente n'existe pas en son égard. Même si on considère que la solution est opportune, ce dont on peut douter, il n'empêche que tel n'est pas normalement l'objet de l'action paulienne. En effet, cette action a pour objet de protéger les créanciers contre

¹⁷⁷ Solution appliquée à des obligations de faire, donc soumises, comme l'engagement du promettant de réaliser la vente, à l'article 1142 du Code civil français, Civ. 3^e 11mai 2005, n° 03-21136, Bull. III, n°103 ; JCP 2005.II.10152, note Bernheim-Devaux ; ; contrats, conc. Consomm. 2005, n°187, note Leveneur ; Civ. 1^{re} 16 janvier 2007, n°06-13983, Bull.I, n°19 ; D. 2007.1119, note Gout ; Contrats, Conc. Consomm. 2007, n°144, obs. Leveneur ; Rev. des contr.2007.719, obs. Mazeaud.

¹⁷⁸ Outre des dommages-intérêts si l'attitude du promettant a causé un préjudice distinct au bénéficiaire.

¹⁷⁹ Voir un arrêt ambigu rendu par la 3^e chambre civile le 6 septembre 2011, n°10-20362, inédit ; D. 2011.2838, note Grimaldi ; JCP 2011.1316, note Perdrix. Contrairement aux apparences, l'arrêt ne statue pas sur la portée de la rétractation par le promettant de son engagement avant la levée de l'option par le bénéficiaire, mais affirme que les moyens invoqués par le promettant tirés de l'inexécution d'une obligation de fournir un cautionnement, de la vétété du prix et du défaut d'enregistrement de la promesse ne justifiant pas une dénonciation « unilatérale » de sa part.

les actes frauduleux accomplis par leur débiteur qui portent atteinte à leur droit de gage général en s'appauvrissant. Elle ne devrait être possible que si la vente à un tiers appauvrit le promettant en ne lui permettant pas de payer les dommages-intérêts réclamés par le bénéficiaire. Il serait tellement plus simple et plus efficace de permettre au bénéficiaire d'acquiescer par l'exécution forcée de la promesse, sauf, bien entendu, à protéger la bonne foi du tiers acquéreur, comme dans le pacte de préférence.

La promesse unilatérale de contrat ne saurait être confondue avec une offre de contrat ou même un engagement unilatéral de volonté. En effet, en vertu de l'engagement unilatéral de volonté, une personne s'engage envers une autre sans que cette dernière accepte encore l'engagement pris envers elle. Au contraire, dans la promesse unilatérale de contrat, il y a échange des consentements. Par exemple, dans la promesse de vente, le vendeur s'engage envers l'acheteur éventuel, le bénéficiaire de l'option, alors que ce dernier ne s'engage pas à acheter envers le vendeur. Cependant, le bénéficiaire accepte l'engagement pris par le vendeur envers lui et, dans cette mesure, il devient créancier du vendeur, non pas bien entendu créancier de la livraison de la chose, puisque par hypothèse, il n'y a pas encore de contrat de vente mais il est titulaire d'un droit d'exiger la transformation de la promesse en vente le jour où il décidera de lever l'option.

En réalité, deux éléments permettent de comprendre la nature juridique de la promesse unilatérale de vente.

Le premier élément, c'est qu'il y a échange de consentements. Dans cette mesure, la promesse unilatérale de contrat apparaît comme un contrat où elle n'a donc rien à voir avec une offre de contrat ou un engagement unilatéral de volonté. Parce que la promesse unilatérale de contrat est un contrat, lorsque le promettant ne l'exécute pas, le tribunal compétent pour connaître du litige qui l'oppose au bénéficiaire peut être désigné en application de l'article 5-1 du règlement européen du 22 décembre 2000 relatif à l'option de compétence

attribué au demandeur en matière contractuelle. La nature contractuelle de la promesse explique aussi sa transmission passive aux héritiers du promettant, qui se trouvent dès lors tenus, comme leur auteur l'était, de passer l'acte authentique, lorsque le bénéficiaire a manifesté sa volonté d'acquérir en levant l'option, fût-ce postérieurement au décès du promettant.

Le second élément, c'est qu'en vertu de cet échange de consentements une seule partie s'engage envers l'autre¹⁸⁰. Par conséquent, il s'agit d'un contrat unilatéral. Cependant, ce contrat unilatéral est destiné à préparer la conclusion d'un contrat synallagmatique. Or, lorsque l'acheteur bénéficiaire d'une promesse de vente, par exemple, lève l'option, c'est-à-dire décide à son tour de prendre un engagement d'achat envers le vendeur, il faut admettre que la promesse unilatérale de vente se transforme en un contrat de vente définitif. Pour la Cour de cassation, il résulte de ce que la vente est parfaite par la levée de l'option que le promettant ne peut plus rétracter son consentement après la levée de l'option¹⁸¹. Cependant, ce n'est pas la levée de l'option qui interdit la rétractation, mais bien la promesse elle-même. En effet, s'étant engagé à vendre, le promettant ne peut pas reprendre son consentement à la vente, même avant la levée de l'option. En réalité, si la Cour de cassation considère que la levée de l'option interdit la rétractation, c'est parce qu'elle considère, en dénaturant la promesse de vente, que cette rétractation est possible avant la levée de l'option, sauf à condamner le promettant à des dommages-intérêts. La solution consistant à admettre l'efficacité de la rétractation du promettant avant la levée de l'option par le bénéficiaire revient à traiter l'offre et la promesse unilatérale de la même manière, alors que la première est

¹⁸⁰ Parce que le bénéficiaire d'une promesse unilatérale de vente ne s'engage pas à acquérir, la signature d'une lettre de change en faveur du promettant au moment de la conclusion de la promesse ne peut valoir levée de l'option dans une location assortie d'une promesse unilatérale de vente (Com. 7 juillet 1992, JCP 1992. IV.2623). Il est vrai qu'on peut se demander, en dehors du paiement du loyer par le locataire-bénéficiaire de la promesse, pourquoi celui-ci s'engage envers le promettant par la signature d'un effet de commerce et il pourrait alors y avoir disqualification de la promesse unilatérale en promesse synallagmatique, du moins lorsqu'elle n'est pas contenue dans un bail ou une location. Toutefois, il pourrait aussi s'agir du prix de la promesse.

¹⁸¹ Civ. 3^e, 26 juin 1996, RJDA1996, n°905, Rep. Def. 1996.1371, obs. Mazeaud, D.1997. Somm. 169, obs. Mazeaud, Petites Affiches 30 mai 1997, note Bevière. V. aussi sur cet arrêt, rapport Pronier, RJDA1996.636.

insuffisante à former un contrat, contrairement à la seconde qui est déjà un contrat et engage donc définitivement le promettant à vendre et ce, pendant la durée de la promesse.

La promesse unilatérale peut quelquefois constituer un contrat synallagmatique, non parce que le bénéficiaire de l'option s'engage à acheter, auquel cas il y aurait promesse synallagmatique, mais parce que l'avantage consenti par le promettant au bénéficiaire peut comporter une contrepartie, par exemple une somme d'argent payée par le bénéficiaire du promettant. Il s'agit, en réalité, du prix de la promesse, lequel est quelquefois appelé par la pratique « indemnité d'immobilisation » en ce qui concerne la promesse unilatérale de vente d'un immeuble. En ce cas, la promesse unilatérale de vente, parce qu'elle est consentie à titre onéreux et en contrepartie d'un prix dont le bénéficiaire est débiteur apparaît, à n'en pas douter, comme un contrat synallagmatique, ce qui ne la transforme pas pour autant en promesse synallagmatique de vente, en l'absence de l'obligation d'acheter¹⁸². Cependant, d'une part, la jurisprudence, lorsque le prix de la promesse est important, a pu estimer que cela pouvait conduire le bénéficiaire à une obligation d'achat et, en conséquence, elle a disqualifié la promesse unilatérale en promesse synallagmatique¹⁸³. D'autre part, il a été admis que, lorsque l'indemnité d'immobilisation avait été fixée en fonction de la durée de l'option et que le bénéficiaire renonçait à acquérir avant le terme stipulé, cette indemnité pouvait être réduite. Une telle solution ne correspond manifestement pas à ce que l'indemnité d'immobilisation et le prix de la promesse et il en résulte que cette indemnité pourrait avoir une autre nature pour les juges. Telle n'est pourtant pas la position résultant de certains arrêts de la Cour de cassation française selon lesquels l'indemnité dite d'immobilisation est le prix de la promesse, et, plus précisément, celui de

¹⁸² Com. 4 juin 1996, RJDA 1996, n°1311.

¹⁸³ Cf. Paris 22 octobre 1991, D.1993 .Somm.234, obs. Paisant. La liberté d'acheter ou de ne pas acheter résulte d'une comparaison entre le montant de l'indemnité et le prix de vente, Civ. 3^e 26 septembre 2012, n°10-23912, inédit ; Rev. des contrats 2013.59, obs. Laithier.

l'exclusivité consentie au bénéficiaire. En cas de défaut de réalisation de la promesse, l'attribution définitive au promettant n'est pas subordonnée au préjudice que celui-ci éprouverait en raison de la nécessité dans laquelle il se trouverait de rechercher un autre acquéreur dans l'hypothèse où le bénéficiaire ne lèverait pas l'option, ledit préjudice étant inexistant dans le cas où le promettant refuserait de donner suite à son projet de vente en cas de renonciation du bénéficiaire¹⁸⁴. En effet, il ne s'agit pas de réparer un préjudice par l'indemnité dite d'immobilisation, mais tout simplement de prévoir une contrepartie à l'avantage consenti au bénéficiaire. Par conséquent, les circonstances postérieures à la fixation de cette contrepartie devraient être sans influence sur son montant¹⁸⁵.

De toute façon, l'indemnité n'est due au promettant ou ne peut être conservée par lui que si l'absence de levée de l'option est imputable au bénéficiaire¹⁸⁶. Si le refus de lever l'option est provoqué par l'inexécution de ses obligations pour le promettant, l'absence de levée de l'option n'est pas imputable au bénéficiaire et l'indemnité d'immobilisation ne peut être acquise au promettant¹⁸⁷.

La question est de savoir à quel moment le contrat synallagmatique de vente existe. Est-ce au moment où le vendeur a accepté de s'engager envers l'acheteur, auquel cas le contrat de vente existe dès le jour de la conclusion de la promesse et, dans cette mesure, la levée de l'option produirait un effet rétroactif ? Ou bien est-ce seulement au moment où l'acheteur lève l'option, c'est-à-dire décide de s'engager envers le vendeur, auquel cas il n'y aurait pas

¹⁸⁴ Civ. 1^{re}, 5 décembre 1995, D 1996.IR.28, DA 1996.143, RJDA 1996, n°477, Rep. Def. 1996.757, obs. Mazeaud. Voir aussi, Pierre, le prix de l'exclusivité dans les promesses de vente onéreuse, à propos de Civ. 1^{re}, 5 décembre 1995, JCP 1996.I.3981.

¹⁸⁵ En ce sens, Paris 7 mai 1997, RJDA 1997, n°1181, qui, sur renvoi de Civ. 1^{re}, 5 décembre refuse de s'incliner.

¹⁸⁶ V. Civ. 1^{re}, 17 Novembre 1998, JCP 1999.IV.1040, à propos de la rétractation d'une offre de prêt par le bénéficiaire, ce dont il résultait que la non-réalisation de la condition suspensive d'obtention d'un prêt stipulé à la promesse lui était imputable et il en allait de même pour l'absence de levée de l'option.

¹⁸⁷ V. Civ. 3^e, 1^{er} juillet 1998, DA. 1998.1563, D.IR.216, dans une espèce où le refus de lever l'option était justifié par l'existence d'une servitude grévant l'immeuble objet de la promesse, alors que le promettant avait affirmé l'absence de servitude.

de rétroactivité ? Le plus souvent l'option ne peut être levée par le bénéficiaire que dans un délai déterminé. En effet, la promesse unilatérale de contrat est généralement un contrat à durée déterminée. Cependant, rien n'interdit qu'elle soit conclue pour une durée indéterminée. En ce cas, le promettant peut la résilier unilatéralement à condition de ne pas abuser de son droit de résiliation. Toutefois, la Cour de cassation a admis que le promettant ne pouvait résilier qu'après avoir mis le bénéficiaire en demeure de lever l'option, ce qui n'est pas en harmonie avec le droit commun des contrats à durée indéterminée.

Certains auteurs ont prétendu autrefois qu'il convenait d'analyser la promesse unilatérale de vente en une vente sous condition suspensive. En effet, selon l'article 1304 du Code civil français (anciennement 1181), l'obligation contractée sous une condition suspensive est celle qui dépend en particulier « d'un événement futur ou incertain ». La condition suspensive est donc un événement dont on ne sait, au moment de la conclusion de contrat, s'il se réalisera ou non et qui, par conséquent, suspend jusqu'à son arrivée l'existence de l'obligation et donc du contrat. Lorsqu'un contrat ou une obligation dépend de la réalisation d'une condition suspensive, on doit considérer que tous les éléments de validité du contrat sont réunis, mais que le contrat ne peut pas encore produire ses effets dans la mesure où la condition n'est pas encore réalisée. Si la condition ne se réalise jamais, on doit considérer qu'il n'y a pas eu de contrat. Par conséquent, dans une promesse de vente, si l'acheteur ne lève jamais l'option, il n'y aura jamais eu de contrat de vente. Au contraire si la condition se réalise, si par exemple l'acheteur décide de lever l'option, on doit considérer que le contrat, et, par conséquent, les obligations qu'il a créées, existent non pas à la date du jour de la réalisation de la condition, mais rétroactivement au jour de l'accord des volontés. La solution est affirmée à l'article 1304-6 (anciennement 1179) du Code civil selon lequel « la condition accomplie a un effet rétroactif au jour auquel l'engagement a été contracté. Si le créancier est mort avant l'accomplissement de la condition, ses droits passent à ses héritiers ». Par conséquent, si l'on

décide d'analyser la promesse unilatérale de contrat, notamment la promesse unilatérale de vente, en ce contrat conclu sous condition suspensive, il faut admettre que la vente existe non pas à dater du jour de la levée de l'option, mais bien à dater du jour de la conclusion de la promesse.

Cependant, il est difficile d'admettre une telle analyse et aucun auteur à l'heure actuelle ne songe à considérer que la promesse unilatérale de contrat constitue un contrat sous condition suspensive. En effet, quel est l'événement qui, dans une promesse unilatérale de vente par exemple, fait l'objet de la condition ? Il s'agit bien entendu du consentement d'une des parties au contrat, l'acheteur en l'occurrence. Or, dès lors que l'objet de la condition est le consentement d'une des parties au contrat, il est impossible de considérer la promesse unilatérale de contrat comme un contrat sous condition suspensive. En effet, le consentement d'une des parties au contrat est un élément essentiel de la validité du contrat. C'est la raison pour laquelle on considère en doctrine et en jurisprudence, qu'une condition ne peut jamais porter sur un élément essentiel du contrat. Elle n'en est qu'une modalité, elle n'est pas une condition de validité. De la même façon, lorsqu'il s'agit d'une promesse consensuelle de contrat unilatéral solennel, telle la promesse d'hypothèque, il ne saurait davantage être question de rétroactivité, l'hypothèque ne pouvant exister qu'au jour où la condition de forme exigée par la loi pour sa validité a été remplie.

Ensuite, l'article 1304-2 (anciennement 1174) du Code civil français déclare que « toute obligation est nulle lorsqu'elle a été contractée sous une condition potestative de la part de celui qui s'oblige ». La condition potestative est celle dont la réalisation dépend purement et simplement de la volonté du débiteur. Ici, il s'agit bien d'une condition purement potestative puisque ce qui fait l'objet de la condition, c'est l'engagement du bénéficiaire de l'option. On comprend que le Code civil français ait prohibé la condition potestative lorsqu'elle a pour objet le consentement du débiteur. En effet, le débiteur ne sera tenu que s'il le veut, il ne sera pas tenu s'il n'accepte pas de

s'engager. Or, dans l'intérêt du créancier, le sort d'un contrat ne peut dépendre du consentement de l'autre partie au contrat, c'est-à-dire du débiteur. L'engagement du débiteur ne peut pas faire l'objet d'une condition, car il ne s'agit pas d'un événement incertain, à partir du moment où sa réalisation dépend purement et simplement de sa volonté. Il est donc impossible d'analyser la promesse unilatérale de contrat comme étant un contrat conclu sous condition suspensive¹⁸⁸.

Force est donc d'admettre que le contrat définitif ne peut exister que le jour où les deux consentements se trouvent l'un en face de l'autre, c'est-à-dire le jour de la levée de l'option. Par conséquent, les effets de ce contrat, notamment la création d'un rapport d'obligation entre les deux parties au contrat, ne se produiront qu'à ce moment-là seulement. Ainsi, le bénéficiaire d'une promesse unilatérale de vente ne deviendra propriétaire qu'au jour de la levée de l'option et non pas rétroactivement à dater du jour de la conclusion de la promesse. Le vendeur ne sera tenu de livrer qu'à dater du jour de la levée de l'option et l'acheteur ne sera tenu de payer le prix qu'à ce moment-là. Pour qu'il y ait contrat valablement formé, il faut que les deux volontés des parties au contrat se rencontrent. Tant qu'elles ne sont pas rencontrées, il ne peut y avoir de contrat. Dans le cas de la promesse unilatérale de contrat, les consentements des deux parties au contrat ne sont pas simultanés. Ainsi, dans la promesse unilatérale de vente, le vendeur donne son consentement en tant que vendeur, c'est-à-dire s'engage à vendre, le jour de la conclusion de la promesse, alors que l'acheteur ne s'engage à acheter que le jour de la levée de l'option. Il en résulte que, jusqu'au jour de la levée de l'option, il ne peut y avoir de contrat de vente.

¹⁸⁸ C'est une chose de ne pas pouvoir analyser la promesse unilatérale de contrat en un contrat conclu sous condition suspensive. C'est une toute autre chose de considérer que des conditions suspensives peuvent être éventuellement contenues dans une promesse unilatérale. Ainsi, l'obligation du promettant peut être soumise à la réalisation d'une condition, son engagement n'étant donc pas certain. De même, l'obligation du bénéficiaire de verser une contrepartie peut dépendre d'une condition et tel est le cas, par exemple, lorsqu'il s'agit d'une promesse de vente d'immeuble.

Deuxième partie

L'obligation elle-même dans la vie des affaires

Chapitre 1 : L'obligation contractuelle des affaires

Section 1 : Le droit religieux et la vie des affaires

Section 2 : La philosophie de l'obligation religieuse et le droit contemporain des affaires

Chapitre 2 : Le droit des affaires dans ses rapports avec l'interdit moral religieux

Section 1 : Le droit des sociétés commerciales

Section 2 : La clause arbitrale du contrat FIDIC au regard des systèmes juridiques arabes du Moyen Orient

Section 3 : L'approche juridique et le fonctionnement de la finance islamique

Deuxième partie *L'obligation elle-même dans la vie des affaires*

La vie économique et sociale avait été il y a longtemps en Europe régie, comme on sait, durant de long siècles par un droit d'inspiration religieuse. Tel est encore le cas à l'époque actuelle d'un grand nombre de pays arabo-musulmans. L'apparition dans la plupart de ces pays de banques dites islamiques depuis bientôt quatre décennies en est le signe le plus tangible. Institutions religieuses et entreprises de crédit tout à la fois, les établissements de ce type opèrent dans le strict respect des enseignements de la *Chari'a* qui condamne la perception d'intérêt sous n'importe quelle forme ; la rémunération du crédit est alors assurée par des mécanismes juridiques de substitution.

Ailleurs, dans les pays séculiers d'Europe et d'Amérique, les religions constituent le biais des idéologies qu'elles portent à influencer le droit. La morale de l'efficacité économique théorisée par de grands juristes contemporains pourrait bien avoir ses racines dans les croyances jadis répandues dans les sectes puritaines de la Nouvelle Angleterre que le succès dans le travail, le gain et la richesse sous la manifestation de la gloire de Dieu. Cependant, un autre courant se dessine en Europe, où l'on perçoit à travers une conception nouvelle du rapport contractuel, la prise en compte par le droit de valeurs morales inspirées de l'humanisme chrétien : la protection de la partie la plus faible dans une relation d'affaires, le respect de la dignité des personnes qui y sont impliquées, la solidarité entre contractants sont des exigences nouvelles qui infléchissent de plus en plus les règles et les solutions du droit positif.

Il est grand le mystère qui entoure les rapports du droit à la religion, peut-être vaut-il mieux comprendre, faire ici la part de la pure conviction : « Heureux ceux qui croient sans voir » (saint Jean, 20 ,25). Nous n'aurons pas la prétention ici de percer un tel mystère. Avancer dans ce labyrinthe, y placer quelques jalons, braquer les phares de la religion pourraient peut-être aider à faire progresser la justice. C'est à cela que tendent ces quelques réflexions.

Il est sûr que dans les sociétés primitives, la religion a servi de vecteur à la règle de droit pour la lancer et l'imposer au respect des peuples. Ainsi, selon Ibn Khaldoun, c'est « l'influence de la loi religieuse » qui a permis aux Arabes de s'unir et de se constituer un royaume¹⁸⁹. L'Etat de droit a commencé par être un Etat religieux. Cependant dans les pays sécularisés comme le sont les grandes démocraties occidentales, le droit est en principe séparé de la religion et du système moral qu'elle impose. La question n'en reste pas moins posée de savoir s'il est réellement indépendant, s'il n'en subit pas encore les influences¹⁹⁰.

Celles-ci sont toujours visibles dans les systèmes des pays arabo-musulmans, ceux d'entre eux, en particulier, qui se proclament Etats islamiques, où la religion continue, du moins officiellement, à exercer son emprise sur le droit. A l'analyse, cependant, le rapport religion/droit, droit/religion, paraît en certaines matières, particulièrement celles des contrats, quelque peu brouillé. C'est, d'une part, parce que, dès l'origine, les *fuqahâs* ont interprété ces matières avec une très grande liberté, s'écartant sensiblement de la lettre des textes sacrés, et en raison, d'autre part, des innombrables emprunts faits par tous les États arabo-musulmans contemporains aux droits séculaires d'Europe et d'Amérique, particulièrement dans les matières touchant aux affaires. L'alignement de ces États sur le droit des pays les plus développés va certainement aller en s'accroissant avec le phénomène de la globalisation qui n'épargnera pas les pays musulmans ; peut-être conduira-t-il un jour, comme on le dit, à la remise en cause de tous les grands systèmes religieux.

La question relative à la place qu'occupent dans le droit contemporain des affaires les valeurs religieuses se pose dans les mêmes termes pour toute autre branche du droit et conduit théoriquement aux mêmes conclusions. Il est vrai que de telles valeurs affleurent dans certaines branches, ainsi dans le droit de la famille, particulièrement dans les pays musulmans qui, de manière générale, conservent dans leurs législations actuelles les principales institutions et règles que prévoit le Coran, tandis que pour retrouver de semblables valeurs dans le droit des affaires,

¹⁸⁹ Discours sur l'histoire universelle, ed Sindbad, p.298 ; cf. Adleeb ABU-SAHLIEH, Les musulmans face aux droits de l'homme, W. Bochum, 1994, qui s'y réfère, p.23

¹⁹⁰ Jean CARBONNIER, « la religion, fondement du droit ? : Droit et Religion », Arch. De Philosophie du droit. T.38 Sirey 1993. n°98 et p.17 et s

l'on devra remuer toute la masse des intérêts économiques, sociaux et politiques sous lesquelles elles sont enfouies.

Il faut voir cependant que, ce qu'on appelle communément aujourd'hui droit des affaires¹⁹¹ ne désigne pas une branche du droit au contenu bien déterminé ; il s'agit plutôt d'une sorte de notion-cadre regroupant dans une approche pluridisciplinaire des matières juridiques de natures diverses pour peu qu'elles se rapportent à des activités ayant des incidences économiques¹⁹². Certes, on y trouve en bonne place le droit commercial dans toutes ses branches (contrats commerciaux, sociétés, effets de commerce, procédure collective, banque, bourse, transport) mais aussi des pans entiers de droit fiscal, de droit social, de droit pénal, de droit public économique. La notion inclut, en outre, des matières qui relèvent de catégories spécifiques, comme le droit des brevets et marques, la protection des consommateurs, le droit des professions libérales, l'arbitrage, notamment l'arbitrage institutionnel tombé sous la domination des grandes firmes internationales d'avocats. De manière générale, la plupart des activités qu'offre la vie sociale et économique sont aujourd'hui affairisées : l'agriculture, l'artisanat, les loisirs, le sport, l'art, la culture, la recherche scientifique, les médias. Ajouter pour les Etats-Unis, l'avocature depuis que les firmes de « *lawyers* » sont autorisées à faire de la publicité, la « *charity business* », sans exclure les religions, et les sectes qui en découlent, « gérées avec des méthodes de médiatisation et de marketing de plus en plus sophistiquées ».

Toutes ces matières font l'objet d'abondantes réglementations d'origine étatique ou extra-étatique qui répondent à des impératifs économiques, sociaux ou politiques d'ordre souvent conjoncturel. De caractère essentiellement technique,

¹⁹¹ L'expression « Droit des affaires » aurait été utilisée pour la première fois par J. RAULT en 1930 (J. HILAIRE, « Quel droit des affaires ? Essai de Prospective Juridique : Le Droit des affaires », Mélanges A. Sayag, 1997, Litec, p 148) et serait en passe de se substituer à la notion traditionnelle du droit commercial. Au cours des années 30, Georges DUHAMEL écrivait (Chronique des Pasquier I, 11) : « en ce temps-là qui n'est pas fort lointain, on ne disait pas encore droit « des affaires » avec l'accent spécial qu'on y met aujourd'hui. On disait de façon plus modeste et plus précise, « le commerce » aujourd'hui cet appelant a pris un coup de vieux et commence à tomber en désuétude au détriment de droit des affaires ».

¹⁹² L'idée, explique Michel PÉDAMON, est « que les problèmes du commerce, de l'industrie et des services ne doivent plus être appréhendés sous un angle unique – celui du droit commercial – mais qu'ils doivent être traités sous tous leurs aspects (droit fiscal, droit social, droit public économique), c'est-à-dire de manière interdisciplinaire », droit commercial, précis Dalloz n°70, p. 59 ; V. aussi les explications de J. HILAIRE, op. cit. P 56 et s

elles font très peu de place aux principes généraux du droit qui traduisent les grandes exigences morales et l'impératif de justice. Mais ces textes ont généralement la vie brève. Leur durée de fonctionnement dépend des facteurs liés à l'évolution du marché. Dès que les intérêts pour lesquels ils ont été conçus paraissent dépassés, ils sont modifiés, ou simplement révoqués.

Le vrai droit des affaires, celui qui fait avancer à long terme, de manière efficace, le fonctionnement de l'économie marchande, c'est le droit conçu et mis en œuvre par les praticiens et que bien souvent, les autorités légales finissent par adopter. Il s'agit de structures en général assez complexes constituées d'usages commerciaux, de contrats-types, d'arbitrages, de montages, de techniques de gestion, élaborés en dehors des grands axes du droit commun et le plus souvent en réaction contre lui .

Deux soucis animent la pratique marchande dans l'élaboration de ces structures : elle cherche tout d'abord à affûter des instruments juridiques pour saisir dans les meilleurs conditions possibles les opportunités qui se présentent et les adapter à un donné réel en constant changement, le *fasâd al-zamân*, la corruption des temps, comme disent les *fuqahâ'* musulmans. Elle s'efforce (effort = *ijtihad*), en outre, de créer des mécanismes juridiques qui permettent d'esquiver l'application de toute disposition impérative pouvant entraver la liberté de mouvement, particulièrement les règles à finalité morale qui, dans un monde gagné par la fièvre de l'argent, paraissent inutiles et obsolètes...

C'est alors que la pratique marchande se heurte inévitablement aux impératifs de la religion. Celle-ci a pour vocation, comme on sait, d'envelopper l'homme dans sa totalité, pénétrer sa conscience, gouverner ses activités, régir ses comportements. Les relations d'affaires n'y échappent pas ; elles font parties de comportement humain dont chaque homme est moralement responsable. Un théologien chrétien affirmait il y a quelques années : « l'Évangile s'applique à tous les domaines de la vie, il n'y a aucune question qui échappe à la révélation ». L'Islam n'a pas un discours différent.

Lorsqu'elle interfère dans le droit, la religion le fait de deux manières différentes : soit tambour battant en imposant ses règles, normes révélées comme

dans la *Chari'a*, ou établies simplement par des autorités religieuses, comme le droit canon ou la Torah ; elles sont alors appliquées, parfois directement par les autorités religieuses elles-mêmes, mais plus souvent par un pouvoir séculier qui leur est inféodé comme cela s'est longtemps produit dans le monde chrétien et comme c'est généralement le cas, encore aujourd'hui, dans le monde musulman, soit indirectement, en influençant le droit par la médiation de la morale, de la culture et des mœurs qu'elle continue de façonner, malgré tous les obstacles que lui oppose aujourd'hui le monde moderne : obstacles philosophiques, politiques, idéologiques.

Certes, cela ne va pas sans tension. La confrontation majeure entre les religions qui ont longtemps pesé d'un poids considérable sur le cours de la vie économique et sur l'évolution des sociétés humaines et la pratique marchande s'est déroulée essentiellement sur le terrain du prêt à intérêt formellement prohibé par trois religions monothéistes, judaïsme, christianisme et Islam. Or, le crédit est le nerf du commerce. Pour échapper à cette prohibition comme à toute règle de droit religieux pouvant gêner ses activités, la pratique marchande mettra en œuvre des expédients, montages juridiques parfois grossiers que le pouvoir religieux, surtout en Europe, ne manquera pas de dénoncer dans certains cas ; néanmoins sous la pression de circonstances économiques ou sociales, il finit par les tolérer, certains d'entre eux seront même absorbés par le système.

Cependant, et encore aujourd'hui, dans les sociétés sécularisées d'Occident où droit et religions sont séparés, où donc il n'existe aucune chance qu'une norme d'inspiration religieuse puisse s'imposer à ce titre, l'influence de la religion sur le droit, qu'il s'agisse de l'élaboration de la règle de droit ou de son application, persiste contre toute attente, comme une sève intarissable qui monte de la conscience « Lors même, écrit le Doyen Carbonnier, que la religion instituée n'a plus la parole, la religiosité qu'elle a déposée dans les mœurs continue d'agir »¹⁹³. Ainsi, par les idéologies qu'elle porte : préceptes, prescriptions, enseignements qui à un stade ou à un autre de l'évolution des sociétés humaines ont été conçus en termes de transcendance, les religions continuent, chacune pour sa part, à influencer en profondeur le droit contemporain moderne.

¹⁹³ Jean CARBONNIER, Sociologie juridique, PUF 1978, p. 237

CHAPITRE 1 : **L'OBLIGATION CONTRACTUELLE DES AFFAIRES**

Principe – Dans les transactions internationales, les rapports du droit musulman des contrats et du droit des affaires soulèvent des problèmes à la fois épineux et actuels. L'étude de ces rapports présente un intérêt d'ordre à la fois, théorique de pratique.

Théoriquement, cette étude permet d'approfondir la nature des liens que le système contractuel musulman, marqué par la prééminence de la règle morale, peut avoir avec des techniques du droit des affaires ; dans celui-ci prime avant tout la recherche du profit. Il convient d'analyser l'impact de la règle morale et de ses répercussions sur l'autonomie de la volonté telle qu'elle est conçue et pratiquée dans le système contractuel musulman.

D'un point de vue pratique, ce système a forcément évolué, compte tenu du fait que les pays du monde musulman sont, de plus en plus, impliqués aujourd'hui dans le courant des échanges commerciaux avec un monde qui est devenu un village planétaire des échanges.

Alors entre droit religieux et vie des affaires, quelle compatibilité ou adaptabilité ? Tout cela sous l'encadrement et le respect d'une philosophie opaque et entière d'un droit religieux dans des pays où le cocktail ou une mixture juridique est devenu plus que nécessaire.

Section 1 : le droit religieux et la vie des affaires

**Section 2 : La philosophie de l'obligation religieuse et le droit
contemporain des affaires**

Section 1 : Le droit religieux et la vie des affaires

Sur les rapports entre la religion et les affaires, on parle fréquemment d'opposition, voire même d' « hostilité », de lutte violente qui aurait été menée par l'Eglise et le pouvoir politique contre les marchands¹⁹⁴. Il y aurait, a-t-on écrit, comme « une connaturalité entre l'institution religieuse et l'institution monétaire... qui se manifeste par une concurrence explicite entre l'argent et la religion »¹⁹⁵ : Dieu et Mammon qui s'attirent et se repoussent ; cela est quelque peu excessif.

Il est vrai qu'on a longtemps enseigné en chrétienté que la recherche du profit peut sérieusement distraire l'homme de la préparation de son salut, et que le choix de la pauvreté est une vertu. L'enseignement catholique a toujours cultivé dans l'esprit des fidèles le mépris de l'argent. Le blâme porté par Saint Thomas d'Aquin sur le commerce qu'il accuse de satisfaire à la convoitise du lucre est bien connu, de même cette phrase maladroite dans le décret du Gratien : « le marchand ne peut pas plaire à Dieu sinon difficilement ». Pour autant l'Eglise n'a jamais vraiment condamné le commerce. Très tôt, elle a pris conscience de l'utilité et de la nécessité des marchands. L'idée de « bien commun » et « d'utilité commune », qui est aujourd'hui au cœur de la doctrine économique et sociale de l'Église, a été appliquée dès le Moyen Age à l'activité des marchands et ces derniers ont pu compter sur sa protection. On rapporte, en particulier, qu'en 1074 le pape Grégoire VII a menacé Philippe 1^{er} roi de la France d'excommunication pour avoir confisqué leurs marchandises à des marchands italiens. Le concile de Latran en 1179 a étendu aux marchands le bénéfice de la trêve de Dieu au même titre que les prêtres, les moines et les pèlerins.

En pays d'Islam, l'activité commerciale a toujours été considérée avec faveur. Il est dit dans la tradition prophétique que « le marchand sincère et de confiance sera au jour du jugement parmi les prophètes, les justes et les martyrs »¹⁹⁶. Il faut bien se rappeler, comme l'observe Louis Gardet, que bien des compagnons

¹⁹⁴ VASSEUR, « L'entreprise et l'argent », D.S 1982 Chr. P. 11.

¹⁹⁵ Etienne PERROT, « L'argent sous les feux de la religion », Arch. De philosophie du droit, t. 42, Sirey 1997, p. 61

¹⁹⁶ Maxime ROBINSON, Islam et Capitalisme. Et. Du Seuil. 1996. p 33-34.

du Prophète et Khadija sa première épouse, sans parler du milieu omeyyade, avaient été de grands marchands caravaniers désireux d'un légitime profit. L'Islam ajouta-t-il, comme plus tard le calvinisme « a toujours considéré qu'un croyant sincère et fidèle pouvait parfaitement répondre aux exigences de sa foi dans la vie d'un honnête marchand ».

Les marchands de leur côté ne manquaient pas de manifester de grandes marques de respect envers la religion. Ainsi par exemple, les actes utilisés pour le commerce dans l'Europe chrétienne du Moyen-Age, contrats, traités, lettres de changes, statuts de société, portaient généralement en début et en fin de texte des invocations pieuses. Dans le monde musulman, même aujourd'hui encore, certains commerçants prennent soin de placer en tête de leurs actes la mention qu'il est fait « au nom de Dieu, le Clément, le Miséricordieux ». En Europe, les corporations de marchands avaient chacune leur saint patron et les règles de leurs statuts leur imposaient un certain nombre de devoirs religieux comme de demeurer dans la foi catholique, de combattre les hérétiques, de chômer les jours fériés, d'entretenir certains lieux de culte. Il en fut de même en pays d'Islam où l'on a vu, à partir du XIVe siècle en Anatolie, des corporations de marchands et d'artisans adopter les doctrines et les cérémonies des fraternités mystiques musulmanes.

Il faut bien souligner aussi le fait que la résistance des marchands aux règles religieuses qui touchent au commerce, particulièrement, la prohibition du prêt à intérêt, n'a jamais pris la forme d'une contestation de leur bien-fondé, ni d'une opposition ouverte à leur application. Ce qui s'est produit est bien plus subtil : les marchands du Moyen Age, aussi bien Arabes que Chrétiens, ont tenté d'esquiver les dispositions les plus gênantes du prêt à intérêt, en inventant des expédients juridiques qui permettent de les neutraliser, créant de la sorte, en marge du droit des clercs qui leur était imposé, un contre-droit des marchands dont le mode de fonctionnement des banques islamiques constitue aujourd'hui le modèle le plus achevé.

Le rôle du droit religieux dans la vie des affaires ne s'est pas limité à la question de la prohibition du prêt à intérêt. Il faut se rappeler qu'en Europe la contribution des canonistes à la réforme de la théorie de l'obligation telle que l'avait laissée le droit romain a été considérable, « elle a fait souffler sur l'ancien droit,

comme on a dit, un vent d'équité, et a permis d'assouplir considérablement les mécanismes traditionnels du droit des contrats »¹⁹⁷. On leur doit, écrit Georges Ripert, le principe du consensualisme, celui de la force obligatoire de la parole donnée, l'idée d'un juste équilibre entre les prestations promises, la nécessité de protéger le contractant le plus faible, de sanctionner l'abus de droit, de réparer tout préjudice causé à autrui, le devoir d'assistance et bien d'autres règles ou principes¹⁹⁸. Il est même possible, fait-il remarquer, « que la renaissance romaine ait arrêté les canonistes dans l'élaboration d'une conception plus souple des contrats et de la responsabilité civile ». L'introduction de ces principes dans le droit des affaires s'est faite sans anicroche, car, sans doute, ont-ils été jugés utiles à l'équilibre, il est vrai délicat, qu'ils établissent entre la sécurité des transactions et la protection de la volonté des parties contractantes. Ils ont été facilement admis par la pratique marchande et intégrés par la suite dans le droit commercial moderne qu'on appelle aujourd'hui le « droit des affaires ».

Le droit musulman comporte pour sa part des prescriptions à finalité proprement économique. Ainsi la thésaurisation de l'argent est-elle spécifiquement interdite par le Coran¹⁹⁹, de même l'accaparement des produits : « n'accapare qu'un pécheur », dit un hadith ; enfin selon un autre hadith, l'État ne doit pas intervenir dans la fixation des prix : « c'est Dieu qui fixe le prix » aurait dit le Prophète « en accroissant et diminuant (abondance des produits), il est le Pourvoyeur. En m'immisçant dans ses prérogatives, je risque d'être injuste »²⁰⁰. Aussi pour l'Islam, le jeu du marché est-il comme toute forme d'activité humaine, soumis à la volonté de Dieu.

Le *fiqh* a développé, en outre, une théorie très stricte de l'objet de l'obligation qui vise à éliminer toute incertitude pouvant affecter la nature, le genre, la quantité et même la qualité de la chose sur laquelle elle porte. C'est à ce titre que la vente d'une chose future fut longtemps tenue en suspicion et que les transactions affectées

¹⁹⁷ Philippe MALAURIE et Laurent AYNES, Droit civil, Introduction Générale, éd. Cujas, p. 490.

¹⁹⁸ Georges RIPERT, la règle morale dans les obligations civiles, L.G.D.J., 1949, p. 33

¹⁹⁹ « Annonce un châtement douloureux à ceux qui thésaurisent l'argent sans rien dépenser dans le chemin de Dieu, le jour où les métaux sont portés à incandescence dans le feu de la Géhenne et qu'ils serviront à marquer leur front, leurs flans et leur dos... » IX, 34, 35.

²⁰⁰ Cité par Rafic AL-MASRI, Essai d'intégration d'une banque de développement dans une société islamique. Thèse Rennes 1975. p 121-122

d'un aléa (*gharar*), ont été condamnées, comme par exemple le contrat d'assurance. Mais l'effectivité de ces règles reste limitée en raison des assouplissements considérables que les *fuqaha'*, relayant sur de nombreux points les praticiens, apportent progressivement à l'ensemble des systèmes, faisant tantôt appel au principe de nécessité (*darura*) ou invoquant plus directement le *fasâd al-zamân* (la corruption du temps) : changement d'époque et des mœurs, cet argument devient même un principe directeur que consacre à ce titre l'article 39 du *Medjellé* ottoman : nul ne doute que les règles du droit changent avec les époques ». Cependant, l'interdiction du prêt à intérêt par les trois grandes religions monothéistes fut conduite avec beaucoup plus de fermeté, en réaction sans doute contre les abus auxquels a donné lieu la pratique de l'intérêt durant l'Antiquité et le Haut Moyen-Age ; aussi, l'intérêt, comme modique, a-t-il été confondu avec l'usure véritable²⁰¹. Cette position répond à des considérations qui sont à la fois d'ordre moral et spirituel.

On fait notamment observer que l'interventionnisme spirituel de l'Église, la remarque vaut également pour l'Islam, évoque à bien des égards l'interventionnisme social d'aujourd'hui : « Les contraintes spirituelles prêchées par l'Église s'exerçaient alors, comme on l'a fait remarquer, sur un milieu économique où le conflit majeur n'est pas comme dans nos sociétés modernes entre salariés et patrons, mais comme dans les économies primitives entre, emprunteurs et usuriers »²⁰². En outre, les théologiens tant chrétiens que musulmans pouvaient difficilement admettre l'idée que l'argent puisse engendrer de l'argent par le seul effet du temps sans travail de l'homme (*nummus non parit nummas*), alors que le temps n'appartient qu'à Dieu et non aux hommes. En fait, l'influence exercée à ce plan pour le judaïsme sur les deux autres religions a été décisive. L'Église a fondé toute sa doctrine de la prohibition du prêt à intérêt sur des textes de l'Ancien Testament. Quant à l'Islam, il semble, d'après Joseph SCHACHT, que les passages essentiels du Coran concernant la prohibition du *riba* proviennent de la période médinoise durant laquelle le Prophète a fait plus intimement connaissance avec la doctrine et la pratique juives.

²⁰¹ A ; DAMAS, « Intérêt et Usure », dictionnaire de droit économique t. V, V, Pons 1953, col. 1475-1476.

²⁰² E. LABROUSSE, Preface l'ouvrage de R.H Tawney, La religion et l'Essor du capitalisme, Libr. Marcel-Rivière et Cie, p. XV

Diverses sanctions aussi bien spirituelles que proprement juridiques avaient été attachées à ces règles : excommunication de l'usurier chrétien, menaces des tourments de l'Enfer pour l'usurier musulman, mais aussi inefficacité de l'acte usuraire, à quoi pouvait s'ajouter en Europe, d'autres mesures, comme la confiscation de corps et de biens, des amendes, l'expulsion, que les juridictions ecclésiastiques appliquaient elles-mêmes directement durant le Moyen-Age avant de passer la main au pouvoir séculier. En France, on continuera jusqu'à la veille de la Révolution à condamner pour usure les banquiers, même ceux qui pratiquaient des taux modiques.

Comparée à d'autres systèmes religieux, les positions des trois grandes religions juive, chrétienne et musulmane paraissent à cet égard assez singulières. Il est vrai que dans le monde antique gréco-romain, le prêt de consommation a toujours été perçu comme un acte gratuit, mais la pratique du prêt à intérêt s'est vite imposée avec le développement du commerce terrestre et maritime aussi bien dans les républiques grecques, malgré l'opposition des philosophes, que dans le monde latin où de bonne heure, le législateur romain s'est occupé d'en limiter le taux.

Dans les civilisations asiatiques, la question semble n'avoir jamais posé problème. Selon un auteur spécialiste de la question, le brahmanisme serait une religion fondée sur la « dette permanente », le prêt représente l'acte sacré par excellence et les taux d'intérêt sont réglementés de manière variable en fonction des castes, le taux le plus élevé est requis des intouchables, tandis que les brahmanes ne payent presque rien. D'une manière générale, note-t-il, la tendance en bouddhisme est de considérer que les affaires sont les affaires et l'argent est un karma positif²⁰³.

Cependant, en Europe comme en terre d'Islam, l'interdiction du prêt à intérêt malgré la sévérité des sanctions n'a jamais été d'une grande effectivité. L'activité économique dont le développement à partir du XIII^e siècle s'est considérablement accru de part et d'autre de la Méditerranée n'en a pratiquement pas souffert. Aussi, l'idée souvent avancée que la prohibition du prêt à intérêt a retardé le décollage économique des pays qui l'ont pratiquée nous paraît bien exagérée. En Europe, les nécessités du commerce et du crédit ont ramené tôt les autorités tant civiles que

²⁰³ Bernard BARTHET : Il y a mille ans en Chine, les bouddhistes, banquiers », Actualité des religions, juin 1997 ; du même auteur, S'enrichir en dormant, L'argent et les Religions, Desclée de Brouwer, 1998

religieuses à multiplier les privilèges et les dispenses. Ainsi, à diverses époques, et notamment, durant la Guerre de Cent ans, les Juifs ont pu en toute licéité pratiquer le prêt à intérêt à des taux limités et à partir du XVe siècle, les papes leur ont délivré des patentes leur permettant d'établir des banques. Les mêmes privilèges sont accordés en France aux Cahorsins et aux Lombards qui furent autorisés à tenir ce que l'on appelait des « tables de prêt ».

En outre, les foires de Champagne et de Brie qui se tenaient six fois l'an, et par la suite, les foires de Lyon en France ont pu bénéficier dès le XIIe siècle de la suppression en leur faveur de la prohibition de l'intérêt et de la fixation de son taux à un maximum de 15%. Enfin à partir du XIVe siècle, l'intérêt fut admis de manière générale à titre de *damnum emergens* compensant le dommage subi par le créancier pour s'être privé de son argent durant la durée du prêt, tandis qu'une décrétale d'Alexandre III autorisait l'intérêt à titre de *lucrum cessans* dans la vente à crédit.

Ailleurs dans les pays de droit écrit, les parlements avaient d'emblée pris d'autres orientations : certains combinant le droit romain qui admettait l'intérêt jusqu'à un taux modéré avec les ordonnances royales qui l'interdisaient, donnaient la prééminence au premier, tandis que d'autres provinces méridionales appliquaient purement et simplement le droit romain sans se soucier des prohibitions canoniques.

Puis progressivement, le droit religieux se libéralise. On commence d'abord par expliquer que seules sont interdites les *usuroe* qui servent à réaliser un gain, mais non pas celles destinées à réparer le préjudice né du retard mis par l'emprunteur à restituer un prêt à la date convenue. Certains prêts parurent mériter un régime spécial, ceux dans lesquels l'intérêt ne paraissait pas être un pur lucre, mais la compensation d'un « *damnum emergens ou lucrum cessans* » comme en particulier les prêts consentis par des marchands en faveur d'autres marchands. On dira alors que la monnaie étant l'outil d'un commerçant, il avait droit à une compensation quand il s'en privait pour faire un prêt.

Quant au système musulman, il n'a pas officiellement fléchi et demeure donc en principe fermement attaché aux règles prohibant le *riba* et le *gharar*, mais en principe seulement. En fait, dès le Haut Moyen Age, les *fuqahâ'* les plus intransigeants se sont laissés submerger par les expédients, ruses ou mécanismes de

substitution à l'intérêt, qu'utilisait systématiquement la pratique. Il semble même, tous les orientalistes s'accordent à le dire, que la pratique du prêt à intérêt, qu'elle soit le fait de non-musulmans et même de musulmans, n'a jamais cessé en pays d'Islam malgré son interdiction formelle que rappelle sans cesse les discours, les prêches, les colloques, les textes officiels. Joseph Schacht assure que « la profession du prêteur d'argent est florissante dans la plupart des pays islamiques » (un taux de 50% est souvent considéré comme un taux modéré). Ce qui est certain aujourd'hui, c'est que des banques et des établissements de crédit de type classique fonctionnent sans entrave dans la plupart des pays musulmans, même dans ceux qui comme l'Arabie Saoudite, qui sont farouchement opposés à la pratique de l'intérêt, et certains appartiennent même à des nationaux. Dans d'autres pays comme l'Iran, le Soudan ou le Pakistan qui ne tolèrent pas le système bancaire classique, la rémunération du crédit est néanmoins parfaitement assurée par les banques islamiques qui ont systématisé les expédients de marchands médiévaux créant à cet effet un véritable contre-droit que ne conteste nullement l'establishment religieux.

Il est habituel que les marchands aient un système de règles et de mécanismes spécifiques qui se rapportent à leurs activités. Depuis l'Antiquité, il a toujours existé un droit pour le commerce et les commerçants fonctionnant en marge du droit commun et qui a la particularité, comme dit Paul Huvelin, « d'être à la fois international, individualiste, laïc, non formaliste, et qui repose sur l'idée de lutte économique et de libre-concurrence²⁰⁴ ». Son autonomie, ajoute-t-il, a toujours été suffisamment forte pour lui permettre de se démarquer du droit commun « national ou religieux » et de pouvoir produire, le cas échéant, des effets que le droit commun n'aurait pas permis de réaliser.

Le contre-droit élaboré par les marchands pour tourner la prohibition du prêt à intérêt s'inscrit dans la même ligne ; construit morceau par morceau avec une très grande subtilité, essentiellement par les praticiens arabes, il va contribuer à l'affinement de la technique juridique et à l'enrichissement du droit des affaires. Certains de ces expédients inventés dès le VIIIe et IXe siècle seront vite absorbés par le *fiqh*, le droit officiel, comme la vente *salam* ou le *bei bil wafa* (une forme d'aliénation judiciaire) qu'on retrouve plus tard, en bonne place dans le *Medjellé*

ottoman. Les échanges avec l'Europe, favorisés dans un premier temps par les croisades, les feront d'abord connaître, ainsi que bien d'autres instruments du commerce international, aux marchands italiens qui les répercutent dans l'Europe du Nord. C'est grâce à cette collaboration entre les marchands arabes et italiens qu'a pu se constituer dès la fin du XIIe siècle une véritable *lex mercatoria* dont le berceau aura été depuis le fond des âges le commerce jamais interrompu entre les différents riverains de la Méditerranée.

Certains expédients sont de purs montages, des *hiyal*, véritables subterfuges juridiques. Ils sont constitués par la juxtaposition de deux ou plusieurs actes dont les effets cumulés se neutralisent réciproquement, ne laissant subsister que le profit recherché. La mohatra, de l'arabe *mokhatara*, qui fut très connue en Europe en est le prototype : l'opération se décompose en deux ventes successives entre les mêmes personnes portant sur un même objet. La première est faite pour un prix payable à terme (pour 1 500 dinars par exemple), elle est suivie séance tenante d'une revente par l'acquéreur du même objet au vendeur initial, pour un prix, cette fois, payé comptant et dont le montant est inférieur au précédent (1000 dinars).

Les *hiyal* ont été de manière générale assez bien tolérés par l'establishment religieux en pays d'Islam, les auteurs hanéfites n'hésitent pas à les exposer dans leurs ouvrages²⁰⁵. Ceux des autres rites paraissent plus réticents, particulièrement les hanbalites, qui officiellement les rejettent. Cependant, l'un d'entre eux, ibn Taimiya, aujourd'hui maître à penser des wahhabites d'Arabie Saoudite, paraît plus tolérant : « Si un musulman, écrit-il, accomplit une opération qu'il croit licite, comme le fait de recourir aux ruses pratiquées par les hanafites, le profit illicite qu'il en tire ne doit pas lui être enlevé ». L'attitude de l'Église est, en revanche beaucoup réservée, la mohatra fut condamnée en 1679 par un décret du Saint-Office et Pascal, dans la VIIIe provinciale, raille le jésuite Escobar qui admettait sa licéité.

Les substituts à l'intérêt²⁰⁶ sont des instruments juridiques dont le fonctionnement, parfaitement licite au regard du droit religieux, permet d'assurer indirectement la rémunération d'une avance d'argent. L'astuce sera de les utiliser à

²⁰⁵ Sur ce point Maxime RODINSON, op. cit. p. 52-53, qui rapporte plusieurs titres d'ouvrages traduits en allemand par Joseph SCHACHT.

²⁰⁶ Eugène SHAEFFER, « La prohibition de l'intérêt (riba) en droit coranique et le financement d'une économie moderne ». Revue Juridique et Politique, Indépendance et Coopération, 1984, p. 657.

cette seule fin en les détournant de leur finalité propre. Il en est ainsi par exemple de la commande ou de la lettre de change. La commande bien connue de l'Antiquité était largement pratiquée dans l'Arabie préislamique sous le terme de *mudaraba* que nous avons vu précédemment. L'opération servait à financer le transport des marchandises par caravanes à travers les déserts. Le partage du bénéfice résultant de leur vente entre bailleur de fonds et commandité apparaît comme une juste contrepartie du risque de perte que le premier aurait, le cas échéant, à supporter seul. Le *fiqh* n'a jamais mis en doute la licéité de l'opération généralement analysée comme une association capital-travail, ni d'ailleurs les canonistes. Elle est formellement autorisée par un décret de Gratien et explicitement admise par Saint Thomas d'Aquin. Cependant, le prêt maritime ou prêt de la grosse aventure comportant le versement d'un intérêt pour compenser le risque assumé par le prêteur, qui en est une variante, fut condamné par une décrétale du pape Grégoire IX. Mais dès le XVe siècle, les commentateurs sont parvenus à en réduire largement la portée.

La lettre de change, *saftaja*, connue et usitée dans le monde musulman depuis le VIIIe siècle avec, de cette époque, « des chaînes de *Hawalas* (transport de dette), correspondant, comme dit Paul Huvelin, aux chaînes d'endossement modernes » pouvait aisément servir à dissimuler un prêt à intérêt. Tout contrat de change comporte en effet une opération de crédit incorporée à l'opération de change. Ainsi la lettre de change va-t-elle souvent être détournée de sa fonction réelle pour servir la rémunération d'un prêt ; l'on ira même jusqu'à établir des contrats de change fictifs, encore appelés « change sec », comme lorsqu'une personne ayant fourni des fonds à une autre tirait sur elle une autre lettre de change payable à une échéance plus ou moins éloignée au même lieu de l'émission. Dans la stricte doctrine des canonistes, une telle opération est condamnée ; le profit du tireur qui n'a d'autre titre que le laps de temps écoulé depuis la fourniture du fonds a toujours été considéré comme une usure.

Il est certain que les expédients, qu'il s'agisse de montages ou de substituts au prêt à intérêt, ont été moins bien tolérés par le droit canonique que par le système musulman dans le cadre duquel la plupart d'entre eux avaient été initialement conçus. Cette différence a pour raison que dans la tradition canonique qui a marqué

en France l'ancien droit, et influencé le Code civil ainsi que les systèmes juridiques étrangers qui s'en inspirent, le juge chargé d'examiner le contenu d'un acte juridique est habilité à scruter les intentions de ses auteurs, à rechercher les motifs qui ont présidé à la rédaction et s'il lui apparaît qu'il poursuit un objet illicite ou immoral, à en prononcer la nullité.

En droit musulman, c'est tout le contraire. Il est recommandé au juge appelé à apprécier la licéité d'un acte ou à décider de sa qualification, de s'en tenir, lorsque ses termes sont clairs, à ce qui est explicitement formulé sans se préoccuper des intentions de ses auteurs. Cette recommandation figure même dans les principes directeurs du *Medjellé* ottoman : « en principe on doit donner aux termes leur sens véritable (art.12) ». Une disposition claire et précise ne comporte pas d'interprétation » (art .14). C'est la position traditionnelle du droit musulman, reconnaît Abd-Razzak El Souhoury²⁰⁷ qui voudrait la rattacher à la tendance qu'il trouve, dit-il, dans certains systèmes contemporains, droit allemand, droit anglais, où, pour la détermination du contenu d'un acte juridique, c'est la volonté déclarée qui est prise en compte au lieu de la volonté interne.

Dans le système musulman, cette position pourrait s'expliquer par l'ambivalence qui le caractérise : le droit procédant de la révélation, religion et droit s'imbriquent étroitement. Pour les départager, les *fuqaha'* procèdent d'une manière empirique ; ils considèrent que tout acte est soumis à une double appréciation, l'une est faite au regard de critères religieux (*diyanat*) et relève de la justice divine, l'autre obéit à des critères proprement juridiques (*kada'an*) et relève de la justice humaine. Or, à ce plan, les tribunaux étatiques sont tenus, comme le souligne un auteur, de « juger sur l'apparence ». Il ne leur appartient pas de fouiller les intentions ou de rechercher les motivations des actes qui ne peuvent être connus que de Dieu. « La *Chari'a*, précise-t-il, ne prévoit aucune situation d'où il ressort qu'une personne

²⁰⁷ Masader al-Haqq fi'al-islami, t. 1, p. 77. Pour autant précise l'auteur, « la légitimité islamique prend en considération l'esprit, non la lettre des contrats, mais elle traduit l'esprit de la lettre » (« Le droit musulman comme élément de refonte du droit civil égyptien », Rec. D'études en l'honneur d'Édouard LAMBERT, III, 1938, p. 629° Sur la distinction entre volonté interne et volonté déclarée : Christian LARROUMET, Droit Civil. Les obligations. T III 1^{er} partie n° 150 et s.

puisse être sanctionnée au titre de ses intentions ou de ses motifs, et qu'on puisse sur un tel fondement juger de la licéité d'un acte »²⁰⁸.

On peut dès lors parfaitement comprendre que les expédients utilisés pour tourner la prohibition du prêt dans le monde musulman aient pu largement fonctionner sans opposition majeure de l'appareil religieux et qu'ils continuent aujourd'hui, plus que jamais avec le soutien de cet appareil, d'assurer en toute orthodoxie religieuse la rémunération du crédit par l'intermédiaire des banques islamiques.

Si la banque islamique apparaîût comme un établissement de crédit d'un genre particulier, c'est qu'elle est avant tout, comme son nom l'indique, une institution religieuse. Dans l'idée de ses promoteurs, elle vise « à promouvoir un ordre économique nouveau qui incarne les valeurs du message islamique »²⁰⁹. Aussi, est-il recommandé aux dirigeants de ces banques « *de se parer d'un esprit missionnaire, d'agir pour des motifs idéologiques, de considérer que leur activité n'a pas seulement le gain pour objet, mais qu'elle est une forme de jihad destiné à répandre le message et à mettre en œuvre les moyens qui permettent de préserver la **oumma** des affres du mécréantisme* ». Dans certaines d'entre elles, un comité d'uléma exerce au niveau de la direction une sorte d'audit religieux veillant à la bonne orientation de l'activité générale de la banque et contrôlant la conformité des opérations entreprises aux exigences de la **Chari'a**.

Cependant, mises à part quelques affaires à caractère social ou même charitable, la banque islamique, en tant qu'établissement de crédit, fonctionne comme une véritable entreprise bancaire, elle reçoit des dépôts et fait des avances en argent aux clients qui le lui demandent. Mais elle utilise à cet effet des instruments juridiques pouvant assurer aussi bien aux déposants, sur les dépôts placés à la banque, dépôt d'épargne ou dépôts d'investissement, encore appelés dépôts participatifs, qu'à la banque elle-même, sur les avances qu'elle accorde à ses

²⁰⁸ Sur cette publication, Mustapha Al-ZARKA, *Al-fiqh al-islami fi thawibibi al-jadid*, 7^e éd, Dar-al-fiqr, Beyrouth, p. 30.

²⁰⁹ Jamal Edine M. MAHMOUD, *Sabab al-iltizamwa charitahou fi al-fiqh*, le Caire 1969 p. 283. « Il est dit dans un hadith célèbre, ajoute l'auteur, qu'il faut considérer l'intention et non pas le sens littéral des mots ; mais l'intention à elle seule ne peut suffire à entraîner la nullité d'un acte, la prise en compte de l'intention n'est pas admise par le fiqh, elle joue dans l'au-delà. Dans le monde, les jugements sont rendus sur l'apparence ».

clients, un bénéfice qui n'a cependant pas la forme d'un versement d'intérêts. Ainsi, tandis que sont bannies les opérations bancaires classiques (prêts bancaires, avance en compte, escompte des effets de commerces, affacturage, crédit documentaire), qui se résolvent par le versement d'un intérêt, on verra reflourir les vieux expédients qui ont toujours servi à tourner la prohibition du *riba*, comme les mécanismes associatifs, *mudaraba* ou *musharaka* ou les deux modes de crédit associé à la vente, *murabaha*, vente *salam*, crédit-bail, *lease-back* ; les banques islamiques feront en outre appel à des notions modernes comme celle de la personne morale, une notion que les pays du monde musulman ont accueilli malgré la réticence de quelques juristes traditionnels. A cet égard l'astuce trouvée par la Libye est significative consistant à restreindre la prohibition du prêt à intérêt aux seules personnes physiques autorisant implicitement les personnes morales à le pratiquer, une personne morale ne commet pas de péché²¹⁰. Gagner de l'argent, beaucoup d'argent, peut être le signe d'une bénédiction divine. A cet effet, les banques islamiques ne répugnent pas à recourir à de purs montages, véritables ruses juridiques, comme dans l'exemple suivant : une banque islamique établie dans un pays du Golfe commande à une société indienne pour un prix qu'elle paye immédiatement la fabrication de certains produits ; elle les revend aussitôt à un prix substantiellement supérieur à une autre société qui, comme par hasard, se trouve être la filiale de la première. Quelquefois, une simple technique de gestion ou un jeu d'écriture comptable permet de dissimuler le gain tiré d'une opération fiduciaire ; ainsi les banques qui éprouvent du scrupule à être rémunérées par la simple émission d'une lettre de garantie exigeront du bénéficiaire le versement d'une couverture de 25 à 30 % de son montant ; la somme sera placée à l'étranger, ou servira à des opérations d'investissement limitées à la durée de la lettre. En outre, la banque islamique n'hésite pas à percevoir pour elle-même des intérêts sur les dépôts qu'elle place à des taux élevés auprès des banques étrangères situées dans des pays qui n'appliquent pas l'Islam.

²¹⁰ Ainsi en Libye, l'interdiction du prêt à intérêt ne vise que les personnes physiques (art. 1° Loi du 5 Août 1972)

Section 2 : La philosophie de l'obligation religieuse et le droit contemporain des affaires

L'influence des idéologies religieuses sur le droit en général, celui des obligations surtout dans le monde des affaires, peut toujours s'exercer avec ou sans l'aide d'un pouvoir religieux par la prégnance de la morale qui en est imbibée, par la culture, par les mœurs. Dans les pays d'Europe ou d'Amérique, ni la sécularisation des institutions juridiques, ni les idéologies à contre-courant n'ont pu totalement effacer le fonds chrétien qui les imprègne. La sécularisation n'est-elle pas d'ailleurs, elle-même une idée chrétienne ? «*Mon Royaume n'est pas de ce monde... Rendez à César ce qui est à César*». La norme fondamentale, écrit admirablement le Doyen Carbonnier, pourrait bien être d'essence divine sans que fût altérée le moins du monde la laïcité des normes subordonnées, si c'était précisément la norme par laquelle Dieu a déclaré se désintéresser du droit, le renvoyant à la compétence du prince, c'est-à-dire à l'État, selon un mécanisme comparable au renvoi en droit international privé²¹¹.

La rupture avec la doctrine de l'Église sur le prêt à intérêt a pu être elle-même fondée sur les Évangiles. On s'est aperçu, un peu tard, il est vrai, que le Christ n'a jamais porté un mot de blâme aux opérations bancaires auxquelles il fait directement allusion dans la parole des talents, et d'où il ressort, qu'au contraire il serait sage de les pratiquer. Il est vrai que les Évangiles recommandent aussi de prêter sans contrepartie dans un esprit de charité, mais il faut y voir une recommandation faite aux parfaits et non pas une règle à laquelle on est astreint sous peine de déplaire à Dieu.

Calvin a été l'un des premiers à rompre officiellement avec le système séculaire de l'Église en distinguant très nettement le prêt à intérêt à taux modéré qu'il déclare licite du prêt à taux usuraire qui reste condamnable. L'on attribue généralement à la libération du crédit que propage l'enseignement des Églises

²¹¹ J. CARBONNIER, *La religion, fondement du droit ?*, p. 19 « Les valeurs démocratiques contemporaines, fait observer Jacques CADART sont elles-mêmes directement issues de la pensée qu'installe définitivement le christianisme... Les philosophes des Lumières, ajoute-t-il, sont eux-mêmes, largement et essentiellement issus de lui à travers le Moyen Age, la Renaissance et le XVIIe siècle » : l'origine antique, récente et chrétienne de toutes les institutions politiques libérales et génératrices de la Révolution industrielle et créatrice du monde moderne, *Mélanges dédiés à Robert Pelloux*, 1980.

réformées, le développement dans les pays protestants, Angleterre, Allemagne, Pays-Bas, du commerce et de l'industrie, voire même la Révolution Industrielle ; c'est d'ailleurs dans ces pays qu'apparaissent à partir du XVIII^e siècle les premiers signes du capitalisme moderne qui s'étendra rapidement à l'ensemble des pays occidentaux.

Partant de là, deux courants issus tous les deux d'idéologies chrétiennes, mais qui sont aux antipodes l'un et l'autre, vont se développer et marquer jusqu'à nos jours, de manière contrastée, le droit contemporain des affaires. Le premier, dont les lointaines racines, pourrait bien se trouver dans la morale économique telle qu'elle a été façonnée par l'esprit puritain des protestants de la Nouvelle Angleterre conduit à apprécier toute activité économique à l'aune de la seule efficacité. A l'opposé, un autre courant se dessine en Europe où l'on perçoit à travers une conception nouvelle du contrat la pénétration dans le droit des affaires de valeurs morales inspirées de l'humanisme chrétien.

§1 : La morale de l'efficacité économique

Sans doute, l'idée jadis soutenue par Max Weber d'une corrélation étroite entre l'éthique protestante et l'esprit du capitalisme, allant jusqu'à affirmer que la naissance « de l'ethos du capitalisme bourgeois moderne... fut l'œuvre des seules sectes acétiques (puritaines) et de leur organisation méthodique de la vie »²¹² peut paraître excessive, elle a fait d'ailleurs l'objet de nombreuses critiques²¹³. Nul ne nie cependant le fait que la morale puritaine a été un facteur vital dans le développement du capitalisme moderne, qu'elle a façonné les mentalités et les comportements de la forme de l'esprit capitaliste²¹⁴. Ainsi fut répandue l'idée que réussir dans les affaires, c'est marcher dans l'œuvre de Dieu. « *La conscience de se*

²¹² Max Weber, *L'éthique protestante et l'esprit du capitalisme*, Flammarion 2000, p. 342.

²¹³ Sur les critiques de cette thèse, cf. : Annette DISSELKAMP, *Éthique protestante de Max Weber*, PUF 1994, pp. 1-70

²¹⁴ « Le puritanisme stimulateur d'abstinence, d'épargne reproductive, constitue sans nul doute, écrit E. LABROUSSE un des caractères originaux du capitalisme anglais, mais il ne fut guère qu'un « excitant », un « ferment », un « tonique » ».

tenir dans la plénitude de la grâce de Dieu, écrit Max Weber, et d'être visiblement l'objet de sa bénédiction, permettait à l'entrepreneur bourgeois qui restait dans les limites de la correction formelle... et qui ne faisait pas un usage scandaleux de la richesse et se laisser guider par ses intérêts de profit : c'était même là un devoir ».

Dans cette optique, le gain devient un but en soi et acquiert une valeur transcendante, la richesse est sanctifiée. Il y a là comme un retour, fait observer un auteur, « à la vieille idée sémitique, que la richesse est une bénédiction de Dieu, et que la réussite matérielle est le signe le plus évident que l'on est en état de grâce »²¹⁵. Ainsi, rompant de manière définitive avec l'idéal de pauvreté que prônait le Christianisme à ses débuts, « le puritanisme anglais aura permis de 'réconcilier'... esprit d'entreprise et vie morale, profit et grâce, investissement et ascétisme, accumulation capitaliste et sainteté ».

Utilitarisme est le maître mot qui donne à cette éthique sa cohérence et éclaire sa portée. Il découle directement de l'enseignement de Benjamin Franklin l'un de ses pairs fondateurs. Max Weber en marque le caractère amoral et un tantinet pharisien en ces termes : « l'honnêteté est utile parce qu'elle donne du crédit, de même que la ponctualité, l'ardeur à la besogne ; c'est pour cela qu'elles sont des vertus. D'où il faudrait par exemple conclure que lorsque l'apparence de l'honnêteté rend les mêmes services, celle-ci est suffisante, et qu'un surplus inutile de vertu ne pourrait apparaître aux yeux de Franklin, que comme une défense improductive et condamnable ».

Cependant, l'enthousiasme religieux, la motivation d'ordre spirituelle qui sans doute ont animé au tout début les activités marchandes des premiers puritains n'ont pu longtemps survivre à l'industrie du gain, Mammon pouvait difficilement s'accommoder du voisinage de Dieu. « Lentement, comme on l'a dit, la sève religieuse s'est retirée pour laisser place à cet esprit purement utilitariste qui caractérise aujourd'hui la morale bourgeoise... Le bourgeois garde toujours quelques vagues souvenirs religieux « sécularisés » pour tranquilliser sa conscience, et se reconforter l'idée que l'inégalité dans la richesse est voulue de Dieu selon un dessein incompréhensible mais juste ». Ce dévoiement est encore plus

²¹⁵ André BIÉLIER, La pensée économique et sociale de Calvin p.500

accusé dans les sectes qui sont de véritables entreprises de spiritualité, le plus important dérivant de la composante dite « évangélique », du protestantisme américain²¹⁶. C'est sur les sédiments de cette culture, que s'est largement développée dans la vie contemporaine des affaires ce qu'on pourrait appeler la morale de l'efficacité économique.

La recherche de l'efficacité est, sans doute, un impératif qui s'impose à tout chef d'entreprise. Les États y poussent par tous les moyens mettant en œuvre une politique visant, comme ils disent, à favoriser la compétitivité des entreprises. Dans les milieux d'affaires, l'efficacité économique est aujourd'hui conçue comme une valeur normative suprême. Elle est prise en compte dans l'élaboration de la règle de droit, tout comme dans les décisions de justice. Sous cet angle, elle a été systématisée dans ce qu'on appelle « l'analyse économique du droit » par un magistrat américain, M. Richard. A. Posner²¹⁷.

Dans ses prémisses, l'analyse économique du droit sert à montrer comment atteindre certains objectifs sociaux à l'aide des moyens juridiques les plus efficaces. « La règle de droit obéit alors, écrit Bruno Oppetit, à une conception exclusivement instrumentale, elle est élaborée en fonction de l'efficacité économique que l'on en attend ». L'analyse économique du droit, bien que ses auteurs s'en défendent, est très proche des théories utilitaristes anglaises qui sont elles-mêmes des formes dégradées de l'idéologie puritaine. Allant plus loin que la notion d'utilité, Posner assigne pour objectif au droit celui d'assurer le meilleur usage possible des ressources en proposant comme critère d'efficacité « la maximisation des richesses ».

Le principe de maximisation de la richesse, s'attache à évaluer la justesse et la moralité des institutions sociales et juridiques sur la base de leur capacité à augmenter la richesse de la société telle que mesurée en termes monétaires. La richesse, ajoute-t-il, se distingue du bonheur et de l'utilité, elle est définie comme la valeur en dollars et équivalents au dollar de tout ce qui existe dans la société. Elle

²¹⁶ Sur le mouvement évangélique : Sébastien FATH, « Le protestantisme évangélique, la planète pour paroisse ? », juin 1999, p.83 et s

²¹⁷ Sur la question, voir : Revue de la recherche juridique, 1987-2 et E. MACKAAY, « la règle juridique observée par le prisme de l'économiste. Une histoire stylisée du mouvement de l'analyse économique du droit » Rev trim de dr. éco. 1986 p.43 et s. ; Bruno OPPETIT, « Droit et Économie », Arch.

se mesure à l'aide de ce que les individus sont prêts à payer pour quelque chose ou, s'ils possèdent déjà ce quelque chose, à l'aide de ce qu'ils demandent en argent pour y renoncer.

On trouve une bonne illustration de cette méthode dans l'interprétation qui est aujourd'hui donnée aux Etats-Unis sous l'influence des idées de Posner aux lois antitrust américaines. Il semble qu'il existe dans la jurisprudence de la Cour Suprême une tendance à faire de l'efficacité économique l'objectif essentiel de ces lois, alors que leur objectif premier est, comme on sait, de protéger les petites et moyennes entreprises et de parer aux conséquences politiques attachées à la concentration, mais ces objectifs sont aujourd'hui perçus comme étant d'importance secondaire²¹⁸.

L'on observe d'ailleurs la même tendance en Europe. « Le souci d'efficacité dont témoigne l'analyse économique du droit, écrit Bruno Oppetit, n'est certes pas resté étranger aux finalités poursuivies par le système juridique, même dans les pays de droit occidental, d'abord en ce que la formulation des règles a toujours inclus, à des degrés variables, dans son champ les données économiques au même titre que les composantes morale, sociale, technique ou autre, mais aussi et surtout en ce que les diverses branches du droit, et même le droit civil ont utilisé des standards propices à l'appréciation en opportunité des comportements individuels classés en fonction de leur résultat » ; et l'auteur donne comme exemple le droit de la concurrence et le droit des procédures collectives « qui, dit-il, ont érigé directement des notions économiques en concepts juridiques ».

Cette tendance du droit des affaires à servir principalement à la réalisation d'objectifs économiques, le pousse à s'affranchir des systèmes normatifs traditionnels. On le voit particulièrement, en matière de commerce international. Là, on rencontre souvent des contrats qui ne font référence à aucune loi, ou sont délibérément détachés de toute loi nationale : contrats flottants ou contrats sans loi,

²¹⁸ Alain .A. LEVASSEUR, Droit des Etats-Unis, Précis Dalloz, 2^e éd. n° 729. La condamnation le 7 juin 2000 de Microsoft n'infirmes pas cette tendance ; puisque aussi bien malgré la formule qualifiant Microsoft de « pouce oppressant pesant sur la balance du destin de la concurrence », ce sont surtout que le renvoi par la Cour suprême du procès à une Cour d'appel permettra à Microsoft en lui faisant gagner du temps de pouvoir bénéficier d'un climat politico-économique plus favorable à ses intérêts (Le monde du 28 sept. 2000).

comme on les appelle généralement²¹⁹. Cependant, le recours à la *lex mercatoria* dans l'arbitrage international, s'il peut parfois servir à écarter une règle nationale qui risque de gêner le libre jeu du marché, permet aussi quelquefois de raviver mieux que ne le font les droits nationaux, les grands principes de morale universelle. On en trouve des traces dans la Convention de Vienne sur la vente internationale de marchandises qui érige la bonne foi en principe général d'interprétation de l'ensemble des dispositions du texte ou dans les principes pour les contrats commerciaux internationaux élaborés par UNIDROIT.

En principe, on assiste depuis déjà plusieurs décennies, en réaction à la dégradation des pratiques dans les affaires, comme, on l'a relevé, à l'évacuation « des valeurs méta-juridiques d'inspiration judéo-chrétiennes »²²⁰, suite à des tentatives de moralisation des principales formes d'activités économiques. Le mouvement a commencé aux Etats-Unis, il a rapidement gagné l'Europe. Il se traduit par l'élaboration dans un cadre corporatif ou à l'intérieur même des entreprises de codes d'éthiques ou de règles déontologiques à l'usage des professionnels, des dirigeants, des cadres et des opérateurs économiques²²¹. Les éléments de cette éthique sont aujourd'hui enseignés dans les *business schools* et dans les universités aux Etats-Unis, comme en Europe²²². Mais il s'agit, semble-t-il, des règles très générales, d'une très grande banalité, de conseils établis à des fins surtout utilitaires, en somme, une morale qui manque de densité.

L'essor de l'éthique des affaires, écrit Bruno Oppetit, procède d'une morale de l'intérêt, bien compris et correspond à une instrumentalisation utilitariste des valeurs morales », Philippe Le Tourneau est sans nuance : « l'appel à l'éthique, pour sympathique qu'il apparaisse à première vue, sent en réalité le soufre lorsque l'on gratte à la surface du discours. En effet, il a été lancé dans une fin utilitariste, comme

²¹⁹ V. Bernard AUDIT, Droit international privé, *Économica*, n°798.

²²⁰ Pascal DIERNER, « Éthique et droit des affaires », D.S. 1993 chr. P. 17. Cf *Centesimus Annus*, 1991, n°39 : « Le système socio-culturel, ignorant la dimension éthique et religieuse, s'est affaibli et s'est réduit alors à la production des biens et des services ».

²²¹ Sur l'ensemble du mouvement ; E. ETCHEGOVEN, *La valse des éthiques*, 1991 ; G. FARJAT, « Réflexions sur les codes de conduite privées », *Études offertes à Berthold Goldman, Litec*, 1982 P. 47 et s. ; Cf. Philippe LE TOURNEAU, « Les professionnels ont-ils peur du cœur ? » D.S. 1990 chr. p. 22 et s.

²²² Jean-Michel DUMAY « Les responsables politiques et économiques face à la justice : enseigner l'éthique des affaires », *Le Monde* du 27 sept 1994, p. 13, rapporte que les campus américains se partagent plus de 500 cours d'éthique, que neuf écoles de commerce sont concernés par ce qui est devenu une discipline : qu'en France, les moines bénédictins du centre « entreprise » du monastère de ganagobie animent depuis deux ans des séminaires pour l'institut supérieur des affaires.

un moyen pour les entreprises d'engranger d'avantage de profits ». Il reste à se demander s'il y a place encore aujourd'hui dans la vie des affaires pour une morale qui, transcendant la stratégie du gain, marque le souci de préserver avant toute chose la dignité de la personne humaine.

§2 : La part de l'humanisme chrétien

Les grandes lignes de l'idéal humaniste ont été à nouveau retracées dans l'encyclique « Centesimus Annus » dont Christian Mouly a remarquablement relevé les implications juridiques. S'agissant des relations d'affaires, l'accent est mis sur l'équité contractuelle, le juste prix, la solidarité assimilée à la charité, le bien commun conçu comme étant « moins un idéal de société qu'un principe de discernement permettant de choisir entre les différents devoirs qui s'imposent à la conscience »²²³.

Certes, il est vain de s'attendre à trouver la traduction de cet idéal en termes de règles de droit s'appliquant à tout venant dans une relation d'affaires. Un courant semble toutefois se dessiner en Europe allant dans le sens de cet idéal, passant par le renouvellement du droit des contrats. Ainsi, comme cela s'était déjà produit lorsque les canonistes ont remodelé les structures du contrat en mettant en évidence le respect de la parole donnée²²⁴, l'évolution des mœurs économiques et sociales est, une fois de plus, conditionnée par une nouvelle conception du rapport contractuel. Celui-ci demeure, par-delà des réglementations touffues qui ont envahi le droit des affaires, l'unique espace où elles se conjuguent en toute liberté et responsabilité.

A ce stade, l'on pourrait objecter que le caractère technique que revêt aujourd'hui le droit des affaires, constitué par une très large part de règles d'organisation, réduit considérablement le rôle de sa volonté, et partant, celui du contrat lequel, dans de nombreuses matières, ainsi notamment, dans les opérations

²²³ Pour une éthique des marchés financiers, La revue Banque, n° 501, Janvier 1991. P. 16

²²⁴ Voir en ce sens, Ph. MALAURIE « Droit romain des obligations, droit français contemporain des contrats et l'Europe d'aujourd'hui », La semaine juridique, Ed. G. 2000, I, 246 et s. ; G. Ripert, La règle morale...

boursières serait totalement absorbé par la mécanique du marché. De fait, bien souvent, la fixation du prix des biens et des services paraît commandée par le jeu du marché dans sa fixation d'ajustement de l'offre et de la demande et donc apparemment dans l'intervention d'un acte de volonté émanant d'une personne précise.

Mme France Drumont a remarquablement décrit l'aspect dépersonnalisé de ces sortes d'opérations : « *Une dépersonnalisation, écrit-elle, qui se traduit par une indifférence à la personne qui n'a vocation non à influencer sur le contenu du contrat, ni de manière plus générale, à être prise en considération par son propre contractant* »²²⁵. Il a même été soutenu que, dans les marchés financiers, le droit contractuel serait inutile, que ces marchés pouvaient donc fonctionner sans le support d'une volonté humaine²²⁶. On le verrait aussi apparaître, comme on l'a fait remarquer, dans le cadre de la globalisation des économies.

Mais tout cela n'est en réalité qu'une vue déformée des choses due, sans doute, à « une perversion du langage juridique, l'utilisation du sabir boursier y est peut-être pour une part. Au-delà, il est bien certain que le contrat, qu'il soit unilatéral ou bilatéral, ou collectif et quelles que soient les formes instrumentales qu'il revêt et l'objet sur lequel il porte, demeure l'arche obligée sous laquelle passe une relation d'affaires ».

En tout état de cause, même si le déroulement de certaines opérations financières relève de règles préétablies qui prennent en compte des facteurs conjoncturels, il n'en reste pas moins que leur déclenchement dépend toujours et nécessairement d'un acte de volonté initial ; c'est l'existence d'un tel acte qui donne leur légitimité aux effets juridiques qui s'attachent à ces opérations. Ainsi, le droit contractuel demeure-t-il pleinement effectif, même en ce domaine. La Cour d'appel de Paris a rappelé dans un arrêt du 7 juillet 1999 en déclarant que « la validité d'une offre publique d'achat relativement à la question de savoir si son objet est ou non déterminé, doit être appréciée au regard, aussi bien de la loi du 2 juillet 1996

²²⁵ France CASTRE SAINT-MARTIN-DRUMMOND, « Le contrat comme instrument financier, l'avenir du droit », Mélanges François Terré, Dalloz 1999, p. 667

²²⁶ Th. BONNEAU, « De l'inutilité du droit contractuel pour assurer les respects des règles du marché », RTD com ; 1999, p. 257.

règlementant le conseil des marchés financiers, qu'aux exigences du droit civil français »²²⁷

L'on ne doit pas craindre non plus l'instrumentalisation juridique américaine qui envahit le monde des affaires. Les montages les plus sophistiqués sont absorbés par un phénomène de « phagocytage » par le droit européen des contrats à fond romano-germanique. On l'a vu dans le leasing ramené à une opération de crédit-bail par juxtaposition de plusieurs contrats nommés. De même, la garantie de la première demande, mécanisme qui marque au plus haut degré la dureté dans les affaires, est-elle aujourd'hui parfaitement domptée par les théories classiques de la fraude et de l'abus de droit ?

Aujourd'hui en France, encouragés par une politique législative qui cherche à équilibrer autant que possible les intérêts antagonistes des différents acteurs de la vie économique dans les domaines aussi variés que sont la consommation, la distribution, la concurrence, le surendettement, la lutte contre l'exclusion, et par une jurisprudence qui s'efforce d'en généraliser la portée, de nombreux acteurs, armés du principe de la bonne foi, s'emploient à humaniser les rapports entre contractants en toute matière. Leur ambition est grande, ils parlent de promouvoir dans les contrats *l'affectio-contractus*, le *jus fraternitatis*, la solidarité, l'altruisme, la générosité²²⁸. Ce faisant, ils se placent de plain-pied dans une conception chrétienne du rapport contractuel. Sous l'influence du droit allemand²²⁹, de certaines conventions ou projets de conventions internationales²³⁰, et de l'usage qui est en fait dans le commerce international²³¹, l'idée de bonne foi dans les contrats, longtemps

²²⁷ Paris, 1^{re} ch. ; 1 juin 1999, Bull. Joly Bourse, 1999, 485 ; RTD civ. 2000, p. 106. Sur « Les atouts du contrat », F.TERRÉ, P. SIMLER, Y. LEQUETTE, Droit des obligations, Dalloz, 7^e éd : « on ne s'aventure guère, écrivent ces auteurs, en pronostiquant que l'avenir appartient au contrat ».

²²⁸ Sur ce courant, v. en particulier F. TERRÉ, P. SIMLER, Y. LEQUETTE, Droit des obligations, Dalloz, 7^e éd. N°41 et s. ; Yves PICOD, Le devoir de loyauté dans le contrat, L.G.D.J ; Catherine THIBIERGE-GUELFUCCI, « Libre propos sur la transformation du droit des contrats », RTD civ. 1997,

²²⁹ Ainsi, comme fait observer Michel PÉDAMON, droit allemand, PUF, p. 152 les juges allemands peuvent veiller à ce que chacun exerce ses droits et exécute ses obligations avec loyauté et dans le respect de son partenaire ; ils peuvent éventuellement infléchir l'interprétation des règles du droit positif éventuellement combler leurs lacunes de manière à satisfaire aux impératifs de justice et d'équité.

²³⁰ Cf. art : 71 de la convention de Vienne sur la vente internationale de marchandise ; 1.7 des Principes d'Unidroit ; 1-201 al.1 des Principes de droit Européen du contrat.

²³¹ Sur la place de la bonne foi dans le droit du commerce international : GOLDMAN, « La lex mercatoria dans les contrats et l'arbitrage internationaux : réalités et perspectives », Clunet 1979 ; p. 475 ch.3 ; P. MAYER, « La règle morale dans l'arbitrage international », Eudes Bellet p. 375 et s. ; E. GAILLARD, J. Cl. Int. Fasc. 586-9-1 ; Y. LOUSSOUARN, « La bonne foi, Rapport de synthèse », Trav. Ass. H.Capitant, t. XLIII 1992, p.21

oubliée sous le boisseau de l'article 1103 (anciennement 1134) du Code civil français est érigé en principe supérieur d'éthique juridique. Elle va servir à assouplir les structures du contrat et à insuffler un esprit nouveau au lien contractuel.

Paragraphe 1 : Assouplissement des structures

Dans l'enseignement classique, le régime du contrat est présenté comme un modèle de rigueur enserré entre deux principes, celui de l'autonomie de la volonté et celui de la force obligatoire qu'on a vue précédemment. Cette architecture est aujourd'hui accusée de rigidité. On s'aperçoit que l'équilibre entre les prestations contractuelles est souvent mis à mal soit par une inégalité de fait qui aliène la liberté du contractant le plus faible lors de la conclusion du contrat, soit par des fluctuations économiques de grande amplitude qui frappent des situations contractuelles complexes s'étalant sur la durée. Toute rupture de l'équilibre est ressentie comme une atteinte à la justice contractuelle²³². Faute d'un instrument plus précis pour y remédier, on fait appel à l'idée de bonne foi. Pionnière en ce domaine, la jurisprudence allemande s'appuie en particulier sur le paragraphe 242 du BGB : « Est nul tout acte juridique contraire aux bonnes mœurs. Le débiteur est tenu d'exécuter les prestations, comme l'exige la bonne foi eu égard aux usages admis dans les affaires ».

Notion protéiforme, la bonne foi, apparaît en raison de son flou propice, bonne foi-caméléon comme on l'a qualifiée parfois, suffisamment souple pour permettre, lorsque l'impératif de justice le commande, de rétablir un équilibre entre les prestations contractuelles aussi bien au stade de la formation du contrat que lors de son exécution.

Pour assurer l'égalité entre les contractants au moment de la formation du contrat, on s'attache dès l'origine à veiller au bon déroulement de la période

²³² Ch. JAMIN, « Révision et intangibilité du contrat ou de la double philosophie de l'article 1134 d Code civil français », Droit et Patrimoine n° 58 mars 1998 p. 56-57

précontractuelle en sanctionnant les ruptures abusives de pourparlers et les retraits intempestifs d'offre de contracter²³³.

Les Allemands, pour leur part, ont, comme on sait, institué une responsabilité précontractuelle fondée sur la *culpa in contrahendo*. La notion repose sur l'idée que l'établissement de rapports en vue de la conclusion d'un contrat impose aux parties en négociation des devoirs de comportement dont elles doivent répondre. L'un de ces devoirs consiste notamment à informer son partenaire des circonstances qui paraissent déterminantes pour la conclusion ou l'exécution du contrat qu'il ne connaît pas²³⁴.

Le devoir d'information, indispensable au maintien de l'égalité contractuelle, souvent doublé d'un devoir de conseil, va prendre au cours des trente dernières années dans le droit de la plupart des pays européens une importance considérable²³⁵. Les lois, de même la jurisprudence, l'imposent de manière systématique dans les relations entre professionnels et consommateurs lorsque l'un d'eux se trouve en situation d'infériorité par rapport à l'autre. Ainsi a-t-il été précisé qu'une banque n'a pas d'obligation de conseil à l'égard d'un client averti ayant une grande maîtrise des opérations boursières²³⁶, d'où il résulte *a contrario*, qu'elle est tenue de conseiller un client profane. De même devrait-elle avertir un emprunteur des risques de surendettement²³⁷. En droit allemand, l'obligation d'informer son partenaire est sanctionnée par la possibilité pour le contractant victime d'un manque d'information de demander la nullité du contrat pour tromperie dolosive, ou des dommages-intérêts²³⁸.

C'est encore sur le principe de la bonne foi et de l'équité que repose la sanction des clauses abusives qui traduisent un abus de puissance de la part de l'un des contractants²³⁹; ils ont pour effet, selon la définition qu'en donne l'article 3-1

²³³ Cass. Civ. 1^{re} ch., 6 janv. 1998, *Rep. Defrènois* 1998, 741, obs D. MAZEAUD; Riom, 10 juin 1992, *RTD civ* 1993, obs J. Mestre.

²³⁴ Michel PEDAMON, *op. cit.* p. 120.

²³⁵ Sur le devoir de conseil, cf. J. Mestre, *RTD civ.* 1999, p. 84.

²³⁶ Cass. Com., 18 fév. 1997, *D. Affaires* 1997, p. 369.

²³⁷ Cass. Civ. 1^{re} ch., 27 juin 1995, *D.* 1995 p. 621, note PIEDELIEVRE, *RTD civ.* 1996 p. 384 et s. obs. J. Mestre.

²³⁸ Michel PEDAMON, *op. cit.* p. 41.

²³⁹ Sur la question v. Jacques MESTRE, « Vingt ans de lutte contre les clauses abusives », *Mélanges F. Terré*, p. 676 et s.; pour le droit québécois, Pierre-Gabriel JOBIN, « Les contrats dans le code civil du Québec », *RIDC*, 2000, P. 54 et s.

de la Directive du Conseil des Communautés Européennes du 5 avril 1993, « de créer au détriment du non professionnel ou du consommateur un déséquilibre significatif entre les droits et les obligations des parties au contrat »²⁴⁰. On fait remarquer, notamment, qu'avec la production et la distribution de masse, la plupart des conventions de quelque importance apparaissent aujourd'hui comme de véritables contrats d'adhésion, terre d'élection des clauses abusives. La loi allemande du 9 décembre 1976 portant réglementation des conditions générales d'affaires dispose que toute clause contractuelle pré-rédigée par une partie de défavorable à l'autre sera frappée de nullité si elle contrevient à la bonne foi et à la probité.

C'est aussi au titre de la bonne foi, et s'appuyant sur le paragraphe 9, alinéa 2 de la même loi que les tribunaux allemands peuvent, dans certains cas, annuler ou rééquilibrer un contrat lorsque les prestations convenues leur paraissent disproportionnées. Le texte, d'une portée très générale, peut jouer en toute matière, même entre commerçants : « les dispositions des conditions générales d'affaires sont inefficaces lorsque, contrairement à la bonne foi, elles désavantagent le partenaire contractuel du stipulant de manière déraisonnable ».

C'est ainsi que la Cour Fédérale allemande a pu annuler des engagements donnés par ce qu'on a appelé une « cause profane », celle qui s'engage dans une proportion qui dépasse de loin ses revenus et son patrimoine présent et futur alors qu'il résulte des circonstances que le créancier exploite l'inexpérience professionnelle de la caution ou sa détresse morale ou porte atteinte à sa liberté de décision. De même, en cas d'aliénation de biens corporels à titre de garantie (fiducie-sûreté), la jurisprudence reconnaît au constituant le droit de réclamer la libération d'une partie de l'assiette « lorsque la valeur des biens aliénés excède de manière notable le montant de la créance et que les intérêts du créancier sont suffisamment préservés en cas de conservation d'une partie seulement des biens ».

De manière plus générale, sur la base des dispositions du paragraphe 138, alinéa 2 du BGB, les tribunaux allemands sanctionnent tout acte lésionnaire dans un secteur économique quelconque par lequel une personne se fait promettre ou

²⁴⁰ Intégré en France par la loi du 19 fév. 1995. *J.O.* 1^{er} fév. 1995 ; art. L. 132-1

accorder à elle-même ou à un tiers « des avantages patrimoniaux en disproportion flagrante avec sa prestation, et cela par exploitation de l'état de nécessité, de l'inexpérience, de la faiblesse de jugement ou de la grande faiblesse de caractère d'autrui ». S'inspirant directement de cette règle, les codes de certains pays arabes ont institué la lésion comme vice du consentement dans les mêmes conditions et avec les mêmes effets.

En France, l'on s'oriente, semble-t-il, sur la même voie, encore que les solutions soient moins radicales et plus fragmentaires. Ainsi, dans une espèce où une personne avait souscrit un aval pour un montant manifestement disproportionné à ses revenus, la banque a été condamnée à des dommages-intérêts pour avoir dans « des circonstances de fait exclusives de toute bonne foi demandé un tel aval sans aucun rapport avec le patrimoine et les revenus de l'avaliste ». La Cour de cassation reconnaît aujourd'hui indirectement au juge un pouvoir de réduction de l'engagement de la caution marquant un pas vers l'exigence de proportionnalité dans la formation du contrat.

Enfin, pour mieux cerner la justice contractuelle, les lois sur la protection des consommateurs ont prévu à cet effet un droit de rétractation accordant au consommateur la possibilité de revenir au bout d'un court laps de temps sur son consentement. Le système musulman reconnaît de manière générale à tout contractant sur le fondement d'une tradition prophétique la possibilité d'insérer dans le contrat une clause lui permettant dans un délai déterminé de répudier unilatéralement le contrat déjà donné ou de le confirmer.

Au stade de l'exécution, on sait que la jurisprudence allemande autorise sur le fondement du paragraphe 242 du BGB²⁴¹ qui fait référence à la bonne foi la révision judiciaire du contrat en cas de bouleversement imprévisible des circonstances constitutives des « représentations » que les parties avaient de son contenu. Cette jurisprudence a inspiré plusieurs législations étrangères. De nombreux pays du monde arabe, bien que tenus par le précepte coranique du respect de la parole donnée, fondement éminent de la force obligatoire du contrat, l'ont adoptée dans la formulation qu'en donne l'article 1467 du Code civil koweïtien,

²⁴¹ Bürgerliches Gesetzbuch : l'équivalent de notre Code civil français en Allemagne.

« que cette règle a l'avantage d'alléger la rigueur de la loi et l'âpreté de ses dispositions et d'imprimer à l'exécution du contrat une marque d'équité, de miséricorde (*rahmat*) et d'humanité ». L'idée n'était pas étrangère à la doctrine canoniste pour qui, ainsi qu'on l'a fait récemment remarquer, le respect de la parole donnée doit s'apprécier au regard des circonstances qui existent lors de la conclusion du contrat.

En France, malgré les vœux pressants de nombreux auteurs, et la pression de la pratique internationale, le pouvoir de rééquilibrage du contrat par le juge reste limité à des cas particuliers : réduction des clauses pénales manifestement excessives, octroi de délais de grâce au débiteur et éradication des clauses abusives entre professionnels et consommateurs. Le rôle accru que le Nouveau Code de Procédure civile reconnaît au juge dans la direction du procès pourrait mieux faire accepter l'idée d'une participation plus active de celui-ci comme de l'arbitre, à un réaménagement des prestations contractuelles en fonction de circonstances nouvelles imprévisibles qui risquent d'en compromettre l'exécution.

Paragraphe 2 : Une nouvelle conception du lien contractuel

Dans l'enseignement classique, le lien contractuel apparaît encore sous les traits du *vinculum juris* romain, impliquant l'idée d'assujettissement du débiteur au créancier : en se liant, les parties contractantes tombent l'une et l'autre sous le joug de la force obligatoire du contrat et sont alors tenues d'exécuter avec la plus extrême rigueur les prestations auxquelles elles se sont engagées. Cela a-t-il changé ? ... En France, l'on parle aujourd'hui de transformation, de renouvellement, de nouveau contrat : ainsi, le lien contractuel serait de caractère non pas coercitif, mais associatif, voire mutualiste. L'idée est audacieuse, elle est ancienne. Elle avait été jadis formulée par René Demogue dans les termes suivants : « Les contractants forment une sorte de petit microcosme. C'est une petite société où chacun doit travailler dans un but commun qui est la somme des buts individuels poursuivis par chacun, absolument comme dans la société civile ou commerciale. Alors à l'opposition entre le droit du créancier et l'intérêt du débiteur tend à se substituer

une certaine union. Le créancier quant à la prestation qu'il doit recevoir n'est pas seulement créancier, il peut avoir un devoir de collaboration »²⁴².

L'idée qu'il existe entre les contractants un devoir de collaboration paraît se rattacher à l'exigence de bonne foi dans l'exécution des conventions qu'imposent les anciens articles 1104 (anciennement 1134 alinéa 3) du Code civil, une exigence, écrit un auteur qui « tend à envahir tout le champ du lien contractuel », la notion de bonne foi devant elle-même être conçue à charge totalement positive : « c'est la bonne volonté, la loyauté, le souci de se dépenser au profit de son cocontractant, de collaborer avec lui, de lui faciliter la tâche, en un mot, de l'aimer comme un frère ». Le mot « aimer » est ainsi lâché, dans l'arène des affaires : on croit rêver.

L'on parle dès lors de fraternité contractuelle : « Le cadre de la fraternité, fait-on observer, présente le mérite d'être plus large que celui de la bonne foi... Etre fraternel, envers l'autre partie, c'est centrer son attention non pas seulement sur soi, mais également sur l'autre, afin de rechercher et servir l'intérêt de ce dernier... ». Fraternité ou solidarité, l'on va certes ici bien au-delà de la notion de bonne foi. Il est bien vrai que dans cette perspective, celle du « solidarisme contractuel », comme on l'appelle, « l'altruisme et l'entraide deviennent des vertus contractuelles majeures qui se traduisent par des devoirs de coopération et d'abnégation plus ou moins intenses selon la situation dans laquelle se trouve le partenaire ».

Ce solidarisme contractuel n'est pas seulement un vœu pieux d'auteurs généreux, il a aujourd'hui des assises solides dans la loi et la jurisprudence où il apparaît sous deux aspects : celui du devoir de conseil à la charge du contractant le plus puissant économiquement ou techniquement, celui d'une obligation à la charge de chacun des contractants, d'agir au mieux des intérêts de l'autre.

On connaissait déjà l'obligation précontractuelle de renseignement et l'obligation d'information prévues par certains textes. Le devoir de conseil s'en distingue en ce qu'il oblige celui qui doit s'en acquitter à « se placer activement du côté du contractant afin de lui révéler son propre intérêt ». Il sert, en fait, à corriger le déséquilibre initial entre contractants dans les hypothèses où l'un d'eux se trouve en position dominante, comme c'est le cas de nombreux professionnels dans leurs

²⁴² Raymond MONIER, Manuel de droit romain, t. II, éd. Domat-Monchrétien, 1948, n°2-4

rapports avec leurs clients, en éclairant ces derniers tant sur les conséquences financières et économiques de l'opération envisagée, que sur les risques à caractère juridique qui pourraient s'y attacher.

Ainsi, a-t-il été jugé que l'installateur d'un matériel est tenu de s'informer des besoins de son client et d'adapter le matériel proposé à l'utilisation qui en était prévue ; qu'un établissement de crédit doit prévenir l'emprunteur des charges du prêt qu'il sollicite lorsqu'elles paraissent excessives par rapport à la modicité de ses revenus ; qu'il incombe de même au banquier qui tient les comptes de titres de son client de le conseiller dans ses opérations boursières sauf s'il a une grande maîtrise de celles-ci.

L'obligation qui est à la charge de chaque contractant d'agir au mieux des intérêts de l'autre traduit ce qu'on a appelé « un principe de fraternité contractuelle », en vertu duquel « chacun des contractants est tenu, comme on a dit, de prendre en compte par-delà son propre intérêt, l'intérêt du contrat et celui de l'autre partie, en se déployant à leur service, voire en acceptant certains sacrifices, afin de favoriser la conclusion, l'exécution et le maintien du contrat compris comme la base d'une collaboration ». Nous retrouvons bien ici ce qu'on appelle la morale du sacrifice. Elle se manifeste plus particulièrement dans les cas où il existe entre contractants des relations de longue durée.

Ainsi a-t-on jugé qu'une relation ancienne de plus de trente ans entre un fabricant et son vendeur aurait dû conduire le premier à rechercher « une solution adaptée à l'intérêt des deux parties, et non pas à recourir à une rupture complète sans motif explicite fondé en droit ». De même, il a été décidé qu'un concédant ne pouvait, brutalement et sans préavis, mettre fin à une pratique constante de ristourne établie dans les relations stables et suivies entretenues depuis plusieurs années entre les parties alors que le concessionnaire pouvait légitimement espérer voir récompenser les efforts par lui déployés qui se sont traduits par un quasi doublement du chiffre d'affaires. Enfin, le refus du concédant de lever l'exclusivité qui le liait à son concessionnaire durant la période de préavis de rupture qui aurait permis à ce dernier de s'intégrer à un autre réseau de distribution, a été considéré comme la violation de l'obligation d'assistance qu'il doit à son contractant. Tout se passe, a-

t-on fait observer, comme si le concédant avait en vertu de l'obligation de loyauté qui pèse sur lui, celle de faciliter le reclassement de son concessionnaire.

CHAPITRE 2

Le droit des affaires dans ses rapports avec l'interdit moral religieux

Le premier acte par lequel le monde arabo-musulman s'est ouvert au droit occidental a été la promulgation en 1850 par l'Empire ottoman d'un code de commerce dont la plupart des dispositions sont empruntées au Code français de 1807²⁴³. Les législateurs des Etats arabo-musulmans qui se sont constitués au Moyen-Orient après le démantèlement de l'Empire vont par la suite s'en inspirer : Egypte, Syrie, Iraq, plus tard les pays du Golfe, Koweït, Bahreïn, Emirats Arabes Unis, Arabie Saoudite, certains allant même directement puiser dans le droit français. C'est dans ce cadre qu'une question essentielle se pose sur la compatibilité des législations occidentales, notamment européennes, en matière de droit des affaires par rapport à l'interdit moral religieux, à savoir surtout, comment ces États religieux arrivent à développer un système mixte qui tient compte des particularités. C'est ainsi que nous aborderons le droit des sociétés commerciales en général (section 1) puis la clause arbitrale du contrat FIDIC au regard des systèmes juridiques du Moyen Orient (section 2).

Section 1 : Le droit des sociétés commerciales

Section 2 : La clause arbitrale du contrat FIDIC au regard des systèmes juridiques du Moyen Orient

²⁴³ Article du professeur Sélim JAHEL paru in Le Code de Commerce 1807-2007, Livre du bi-centenaire, université Panthéon-Assas Paris II (Daloz) page 817 et s.

Section 1 : Le droit des sociétés commerciales

Jusque-là, tous ces pays étaient gouvernés étroitement en toutes matières par le système juridico-religieux de la *Chari'a*. Depuis, et tout au long du XXème siècle, ils allaient tour à tour s'en dégager, parfois de manière sensible pour tout ce qui concerne les rapports d'ordre patrimonial régis aujourd'hui largement par un droit d'inspiration occidental. Mais, même en ce domaine, on ne saurait parler de rupture avec le droit islamique. Dans tous les pays où l'Islam est « la religion de l'Etat », la *Chari'a* demeure un système permanent de référence, « la source principale du droit », comme le rappellent leurs Constitutions. Dans ceux d'entre eux qui se proclament Etats islamiques, elle est plus que cela : à la fois droit fondamental sur lequel reposent toutes les institutions du pays (« Le Coran est notre Constitution ») et système juridique de droit commun.

Tel est le cas du Royaume d'Arabie Saoudite. Ici, tout l'ordre juridique est soumis à l'Islam, religion et droit. Ainsi, suivant l'article 7 du Statut organique dont s'est doté le pays en 1992, le Coran et la Sunna du Prophète sont déclarés être les deux critères (*al-hakamyan*, littéralement les deux juges) qui gouvernent le statut organique et tous les textes réglementaires établis par les autorités étatiques.²⁴⁴

Cependant, dans la tradition islamique, il a toujours été reconnu aux autorités du pays, bien que n'ayant pas le pouvoir de légiférer, car « *Dieu seul est législateur* », le droit de prendre toute mesure, d'édicter toute règle qu'appelle la bonne administration des intérêts de la Communauté, dans le cadre de ce qu'on appelle la *siyassa char'iya* (actes politiques conformes à la *Chari'a*)²⁴⁵.

C'est à ce titre, pour répondre aux besoins suscités par le développement du pays et son ouverture sur le monde extérieur, que les autorités saoudiennes vont édicter un nombre considérable de *anzimat* (règlements) couvrant tout le domaine

²⁴⁴ S. JAHEL, Introduction à l'étude du système constitutionnel du Royaume d'Arabie Saoudite, in Les constitutions des pays arabes, p. 57 et s. (BRUYANT, Bruxelles 1998)

²⁴⁵ Sur la notion de *siyassa Chariya*, voir Emile TYAN, Méthodologie et source du droit privé en Islam, in Studia Islamica, Fasc. V p. 101 et s

de l'activité économique et financière. Cela a commencé en 1931 par un code de commerce de 633 articles inspiré du code ottoman de 1850. Il sera complété par d'autres textes : ainsi, en 1964 par un règlement qui reprend les dispositions de la Loi Uniforme de la Convention de Genève d 1931. D'autres suivront sur la représentation commerciale, les marques de fabrique, la banque centrale, le registre du commerce, les tribunaux commerciaux. Enfin, les sociétés commerciales feront l'objet d'un règlement publié en 1965 qui reprend presque littéralement les textes du droit français d'avant la réforme de 1966.

On sait toutefois que l'apport d'un droit étranger dans l'ordre juridique d'un Etat arabo-musulman n'a pas nécessairement reculé l'application cumulative aux matières régies par ce droit des principes et des règles de la *Chari'a*. On se trouve ainsi face à un phénomène de dualisme juridique commandé ici par la prééminence de la religion. Toute la question est dès lors de savoir comment ce droit des sociétés de texture occidentale et laïque va pouvoir fonctionner dans un environnement qui reste dominé par un système juridico-religieux auquel il faut ajouter les traditions bédouines des caravaniers du désert et autres commerçants arabes du Haut Moyen-Age qui avaient inventé, de leur côté, diverses formes de sociétés qu'on retrouve dans les ouvrages du *fiqh*. Elles sont au nombre de cinq : *sharikat an-'inan*, *sharikat al-Mudaraba*, *sharikat al-Wujûh*, *sharikat al-abdân*, *sharikat al-Mufawada*. Elles continuent de fonctionner à côté des sociétés de type moderne qu'énonce l'article 2 du règlement saoudien : société en nom collectif, société en commandite simple, société en participation, société anonyme, société en commandite par actions, société à responsabilité limitée, société à capital variable, société coopérative. Reste à savoir comment et de quelle manière ces dernières sociétés inspirées du droit français ont pu s'intégrer dans l'ordre juridique saoudien.

§ 1 : Les sociétés traditionnelles de droit musulman

Il ne nous paraît pas utile de nous arrêter à l'étude des sociétés de type moderne ; leurs caractères et leur régime empruntés au droit français ne semblent pas avoir subi jusqu'à présent de changement significatif. Nous nous intéresserons aux sociétés de type traditionnel (A) qui partagent avec les premiers les règles fondamentales à toute société (B).

A/ Sociétés modernes et sociétés traditionnelles

- *Sharikat an 'inan* appelée dans la version française du Code civil ottoman (suivant la traduction de YOUNG) société particulière. C'est une société où la responsabilité des associés est limitée à leurs apports. Dans son projet de code hanbalite à l'usage de l'Arabie Saoudite, AL-KARI en donne la définition suivante à l'article 1852 : « *sa caractéristique est qu'elle est constituée par l'apport fait par chacun des associés d'une quantité déterminée de ses biens qui seront utilisés par tous et les bénéfices répartis entre eux de manière indivise* ».
- La société *Mudaraba* est celle où, suivant l'article 1404 du Code civil ottoman, « *l'un des associés apporte un capital en nature et l'autre associé son industrie seulement. Le premier s'appelle bailleur de fonds, l'autre mudareb* (celui qui se livre à une activité commerciale) ». On retrouve la même définition dans le projet AL-KARI : « *La mudaraba consiste à payer une somme d'argent déterminée à une personne qui l'utilisera pour le commerce et en tirera une part de bénéfice* ». Cette forme de société a toujours servi et sert encore à couvrir un prêt usuraire.
- *Sharikat al-wujûh* (*wujûh*, littéralement visages ou figures) est une société qui se constitue sans apport de capital. Elle est fondée exclusivement sur le crédit dont bénéficient ses membres en raison de la réputation dont ils jouissent ou ce qu'on pourrait appeler en langage moderne leur surface financière. Elle consiste suivant la définition donnée à l'article 1885 du projet AL-KARI « *dans une association entre deux ou plusieurs personnes qui, sans apport d'aucun capital, procèdent en se fondant sur le crédit qui leur*

est accordé à l'achat d'une chose pour la revendre et se partager le bénéfice par moitié, par tiers et ainsi de suite ».

- ***Sharikat al-abdân*** (de badan, littéralement le corps d'une personne) est encore appelée par hanafites ***sharikat 'amâl*** (de '*amal*, action, activité qui peut être d'ordre corporel ou même intellectuel comme le fait d'écrire un ouvrage). Dans la version française du Code civil ottoman, elle est dite société ouvrière ou d'industrie. Elle consiste suivant la définition de AL-KARI en *«une association de deux ou plusieurs personnes pour l'acquisition par une activité d'ordre corporel de biens permis ou pour la réception de commandes »* (art. 1777). AL-BAHOUTI explique que dans la première hypothèse (qui ne semble pas avoir été retenue par les hanafites), il peut s'agir de rapines obtenues à la suite d'une razzia contre un ennemi commun, dans la seconde (plus pacifique), de l'exécution d'un ouvrage qui leur est commandé moyennant rétribution ou salaire. Dans tous les cas, l'opération repose sur un mandat réciproque entre les associés *« pour la réception des commandes, comme le précise l'article 1387 du Code civil ottoman, de sorte que « la confection de la commande reçue par l'un oblige lui, et ses coassociés ». « Les associés, ajoute AL-BAHOUTI, sont mandataires les uns des autres pour exiger et recevoir des biens en nature ou en salaire ».*

L'on s'accorde aussi à considérer que cette forme de société implique la garantie réciproque entre les associés. *« Cette société, comme la société **al-wujûh**, écrit AL-BAHOUTI, est fondée sur la garantie, en ce sens que l'exécution d'une commande peut être exigée de chacun d'eux ».* On retrouve la même règle reprise presque mot à mot à l'article 1889 du projet EL-KARI : *« la société **Abdân** est fondée sur la garantie. La commande reçue par certains des associés tombe sous la garantie de tous les autres, ils en sont redevables et sont tenus de l'exécuter ».* L'article 1387 du Code civil ottoman est encore plus précis : *« la confection de la commande reçue peut être exigée par le patron contre qui que ce soit entre les associés. Chacun des associés est tenu de confectionner cette commande. Personne d'entre eux ne peut dire : c'est mon coassocié qui a reçu cette commande, je ne suis pas obligé d'y répondre »* (trad. YOUNG).

Il convient surtout de souligner, que la garantie mutuelle des associés porte ici sur l'obligation d'exécuter la commande, elle ne s'étend pas au-delà, et par

exemple, il n'est pas dit que les associés sont tenus des dettes en argent contractées par l'un d'eux, même si l'argent a servi à la société comme c'est le cas dans la *sharikat al mufawada*. « Les associés dans une société ouvrière non-universelle écrit CHEHATA citant AL-KASSANI sont tenus solidairement de l'obligation de faire. Ils répondent également chacun pour le tout, ajoute-t-il des dommages-intérêts en cas de pertes de la chose à eux remise, même si elle périt par la faute de l'un d'eux : la solidarité repose ici sur une idée de cautionnement ».

Enfin les auteurs insistent sur la nécessité d'appliquer à la *sharikat al abdân* la règle générale prévue pour toute forme de société selon laquelle la répartition des bénéfices entre les associés doit être faite par part indivise. Ainsi qu'il est précisé à l'article 1887 du projet AL-KARI, « le gain des associés doit être réparti entre ces derniers par moitié, par tiers, par quart et ainsi de suite ». « C'est seulement si la société est viciée que le gain sera réparti entre les associés suivant le salaire correspondant au travail effectué par chacun » (art. 1895).

- *Sharikat al-mufawda* : société universelle selon YOUNG, elle est qualifiée d'association commerciale illimitée par SCHACHT. Le terme *mufawada* procède du verbe *fawwada*, donner pouvoir. Elle est essentiellement fondée sur un mandat illimité que les associés se donnent les uns aux autres les habilitant à faire tout acte de commerce qu'ils veulent avec les biens de la société. Ainsi selon AL-BAHOUTI, chacun des associés a tout pouvoir « d'acheter, de vendre, de conclure une *mudaraba*, de mandater, de voyager, de donner des biens en nantissement, de garantir » et, « d'entreprendre tout ce qu'il entend pouvoir faire comme activité » (art. 1778 du projet AL-KARI).

Cependant la *mufawada* n'est valablement constituée que si le *tafwid* (transfert de pouvoir) est expressément stipulé dans le contrat. L'article 1361 du Code civil ottoman précise à cet égard (trad. YOUNG) qu'il « est indispensable dans les sociétés universelles d'énoncer le mot de *moufavza* (prononcé en turc), ou d'énumérer toutes les conditions concernant cette espèce de société ». Cela dit,

cet effet peut être attaché à toute autre forme de société, il suffit d'inclure dans l'acte un *tafwid*, un transfert de pouvoir, lequel doit être expressément stipulé.

B/ Les règles fondamentales de toute société

Aucune de ces sociétés n'a la personnalité juridique, et le droit musulman ne connaît pas cette notion. Elles fonctionnent sur la base d'un mandat mutuel entre les associés dont l'étendue varie selon la forme et la nature de la société. On invoque aussi le dépôt pour expliquer que des biens qui font partie de l'actif social puissent être valablement détenus par l'un ou l'autre des associés. Cependant aucune de ces sociétés ne peut valablement exister sans la réunion des trois éléments constitutifs suivants : la rencontre des volontés entre personnes capables de s'engager, une pluralité d'associés mettant en commun des apports et partageant des bénéfices et des pertes, enfin l'*affectio societatis*, « sans quoi il ne peut y avoir de société ». A cet effet, il ne suffit pas que les associés prononcent le terme société, il faut qu'ils aient l'autorisation de pouvoir disposer (des biens sociaux), de commencer leur activité, de mélanger (*Khalt*) leurs apports pour que le contrat de société soit constitué ».

Il est vrai que la notion d'*affectio societatis* n'est nulle part mentionnée par les auteurs musulmans. Son existence ne fait cependant aucun doute, elle est sous-jacente à l'analyse qu'ils font du contrat de société. Il convient de noter qu'en France l'article 1832 du Code civil n'en fait pas non plus mention. Il est bien certain toutefois qu'aucune société ne peut exister sans intention réelle chez les associés de coopérer pour la réalisation de l'objet social. Mais la recherche de cette intention n'est pas toujours chose aisée ; aussi, plutôt que d'énoncer une règle générale dont il sera difficile de vérifier si elle est ou non respectée, les juristes musulmans avec le sens pratique qui les caractérise y ont substitué des conditions objectives de validité du contrat.

La première de ces conditions, non agréée, il est vrai, par les hanbalites d'exiger que les apports des associés à la société soient fondus dans une seule et même masse (*Khalt*, mélange) ce qui conduit à les placer en état d'indivision,

une situation proche de ce qu'on appelle société de biens (état d'indivision) et dont le contrat de société peut apparaître comme une technique dérivée. Cette exigence permet aussi de pallier l'absence de personnalité juridique.

La seconde condition sur laquelle s'accordent toutes les écoles concerne le mode de répartition des bénéfices entre les associés. Cette répartition doit être faite sous forme de quote-part et jamais par la fixation pour chaque associé d'un montant déterminé. La règle est énoncée à l'article 1337 du Code civil ottoman dans les termes suivants : « *les parts et portions des bénéfices à répartir entre les associés doivent être expressément déterminées par parts aliquotes comme demi, tiers ou quart. La société est nulle s'il est stipulé au profit d'un des associés une part fit de tant de piastres dans les bénéfices* » (trad. YOUNG).

Dans le projet de code d'AL-KARI, cette règle est placée en tête des conditions générales de constitution de la société juste après celle relative à la capacité des parties. Elle est formulée par l'article 1818 de la manière suivante : « *il est exigé dans la société que soient mentionnés le bénéfice et son mode de répartition entre les associés de manière indivise en proportion de leurs parts ou même avec des différences. Si le bénéfice et son mode de répartition ne sont pas mentionnés ou s'il a été stipulé à l'un d'eux une part indéterminée, la société n'est pas valable quand bien même il aurait été dit que le gain entre les associés sera à égalité* ». AL-BAHOUTY apporte les mêmes précisions que celles que nous trouvons à l'article 1337 du Code civil ottoman : « *il doit être prévu pour chacun (des associés) une part indivise bien déterminée dans le bénéfice, comme moitié, tiers ou autre* ».

Dans son livre sur les sociétés, EL-KHAYAT explique la règle en ces termes : « *le bénéfice doit être une part indivise d'un ensemble, comme de dire un tiers, un quart et ainsi de suite et non être fixé à un montant déterminé, à dix ou à cent dinars, par exemple. Dans une telle hypothèse la société serait viciée (fassidat), car un contrat de société a pour objet la réalisation de celle-ci par la*

recherche d'un bénéfice. En fixant celui-ci à un montant déterminé, on exclut l'idée de société ».

Il faut bien voir ici que s'il y a réellement société, le bénéfice réalisé par les associés doit apparaître comme un bien indivis, tomber d'abord dans la caisse commune, c'est là le signe le plus tangible que les associés ont voulu œuvrer ensemble et qu'ils n'ont donc pas agi chacun isolément en vue d'une rétribution fixée d'avance dans le contrat. Cette règle constitue bien un critère objectif qui permet de déceler l'existence de *l'affectio societatis*, par là même, de débusquer les sociétés fictives, ou permettre de disqualifier des actes appelés abusivement sociétés.

On s'aperçoit en définitive que cette analyse n'est pas étrangère à la conception que nous avons de la société en droit moderne : recherche d'un bénéfice à partager. L'idée de partager un bénéfice acquis en commun est au cœur de la notion. On en est loin, lorsqu'en guise de bénéfice, le contrat a, d'avance, fixé une rétribution chiffrée au profit de chacun des associés.

Le texte de l'article 2 du Règlement sur les sociétés est destiné en son dernier alinéa à régler l'épineuse question de la société créée de fait. Suivant les dispositions de ce texte, « *est nulle toute société qui n'a pas été régulièrement constituée dans les formes prévues par ce règlement. Les personnes qui contractent au nom de cette société sont responsables personnellement et solidairement des obligations nées du contrat* ». Mais la distinction avec la société en participation reste floue dans la définition qu'en donne l'article 40 du Règlement saoudien reprenant les termes de l'ancien article 1871 du Code civil : « *Elle n'est pas une personne morale, elle n'est pas soumise à publicité, elle n'est pas révélée aux tiers* ».

§ 2 : L'intégration du modèle français

La soumission totale de l'ordre juridique saoudien à la **Chari'a**, la Loi de Dieu, fait que toute règle, toute mesure, tout règlement édicté par les autorités du pays n'a de valeur que s'il est en parfaite conformité avec ses prescriptions. C'est là un principe éminent que l'article 67 du Statut organique énonce en ces termes : « les **anzimats** doivent être conformes aux prescriptions de la **Chari'a** ». Cette subordination des **anzimat** à la **Chari'a** appelle un contrôle permanent de leur islamité, particulièrement lorsque les règles qu'ils comportent sont empruntées à un système étranger.

Le contrôle ne se fait pas seulement à la source, lors de l'élaboration du texte ou de son examen par le Conseil Consultatif du Royaume, mais aussi bien en aval, toutes les fois qu'un juge est en charge de l'appliquer. C'est ce que prévoit l'article 48 du même Statut. Ce texte invite les tribunaux « à appliquer aux affaires dont ils sont saisis les dispositions de la **Chari'a** suivant ce qui est indiqué dans le Livre et La Sunna ainsi que les **anzimat** établis par les autorités du pays qui ne sont pas incompatibles avec le Livre et la Sunna ».

C'est donc, au moment d'appliquer le texte réglementaire que les tribunaux saoudiens auront à départager entre règlement valable au regard de la **Chari'a**, et règlement incompatible avec ses dispositions. On sait cependant que les juges qui composent les tribunaux saoudiens sont tous issus de collèges religieux.

S'agissant du droit des sociétés pris sur le modèle français, il est bien possible, qu'en sus de leur caractère innovant (**ibdah'**), un certain nombre de règles et d'institutions aient pu être considérées comme portant atteinte à des principes éminents de la **Chari'a**. Les auteurs traditionnalistes ne manquent pas de le relever, allant pour certains jusqu'à condamner fermement leur utilisation. Aujourd'hui, si par rapport à une stricte observance de ces principes, le problème que pose l'attachement d'une personnalité juridique aux sociétés commerciales semble avoir été surmonté (A), de même les quelques difficultés qu'a pu susciter le fonctionnement de la société en nom collectif (B) la société anonyme est toujours mal tolérée (C).

A- Sociétés commerciales de droit musulman

Le *fiqh* islamique n'a jamais rencontré la notion de personne morale, et comme il a été dit plus haut, les sociétés commerciales qu'il connaissait n'en avaient pas. L'on considérait qu'une société commerciale ne pouvait en aucun cas être considérée comme une entité juridique distincte des associés qui l'ont constituée par contrat. Simple objet de leur accord, elle ne peut avoir de *dhimma*. Ce terme est utilisé aujourd'hui dans les législations des pays arabes pour désigner le mot patrimoine. Mais, au sens où l'entendait le *fiqh*, la *dhimma* est un attribut propre à l'être humain qui le rend apte à avoir des droits et à être tenu de devoirs tant envers Dieu qu'envers ses semblables. Ne disposant pas de cet attribut, une société commerciale ne peut avoir aucune vie juridique indépendante de celle des associés qui la composent.

Aujourd'hui, pour contrecarrer cette doctrine, les auteurs modernes affirment pour leur part que le *fiqh* islamique avait jadis pratiqué la personnalité morale sans la connaître ; c'est qu'en effet, disent-ils, certaines institutions d'utilité publique comme le Trésor, les mosquées, les *awquaf* (biens de main morte) ont toujours pu exercer par l'intermédiaire d'un représentant des droits qui leur appartenaient en propre et accomplir les devoirs qui leur incombaient, particulièrement celui de venir en aide aux nécessiteux. Personne n'a jamais contesté leur aptitude à le faire. Ils avaient bien de ce fait une *dhimma*, et partant, une forme de personnalité morale.

S'appuyant sur ce précédent, ces mêmes auteurs nous expliquent que le recours aujourd'hui à des formes de sociétés ayant une personnalité morale répond à des intérêts socio-économiques desquels la communauté des croyants ne peut que tirer des bénéfices. C'est pourquoi ces formes de société méritent que leur soit reconnue une *dhimma*. Certains font cependant remarquer que ces sociétés doivent toujours être considérées comme étant la propriété des associés qui les composent et le pouvoir qui leur est accordé d'exercer une activité juridique doit être limité à ce qui entre strictement dans le cadre de l'objet social tel que défini dans les statuts.

En fait, la notion de personne morale est aujourd'hui largement utilisée dans les pays arabo-musulmans. Elle sert souvent à déjouer certaines règles qu'impose la

Chari'a, tant en matière successorale qu'en ce qui concerne la prohibition du *riba* (enrichissement injustifié), particulièrement du prêt à intérêt²⁴⁶. La Libye a consacré cet usage en promulguant une loi du 5 août 1972 qui restreint la prohibition du prêt à intérêt aux seules personnes physiques, autorisant implicitement les personnes morales à le pratiquer.

B- La société en nom collectif

Elle est généralement bien acceptée, ainsi que les autres sociétés de personnes ; elles sont assez proches, fait-on remarquer, des sociétés traditionnelles, que connaît le droit musulman. Des auteurs plus rigoristes relèvent dans son régime des règles qu'ils disent être contraires à des principes jugés éminents de la *Chari'a*, et vont jusqu'à condamner son utilisation²⁴⁷. Aussi, contestent-ils la règle énoncée à l'article 19 du Règlement saoudien selon laquelle chaque associé doit répondre de la dette sociale sur tous ses biens par solidarité avec les autres associés, alors que dans la tradition islamique un associé ne peut être tenu que pour sa part dans la société. Il faut dire que la notion de solidarité n'était pas connue du *fiqh*. Elle n'apparaît en droit musulman que comme l'effet d'un *daman* (garantie) ou d'une *kifalat* (cautionnement). Il semble aussi qu'en France la notion soit apparue tardivement, le terme solidarité n'aurait été utilisé dans le langage juridique qu'au XVIIIème siècle. C'est sans doute, pour marquer sa distance avec cette notion que le droit égyptien n'admet la solidarité, même en matière commerciale, que si elle est prévue par un texte législatif ou expressément stipulée dans le contrat.

Est contestée également la disposition de l'article 35 du Règlement saoudien déclarant que « *la société en nom collectif prend fin par le décès de l'un des associés, son retrait de la société, sa faillite ou la saisie de ses biens* ». Ces auteurs font valoir à cet égard que la dissolution de la société pour de tels motifs va à l'encontre d'un principe cardinal du droit musulman, à savoir que la société étant un contrat, il ne peut être mis fin à un contrat que si son exécution devient impossible ou par *mutuus dissensus*. Ce n'est pas le cas lorsque l'un des associés

²⁴⁶ Comme dans le cas cité précédemment : S. JAHEL, « Chari'a et contrats internationaux », in Clés pour le siècle, Université Panthéon Assas/ paris II, Dalloz, p.315 n° 384

²⁴⁷ NABHANI, La réglementation économique en Islam (1^{er} ed) p.130

se retire, tombe en faillite ou décède, les associés restants demeurent liés par l'engagement initial qu'ils ont pris de se mettre en société. « *Ô croyants, soyez fidèles à vos engagements contractuels* », déclare le Coran.

Enfin, rien ne justifie, fait-on observer, qu'un associé ne puisse céder sa part sociale, comme le prévoit l'article 18 al. 2 du Règlement qu'avec le consentement de tous les autres. Une telle règle porte atteinte à son droit de disposer librement de sa part sociale et doit être écartée.

C- La société anonyme

C'est la forme de société la plus contestée par les ulémas traditionnalistes. Au regard d'un certain nombre d'impératifs du droit sacré, elle pécherait sur de nombreux points. On fait remarquer en premier que la structure qui lui est donnée aux articles 48 et suivants du Règlement saoudien ne répond nullement à l'idée qu'on se fait d'une société selon l'enseignement du *fiqh*. Une société est le produit d'un contrat qui se forme par échange de consentements entre deux ou plusieurs personnes portant sur une offre à laquelle répond une acceptation. La souscription à des actions dans une société anonyme ne correspond nullement à ce schéma. L'acte de souscription constitue un acte unilatéral de volonté émanant du souscripteur, agissant isolément, il ne peut suffire à lui seul à mettre d'autres personnes avec lui en société. La société anonyme écrit NABHANI n'est pas un contrat entre plusieurs personnes, c'est l'acceptation par une personne de conditions préétablies. En fait, ajoute-t-il, dans cette sorte de société ce sont des capitaux qui s'associent et non des personnes.

Ce sont surtout les titres émis par la société qui posent problème. Les auteurs les plus radicaux se méfient de la valeur que représente l'action où, disent-ils, l'apport initial de l'associé se confond avec la part de bénéfice rapporté par la société, et cette valeur, ajoutent-ils, évolue et varie en fonction de facteurs qui ne sont pas toujours clairs et pour des raisons qui pourraient être suspectes. Ce serait encore plus grave si la bourse s'en mêlait car on tomberait alors dans ce que le Coran appelle le *maysir* (jeu de hasard) formellement prohibé par le Livre de Dieu (V, 90).

Selon l'article 99 du Règlement saoudien, l'action peut être nominative ou au porteur. L'action au porteur suscite chez les traditionalistes de sérieuses réserves. Ils considèrent que les détenteurs d'actions au porteur ne peuvent pas être considérés comme des parties au contrat de société pour indétermination de la personne, car ni connus ni acceptés par les autres parties et on ne peut même pas savoir s'ils ont la capacité juridique de s'engager.

Plus contestées sont les actions de priorité que prévoit l'article 103 du Règlement saoudien : *« Il est permis par décision de l'assemblée générale d'émettre des actions de priorité ou de transformer les actions ordinaires en actions de priorité toutes les fois que les statuts ne s'y opposent pas formellement. Ces actions confèrent à leurs titulaires des antériorités, soit pour la perception d'un certain dividende, soit pour le remboursement de la mise de fonds, soit pour l'une ou l'autre, soit pour tout avantage matériel »*. On crie aussitôt à la rupture de l'égalité entre associés. *« Cela fait perdre tout sens, déclare un auteur, à l'idée de société »*. De plus, permettre aux associés privilégiés d'être payés en priorité sur la part des autres associés au cas où, lors de sa liquidation, la société serait perdante, constitue une injustice inacceptable. C'est pourquoi, en Egypte, une loi de 1966 interdit aux sociétés anonymes d'émettre des actions de priorité de quelque nature qu'elles soient.

L'émission d'obligations par la société qu'autorisent les articles 116 et s. du Règlement saoudien est condamnée sans réserve, même par des auteurs dont les opinions sont généralement modérées. Il s'agit là, disent-ils, d'un emprunt rémunéré par le versement d'un intérêt annuel à l'obligataire ce qui est formellement interdit par le Coran au titre de la *riba*. Une société qui a besoin d'argent, fait remarquer EL-KHAYAT, pourrait très bien, plutôt que de recourir à un emprunt qui sera nécessairement rémunéré, procéder à une augmentation de capital, celui lui permettrait de combler son besoin d'argent sans enfreindre la *Chari'a*.

C'est peut-être pour cet ensemble de considérations que la constitution d'une société anonyme a toujours besoin en Arabie Saoudite d'une autorisation gouvernementale comme c'était le cas en France sous l'empire du code de commerce de 1807. Pour certaines sociétés comme celles qui bénéficient d'une

concession ou celles qui exercent une activité bancaire, l'autorisation doit revêtir la forme d'un décret royal pris en Conseil des ministres. Pour toutes les autres, elle est donnée par le ministre du commerce à la suite d'une enquête extrêmement pointilleuse (art. 52 du Règlement). Le ministre interviendra à nouveau pour déclarer la constitution de la société achevée. Il semble, en outre, que l'autorisation de constituer une société anonyme soit rarement accordée à des investisseurs étrangers.

Section 2 : La clause arbitrale du contrat FIDIC au regard des systèmes juridiques arabes du Moyen Orient

La Fédération internationale des ingénieurs (FIDIC) offre depuis plusieurs décennies une gamme de contrats-types pour divers projets de constructions internationaux. Ils sont très fréquemment utilisés dans les pays du Moyen-Orient. On estime aujourd'hui qu'environ 40% des contrats internationaux de construction sont fondés sur les modèles FIDIC²⁴⁸.

En plus des clauses générales portant sur les conditions qui encadrent généralement un projet de construction, ces contrats-types comportent une série de mesures visant directement la gestion du chantier et proposant une clause modèle de résolution du litige par voie d'arbitrage. D'une édition à l'autre, on en est déjà à la cinquième, la clause d'arbitrage FIDIC conserve encore son obscurité malgré les amendements qui lui sont chaque fois apportés pour tenter de répondre aux difficultés que suscite son application dans les marchés internationaux.

En fait, il faut savoir que ce contrat procède d'une vieille pratique anglaise du contrat de construction qui a donné naissance sur le plan interne à un contrat-type, Contract of the English Institution of civil Engineers (I.C.E.). Il en garde la marque, mélange d'empirisme et de tradition qui rendent malaisé l'emploi de certaines de ces clauses dans le cadre de systèmes juridiques des pays autres que ceux de la Common Law, à quoi il faut ajouter le fait que ces contrats sont généralement

²⁴⁸ Voir annexes 3

rédigés par des ingénieurs. La clause d'arbitrage, en particulier, n'est pas sans poser de problèmes.

La clause 20-6 dans l'édition 1999, comme la clause 67 dans les éditions précédentes qui continue à être largement utilisée, ont prévu l'arbitrage comme mode de règlement de tout litige, dispute, qui survient entre le maître de l'ouvrage et l'entrepreneur « en relation avec ou par suite du Marché ou de l'exécution des travaux ou après la résiliation ou toute autre cessation du Marché, y compris tout différend quant à un avis, un ordre, une instruction, une décision, un certificat ou une évaluation de l'ingénieur... ». Il est précisé que le différend sera tranché selon le Règlement de Conciliation et d'Arbitrage de la Chambre Internationale de Commerce par un ou plusieurs arbitres nommés conformément à ce Règlement. Une variante prévue dans la 4^e édition donne aux parties la possibilité de recourir au Règlement d'arbitrage de la CNUDCI.

Dans le système FIDIC, l'arbitrage est, cependant, toujours précédé d'une phrase pré-arbitrale dont l'organisation ne manque pas de susciter quelques interrogations. Dans les modèles établis par les éditions précédentes, il est prévu à la clause 67 que les litiges entre l'entrepreneur et le maître de l'ouvrage doivent d'abord être soumis à l'ingénieur chargé de l'exécution des travaux qui rendra une première décision sur le sujet. Dans les derniers modèles, cette tâche revient selon la clause 20 du contrat-type à un Comité de résolution du litige, the Dispute Adjudication Board (DAB) composé d'ingénieurs, trois tout au plus, ou d'autres professionnels de la construction. La succession des actes et formalités que comporte cette phase pré-arbitrale est soigneusement décrite dans le contrat. Elle se déroule en quatre étapes :

1. Le *claimant*, qu'il s'agisse du maître de l'ouvrage ou de l'entrepreneur, commence par présenter son claim à l'ingénieur ou au DAB avec copie à l'autre partie. Il peut le faire, soit en cours d'exécution des travaux, soit après leur achèvement. Il doit cependant préciser qu'il le fait dans le cadre d'application de la clause d'arbitrage ; aucun délai n'est imposé aux parties pour présenter le claim. D'où l'on peut déduire qu'elles pourront le faire

jusqu'à l'accomplissement du délai légal de prescription prévu pour les actions d'un contrat de construction.

2. L'ingénieur, ou le Comité de résolution des litiges (DAB) doit rendre sa décision et en notifier les parties dans un délai de quatre-vingt-quatre jours.
3. La partie qui n'est pas satisfaite de la décision doit, dans un délai de soixante-dix jours, selon la clause 67, vingt-huit jours selon la clause 20-4 courant dès réception de la décision, notifier à l'autre partie son intention de soumettre l'affaire à l'arbitrage, faute de quoi la décision pré-arbitrale devient **final and binding** (ce qui est traduit en français par « définitive et irrévocable »).
4. L'arbitrage proprement dit doit être précédé d'une tentative de conciliation. Sans doute, la saisine du tribunal arbitral peut-elle être faite de manière concomitante. Cependant, les arbitres ne doivent commencer à examiner l'affaire qu'après s'être assurés que la tentative de conciliation a eu lieu. Il est dit, cependant, que l'arbitrage commencera en toute hypothèse à partir du cinquante-sixième jour après la notification de l'intention de soumettre le litige à l'arbitrage.

Le recours préalable à l'ingénieur ou au DAB suivant les formes et les délais requis par la clause d'arbitrage, paraît indispensable pour rendre le litige arbitral. On se demande pour quelle raison. « Le procédé, a-t-on fait observer, présente cette utilité essentielle de contraindre le demandeur à formuler le différend, à articuler ses prétentions ». Il n'est pas sans rappeler dans notre droit administratif la règle de la décision préalable qui impose au justiciable dans le contentieux de pleine juridiction de s'adresser à l'administration avant de saisir le juge et établit pour cela un délai butoir qui court à partir de la réponse ou de la non-réponse de l'administration.

Le non-respect du délai requis entraîne, de même ici, la perte par la partie qui ne s'y est pas conformée, non seulement du droit d'aller en arbitrage, mais aussi celui de pouvoir saisir les tribunaux étatiques du litige. Toutes les portes du prétoire lui sont dès lors fermées, elle perd son droit d'action.

Compte tenu de ces effets, il est permis de s'interroger sur la comptabilité de cette règle avec les systèmes juridiques du pays concerné par l'application du contrat. S'agissant des pays du monde arabe, deux questions appellent une attention particulière : celle d'abord de savoir quelle valeur juridique peut être attachée à la

décision pré-arbitrale rendue par l'ingénieur ou par le Comité de résolution des litiges (Sous-section 1). La seconde question se rapporte au délai particulièrement bref où est enfermé le droit de la partie non satisfaite, de contester une telle décision, sachant que dans les systèmes juridiques arabes, les délais de prescription établis par la loi ne peuvent être abrégés (Sous-section 2).

§ 1 : La décision pré-arbitrale

Dans les modèles FIDIC tels que prévus dans les éditions précédentes, la quatrième édition, en particulier, à laquelle les constructeurs continuent d'avoir recours, la décision que l'ingénieur doit rendre suivant les dispositions de la clause 67 est dépourvue de tout appareillage procédural. A cet égard, les nouveaux modèles que contient l'édition 1999 apportent une nette amélioration. Il n'en reste pas moins, qu'aucun caractère juridictionnel ne paraît pouvoir être attaché à la décision pré-arbitrale.

A- Les manquements aux règles procédurales

Suivant les interprétations les plus courantes²⁴⁹ données à la clause 67 que contient la 4^e édition, l'ingénieur qui supervise l'exécution des travaux au nom et pour le compte du maître de l'ouvrage est la personne-clé dans le déroulement de la phase pré-arbitrale du litige. Bien que choisi par ce dernier, et lié à lui par un contrat distinct, mais qui peut être un contrat de travail, et agissant tantôt comme mandataire indépendant, mais plus fréquemment, en particulier, dans les pays du monde arabe, comme mandataire-préposé, ou même en tant que fonctionnaire de l'Etat commanditaire des travaux, l'ingénieur exerce néanmoins la fonction de « pré-

²⁴⁹ Pour les interprétations, voir surtout, Duncan WALLACE, op. cit. et Christopher SEPPALA, The Pre-arbitral Procedure for Settlement of Disputes in the FIDIC (Civil Engineering) Conditions of Contract, ILCR 1986, p.315 et s : cet article a été publié en français sous le titre « La procédure pré-arbitrale de règlement des litiges selon les conditions du Contrat –type de Génie Civil de la FIDIC », à la Revue de Droit des Affaires Internationales (RDAI) 1987, P.579 ET S.

arbitre », et ses décisions peuvent devenir définitives et irrévocables, si dans un délai de soixante-dix jours, la partie non-satisfaite n'a pas formellement exprimé sa volonté de soumettre l'affaire à l'arbitrage.

C'est sans doute là l'aspect le plus surprenant de cette procédure où apparaît le plus fortement la marque de l'origine anglaise du contrat, comme le souligne Monsieur Christopher SEPPALA. La clause 67, fait-il observer, procède de la clause 66 du contrat I.C.E. qui consacre une vieille pratique anglaise de règlement des litiges entre maître de l'ouvrage et entrepreneur, un contrat qui aurait également cours aux Etats-Unis. Cette pratique serait juridiquement fondée d'abord sur l'idée que l'ingénieur a le devoir d'être toujours impartial en rendant ses décisions. De son côté, l'entrepreneur est censé lors de la conclusion du contrat avoir accepté que l'ingénieur puisse trancher le litige en dépit du rapport privilégié qu'il a avec le maître de l'ouvrage.

Si insolite qu'apparaisse le procédé au regard des systèmes de Civil Law et des traditions juridiques arabes, le caractère de *final and binding* de la décision de l'ingénieur ne peut être dit infondé en droit pour la seule raison que celui-ci est intimement lié au maître de l'ouvrage, quelle que soit la nature de ses liens et même serait-il en rapport de subordination avec lui. En fait, le procédé s'apparente à une pratique contractuelle qui nous est familière, celle qui consiste à subordonner la perfection d'un contrat à la décision d'un expert, encore appelé improprement arbitre, comme le tiers chargé de fixer le prix d'un contrat de vente ou d'arbitrer les différentes phases d'exécution d'un contrat à exécution successive. Or rien n'interdit dans ces cas, que le choix des parties puisse valablement porter sur un tiers qui se présente comme l'agent de l'une d'elles à condition que son acceptation par l'autre soit donnée en toute connaissance de cause.

Aussi bien, sous l'empire de nos systèmes juridiques que sous celui du droit anglo-saxon, la décision que prend l'ingénieur au titre de la clause 67 FIDIC est valablement fondée sur l'acceptation par l'entrepreneur donnée au moment de la conclusion du contrat de la mission dite « pré-arbitrale » de l'ingénieur chargé par le maître de l'ouvrage d'administrer l'exécution du marché. A cela deux restrictions : il est nécessaire que l'entrepreneur n'ait pas été trompé sur la véritable nature des liens unissant l'ingénieur au maître de l'ouvrage ; ces liens ne devraient

pas aller, en toute hypothèse, au point de la connivence ; il convient aussi de réserver le cas du conflit d'intérêts chez l'ingénieur.

Dans une procédure d'arbitrage en droit telle qu'elle est conçue dans les systèmes moyen-orientaux d'arbitrage, le tribunal arbitral se doit d'observer les principes fondamentaux de la procédure : principe du contradictoire, respect du droit et de la procédure comme l'exigent explicitement différents codes (articles 506 égyptien, 182 irakien, 776 libanais, 182 koweïtien). L'ingénieur qui répond à la réclamation du *claimant* dans le cadre de la phase pré-arbitrale prévue par la clause 67 FIDIC, n'y semble pas tenu. Ce texte, de même l'article 20 de l'édition 1999, n'est pourtant pas avare de formalisme : la réclamation doit être notifiée à l'autre partie et le *claimant* doit indiquer qu'il s'agit dans le cadre d'application de la clause : l'ingénieur doit dans sa réponse en faire de même ; les délais sont comptés en termes de jours utiles.

De plus, il n'est nullement exigé de l'ingénieur de motiver sa décision. Celle-ci, comme on sait, peut devenir définitive et irrévocable. La partie qui n'a pas demandé l'arbitrage dans le bref délai qui lui est imparti par le texte, va se trouver définitivement liée par une décision qui ne comporte aucune explication de la part de l'ingénieur qui l'a rendue. Il est vrai que dans le système procédural anglais, le juge n'est pas tenu de motiver sa décision. Ce n'est pas le cas dans nos systèmes juridiques où la motivation des jugements est généralement exigée de manière explicite ; certains codes de procédure vont même jusqu'à l'exiger dans les décisions arbitrales (article 239 Bahreïn, 270 Irak), il est dit parfois que la sentence doit être rédigée de la même manière que les jugements judiciaires (articles 183 Koweït, 790 Liban, 760 Libye, 527 Syrie).

Les nouveaux modèles FIDIC de l'édition 1999 ont pris en compte la plupart des règles de procédure qu'ignoraient totalement les modèles précédents. L'ingénieur est remplacé par un Comité de résolution des litiges. Les membres de ce Comité sont tous ingénieurs ou autres professionnels de la construction ayant une bonne expérience dans la matière qui fait l'objet du litige ; il peut y avoir

exceptionnellement un juriste, comme cela fut prévu pour la construction du Tunnel sous la Manche.

Le Comité peut être constitué dans le contrat initial et être appelé à couvrir toute la période d'exécution des travaux jusqu'à leur terme, il est alors dit permanent. Mais, plus fréquemment, pour des considérations de coût, c'est seulement lorsqu'un litige survient qu'un Comité *ad hoc* est alors désigné à la diligence du *claimant*. Cependant, il est exigé que les membres du Comité de résolution des litiges soient tous acceptés par les deux parties, et ils doivent rester totalement indépendants tant du Maître de l'ouvrage que de l'entrepreneur lesquels sont tenus de leur payer leur rémunération, chacun pour moitié.

L'examen du litige par ce Comité est plus structuré sur le plan procédural. Il est tenu d'entendre les deux parties et de conduire ses investigations en veillant à ce que chacune d'elles puisse donner ses observations en temps utile sous forme de mémoire avec notification à l'autre partie. De plus, il est exigé que la décision soit motivée : « *shall be reasoned* », comme il est dit dans la clause 20-4 du nouveau modèle.

Pour autant, cette décision n'a aucune valeur juridictionnelle, elle ne peut recevoir d'exécution forcée que si elle est homologuée par le tribunal arbitral. Elle s'impose cependant aux parties par l'effet du contrat, elle est dite «binding» obligatoire, encore qu'elle puisse être contestée par celle des parties qui n'en est pas satisfaite.

B- Le caractère non-juridictionnel de la décision pré-arbitrale

La décision pré-arbitrale, qu'elle soit rendue par l'ingénieur ou par le DAB ne comporte aucun caractère juridictionnel, quand bien même elle serait devenue **final and binding** pour n'avoir pas été contestée dans le délai requis par le contrat. Tant la clause 67 des modèles précédents que la clause 20-7 du dernier modèle prévoient à cet égard que si l'une des parties refuse de se conformer à cette décision, l'autre devra saisir la juridiction arbitrale pour ce que le texte anglais appelle *failure of arbitration*, un manquement à l'arbitrage de la part de la partie récalcitrante pour la contraindre à exécuter. Il s'agit, en fait, d'obtenir une sentence arbitrale consacrant la décision, une forme d'homologation, car seule une décision émanant d'un tribunal arbitral peut faire l'objet d'une procédure d'exécution forcée.

On peut se demander ici si l'ouverture d'une procédure d'arbitrage ne risque pas de remettre en cause le caractère *final and binding* de la décision. On peut craindre, en effet, qu'à cette occasion, le tribunal arbitral ne soit tenté, à la demande de la partie contre qui est diligentée la procédure, de procéder à son réaménagement. Dans un tel cas, s'il apparaît que le contenu de la décision est manifestement contestable, on pourra difficilement reprocher aux arbitres de l'avoir modifiée. L'on sait surtout qu'il existe différents moyens qui permettent de remettre en cause les décisions rendues ici par l'instance pré-arbitrale.

En Angleterre, ces décisions *final and binding* peuvent encore, semble-t-il, être contestées s'il y a erreur manifeste commise par l'instance pré-arbitrale, ou si la décision porte atteinte à une règle juridique. Les tribunaux anglais s'autorisent dans ces cas à prolonger le délai prévu par la clause d'arbitrage (donc à modifier une stipulation contractuelle) afin d'éviter ce qu'ils appellent un *indue hardship*. Aux Etats-Unis, il était dit sous l'empire de l'édition précédente qu'on peut invoquer contre la décision de l'ingénieur la fraude, l'erreur grossière équipollente au dol, la malhonnêteté, l'arbitraire, ou encore le fait que c'est une faute de celui-ci qui est à la genèse du conflit.

Les mêmes moyens peuvent être invoqués dans les pays arabes. L'on peut même penser qu'en raison du caractère inhabituel du procédé au regard de leurs traditions

juridiques, les éléments constitutifs de la fraude ou de l'erreur grossière soient plus aisément retenus. Des liens trop étroits entre le maître de l'ouvrage et l'ingénieur pourraient facilement induire la fraude ou la mauvaise foi. L'on ajoutera le cas du conflit d'intérêts ou encore celui où le fait générateur de la réclamation procède d'une faute commise initialement par l'ingénieur.

Rien n'interdit que cette contestation puisse prendre la forme d'une défense opposée à l'action entreprise devant la juridiction arbitrale saisie de l'action visant à contraindre la partie récalcitrante à se conformer à la décision. Cette partie invoquera la fraude, la faute grave ou le conflit d'intérêts de l'ingénieur ou du Comité de résolution des litiges. La juridiction arbitrale est tenue d'y répondre quand bien même, la question n'ayant été soumise à l'instance pré-arbitrale, elle n'aurait pas pu être contestée devant elle si elle avait été présentée sous forme d'action. C'est l'application d'une règle traditionnelle selon laquelle le juge de l'action est juge de l'exception.

En outre, l'instance pré-arbitrale composée, comme il est dit, d'ingénieurs peut être appelée quelquefois à trancher des questions d'ordre juridique. Qu'importe tant qu'il s'agit de questions intimement liées à l'exécution même des travaux appelant des appréciations d'ordre technique. Mais il ne doit pas en être de même s'il s'agit de questions de pur droit, comme par exemple, de statuer sur un problème de validité du contrat ou sur une demande de résiliation fondée sur l'inexécution par l'autre partie de ses obligations.

L'idée que les questions de pur droit échappent au domaine d'application des clauses 67 et 20-4 a été soutenue, même concernant l'I.C.E., par certains auteurs anglais cités par Madame Hautot et le bâtonnier Flécheux. Mais ces derniers pensent néanmoins qu'aujourd'hui, le problème est dépassé, le champ d'application de ces clauses, écrivent-ils, est «le plus large possible et s'applique à tous les litiges ».

Nous n'en sommes pas aussi certains. Le caractère inhabituel du procédé au regard de nos traditions juridiques appelle à en restreindre autant que possible le champ d'application. Nous pensons que les questions de pur droit ne sont pas comprises dans le domaine d'application de ces clauses, non pas tant parce que des ingénieurs

ne seraient pas suffisamment aptes à les trancher, mais parce que leur examen ne correspond pas à la *ratio legis* du contrat FIDIC où ces clauses sont conçues pour régler des problèmes où prédominent des considérations d'ordre technique. Leur mise en œuvre juridictionnelle échappe donc aux délais butoir de soixante-dix jours de la clause 67 et de vingt-huit jours de la clause 20, délais qui à leur tour posent des problèmes juridiques délicats.

§ 2 : Le système de délai

On doit d'abord tenir compte d'un premier délai, celui de la prescription extinctive afférent aux droits qui s'attachent à l'exécution d'un contrat de construction. Il est bien évident que le *claim* initial qui saisit l'ingénieur ou le DAB doit être présenté avant l'écoulement de cette prescription. Suite à cela, la phase pré-arbitrale du litige telle qu'elle est organisée dans le modèle FIDIC est elle-même ponctuée d'un certain nombre de délais, ce qui est le propre des procédures complexes et inefficaces. Le texte en mentionne trois : le délai de 84 jours au cours duquel l'ingénieur ou le Comité de résolution du litige devra répondre au claim, le délai au cours duquel la partie non satisfaite de la décision devra notifier à l'autre partie sa volonté de porter l'affaire en arbitrage et le délai de 56 jours courant après cette dernière notification, au terme duquel, le tribunal arbitral, s'il n'y a pas d'accord amiable entre les parties, pourra commencer à examiner le litige.

On voit, cependant, que, partant de la décision pré-arbitrale, un second délai de prescription se profile. Cette décision conduit, en effet, à la création de situations juridiques nouvelles faisant naître au profit de la partie qui s'estime lésée – comme en particulier, celle d'entre elles qui n'avait émis jusque-là aucune prétention – le droit de la contester, en fait, un droit d'action appelé à s'exercer par voie d'arbitrage. Mais ce droit d'action risque de se perdre et la décision pré-arbitrale devenir **final and binding** si la partie qui n'en est pas satisfaite a laissé s'écouler les courts délais prévus par les clauses 67 et 20-4 du contrat sans avoir donné notification à l'autre partie de son intention de contester la décision. Ces délais valent de ce fait raccourcissement de la prescription prévue par la loi (A). Or à cet égard, le droit de la prescription extinctive dans les pays musulmans comporte une règle impérative suivant laquelle les délais de prescription ne peuvent être ni allongés ni abrégés par

les parties, ce qui met en doute la validité de ces clauses au regard du droit de ces pays (B).

A- La nature juridique du délai

A première vue, le délai, durant lequel la partie non satisfaite de la décision pré-arbitrale est tenue de communiquer à l'autre partie son intention de la contester devant un tribunal arbitral sous peine de perdre tout droit d'agir contre la décision, apparaît comme un délai de forclusion, ce qui n'est pas totalement inexact. On sait que notre système de délais comporte de manière générale, à côté des délais de prescription proprement dite, des délais appelés délais de forclusion ou de déchéance. Le critère qui pourrait les distinguer les uns des autres est, de l'avis des auteurs les plus autorisés, difficile à dégager. On a pu soutenir que les délais de déchéance et de forclusion ne seraient rien d'autre que des courtes prescriptions relatives à des actions que la loi n'a admis qu'à titre exceptionnel. En fait, ce qui peut caractériser un délai de forclusion c'est, d'une part, et surtout, le caractère toujours très particulier de la fonction extinctive qui lui est assignée soit par la loi, soit par la convention des parties lorsque le délai est établi par contrat. Il sert de façon générale, tantôt à rendre inefficace un acte ou une formalité, tantôt à limiter l'exercice d'un droit ou d'une action que le législateur n'a admis qu'à regret. Ainsi, sont généralement considérés comme des délais de forclusion, en France, le délai de trois ans imparti au propriétaire d'un meuble pour exercer une action en revendication (art. 2276, al. 2 C. civ., comp. Au Liban, art. 306, al. 2 du Code de procédure civile), le délai de deux ans pour l'exercice d'une action en rescision (art. 108 in fine et 1676 C. civ.) ou encore le délai d'un mois en matière de désaveu de paternité (art. 316 C. civ.). Pour Favez Hage-Chahine, le délai durant lequel sont enfermés ces droits d'action ne serait pas un délai de nature à transformer un « germe de droit en droit ».

Le délai de notification prévu par les clauses 67 et 20-4 s'accorde en partie avec ces caractères. Il est particulièrement bref, et son articulation ne comporte apparemment aucun mode d'assouplissement. Dans l'esprit des rédacteurs FIDIC qui l'ont établi, il doit permettre de contenir la phase pré-arbitrale du litige, qui est

elle-même une « procédure » assez exceptionnelle, dans un laps de temps très court. Mais deux raisons conduisent à douter de son caractère de délai de forclusion : d'une part, l'effet extinctif qu'il comporte ne se limite pas à la seule voie de l'arbitrage, voie de caractère exceptionnel, mais fait perdre à la partie non satisfaite de la décision de l'ingénieur son droit d'action relativement aux questions qui doivent passer par le filtre de la décision préalable et qui renferment des droits de nature tout à fait ordinaire ; le fait, d'autre part, que s'agissant d'un délai d'origine conventionnelle, il constitue du fait même qu'il éteint le droit d'action, un raccourcissement du délai de la prescription prévue par la loi.

1- Un délai extinctif du droit d'action

Si le délai de notification stipulé dans les clauses 67 et 20-4 avait pour seul effet de fermer seulement la voie de l'arbitrage, en laissant ouverte la possibilité pour la partie intéressée d'agir devant les juridictions étatiques, de sorte que le droit reste intact, ce délai aurait été incontestablement considéré comme un délai de forclusion. On peut imaginer en effet que les parties à un contrat puissent enfermer le recours à l'arbitrage dans un délai strict, sans toucher pour autant au droit d'action, dans son ensemble. Rien de tel en l'espèce, puisqu'aux termes de la clause 67, la décision préalable de l'ingénieur portant sur la question litigieuse qui doit obligatoirement lui être soumise devient à l'expiration du délai, final and binding, ce qui entraîne la perte pour la partie qui voudrait la contester du droit de le faire, non seulement par voie d'arbitrage, mais aussi devant les juridictions étatiques. Pour les commentateurs anglo-américains, ce résultat drastique, qui s'attache à l'écoulement du délai ne fait aucun doute. Monsieur Duncan Wallace écrit à ce sujet : *“The weight of authority in England is, therefore, extremely strong in favour of an arbitration time-bar operating to deny access to the Courts as well, quite apart from the express “final and binding” wording in Clause 67 of the FIDIC contract, which must be regarded as clinching the matter beyond doubt”*.

Certes, un délai de forclusion peut bien aussi avoir pour effet de limiter la durée d'exercice d'une action en justice, mais c'est alors un choix du législateur. Lorsqu'il est établi par les parties, il conduit nécessairement à la modification des délais légaux pour agir en justice et devient de ce fait un substitut à la prescription prévue par la loi.

2- Un délai de nature conventionnelle

Les délais de forclusion, écrit A.-R. Sanhoury, ne sont pas établis pour « couvrir des situations acquises ou établir une présomption de paiement, comme il en est de la prescription extinctive, mais pour fixer un délai au cours duquel un acte déterminé doit nécessairement être accompli ». La raison d'être en est que le législateur souhaite pour des considérations de politique législative, considérations d'ordre public, d'intérêt général ou familial, restreindre la durée pendant laquelle une situation particulièrement délicate peut être remise en question. En Egypte, Irak, Koweït, Liban, Syrie, comme en France, les délais de forclusion prévus par des textes de loi visent à restreindre l'exercice d'actions relatives à des matières sensibles : la rescision pour lésion, le *gharar* (lésion provoquée par le dol), et particulièrement la *chef'a* (retrait immobilier).

En l'espèce, le délai, au terme duquel le droit d'agir en justice relativement à la question litigieuse soumise à l'instance pré-arbitrale s'éteint, est établi par convention. L'établissement de délais de forclusion par convention n'est pas rare ; il en est ainsi lorsque les parties à un contrat veulent limiter le temps pendant lequel un acte ou une formalité doit être accompli à peine de déchéance : délai de repentir, de rétractation, d'option, de garantie ou de livraison etc... C'est moins fréquent, lorsque le délai stipulé vise, comme en l'espèce, à restreindre la durée d'exercice d'une action en justice. C'est que la loi prévoit à cet effet des délais extinctifs de portée générale, comme le délai de prescription de droit commun, ou des délais spécifiques, généralement plus courts, pour l'exercice des actions en justice.

L'on doit bien convenir, dès lors, que lorsque les parties à un contrat interviennent en matière de délais, stipulant un délai conventionnel pour l'exercice d'une action en justice, cette stipulation ne sert en réalité qu'à modifier (allonger ou réduire) le délai de prescription ou de forclusion établi par le législateur. Ainsi que l'observe très bien un auteur, un délai conventionnel qui détermine la durée d'exercice d'une action comme celle qui naît d'un contrat de construction, qu'il s'appelle délai de prescription ou délai de forclusion a toujours pour effet de modifier le délai légal établi par la loi. Or la modification substantielle qu'apportent ici les modèles FIDIC aux délais de prescription tels qu'ils sont fixés dans la loi n'est pas acceptable au regard des systèmes juridiques arabes ainsi qu'on va le voir.

B- Les clauses 67 et 20-4 des modèles FIDIC au regard de la règle qui interdit de modifier les délais de prescription

Tous les droits des pays arabes comportent en matière de prescription extinctive une règle qui repose sur des considérations liées au système juridique musulman, aux termes de laquelle le bénéficiaire de la prescription ne peut ni proroger, ni abrégé les délais fixés par la loi (art. 388 C. civ. égyptien, 385 C. civ. Syrien). Dans les pays qui sont davantage marqués par le droit musulman, où la prescription est conçue non pas comme un mode de libération mais comme un délai pendant lequel une action peut être entendue en justice, il est précisé que les parties ne peuvent convenir que ce délai soit différent de celui fixé dans la loi (art. 463-1 C. civ. jordanien, art. 487 C. civ. Des Emirats).

Cette règle est impérative, A.-R. Sanhoury commente ce texte de la manière suivante : « ...s'il avait été permis aux parties de réduire les délais de prescription, cela aurait conduit à des abus, en particulier dans les contrats de transport et dans les contrats d'assurance où c'est le débiteur qui dicte les conditions du contrat²⁵⁰ ». Les rédacteurs du code civil koweïtien sont bien plus nets : « la fixation du délai à l'expiration duquel l'action n'est plus recevable est, écrivent-ils dans la note explicative qui accompagne le code, une question qui intéresse au plus haut point l'ordre public. C'est pourquoi la fixation du délai ne doit pas être laissée à la volonté des parties ». Ainsi sur ce point, le législateur libanais, comme le législateur égyptien, et suivant ce dernier, les autres législateurs arabes, ont rompu avec les solutions adoptées dans les systèmes occidentaux qui leur ont pourtant servi de modèle en ce domaine, notamment le droit français et le droit allemand, où la possibilité de réduire le délai de prescription est tout à fait valable (règle textuelle en Allemagne : art. 225 B.G.B. ; jurisprudence en France). Il faut remonter au droit musulman pour trouver les racines de cette règle.

On sait que c'est un principe fondamental du droit classique musulman que le droit ne s'éteint pas par la prescription. L'idée de limiter la durée pendant laquelle une personne peut réclamer ses droits en justice est apparue tardivement chez les imams

²⁵⁰ SANHOURY, A. Les sources du droit dans le fiqh islamique, t. 1, p. 81. Paris : Librairie du recueil Sirey, 1934.

hanéfites de basse école. Ils considéraient que le fait pour une personne de laisser passer un long laps de temps sans réclamer son droit présume de son inexistence. Ainsi la règle qui consiste à refuser l'examen d'un droit trop longtemps négligé semble avoir été admise dans quelques ouvrages au titre de l'*isthisan*.

Plus tard, lorsqu'au cours du XIX^e siècle le législateur ottoman a consacré la prescription extinctive dans le *Medjellé* sous forme de *limitation of action*, l'idée suivante fut alors avancée pour justifier cette innovation : il fut dit que le pouvoir d'agir devant les tribunaux de l'Empire est une prérogative que le Sultan octroie à ses sujets. Dès lors, il lui revient, et à lui seul, le pouvoir de fixer la durée pendant laquelle le droit d'action peut être exercé. La volonté des parties ne peut nullement y interférer. On retrouve l'idée de Monsieur Hage-Chahine expliquant certains délais de forclusion : « lorsqu'un droit à réalisation immédiate n'apparaît pas en raison de sa nature prescriptible, dit-il, il faut la volonté du législateur pour le rendre temporaire ».

L'on explique ainsi le caractère l'ordre public qui s'attache à la règle interdisant aux parties de modifier les délais de prescription tels qu'ils sont établis par la loi. Commentant l'article 346 du Code des obligations libanais qui consacre cette règle, S. Mahmassani prend soin justement de préciser que « cela est conforme à l'esprit de l'enseignement hanéfite qui fonde l'irrecevabilité de l'action sur l'ordre du Sultan ». Appliquée aux clauses 67 et 20-4 du contrat FIDIC, cette règle conduit incontestablement à leur invalidité.

L'invalidité des clauses 67 et 20-4 du modèle FIDIC au regard des systèmes juridiques arabes ne doit pas masquer les mérites du procédé qu'elles mettent en œuvre imaginé par les rédacteurs du FIDIC, en fait, largement inspiré de la clause 66 du contrat I.C.E., dans une approche très pragmatique du mode de règlement des litiges qui naissent de l'exécution de marchés internationaux. L'avantage de ce procédé est surtout qu'il permet de multiplier les règlements amiables en étouffant dans l'œuf les germes de litigiosité. Si toutefois, le procès s'avère inévitable, l'intervention de l'ingénieur ou d'un Comité d'ingénieurs à un stade préalable à la saisine de la juridiction arbitrale n'en reste pas moins utile : leur décision aidera à

circonscrire la matière litigieuse, et permettra d'en préciser les aspects techniques ; elle fournit aux arbitres une première opinion sur le différend qui aura le mérite d'être trempée dans une expérience de terrain ; enfin et de manière plus générale, elle devra favoriser la rapidité du règlement de l'affaire.

Reste la question des délais. On a bien vu que les délais pour agir sont dans les systèmes juridiques arabes incompressibles. En réalité, sur l'intérêt qu'il y a à assortir d'un délai l'accomplissement d'un acte ou l'exercice d'une action, il ne faut pas trop se méprendre. Il est certes toujours avantageux de restreindre le temps de la litigiosité. Mais cela risque parfois d'entraîner des effets pervers. Ainsi, s'agissant de la clause 67, en particulier, il semble que son application continue de susciter des litiges marginaux sur son interprétation, créant autant de problèmes, qu'elle n'en résout.

En fait, il faut bien le dire, et sans cesse, le répéter, la célérité en procédure dépend bien davantage de la diligence des parties que de celle des juges et encore moins des délais où l'on tente d'enfermer l'exercice des actes qu'elle comporte. Il est bien certain qu'une partie soucieuse de faire aboutir une réclamation ne manquera pas d'agir rapidement. Si elle tergiverse, c'est bien le signe qu'elle y a, quelque part, intérêt. Cet intérêt s'oppose généralement à celui de l'autre partie qui est d'aller plus vite ; le temps perdu sera en toute hypothèse rattrapé... C'est dire, qu'en définitive, les musulmans ont bien raison de se méfier des délais, de laisser le temps au temps, car rien ne sert de courir...

Section 3 : L'approche juridique et le fonctionnement de la finance islamique

« Finance islamique » : l'association des deux termes en dit long sur l'amalgame qui existe en Islam entre le temporel et le spirituel ; « l'Islam est *dine* (religion) et *dawla* (entité étatique) » écrit Mustapha AL ZARKA, un juriste contemporain, qui fut l'un des auteurs principaux du Code civil jordanien et qui a présidé le comité de rédaction du projet de Code arabe unifié.

Cette *dawla* est régie par la **Chari'a**, littéralement la «voie droite » tracée par Allah.

La *Chari'a*, c'est l'ensemble des valeurs et des normes religieuses, morales et politiques sur lesquelles le croyant doit conformer sa conduite et ordonner tous les actes de la vie courante : le droit des affaires n'y échappe pas.

Il est vrai qu'à la différence de l'Arabie Saoudite, du Soudan, de l'Iran et d'autres pays qui se proclament « Etats islamiques » et restent soumis au système musulman classique dans toute sa rigueur, la plupart des autres pays arabo-musulmans ont adopté des systèmes juridiques largement inspirés du droit occidental, particulièrement du droit français.

Pour autant, ces pays ne sont pas sortis du giron de l'Islam ; ils ne renient pas leur attachement à la *Chari'a* considérée, suivant des dispositions liminaires énoncées dans leurs constitutions et leurs codes civils, comme source principale du droit.

L'Islam étant par ailleurs religion d'Etat, les principes fondamentaux du droit musulman seront toujours regardés comme un système normatif d'ordre supérieur auquel législateurs et juges sont invités à se conformer.

Aussi, le droit des affaires, même traité à travers des codes de facture moderne, reste, dans une large mesure, soumis à ce qu'on pourrait appeler « l'ordre moral islamique » qui commande, en principe, tous les rapports contractuels.

Cet ordre moral islamique a pour fondement des prescriptions bien précises énoncées dans les Livres Saints. Le Coran et la Sunna prohibent le *riba* et le *maysir*. On sait qu'il s'agit, dans le premier cas, de tout avantage monétaire acquis sans contrepartie aux dépens d'autrui, ce qui désigne, en particulier, l'usure, dans le second, de tout enrichissement aux dépens d'autrui qui serait le produit d'une spéculation sur le hasard. Une corrélation existe entre les deux notions, l'objectif étant, dans les deux cas, d'assurer une stricte justice commutative. Il faut bien voir qu'il s'agit chaque fois d'un argent qui serait gagné sans travail par exploitation des besoins ou de l'ignorance (*jahalat*) d'autrui. Si la loi interdit le *riba* et la spéculation frauduleuse (*gharar*), c'est parce qu'il ne faut pas tirer profit des biens d'autrui de manière vaine. C'est ce qu'énoncent littéralement les versets coraniques :

« Ô vous qui croyez ! Ne mangez pas vos biens entre vous de manière vaine sauf s'il s'agit d'une affaire commerciale par consentement mutuel » (IV, 33/39) ;

« Ô vous qui croyez ! Soyez pieux envers Allah ! Faites l'abandon de ce qui (vous) reste (à toucher provenant) de l'usure, si vous êtes croyants ! ». (III, 125).

C'est cependant sur la pratique de l'intérêt dans les prêts d'argent que s'est focalisée l'interdiction du *riba* dans les systèmes arabo-musulmans contemporains. Le prêt à intérêt est ainsi considéré par tous les Etats qui se disent « islamiques », Arabie Saoudite, Iran, Soudan, Pakistan, Afghanistan, comme un acte illicite. Les banques islamiques qui fonctionnent en stricte conformité avec les prescriptions de la *Chari'a* ne pratiquant aucune opération de crédit dont la rémunération pourrait prendre la forme d'un versement d'intérêts, comme le prêt bancaire, l'escompte des effets de commerce, l'affacturage, le crédit documentaire. D'autres pays paraissent plus tolérants, ainsi l'Algérie, la Lybie, la Jordanie, les principautés du Golfe autorisent le prêt à intérêt dans les affaires commerciales et dans les opérations bancaires. Seuls quelques pays, comme l'Egypte, la Syrie, l'Irak, la Tunisie et le Maroc, l'autorisent en matière civile, en limitant toutefois le taux et en interdisant la capitalisation.

L'invalidité des transactions affectées d'un aléa, autre moyen d'assurer la justice commutative entre contractants, fait obstacle à l'admission par les Etats islamiques du contrat d'assurance. Cependant, la notion de *gharar* (risque, aléa) n'a jamais été clairement définie et son application est restée quelque peu floue. L'idée comporte deux exigences : il faut que la partie qui s'engage connaisse avec précision l'objet de son engagement, ce qui exclut toute incertitude (*jahalat*) quant à son genre, sa nature, sa quantité, sa qualité. Il importe, en outre, qu'aucune des parties ne soit surprise en cours d'exécution par des obligations à sa charge plus lourdes que celles qui ont été prévues et précisées dans le contrat ; et tel doit être le sens, à notre avis, du principe souvent énoncé par les juristes musulmans de « l'équivalence des prestations ».

L'ordre moral islamique ne se limite pas à l'interdiction du *riba* et du *maysir*. Il existe aussi des textes qui répondent à des considérations d'ordre social.

Certaines ont un impact d'ordre purement économique. Ainsi la thésaurisation de l'argent est-elle spécifiquement interdite par le Coran, de même l'accaparement des produits : « *n'accapare qu'un pécheur* » dit un hadith ; enfin, selon un autre hadith,

l'Etat ne doit pas intervenir dans la fixation des prix : « *c'est Dieu qui fixe les prix* » aurait dit le Prophète « *en accroissant ou en diminuant (l'abondance produits), il est le pourvoyeur. En m'immisçant dans ses prérogatives, je risque d'être injuste* ». Aussi, pour l'Islam, le jeu du marché est-il, comme toute autre forme d'activité humaine, soumis à la volonté de Dieu.

Tels sont les différents aspects de ce qui pourrait être appelé l'ordre moral islamique dans le droit des affaires. Appliqué au pied de la lettre dans toute sa rigueur, il n'aurait sûrement pas permis l'essor économique prodigieux dont le monde musulman fut le théâtre à l'époque classique, entre le IX^e et le XIV^e siècle, et ferait obstacle aujourd'hui au financement du développement économique et social dont les pays arabo-musulmans ont le plus grand besoin.

Cependant, si le commerce de l'argent est prohibé, toute autre activité commerciale est regardée avec faveur et serait même, selon certains hadiths du Prophète, une action sanctificatrice. « *Au jour du jugement dernier, dit l'un d'eux, l'honnête marchand musulman se rangera du côté des martyrs de la foi* ». Sachant en outre combien la thésaurisation de l'argent est mal vue et condamnable, l'épargnant semble dès lors n'avoir d'autre choix que d'investir son argent dans une affaire lucrative... la prohibition du *riba* et du *maysir* n'est-elle, en fin de compte, que l'habillage moral d'une politique destinée à encourager l'investissement ? On serait tenté de le croire si l'Islam n'était cette remarquable symbiose où religion, morale et droit s'interpénètrent pour faire un tout.

Il faut bien se rappeler, comme l'observe Louis GARDER, que bien des compagnons du Prophète et Khadija, sa première épouse, sans parler du milieu umayyade, avaient été de grands marchands caravaniers, désireux d'un légitime profit. L'Islam, ajoute-t-il, comme plus tard le Calvinisme, « a toujours considéré qu'un croyant sincère et fidèle pouvait parfaitement répondre aux exigences de sa foi dans la vie d'un honnête marchand ».

On sait cependant que le crédit est le nerf du commerce²⁵¹. Pour échapper à la prohibition du *riba* comme à toute règle de droit religieux pouvant gêner des activités, la pratique marchande mettra en œuvre des expédients, montages

²⁵¹ Voir annexe 2

juridiques souvent grossiers que le lobby religieux ne manquera pas parfois de dénoncer. Néanmoins, sous la pression des circonstances économiques ou sociales, il finit par les tolérer : certains d'entre eux seront même absorbés par le système.

Il faut bien souligner que la résistance des marchands aux règles religieuses qui touchent au commerce, particulièrement la prohibition du prêt à intérêt, n'a jamais pris la forme ni d'une contestation de leur bien-fondé, ni d'une opposition ouverte à leur application. Ce qui s'est produit est bien plus subtil : la marge du droit des clercs qui leur était imposé, un contre-droit des marchands dont le fonctionnement des banques islamiques constitue aujourd'hui le modèle le plus achevé.

I/ Le contre-droit des marchands

Il est habituel que les marchands aient un système de règles et de mécanismes spécifiques qui se rapportent à leurs activités. Depuis l'Antiquité, il a toujours existé un droit pour le commerce et les commerçants, fonctionnant en marge du droit commun, et qui a la particularité, comme dit Paul HUVELIN, « d'être à la fois international, individualiste, laïque, non formaliste, et qui repose sur l'idée de lutte économique et de libre-concurrence ». Son autonomie, ajoute-t-il, a toujours été suffisamment forte pour lui permettre de se démarquer du droit commun « national ou religieux » et de pouvoir produire, le cas échéant, des effets que le droit commun n'aurait pas permis de réaliser.

Le contre-droit élaboré par les marchands pour tourner la prohibition du prêt à intérêt s'inscrit dans la même ligne ; construit morceau par morceau avec une très grande subtilité, essentiellement par les praticiens arabes, il va contribuer à l'affinement de la technique juridique et à l'enrichissement du droit des affaires. Certains de ces expédients, inventés dès le VIII^e et le IX^e siècle, seront vite absorbés par le *fiqh*, le droit officiel, comme la vente *salam* ou le *bei bil wafa* (une forme d'aliénation fiduciaire) qu'on retrouve plus tard, en bonne place, dans le *Medjellé* ottoman. Les échanges avec l'Europe, favorisés dans un premier temps par les

croisades, les feront d'abord connaître, ainsi que bien d'autres instruments du commerce international, aux marchands italiens qui les répercutent dans l'Europe du Nord.

On peut distinguer deux catégories d'expédients :

- 1) Les *hiyal* ou subterfuges juridiques sont de purs montages. Ils sont constitués par la juxtaposition de deux ou plusieurs actes dont les effets cumulés se neutralisent réciproquement, ne laissant subsister que le profit recherché. La *mhatra*, de l'arabe *mokhatara*, qui fut très connue en Europe en est le prototype : l'opération se décompose en deux ventes successives entre les mêmes personnes, portant sur un même objet. La première vente est faite pour un prix payable comptant (1 000 dinars, par exemple) ; elle est suivie, séance tenante, d'une revente par l'acquéreur du même objet au vendeur initial, pour un prix, payable à terme, dont le montant est supérieur au précédent (1 500 dinars, par exemple).

Le même subterfuge, introduit en Europe sous le nom de « *muhatara* », a longtemps servi aux usuriers, jusqu'à ce qu'il fut condamné par un décret du Saint Office en 1679. PASCAL, dans sa VIII^{ème} Provinciale, critique le jésuite ESCOBAR qui admettait sa licéité.

L'apport par le droit occidental de nouveaux instruments juridiques va permettre aux praticiens musulmans de mieux affiner leurs montages. Il en est ainsi de la notion de personne morale que le droit musulman ne connaissait pas, mais que tous les systèmes arabo-musulmans contemporains, y compris ceux des Etats islamiques, ont adoptée. La personnalité morale des sociétés permettra de dissimuler toute sorte d'opérations illicites. Ainsi, le versement d'intérêts va-t-il pouvoir transiter par une société fictive détenue par l'emprunteur, comme dans l'exemple suivant : une banque islamique établie dans un pays du Golfe commande à une société du Sud-Est asiatique, pour un prix qu'elle paie immédiatement, la fabrication de certains produits ; elle les revend aussitôt à crédit, à un prix substantiellement supérieur, à une autre société qui, comme par hasard – et le hasard fait bien les choses - se trouve être la filiale de la première.

Généralisant le procédé, la Lybie interdit l'intérêt dans toute sorte d'opérations, tant civiles que commerciales, entre les personnes physiques (art. 1^{er} de la loi du 5 août 1972). Elle l'autorise, en revanche, entre les personnes morales. Une personne morale ne commet pas de péché.

La prolifération des ruses juridiques dans le monde musulman, que pratiquent largement aujourd'hui les banques islamiques et qu'on trouve en toute matière (droit de la famille, des successions, du contrat) a été favorisée par l'idée qu'il n'appartient pas aux juges de rechercher dans les actes soumis à leur examen les véritables intentions et motivations qui ont conduit à la rédaction de ces actes, car celles-ci ne peuvent être connues que de Dieu seul. Les juges sont tenus, comme dit un auteur, Jamal Edine M. MAHMOUD, de juger sur l'apparence. La *Chari'a*, précise-t-il, ne prévoit aucune situation d'où il ressort qu'une personne puisse être sanctionnée au titre de ses intentions et de ses motifs ou qu'on puisse, sur tel fondement, juger de licéité d'un acte.

On peut, dès lors, parfaitement comprendre que les expédients utilisés pour tourner la prohibition du prêt à intérêt dans le monde musulman aient pu largement fonctionner sans opposition majeure de l'appareil religieux et qu'ils continuent aujourd'hui, plus que jamais, avec le soutien de cet appareil, d'assurer en toute orthodoxie religieuse la rémunération du crédit par l'intermédiaire des banques islamiques.

Les substituts à l'intérêt sont des instruments juridiques censés avoir une finalité propre, comme la constitution d'une société ou la conclusion d'un contrat de vente. L'astuce sera ici d'utiliser la structure de la société ou du contrat de vente pour couvrir le versement d'un intérêt à la partie qui aura avancé les fonds

A. Les mécanismes associatifs :

Deux formes de partenariat que pratiquent largement aujourd'hui les banques islamiques sont utilisées à l'effet d'assurer les rémunérations du crédit, la *mudahura* et la *mushakara*.

La *mudahura* procède du terme *daraba* (*darb* le chemin) voyager, se déplacer, à la recherche de profits. L'opération servait à financer le transport de marchandises par caravanes à travers le désert. C'est l'ancêtre de notre société en commandite, associant capital et travail, avec partage des bénéfices. Elle est consacrée par les codes irakien, jordanien, koweïtien, émirati et yéménite. L'opération recouvre l'octroi d'un crédit rémunéré sous forme de bénéfice produit par la soi-disant société en commandite.

La *mushakara*, littéralement association, est une société en participation, fréquemment utilisée par la banque islamique sous forme d'un engagement de la banque avec un ou plusieurs partenaires en vue de créer une entreprise. Elle couvre en réalité l'octroi d'un crédit par la banque aux soi-disant partenaires. Elle est dite simple lorsqu'elle consiste dans une participation de la banque au capital social rémunéré par des dividendes. Il existe une participation dégressive qui offre la possibilité aux associés de rembourser graduellement la banque par un prélèvement d'une partie de leur capital en vue de devenir en fin de compte les seuls propriétaires de l'entreprise.

B. Le crédit associé à la vente

La vente apparaît dans le droit musulman classique comme le contrat type sous le régime duquel sont traités d'autres contrats comme le contrat de location conçu, comme la vente de l'usage, et même le contrat de mariage. Aussi, la vente, envisagée sous différentes formes, va servir à dissimuler la rémunération d'un prêt octroyé par le soi-disant acheteur au soi-disant vendeur. Les banques islamiques en font abondamment usage.

Première forme, et l'une des plus courantes, la ***murahaba***. Elle est définie par les auteurs musulmans comme une revente avec un supplément convenu qui représente le profit. Dans la pratique, la banque islamique, au lieu d'octroyer un crédit au client, achète elle-même les matières premières, les marchandises, les biens d'équipement qu'il lui indique et les lui revend à un prix majoré. La majoration peut aller très loin puisque le droit musulman ne connaît pas, à proprement parler, la lésion ; il ne retient la lésion que s'il est établi qu'elle a été provoquée par des manœuvres frauduleuses.

A côté de la ***murabaha***, le crédit-bail consiste, pour la banque, à acquérir des équipements et des immeubles et à les mettre à la disposition du client sous forme de location. Le client a la possibilité de devenir propriétaire de l'équipement ou de l'immeuble loué en remboursant la banque par versements échelonnés à un compte d'épargne.

Le ***bei bil wafa***, littéralement, aliénation fiduciaire (***bei*** – vente, ***wafa*** – fiducia) : on peut parfaitement donner au ***bei bil wafa*** la définition que, dans son Vocabulaire juridique, CAPITANT appliquait à la fiducia, « contrat par lequel l'acquéreur apparent d'un bien s'engage à le restituer à l'aliénateur lorsque celui-ci aura rempli les obligations qu'il a envers lui ». Le procédé a servi à améliorer le système du crédit dans les pays islamiques, d'une part, en assurant au créancier acquéreur du bien un certain profit tiré de la jouissance qu'il obtenait sur le bien vendu, ce qui lui permettait de déjouer, dans une certaine mesure, la prohibition du ***riba***, d'autre part, en se substituant au nantissement des immeubles dont le domaine éminent appartient au Prince et qui ne peuvent pas faire l'objet d'un nantissement. Son succès fut considérable. Il remplaça pratiquement le gage et a continué à être utilisé jusqu'à ce que l'hypothèque fasse son entrée en pays d'Islam durant les premières décennies du XX^{ème} siècle. Le ***bei bil wafa*** apparaît également comme un instrument juridique pouvant entrer dans la constitution d'autres procédés de financement et de garantie. Ainsi peut-il répondre du lease-back dont la structure coïncide parfaitement avec la sienne : vente d'un bien à une société de crédit-bail en garantie d'un prêt. Le bien vendu est rétrocédé à l'emprunteur sur la base d'un contrat de location assorti, comme il en est du crédit-bail ordinaire, d'une option

permettant à l'acheteur, soit le rachat du bien en fin de location, soit sa restitution à la société.

Tout cet appareillage, élaboré tant par les *fuqahä* de l'Islam que par de simples praticiens, va réduire presque à néant l'application des prohibitions coraniques qui gênent le commerce et le crédit. Il reste toutefois, tous les orientalistes s'accordent à le dire, que, malgré son interdiction formelle sans cesse répétée dans les discours officiels, les prêches, les colloques, les textes, la pratique de taux à intérêt n'a jamais cessé dans les pays arabo-musulmans. Joseph SCHACHT assure : « La profession de prêteur d'argent est florissante dans la plupart des pays islamiques, un taux d'intérêt de 50% est souvent considéré comme un taux modéré ».

Ce qui est certain en tout cas, c'est que des banques et des établissements de crédit du type classique fonctionnent sans entrave dans la plupart des pays musulmans, même ceux qui, comme l'Arabie Saoudite, sont farouchement opposés à la pratique de l'intérêt, et certains appartiennent même à des nationaux de ces pays.

Cependant, les banques islamiques rejettent le **change à terme**. On considère en effet que l'écart qui peut intervenir entre les cours dépend des taux d'intérêts pratiqués dans les pays concernés par les devises échangées. Cette intervention du taux d'intérêt rend l'opération illicite au regard de la *Chari'a*.

Les dépôts : le dépôt d'argent, dépôt de fonds, est assimilé en droit musulman à un prêt, en raison du fait que les objets restitués en fin de dépôt ne peuvent être ceux-là mêmes qui ont été déposés par le client. Le dépôt implique l'idée de conservation de la chose déposée elle-même et sa restitution au déposant, ce qui ne peut pas être le cas échéant de l'argent. Aussi la plupart des pays musulmans, Syrie (article 402 du Code), Lybie (art. 223 du Code), Tunisie (art. 670 du Code), Algérie (art. 590 du Code) considèrent le dépôt de fonds en banque comme un prêt de consommation, le régime diffère selon qu'il s'agit d'un dépôt à vue, d'un dépôt d'épargne, d'un dépôt d'investissement ou de dépôts participatifs.

Le dépôt à vue sert à la mise en sécurité de l'argent du client. Il doit lui être intégralement restitué sans générer aucun intérêt.

Le dépôt d'épargne est investi pour le bénéfice mutuel de la banque et de son client. Les profits, mais aussi les pertes sont calculés sur la base du partage des profits et pertes du dernier solde du mois, les conseils d'administration des banques islamiques distribuent annuellement des primes d'encouragement aux dépôts d'épargne à prélever sur les profits, pour attirer les épargnants.

Les dépôts d'investissement généraux ou non-affectés servent à alimenter un fonds commun d'activités productrices et rentables au choix de la banque. La rémunération de ces dépôts n'est pas garantie à l'avance et les déposants supporteront, le cas échéant, leur part dans les pertes.

Il y a aussi les dépôts d'investissement affectés ou spéciaux. Ce sont des fonds destinés à une entreprise ou un projet spécifiques bien déterminé. La banque joue ici le rôle de mandataire de son client et touche un pourcentage constituant la rétribution pour son travail sous forme d'un montant fixe de la valeur de la somme déposée.

Gagner de l'argent, beaucoup d'argent, peut être le signe d'une bénédiction divine, particulièrement si cela se fait au détriment des infidèles. A cet effet, il a été proposé dans le rapport présenté au congrès des ministres des Affaires Etrangères des pays musulmans tenu à JEDDAH, en Arabie Saoudite, le 29 février 1972 pour fixer le statut des banques islamiques, que le musulman soit autorisé à pratiquer le *riba* avec les infidèles *harbi* (*harbi* de *harb*, la guerre, désigne les habitants de pays non encore islamisés), à condition de bénéficier seul du surplus qui en résulte.

C'est en s'appuyant sur cette même doctrine que la République Islamique d'Iran pouvait de son côté, sans enfreindre la *Chari'a*, réclamer les paiements des intérêts produits par le prêt qu'elle avait accordé au Commissariat à l'Energie Atomique français dans le cadres des contrats conclus avec EURODIF et SOFIDIF.

Aujourd'hui, les banques islamiques n'hésitent pas à percevoir pour elles-mêmes des intérêts sur les dépôts qu'elles placent à des taux élevés auprès de banques étrangères situées dans des pays n'appliquant pas l'Islam. Mais celles qui sont

établies en pays *harbi* pourraient difficilement le faire sans être accusées de discrimination.

Gagner de l'argent, tel est bien la vocation première de tout établissement financier. Cependant, dans l'esprit de ses promoteurs, la banque islamique c'est autre chose. « C'est », comme disait Mohamed Baker EL SADR, « un instrument destiné à offrir au monde un nouveau visage qui incarne les valeurs du message islamique... Aussi ses dirigeants doivent-ils s'apprêter à renoncer quelque peu au gain, accepter de courir des risques si cela est nécessaire au succès du message, et être animés par l'esprit du *djihad* et du sacrifice ».

Est-ce bien dans cet esprit que fonctionnent les banques islamiques ? Certes on y observe scrupuleusement les prescriptions coraniques dans la mesure où le terme de *riba* ou d'intérêt est banni des opérations entreprises par la banque. « Pour autant, comme on a pu l'observer, le *modus operandi*, tel qu'il se manifeste à travers l'activité des banques islamiques, entretient d'étroites affinités avec celui du capitalisme occidental à la fois le plus original (celui des banquiers-prêteurs à la grosse aventure du XV^{ème} siècle) et le plus moderne (celui des sociétés du capital-risque au XX^{ème} et ce sont cette éthique et cette pratique de la prise de risque en vue d'un profit optimal qui, par le biais de nombreuses sociétés regroupées dans de puissants holdings aux ramifications internationales, comme le groupe Al-Barakia, qui imposent l'idée et l'image d'un Islam réconcilié avec le monde moderne et l'Occident » (L. BORABULESCO Les Cahiers de l'Orient 1989 p. 102).

CONCLUSION

Cette étude consacrée au « droit des obligations et droit musulman », a permis de lever un pan de voile quant au problème de grande actualité dans le monde musulman mais aussi et surtout dans le monde occidental où prévaut l'incompréhension ou l'ignorance de ce système juridique particulier auquel on prête beaucoup d'*a priori*. L'idée était donc d'expliquer de manière concise le système juridique musulman appliqué depuis le X^e siècle et frappé du sceau de la morale et le droit des affaires, un droit moderne en continuelle évolution notamment dans des pays comme la France²⁵², duquel dépendent d'importants contrats commerciaux. L'idée était de tenter d'expliquer les similitudes entre ces deux systèmes malgré la complexité de l'étude de la théorie du contrat en général appliqué au droit musulman notamment en droit des affaires en nous référant aux règles juridiques qui orientent et encadrent le processus contractuel de sa formation à son exécution. Ces règles qui ont été adoptées par le système laïc occidental se retrouvent dans une certaine mesure les mêmes dans le système contractuel musulman classique élaboré par les jurisconsultes de ce dernier.

Le fait de se lancer dans une thèse sur cette thématique très actuelle était au départ un grand défi lancé, car, de nos jours dans un monde où les gens essaient de comprendre le monde musulman dans les règles qui dictent son fonctionnement, même pour des juristes de confession musulmane, il était difficile au départ de comprendre les compatibilités du « droit moderne » avec ce droit religieux, surtout son application dans certains pays comme l'Arabie Saoudite, connu pour sa rigueur législative, dans la pratique religieuse, mais qui doit également y intégrer ses rapports commerciaux avec l'Occident.

Par exemple, l'on est sans doute conduit à se demander comment les textes du Règlement saoudien sur les sociétés vont pouvoir s'appliquer alors qu'un certain nombre de règles sont dites inconciliables avec la *Chari'a* qui gouverne étroitement l'ordre juridique saoudien. En fait, dans la pratique des affaires, toutes les formes de sociétés commerciales prévues par le Règlement existent et fonctionnent parfaitement. Un observateur rapporte à cet égard qu'il se constitue par semaine un

²⁵² L'ordonnance n°2016-131 du 10 février portant réforme du droit des contrats

nombre considérable de sociétés, en particulier des sociétés à responsabilité limitée, souvent fictives, beaucoup entre membres d'une même famille, et cela, explique-t-il, en raison du prestige considérable attaché dans le pays à l'idée de société.²⁵³

Hérésie généralisée ?... Certainement pas. En réalité, le droit musulman, contrairement à ce que l'on pourrait croire, est suffisamment flexible pour absorber toute règle nouvelle de caractère technique servant à répondre aux changements qu'apporte l'évolution des mœurs et de la vie économique et sociale, ce que les juristes musulmans appellent *fassad-al-zamân*, la corruption du temps. Pour cela, on invoquera de nouveau le Coran : « *Allah veut pour vous de l'aise et ne veut point de gêne* » (II 155), et l'on fera appel à de grands principes : « *la difficulté appelle à la facilitation des choses* », surtout à l'idée de nécessité : « *La nécessité autorise ce qui est interdit* ». C'est avec ces principes à très large portée que certains auteurs, tout en marquant leur grande fidélité à l'enseignement classique le plus traditionnel, donnent leur caution – avec tout de même une réserve à l'endroit des « obligations » - à l'ensemble des institutions et des règles du droit des sociétés, tel qu'établies par le règlement saoudien de 1965.

Cela dit, il pourrait toujours arriver que certains tribunaux voulant marquer leur attachement à la stricte orthodoxie islamique rejettent et condamnent des lois d'inspiration étrangère. Mais l'on ne s'étonnera pas non plus de voir – signe tangible de l'intégration du modèle français – un précis de droit commercial saoudien, le *wajiz al nazam al tijari aal saoudi* de SAÏD YAHYA, professeur à l'Université de Riyad, truffé de références faites à la jurisprudence et la doctrine françaises et rédigé en la forme et sur le fond comme un manuel de droit français.

Si on se réfère à la clause arbitrale du contrat type FIDIC²⁵⁴, l'invalidité des clauses 67 et 20-4 de ce contrat au regard des systèmes juridiques arabes ne doit pas

²⁵³ Hadi SLIM, Remarque sur l'état du droit en Arabie Saoudite, AL-WAQUEL, 1984 n° 7/8, n° 188-189

²⁵⁴ Les contrats FIDIC constituent de nos jours sur la scène internationale une source importante pour les projets de construction de grande envergure. Ils sont utilisés partout dans le monde et également dans les pays francophones, notamment dans les pays africains francophones. Très employés dans les pays en voie de développement, recommandés par la Banque Mondiale (voire les Standard Bidding Documents for Works (2005, 2006, 2007, 2010, 2012) qui basent sur le Livre Rouge 1999), d'autres banques de développement (comme la BAD) et plusieurs organisations de l'Union Européenne et utilisés pour les

masquer les mérites du procédé qu'elles mettent en œuvre imaginé par les rédacteurs du FIDIC, largement inspiré de la clause 66 du contrat I.C.E., dans une approche très pragmatique du mode de règlement des litiges qui naissent de l'exécution de marchés internationaux. L'avantage de ce procédé est surtout qu'il permet de multiplier les règlements amiables en étouffant dans l'œuf les germes de litigiosité. Si toutefois, le procès s'avère inévitable, l'intervention de l'ingénieur ou d'un Comité d'ingénieurs à un stade préalable à la saisine de la juridiction arbitrale n'en reste pas moins utile : leur décision aidera à circonscrire la matière litigieuse, et permettra d'en préciser les aspects techniques ; elle fournit aux arbitres une première opinion sur le différend qui aura le mérite d'être trempé dans une expérience de terrain ; enfin et de manière plus générale, elle devra favoriser la rapidité du règlement de l'affaire.

Reste la question des délais. On a bien vu que les délais pour agir sont dans les systèmes juridiques arabes incompressibles. En réalité, sur l'intérêt qu'il y a à assortir d'un délai, l'accomplissement d'un acte ou l'exercice d'une action, il ne faut pas trop se méprendre. Il est certes toujours avantageux de restreindre le temps de la litigiosité. Mais cela risque parfois d'entraîner des effets pervers. Ainsi, s'agissant de la clause 67, en particulier, il semble que son application continue de susciter des litiges marginaux sur son interprétation, créant autant de problèmes, qu'elle en résout.

En fait, il faut bien le dire, et sans cesse le répéter, la célérité en procédure dépend bien davantage de la diligence des parties que de celle des juges et encore moins des délais où l'on tente d'enfermer l'exercice des actes qu'elle comporte. Il est bien

programmes PHARES et ISPA les contrats FIDIC connaissent un grand essor pour la construction d'usines, d'hôtels, d'hôpitaux, de routes ou de barrages hydroélectriques. Dans le cadre de la réalisation de projets de la Coopération financière allemande (CF) la Banque de Développement allemande (KfW Entwicklungsbank) recommande également les modèles de la FIDIC (cf. **Règles pour l'attribution de marchés de fournitures et de services dans le cadre de la Coopération financière avec les pays en développement, édition novembre 2006**). Selon la KfW sont pertinents le Livre dit "Rouge" pour les projets de génie civil, le "Livre Jaune" pour les installations mécaniques et électrotechniques et la conception de marques, ainsi que le "Livre Vert" pour les petits projets passés par appel d'offres local, par exemple. Le "Livre Argent" pour les projets clé en main est d'un intérêt secondaire pour les projets de la CF puisqu'il ne fait pas appel à des consultants indépendants. Nonobstant certaines dérivations, ces types de contrat constituent un outil non négligeable au niveau international.

certain qu'une partie soucieuse de faire aboutir une réclamation ne manquera pas d'agir rapidement. Si elle tergiverse, c'est bien le signe qu'elle y a, quelque part, intérêt. Cet intérêt s'oppose généralement à celui de l'autre partie qui est d'aller plus vite ; le temps perdu sera en toute hypothèse rattrapé... C'est dire, qu'en définitive, les Musulmans ont bien raison de se méfier des délais, de laisser le temps au temps, car rien ne sert de courir...

On rattache de manière générale ces solutions à la pénétration dans le droit commercial de la théorie des avantages acquis que connaît le droit français (droit civil, droit du travail) et au concept d'attention légitime que consacre en Europe le droit de l'Union européenne, la convention européenne des droits fondamentaux tout comme la charte européenne des droits fondamentaux. A cela s'ajoute en France, l'apport des travaux d'une jeune doctrine déterminée à « mutualiser » le rapport contractuel, qui les appuie, les conforte et les guide. Ces solutions et les idées sur lesquelles elles reposent marquent la prise en compte par le droit des affaires de valeurs morales proches de celle que s'efforce de répandre l'enseignement de l'Eglise visant, pour l'essentiel, à promouvoir l'impératif de justice dans les relations entre les différents acteurs de la vie économique, placer l'homme au centre de l'économie. Parce qu'elles traduisent ainsi des aspirations de caractère universel, ces solutions sont appelées à progresser, elles pourront être difficilement contenues, encore moins contestées. L'on est même tenté d'ajouter, paraphrasant un mot célèbre, que la mondialisation du droit dont on parle sera animée par l'esprit qu'elles incarnent ou ne le sera pas.

On est loin, comme on voit, des analyses, encore courantes il y a quelques années qui prônaient l'affranchissement de l'économie marchande de tout ordre normatif : *« Le capitalisme moderne, écrivait Keynes, est absolument irréligieux, sans union intérieure, sans beaucoup d'esprit civique, souvent, non point toujours, un simple agglomérat de gens qui possèdent et de gens qui recherchent la richesse ».*

Étrange cohabitation donc de deux droits, religieux et laïc, c'est-à-dire deux idéologies qui s'appuient sur des bases complètement différentes. Loin de se soumettre, les pays de l'Islam ont tenté de trouver des palliatifs donnant à la vie

juridique une dynamique nouvelle. Ces pays impliqués à l'époque du fait du boum pétrolier dans les transactions à l'échelle internationale ont trouvé un terrain d'entente entre leurs convictions religieuses, notamment en ce qui concerne la prohibition du *riba*²⁵⁵, et les exigences du commerce international en matière financière par l'instauration d'un système bancaire islamique parallèlement aux banques occidentales classiques, des banques qui rejettent l'usure et le prêt à intérêt ; de même que ces pays du Moyen Orient ont été obligés de se protéger intérieurement en adoptant, à l'instar du droit français, la séparation entre droit civil et droit commercial.

Gagner de l'argent, tel est bien la vocation première de tout établissement financier. Cependant, dans l'esprit de ses promoteurs, la banque islamique, c'est autre chose. « C'est », comme disait Mohamed Baker EL SADR, « *un instrument destiné à offrir au monde un nouveau visage qui incarne les valeurs du message islamique... Aussi ses dirigeants doivent-ils s'apprêter à renoncer quelque peu au gain, accepter de courir des risques si cela est nécessaire au succès du message, et être animés par l'esprit du djihad et du sacrifice* ».

Est-ce bien dans cet esprit que fonctionnent les banques islamiques ? Certes on y observe scrupuleusement les prescriptions coraniques dans la mesure où le terme de *riba* ou d'intérêt est banni des opérations entreprises par la banque. « *Pour autant, comme on a pu l'observer, le modus operandi, tel qu'il se manifeste à travers l'activité des banques islamiques, entretient d'étroites affinités avec celui du capitalisme occidental à la fois le plus original (celui des banquiers-prêteurs à la grosse aventure du XV^{ème} siècle) et le plus moderne (celui des sociétés du capital-risque au XX^{ème} et ce sont cette éthique et cette pratique de la prise de risque en vue d'un profit optimal qui, par le biais de nombreuses sociétés regroupées dans de puissants holdings aux ramifications internationales, comme le groupe Al-Barakia, qui imposent l'idée et l'image d'un Islam réconcilié avec le monde moderne et l'Occident* »²⁵⁶

²⁵⁵ Voir en ce sens la définition du lexique

²⁵⁶ L. BORABULESCO Les Cahiers de l'Orient 1989 p. 102).

Il reste toutefois qu'aucune banque islamique ne semble avoir été sérieusement affectée par la crise financière qui a frappé le monde, particulièrement l'Occident. Faut-il y voir la main bénie d'Allah ? On serait tenté de le croire si l'intégration de la religion dans la finance qu'on veut ici nous montrer pouvait être autre chose que le produit d'une admirable tartufferie.

Il faut retenir que le droit musulman est dépouillé, comme il pourrait l'être, des prescriptions qui répondent à des impératifs d'ordre moral voire religieux, dès lors qu'il s'applique dans des rapports internationaux, le droit des contrats qui se rattache à la *Chari'a* devient d'une extrême malléabilité ; il est surtout riche de tous les principes généraux du droit international. Trop riche, peut-être : parce que les ouvrages du *fiqh*, on peut trouver, comme il est dit, solution à tout ; parce que la place donnée à la volonté est trop large ; parce que dans de nombreux pays s'ajoutent aujourd'hui un grand apport et une grande influence du droit d'inspiration occidentale.

Cette richesse a son revers : les règles multiples de provenance de sources différentes, celle du *fiqh* en couches superposées et à la positivité variable, celles inspirées du droit occidental, mal coordonnées ou parfois en contradiction avec les premières, ouvrent la voie à des solutions variées, d'où un sérieux danger d'arbitraire ; le choix de l'une ou de l'autre solution pourrait être commandé par des raisons de pure opportunité politique ou répondre²⁵⁷ à des considérations d'ordre idéologique. L'on peut penser même que des juges arabo-musulmans statuant sur des litiges internationaux qui y seraient sensibles, mais aussi au risque de graves dérapages qu'un droit sans rigueur est peut-être aussi celui qui correspond le mieux aujourd'hui, avec la libéralisation tous azimuts des marchés, aux exigences nouvelles du monde gangréné par la corruption de tout bord.

²⁵⁷ Selim JAHEL cite M. Jean DEPRez qui fait le constat suivant : « La coexistence d'éléments concurrents voire contradictoires au sein de l'ordre juridique global pose de difficiles problèmes d'articulation... Il peut en résulter, au sens que revêtent ces mots dans la pensée juridique occidentale, un certain arbitraire, l'insécurité juridique, une conception flottante de la légalité » : au carrefour du droit comparé et du droit international privé, quelle place pour le droit musulman ? in M. Flory, J.-R. HENRY, L'enseignement du Droit musulman, ed. CNRS, p. 34-35

Bibliographie

I - OUVRAGES

ABD AL-WAHHAB Khallaf. Les fondements du droit musulman. Paris : Al Qalam Editions, 1977, 368 p.

AL-ASSIOUTY SARWAT Anis. Théorie des sources : recherches comparées sur le Christianisme Primitif et l'Islâm Premier. Paris : Editions Letouzey et Ané, 1987, 82 p.

AL-AZMEH A. Islamic Law Social and Historical Contexts. London, Great Britain : Routledge Library Edition, 1989, p. 250-265.

AMIN Al Midani. La Déclaration universelle des Droits de l'Homme et le droit musulman. In : FREGOSI Franck, dir. Lectures contemporaines du droit islamique, Europe et monde arabe. Strasbourg : Presses Universitaires de Strasbourg, 2004, pp. 153-186.

AMOR Abdelfattah. La liberté de confession. In : Etudes sur la tolérance. Tunis : Académie tunisienne Beït al-Hikma, 1995, pp. 83-108.

AMOR Abdelfattah. La place de l'Islam dans les constitutions des Etats arabes. Modèle théorique et réalité juridique. In : CONAC Gérard et AMOR Abdelfattah, dir. Islam et droit de l'homme. Paris : Economica, 1994, pp. 13-21.

ASAF A, FYZEE A. La culture islamique : droit et religion en Islam. Paris : CNRS, 1956, 136 p.

AZZIMAN, Omar. Droit civil : droit des obligations : le contrat. Casablanca : Le Fennec, 1995, 307 P.

BACCOUCHE Néji. La tolérance. In : Etudes sur la tolérance. Tunis : Académie tunisienne Beït al-Hikma, 1995, pp. 109-130.

BEN ACHOUR Yadh. L'articulation du droit musulman et du droit étatique dans le monde arabe actuel. In : FREGOSI Franck, dir. Lectures contemporaines du droit islamique, Europe et monde arabe. Strasbourg : Presses Universitaires de Strasbourg, 2004, pp. 101-120.

BEN ACHOUR Yadh. Islam et Droits de l'Homme : les conflits des interprétations. In : LUCHAIRE, François. Un républicain au service de la République. Paris : Publication de la Sorbonne, 2005, pp. 63-83.

BENABENT Alain. Droit civil, les obligations. Paris : éditions Montchrestien, 2005, 720 p.

BENJELLOUN A. Les fondements islamiques de la société politique. Revue juridique et politique, 1984, n°38.

BERQUE Jacques, CHARNAY Jean-Paul. Normes et valeurs dans l'islam contemporain. Paris : Payot, 1966, 366 p.

BENZINE Rachid. Les nouveaux penseurs de l'Islam. Paris : Albin Michel, 2004, 288 p.

BLEUCHOT Hervé. Droit musulman. Vol. 1 : histoire. Aix en Provence : Presses Universitaires d'Aix-Marseille, 2000, 419 p.

BLEUCHOT Hervé. Droit musulman. Vol. 2 : fondements, culte, droit public et mixte. Aix en Provence : Presses universitaires d'Aix Marseille, 2002, 799 p.

BLEUCHOT Hervé. Le droit musulman en langue française dans les librairies en France. . In : FREGOSI Franck, dir. Lectures contemporaines du droit islamique, Europe et monde arabe. Strasbourg : Presses Universitaires de Strasbourg, 2004, pp. 81-98.

BONTEMS Claude. Les tentatives de codification du droit musulman dans l'Algérie coloniale. In : M. FLORY, J.-R. HENRY, Dir. L'enseignement du droit musulman. Paris : CNRS, 1989, pp. 113-131.

BOSTANJI Sami. Confrontation des sources du droit privé : le code des obligations et des contrats à l'épreuve des législations spéciales, 2006.

BOTIVEAU Bernard. Le droit islamique réinventé ? Les accélérations interprétatives. In : FREGOSI Franck, dir. Lectures contemporaines du droit islamique, Europe et monde arabe. Strasbourg : Presses Universitaires de Strasbourg, 2004, pp. 189-203.

BOUAMRANE Cheikh, GARDET Louis. Panorama de la pensée islamique. Arles : Actes Sud, 1984, 368 p.

BOUBAKEUR Cheik Si Hamza. Traité moderne de théologie islamique. Paris : Ed. Maisonneuve et Larose, 1985, 485 p.

BOUSQUET Georges. Précis de droit musulman, principalement mâlékite et algérien. Alger : La Maison des Livres, 1959-60.

BOUTALEB Abdelhadi. Unicité des sources de législation dans les religions monothéistes et capacité de l'islam d'assurer la rénovation et la pérennité de la loi (?)

BOUZGUENDA SNOUSSI Senda. Réflexions sur le temps et le droit dans le code des obligations et des contrats. 2006,

BUFFELAN-LANORE Yvaine, LARIBAU-TERNEYRE Virginie. Droit civil, les obligations. Paris : Editions Sirey, 2017, 1208 p.

BURTON John. The sources of Islamic Law, Islamic Theories of Abrogation. Edinburgh : Edinburgh University Press, 1990, pp. 14-21.

CARDAHI C. Code des obligations du Liban : 1^{ère} partie : théorie générale des obligations. Paris : Editions LGDJ, 1932.

CARRE Olivier. L'islam laïc ou le retour à la Grande Tradition. Paris : Armand Colin, 1993, 167 p.

CARRE Olivier. L'Utopie islamique dans l'Orient arabe. Paris : Presses de la Fondation nationale de sciences politiques, 1991, 275 p.

CENTRE TRICONTINENTAL DE LOUVAIN-LA-NEUVE. Théologies de la libération. Paris : L'Harmattan, 2000, 312 p.

CHARAF EL DINE Ahmed. Droit musulman et doctrine islamique. Egypte : rapport aux magistrats en stage en Egypte, 20 janvier 1977, pp. 41-54.

CHARFI Mohamed. Islam et liberté. Le malentendu historique. Paris : Albin Michel, 1998, 272 p.

CHARNAY Jean-Paul. Esprit du droit musulman. Paris : Dalloz, 2008, 218 p.

CHAUMONT Éric. *Ijtihâd* et histoire en islam Sunnite classique selon quelques juristes et quelques théologiens, In : GLEAVE, Robert. Ed. Islamic Law. Theory and Practice. Great Britain : Ed. I.B.TAURIS, 1997, pp. 7-23.

CHAUMONT Éric. Quelques réflexions sur l'actualité de la question de l'ijtihâd. In : FREGOSI Franck, dir. Lectures contemporaines du droit islamique, Europe et monde arabe. Strasbourg : Presses Universitaires de Strasbourg, 2004, pp. 70-71.

CHEHATA Chafik. Essai d'une théorie générale de l'obligation en droit musulman. Paris : Editions Dalloz, 2005.

COMAIR-OBEID Nayla. Les contrats en droit musulman des affaires. Paris : Economica, 1999, 228 p.

COULSON Noël J. Histoire du droit islamique. Paris, Presses Universitaires de France, 1995, 240 p.

CUBERTAFOND Bernard. Démocratie en Islam. In : Mélanges Philippe Ardant : droit et politique à la croisée des cultures. Paris : L.G.D.J, 1999, pp. 417-428.

DELEBECQUE Philippe, PANSIER Frédéric-Jérôme. Droit des obligations : volume 1 : contrat et quasi-contrat. Paris : Editions Lexis-Nexis, 2010, 392 p.

DENIEUL Bertrand. L'influence du droit musulman sur le droit civil. In : Revue juridique et politique, n°18, 1992, p. 472.

DULOUT Fernand. Traité de droit musulman algérien moderne : doctrines, coutumes, jurisprudence et législation. Tome 1 et 2. 1947.

FABRE-MAGNAN Muriel. Droit des obligations : contrat et engagement unilatéral. Paris : Presses Universitaires de France, 2016, 808 p.

FABRE-MAGNAN Muriel. Les obligations. Paris : PUF, 2004, 1000 p.

FAGES Bertrand. Droits des obligations. Paris : Ed. LGDJ, 2007, 448 p.

FILLION Bernard. La spécificité du droit musulman. In : M. FLORY, J.-R. HENRY, Dir. L'enseignement du droit musulman. Paris : CNRS, 1989, pp. 93-104.

FREGOSI Franck. Recevabilité du droit islamique dans les Etats européens : entre revendication sociale, mise en œuvre limitée et enjeu symbolique. . In : FREGOSI Franck, dir. Lectures contemporaines du droit islamique, Europe et monde arabe. Strasbourg : Presses Universitaires de Strasbourg, 2004, pp. 121-152.

FREGOSI Franck, ZEGHAL Malika. Religion et politique au Maghreb : les exemples tunisien et marocain, internet, IFRI

GAUDEMET Eugène. Théorie générale des obligations. Paris : Editions Sirey, 1965, 508 p.

GAUDEMET Eugène. Théorie générale des obligations. Paris : Editions Dalloz, 2004, 508 p.

HALLAQ Wael B. The origins and evolution of Islamic Law. Cambridge, Great Britain : Cambridge University Press, 2005, 234 p.

HAMIDULLAH Muhammad, Documents sur la diplomatie musulmane à l'époque du Prophète et des Khalifes orthodoxes. Thèse. Paris : Maisonneuve, 1935, 142 p.

HANAFI Hassan. Les méthodes d'exégèse. Essais sur la science des Fondements de la Compréhension Ilm Usul al-Fiqh. Le Caire, Egypte : Conseil supérieur des Arts, des Lettres et des Sciences sociales, 1965, 564 p.

HASHIMKAMALI Mohammad. Principles of Islamic Jurisprudence. Cambridge, Great Birtain : The Islamic Text Society, 1991, 572 p.

HENRY Jean-Robert. Approches ethnologiques du droit musulman : l'apport de René Maunier. In : M. FLORY, J.-R. HENRY, Dir. L'enseignement du droit musulman. Paris : CNRS, 1989, pp. 133-169.

HENRY Jean-Robert. Aspects actuels de l'enseignement du droit musulman en France. In : FREGOSI Franck, dir. Lectures contemporaines du droit islamique,

Europe et monde arabe. Strasbourg : Presses Universitaires de Strasbourg, 2004, pp. 231-243.

HERMASSI Med Elbaki. De la théorie de l'Etat en Islam. In : CONAC Gérard, AMOR Abdelfattah, dir. Islam et droits de l'homme. Paris : Economica, 1994, 97 p.

HIMMICH Ben Salem. De la formation idéologique en Islam, Ijtihâdât et Histoire. Paris : Editions Anthropos, 1980, pp. 21-47.

IQBAL Mohamed. Reconstruire la pensée religieuse de l'Islam. Monaco : Editions du Rocher, 1996, 205 p.

ISMAÏL Mohsen. Les normes juridiques en islam : le 'urf comme source de législation. In : FREGOSI Franck, dir. Lectures contemporaines du droit islamique, Europe et monde arabe. Strasbourg : Presses Universitaires de Strasbourg, 2004, pp. 27-70.

JABALLAH Ahmed. Le Conseil européen de la fatwa. Adapter la pratique musulmane au contexte occidental. In : WIIVIORKA Michel, dir. L'avenir de l'Islam en France et en Europe. Paris : Balland, 2003, 203 p.

JAHEL Selim. La place de la Chari'a dans les systèmes juridiques des pays arabes. Paris : Editions Panthéon Assas, 2012, 366 p.

KASSIS Antoine, AGATE Pierre-Sateh. Réflexions sur l'enseignement du droit musulman en Syrie et en France. In : M. FLORY, J.-R. HENRY, Dir. L'enseignement du droit musulman. Paris : CNRS, 1989, pp. 313-321.

LAHBABI Mohamed Aziz, Le personnalisme musulman. Paris : Presses Universitaires de France, 1967, 124 p.

LEQUETTE Yves, TERRE François, SIMLER Philippe. Droit civil. Les obligations. Paris : Dalloz, 1996.

MARTY G., RAYNAUD P. Droit civil : les obligations. 2^{ème} ed., tome 1, 1988.

MAWARDI Abdoul-Hassan Ali. Les statuts gouvernementaux ou règles de droit public et administratif. Paris : Le Sycomore, 1982, 584 p.

MAYER Ann Elisabeth. The Shari'ah : A Methodology or a Body of Substantive Rules ? In : HEER, Nicholas, FARHAT, Jacob Ziadeh, Ed. Islamic Law and Jurisprudence. USA : University of Washington Press, 1990, pp. 177-198.

MELANGES Raymond Goy. Le facteur religieux et l'exigence des droits de l'homme. Rouen : Presses Universitaires de Rouen et du Havre, 1998, 484 p.

MESSNER Francis. Préambule : droits internes des religions. Eléments de comparaison et de différenciation. In : FREGOSI Franck, dir. Lectures

contemporaines du droit islamique, Europe et monde arabe. Strasbourg : Presses Universitaires de Strasbourg, 2004, pp. 9-24.

MESTRE Jacques. La subrogation personnelle. Paris : LGDJ, 1979.

MILLIOT Louis, BLANC François-Paul. Introduction à l'étude du droit musulman. Paris : Dalloz, 2001, 669 p.

MOUMMI Saâd. Droit civil, droit des obligations : les obligations non volontaires, les règles générales et effets des obligations en droit comparé français et marocain. Marrakech : El Badii, 2000, 540 p.

OUBROU Tareq. La sharî'a de minorité : réflexion pour une intégration légale de l'islam. In : FREGOSI Franck, dir. Lectures contemporaines du droit islamique, Europe et monde arabe. Strasbourg : Presses Universitaires de Strasbourg, 2004, pp. 205-230.

PANSIER Frédéric-Jérôme, GUELLATY Karim. Le droit musulman. Paris : Presses Universitaires de France, coll. Que sais-je ?, 2000, 127 p.

RAMADAN Tariq. Etre musulman européen : études des sources islamiques à la lumière du contexte européen. Lyon : Editions Tawhid, 2001, 460 p.

RAMADAN Tariq. Islam, le face à face des civilisations. Lyon : Editions Tawhid, 1996, 400 p.

RAMADAN Tariq. Les évolutions de la pensée musulmane contemporaine. In WIIVIORKA Michel, dir. L'avenir de l'Islam en France et en Europe. Paris : Balland, 2003, pp. 27-33.

REDISSI Hamadi. Les politiques en Islam. Le Prophète, le roi et le savant. Paris : L'Harmattan, 1998, 165 p.

REVILLOUT Eugène. Les obligations en droit égyptien comparé aux autres durant l'antiquité, leçons professées à l'Ecole du Louvre par Eugène Revillout, suivi d'un appendice sur le droit de la Chaldée au XXIII^e siècle et au VI^e siècle av. J.C par MM. Victor et Eugène Ravillout. Paris : E. Leroux, 1896.

SADR Bani. Le Coran et le Pouvoir : principes fondamentaux du Coran. Paris : Imago, 1993, 211 p.

SALEILLES Raymond. Etude sur la théorie générale de l'obligation d'après le projet de premier code civil pour l'empire allemand. Paris : Editions Mémoire du droit, 1914.

SANHOURY, A. Les sources du droit dans le fiqh islamique, t. 1, p. 81. Paris : Librairie du recueil Sirey, 1934.

SCHACHT Joseph. Introduction au droit musulman. Paris, Ed. Maisonneuve et Larose, 1999, 250 p.

SEDDIK Youssef. Dits du Prophète Muhammad. Arles : Actes Sud, 1997, 143 p.

TALBI Mohamed. La liberté religieuse droit de l'homme ou vocation de l'homme. In : Etudes sur la tolérance. Tunis : Académie tunisienne Beït al-Hikma, 1995, pp. 131-150.

TASDEMIR Ceddar. Comparaison des principes fondamentaux en droit musulman et en droit romain. Paris : 1939.

THAMINY Omar. Théorie de l'acte juridique en droit musulman

TOR Andrae. Mahomet, sa vie et sa doctrine. Paris : Maisonneuve, 1984, 192 p.

URVOY Dominique, URVOY Marie-Thérèse. Les mots de l'Islam. Toulouse : Presses Universitaires du Mirail, 2004, 127 p.

YOUSRY Ahmed. L'Etat de droit en droit musulman. In : L'Etat de droit : mélanges en l'honneur de Guy Braibant. Paris : Dalloz, 1996, pp. 793-796.

ZAKARIYA Fouad. Laïcité et islamisme. Les arabes à l'heure du choix. Paris : Editions La Découverte/Editions Al-Fikr, 1991, 168 p.

II – ARTICLES, REVUES

BEN ACHOUR Yadh. Islam et laïcité, propos sur la recomposition d'un système de normativité. *Revue Pouvoirs*. 1992, n°62, pp. 15-30.

BELAID Sadok. Islam et droit : pour une relecture des sources. *Gazette du Palais*. 1998, n°81, pp. 383-386.

BONTE Pierre. Droit musulman et pratiques foncières dans l'Adrar mauritanien. In : *Etudes rurales : anthropologie, archéogéographie, économie, géographie, histoire et sociologie*, n°155-156, 2000, pp. 93-106.

CHEHATA Chafik. Etudes du droit musulman. In : *Revue française d'histoire d'outre-mer*, tome 60, n°219, 2e trimestre 1973. pp. 266-268.

CHEHATA, Chafik. Théorie générale de l'obligation en droit musulman hanéfite : les sujets de l'obligation. In : *Revue Internationale de droit comparé*, 1970, vol. 22, n°4, pp. 785-786.

FILALIANSARY Abdou. Islam, laïcité, démocratie. *Revue Pouvoirs*. 2003, n°104, pp. 5-19.

HABIB Belkhodja Mohamed. Islam et biologie. Journal international de bioéthique. 1998, n°1-2, p. 59-66.

JAHHEL Selim. Les principes généraux du droit dans les systèmes arabo-musulmans au regard de la technique juridique contemporaine. Revue internationale de droit comparé, n°1, janvier-mars 2003, pp. 105-122.

L'adéquation du droit musulman classique aux procédés modernes de financement et de... . In : Revue trimestrielle de droit commercial et de droit économique, 1982, pp. 483-504.

LEVEAU Rémy. Etre musulman en Europe. Revue Pouvoirs. 2003, n°104, pp. 111-119.

LINANT DE BELLEFONDS Y. Ibn Hazm et le zahirisme juridique. La Revue Algérienne, 1960, n°1, pp. 4-19.

MARCHESIN Philippe. Juge moderne et droit musulman : le cas de la Mauritanie. In : Afrique Contemporaine, n°156, 1990, pp. 261-266.

MAZEAUD H. MAZEAUD J. CHABAS F. Leçons de droit civil. T II, 1^{er} vol. Obligations, théorie générale. In : Revue internationale de droit comparé, 1986, vol. 38, n°1, p. 286.

MOULIAS Daniel. La modernisation du droit musulman est-elle possible ? In : ..., nov.-déc. 1954.

NACEUR, Fatiha. Le Droit musulman : fondement de la gestion d'affaires en droit algérien. In : Revue algérienne des sciences juridiques, économiques et politiques, vol. 39, n°1, 2001, pp. 23-28.

OSSOUKINE Abdelhafid. Les prélèvements d'organes vus par le *fiqh* islamique. Journal international de bioéthique 1998, n°1, p. 67-73.

PAPI Stéphane. Islam et droit musulman au Maghreb : une référence centrale, mais d'application limitée. In : L'Année du Maghreb, 2004, p. [429]-454.

RAMADAN Tariq. Les Musulmans et la mondialisation. Revue Pouvoirs. 2003, n°104, pp. 97-109.

SOURDEL Dominique, Droit musulman et codification, Droits. Revue française de théorie, de philosophie et des cultures juridiques, n°26, 1/10/97, pp. 33-50.

III – OUVRAGES DE REFERENCE ET NOTIONS

Califat

Califat. In : Encyclopedia Universalis, tome 4, Paris, 2002, 1055 p.

GLASSE C. Dictionnaire encyclopédique de l'Islam. Paris : Bordas, 1991, 444 p.

SOURDEL Janine, SOURDEL Dominique. Dictionnaire historique de l'Islam. Paris : 2004, 1056 p.

Chari'a

SOURDEL Janine, SOURDEL Dominique. Chari'a. In : Dictionnaire historique de l'Islam. Paris : Presses Universitaires de France, 2004, 1056 p.

Chiisme

SOURDEL Janine, SOURDEL Dominique. Chiisme. In : Dictionnaire historique de l'Islam. Paris : Presses Universitaires de France, 2004, 1056 p.

« shi'a », définition de l'Encyclopédie de l'Islam, C. E. Bosworth, Leiden, Brill, 1997, 1060 p.

HEINZ HALM. Le chiisme. Paris : Presses Universitaires de France, 1995, pp. 142-149.

BEYDOUN Ahmad. Chiisme et démocratie. In : Islam et démocratie, n°104, Pouvoirs, Seuil, 2003, pp. 33-43.

Djihad

KEPEL Gilles. Djihad. In : Islam et démocratie, n°104, Pouvoirs, Seuil, 2003, pp. 135-142.

Droits de l'homme

Commission Internationale de Juristes Les droits de l'homme en Islam, Rapport d'un colloque international à Koweït, Décembre 1980, Commission internationale des juristes, 1982, 101 p.

ALDEEB AU-SAHLIEH Sami A. Les Musulmans face aux droits de l'homme. Religion & droit & politique. Etude et documents, Verlag, Bochum, 1994, 610 p.

ALDEEB Abu-Sahlieh. La définition internationale des droits de l'homme et l'islam. In : Revue Générale de Droit International Public, n°3, 1985, pp. 625-650.

Ecoles juridiques

DELCAMBE Anne-Marie. L'Islam. Paris : La Découverte, 4^{ème} édition, 2004, 122 p.

LAGHMANI Slim. Les écoles juridiques du sunnisme, pp. 21-31, in Islam et démocratie, n°104, Pouvoirs, Seuil, janv 2003, 203 p.

SOURDEL Janine, SOURDEL Dominique. Ecoles juridiques. In : Dictionnaire historique de l'Islam. Paris : Presses Universitaires de France, 2004, 1056 p.

SOURDEL Janine, SOURDEL Dominique. Ecoles théologiques. In : Dictionnaire historique de l'Islam. Paris : Presses Universitaires de France, 2004, 1056 p.

Equité

CHEHATA Chafik. L'Equité en tant que source du droit Hanafite. Paris : Ed. Maisonneuve et Larose, 1966, pp.128-138.

Esclavage

GLASSE C. Dictionnaire encyclopédique de l'Islam. Paris : Bordas, 1991, 444 p.

SOURDEL Janine, SOURDEL Dominique. Dictionnaire historique de l'Islam. Paris : Presses Universitaires de France, 2004, 1056 p.

Femme

FAHMY Mansour. La condition de la femme. In : Revue juridique et politique : indépendance et coopération, n°28, 1974, pp. 6-11.

FAHMY Mansour. La condition de la femme. In : Revue juridique et politique : indépendance et coopération, n°28, 1974, pp. 49-59.

FAHMY Mansour. La condition de la femme. In : Revue juridique et politique : indépendance et coopération, n°28, 1974, pp. 154-163.

FERJANI Mohamed-Chérif. Islamisme et droit de la femme. Confluences Méditerranée, 1998, n°27, L'Harmattan, pp. 11-23.

HADDAD Tahar. Notre femme, la législation islamique et la société. Tunisie : Maison tunisienne de l'Édition, 1978, 255 p.

KIAN-THIEBAUT Azadeh. L'islam, les femmes et la citoyenneté. In : Islam et démocratie. Pouvoirs, n°104, 2003, Seuil, pp. 71-83.

LAMLOUM Olfa, RAVENEL Bernard. Femmes et islamisme. Confluences Méditerranée, 1998, n°27, L'Harmattan, 142 p.

LAMLOUM Olfa. Les femmes dans le discours islamiste. Confluences Méditerranée, 1998, n°27, L'Harmattan, pp. 25-32

MUÑOS GEMA Martin. Islamistes et pourtant modernes. Confluences Méditerranée, 1998, n°27, L'Harmattan, pp. 33-43.

RAHAL-SIDHOUM Saïda. Féministe et de culture française, une identité sous contrôle. Confluences Méditerranée, 1998, n°27, L'Harmattan, pp. 45-53.

SAMMARI Mohamed. SALAH Rached. Réflexion sur la condition de la femme en droit musulman. In : Revue juridique et politique : indépendance et coopération, n°28, 1974, pp. 548-557.

Histoire

BOUVERESSE Jacques. Droit et politiques du développement et de la coopération. Paris : Presses Universitaires de France, 1990, pp. 53-71.

Islam politique

ABDEERRAZIQ Ali. L'islam et les fondements du pouvoir. Paris : Editions La Découverte/CEDEJ, 1994, 178 p.

ADDI Lahouari. Pluralisme politique et Islam dans le monde arabe. In : Islam et démocratie, n°104, Pouvoirs, Seuil, 2003, pp. 85-95.

BOTIVEAU Bernard. « Charia » et démocratie. Les aléas d'une comparaison. In : L'islamisme. Paris : La Découverte, 1994, pp. 47-55.

BOUBAKEUR Dalil. Non ! L'islam n'est pas une politique. Paris : Desclée de Brouwer, 2003, 224 p.

BURGAT François. Une volonté de « retour au passé » ? In : L'islamisme. Paris : La Découverte, 1994, pp. 75-156.

CORDELIER Serge. coord. L'islamisme. Paris : La Découverte, 1994, 159 p.

DJAÏT Hichem. De l'islam religieux à l'islam politique, Revue des deux mondes, février 2005, pp. 128-137.

LAMCHICHI Abderrahim. L'islamisme en question(s). Paris : L'Harmattan, 1998, 255 p.

MAHFOUD Ahmed. La religion islamique justifie-t-elle la confusion entre spirituel et temporel ? In : L'islamisme. Paris : La Découverte, 1994, pp. 37-46.

ROY Olivier. Islamisme et nationalisme In : Islam et démocratie. Pouvoirs, n°104, 2003, Seuil, pp. 45-53.

ROY Olivier. L'islam mondialisé. Paris : Seuil, 2002, pp. 64-127.

VATIKIOTIS P. J. L'islam et l'Etat. Paris : Gallimard, 1992, 193 p.

ZEGHAL Malika. Le gouvernement de la cité : un Islam sous tension. In : Islam et démocratie. Pouvoirs, n°104, 2003, Seuil, pp.55-69.

Minorités

DE PLANHOL Xavier. Minorités en Islam, géographie politique et sociale Mayenne : Flammarion, 1997, 524 p.

Réformisme

SOURDEL Janine, SOURDEL Dominique. Réformisme. In : Dictionnaire historique de l'islam. Paris : Presses Universitaires de France, 2004, 1056 p.

Umma

JADAANE Fehmi. Umma musulmane et société islamique. Pouvoirs, n°62, 2003, Seuil, 1992, pp. 31-44.

- **Annexe 1 Quelques aspects de l'imprégnation du droit des obligations des pays arabes par la culture juridique civiliste**

Harith AL-DABBAGH Professeur adjoint

Faculté de droit, Université de Montréal

« Les codes des peuples se font avec le temps, ... qu'à proprement parler, on ne les fait pas »,
Portalis, *Discours préliminaire*

Sur des modes fort différents les uns des autres, la plupart des pays arabes se sont dotés d'un système juridique inspiré du modèle européen continental. L'influence de la culture juridique civiliste dans cette région du monde est étroitement liée au mouvement de modernisation du droit amorcé au milieu du XIX^e siècle. Ce mouvement devait se poursuivre à l'époque de la décolonisation et après l'accession de ces pays à la pleine souveraineté.

Sur le terrain du droit civil, cette évolution a connu des cours différents, selon que la réception du modèle civiliste fut indirecte, comme en Égypte et les pays ayant suivi le modèle, ou bien le fait de la domination coloniale, comme au Maghreb et au Liban. Par ailleurs, cette imprégnation s'est produite à de degrés divers : certains pays arabes se sont largement alignés sur le système occidental, notamment sur le droit français, comme le Liban, la Syrie et l'Égypte ; d'autres ont opposé une fin de non-recevoir pour rester fidèles au droit musulman, du moins en principe, comme l'Arabie Saoudite et Oman¹. Un troisième courant adopte une position mitigée : l'effort de modernisation tente ici d'intégrer des institutions de droit musulman, comme c'est le cas en Irak et dans les pays du Golfe.

* Communication présentée dans le cadre du XXXIII^{ème} Congrès de l'IDEF, Montréal le 16 mai 2013.

Dans l'ensemble, l'évolution du droit des biens et des obligations s'est accomplie par une réception significative de la de la tradition civiliste et des techniques françaises d'élaboration et d'interprétation du droit. Cette réception est due à l'idée même de codification et à divers facteurs d'ordre socio-historiques tels que l'enseignement du droit, les professions juridiques. La diffusion de la tradition romano-germanique dans le monde a fait l'objet de nombreuses études, tout particulièrement concernant l'influence du droit français². Nous n'y reviendrons donc pas. Nous nous contentons, dans le cadre de la présente communication, d'esquisser les dynamiques juridiques qui nous paraissent les plus déterminants dans le contexte arabe et qui contribuent à la pérennité de cette tradition dans le domaine du droit des obligations et des biens.

I. Le processus de codification

II. Le rôle de la jurisprudence

III. La formation des juristes.

¹ Les deux pays ne se sont toujours pas dotés d'un code civil. Les dispositions du droit musulman y sont applicables, d'après l'école hanbalite en Arabie Saoudite et d'après l'école kharijite au Sultanat d'Oman. Il mérite d'être mentionné qu'un projet de Code civil conçu selon le modèle égyptien est en préparation au Sultanat depuis un moment, et une version initiale a été divulguée en 2007, mais il n'a toujours pas vu le jour.

² La littérature juridique est à cet égard abondante. Voir à titre d'exemple : *La circulation du modèle juridique français* (journées franco-italiennes), Travaux de l'Association Henri Capitant, t. XLTV, Paris, Litec, 1993 ; *L'influence internationale du droit français*, rapport du Conseil d'État, Paris, La documentation française, 2001. De façon plus spécifique, notamment : Jacques MAURY, « Rapport sur le Code civil française et son influence dans le bassin méditerranéen : l'Orient, l'Extrême Orient » dans *L'influence du Code civil dans le monde*, Paris, Pédone, 1954, p. 839 et suiv.; Jacques LAFON, « L'Empire ottoman et les Codes occidentaux », (1997) 26 *Droits* 5 ; Pierre GANNAGÉ, « L'influence du Code civil sur les codifications des États du Proche-Orient », dans *Le Code civil 1804-2004 Livre du bicentenaire*, Paris, Dalloz-Litec, 2004, p. 597 et s. ; Eugène SCHAEFFER, « De l'importation des codes à la fin du XIXe siècle et au début du XXe siècle et de leur réception », (1986) 3-4 *Revue juridique et politique des États francophones* 27

La codification

La mise en code traduit un processus de « civil-isation » du droit³. De ce point de vue, la codification effectuée dans de nombreuses matières peut être perçue comme marquant l'entrée du monde arabe dans la famille des droits civilistes⁴. Des codes nouveaux dont les dispositions ont été empruntées aux droits occidentaux – notamment aux codifications napoléoniennes – furent introduits au milieu du XIX^e siècle dans l'Empire ottoman ainsi dans l'Égypte khédiviale⁵. Cette évolution se traduisait par une pénétration importante du droit français dans divers domaines, tels que le droit commercial, le droit maritime, le droit pénal et le droit procédural. La réception des droits occidentaux a eu pour corollaire la sécularisation de pans entiers de l'ordre juridique, dorénavant soustraits à l'empire du droit musulman.

Ce mouvement va se poursuivre après l'indépendance. Les réformes opérées en plusieurs étapes, par des vagues successives, n'ont pas rompu avec cette influence. Elles l'ont au contraire souvent accentué dans de nouveaux domaines. L'adoption de codes répondait, en l'occurrence, au besoin d'une rationalisation différente de la vie économique et sociale. Dans le domaine du droit civil, la modernisation a touché toutes les branches – droit des obligations, droit des contrats, droit des biens – à l'exception toutefois du droit de la famille et des successions qui demeura tributaire des données religieuses.⁶

³ Rémy CABRILLAC, *Les codifications*, Paris, PUF, 2002, p. 49.

⁴ Bien évidemment, le phénomène est également connu des pays de common law. Toutefois, dans ces derniers, les codes s'apparentent plutôt à de simples œuvres de consolidation ; une sorte de compilation du droit jurisprudentiel préexistant, sans réelle innovation. Or, la codification dite « substantielle », propre aux pays civilistes, vise à établir un ensemble cohérent de règles nouvelles ou renouvelées, destinées à consacrer un ordre juridique nouveau ou à réformer l'ordre préexistant. Pour plus de détails, voir : Jean-Louis BERGEL, « Variations sur des techniques de codifications », dans *Aux confins du droit, Mélanges Charles- Albert Morand*, Genève, Helbing & Lichtenhahn, 2001, p.23. *Adde*, du même auteur : « Les méthodes de codification dans les pays de droit mixte », dans *La formation du droit national dans les pays de droit mixte : Les systèmes juridiques de Common Law et de Droit civil*, Aix-en-Provence, Presses Universitaires d'Aix-Marseille, 1989, p. 21 et s.

⁵ Voir : Dora GLIDEWELL NADOLSKI, « Ottoman and Secular Civil Law », (1977) 8 *Int. J. Middle East Stud.* 517 ; Yvon LINANT DE BELLEFONDS, « Immutabilité du droit musulman et réformes législatives en Égypte », (1955) 7-1 *R.I.D.C.* 5.

⁶ La réception des droits occidentaux n'a pas opéré en matière du droit de la famille et des successions dont la réglementation dérive directement des données religieuses. Cette matière constitue dans les pays arabes une branche autonome, distincte du code civil et baptisée « statut personnel ». D'ailleurs, dans le contexte

Dans ce contexte, la codification, idée complètement étrangère à l'islam, a opéré « une véritable révolution culturelle dans le monde arabo-musulman »⁷. L'économie et l'épistémologie du droit ont été bouleversées dans la mesure où le droit traditionnel, le droit musulman, était de nature principalement casuistique et non-systématisé. Par ailleurs, la codification a transformé profondément la hiérarchie des sources du droit. Désormais, la loi est réputée source première et essentielle du droit (la primauté de la loi). C'est seulement lorsqu'elle est silencieuse ou lacunaire, que le juge est autorisé à puiser dans d'autres sources, comme la coutume ou la Charia, les règles de droit qui lui sont nécessaires.

Or, la méthodologie législative a évolué au fil du temps. Si les premiers codes arabes s'étaient largement alignés sur le modèle français, ceux les plus récemment élaborés se sont fortement rapprochés du droit musulman. Les codifications arabes paraissent, dès lors, pouvoir être classées en trois grandes catégories selon leur degré d'imprégnation dans la culture juridique civiliste :

Codes romanisés :

La parenté des premiers codes avec le Code civil français ne fait aucun doute. Ils n'en constituent pas pour autant la reproduction servile. Plus récents, ils ont pu bénéficier de l'évolution à travers la jurisprudence et la doctrine accomplie depuis 1804 ainsi que de l'apport des codifications européennes subséquentes. Par conséquent, ces Codes d'inspiration romaniste ne renferment que de rares survivances du droit musulman⁸.

A bien y regarder, les Codes pionniers peuvent, à leur tour, se subdiviser en deux groupes : codifications faites sous la domination coloniale et d'autres élaborées après l'indépendance.

arabe la dénomination « code civil », répond parfaitement à ce souci de dissocier le droit religieux prévalant en matière de statut personnel du droit civil, de facture laïque, qui régit le droit des obligations et le droit des biens.

⁷ Sélim JAHEL, « Code civil et codification dans les pays du monde arabe », dans *1804-2004 Le Code civil : un passé, un présent, un avenir*, Paris, Dalloz, 2004, p. 831.

⁸ Il s'agit *grosso modo* dans les différents codes, de la séance contractuelle, de certaines règles d'interprétation du contrat, des *waqf*, de droit de préemption, des dispositions relatives à la dernière maladie et à certaines formes de baux ruraux.

Codes issus de l'époque coloniale (Codes naturalisés) :

C'est le cas des codes civils tunisien, marocain et libanais. Ces codes promulgués à l'époque du Protectorat français forment toujours le droit positif dans ces pays, presque un siècle après. La version officielle de ces textes a été écrite et publiée en français puis traduite en langue arabe. Initialement imposés sous la contrainte, ces œuvres furent par la suite reçues et assimilées par le corps social. Le temps « naturalise » le droit venu de l'étranger.

En Tunisie, le Code des obligations et contrats (C.O.C.) est le fruit de la volonté des français. D'après le Traité de la Marsa de 1883, le Bey fut « invité » à ordonner la rédaction de codes « sur le type des Codes français ». La confection du Code des obligations et contrats fut confiée à une commission présidée par David Santillana, avocat italo-tunisien et orientaliste installé sur place. Celui-ci puise dans le droit français les principes fondamentaux, mais n'hésite pas à faire appel aux droits allemand, suisse et italien (Code de 1865), chaque fois que la norme lui paraît plus adaptée à la tradition locale⁹. Le résultat est un code de facture européenne, française pour l'essentiel, mais conforme aux dogmes du droit malékite, école dominante en Tunisie¹⁰. Le C.O.C. de 1906 va devenir le modèle juridique au Maghreb. Il sera repris dès 1913 par le Maroc au lendemain de l'instauration du Protectorat¹¹ et plus récemment par la Mauritanie (Code de 1989). Sans être copies serviles, ces derniers textes reproduisent largement les dispositions du Code tunisien¹².

⁹ M. Kamel CHARFEDDINE, « Esquisse sur la méthode normative retenue dans l'élaboration du Code tunisien des obligations et des contrats », (1996) 48-2 *R.I.D.C.* 421

¹⁰ Sur les différentes sources d'inspiration du législateur tunisien de 1906, voir : Mohamed ZINE, « Centenaire de la codification en Tunisie », dans B. Beignier (dir.), *La codification*, Paris, Dalloz, 1996, p.187.

¹¹ En 1911 un nouveau protectorat français est établi au Maroc. Lyautey souhaitait mettre en place le plus rapidement un *corpus juris* moderne pour les nouveaux colons. Serge Berge, membre de la commission Santillana en Tunisie, lui conseille de reprendre le modèle tunisien. Préparé à Rabat et affiné à Paris, le Dahir des obligations et contrat (D.O.C) devient, le 12 août 1913, applicable aux Français et étrangers au Maroc avant de devenir quarante ans plus tard, en 1965, le code officiel de tous les Marocains.

¹² Sur la diffusion du Code tunisien : Joël MONÉGER, « Deux voyageurs au Maghreb al-Aqsa » dans *Mélanges offerts à Xavier Blanc-Jouvan*, Paris, Société de législation comparée, 2005, p. 583 et suiv. *Adde* du même auteur : « Les Codes des obligations et contrats du Maghreb ou de la symbiose des droits civils musulmans et européens des obligations » dans *Le Code civil français et le dialogue des cultures juridiques*, Bruxelles, Bruylant, 2007, p.173 à la p.179.

Au Machrek, expérience semblable fut vécue par le Liban suite la dislocation de l'Empire ottoman. La France, puissance mandataire, essaya de moderniser le droit civil libanais. La rédaction du nouveau Code civil qui devait remplacer le *medjellé* ottoman fut confiée à un éminent juriste français Louis Josserand¹³. Le Code des obligations et des contrats de 1932, toujours en vigueur, est un code de facture européenne auquel Josserand imprima sa propre marque¹⁴. Il reprend pour l'essentiel la plupart des solutions édictées par le droit français, non seulement dans le Code civil¹⁵, mais également dans la doctrine et la jurisprudence postérieures à 1804.

1- Codes élaborés après l'indépendance (Codes nationalistes) :

Les codes adoptés à partir de la moitié du XX^e siècle répondaient à un sentiment nationaliste : la construction nationale du droit. Il s'agit de confirmer une souveraineté acquise ou retrouvée. Ces codes ont été conçus sans qu'il y ait eu allégeance ou domination politique. Toutefois, un choix était fait de s'aligner sur le modèle civiliste occidental. Il était nécessaire de pouvoir répondre aux nouveaux besoins qu'engendre une société moderne en constante évolution. C'est le cas de l'Égypte et des pays en ayant suivi le modèle.

Le droit égyptien était entré à la fin du XIX^e siècle dans la famille du droit français¹⁶. Officiellement indépendant depuis 1936, l'État égyptien procéda

¹³ La première mouture du projet fut confiée à Ropers, juge au Tribunal de la Seine. Ce travail fut poursuivi par Josserand. La dernière version remaniée par le Comité consultatif de législation fut adoptée par le Parlement. Le texte, promulgué le 9 mars 1932, entra en vigueur le 11 octobre 1934. Pierre GANNAGÉ, « Rapport libanais », dans *La circulation du modèle juridique français*, Coll. Travaux de l'Association Henri Capitant, vol. 44, Paris, Litec, 1993, p. 253 ; Sélim JAHEL, « Le Code libanais des obligations et des contrats entre le Code civil et le Medjellé », dans *Le Code civil français et le dialogue des cultures juridiques*, Bruxelles, Bruylant, 2007, p. 94, à la p. 96.

¹⁴ Le plan du Code porte les empreintes de Josserand. Il en est ainsi de la consécration de la théorie de l'abus de droit, de la lésion, des contrats d'adhésion, de la distinction entre la cause de l'obligation et celle du contrat. Pour plus de détails, voir : David DEROUSSIN, « Josserand, le Code civil et le Code libanais des obligations et des contrats », dans *Le Code civil français et le dialogue des cultures juridiques*, préc., note 13, p. 49 et suiv.

¹⁵ Un tableau de concordance est même placé à la fin de l'édition française.

¹⁶ Une convention internationale signée en 1875 donnait naissance aux tribunaux dits mixtes, composés de magistrats européens et égyptiens pour trancher les litiges opposant Égyptiens et étrangers ou étrangers de nationalités différentes. Six codes, très largement calqués sur l'œuvre napoléonienne, furent rédigés et devaient être appliqués par ces tribunaux. Dès 1883, ce modèle fut étendu aux tribunaux indigènes avec la mise en place des codes inspirés des codes mixtes. Mark S.W. HOYLE, *Mixed courts of Egypt*, London- Boston, Graham & Trotman, 1991

à la suppression des codifications mixtes et indigènes d'inspiration française adoptées sous le Protectorat britannique¹⁷. L'élaboration d'un nouveau code fut confiée à deux éminents juristes, Abdulrazak Sanhoury¹⁸ et Édouard Lambert¹⁹ et dura près de dix ans. Si le nouveau Code de 1948 est resté fidèle dans sa structure et ses concepts fondamentaux à la technique juridique française, il fut également influencé par un large éventail de codifications représentant la « fine fleur » des codifications de l'époque : les codes italien, espagnole, allemand, suisses, polonais, grec ainsi que le projet franco-italien de code des obligations de 1927²⁰. Il a également intégré un nombre non négligeable de normes jurisprudentielles issues de la pratique des tribunaux mixtes et un nombre, somme toute, limité de normes islamiques²¹.

Le travail ainsi réalisé est un modèle de la pratique comparatiste. Dans cette diversité des sources les rédacteurs ont puisé des solutions qui leur paraissaient les plus appropriées en vue d'élaborer un « corpus cohérent, efficace et moderne »²². Perçu comme une œuvre « arabe » résolument moderne et rationnelle, le Code égyptien connaîtra un essor considérable et deviendra le modèle de nombreuses codifications similaires à travers tout le Moyen-Orient.

¹⁷ Sur ce sujet, voir : Jan GOLDBERG, « Réception du droit français sous les britanniques en Égypte : un paradoxe ? », (1998) 34 *Égypte-Monde arabe* 67.

¹⁸ (1895-1971) : Brillant juriste égyptien, disciple préféré d'Édouard Lambert. Il a soutenu sa thèse à Lyon en 1925. À son retour, il a occupé plusieurs postes, notamment professeur à la faculté de droit du Caire (1926-1934), doyen de la faculté de droit de Bagdad (1935-1937) et ministre de l'Éducation en Égypte (1942-1949) avant de devenir président du Conseil d'État égyptien (1949-1954). Sanhoury est incontestablement le principal architecte du droit civil arabe en XX^e siècle, notamment en Irak, en Syrie, en Lybie et au Koweït. Guy BECHOR, *The Sanhuri Code, and the emergence of modern Arab civil law (1932 to 1949)*, Leiden-Boston, Brill, 2007, spéc. p.59 et suiv.

¹⁹ Voir : Olivier MORÉTEAU, « L'influence internationale de l'œuvre d'Édouard Lambert », dans *Dialogue de cultures et de législations : actes du congrès international du Cinquantenaire du Code civil égyptien (1948-1998)*, Le Caire, Direction générale de la Coopération internationale et culturelle, 1998, p.

62. (ci-après « dialogue »).

²⁰ Ministère de la Justice (Égypte), *Recueil des travaux préparatoires du Code civil égyptien (Al-Qanun al-madani : majmuat al-a'mal al-tahdiriyyah)* [en arabe], t. 1, Le Caire, Imprimerie *Dar el-kitab al-arabi*, 1950, p. 16.

²¹ Bernard BOTIVEAU, *Loi islamique et droit dans les sociétés arabes : Mutations des systèmes juridiques du Moyen-Orient*, Paris, Karthala-IRÉMAM, 1993, p. 307.

²² Iskandar GHATTAS, « Le droit comparé comme source du Code civil égyptien », dans *Dialogue*, préc., note 19, p. 25, à la page 33.

La Syrie fut le premier pays à reproduire le modèle égyptien en se dotant dès 1949 d'un Code civil presque intégralement calqué sur le Code égyptien²³. Les tendances unitaires, autrefois si fortes dans le monde arabe, amenèrent d'autres pays à suivre l'exemple égyptien. Le Code de Sanhoury, plus ou moins retouché, fut importé par la suite en Irak (1951), en Libye (1953), au Soudan (1971), en Algérie (1975) et au Koweït (1980)²⁴. Les dernières reproductions en date, celles du Bahreïn (2001)²⁵ et du Qatar (2004), témoignent encore du charme que ce Code quinquagénaire continue à exercer en dépit d'un « certain vieillissement » inévitable²⁶. En s'inspirant de cette œuvre pour élaborer leurs codes respectifs, ces pays ont reçu, à des degrés divers, la tradition civiliste et notamment la technique juridique française²⁷. Par cet effet de relais, le Code civil égyptien de 1948 a fortement favorisé l'implantation de la culture civiliste au Moyen-Orient²⁸. Mieux, certains comparatistes estiment qu'il a créé une véritable famille de droit égyptien, à l'intérieur de la famille romano-germanique²⁹.

²³ Le Code syrien reproduit les textes égyptiens avec les mêmes termes, parfois les mêmes numéros, les mêmes divisions et les mêmes têtes de chapitre. Ce rapprochement a été voulu et motivé par l'aspiration à l'unité législative arabe. Jacques EL HAKIM, « Syrie », dans *La circulation du modèle juridique français*, préc., note 2, p. 277.

²⁴ Pour une vue d'ensemble de ces codifications, voir : Nabil SALEH, « Civil Codes of Arab Countries : The Sanhoury Codes », (1993) 8 *Arab Law Quarterly* 161.

²⁵ Sur la parenté étroite entre le Code bahreïni et le Code égyptien, voir : Georges PEYRARD, « Persistance de l'influence de notre Code civil : Le Code civil de l'État de Bahreïn », (2001) 53-4 *R.I.D.C.*

927.

²⁶ La nécessité de « rajeunissement » a été soulignée à l'occasion du Congrès international du Cinquantenaire du Code civil égyptien, 1948-1998, qui s'est tenu au Caire au 14 au 16 avril 1998. Pour un Compte-rendu : Georges PEYRARD, « Cinquantenaire du Code civil égyptien », (2001) 53-4 *R.I.D.C.* 967.

²⁷ La réception est, en l'occurrence, indirecte puisqu'elle est faite par l'intermédiaire du droit d'un État tiers.

²⁸ Sur l'influence considérable de ce texte dans le monde arabe, voir : Jean-Marc MOUSSERON, « La réception au Proche-Orient du droit français des obligations », (1968) 20-1 *R.I.D.C.* 69 : « En ce temps, le chef de file de l'unité arabe, l'Égypte, venait de se doter d'un Code civil de qualité parfaitement susceptible de diffusion à l'extérieur de ses frontières. En accueillant ces dispositions souvent intégralement, les législateurs proche-orientaux sacrifiaient à l'Arabisme, mais, ce faisant, recevaient le droit occidental des obligations, le droit français en particulier. Le Code égyptien de 1948 s'est ainsi révélé depuis une vingtaine d'années, comme le meilleur 'véhicule' de l'expérience juridique française dans cette région du monde ».

²⁹ Hilmar KRÜGER, « Überblick über das Privatrecht der Staaten des Ägyptischen Rechtskreises » (1987) *Recht van de Islam* 5. Selon l'auteur, ce Code a été reçu à des degrés divers en Syrie, Irak, Libye, au Koweït, au Qatar, en Somalie, Algérie, Jordanie, Afghanistan, au Yémen, aux Émirats et à Bahreïn. Même le Soudan, pays suivant la tradition de common law, a essayé à deux reprises de l'adopter en 1971 et 1984. C'est par le canal du Code égyptien que ces droits ont recueilli l'héritage civiliste en matière civile.

Fait marquant, le code égyptien a été adopté même dans des pays autrefois soumis à l'influence britannique (Irak, Bahreïn, Koweït, Qatar). Par de processus de réception indirecte, ces systèmes se sont rapprochés sensiblement du modèle français. Notons qu'en Algérie, la politique d'arabisation menée au lendemain de l'indépendance visait d'éradiquer les manifestations de presque un siècle et demi de colonisation. On a cherché à s'affranchir rapidement de l'influence juridique coloniale en abrogeant le Code civil français. Toutefois en adoptant en 1975 un code largement inspiré du Code égyptien, l'Algérie a inconsciemment renoué avec la culture juridique française (réception par inadvertance !). L'acculturation est si forte que ce Code, trente ans après, est toujours lu et interprété à la française³⁰. L'éviction des Français n'a pas provoqué le rejet d'un système juridique ayant fait ses preuves.

Codes hybrides synthèses) :En Irak, berceau du *fiqh* islamique, la volonté était de préserver l'héritage du passé mais aussi d'emboîter le pas aux législations les plus modernes. Les codificateurs décident alors de s'inspirer pour partie du *medjelle*³¹, pour partie des législations occidentales. Les mille trois cent quatre-vingt-trois articles du Code irakien forment une œuvre assez composite qui comporte deux types de règles : un groupe reprend des dispositions classiques du droit musulman et un groupe consiste en règles issues de la tradition romano-germanique généralement empruntées au projet égyptien. Cette curieuse rencontre des cultures juridiques occidentale et islamique a donné lieu à ce qu'on pourrait appeler un « syncrétisme juridique »³². Décidés à puiser librement dans des sources variées, les rédacteurs du Code de 1951 devaient, néanmoins, sauvegarder l'unité logique et la cohérence de l'œuvre. La méthode comparatiste a été mise à contribution pour réaliser une symbiose des droits musulman et européens. Ainsi, il n'est guère aisé de dégager la primauté d'une source par rapport à une autre.

³⁰ Voir à titre d'exemple : Ali ALI SULAIMAN, *La théorie générale de l'obligation : les sources de l'obligation en droit civil algérien* [en arabe], 5^e éd., Alger, Presses Universitaires, 2003.

³¹ Codification du droit musulman d'après les enseignements de l'école hanéfite faite par l'Empire ottoman en 1867.

³² Francesco CASTRO, « Esquisses pour une biographie d'Abdel Razak El-Sanhoury », dans *Dialogue*, préc., note 19, p. 43.

C'est cette volonté de synthèse entre ces deux grandes traditions qui fait le succès du Code civil irakien et justifie l'intérêt que suscite dans les études de droit comparé en langue arabe³³.

Codes islamisés : L'expérience irakienne a eu le mérite de démontrer que des institutions islamiques traditionnelles peuvent parfaitement être modernisées pour épouser les exigences de la vie moderne. On s'est notamment aperçu que le *fiqh* pouvait constituer une source féconde d'inspiration en matière civile³⁴. Forts de ce constat, certains pays décidèrent de tenter une refonte complète de leur droit civil basée principalement sur cet héritage. L'objectif étant d'élaborer avec du « matériau musulman » un modèle comparable à celui ayant été édifié ailleurs sur la base des éléments romano-germaniques. Ce fut notamment le cas de la Jordanie (1976), des Émirats Arabes Unis (1985)³⁵ et du Yémen (2002).

Désireux de redonner à leur tradition une place plus importante, ces pays se sont largement alignés sur les enseignements du droit musulman. Les rédacteurs de ces codes, sans rejeter en bloc toutes les règles susceptibles d'être puisées dans les législations occidentales, se sont principalement fondés sur les solutions exprimées les *fouqaha*, premiers docteurs de l'Islam. Ils se distinguent ainsi des codifications antérieures de la région par le fait qu'ils renferment d'une part, une majorité de dispositions entièrement dérivées du *fiqh* islamique, et d'autre part, un nombre de dispositions exogènes, mais déclarées non contraires à la Charia. On fait ainsi appel à des règles qui sont spécifiques au droit musulman, comme par exemple dans le régime de l'incapacité d'exercice, du contrat suspendu³⁶, ou de la cession de dette (*hawala*), l'option de repentir (*khyar al- Shart*)³⁷, certains contrats ruraux³⁸, la vente *Salam*³⁹.

³³ Pour plus de détails, voir : Harith AL DABBAGH, « La réception du modèle juridique français par le Code civil irakien », (2005) 57-2 *R.I.D.C.* 264.

³⁴ SANHOURY, « Du *medjellé* au Code civil irakien et le mouvement de codification aux ères modernes » [en arabe], (1936) *al-Qada, revue du barreau irakien* 13. *Adde*, du même auteur, « Le droit musulman comme élément de refonte du Code civil égyptien », dans *Introduction à l'étude du droit comparé: recueil d'études en l'honneur d'Édouard Lambert*, t. III, Paris, Sirey, 1938, p. 621, à la p. 624.

³⁵ Le Code des transactions civiles émirati reproduit presque intégralement son parent jordanien, avec toutefois quelques nuances de portée limitée.

Toutefois, l'originalité de cette démarche réside principalement dans la méthodologie législative adoptée et la tendance à mettre en place des concepts et des méthodes de raisonnement et d'interprétation s'apparentant au *fiqh*. L'article 3 du Code civil yéménite est à cet égard révélateur car il énonce que la loi sacrée vise à « préserver les intérêts des gens, les éloigner du vice, leur faciliter leurs transactions, et les libérer de toute gêne et contrainte ». On y trouve pour la première fois les notions liturgiques de licite et illicite, *hallal* et *haram*, sur lesquelles repose toute la construction juridique des *fouqaha*⁴⁰. Cette tendance moraliste se manifeste par la prohibition des prêts à intérêt, des intérêts moratoires, des contrats aléatoires ou de la vente des choses futures. Certaines institutions n'ont pu être reçues que moyennant adaptation (la responsabilité du fait personnel devenue objective), d'autres (l'usucapion, la nullité relative, la novation) ont été écartées⁴¹.

Dans l'ensemble de ces hypothèses, l'œuvre du législateur ne devait apparaître que comme une adaptation de règles réputées immuables, une mise en forme modernisée de la Loi divine⁴². Toutefois, un survol rapide des textes législatifs révèle de fortes ressemblances avec les codes de première génération fortement imprégnés du droit occidental. En effet, cette empreinte se fait tout de même sentir, tant dans la forme que dans le fond. Quant à la forme, c'est l'architecture générale des codifications modernes qui a été observée. Quant au fond, un grand nombre d'institutions d'origine romaniste a été retenu, à des degrés variables selon les sujets⁴³ ; des dispositions qui, sans heurter les principes de la Charia, se concilient le mieux avec les besoins contemporains. Il en va ainsi de l'introduction de certains concepts tels que l'effet relatif des conventions, l'imprévision, le contrat d'adhésion, l'action oblique, la cause, l'enrichissement illicite, la stipulation pour autrui, le contrat d'assurance, les droits de privilège, etc.

³⁶ L'acte juridique est réputé inefficace jusqu'au moment où il sera ratifié par la personne ayant pouvoir.

³⁷ Sélim JAHEL, « Le *khiyar al-chart*, clause de repentir du droit musulman et les intermittences de la volonté », dans *Mélanges Louis Boyer*, Toulouse, Presses de l'Université des sciences sociales de Toulouse, 1996, p. 295 et s.

³⁸ *Muzaraat*, *mussaqaat* et *mugharasah*, sortes de métayage.

³⁹ La vente d'un bien à livrer à terme moyennant paiement comptant. Il était souvent utilisé autrefois comme subterfuge pour contourner l'interdiction de l'intérêt (*riba*).

⁴⁰ Voir art. 11 à 14 du Code civil yéménite.

⁴¹ Voir concernant le droit émirati : Adnan SARHAN, « Observations critiques sur les livres 1 et 2 du Code des transactions civiles règlementant les obligations », (2005) 25 *Revue al-shari'a wal-qânon* [en arabe] 185.

⁴² Les rédacteurs du Code jordanien évoquent que « le présent Code est fondé sur notre patrimoine et sur le *fiqh* islamique, source de nos gloires. C'est pour la première fois dans l'Histoire arabe contemporaine, la Jordanie venait de se doter d'un Code inspiré du droit musulman dans son ensemble » : Ministère de la Justice (Jordanie), *Mémoire explicatif du Code civil jordanien* [en arabe], t. 1, Amman, Éd. *al-maktab al-fanni*, 2000, p. 16.

Le rôle de la jurisprudence :

Les différents systèmes arabes consacrent le principe de la primauté de la loi. Les Codes inspirés du modèle égyptien s'ouvrent invariablement par l'affirmation suivante : « La loi régit toutes les matières auxquelles se rapporte la lettre ou l'esprit de ses dispositions ». Cette disposition rend hommage à la loi, puisqu'il est dit, indirectement, que celle-ci s'applique nécessairement si l'une de ses dispositions régit la question normative qui fait l'objet de l'examen⁴⁴. A l'instar des pays civilistes, l'office du juge est donc d'appliquer et d'interpréter la loi.

Toutefois, la loi ne peut pas tout prévoir⁴⁵. Le législateur n'étant pas infallible, son œuvre peut devoir être complétée, mais c'est à condition toutefois que le juge soit amené à constater, préalablement, le défaut d'une disposition législative applicable. L'article 1^{er} du Code civil égyptien, enjoint aux juges en cas de silence de la loi de statuer d'après la coutume et en l'absence de coutume, de juger selon les principes de la Charia, et à leur défaut de recourir au droit naturel et aux règles de l'équité. Dans la majorité des codifications arabes, on retrouve une disposition semblable, avec cependant des variantes quant à la place de la coutume par rapport à la Charia⁴⁶.

A ce titre, le juge arabe n'est habilité à recourir aux sources subsidiaires – Charia, coutume et règles de l'équité – qu'à défaut de disposition législative applicable. Le droit musulman n'intervient dès lors qu'à titre supplétif, au deuxième degré, comme en Syrie, au Koweït, en Libye au troisième, comme en Égypte et en Irak. Il s'ensuit qu'à l'instar de la France, la jurisprudence n'est pas considérée, du moins officiellement, comme une source primaire du droit. Le juge ne joue pas dans les pays arabes le rôle qu'il joue dans le système anglo-saxon⁴⁷. Ce constat peut être relevé même à l'égard des pays autrefois soumis à la domination britannique. La réception de la fameuse technique juridique anglaise du *stare decisis* n'est pas consacrée. Les tribunaux ne sont pas liés par les précédents judiciaires ; ils sont libres de revenir sur une solution consacrée par des décisions antérieures⁴⁸.

⁴³ On ne trouve pratiquement aucune trace du *fiqh* lorsqu'il s'agit de sujets plus récents, comme par exemple en matière de droit international privé (conflits de lois et de juridictions), des contrats d'assurance ou des opérations bancaires.

⁴⁴ Jean-François PERRIN, « Les relations entre loi et les règles de la bonne foi : collaboration ou conflit internormatif ? » dans *L'abus de droit : comparaisons franco-suisse*, Publications de l'Université de Saint-Étienne, 2001, p.31 aux p.32-33.

⁴⁵ « Un code, quelque complet qu'il puisse paraître, n'est pas plutôt achevé, que mille questions inattendues viennent s'offrir au magistrat. Car les lois, une fois rédigées, demeurent telles qu'elles ont été écrites. Les hommes, au contraire, ne se reposent jamais ; ils agissent toujours : et ce mouvement, qui ne s'arrête pas... » : J.-E.-M. PORTALIS, *Écrits et discours juridiques et politiques*, Aix-en-Provence, Presses Universitaires d'Aix-Marseille, 1988, p. 107.

La *common law* étant essentiellement un droit non écrit, il est pratiquement impossible d'y avoir accès et de le connaître si on ignore la jurisprudence dans laquelle elle est enracinée. L'expérience britannique en Irak est à cet égard édifiante. Lors de leur débarquement à Bassora en 1914, les Britanniques voulurent mettre en place une alternative au droit ottoman en imposant les lois et la structure judiciaire appliquées aux colonies britanniques des Indes. Ils introduisirent des réformes en matière successorale, foncière, maritime et commerciales inspirées des lois indiennes équivalentes⁴⁹. L'entreprise se solda par un échec. Le droit ottoman, largement pénétré du droit français depuis le milieu de XIX^e siècle, avait pris racine en Irak⁵⁰. En effet, depuis la création des tribunaux *nizamiques*, les juges s'étaient accoutumés à l'usage des codes, au syllogisme judiciaire et à l'interprétation téléologique des textes. Ils étaient formés à un droit de type mixte (droit civil/droit musulman) et peu familiers des techniques de *common law*. Les autorités d'occupation furent ainsi contraintes dès 1917 à restaurer le système antérieur⁵¹.

C'est aussi pour des raisons semblables que l'Égypte sous Protectorat britannique fut maintenue dans l'orbite juridique française. La plupart des magistrats, auxiliaires de justice et hauts cadres administratifs de l'État égyptien était formée à la française. Cette influence intellectuelle va se maintenir en dépit des grands moyens déployés par les conseillers anglais à partir de 1882 pour éradiquer cette influence, particulièrement sur le plan de l'enseignement du droit⁵². Le fait qu'à leur arrivée en Égypte, les Britanniques se soient heurtés à une tradition française déjà bien établie a vraisemblablement été la raison principale de la non-application de la politique juridique « anglo-indienne ».

Cependant, le seul pays de la région où la *common law* avait réussi à faire une véritable percée est le Soudan. Le pays fut soumis *de facto* à l'administration britannique dès 1898. Les occupants mirent en place une politique législative inspirée de celle des Indes britanniques. C'est à partir des principes de « justice, équité et bonne conscience », tels qu'interprétés par les tribunaux soudanais, que le droit anglais parvint à se frayer un

⁴⁶ Les sources auxquelles le juge doit se référer pour combler les lacunes de la loi sont énumérées de deux manières différentes. En Égypte, en Irak et au Bahreïn, la hiérarchie des sources est la suivante : la coutume, les principes de la Charia, les règles de l'équité (et/ou le droit naturel). En Syrie, en Libye, en Algérie et au Qatar, les principes de la Charia devanent la coutume dans l'ordre de la hiérarchie des sources.

⁴⁷ Houssam-Eddine AL-AHWANI, *Les fondements du droit* [en arabe], Le Caire, Éd. *dar al-nahda al-arabyia*, 1988, p. 212.

⁴⁸ Même si la Cour de cassation établit des principes juridiques, elle ne crée pas de norme juridique. Sa décision n'a force obligatoire qu'à l'égard du tribunal inférieur dont elle a cassé la décision. Les arrêts de la Haute juridiction ont néanmoins une grande autorité morale. Abdulrahman AL-BAZZAZ, *Introduction au droit* [en arabe], 2^e éd., Bagdad, imprimerie *al-aani*, 1958, p. 154.

⁴⁹ Par exemple le Code pénal indien de 1860, le Code de procédure pénale indien de 1898, la loi sur les marques de commerce indienne de 1889, la loi sur les navires de commerce de 1859 et la loi sur la preuve des testaments et la liquidation des successions de 1881, le règlement sur les tribunaux n°2-1916.

⁵⁰ L'importation des codes français par la Sublime Porte entre 1850 et 1879 a conduit à un dualisme législatif et juridictionnel. Par la réception des codes occidentaux, de nombreux domaines (droit commercial, pénal, de procédure) ont été soustraits du droit musulman. En résultera la mise en place de nouveaux tribunaux séculiers (*nizamiques*) chargés d'appliquer les nouveaux codes à la place des tribunaux des cadis. Noël J. COULSON, *Histoire du droit islamique*, Paris, PUF, 1995, p. 146.

⁵¹ Voir notre thèse : *Les interactions entre normes religieuses et séculières dans l'ordre juridique irakien*, th. Aix-Marseille III, 2009, p. 53 et suiv.

⁵² Une véritable guerre larvée franco-anglaise s'est engagée à la fin du XIX^e ayant pour objet l'enseignement public égyptien. Voir : Catherine FILLON, « L'enseignement du droit, instrument et enjeu de la diplomatie culturelle française : l'exemple de l'Égypte au début du XX^e siècle », (2011) 29-1 *Mil neuf*

chemin. Après l'indépendance, une tentative d'implanter un code conçu selon le modèle égyptien se solda par un échec. Le Code de 1971, mal adapté à un environnement juridique dominé par la *common law*, fut abrogé peu après sa promulgation. Néanmoins, un nouveau code, cette fois largement islamisé, est en vigueur depuis 1985.

Au-delà, le procédé de codification a eu pour corollaire le recours à la méthode déductive, au raisonnement vertical du général au particulier et ce sera le triomphe du syllogisme judiciaire. Les juges arabes appliquent très généralement les mêmes méthodes et techniques de raisonnement que leurs homologues des pays civilistes. Ici réside un fait particulièrement important, à notre sens : l'assimilation par le monde arabe d'un système de droit formulé en règles générales et abstraites, alors que le génie juridique de l'Islam est casuistique, à l'instar du génie anglais⁵³. On peut voir en cela une confirmation la pensée wébérienne selon laquelle les systèmes juridiques diffèrent davantage par leur infrastructure judiciaire que par leurs normes. Tout changement au niveau des institutions juridictionnelles – et *a fortiori* la formation des juges – se répercute inévitablement au niveau normatif⁵⁴.

Dans cet ordre d'idées, on peut relever que l'organisation des tribunaux dans les Etats arabes et leur mode de fonctionnement sont largement inspirés du système juridictionnel français avec à leur tête une Cour de cassation et un Conseil d'État⁵⁵. Dans les pays du Makhrek, les racines de ce système remontent à l'ère ottomane de *tanzimat*⁵⁶ alors qu'il représente dans les pays du Maghreb un legs du système colonial.

Ainsi sur le terrain des juridictions civiles, l'un des caractéristiques majeures consiste en l'adoption par de nombreux pays arabes de la technique de cassation française⁵⁷. Cette tendance semble se renforcer. Des Cours de cassation ont été instituées durant ces vingt ou trente dernières années dans des pays comme le Koweït, le Bahreïn, les Émirats Arabes Unis, et même la Jordanie. La juridiction suprême de l'ordre judiciaire est un juge de droit, non un juge de fait. Elle ne connaît habituellement pas du fond des affaires. Elle se contente à vérifier si la loi a été correctement appliquée. Elle reçoit ainsi pour mission d'assurer l'unité d'interprétation de la loi et de son application.

⁵³ Le droit musulman est en effet un droit à caractère essentiellement empirique dont les règles n'ont pas été systématisées. Sa méthode visait plutôt à l'approfondissement des cas d'espèce et non pas à l'élaboration de théories d'ensemble. L'on n'y trouve ni théorie générale des obligations, ni règles de formation du contrat, ni réglementation de l'enrichissement sans cause, etc.

⁵⁴ Max WEBER, *Sociologie du droit*, 2^e éd., Paris, PUF, 2013, p. 181 et suiv.

⁵⁵ Pour plus amples détails sur ce sujet, voir : *Les Cours judiciaires suprêmes dans le monde arabe*, Actes du colloque de Beyrouth, Bruxelles, Bruylant, 2001, *passim*.

⁵⁶ Au niveau juridictionnel les tribunaux ottomans étaient organisés à la manière française. Une Cour de cassation et un Conseil d'État furent institués à Istanbul par le pouvoir ottoman en 1868.

À cet égard, un projet mené au sein de l'IDEF, auquel l'auteur de ces lignes avait contribué, démontre bien la communauté des concepts juridiques des pays arabes. L'entreprise consistait à comparer la jurisprudence en matière de la résolution du contrat et de la responsabilité contractuelle de certains pays phares de la région : l'Irak, le Liban, l'Égypte, la Tunisie et le Maroc. Les résultats obtenus laissent présager l'existence d'un fonds juridique commun arabe en matière contractuelle. En effet, la comparaison révèle des affinités incontestables entre les différentes juridictions. Le juge suit la même méthode de raisonnement aboutissant pratiquement à des solutions semblables. Il en est ainsi de la distinction des obligations de moyens et de résultat, des clauses limitatives de la responsabilité, de la réparation, en général, du seul préjudice prévisible, de la nécessité de la mise en demeure, etc.

Du reste, cet ancrage dans la tradition française se traduit également dans de nombreux pays par l'existence d'un droit administratif autonome ayant ses règles et ses mécanismes propres et l'apparition partout de tribunaux spécialisés dans le contentieux administratif. Un système de dualisme juridictionnel existe ainsi au Liban (1924), en Syrie (1954), en Égypte (1972), en Tunisie (1972) en Irak (1979). Ce système est restauré plus récemment au Maroc (1993) et en Algérie (1996) et a curieusement été adopté en Arabie Saoudite⁵⁸ et au Sultanat d'Oman. Cette structure judiciaire dualiste constitue, estime Sélim Jahel, « l'assise fondamentale de l'influence persistante du droit français dans ces pays »⁵⁹. Du reste, en Égypte, en Tunisie, au Liban, où la culture française a laissé de profonds sillons, les hautes juridictions n'hésitent pas à se référer à la jurisprudence française⁶⁰.

⁵⁷ Une association a été créée en 2001 baptisée Association des Hautes juridictions de cassation des pays ayant en partage l'usage du français (AHJUCAF) regroupe présentement en son sein 5 pays arabes : Égypte, Liban, Tunisie, Maroc, Mauritanie : <http://www.ahjucaf.org/>

⁵⁸ Maren HANSON, « The Influence of French Law on the Legal Development of Saudi Arabia », (1987) 2 *Arab Law Quarterly* 272 ; George N. SFEIR, « An Islamic Conseil d'État: Saudi Arabia's Board of Grievance », (1989) 4 *Arab Law Quarterly* 128.

La formation des juristes : La réception juridique ne suffit pas pour instaurer ou maintenir un droit, il faut un sentiment profond d'appartenance à ce droit, d'« appropriation ». Il faut donc des juristes.

L'enseignement du droit était et demeure l'un des vecteurs du changement juridique dans le monde arabe. On peut même parler d'enracinement de la culture juridique civiliste par le biais de l'enseignement du droit. Dans de nombreux pays, le processus de modernisation, lancé à partir de la fin du 18^e siècle par les grandes réformes ottomanes (*tanzimat*), a opéré à plusieurs niveaux : un renouvellement des acteurs du droit (du *cadi* au juge de l'Etat), la naissance de l'avocat, un bouleversement des institutions administratives et judiciaires et de l'enseignement du droit, un changement des pratiques⁶¹.

Ainsi, le caractère éclectique des codifications arabes a beaucoup marqué la doctrine. Celle-ci n'a pas hésité à se lancer dans le droit comparé en s'ouvrant vers les droits de tradition civiliste qui constituent les sources historiques du droit actuel. L'utilisation des arguments comparatifs est très fréquente. Cette influence a pénétré les fondements du droit, ses solutions, ses concepts et les techniques d'interprétation, car on ne peut pas importer les solutions sans les techniques et méthodes y afférentes.

⁵⁹ « Code civil et codification dans le monde arabe », préc., note 5, p. 831.

⁶⁰ Sur l'alignement de la Cour de cassation du Liban sur la jurisprudence française, voir : S. JAHEL « Du fait au droit et du droit au fait », dans *L'interprétation par le juge des règles écrites*, Travaux de l'Association Henri Capitant, t. XXIX, Paris, Economica, 1980, p.108 et suiv. Sur l'exemple tunisien : Sana DEROUICHE-BEN ACHOUR, Farouk MECHRI, « Rapport Tunisien », dans *La circulation du modèle juridique français*, préc., note 2, p. 298 et suiv.

⁶¹ Bernard BOTIVEAU, « L'insertion des convictions religieuses dans le droit positif : l'exemple de l'Égypte dans le Proche-Orient contemporain », dans *Convictions philosophiques et religieuses et droits positifs*, Textes présentés au Colloque international de Moncton (24-27 août 2008), Bruxelles, Bruylant, 2010, p. 195.

En effet, il ne faut pas perdre de vue que le droit d'un pays comporte des concepts à l'aide desquels il exprime ses règles, des catégories à l'intérieur desquelles il les ordonne ; la règle de droit même est conçue d'une certaine façon⁶². Sur l'ensemble de ces terrains, l'imprégnation dans la tradition civiliste ne fait aucun doute.

Il suffit pour s'en convaincre de jeter un coup d'œil sur les traités arabes de droit des obligations et des contrats. Ceux-ci sont, par exemple, truffés de citations de la doctrine française et, à travers elle, de la doctrine allemande et italienne⁶³. La citation d'expressions, d'adages ou de toute autre terminologie latine n'est pas chose rare. Celles-ci sont souvent utilisées pour enjoliver les écrits de manière savante. Ces auteurs utilisent fréquemment la méthode comparative dans leur analyse des textes, notamment ceux issus des sources extérieures. Le juriste français est parfois surpris de retrouver en langue arabe des formules auxquelles il est parfaitement accoutumé, telle la définition de l'obligation, la notion de la cause ainsi que la célèbre définition de la faute donnée par professeurs Mazeaud. Les auteurs arabes continuent par exemple de se référer aux anciens grands auteurs français Planiol et Ripert dont les emprunts sont cités en français.

Le contact noué sur ce terrain n'est point chose récente. Deux écoles créées sous l'égide du ministère français des Affaires étrangères ont été des pièces maîtresses du rayonnement du modèle français au Machrek : l'École française de droit du Caire, créée en 1891 et l'École française de droit de Beyrouth établie en 1913⁶⁴. Leurs programmes d'enseignement furent calqués sur ceux des Facultés françaises avec, au surplus, un enseignement de droit musulman, indispensable pour les futurs praticiens locaux⁶⁵. Ces écoles ont formé une élite de juristes appelée à peupler les juridictions, les universités et les administrations des futurs États indépendants⁶⁶. En outre, un nombre important d'universitaires arabes avaient trouvé des opportunités pour faire des études de droit en Europe continentale, notamment en France. En outre, la participation d'universitaires français à l'enseignement du droit dans les Universités marocaines, tunisiennes, égyptiennes, libanaises, etc. ne fera que resserrer ces liens.

⁶² René DAVID et Camille JAUFFRET-SPINOSI, *Les grands systèmes de droit contemporains*, 11^e éd., Paris, Dalloz, 2002, p. 11-12.

⁶³ Voir par exemple le célèbre traité de droit civil dénommé *al-wassit* du Doyen Sanhoury, qui se déploie en dix tomes (environ 15 000 pages), référence de base dans les facultés de droit au travers du Moyen-Orient.

⁶⁴ Sur ces deux établissements, voir : Bernard BOTIVEAU, « L'adaptation d'un modèle français d'enseignement du droit au Proche-Orient », dans M. Flory et J.-R. Henry, *L'enseignement du droit musulman*, Paris, Éditions du CNRS, 1989, p. 229 et suiv.

⁶⁵ C. FILLON, préc., note 52, 123.

L'enthousiasme avec lequel a été accueillie la tradition romaniste s'explique par le fait que cet héritage est aussi le fonds commun du pourtour méditerranéen. En effet, il ne faut pas oublier que les juristes de la région avaient joué un rôle de premier plan dans l'élaboration du *corpus juris civilis*. Les auteurs libanais aiment rappeler que de cinq grands jurisconsultes ayant élaboré le Digeste, trois au moins étaient originaires du Proche-Orient⁶⁷. En outre, dans certains pays soumis à l'influence britannique, tels que l'Égypte ou l'Irak, faire le choix du droit français était une manière de narguer l'occupant et d'affirmer une forme d'indépendance, fut-elle seulement sur le plan juridique⁶⁸.

L'existence de cette dynamique peut également s'expliquer par l'immobilisme des instances religieuses, les oulémas, face aux défis du monde moderne, l'absence de propositions de leur part, en dehors d'une condamnation de principe de toute innovation⁶⁹. Soulignons qu'au début du XX^e siècle, une défiance régnait dans le milieu juridique arabe vis-à-vis du *fiqh* classique. Ses règles élaborées dans un monde profondément différent du monde actuel ne pouvaient être transformées en normes de droit positif sans une réflexion scientifique préalable. Toute mise en œuvre contemporaine nécessite au préalable de faire régénérer ce droit⁷⁰. Sanhoury, grand architecte de la codification du droit civil au Moyen-Orient, estimait que son application était subordonnée à une « mise en forme » passant par une phase « scientifique », puis « législative »⁷¹.

Pour Messaoudi, les oulémas du XXI^e siècle « devront faire preuve d'imagination et avoir suffisamment de courage scientifique pour enrichir le droit musulman classique en normes nouvelles et moderniser ses méthodes afin de pouvoir le présenter au consommateur sous des formes acceptables et accessibles »⁷². En attendant ce travail, force est de constater que, dans les Facultés de droit du Machrek et du Maghreb, les juristes se tournent vers un droit de facture moderne qui leur est familier, celui de l'autre côté de la méditerranée. De nos jours, l'influence de la tradition romaniste se manifeste de la manière suivante :

⁶⁶ L'École française de droit du Caire poursuivra ses travaux jusqu'en 1956, année de sa fermeture suite à la guerre de Suez. Aujourd'hui, le Centre d'études et de documentation économiques, juridiques et sociales (Cedej), fondé au Caire en 1968, en est l'héritier. Quant à l'École du Beyrouth, elle est toujours présente et incarnée par la Faculté de droit l'Université Saint-Joseph du Beyrouth (USJ).

⁶⁷ Il s'agit de Papinien (Homs), Ulpian (Tyr) et Gaius (Béryte). Voir : Georges KADIGE, « L'influence du Code civil français sur le corps de droit ottoman », dans *Le Code civil français le dialogue des cultures juridiques*, Actes du colloque de Beyrouth, Bruxelles, Bruylant, 2007, p. 41, à la p. 42.

⁶⁸ Sur ce point, concernant l'Égypte : Nathan J. BROWN, *Rule of law in the Arab World : Courts in Egypt and the Gulf*, Cambridge University Press, 1997, p. 48. Voir également : J. GOLDBERG, préc., note 17, 67. ⁶⁹ B. BOTIVEAU, « L'adaptation d'un modèle français d'enseignement du droit au Proche-Orient » préc., note 64, à la p. 231.

⁷⁰ Pour Chafik Chehata, cette renaissance du droit musulman passe par le droit comparé : « Les survivances musulmanes dans la codification du droit civil égyptien », (1965) 17-4 *R.I.D.C.* 839, 840.

- Dans les travaux académiques – mémoires, thèses, etc.- les comparaisons sont effectuées, sur une vaste échelle, avec le droit français et les droits des pays européens.
- Dans les manuels d’enseignement, plusieurs institutions juridiques sont expliquées sur la base de la doctrine française.
- L’esprit cartésien caractérise la doctrine arabe.

Ainsi, les traités arabes du droit civil suivent les *summa divisio* et catégories juridiques romaines. Ils enseignent les mêmes techniques, les mêmes concepts. Cette identité est à peu près générale, qu'il s'agisse des distinctions entre personnes physiques et morales, droits personnels et réels, différents mécanismes générateurs d'obligations comme le contrat et la responsabilité, la gestion d'affaires et l'enrichissement sans cause ou, plus précisément, encore, des notions de consentement, objet et cause, éléments constitutifs du contrat ou faute, dommage et lien de causalité, différents régimes de responsabilité : du fait personnel, du fait d’autrui, du fait des choses. On y retrouve les distinctions subtiles entre la prescription et la forclusion, entre l’inopposabilité et la nullité, entre la prescription du droit et celle de l'action ou entre le concept d’acte de disposition et celui d’acte d’administration. L’actions paulienne et l’action oblique dites actions révocatoire et subrogatoire sont également exposées. Ces notions participent de la mise en place de l’identité spécifique des systèmes civilistes⁷³.

Sur ce plan, l’Égypte peut se prévaloir d’une prestigieuse tradition de l’enseignement du droit dans le monde arabe⁷⁴. Hormis le statut personnel exposé d’après le droit musulman, tous les autres cours : droit civil, pénal, constitutionnel, administratif, commercial, international, processuel, etc. sont enseignés suivant les programmes et les canons en vigueur dans les Universités européennes. Nombreux professeurs formés dans les universités égyptiennes, mais aussi syriennes et irakiennes, enseignent dans les pays du Golfe et contribuent à répandre la culture civiliste dans cette région du monde.

⁷¹ SANHOURY, *Le califat, son évolution vers une société des nations orientale*, Travaux du Séminaire oriental d'études juridiques et sociales, t. 4, Paris, P. Geuthner, 1926, p. 507.

⁷² Layachi MESSAOUDI, « Grands et limites du droit musulman au Maroc », (1995) 47-1 *R.I.D.C.* 146, 154.

Au terme de ces observations, rappelons qu'une réception juridique n'est pas un transfert de normes mais bien le transfert des idées sous-jacentes à ces normes. Cela procède de la nécessité pour toute société d'avoir un droit propre — *ubi societas, ibi jus* — prenant en compte les climats politique, social et économique dans le pays. Pour s'inspirer de droit étranger, les rédacteurs arabes étaient amenés chaque fois à comparer les dispositions respectives sur un point donné pour choisir celle qui correspond au mieux à l'aspiration du législateur et au contexte socio-économique. Dans les Codes les plus islamisés, le choix s'est porté en effet sur les solutions qui concordaient avec celles du *fiqh* islamique. Comme le souligne le Doyen Maury, à travers le droit comparé on a donné aux emprunts effectués aux droits étrangers une coloration nationale en les modifiant ou en les complétant⁷⁵. Il s'agit donc là d'une synthèse, faite avec un souci de perfectionnement, plutôt que d'une acculturation pure et simple.

Aujourd'hui, le droit de commerce international applicable aux échanges impliquant le monde arabe transpirerait la tradition de *common law*. Faut-il s'en inquiéter ? « Le droit comparé enseigne que souvent les vents qui viennent perturber les esprits touchent plus l'imaginaire des juristes que le fond du droit »⁷⁶. Pour survivre, un droit doit évoluer avec le temps, s'adapter aux valeurs et la réalité des sociétés modernes. « Il est hors de doute que les dispositions de la loi peuvent varier avec le temps », pouvons-nous lire à l'article 39 du *medjellé*, repris par le législateur irakien (art.5 C.civ.). Dans sa structure même, le code éprouve le besoin de rappeler cette nécessité d'évoluer. Le modèle civiliste s'il sait se moderniser, s'il sait s'adapter aux contraintes nouvelles des échanges d'aujourd'hui, peut se renouveler et se dynamiser. Il faut rappeler que dans le contexte arabe l'absorption du droit américain et anglais n'est guère aisée. L'imprégnation du modèle civiliste dans le domaine des obligations et contrats paraît comme une réalité profonde qui ne saurait être facilement ébranlée. La culture civiliste a laissé dans ces pays des traces indélébiles. Elle a fondamentalement transformé la façon d'enseigner, d'étudier et de pratiquer le droit et, par conséquent, de le faire évoluer.

⁷³ Il suffit de feuilleter les manuels arabes de droit civil pour se rendre compte des affinités frappantes avec les ouvrages des auteurs français que ce soit dans la structure ou la démonstration. A titre d'exemple, le précis du droit des obligations destiné aux étudiants de la faculté de droit de Mossoul (Irak) où l'auteur de ces lignes avait enseigné. Abdumajid HAKIM, Abdulbaqi BAKRI et Mohamed T. BASHEER, *La théorie générale de l'obligation en droit civil irakien* [en arabe], t.1, Presses Universitaires de Mossoul, 1980.

⁷⁴ Première institution d'enseignement du droit au Machrek, l'École khédiviale de droit a été fondée en 1868. Elle était présidée jusqu'au 1907 par un professeur français, dont le dernier fut Édouard Lambert. On y enseignait également en français. Voir : B. BOTIVEAU, *Loi islamique et droit*, préc., note 21, p. 169 et suiv.

⁷⁵ J. MAURY, préc., note 2, p. 847

⁷⁶ J. MONÉGER, « Deux voyageurs.. », préc., note 12, p. 604.

- **Annexe 2**

L'Arbitrage en Droit Financier Musulman Moderne

Etudes en Economie Islamique

Vol.8, No.1, 2016 (37-56)

ABDELSATTAR KHOULDI

Résumé

Cet article s'assigne pour objectif de traiter du rôle et de l'importance de l'arbitrage dans la finance islamique moderne en raison des avantages particuliers qu'il offre à cette dernière, comparés à ceux offerts à la finance conventionnelle. Il démontre les raisons de la modeste culture de la pratique de l'arbitrage dans la finance islamique, culture qui ne reflète pas la place historique dans l'histoire musulmane, voire l'histoire préislamique où l'arbitrage était le mode le plus répandu dans la résolution des litiges, non seulement en matière civile et commerciale mais aussi en matière « politique ». Il couvre la doctrine de l'arbitrage telle qu'elle ressort du Coran et de la Sunna, la phase de codification de l'arbitrage dans la Medjelle Ottoman (Code civil de l'Empire Ottoman), ainsi que le référentiel moderne de l'arbitrage, à travers les résolutions de l'Académie Islamique du Fiqh et des normes AAOIFI, en particulier la Norme No.32 traitant de l'arbitrage et qui constitue le texte de base en la matière. Afin de marquer son actualité et son attachement à la réalité de la finance islamique, l'article a passé en revue le mécanisme de fonctionnement, de l'expérience, et l'apport du Centre International Islamique de Réconciliation et d'Arbitrage (IICRA), une institution internationale d'arbitrage spécialisée dans la résolution des litiges dans la finance islamique. Ainsi le contexte de création de IICRA, son apport à la finance islamique et son mécanisme de fonction ont fait l'objet d'une étude appropriée.

Mots Clés : arbitrage, banques islamiques, finance islamique

Introduction :

L'arbitrage, qui est une justice à part entière est souvent mal connu, y compris dans les milieux économiques et financiers qui sont supposés être les mieux avertis pour tirer profit de cette institution. L'arbitrage leur permet, en effet, de gagner du temps et d'obtenir une sentence de qualité rendue par des arbitres experts dans le domaine du litige à résoudre. Les raisons de cette mauvaise connaissance sont souvent dues à une confusion dans l'esprit des justiciables, telle que la confusion de la mission d'arbitre avec celle de l'expert, qui sont deux professions complètement différentes. En effet, l'expert délivre en principe au juge un avis technique sans caractère obligatoire, c'est donc l'opinion d'un professionnel, éminemment utile au tribunal, mais dépourvue de toute appréciation juridique. Quant à l'arbitrage, il a pour objet le traitement et le règlement du litige¹ de manière appropriée. La confusion peut être également due à un sentiment largement démenti en fait et en droit relatif à un manque de confiance aux arbitres et une prétendue absence de force obligatoire de la sentence arbitrale. Ainsi, l'on pense à tort que la décision arbitrale une fois rendue ne

s'impose pas aux parties parce qu'elle n'est pas rendue par le juge étatique. Or, c'est la loi elle-même - qui a institué la justice étatique - qui a confié à l'arbitrage la mission de rendre la justice, au même titre que les tribunaux, sauf que le domaine d'intervention des tribunaux est plus large que celui de l'arbitrage, puisque les tribunaux peuvent connaître de toutes les catégories de litige, alors que la compétence de l'arbitrage est limitée à certains domaines, principalement en matière commerciale. Autrement dit, tous les litiges ne sont pas arbitrables, alors qu'aucun litige n'échappe à la compétence des tribunaux de l'Etat.

Sur le plan historique, l'arbitrage est une institution largement pratiquée dans l'Arabie préislamique. C'est l'une des pratiques antéislamiques expressément entérinées par les textes coraniques et par la Sunna. La raison de cette adoption réside dans le fait que beaucoup de pratiques antéislamiques, dont l'arbitrage, non seulement ne contredisent pas les règles établies par le Coran et la Sunna, mais, au contraire, elles s'insèrent parfaitement dans l'une des finalités de la législation musulmane. Il est à noter aussi que l'Islam, qui s'est répandu sur plusieurs continents, était confronté à des coutumes et usages bien ancrés, mais qui n'étaient pas tous conformes à sa conception des relations humaines. Ce genre de coutumes et d'usages a été purement et simplement rejeté et parfois sévèrement condamné. C'est ainsi que la coutume pratiquée chez les romains et reprise par les arabes de la période antéislamique, selon laquelle le débiteur incapable de payer sa dette est réduit à l'état d'esclavage, était purement et simplement rejetée par l'Islam qui préconise la libération des esclaves² De même l'Islam a-t-il rejeté d'autres pratiques, tel l'enterrement de l'épouse vivante avec son époux décédé, comme dans certaines pratiques en Inde, ou l'enterrement avec le défunt d'objets de valeur, comme chez les Egyptiens anciens.

Si l'arbitrage, tel qu'il figure expressément dans le texte coranique concerne la résolution des différends entre époux, donc relève du statut personnel, l'histoire musulmane nous montre que l'arbitrage commercial et civil, voire même politique, était répandu. L'histoire nous a montré que les arbitres n'avaient pas seulement pour mission de trancher les conflits d'intérêt entre particuliers, mais aussi les différends qui opposent les tribus. Sur le plan législatif, la Medjellé ottomane a consacré à l'arbitrage un chapitre entier³.

L'activité financière islamique moderne, symbolisée par le mouvement des banques islamiques et des compagnies d'assurances mutuelles (dites "Takaful"), a donné à l'arbitrage commercial un sang nouveau. En effet, les institutions financières islamiques optent pour l'arbitrage non seulement en raison des avantages classiques de l'arbitrage, à savoir la confidentialité et la rapidité, mais surtout en raison de la qualification des arbitres et leur spécialisation en matière de Fiqh des transactions (Mou'amalat), domaine assez pointu nécessitant une qualification appropriée. Or dans le cursus de la plupart des facultés de droit, le droit financier musulman et la formation des cadres judiciaires semblent être négligés, ce qui constitue un handicap pour que soit instituée une justice adéquate en ce domaine. Et de ce fait, et en raison de l'aspect particulier des "produits bancaires islamiques", les juges et même les experts en matière d'activité bancaire conventionnelle trouvent du mal à saisir la portée réelle de ces produits. Les raisons en sont multiples. Nous allons nous contenter d'en citer trois :

¹ Voir Henri-Jacques Nougéin, Yves Reinhard, Pascal Ancel, Marie-Claire Rivier, André Boyer, Philippe Genin "Guide pratique de l'arbitrage et de la médiation commerciale". Litec. 2004, page 3

² L'Islam a donné sa propre vision sur la question : Il faut accorder un délai au débiteur incapable de payer sa dette et attendre qu'il soit en mesure de le faire : "A celui qui est dans la gêne, accordez un sursis jusqu'à ce qu'il soit dans l'aisance..." dit le Coran dans la Sourate II, Verset 280.

³ Voir les articles 1841 à 1851

- Les juges et les experts en matière bancaire classique ont une conception de l'activité bancaire fondée uniquement sur la location de l'argent, laquelle s'identifie à la rémunération du capital par les intérêts. Exception faite de la participation au capital d'entreprises, la logique retenue dans le traitement du prêt est largement étendue aux autres produits, y compris le crédit-bail qui, dans sa finalité, est un bail qui est appelé à se transformer en fin du bail en propriété. Cette situation devrait normalement conduire à un traitement différent du crédit-bail par rapport au prêt. Il en résulte qu'on se trouve en présence d'une culture juridique et financière fondée essentiellement sur la rémunération de l'argent sur la base de sa location comme n'importe quelle marchandise, alors que la finalité de la monnaie est justement de permettre l'accès aux marchandises.

- L'aspect récent des produits financiers islamiques relève désormais de la spécialité. Partant de certaines grandes règles telles que la prohibition de l'intérêt, l'exclusion de l'aléa en matière contractuelle, la prise en considération des contraintes de la vie moderne, une activité bancaire structurée et homogène a été purement et simplement façonnée. Il en résulte que les données du Fiqh classique ont été elles-mêmes bouleversées. Les opérations sont devenues plus sophistiquées par la multiplication des parties en présence dans une même opération financière, alors que la même opération était dans le Fiqh classique tout simplement bilatérale. C'est ainsi que la Mourabahah telle qu'elle se pratique aujourd'hui comporte au moins trois parties : le client donneur d'ordre, la banque chargée d'acheter le bien pour le revendre au client, et le fournisseur engagé de vendre le bien à la banque, alors que dans le Fiqh classique elle comporte uniquement un acheteur et un vendeur. C'est ce passage d'une relation contractuelle simple à un produit bancaire qui a contribué à la multiplication des parties.

- Les dispositions de la Chari'ah n'étant pas codifiées, leur application consistera essentiellement en une démarche d'identification des solutions appropriées à partir des sources de la Chari'ah. D'où la nécessité d'une maîtrise préalable de ces sources comme condition essentielle pour découvrir les règles appropriées répondant aux données du litige.

C'est l'arbitrage dans le domaine commercial et financier en particulier qui va retenir notre attention dans cet article. Trois grandes étapes ont marqué l'évolution de l'arbitrage en droit musulman. Le texte coranique confirmé par la pratique (l'ère de la **révélation**), le Code Civil Ottoman (Medjellé) qui a marqué l'ère de la **codification** du Fiqh dont l'arbitrage faisait partie et enfin l'arbitrage dans les nouvelles Fatwas prononcées, dont les plus anciennes remontent à moins de vingt ans (l'ère de **l'extension**). Comparées au Fiqh qui les a précédées, les Fatwas parues au cours des deux dernières décennies ont été marquées par une évolution très nette en la matière. C'est peut être l'un des domaines où une révolution secrète a eu lieu comparée aux principes originaux de l'arbitrage, à tel point qu'on peut parler, dans le domaine de l'arbitrage, de "Fiqh nouveau" ou de "Fiqh évolué", face au "Fiqh ancien".

C'est pourquoi l'étude de l'aspect historique dans ce domaine est importante. En effet, c'est à partir de cette étude que nous serons en mesure de cerner le sens et la portée de l'évolution.

L'arbitrage avant l'avènement de la finance islamique moderne

Deux grandes étapes ont marqué cette époque. La première est l'arbitrage dans les sources originelles du droit musulman, à savoir le Coran et la Sunna, qui ont donné à l'institution un droit de cité. Un consensus s'était alors formé, du fait d'une pratique longue, continue et non remise en cause. La seconde étape est l'ère de la codification de l'arbitrage dans le code civil de l'Empire Ottoman dit "la Medjellé Ottomane".

l'arbitrage dans le texte coranique et les hadiths (l'ère de l'intégration de l'institution dans l'ordonnancement juridique musulman)

Le texte de base en matière d'arbitrage depuis l'avènement de l'islam est le verset No.35 de la Sourate "An-Nissa" (les femmes), selon lequel : "Si vous craignez le désaccord entre les deux (époux), envoyez alors un arbitre de sa famille à lui, et un arbitre de sa famille à elle. Si les deux veulent la réconciliation, Allah rétablira l'entente entre eux. Allah est certes, Omniscient et parfaitement Connaisseur"⁴. Il est à noter que si l'arbitrage commercial et civil (voire politique : le cas de l'arbitrage entre l'Imam Ali, quatrième Calife, et Mouaouia, son gouverneur à Damas) est issu de ce texte, son origine reste marquée par le domaine des relations entre époux⁵.

Appliqué par et pour les grands compagnons du Prophète, puis par ses disciples, l'arbitrage, sans contestation aucune, a fait l'unanimité dans l'histoire de la Ummah⁶. Sur le plan de la procédure, l'institution de l'arbitrage a connu une évolution très remarquable. Cette remarque est confirmée par l'évolution qu'a connue l'arbitrage en particulier après le passage du nombre pair des arbitres (prévu par le texte coranique) au nombre impair retenu aujourd'hui comme principe fondamental en la matière. La condition de l'islamité requise pour le juge transposée à l'arbitre a connu elle aussi une évolution au cours de ces dernières années ou un non-musulman peut dans la plupart des pays musulmans siéger dans un tribunal arbitral appelé à se prononcer sur des questions relevant du Fiqh des transactions (Moua'malat). Les mentions obligatoires qui doivent figurer dans la sentence d'arbitrage et la référence fréquente faite au droit positif sont autant de signes qui illustrent cette évolution.

⁴ Traduction éditée par le Complexe du Roi Fahd pour l'impression du Noble Coran. Médine

L'arbitrage dans la Medjellé ottomane : l'ère de la codification.

La Medjellé ottomane, qui constitue la première codification du droit musulman, a consacré 11 articles à l'arbitrage, soit de l'article 1841 à 1851. Fidèle au texte coranique indiqué ci-dessus qui prévoit un collège arbitral de deux arbitres, la Medjellé a retenu la même solution tout en opérant une ouverture vers la composition tripartite du collège arbitral, en reconnaissant le droit aux parties de désigner deux ou trois arbitres ou plus (Article 1843). Toutefois, la pluralité des arbitres a eu pour conséquence une sentence rendue à l'unanimité ou au moins à la majorité, évitant ainsi tout blocage. Confirmant l'aspect contractuel de l'arbitrage, l'article 1846 prévoit un période déterminée au cours de laquelle les arbitres doivent rendre leur sentence sous peine de priver leur décision de toute force exécutoire. Selon l'article 1847, chacune des parties a toute latitude de révoquer l'arbitre qu'elle a désigné et ce jusqu'au prononcé du jugement, à moins que la désignation de l'arbitre ne soit confirmée par le juge. Dans ce cas sa désignation prend la forme d'une désignation par l'autorité compétente, donc échappe à la révocation par les parties. La faculté de révocation de l'arbitre - autre que celui nommé par la justice - demeure ouverte tant que la sentence n'est pas rendue. Il est à noter que cette faculté de révocation de l'arbitre étendue dans le temps constitue indiscutablement un facteur décourageant au recours à l'arbitrage, en particulier lorsqu'il s'agit d'une clause insérée au contrat. Les dispositions de cet article aboutissent en réalité à anéantir toute valeur obligatoire de l'engagement de recourir à l'arbitrage matérialisé par la clause compromissoire comme il sera démontré plus tard.

De l'examen des articles traitant de l'arbitrage dans le code civil ottoman, il en résulte que le principe de règlement des différends par voie d'arbitrage est clairement affirmé et que le caractère obligatoire de la sentence arbitrale est aussi confirmé. Toutefois, la plupart des articles se révèlent difficilement adaptables à un arbitrage international efficace, en particulier quant à la latitude et au moment de la révocation de l'arbitre. C'est ainsi que l'article 1848 de la Medjellé donne toute latitude à l'une des parties au litige de révoquer l'arbitre jusqu'au prononcé du jugement, à moins que l'arbitre ne soit nommé par le juge. Cette solution aboutirait à dénuer à la procédure d'arbitrage toute valeur puisque, théoriquement, une partie au procès peut la veille du prononcé du jugement, et pour une raison ou une autre, faire avorter tout le processus de l'arbitrage engagé depuis plusieurs mois, voire plusieurs années⁷.

C'est au regard de ces difficultés que les textes récents (Fatwa ou textes législatifs pris en application des principes de la Chari'ah) ont réellement innové en la matière, enlevant ainsi tout obstacle de nature à entraver le bon fonctionnement de l'arbitrage.

⁵ C'est l'équivalent de la procédure précontentieuse de conciliation entre époux en matière de divorce avec toutefois des différences substantielles.

⁶ Il est à noter que les réserves émises par certains juristes de l'Ecole Hanéfite au sujet de l'arbitrage ne sont pas dues au principe de l'arbitrage lui-même, mais plutôt au risque de confier la mission d'arbitrage (qui est de rendre la justice) à des arbitres incompetents, contrairement aux arbitres nommés au cours des premiers siècles de l'islam

qui étaient des savants et de grande droiture (Ibn Abdîn 5/430). Il est à noter aussi que ce souci reste largement présent dans l'esprit des justiciables. En effet, avec la complication

des transactions, on aura besoin d'arbitres quasi-polyvalents. Pour une étude historique récente se rapportant au droit musulman, voir l'article d'Ali MEZGHANI intitulé "Le droit musulman et l'arbitrage". Revue de l'arbitrage. Année 2008 – No.2 – Avril-Mai-juin, pp. 211-225

Pour une étude comparée de l'arbitrage dans la Medjellé et les règles modernes régissant l'arbitrage voir l'article de Saad Eddine Dadache intitulé "L'arbitrage dans la Medjellé Ottomane : Etude comparée des principales règles de l'arbitrage en droit musulman et dans les règles de l'Unictrial". Article publié dans un ouvrage collectif regroupant les travaux du XVIème Congrès Scientifique Annuel portant sur l'arbitrage commercial international. Imprimerie de l'Université des Emirats Arabes Unis, 2008 pp. 1193-1214.

L'arbitrage après l'avènement de la finance islamique moderne : l'arbitrage dans les résolutions des instances collectives de la Fatwa

Après les années quatre-vingts du siècle dernier, on a vu apparaître de nouvelles formes de Fatwa, passant ainsi de la Fatwa individuelle qui régnait jusqu'alors à une Fatwa plus collective et multidisciplinaire. Ces nouvelles instances ne sont pas signalées dans les publications, sinon timidement dans les ouvrages les plus récents. Or ces instances collectives de la Fatwa ont un apport juridique majeur. La consultation des travaux de ces nouvelles sources du Fiqh épargne au chercheur le recours aux ouvrages très anciens, puisque la réponse à l'interrogation du chercheur est donnée dans un style moderne et en parfaite harmonie avec les préceptes de la Chari'ah⁸.

Deux grands textes de référence vont retenir notre attention, à savoir la Résolution No.91/8/9 de l'Académie Islamique du Fiqh⁹ et la Norme No.32 émise par l'Organisation de Comptabilité et d'Audit pour les Institutions Financières Islamiques (L'OCAIFI, l'abréviation anglaise par laquelle cet organisme est connu est AAOIFI). La Norme No.32 sera dénommée ci-après la Norme.

Outre ces deux textes de base, nous examinerons certains autres textes émis par certains Comités de la Chari'ah, soit à titre de comparaison soit, à titre d'arguments supplémentaires lors de l'examen d'un point précis. Les questions d'ordre pratique ne seront pas négligées.

Nous concluons cet examen des nouveautés par une illustration pratique de l'arbitrage en droit musulman qui est la création du Centre international Islamique de Réconciliation et d'Arbitrage (IICRA) basé à Dubaï¹⁰.

⁷ Il est à noter que le défaut de consultation des Fatwas émises par les instances collectives de la Fatwa aura pour conséquence de donner une vision partielle de la position du Fiqh sur une question déterminée. Ainsi les recherches négligeant la référence à ces Fatwas risquent d'en occulter la conclusion.

⁸ L'Académie Islamique du Fiqh dont le siège est à Jeddah (Royaume d'Arabie Saoudite), est une institution internationale dépendant de l'Organisation de la Coopération Islamique, créée par le troisième sommet islamique de la Mecque en vue de rechercher des solutions inspirées de la Chari'ah aux problèmes de la Oummah islamique.

Il est à noter que le besoin de créer un organe chargé du règlement des différends appliquant le droit musulman a été ressenti par les milieux académiques. Voir, à titre d'exemple, le mémoire de Master de Samira Ezzaim Al Mounajjid intitulé "L'arbitrage musulman dans un système non musulman" paru sous forme d'ouvrage aux éditions The New Millennium. Première édition 2008.

a/ l'arbitrage dans les résolutions de l'académie islamique du fiqh

La Résolution No.91 (8/9) intitulée "le principe de l'arbitrage dans le Fiqh islamique" a émis trois grandes idées fondamentales en matière d'arbitrage, à savoir : la définition de l'arbitrage, la valeur de l'engagement à recourir à l'arbitrage et les matières non sujettes à être soumises à l'arbitrage (non arbitrables). La Résolution de l'Académie Islamique du Fiqh a instaurée la base de l'arbitrage en évoquant la position du Fiqh moderne vis à vis de l'institution sans poser les règles de procédure, lesquelles sont d'une utilité irremplaçable en la matière.

(a) Définition de l'arbitrage: L'arbitrage est défini par la paragraphe premier de la Résolution de l'Académie Islamique du Fiqh No.91(8/9) comme étant "un accord entre parties dans un litige déterminé aux termes duquel une tierce personne est mandatée pour trancher le litige au moyen d'un jugement valant engagement et appliquant la Chari'ah. Il s'agit d'une procédure légale, que le différend porte sur un conflit personnel ou sur un contentieux international". Cette définition a le mérite de mettre l'accent sur l'origine conventionnelle de l'arbitrage. En effet, qu'il s'agisse d'une clause compromissoire (clause d'arbitrage insérée dans le contrat avant la survenance de tout litige)¹¹ ou d'un compromis (entente de recourir à l'arbitrage après la naissance du litige), c'est l'accord des parties qui confie à un tiers la mission de connaître du litige qui les oppose. Ainsi les parties renoncent à saisir le juge étatique pour soumettre leur différend à un ou plusieurs arbitres. Cette définition, qui reflète la conception islamique de l'arbitrage, ne diffère pas de celle adoptée par le droit positif, dans la mesure où on est dans les deux systèmes en présence d'une justice contractuelle.

Le degré d'obligation de l'arbitrage : selon le paragraphe deuxième de la Résolution "l'arbitrage n'est pas un recours obligatoire et il ne lie ni les parties ni le juge arbitre. Ainsi, l'une ou l'autre des parties peut être légalement fondée à se rétracter tant que la procédure d'arbitrage n'est pas engagée. De même, le juge arbitre peut se démettre de son propre chef -même après avoir donné son assentiment- tant qu'il n'aura pas rendu son verdict...". A s'en tenir à la lettre du texte, la clause compromissoire insérée dans un contrat n'aurait aucune valeur si l'une des parties refusait de recourir à l'arbitrage. Autrement dit, l'engagement de recourir à l'arbitrage pourrait être mis en échec par l'une des parties au moment où l'autre veut l'actionner puisque, dit le texte, "...l'une ou l'autre des parties peut être légalement fondée à se rétracter tant que la procédure d'arbitrage n'est pas engagée..."

Les questions non arbitrables : C'est le troisième alinéa de la Résolution No. 91(8/9) de l'Académie Islamique du Fiqh qui a expressément exclu trois grandes catégories de litige du domaine de l'arbitrage, à savoir :

- Les cas qui relèvent du pur droit divin tel que les "Houdouds" (châtiment de Dieu)
- Les cas où la sentence devant être prononcée par l'arbitre consisterait à confirmer ou infirmer un jugement impliquant une tierce partie.
- Les cas qui sont du ressort exclusif de la justice.

¹⁰ La clause compromissoire peut être séparée et devient une convention d'arbitrage, conclue postérieurement au contrat initial, dès lors que cette conclusion intervient avant la naissance du litige. Il est à noter que dans la pratique, l'immense majorité des conventions d'arbitrage prennent la forme de clauses insérées dans le contrat, car il est difficile de se mettre d'accord sur la procédure d'arbitrage postérieurement à la naissance d'un litige.

La même liste est pratiquement reprise par la Norme. Il est à noter à ce sujet que s'agissant d'un domaine financier, la conception la plus restrictive des questions non arbitrables n'affecte pas notre champ de recherche. Les questions commerciales et financières sont dans tous les cas au cœur des questions éligibles à l'arbitrage. C'est la raison pour laquelle les divergences entre Fouqahas quant à l'arbitrabilité de certaines questions controversées n'ont pas retenu notre attention dans cette étude.

b/ l'arbitrage en matière de transaction financière moderne (la norme no.32 émise par L'Organisation de Comptabilité et d'Audit pour les Institutions Financières Islamiques (L'OCAIFI)

L'activité financière islamique moderne symbolisée par le mouvement des banques islamiques et des sociétés d'assurance mutuelle dites "Takaful", communément appelée aujourd'hui "l'industrie financière islamique"¹², a le mérite de contribuer au renouveau du Fiqh dit des "transactions" (Mua'malat), non seulement en termes de nouveaux produits, mais aussi en termes de résolution de litiges impliquant ces produits.

L'importance de la Norme sus-indiquée¹³ réside dans le fait qu'elle constitue à la fois le texte le plus récent en la matière et le plus complet (comparé à la Résolution de l'Académie Islamique du Fiqh No.91(8/9) et aux articles de la Medjellé Ottomane), ce qui fait de la Norme le texte central en matière de pratique de l'arbitrage islamique financier moderne, d'autant qu'elle s'adresse principalement aux institutions financières islamiques. En outre, la Norme complètement consacrée à l'arbitrage, comporte des nouveautés substantielles qui méritent d'être mises en relief. La Norme a réussi à opérer une conciliation entre les exigences du droit positif (qui est appelé à s'appliquer en particulier lorsqu'il s'agit de demander l'exequatur ou lors d'une demande d'annulation de la sentence arbitrale) sans enfreindre les principes du droit musulman. Les principales nouveautés ont porté sur les questions suivantes :

- (a) **Le nombre des arbitres** : selon le texte coranique conforté par les précédents historiques, le nombre des arbitres est pair. La règle est que chaque partie nomme un arbitre, les deux arbitres tranchant ensemble le litige. La question de leur désaccord était complètement négligée. Poussés par un souci d'atteindre la vérité et donc de bénéficier de la récompense de Dieu, les arbitres sont d'ores et déjà animés d'un esprit résolu de résoudre le litige dans un cadre consensuel. D'ailleurs, le texte coranique incite les arbitres à être animés de bonnes intentions lors de la résolution du litige, lesquelles intentions méritent l'approbation de Dieu : "Si les deux veulent la réconciliation, Allah rétablira l'entente entre eux" (Sourate An-Nisa -les femmes-, verset No.35). Or, la Norme, consciente d'un blocage éventuel de l'arbitrage par une mésentente des deux arbitres, a expressément prévu dans le paragraphe troisième de l'article 8 que "le plus plausible est que le nombre d'arbitres soit impair.

¹¹ S'agissant de la définition de la finance islamique, et sachant qu'au moins deux produits de cette dernière font désormais partie de l'ordonnement juridique français, on peut sans hésiter avancer la définition mentionnée au Bulletin Officiel des Impôts 4 FE/09 No : 22 du 25 février 2009 "**La finance islamique se rapporte aux instruments utilisés par les investisseurs qui souhaitent investir dans le respect des principes du Coran et notamment du principe de prohibition de l'intérêt**".

¹² Voir notre commentaire complet de la Norme publié en langue arabe dans un ouvrage collectif comportant les travaux du XVIème colloque international sur l'arbitrage organisé par l'Université des Emirats Arabes Unis. Presse de l'université 2008

Si tel n'est pas le cas, les parties ou les arbitres eux-mêmes désignent l'un des arbitres en tant que président avec un avis départiteur en cas d'égalité des voix". Le droit saoudien de l'arbitrage, tout en s'inspirant du droit musulman sur la question, est plus explicite sur la question du nombre, quand il a prévu dans son article 4 "qu'en cas de pluralité des arbitres, leur nombre doit être impair"¹⁴. Le nombre impair est une exigence absolue du droit positif dans tous les systèmes juridiques. Cette exigence vise à éviter les blocages qui pourraient survenir en cas de désaccord des arbitres nommés en nombre pair¹⁵. Il est à noter que s'agissant de la règle de l'imparité, la jurisprudence comparée a manifesté une certaine souplesse. En effet, il a été jugé que "...si les parties à une convention d'arbitrage désignent les arbitres en nombre pair, la composition du tribunal arbitral peut être régularisée selon les modalités prévues à l'article 1454 CPC"¹⁶. Il en résulte que, dans un but de sauver la clause d'arbitrage, le juge d'appui est appelé à fournir tous les efforts pour corriger les modalités de désignation des arbitres choisis par les parties afin de donner plein effet à leur volonté de recourir à l'arbitrage, laquelle volonté est affirmée par les parties sans ambiguïté.

L'allègement de la condition de maîtrise de la Chari'ah pour être arbitre : Dans le Fiqh ancien, la condition pour être arbitre est la même que celle requise pour être juge, à savoir la preuve d'une connaissance¹⁷ approfondie de la loi islamique jusqu'à atteindre le degré d'un Faqih(juriste), voire même d'un Mujtahid pour certains auteurs. Or, les nouvelles dispositions de la Norme n'ont pas retenu une telle condition. L'explication de cet allègement relève du réalisme. En effet, le juge encyclopédique des premiers siècles de l'histoire du droit musulman est quasi inexistant. A la polyvalence qui a marqué la formation des premiers jurisconsultes musulmans, a succédé la spécialité qui a fait ses preuves. Devant des compétences qui se complètent, les Fatwas modernes sont prononcées par des instances collectives que sont les Académies du Fiqh et les Comités de la Chari'ah dans les institutions financières islamiques.

¹³ Pour une étude d'ensemble sur les pays arabes, v. N. Najjar, l'arbitrage dans les pays arabes face aux exigences du commerce international : LGDJ, 2004

¹⁴ Voir à titre d'exemple l'article 1453 du Nouveau Code de Procédure Civile français (NCPC)

¹⁵ Cour de Cassation française (1^{re} Ch.Civ) 8/4/2009 Revue de l'arbitrage 2009 – No.3, p. 521

¹⁶ Les éléments de cette connaissance peuvent être principalement récapitulés dans la connaissance des "racines" ou fondements du droit, qui sont: 1/ Le Coran et toutes les prescriptions qu'il contient (le commentaire en général, le texte général et le texte particulier, les versets abrogés et les versets abrogeants, etc...), 2/ La Sunna du Prophète

et son caractère authentique, 3/ L'interprétation du Coran et de la Sunna, la connaissance des règles de l'accord unanime ainsi que les règles qui suscitent des controverses, 4/ L'analogie (Qiyas) qui permet de statuer sur les difficultés pour lesquelles on ne trouve pas de solution dans le Coran, la Sunna ou l'Ijma.

- (b) **La négligence totale de la possibilité de nomination de l'adversaire comme arbitre :** Certaines Ecoles (Rites) ne s'opposent pas à ce que l'adversaire soit nommé arbitre, à condition que son jugement ne soit pas une injustice flagrante. Autrement dit pour ces Ecoles rien n'interdit à ce qu'une partie au litige soit en même temps l'arbitre au litige qui l'oppose à son adversaire puisque l'autre partie l'a mandaté en connaissance de cause. Un tel degré de confiance dans l'adversaire est de nos jours pratiquement non envisageable. A cette impossibilité pratique s'ajoute un obstacle juridique, à savoir que la même personne ne peut pas être à la fois juge et partie. D'où l'obligation de nommer l'arbitre en dehors des parties sous peine de nullité de la sentence ainsi rendue. La Norme a pris en considération la chute de cette confiance "exagérée" sur le plan des relations sociales, en particulier entre les commerçants, et a bien tenu compte aussi de l'avenir d'un jugement prononcé par un adversaire qui risque d'être annulé et ce indépendamment de la bonne volonté qui animent les parties au litige.

L'adoption de la distinction moderne entre la clause compromissoire et le compromis : dans le Fiqh classique on ne trouve pas cette nette distinction entre la clause compromissoire et le compromis qui est le produit du droit positif. Les Fatwas modernes ont adopté cette distinction jugée en parfaite harmonie avec les principes du droit musulman, en particulier quant à la tenue de la parole donnée¹⁸. Ainsi la clause mentionnant le recours à l'arbitrage en cas de survenance de litige lie-t-elle la partie signataire et l'oblige à recourir à l'arbitrage. D'où l'importance de cette clause qui est d'ailleurs la clause la plus usuelle dans les relations d'affaires en matière d'arbitrage interne et est toujours présente dans les contrats internationaux¹⁹. Il est à noter qu'en droit positif, la distinction entre la clause compromissoire et le compromis ne se réduit pas à une question de temps (avant ou après la naissance du litige). C'est ainsi qu'en droit français par exemple, certaines règles visant à protéger certaines catégories de contractants supposés être en situation de faiblesse s'opposent à ce qu'une clause d'arbitrage soit insérée dans les contrats où le contractant qui se sent en situation de faiblesse est partie dans ces contrats. A titre d'exemple, les salariés, les locataires et les consommateurs ne peuvent pas prévoir des clauses compromissoires dans les domaines où la loi entend les protéger. Après la survenance du litige, les parties protégées reprennent leur droit de recourir à l'arbitrage sous la forme de compromis.

- (c) **L'assouplissement de la condition de l'islamité de l'arbitre :** Dans le Fiqh classique, l'une des conditions pour pouvoir exercer la fonction de magistrat est d'être musulman. Le non-musulman se trouve donc frappé d'incapacité pour exercer une telle profession sur les musulmans. Il en résulte que l'assimilation de la profession d'arbitre à celle du magistrat aboutirait à ne pas admettre l'arbitrage du non-musulman dans les différends opposant les musulmans. Malgré cette condition clairement affirmée dans le Fiqh ancien, la Norme a adopté une solution reconnaissant au non-musulman d'être arbitre. Ainsi selon le paragraphe 8/2 de l'article 8 de la Norme : "Le principe est que l'arbitre doit être musulman sauf s'il ya un besoin de requérir un arbitre non-musulman. Dans ce cas, il est permis de nommer un arbitre non-musulman, pourvu que le jugement prononcé soit conforme aux principes de la Chari'ah". Deux principales remarques se dégagent des dispositions du paragraphe 8/2 : **La première Remarque** est que l'arbitrage d'un non-musulman n'est pas la règle, puisque c'est le cas de nécessité qui conditionne sa nomination.

¹⁷ Voir le verset 5 de la Sourate (Al Ma'idah "la table servie") : "O les croyants ! Remplissez fidèlement vos engagements..."

¹⁸ Voir l'article de Jean-Pierre ANCEL intitulé "la clause d'arbitrage : validité et efficacité". La Revue Libanaise de l'Arbitrage. No.48, 2008, p. 16.

Autrement dit, si une telle tâche peut être remplie par un musulman réunissant les conditions requises, le recours à un non-musulman n'aura pas de raison d'être. **La deuxième remarque** qui nous semble la plus importante est celle qui consiste à considérer l'arbitrage en matière de finance islamique (étroitement liée à l'éthique en matière de finance islamique) comme étant une culture et non une simple connaissance théorique des textes. Ainsi, en matière de finance islamique, on ne peut pas demander à un arbitre (musulman ou non-musulman) de trancher des litiges en matière de Moudharaba si l'arbitre ne maîtrise pas les règles générales gouvernant la finance islamique, telle que la règle selon laquelle "celui qui a les avantages a les charges et les risques"²⁰. La règle selon laquelle le contrat constitue la loi universellement admise par les parties ne peut constituer à elle seule une réponse à toutes les questions posées lors d'un litige mettant en cause des questions de la finance islamique. Ainsi on a vu que certains juges anglais appliquant le droit musulman en tant que droit applicable choisi par les parties ont qualifié l'opération "Mourabaha" comme étant une vente en se basant sur la volonté des parties (ce qui est tout à fait exact), mais ont en même temps condamné l'acheteur qui n'a pas payé le prix à bonne date à des intérêts de retard. Or, la vente dont le prix est définitivement fixé par les parties ne peut faire l'objet d'intérêt de retard. Le juge anglais raisonne en termes de prêt d'argent. A ces principes généraux, s'ajoutent la maîtrise des différences dans le contenu des termes portant la même dénomination tant en droit musulman qu'en droit positif. A titre d'exemple, on peut citer la question de la clause pénale qui n'a pas le même contenu en droit financier musulman et en droit français. La clause pénale en droit français porte sur un domaine assez large. Elle peut couvrir toutes les opérations, y compris le retard dans le paiement d'une dette échue. La clause pénale telle qu'elle est définie par l'article 1226 du Code civil Français "est celle par laquelle une personne, pour assurer l'exécution d'une convention, s'engage à quelque chose en cas d'inexécution". L'article 1229 du même code est plus explicite quand il prévoit que "la clause pénale est la compensation des dommages et intérêts que le créancier souffre de l'inexécution de l'obligation principale". La clause pénale dans **la finance islamique** ne peut couvrir **que la non-exécution ou le retard dans l'exécution d'un service ou d'un travail à accomplir, tel que le retard dans la construction d'un immeuble ou le défaut de livraison ou le retard dans la livraison d'une marchandise**. C'est ainsi que selon une résolution de l'Académie Islamique du Fiqh (65(3/7)) "le contrat de fabrication (Istisna'a ou contrat d'entreprise) peut, par consentement mutuel des parties, contenir une clause de pénalité, sauf cas de force majeure". Dans une autre résolution (109(3/12)) il a été décidé que, "Si le débiteur-acheteur accuse un retard dans l'acquittement de ses traites, il n'est pas permis de lui faire subir une charge supplémentaire sur le montant de la dette, que ce soit selon une clause préalable ou sans clause, car ce serait alors du "riba" (usure) qui est prohibé".

Il est à noter que la Résolution de l'Académie Islamique du Fiqh No.91 (8/9) relative à l'arbitrage a amorcé une ouverture envers les non-musulmans en acceptant le recours aux instances judiciaires internationales non-islamiques faute de juridictions islamiques internationales²¹ Mais cela n'empêche pas que certaines lois nationales exigent encore l'islamité de l'arbitre, d'où le risque de voir la sentence prononcée par un ou des arbitres non-musulmans annulée pour violation de l'ordre public, comme c'est le cas au Yémen, en Arabie Saoudite, au Pakistan et au Soudan (lois de l'approbation ou à la demande d'exequatur).

¹⁸ Règle reprise dans certains codes en vigueur dans les pays arabes. Voir à titre d'exemple, l'article 554 du code tunisien des Obligations et des Contrats.

L'assouplissement quant à la loi applicable au litige : En matière de droit musulman classique, la loi applicable ne peut être que la Char'ia sans aucune exception. Or prévoir que "l'arbitre est tenu d'appliquer les règles de la Chari'ah, et s'il se trouve lié par une loi déterminée, il ne doit pas contredire les principes de la Chari'ah" (Article 9/4 de la Norme), signifie qu'en présence d'une loi choisie par les parties autre que les règles de la Chari'ah, l'arbitre est tenu de se conformer à la volonté des parties en donnant effet à la loi choisie, mais l'application de la loi ainsi choisie ne doit pas aboutir à enfreindre les règles de la Chari'ah. Il en résulte que la Norme part du fait que le principe est la conformité des dispositions du droit positif aux principes de la Chari'ah du fait qu'on est en présence d'un domaine de transactions (Mua'malat) ou des principes communs entre la Chari'ah et le droit positif prédominant. Ce qui est le cas en matière du commerce international, sauf à tenir compte des spécificités.

c/ exemple pratique de l'arbitrage commercial et financier moderne : le cas du centre international islamique de réconciliation et d'arbitrage – (IICRA)

Il convient d'étudier la genèse de la création de IICRA et son apport à la scène d'arbitrage en général et à la finance islamique en particulier.

a/ Genèse de IICRA: Avec l'élargissement du domaine de la finance islamique et les spécificités qu'elle comporte, en particulier quant au droit applicable et la déception due aux décisions prononcées par certaines instances judiciaires (tribunaux et collèges arbitraux) en écartant l'application du droit musulman sous plusieurs prétextes, l'idée de créer une institution d'arbitrage a vu le jour dès la fin des années quatre-vingts du siècle dernier. En l'absence d'un centre d'arbitrage compétent spécialisé dans le règlement des différends financiers et commerciaux entre les acteurs appliquant la Chari'ah, le Centre Islamique International de Réconciliation et d'Arbitrage (IICRA) œuvrera en sa qualité d'institution internationale impartiale à combler le vide existant.

IICRA a été créé par la conjonction des efforts de la Banque Islamique de Développement, du Conseil Général des Banques et Institutions Financières Islamiques et de l'Etat des Emirats Arabes Unis en sa qualité d'Etat qui abrite le siège du Centre. Après l'accomplissement des formalités administratives et juridiques, en particulier la signature de l'Accord du siège avec les Emirats Arabes Unis, IICRA a effectivement démarré ses activités le premier janvier 2007.

IICRA a pour mission d'organiser le règlement des différends financiers ou commerciaux intervenant entre les institutions financières ou commerciales qui optent pour l'application de la Chari'ah en matière de règlement de différends, ou entre ces institutions et des tiers par la voie de la réconciliation et de l'arbitrage. Si IICRA a été créé pour répondre au besoin des institutions financières islamiques en matière de résolution des litiges conformément aux principes de la Chari'ah, son domaine d'intervention est néanmoins plus large, puisque se trouvent éligibles pour être examinées par IICRA toutes les catégories de litige où les parties acceptent de soumettre leur litige au droit musulman. les potentialités matérielles et intellectuelles au profit du secteur financier, en particulier la promotion de l'industrie financière islamique, et la contribution au renouveau du Fiqh des Mu'âmâlat (règles régissant la vie quotidienne et les relations sociales)²².

¹⁹ Selon le VIème paragraphe de la Résolution No. 91(8/9) sus indiquée : "Faute de juridictions islamiques internationales, il est permis aux Etats et institutions islamiques de recourir aux instances judiciaires internationales non islamiques en vue d'obtenir justice".

b/ L'apport de IICRA à l'arbitrage : L'une des caractéristiques de IICRA est l'option pour l'arbitrage spécialisé dans le règlement des différends dans le domaine financier. Autrement dit, IICRA intervient dans les litiges opposant les institutions financières islamiques et entre celles-ci et leur clientèle, ainsi que les autres organes et institutions qui optent pour l'arbitrage comme mode de règlement des différends sur la base du respect des dispositions du droit musulman. L'arbitrage spécialisé comporte plusieurs avantages dont les plus importants sont : l'approfondissement des concepts d'arbitrage professionnel dans le secteur de la finance islamique, la mobilisation de toutes

Pratiquant l'arbitrage institutionnel, IICRA assure aux parties un grand nombre de garanties, et ce grâce aux organes techniques et aux capacités humaines dont il dispose, et qui sont à même de faire le suivi du dossier d'arbitrage à travers toutes ses phases. A ces garanties procédurales s'ajoute la transparence dans la désignation des arbitres. Ainsi, lorsque IICRA est chargé de désigner les arbitres, il le fait en prenant en ligne de compte la neutralité de l'arbitre vis-à-vis des parties et du litige, sa compétence technique, sa moralité ainsi que la nature du différend en question. Enfin dans l'arbitrage institutionnel organisé et pratiqué par IICRA, on évite tous les facteurs de retardement et les questions secondaires qui affectent l'arbitrage libre "ad hoc" dans ses premières phases, comme, à titre d'exemple, le refus d'une des parties au différend de désigner son arbitre, le manquement d'un des arbitres à remplir sa tâche ou enfin le retrait non justifié de l'arbitre avant de rendre la sentence. De pareils incidents quand ils surviennent lors de l'arbitrage institutionnel, seront examinés conformément aux règlements et statuts d'IICRA, lesquels ont justement prévu des solutions appropriées à ces cas de perturbation de l'arbitrage. Ainsi IICRA est mieux habilité à garantir la formation du tribunal arbitral en assurant la poursuite de l'arbitrage sans aucune entrave.

Le problème de la complexité de l'arbitrage en cas de pluralité (plus de deux) ne se pose pas à IICRA lorsque c'est ce dernier qui désigne le collège.

Quant à la procédure d'arbitrage devant IICRA, certaines précautions ont été prises pour déjouer toutes mesures dilatoires faites par l'une des parties au procès, voire même par l'un des arbitres. IICRA est également assez attentif au bon déroulement de la procédure d'arbitrage, en particulier quant à l'échange des documents entre les parties, le respect de la date de la tenue des audiences, la convocation en bonne et due forme des parties afin de permettre à ces dernières de se défendre. Autant de précautions qui permettent d'éviter d'exposer la sentence arbitrale à l'annulation, qui est la seule voie de recours extraordinaire puisque les sentences rendues par IICRA ne sont susceptibles d'aucune voie de recours.

²⁰ Le Fiqh des Mouamalat est tout à fait différent de celui des Ibadates. Cette dernière catégorie du Fiqh constitue l'ensemble des obligations rituelles que le musulman est tenu d'accomplir. Il s'agit de la profession de foi, la prière, le jeûne de Ramadan, la Zakat et enfin le pèlerinage à la Mecque. Ces obligations sont souvent appelées les "piliers de l'Islam".

Conclusion

En conclusion on peut affirmer que l'arbitrage est à plusieurs titres, la technique la plus appropriée à la finance islamique moderne en particulier en raison de la spécificité de ses principes. Les résolutions rendues par les instances collectives de la Fatwa, en particulier la Norme AAOIFI No. 32 relative à l'arbitrage, ont comblé un vide procédural. Cette dernière norme a apporté des réponses précises et pratiques à des questions qui, jusqu'à un passé récent, étaient perçues comme des défis, en particulier la condition de l'islamité de l'arbitre et de la loi applicable. Pour ce qui est de l'islamité de l'arbitre, un assouplissement a eu lieu. En effet, dans le Fiqh classique, l'une des conditions pour pouvoir exercer la fonction de magistrat est d'être musulman. Le non-musulman se trouve donc frappé d'incapacité pour exercer une telle profession sur les musulmans. Malgré cette condition clairement affirmée dans le Fiqh ancien, la Norme a adopté une solution reconnaissant au non-musulman d'être arbitre. Ainsi selon le paragraphe 8/2 de l'article 8 de la Norme: "Le principe est que l'arbitre doit être musulman sauf s'il ya un besoin de requérir un arbitre non-musulman. Dans ce cas, il est permis de nommer un arbitre non-musulman, pourvu que le jugement prononcé soit conforme aux principes de la Chari'ah". Pour ce qui est de la loi applicable, un assouplissement considérable a également eu lieu. En effet, en matière de droit musulman classique, la loi applicable ne peut être que la Chari'ah sans aucune exception. Or prévoir que "l'arbitre est tenu d'appliquer les règles de la Chari'ah, et s'il se trouve lié par une loi déterminée, il ne doit pas contredire les principes de la Chari'ah" (Article 9/4 de la Norme), signifie qu'en présence d'une loi choisie, les parties autre que les règles de la Chari'ah, l'arbitre est tenu de se conformer à la volonté des parties en donnant effet à la loi choisie, mais l'application de la loi ainsi choisie ne doit pas aboutir à enfreindre les règles de la Chari'ah. Ainsi un blocage entre le droit positif et les principes de la Chari'ah a été levé.

Avec la création de IICRA en 2005 la finance islamique dispose désormais d'un cadre juridique adéquat de résolution des litiges par voie d'arbitrage et en conformité avec les principes de la Chari'ah. Ce qui est de nature à lever « l'état de nécessité » dans laquelle s'est trouvée la finance islamique de recourir aux tribunaux britanniques dès le début des années 80, faute d'alternative. Toutefois la sélection des arbitres ayant une formation combinant à la fois les aspects techniques, juridiques et de Chari'ah reste un défi. Un effort de formation en vue d'avoir des arbitres combinant les trois compétences est hautement sollicité. Quant à l'absence de codification du Fiqh des transactions et qui a été une excuse pour certains tribunaux pour rejeter l'application de la Chari'ah (expressément choisie par les parties), elle s'est considérablement atténuée par la multiplication des normes de Chari'ah publiées par AAOIFI ces dernières années. Ces normes peuvent être perçues comme une codification partielle du Fiqh des transactions en attendant une codification complète.

• Annexe 3 Les Conditions FIDIC

de Rechtsanwalt Dr. Götz-Sebastian Hök

Les contrats FIDIC constituent de nos jours sur la scène internationale une source importante pour les projets de construction de grande envergure. Ils sont utilisés partout dans le monde et également dans les pays francophones, notamment dans les pays africains francophones. Très employés dans les pays en voie de développement, recommandés par la Banque Mondiale (voire les Standard Bidding Documents for Works (2005, 2006, 2007, 2010, 2012) qui basent sur le Livre Rouge 1999), d'autres banques de développement (comme la BAD) et plusieurs organisations de l'Union Européenne et utilisés pour les programmes PHARES et ISPA les contrats FIDIC connaissent un grand essor pour la construction d'usines, d'hôtels, d'hôpitaux, de routes ou de barrages hydroélectriques. Dans le cadre de la réalisation de projets de la Coopération financière allemande (CF) la Banque de Développement allemande (KfW Entwicklungsbank) recommande également les modèles de la FIDIC (cf. Règles pour l'attribution de marchés de fournitures et de services dans le cadre de la Coopération financière avec les pays en développement, édition novembre 2006). Selon la KfW sont pertinents le Livre dit "Rouge" pour les projets de génie civil, le "Livre Jaune" pour les installations mécaniques et électrotechniques et la conception de marques, ainsi que le "Livre Vert" pour les petits projets passés par appel d'offres local, par exemple. Le "Livre Argent" pour les projets clé en main est d'un intérêt secondaire pour les projets de la CF puisqu'il ne fait pas appel à des consultants indépendants. Nonobstant certaines dérivations, ces types de contrat constituent un outil non négligeable au niveau international.

A côté de l'aspect financier, la réalisation d'un ouvrage clé en main est une opération compliquée, qui implique un grand nombre d'intervenants de nationalité différentes et qui impose un contrôle attentif à tous les stades de réalisation du projet, ce qui exige que les relations contractuelles soient bien fondées. C'est la raison pour laquelle pour les projets de génie civil internationaux les conditions publiées par la FIDIC sont généralement d'application.

A titre d'exemple on peut citer la construction d'une usine d'engrais au Bénin, d'un dépôt d'hydrocarbures et d'une usine hydroélectrique au Burkina, en Égypte, d'une usine d'eau minérale et du métro du Caire, grâce à des entreprises françaises, d'usines hydrauliques, sucrières, chimiques et cotonnières au Maroc, de diverses usines en Inde par l'intermédiaire de multiples sociétés venant d'Allemagne fédérale, d'Angleterre, de France, d'Italie et de la Russie. De son côté, l'Inde a réalisé une usine au Vietnam. Depuis quelques années les marchés d'éoliennes offshore (notamment en Allemagne) sont basés sur les conditions générales de la FIDIC (Livre Jaune).

La Fédération Internationale des Ingénieurs-Conseils (FIDIC) propose toute une gamme de contrats-types pour divers types de projets de construction à l'échelle internationale : ils sont contenus dans différents livres, le Livre Rouge (Conditions of Contract for Construction), le Livre Jaune (Conditions of Contract for Plant and Design-Build), le Livre Argent (Conditions of Contract for EPC Turnkey Projects) et le Livre Vert (Short form of Contract). Tous ces livres ont été rédigés en langue anglaise seulement. Cette gamme a été complétée par le White Book (Livre Blanc), un contrat-type pour les relations entre clients et ingénieurs-conseil. Ensuite la FIDIC a complété cette gamme de modèles par un contrat Design-Build-Operate, lequel circonscrit la mission d'opérer le projet jusqu'à l'expiration d'une période déterminée. Ce modèle, également connu sous le nom de Livre Or (Gold Book) a été présenté lors du congrès de Singapore en

septembre 2007 et était finalement publié en septembre 2008. En dernier lieu la FIDIC a publié le modèle de contrat de Sous-Traitance (Subcontract) qui est désigné à l'utilisation avec le Livre Rouge. A présent la FIDIC travaille sur un modèle de contrat de sous-traitance qui se prête à l'utilisation sous le régime du Livre Jaune (Design & Build).

Dans les contrats de génie civil l'utilisation du Livre Rouge domine. Selon ce modèle le Maître d'ouvrage est responsable pour la conception des travaux. Pour les contrats clé en mains ou produits en mains la forme de contrat recommandée par la FIDIC est le Livre Argent (Silver Book) dont nous parlerons plus tard. Le Livre Rouge s'applique aux travaux au mètre sur devis estimatif, alors que le Livre Jaune porte sur les travaux électriques et mécaniques, bien que la FIDIC recommande ce modèle aussi bien pour les contrats d'ingénierie et que pour les travaux de bâtiment. Les contrats sont administrés par un ingénieur de type anglo-saxon.

Dans le Livre Jaune l'obligation principale de l'entrepreneur est concrétisée par référence aux exigences du maître de l'ouvrage, tandis que dans le Livre Rouge les cahiers des charges (devis descriptif et les dessins) les remplacent. Dans le cadre de la réalisation du contrat, il incombe le cas échéant (c'est-à-dire selon le Livre Jaune et, lorsque c'est convenu, en combinaison avec le Livre Rouge) également à l'entrepreneur à côté de son obligation de réalisation des travaux l'obligation de planification.

Les conditions FIDIC du Livre Argent (contrat FIDIC clé en main/EPCT) et du Livre Jaune ont pour objet d'organiser sur une base contractuelle et pour un prix à forfait la gestion du projet de construction dans son ensemble. Dans cette perspective les conditions générales FIDIC (du Livre Argent et du Livre Jaune) décrivent et définissent le rôle des différents acteurs au projet de construction, (en identifiant les différentes parties au contrat et leurs tâches respectives), les différentes phases d'exécution, les modalités de paiement, les risques et responsabilités devant être assumés par les parties et un mode de résolution des litiges. Sans doute le Livre Argent est par rapport aux autres livres de la FIDIC moins favorable aux entrepreneurs, qui assument la plus grande partie des risques du contrat. Il y manque notamment un mécanisme d'adaptation du contrat en cas de survenance des conditions du sol inattendues et par rapport au Livre Jaune moins de risques assumés par le maître d'ouvrage sont listés dans la clause 17.

Dans le Livre Or l'obligation principale de l'entrepreneur est également concrétisée par référence aux exigences du maître de l'ouvrage (Employer's Requirements) et comprend notamment l'exploitation de l'œuvre. Le maître d'ouvrage confie à l'entrepreneur la mission de concevoir et d'exécuter les travaux et d'exploiter le résultat de ses efforts. L'entrepreneur sera obligé de conserver et d'entretenir l'œuvre durant toute la période d'exploitation. Une licence donnera le droit d'exploiter l'œuvre tandis que les détails de l'entretien et de l'exploitation seront réglés dans les exigences du maître sur la base desquelles l'entrepreneur développera un programme d'exploitation. Ce dernier sera approuvé par le maître d'ouvrage et servira ensuite de base pour l'exploitation et l'entretien jusqu'à l'expiration de la période d'exploitation. L'entrepreneur sera payé au fur et à mesure de l'avancement des travaux et tout au long de la période de l'exploitation. Il ne prendra donc aucun risque commercial, notamment pas le risque du financement et de l'amortissement du bien. Par contre il aura la garde de la chose. Ce type de contrat est envisagé pour rassembler toutes les responsabilités sur une personne et par ceci inciter à utiliser des moyens techniques innovatifs et compétitifs afin d'aboutir à une réduction des coûts d'entretien et une amélioration des performances de l'œuvre.

Les conditions générales FIDIC (Livre Rouge, Livre Jaune, Livre Argent et Livre Or) sont chacune composées de vingt clauses. Celles-ci sont rédigées de manière détaillée afin de répondre aux besoins des parties et ne diffèrent que sur certains aspects selon l'enjeu du Livre. Par le biais de définitions générales elles permettent d'échapper à certaines difficultés tenant d'une part au caractère international du contrat de construction et

d'autre part à la complexité de l'opération envisagée. (Elles prennent en considération l'aspect financier, les aspects techniques et juridiques de l'opération.)

Présentation dans les grandes lignes du contenu des conditions générales du livre argent :

- définition du vocabulaire employé (clause 1 & 2)
- identification des parties et de leur mission (clause 3, 4 & 6)
- conception de l'ouvrage (clause 5 & 7)
- [approvisionnement (clause 4)]
- exécution des travaux (clause 8, 9 & 12)
- procédure de modification (clause 13)
- réception (clause 10)
- modalités de paiement (clause 14)
- risques et responsabilité (clause 11, 17, 18 & 19)
- mode de résolution des litiges (clause 20)

Les conditions sont complétées par un guide pratique, offrant pour la rédaction des clauses des conditions particulières divers exemples de formulation, sans oublier les annexes comprenant différents modèles-types de garantie, lettre d'offre, convention d'arbitrage, etc.

L'autre atout ce type de contrat est le recours au Bureau de Conciliation (Dispute Adjudication Boards) et à l'arbitrage, puisque comme le montre la pratique les entreprises sont souvent très méfiantes envers les tribunaux du pays avec lequel le contrat est passé. Pour des projets majeurs ou complexes, les intervenants préfèrent souvent avoir recours à un organisme de conciliation propre au projet (Dispute Adjudication Board) qui, en cas d'échec des tentatives de règlement à l'amiable, tranche les litiges à titre provisoire. Lorsque l'une des parties n'est pas satisfaite d'une telle décision, il y a toujours le recours au tribunal d'arbitrage international, qui est formé selon le règlement d'arbitrage de la Chambre de Commerce Internationale (CCI).

Les problèmes rencontrés tiennent à la spécificité du langage juridique. Il est parfois difficile de traduire un concept juridique particulier, soit parce que le concept est inconnu du système juridique du pays dans la langue duquel la traduction est faite, soit parce que ce concept a un pendant dans l'ordre juridique de ce pays, mais qui n'en est pas exactement l'équivalent.

L'utilisation des conditions FIDIC exige une compréhension du texte dans son entier, mais aussi une compréhension du vocabulaire utilisé dans son contexte d'origine, le droit anglais. L'anglais juridique est complexe et soumis à des nombreuses traditions. Il est par exemple fréquent que les stipulations contiennent des séries de synonymes. On espère ainsi que le destinataire comprendra au moins une des

expressions utilisées. Par crainte de ne pas employer le mot juste, les avocats emploient souvent des expressions synonymes (a scuttergun instead of a rifle), pour définir la notion recherchée. Il est aussi typique de mentionner, après un mot d'origine anglo-saxonne, son équivalent d'origine franco-normande. La notion fréquemment employée de « reasonable » peut être facilement traduite par raisonnable mais ceci modifie le sens du texte car un grand nombre de décisions anglaises définissent la notion pour les besoins du droit contractuel que l'on ne retrouve pas dans la notion de raisonnable. Il en est de même en parlant de la force majeure, notion qui change de sens selon le droit applicable. A titre d'exemple on peut également citer la clause prévoyant la résiliation du contrat par le maître de l'ouvrage ou la réception du droit belge ou droit français qui n'existe pas en common law avec les conséquences légales qu'on y attache en France et en Belgique.

Il est fortement regrettable que l'accès à la jurisprudence de la Chambre de Commerce Internationale à Paris soit si difficile. Or de plus en plus les tribunaux nationaux se trouvent saisi pour des affaires FIDIC. La Cour Suprême des Falklands Islands a d'ailleurs décidé que les exigences de documentation (voire Clause 20.1 des Conditions FIDIC 1999) excluent le témoignage (Falklands Islands Supreme Court [2003]BLR 280 dans l'affaire Her Majesty's Attorney General for the Falklands Islands v. Gordon Forbes Construction (Falklands) Ltd). Par conséquent l'entrepreneur qui n'a pas documenté les événements qui donnent lieu à une réclamation risque de perdre ses droits, au moins sous le régime des conditions FIDIC, Version 1987.

Les commentaires et les explications en langue anglaise de la presse spécialisée, qui se trouvent surtout dans la International Construction Law Review et dans la RDAI contribuent certainement à leur succès. Il serait toutefois souhaitable que les conditions FIDIC soient également discutées dans d'autres langues. Cela faciliterait l'accès au marché pour de nombreuses entreprises, et aurait un effet bénéfique sur le développement des conditions FIDIC, car jusqu'à présent, l'influence continentale sur les conditions FIDIC est plutôt marginale. La pratique a conduit à la formation d'un monopole de la langue anglaise et a donc créé un marché qui est dominé par des ingénieurs anglo-saxons. Afin de faciliter l'accès aux Conditions FIDIC un groupe d'avocats a récemment publié un commentaire du Livre Rouge et du Livre Jaune en langue française.

Les conditions FIDIC jouissent alors d'une réputation mondiale et sont largement répandues. En règle générale elles s'appliquent en anglais, la "langue maternelle" de la FIDIC. Or, un besoin non négligeable aux traductions peut être constaté. Par conséquent il existe des traductions dans des nombreuses langues (surtout de l'édition 1987). Les traductions en langue française des livres de la FIDIC (édition 1999) furent réalisées au sein de notre Cabinet. Elles ont été publiées en 2006 par la FIDIC et y sont disponibles. Récemment la FIDIC a également publié un guide des Livres Rouge et Jaune en français. Une traduction en langue allemande du Livre Rouge est d'ores et déjà disponible auprès de l'association allemande des ingénieurs-conseils (VBI). Nous avons également préparé une traduction en langue allemande du Livre Argent et du Livre Jaune de la FIDIC en coopération avec l'association allemande des ingénieurs-conseils (VBI). En outre Maître Dr. Hök a fait paraître sur ce sujet un ouvrage et différents articles dans des revues spécialisées. Il a participé en tant que conseiller à plusieurs projets de construction en majorité franco-allemand élaborés à partir des Conditions FIDIC et il est membre du FIDIC-network. Maître Dr. Hök a également enseigné cette matière auprès de l'Institut de l'Enseignement du barreau des Architectes de Baden-Württemberg. Depuis 2007 il est le responsable de la FIDIC pour l'enseignement de l'administration des conditions FIDIC en langue allemande. Maître Dr. Hök offre des formations conformes aux standards de formation de la FIDIC en français, en anglais et en allemand. Les formations se font en bloc de deux jours et couvrent l'enjeu des Livres FIDIC, la gestion du contrat, la procédure quant aux réclamations, le traitement des litiges devant les Bureaux de Conciliation et l'Arbitrage.

Annexe : Petit Glossaire des mots clé des Conditions Générales de la FIDIC

Claim (Réclamation)

La notion de « claim » n'a pas d'équivalent exact en français, or il est fréquemment utilisé dans les Livres de la FIDIC.

On l'a traduite par « réclamation », dont l'acception, plus technique que juridique, recouvre toute demande de faire ou de ne pas faire, de prolongation de délais, de supplément de prix ou de modification du prix à l'occasion d'une commande supplémentaire, par hypothèse non-mentionnée dans le document.

Elle est généralement provoquée par le comportement du maître de l'ouvrage ou de l'ingénieur manquant à leurs obligations ou, plus rarement, par la survenance d'un évènement imprévu.

Critical path method (la méthode du chemin critique)

Technique de gestion et de contrôle convenue par les parties en application de la clause 8.3 qui, en tant qu'épine dorsale de l'évolution du projet, consiste à identifier les éléments dont l'exécution est déterminante pour l'achèvement du chantier.

La « méthode du chemin critique » est susceptible d'une représentation graphique sous forme d'un diagramme avec des flèches qui montrent de quelle manière les activités à accomplir sont liées réciproquement et de quelle manière elles se déroulent dans le temps. Elle permet de déterminer la durée totale du calendrier du chantier et les activités qui ne pourront pas être retardées sans avoir retardé l'exécution de l'entier ouvrage.

Dans la logique de la méthode du chemin critique seulement un retard des activités situées sur le « chemin critique » peut justifier une réclamation de prolongation des délais d'achèvement ; par contre, des perturbations portées aux activités qui ne sont pas situées sur le « chemin critique » ont un caractère auxiliaire et n'influencent ni l'évolution du projet, ni les dates d'achèvement et ne peuvent alors pas justifier une prolongation des délais.

Determination (Constatation)

Terme central de la mission de l'ingénieur, traduit par « constatation » plutôt que par « décision » ou « détermination », qui conférerait à ce terme un sens trop offensif.

En effet, en vertu de la sous-clause 3.5, chaque fois que l'Entrepreneur réclame un prolongement des délais d'achèvement ou un supplément de prix, l'ingénieur doit agir en consultant les deux parties pour essayer d'aboutir à un accord à ce sujet et, à défaut, l'ingénieur devra délivrer d'une manière impartiale un constat en conformité avec le Contrat et en prenant en compte toutes les circonstances pertinentes.

Cependant, il est important de souligner qu'en établissant un tel constat, l'ingénieur se livre à des observations objectives, sans être autorisé à modifier le contrat, ni à porter un jugement.

Time Extension: Prolongation des délais d'achèvement.

Aucun retard ne peut être excusé, c'est-à-dire que les retards causés par le Maître d'ouvrage ne constituent pas en soi une excuse.

Toutefois, un évènement qui cause un retard peut justifier une réclamation en vue de la prolongation des délais, faite en conformité avec la sous-clause 20.1, qui, après confirmation par l'ingénieur au titre de la sous-clause 3.5, a pour conséquence la prolongation du délai.

Si l'évènement ne justifie pas une telle réclamation ou celle-ci n'a pas été faite dans les délais ou conformément aux procédures de la sous-clause 20.1, et par conséquent, le délai d'achèvement n'a pas été

prolongé sur demande régulière de l'entrepreneur, ce dernier ne pourra opposer ledit évènement pour s'opposer à une demande de réparation des dommages issus du retard.

Pour plus d'informations commandez :

Le Livre Rouge et Jaune de la FIDIC commenté Edition Préliminaire

In: French (en français)

Publisher/Éditeur: FIDIC. ?xml:namespace prefix = "o" ns = "urn:schemas-microsoft-com:office:office" /

Download; CD (delivery charged); Email delivery: + Euro 30.- FC-AB-C-FR-OP Euro: 70.00 Availability (disponibilité) FIDIC In stock

Ce guide a été écrit par Maître Dr. Hök. Il est distribué par la FIDIC exclusivement.

Dr. Hök est formateur accrédité par la FIDIC et également le président actuel du comité d'accréditation des formateurs FIDIC. Aussi Dr. Hök est adjudicateur accrédité par la FIDIC et juge arbitre expérimenté. Dr. Hök anime des formations FIDIC en allemand, anglais et en français. En tant que formateur accrédité il a droit de certifier la participation au séminaire FIDIC en nom de la FIDIC.

Cabinet Dr.Hök, Stieglmeier & collègues

Contact:Avocat Dr.Götz-Sebastian Hök

Eschenallee 22,

14050 Berlin

Tél.: 00 49 (0) 30 3000 760-0

Télécopie: 00 49 (0) 30 3000 760 33

e-mail: kanzlei@dr-hoek.de

Article en ligne depuis Mittwoch, 8. Dezember 2004

Dernier actualisé Freitag, 29. August 2014

Pages vues (Total/par an/par mois): 29760/2282/439 Seitenaufbau mit 38,84 kB/s in 1,01s



Normandie Université



Boubacar DIOP

DROIT DES OBLIGATIONS ET DROIT MUSULMAN

Résumé

Les exigences les plus diverses pèsent sur les hommes ; d'ordre moral ou religieux, d'ordre social ou politique, d'ordre logique. Exigence en forme de devoir : à l'égard de la divinité, à l'égard de soi-même, à l'égard des autres.

A l'évidence, ces obligations ne relèvent pas toutes du domaine du droit. Si le juridique se rattache au normatif, tout ce qui est normatif ne se traduit pas en règle de droit.

Le thème de l'étude : "Droit des obligations et droit musulman" ne devrait pas être perçu sous une optique de parallélisme qui pourrait exister entre les deux : c'est-à-dire un droit musulman des obligations qui sera contraire au droit des obligations classiques issues des systèmes juridiques occidentaux, à l'exemple de la France.

La problématique que soulève ce sujet de thèse est de savoir comment les pays qui se proclament de « droit musulman », tout en ayant une grande influence du modèle occidental pour une raison d'harmonisation, arrivent-ils à créer un droit mixte ? Par quelles voies, par quels moyens s'est opérée l'évolution du droit musulman ? Pour répondre aux questions posées, il est intéressant, voire nécessaire, de rechercher sur les plans pratiques et utilitaires les moyens techniques qui permettent d'accommoder les exigences de cette règle morale aux impératifs des relations contractuelles en générale, du commerce international et de l'économie moderne.

Mots-clés : Droit des obligations, contrat, droit musulman, Chari'a, droit des affaires.

Résumé en anglais

The most various demands weigh upon mankind: of a moral or religious, social or political order, of a logical order. Demand in the shape of duty: towards deity, towards oneself, towards others.

These obligations obviously do not fall within the province of the law. If the judicial is related to the normative, everything normative is not translated into law.

The theme of the study: "Law of obligations and Muslim law" should not be perceived from the perspective of a parallelism that might exist between the two: that is to say a Muslim law of obligations which will be contrary to the law of classical obligations deriving from western legal systems, like the French one.

The problem raised by the subject of this thesis is to know how countries proclaiming themselves of "Muslim law", while greatly influenced by a western model, manage to create a hybrid law? In what ways, by which means, has Muslim law evolved? To answer these questions, it is interesting, if not necessary, to seek on a practical as well as a utilitarian level for the technical means which allow to combine the requirements of the moral rule with the constraints of contractual relations in general, of international trade and of modern economy.

Keywords: law of obligations, contract, Muslim law, Sharia, business law.