



HAL
open science

Le contrat de donation : étude comparative entre les droits islamique, koweïtien et français

Eman Alhamoud

► **To cite this version:**

Eman Alhamoud. Le contrat de donation : étude comparative entre les droits islamique, koweïtien et français. Droit. Université de Strasbourg, 2019. Français. NNT : 2019STRAA008 . tel-03382762

HAL Id: tel-03382762

<https://theses.hal.science/tel-03382762>

Submitted on 18 Oct 2021

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.



UNIVERSITÉ DE STRASBOURG

École Doctorale
ED 101
Droit
Science politique
Histoire

**ÉCOLE DOCTORALE DE DROIT, DE SCIENCE POLITIQUE ET
D'HISTOIRE**

Centre de droit privé fondamental

THÈSE

présentée par :

Eman ALHAMOUD

Soutenue le : 3 septembre 2019

pour obtenir le grade de : **Docteur de l'université de Strasbourg**

Discipline/Spécialité: Droit privé

Le contrat de donation. Étude comparative entre les droits islamique, koweïtien et français

THÈSE dirigée par :

Madame Dominique D'AMBRA

Professeur à l'Université de Strasbourg

RAPPORTEURS:

Monsieur Meshal HAYAT

Maître de conférence HDR à l'Université du Koweït

Monsieur Khaled ALHENDYANI

Professeur associé à l'Université du Koweït

AUTRES MEMBRES DU JURY :

Monsieur Georges WIEDERKEHR

Professeur émérite à l'Université de Strasbourg

À mes frères Alhamoud Yousif, Alhamoud Hamoud, à ma
soeur Alhamoud Husa , à mon mari Alshumais Faisal, à mes
parents et à mes enfants.

Remerciements

Je tiens à remercier Madame le Professeur Dominique D'ambra pour sa bienveillance et ses conseils qui m'ont permis de mener à bien ce travail de thèse.

J'aimerais également exprimer ma reconnaissance à mes parents et à mon mari pour leur soutien permanent.

TABLE DES ABRÉVIATIONS

A.= arrêté
Adde = ajouter
Aff. = affaire
al. = alinéa
ALD. = Actualité législative Dalloz
Ann. = annales
Appr. = approbative (note)
Arg. = argument
Art. = article
Art. cit. = article cité
Bull. civ.= Bulletin des arrêts de la cour de cassation (chambres civiles)
CA = arrêt d'une cour d'appel
Cass. ass. plén. = arrêt de l'assemblée plénière de la cour de cassation
Cass. civ. = arrêt d'une chambre civile de la cour de cassation
C. civ.= Code Civil
C. com.= Code de commerce
CE = arrêt du Conseil d'État
CEDH = arrêt de la cour européenne des droits de l'homme
cf. = se reporter à
chron. = chronique
Circ. = circulaire
col. = colonne
concl. = conclusion
Const. = Constitution
cons. = consort
Cons. const. = décision du Conseil constitutionnel
contra = solution contraire
Contrats, conc. consom. = Contrats, concurrence, consommation
C. org. jud.= Code de l'organisation judiciaire

crit. = critique (note)
D. = décret
D. = Recueil Dalloz
DA = Recueil Dalloz analytique
Dalloz jur. gén. = Dalloz jurisprudence générale
Defrénois = Répertoire général du notariat Defrénois
D. -L. = décret- loi
doctr. = doctrine
Droit = Revue Droits
éd., = édition
Et. = Mélanges
GAJ civ. = Grands arrêts - jurisprudence civile
Gaz. pal. = Gazette du palais
ib. = ibid. = ibidem = au même endroit
infra = ci-dessous
J. -Cl. civil = Juris-Classeur civil
JCP G = Juris-Classeur périodique (semaine juridique), édition générale
JCP N = Juris-Classeur périodique (semaine juridique), édition notariale
Journ. not. = Journal des notaires et des avocats
Juris = jurisprudence
K. = Koweït
L. = loi
LPA = Les petites Affiches
n. = note
op. cit. = opere citato = dans l'ouvrage cité
Ord. = ordonnance
p.= page
préc. = précité
PSL. = Prières et salut
pub. = publié
PUF = Presses universitaires de France
rapp. = rapport

Réf. ordonnance d'un juge des référés

Rép. = réponse

Rép. civ. Dalloz = Répertoire Dalloz de droit civil

Rép. pr. civ. Dalloz = Répertoire Dalloz de procédure civile

Rep. = min. réponse ministérielle à question écrite

Req. = arrêt de la chambre des requêtes de la cour de cassation

RLDC = Revue Lamy droit civil

RTD civ. = Revue trimestrielle de droit civil

S. = Recueil Sirey

sect. = section

Somm.= sommaires

sté= société

supra = ci-dessus

T. = tome

T. civ. = jugement d'un tribunal civil

TGI = jugement d'un tribunal de grande instance

th. = thèse

TI = jugement d'un tribunal d'instance

V. = voyez

v = versus = contre

SOMMAIRE

PARTIE I

La qualification de la donation en droits islamique, français et koweïtien

Titre 1 : Les éléments de la donation : des systèmes identiques

Chapitre 1 : L'élément subjectif : l'intention de donner

Section 1 : L'importance de l'intention en droit islamique

Section 2 : L'intention libérale en droits français et koweïtien

Chapitre 2 : L'élément objectif

Section 1 : L'enrichissement du bénéficiaire suite à un appauvrissement du disposant

Section 2: La qualification de donation avec charges

Titre 2 : Des différences dans les catégories de donation

Chapitre 1 : Les différents types de donation

Section 1 : Les particularités du droit islamique

Section 2 : La donation et les notions juridiques comparables

Chapitre 2 : La promesse de donation

Section 1 : La promesse gratuite et unilatérale de donner

Section 2: Les promesses synallagmatiques de donner en droit français

PARTIE 2

Les conditions de validité du contrat de donation

Titre 1 : Les conditions de forme

Chapitre 1 : Des principes différents selon les droits français koweïtien et islamique

Section 1 : L'absence de forme en droit islamique

Section 2 : Des conditions de forme strictes en droit koweïtien et français

Chapitre 2 : Des donations particulières

Section 1 : Le don manuel, une exception en droit français

Section 2 : La donation déguisée

Section 3 : La donation indirecte : des systèmes identiques dans les trois droits

Titre 2 : Les conditions de fond

Chapitre 1 : La capacité

Section 1 : La capacité à donner de la femme mariée en droit islamique

Section 2 : La capacité à recevoir des donations

Chapitre 2 : L'objet dans les trois droits

Section 1 : La nature de l'objet de la donation

Section 2 : Des questions relatives à la quote-part pouvant être donné

Chapitre 3 : La cause dans le contrat de donation

Section 1 : L'existence et la liceité de la cause

Section 2 : La question de la cause en matière de donation sous conditions et de clauses d'inaliénabilité

Section 3 : Particularité de la cause dans les trois droits étudiés

PARTIE 3

Le régime de la donation

Titre 1 : Les effets de la donation

Chapitre 1 : Les obligations du donateur

Section 1 : L'obligation de délivrance

Section 2 : L'obligation de garantie

Chapitre 2 : Les obligations du donataire

Section 1 : L'obligation de reconnaissance ?

Section 2 : L'exécution de la charge

Titre 2 : La révocabilité de la donation

Chapitre 1 : La révocation de la donation en droit islamique

Section 1 : La nature de l'option de révocabilité

Section 2 : La révocation de la donation : les différentes positions des doctrines islamiques

Chapitre 2 : La révocation de la donation en droits koweïtien et français

Section 1 : Des cas de révocation similaire dans les deux droits

Section 2 : Les particularités des droits koweïtien et français

INTRODUCTION

1. L'étude de la donation en droit comparé.- Lorsqu'une personne décède, son patrimoine est transmis selon les règles en vigueur en matière de succession. Cependant, un individu peut anticiper la transmission de son patrimoine par une donation qui est le moyen juridique de transmettre tout ou partie de son patrimoine de son vivant. On comprend alors l'intérêt d'étudier de manière juridique les donations, et tout spécifiquement dans une dimension comparatiste. Cependant, traiter de la donation dans une étude relative aux droits islamique, koweïtien et français implique de saisir le contexte dans lesquelles ces questions juridiques prennent vie. Il est alors important de relever qu'au Koweït, le droit islamique s'applique et apporte une coloration spécifique aux questions posées. En effet, la Constitution koweïtienne du 11 novembre 1962, dans son article 2, dispose que « la Charia islamique est la principale source de législation ».

Pour mettre en œuvre une étude comparative entre les droits islamique, koweïtien et français, il a été nécessaire d'étudier les ressources doctrinales, législatives mais également jurisprudentielles.

2. Les règles sur lesquelles l'étude se fonde.- Le droit islamique.- Concernant le droit islamique, il faut noter que l'Islam, religion monothéiste, comporte un ensemble de règles contraignantes à valeur juridique. Ces règles sont des prescriptions dénommées sous le qualificatif de *Charia*. Ainsi, la *Charia*¹ concerne l'ensemble des lois divines révélées aux Messagers². Ces lois ont pour but de régir tous les aspects de la vie des hommes de leur naissance à leur décès. Il est à noter ici que la loi islamique se caractérise par une diversité de sources. Une science pro-

¹ SALVATORE A., La Charia moderne en quête de droit : raison transcendante, méta norme publique et système juridique, Droit et société, n° 39, 1998, p. 293 et p. 316.

² TAQI AD-DIN A., (IBN TAYMIYYA), An-Nubuwwat, éd., Adwa alsalaf, 1^e éd., 2000, p. 225 : « Le Prophète est une personne informée par Dieu, qui puise l'inspiration de ses faits et gestes dans une source divine. Si, en plus, il est envoyé à ceux qui violent l'ordre de Dieu pour leur transmettre un message de ce dernier, il est alors appelé Messenger. Mais si, en revanche, il ne fait qu'appliquer la loi de son prédécesseur, (...), il est alors un simple Prophète ».

prement constituée est dédiée à l'étude des sources de la loi islamique. Il s'agit de la science dénommée « *Ilm usul al-fiqh* »³ c'est-à-dire la science des sources de la doctrine islamique. Il est important, à cet égard, de signaler que les sources de la loi islamique sont hiérarchisées⁴ ce qui veut dire que ces sources sont classées selon une logique de priorité.

En effet, on trouve, d'une part, les sources primaires de la loi islamique⁵. Il s'agit, en fait, de sources directes issues des textes originaux de la religion musulmane et, de ce fait, ne constituent pas le produit de réflexion des hommes. Ces sources primaires consistent tout d'abord dans le Coran⁶ qui est considéré comme le corpus divin et sacré révélant la parole de Dieu au Prophète de l'Islam Mohammed (PSL⁷). Le Coran est divisé en 114 chapitres, appelés sourates, subdivisés en versets et classés selon un ordre de longueur décroissante. Ensuite, il y a la *Sunna*⁸ qui est l'ensemble des paroles (*Hadiths*) de Mohammed⁹ et de ses compagnons, à propos des commentaires du Coran ou de règles de conduite. Les Hadith jouissant de la plus grande autorité ont été recueillis, au IX^e siècle, par les Imams Al-Bukhari¹⁰ et Muslim¹¹. La Sunna comprend également

³ KHALLAF A., *Ilm usul al-fiqh*, éd., Annashir litibaa wannashr wattaouzii, Koweit, 12^e éd., 1978.

⁴ KAYADABI S., *Principles of Islamic Law and the Methods of Interpretation of the Texts (Uşul al-Fiqh)*, Islamic Book Trust, 1^e éd., 2017, p. 94.

⁵ BENKHEIRA M., *Droit musulman*, Annuaire de l'École pratique des hautes études (EPHE), Section des sciences religieuses, n°115, 2008.

⁶ BENKHEIRA M., *Droit musulman*, Annuaire de l'École pratique des hautes études (EPHE), Section des sciences religieuses, n°115, 2008.

⁷ En droit musulman, lorsqu'on cite le Prophète Mohammed, on indique « Prières et salut sur lui (PSL) » en marque de respect.

⁸ HAMIDULLAH M., *Le Prophète de l'Islam*, éd., El-Najah, 1998, p. 16

⁹ Mohammed (570-632) est le Prophète de l'Islam. En arabe, il peut également être dénommé Muhammad.

¹⁰ Le Sahih d'Al-Bukhari signifie « l'authentique de l'imam Al-Bukhari » et est l'un des six grands recueils de Hadiths. La plupart des musulmans sunnites le considèrent comme le livre le plus authentique après le Coran et comme l'une des trois sources Hadith les plus fiables avant le Sahih Muslim et Al-Muwatta de l'imam Malik. Cf., IBN AL-SALAH O., *Muqaddimah Ibn al-Salah*, éd., Dar al-Maaarif, Damas, 1^e éd., 1986, p. 160-9.

¹¹ Le Sahih Muslim est l'un des six plus grands recueils de hadith de l'islam sunnite. Il est considéré dans le milieu sunnite comme la deuxième collection de hadith le plus authentique (Sahih) après le Sahih al-Bukhari. Il fut écrit par l'imam Muslim ibn al-Hajjaj au 19^e siècle. Cf., IBN AL-SALAH O., *Muqaddimah Ibn al-Salah*, éd., Dar al-Maaarif, Damas, 1^e éd., 1986, p. 160-9.

les comportements du Prophète Mohammet (PSL) rapportés par ses compagnons.

Par ailleurs, il existe des sources secondaires à la *Charia*. Il s'agit, des réflexions menées par les jurisconsultes musulmans, qui sont les spécialistes du droit islamique¹². Ces derniers sont appelées *Fuqahas* et ce terme dérive du mot arabe *fiqh* qui veut dire doctrine. Il existe quatre principales écoles sunnites¹³ en droit islamique, à savoir : l'école Chafite¹⁴, l'école Hanbalite¹⁵, l'école Malikite¹⁶ et l'école Hanafite¹⁷.

Parmi les sources secondaires de la *Charia*, l'on trouve tout d'abord le *Idjma*¹⁸ qui consiste en fait dans le consensus établi entre les musulmans sur une question bien déterminée. La deuxième source secondaire de la *Charia* islamique est le *Qiyas*¹⁹ ou l'analogie. Il s'agit, en fait, de l'analogie effectuée par le jurisconsulte islamique qui, en s'appuyant sur une règle issue des sources primaires de la *Charia* et en identifiant le raisonnement sur lequel cette règle s'appuyait, l'applique, ensuite à n'importe quelle autre situation dans laquelle ce raisonnement trouve sa raison d'être. La troisième source secondaire de la *Charia* est l'*Istihsan*²⁰, qui consiste en la réflexion engagée par un musulman savant dont le but est

¹² MILLIOT L., Introduction à l'étude du droit musulman, Paris, Sirey, 1953, p. 12.

¹³ La majorité des musulmans est sunnite (plus de 90 %). C'est pour cette raison que dans notre étude, nous nous concentrons sur les mouvements sunnites. Ces mouvements s'appellent ainsi car ils font référence à la Sunna.

¹⁴ Le Chafisme est fondée sur l'enseignement de l'imam Al-Chafii (767-820) et de ses disciples. Il est pratiqué notamment au Yemen, en Egypte et en Asie du Sud-Est. Cf., PADOIT C, Les quatre écoles de droit sunnites, Maison d'Ennour, 2006.

¹⁵ L'Hanbalisme est issu de l'enseignement de Ahmad ibn Hanbal. Pour cette école, il n'y a pas d'autres sources religieuses que le Coran et la sunna. C'est l'école la plus rigoriste et la plus puriste du sunnisme. Elle est presque exclusivement pratiquée en Arabie saoudite et au Qatar. Cf., PADOIT C, Les quatre écoles de droit sunnites, Maison d'Ennour, 2006.

¹⁶ Le courant malikite est centré sur l'enseignement de l'imam Malik ibn Anas (env. 715-795). Il écrit le premier traité de droit islamique, Al-Muwatta. On trouve nombre de malikites dans toute l'Afrique du Nord et de l'Ouest, au Soudan et dans certaines parties du golfe Arabo-Persique. Cf., PADOIT C, Les quatre écoles de droit sunnites, Maison d'Ennour, 2006.

¹⁷ L'Hanafisme est issu de l'enseignement de l'imam Abu Hanifa, au VIII^e s. Le hanafisme est le rite de la majorité des sunnites non arabophones (Turquie, Afghanistan, Pakistan, Inde, Chine). Cf., PADOIT C, Les quatre écoles de droit sunnites, Maison d'Ennour, 2006.

¹⁸ BLANC F-P., Le droit musulman, Dalloz, 2^e éd., 2007, p. 19 et p. 20.

¹⁹ MILLIOT L., Introduction à l'étude du droit musulman, Paris, Sirey, 1953, p. 12.

²⁰ ALCHAFII M ., Kitab al-Umm, vol. 7^eéd., Dar al-fikr, Caire, 1990, p. 309 et p. 320.

d'accorder l'approbation personnelle à un comportement ou un acte bien déterminé. Il est important de mentionner ici qu'en ce qui concerne cette source secondaire de l'*Istislah*²¹, l'intérêt général est pris en compte dans la production des règles de la *Charia* islamique. Par ailleurs, une quatrième source s'ajoute aux sources secondaires de la *Charia*, à savoir le *Urf*²² ou la coutume. Cette source de droit islamique est très importante car elle a permis, sur le plan historique, d'intégrer un grand nombre d'actes et de comportements qui dataient de la période précédant l'avènement de l'Islam car ils étaient considérés compatibles avec l'esprit de la religion musulmane. Une cinquième source de la loi islamique consiste dans ce qui est appelé le *Taqlid*²³ ou ce qui peut être traduit littéralement vers le français par le terme « *imitation* ». Cette source secondaire de la *Charia*, qui peut être comparée à la jurisprudence, consiste à ce que le juriste musulman imite des décisions énoncées par des anciens juristes musulmans et applique cette solution à une situation similaire contemporaine. Par ailleurs, il existe une autre source secondaire de la *Charia* qui est l'*Ijtihad*²⁴. Il s'agit, d'un concept qui consiste à engager un travail de réflexion personnelle de la part du musulman en vue d'adopter des actes qui soient les plus compatibles avec l'esprit de la loi islamique. Ainsi, le droit islamique se caractérise par sa décentralisation et par l'absence d'un clergé contrairement au christianisme. Ainsi, les décisions des juristes musulmans sont susceptibles d'être revues par de nouvelles décisions dans le cadre de ce qui est appelé l'*Ijtihad*.

Par ailleurs, il est à signaler que les lois positives (*Quanun*)²⁵ adoptées par l'État s'imposent également aux musulmans qui vivent dans l'État en question. De ce fait, les musulmans sont tenus de les respecter afin de

²¹ IZZI AL-DIN M., Le droit islamique : des fondements historiques à la pratique contemporaine, Edinburgh University Press, 2004, p. 69.

²² MILLIOT L., Introduction à l'étude du droit musulman, Paris, Sirey, 1953, p. 156.

²³ SURKHEEL S (Abu Aaliyah), La vérité sur Taqlid (Partie I), l'Institut Jawziyyah, 2007.

²⁴ BLANC F.,-P., Le droit musulman, Dalloz, 2^e éd., 2007, p. 27 et p. 28.

²⁵ BLANC F.,-P., Le droit musulman, Dalloz, 2^e éd., 2007, 128 pp. 35 -135.

bien s'intégrer au sein des sociétés dans lesquelles ils vivent. A ce propos, il est important de noter que le droit islamique régit à la fois les aspects liés au culte c'est-à-dire les rapports avec Dieu ainsi que les rapports établis entre les personnes.

Cette présence forte du droit islamique est à prendre en compte lorsqu'il s'agit d'étudier la donation en droit koweïtien.

Pour l'étude du droit islamique, on se reporte également au Code civil Ottoman de 1876, le « *Mejellé* »²⁶ qui est une codification, par l'Empire Ottoman, de la doctrine Hanafite. donc le mejellé c'est la première codification du fiqh qui est la doctrine islamique en matière civile et aujourd'hui la plupart des pays islamiques sont influencés par le mejellé lorsqu'ils ont construit leur propre code civil. On peut dire que le code civil ottomann est considéré comme une source dans la plupart des pays islamique .

3. La donation en droit islamique.- En droit islamique, faire une donation fait partie des actes qui maintiennent et renforcent les relations entre le donateur et le donataire. D'ailleurs, le Prophète Mohammed (PSL²⁷) a bien recommandé à la communauté des musulmans de faire des dons. Il est à signaler, à ce propos, que l'Imam Al-Boukhari a rapporté qu'Aïcha²⁸ a dit : « *Le Messenger d'Allah acceptait habituellement les cadeaux qui lui sont offerts et récompensait en retour les personnes pour leurs dons* »²⁹ . Il est à noter ici que le passage suivant de ce *Hadith*, à *savoir* : « récompensait en retour les personnes pour leurs dons », veut

²⁶ Le droit de l'Empire Ottoman se caractérise notamment par les réformes induites à la fin du xix^e siècle afin de le moderniser. Les efforts de modernisation du système juridique s'incarnèrent dans la rédaction du *Mejellé* entre 1869 et 1876 par une commission présidée par Ahmet Cevdet Pasha ainsi que dans la proclamation de la Constitution ottomane de 1876 établissant une monarchie constitutionnelle. Cf., NAJJAR I. Formation et évolution des droits successoraux au Proche-Orient (Aperçu introductif), *Revue internationale de droit comparé*, Société de législation comparée librairies techniques, Vol. 31, n°4, Octobre-décembre 1979, pp. 805-815.

²⁷ En droit musulman, lorsqu'on cite le Prophète Mohammed, on indique « Prières et salut sur lui (PSL) » en marque de respect.

²⁸ Aïcha, née à La Mecque vers 614, et morte à Médine vers 678, est la troisième épouse de Mahomet. Cf., CHEBEL M, *Dictionnaire des symboles musulmans*, Albin Michel, 1995, p. 23.

²⁹ AL- NAWAWI Y., *Le sahih du Muslim: recueil des Hadiths authentiques du prophète*, T. 10, Beirut, 2011.

dire qu'il est important d'accorder en retour à celui qui vous fait un don un bien qui aurait au moins la même valeur que le bien donné. En fait, le Prophète de l'Islam (PSL) avait pour habitude de donner en retour du don qu'il lui a été fait un bien de valeur égale ou supérieur au don qui lui a été fait. Ainsi, le Prophète Mohammed (PSL) a recommandé à la communauté des musulmans de répondre en retour aux dons par des cadeaux, comme l'atteste ce *Hadith* authentique selon lequel il est dit : « Répondez à celui qui vous a accordé une faveur, de manière similaire. Dans le cas où vous n'avez pas les moyens pour le faire, invoquez Allah pour lui jusqu'à ce que vous pensiez que vous l'avez satisfait ». ³⁰ Il est important de comprendre l'ensemble de cette phrase. Ainsi, il convient de relever que la formule « Celui qui vous a accordé une faveur », signifie : celui qui vous traite gentiment, par la parole, les actes ou par un don. « Répondez [...] de manière similaire » signifie qu'il convient de le traiter avec la même bienveillance qu'il vous a traité. « Dans le cas vous n'avez pas les moyens pour le faire » signifie que si vous n'avez pas d'argent, alors « Jusqu'à ce que vous pensiez que vous l'avez satisfait. » signifie qu'il faut invoquer Allah pour lui jusqu'à ce que vous pensiez que vos invocations l'ont satisfait.

Une question similaire a été posée au Comité permanent qui est une autorité juridique islamique suprême en Arabie Saoudite. Ce dernier a répondu comme suit ³¹: « Il n'y a rien de mal à accepter une somme d'argent comme cadeau, sans que vous (le bénéficiaire) ayez à ressentir une gêne pour ceci. Si vous êtes capable de répondre en retour par un cadeau similaire vous pouvez le faire, mais si vous ne le pouvez pas alors invoquez Allah pour celui qui vous a offert cette somme. En effet, le Prophète (PSL) a dit : « Celui qui vous fait une faveur, répondez en

³⁰ AL- NAWAWI Y., Le sahih du Muslim: recueil des Hadiths authentiques du prophète, T. 10, Beirut, 2011.

³¹ Fatwa 7932, partie 16, p. 171. Dans l'islam, une fatwa est un avis juridique donné par un spécialiste de la loi islamique sur une question particulière. En règle générale, une *fatwa* est émise à la demande d'un individu ou d'un juge pour régler un problème sur lequel la jurisprudence islamique n'est pas claire. Un spécialiste pouvant donner des *fatwas* est appelé un mufti.

*retour*³² ». Le Prophète a dit : « *Echangez entre vous des cadeaux car cela accentuera votre amour les uns envers les autres* »³³.

En matière de donation, il est également d'usage de se référer à un Hadith du Prophète, qui encourage fortement les cadeaux mutuels, par ces mots : « *Offrez, les uns aux autres, aimez-vous* »³⁴.

4. La nature du contrat de donation en droit islamique. - Il est intéressant de s'intéresser à la manière dont le droit islamique envisage la nature du contrat de donation. Est-ce un accord qui oblige juridiquement les intéressés ou sommes-nous plutôt dans ce que l'on peut appeler un acte de complaisance ? On peut préciser qu'en droit islamique le contrat de donation est inclus dans la catégorie « contrat impératif » au regard du verset du Coran qui précise : « *Soyez fidèles à vos engagements*³⁵ ». Cette citation suggère le caractère obligatoire des obligations qui naissent du contrat de donation, défini comme « un contrat impératif » en droit islamique. La plupart des savants islamiques l'ont défini comme tel conformément à l'avis de l'ensemble des juristes Malékites, Chaféites et Hanbalites, en se référant au verset coranique : « *Ô croyants! Remplissez fidèlement vos engagements*³⁶ », ce verset signifie l'obligation d'honorer les contrats y compris le contrat de donation. La donation comme contrat obligatoire est un élément démontré aussi par le Hadith du *Prophète Mohammed* (PSL) qui énonce que : « *celui qui revient sur sa donation est comme un chien qui revient à son vomit*³⁷ ». Comme preuve aussi du caractère obligatoire des obligations issues du contrat de donation, on peut citer le *Hadith* de *Prophète Mohammed* (PSL) qui précise : « *Il n'est pas licite de révoquer une donation sauf celle faite par le père à son*

³² AL- NAWAWI Y., Le sahih du Muslim: recueil des Hadiths authentiques du prophète, T. 10, Beirut, 2011.

³³ AL- NAWAWI Y., Le sahih du Muslim: recueil des Hadiths authentiques du prophète, T. 10, Beirut, 2011.

³⁴ AL- NAWAWI Y., Le sahih de Muslim: recueil des Hadiths authentiques du prophète, T. 3, Beirut, 2011.

³⁵ Le Coran Sourate 17, Verset 34.

³⁶ Le Coran Sourate 5, Verset 1.

³⁷ AL- NAWAWI Y., Le sahih du Muslim: recueil des Hadiths authentiques du prophète, T. 3, Beirut, 2011.

*enfant*³⁸ », Pour les tenants de cette position, ce Hadith est une preuve irréfutable sur l'interdiction de la révocabilité dans la donation à l'exception du père à son fils.

Au contraire de ce courant majoritaire, un autre groupe de savants islamiques déclarent que le contrat de donation ne met pas en place d'obligation. En droit islamique, on parle de « contrat admissible ». Ce courant s'appuie sur le verset coranique qui énonce: « *Si on vous fait une salutation, saluez d'une façon meilleure ; ou bien rendez-la (simplement). Certes, Allah tient compte de tout*³⁹ ». Considérant ainsi que la donation ressemble philosophiquement au salut, selon eux, la révocabilité est possible après la prise en possession c'est à dire la tradition. Le fait que Dieu ait employé le mot « rendez la » ceci veut dire selon eux qu'on insinue une chose concrète et non abstraite car on ne peut rendre qu'une chose concrète et qu'on ne peut imaginer l'emploi de ce mot que pour une chose concrète. Donc rendre le salut ici est comme le fait de rendre un don ce qui implique que la donation ici est considérée comme un acte « admissible ». Ce même avis s'articule également sur le *Hadith* du *Prophète Mohammed* (PSL) relayé par *Abu Horaira*⁴⁰ qui dit: « L'homme a tous les droits sur sa donation tant qu'il n'en a pas été récompensé⁴¹ ». Ce *Hadith* met en avant la possibilité de la révocabilité tant qu'une compensation n'a pas été proposée par le donataire. Ceci implique que l'acte de la donation est un acte admissible tant qu'il n'y a pas de compensation. Ce *Hadith* fait partie du corpus des paroles rapportées du prophète qui n'ont pas été validées par les juristes musulmans car « l'isnad⁴² » les concernant est incomplet. Donc ce Hadith est considéré comme faible ou peu fiable. Ce même groupe s'appuie aussi sur un autre *Hadith* du *Pro-*

³⁸ AL- NAWAWI Y., Le sahih du Muslim: recueil des Hadiths authentiques du prophète, T. 3, Beirut, 2011.

³⁹ Le Coran Sourate 4, Verset 86.

⁴⁰ *Abu Horaira* est un célèbre sahabi, ou compagnon du prophète de l'islam Mohammed. Il est le principal rapporteur de hadith. Cf., AL-DAHABI Sh., *Siyar Alam Nubala*, Dar Al- Risalah Al- Alamiyah, 13^e éd., 2017.

⁴¹ AL- NAWAWI Y., Le sahih du Muslim: recueil des Hadiths authentiques du prophète, T. 10, Beirut, 2011.

⁴² Dans le Hadith, l'isnad a valeur de témoignage. Cette chaîne des témoins et la fiabilité que l'on attribue à ceux-ci permettent d'évaluer le degré de recevabilité du hadith.

phète Mohammed (PSL) relayé par Abu Horaira qui dit : « Offrez, les uns aux autres, aimez-vous⁴³ ». Les membres de ce groupe expliquent qu'offrir un présent est une forme d'interaction entre le donateur et le donataire, donc sans cette interaction voire ce consentement, le contrat n'est plus obligatoire étant donné que le consentement est l'une des conditions sine qua non pour l'authenticité et l'obligation du contrat comme c'est le cas dans le contrat de vente. Les arguments de ce courant minoritaire n'ont pas prospéré et on peut affirmer qu'en droit islamique on considère que le contrat de donation crée des obligations. Dans le cadre de notre thèse, il sera important dans ce contexte d'étudier la problématique de la révocation de la donation en présence d'un contrat qualifié de « contrat obligatoire ».

5. Le droit civil koweïtien et la donation.- En droit civil koweïtien, il y a plusieurs évolutions dans le droit applicable aux donations. Tout d'abord, le droit de l'Imam Malik était appliqué. Ensuite, en 1938, c'est le Code civil Ottoman qui a régi les donations⁴⁴ dans ses articles 773 à 881. Cependant, s'il n'y avait pas de solution pour le litige dans le Code civil Ottoman, étaient appliqués les règlements de l'Imam Malik. L'article 833 du Code civil Ottoman définit la donation comme suit : « *le transfert de la propriété des biens est immédiat et sans contrepartie* »⁴⁵. Avec la promulgation du Code de l'organisation judiciaire le 19 décembre 1959, il est prévu dans son article 5 que concernant la donation on revient à l'application des règlements de l'Imam Malik. En effet, la note explicative de ce droit prévoit que concernant le droit relatif à l'état de personnes, en matière de mariage, divorce, tutelle, succession, testament, donation et Waqf⁴⁶ on applique les règlements de l'Imam Malik. La dernière étape est la promulgation du Code civil koweïtien en 1980. Par conséquent, le

⁴³ AL- NAWAWI Y., *Le sahih du Muslim: recueil des Hadiths authentiques du prophète*, T. 10, Beirut, 2011.

⁴⁴ Civ. K., 20 mai 1996, n° 96/1995; Civ. K., 3 avril 2006, n° 25/ 2005; Civ. K., 7 avril 2009, n° 778/2007.

⁴⁵ JAWD M., *Jurisprudence de Imam Jafar Essadea*, T. 3, Beyrouth, Dar El Ilm Lilmalayines, 1^e éd., 1966, p. 221.

⁴⁶ Cf., p. 69 et suivantes .

Code civil Ottoman ne s'applique plus en droit koweïtien. Le Code civil se préoccupe du contrat de donation de l'article 524 jusqu'à l'article 542.

6. Le droit civil français et la donation.- En droit français, c'est le Code civil qui régit les règles relatives aux donations. Les règles sont comprises dans un livre 3 intitulé « Des différentes manières dont on acquiert la propriété ». Un titre 2 y est consacré spécifiquement. Il s'intitule « Des libéralités ». L'article 894 du Code civil énonce de manière spécifique que « *la donation entre vifs est un acte par lequel le donateur se dépouille actuellement et irrévocablement de la chose donnée en faveur du donataire qui l'accepte* ».

7. La notion de donation.- Une fois posées les règles sur lesquelles notre étude se fonde, il convient de s'intéresser à la notion de donation. Il s'agit de vérifier les similitudes et les différences concernant cette notion dans les droits islamique, français et koweïtien.

Il convient de noter que le législateur français a organisé la donation au travers de règles strictes. La rigueur de ces règles se fonde sur le fait que les donations sont envisagées en rapport avec les héritiers. Des liens forts sont faits entre les donations et les successions. Le but du législateur étant de bien protéger les héritiers, c'est pour cela notamment que la donation en droit civil français doit être notariée pour que le donateur puisse réfléchir avant de faire une donation. La réserve héréditaire, entendue, selon l'article 912 alinéa 1^{er} du Code civil, comme « *la part des biens et droits successoraux dont la loi assure la dévolution libre de charges à certains héritiers dits réservataires, s'ils sont appelés à la succession et s'ils l'acceptent* » entre également en ligne de compte.

Il en va différemment en droits islamique et koweïtien dans lesquels il n'y a pas de lien entre la donation et la succession⁴⁷ sauf si la donation

⁴⁷ AL -AKIL J.,- A., Le contrat de donation entre le Fiqh islamique et le droit civil, Dar El-huda, 1978, p. 28 et p. 29.

est faite pendant une maladie du donateur qui aboutit à sa mort. Dans cette hypothèse, on applique alors les règles du testament. Ainsi, en cas de donation le donateur peut tout donner sauf dans le cas d'une maladie mortelle. En vertu des règles de testament, il ne peut alors donner que le tiers de ses biens, et cela est logique parce qu'en général, l'homme pendant sa vie est en bonne santé et il ne va pas tout donner. Il est logique de garder des biens pour lui-même afin qu'il puisse vivre, mais quand il va sentir qu'il va décéder, il va tout donner. C'est pour ça que les droits islamique et koweïtien limitent sa capacité et il ne peut alors donner que le tiers de ses biens, afin que ses héritiers soient protégés.

De plus, en matière de donation, en droits islamique et koweïtien, si une donation est faite aux enfants, il y a nécessairement une égalité de parts entre les enfants au moment de la donation.

L'article 833 du code civil Ottoman, définit la donation comme suit : « *le transfert de la propriété des biens est immédiat et sans contrepartie* »⁴⁸. Cette définition de la donation est similaire à celle citée dans les Codes civil français et koweïtien. La donation ainsi définie, avec un transfert immédiat de propriété des biens⁴⁹ et sans contrepartie, se distingue dès lors nettement de plusieurs notions voisines. Au premier rang duquel se trouve le Waqf, notion de droit islamique, qui n'a pas pour objet un transfert de propriété.

En droit koweïtien, la définition de la donation est donnée par l'article 524 du Code civil koweïtien qui énonce que « *la donation est un contrat de transfert de propriété immédiat d'un bien et sans contrepartie* ». L'article 573 complète cette définition en instituant le principe de l'irrévocabilité de la donation. Il est utile de préciser que le législateur koweïtien adopte la même définition que le droit français. Il est également intéressant de noter que, dans le projet préliminaire du Code civil koweïtien

⁴⁸ JAWD M., Jurisprudence de Imam Jafar Essadea , T. 3, Beyrouth, Dar El Ilm Lilmalayines, 1966, 1^e éd., p. 221.

⁴⁹ Civ. K., 21 mars 2011, n° 2363/2010.

dans l'article 75, la notion de l'immédiateté n'était pas présente. Son rajout par le législateur a évité au texte la critique dont il faisait l'objet, car cette notion de l'immédiateté comme nous allons voir par la suite, nie la donation du bien futur.

En droit français, c'est l'article 893 alinéa 1^{er} du Code civil qui définit la libéralité comme étant « *l'acte par lequel une personne dispose à titre gratuit de tout ou partie de ses biens ou de ses droits au profil d'une autre personne* ». L'article 894 de Code civil définit la donation entre vifs comme « *un acte par lequel le donateur se dépouille actuellement et irrévocablement de la chose donnée en faveur du donataire qui l'accepte* ». La donation entre vifs est donc un contrat puisqu'il est nécessaire que le donataire accepte. La donation est un contrat de disposition à titre gratuit. Le contrat de donation est à titre gratuit, parce qu'il suppose l'absence d'une contre prestation matérielle correspondante ou équivalente de la part du gratifié. De ce point de vue, « la donation est une générosité essentiellement unilatérale »⁵⁰.

8. Utilisation de termes différents.- En effet, il s'agit de savoir pourquoi les législateurs islamique et koweïtien utilisent le terme « immédiat » alors que le législateur français utilise le terme « actuellement » dans la définition de la donation. De la même manière, les législateurs islamique et koweïtien utilisent le terme « contrat » mais dans la loi française, c'est le terme « acte » qui est employé.

9. Immédiat ou actuel.- Finalement, les deux termes ont le même sens. La donation exige une mise à disposition immédiate, le terme *actuellement* excluant la donation de bien à venir, « la donation ne peut, en principe, porter que sur des biens présents, elle est nulle lorsqu'elle a pour objet des biens à venir »⁵¹. Les législations islamique et koweïtienne avec le terme « immédiat » et la législation française avec le terme « ac-

⁵⁰ NAJJAR I., Rép.civ., Dalloz, v° donation, 2008-mise à jour 2017, n°4.

⁵¹ MALAURIE Ph., et BRENNER C., Les succession et les libéralités, LGDJ, 8^e éd., 2018, p. 239.

tuellement » excluent ainsi la donation à cause de mort. Cependant, la loi française a une exception qui n'existe pas dans les droits islamique et koweïtien et qui ressemble dans ses effets à « la donation à cause de mort ». Il s'agit de la donation des biens à venir entre époux au cours du mariage.

10. Contrat ou acte.- Il est aussi intéressant de savoir pourquoi les législateurs islamiques et koweïtiens utilisent le terme « contrat » alors que le législateur français utilise le terme « acte ». Le projet préliminaire du Code civil français avait utilisé le terme contrat mais devant l'assemblée nationale, Bonaparte avait relevé que la donation n'obligeait que le donateur donc qu'il était préférable d'utiliser le terme « acte » plutôt que contrat. Cela explique l'emploi du terme acte alors que la notion de contrat s'applique également en droit français. En ce qui concerne les droits islamique et koweïtien, le terme contrat est utilisé parce que si on dit que la donation a besoin de l'offre du donateur et de l'acceptation du donataire alors le terme contrat est plus compatible. C'est également le cas dans la donation avec charge qui oblige le donataire même⁵².

11. Contrat nommé ou innommé.- Il convient également de s'attarder sur les catégories de contrat nommé ou innommé. Le contrat nommé est « un contrat qualifié et réglementé par la loi »⁵³. Le contrat innommé est, quant à lui, « un contrat qui ne fait l'objet d'aucun régime légal spécifique, son régime découlant du droit commun des obligations »⁵⁴. Concernant le droit islamique, ces deux catégories n'existent pas. Chaque contrat est étudié en lui-même. En islam, les contrats ne sont pas limitatifs⁵⁵. Les parties peuvent élaborer leur propre contrat à condition de respecter les règles de la Charia. Concernant les

⁵² ALYAQUOB B, Le contrat de donation dans le code civil koweïtien étude comparative, Koweït, 1^e éd., 1986, p. 114.

⁵³ CABRILLAC R., Dictionnaire du vocabulaire juridique, 10^e éd., 2019, v^o contrat nommé.

⁵⁴ CABRILLAC R., Dictionnaire du vocabulaire juridique, 10^e éd., 2019, v^o contrat innommé.

⁵⁵ ASSARAF A., Éclaircissement de contrat de vente dans le droit civil koweïtien, étude comparative, vol. 1, Koweït, 1975, p. 33 et p. 35.

législateurs français et koweïtien, des règlements spécifiques sont prévus concernant ces contrats. En effet, ils considèrent ces contrats comme des contrats importants car ils ont des conséquences sur les patrimoines des donateurs et des héritiers, notamment en provoquant un appauvrissement du disposant sans contrepartie suite à un enrichissement du bénéficiaire.

12. Problématiques.- Il est intéressant d'étudier comment dans ces trois droits la donation est prise en compte. Il s'agit de déterminer quelles sont les problématiques intéressantes qui nécessitent des réponses et des études approfondies. Un certain nombre de questions émergent rapidement.

Les questions peuvent se poser à différents niveaux en mettant en avant différences et similitudes. Quand il s'agit de la qualification de la donation, les éléments constitutifs et les différentes catégories de donation méritent notre attention notamment en présence de catégories particulières de donations en droit islamique. En matière de conditions de validité, les différences apparaissent notamment par rapport aux questions de formalisme. Quant au régime, différentes questions émergent autour de la révocation de ces donations.

De manière plus précise, les questions que l'on peut se poser sont les suivantes. Tout d'abord, peut-on parler de donation quand celle-ci est assortie de charges ? Est-ce que les trois droits apportent une solution identique ? On peut également se demander comment la donation avec condition résolutoire est traitée dans les trois droits. Il est aussi intéressant de constater que si la donation est un contrat qui nécessite une offre et une acceptation, qu'en est-il de donation faite à un fœtus ? De plus, il convient de se demander quelles sont les particularités de chaque droit en matière de capacité. Par exemple en droit français est-il possible de faire une donation pour les membres des professions médicales et de la

pharmacie ? On peut également relever qu'en droit islamique la question se pose de savoir la femme mariée a la capacité de faire une donation sans la permission de son mari. Concernant la formation de la donation, on verra les différences entre les différents systèmes juridiques et on relèvera que le droit islamique n'exige aucune forme pour la donation. Par la suite, on étudiera la question de la confirmation d'une donation nulle pour vice de forme dans les trois droits. Concernant les donations particulières, on va étudier les différentes exceptions selon le système juridique. Lorsqu'on s'intéresse à l'objet, il s'agira de déterminer si on peut faire une donation du corps humains de ses produits et de ses organes. C'est également dans ce domaine, qu'on s'intéressera à la donation de biens futurs et de bien à venir. Il faudra également s'intéresser aux particularités du droit islamique qui interdit l'investissement dans l'objet illicite. Il convient également de relever la proportion de biens dont une personne a le droit de disposer durant sa vie. Il faut noter ici que les droits islamique et koweïtien prévoient une réponse différente si la donation est faite alors que le donateur est malade et que cette maladie aboutit à son décès. Nous verrons également que la réserve héréditaire semble une spécificité du droit français. Concernant la cause, le principe de l'égalité obligatoire entre enfants en matière de donation est reconnu en droit islamique. Peut-on retrouver cette même règle en droits koweïtien et français? Il s'agira également d'étudier une particularité du droit français qui est la donation entre concubins. Concernant la révocabilité des donations, il s'agira de se demander notamment si la donation est révocable entre les époux. Il faut noter que les doctrines islamiques organisent de manière approfondie le sujet de révocation car ce sujet pose des problèmes entre les héritiers et les donataires. C'est la raison pour laquelle une partie importante de notre travail sera consacrée à cette question.

13. Annonce de plan.- Afin d'apporter des réponses structurées à l'ensemble de ces questions, et dans une perspective comparatiste, il est nécessaire de s'intéresser tout d'abord à la qualification de la donation (**Partie 1**). Ensuite, les conditions de validité du contrat de donation seront étudiées (**Partie 2**). Enfin, il convient de s'attarder sur le régime de la donation (**Partie 3**).

PARTIE 1

La qualification de la donation en droits islamique, koweïtien et français

14. Annonce de plan.- Pour qu'on puisse comprendre la donation, nous nous intéresserons d'abord, à l'étude des éléments constitutifs de la donation (**Titre 1**) et, ensuite il s'agira de s'attarder sur les différences dans les catégories de donation (**Titre 2**).

Titre 1

Les éléments de la donation :

des systèmes identiques

15. Annonce de plan.- Il convient d'analyser les éléments de ce contrat dans les droits islamique, français et koweïtien. Pour cela on s'intéressera, tout d'abord, à l'élément subjectif qu'est l'intention de donner (**Chapitre 1**) et, ensuite, on analysera l'élément objectif (**Chapitre 2**).

Chapitre 1. L'élément subjectif : **l'intention de donner**

16. Annonce de plan.- En ce qui concerne l'intention dans le contrat de donation, il convient de s'intéresser à la valeur de l'intention en droit islamique (**Section 1**) et, ensuite, à l'intention libérale en droits français et koweïtien (**Section 2**).

Section 1. L'importance de l'intention en droit islamique

17. Annonce de plan.- Il faut dans un premier temps analyser la nécessité de la préexistence de l'intention avant l'acte (**Paragraphe 1**). Ensuite, il s'agira d'analyser le sens de l'intention en droit islamique (**Paragraphe 2**).

Paragraphe 1. La préexistence de l'intention avant l'acte

18. La suprématie de l'intention.- En ce qui concerne le droit islamique, l'intention précède l'acte. Le musulman reconnaît l'importance et la suprématie de l'intention par rapport à l'acte spirituel et temporel. C'est le dessein qu'il projette qui accorde à tout acte sa qualité. La croyance en la nécessité d'avoir un but pour chaque acte et de veiller à ce qu'il soit bon, est signalée par Allah qui dit : « On leur avait seulement ordonné d'adorer Dieu comme de vrais croyants qui Lui rendent un culte pur »⁵⁶.

Un verset du Coran précise ce point dans les termes suivants : « Dis⁵⁷ : J'ai reçu l'ordre d'adorer Dieu en Lui rendant un culte pur »⁵⁸. L'importance de l'intention est signalée aussi par le Prophète Mohammed (PSL), qui a dit : « Tous les actes ne sont estimés que selon l'intention qui les inspire⁵⁹ ». « Chacun n'a de son œuvre que la valeur de son intention⁶⁰ ». « Dieu ne regarde pas vos apparences physiques ni vos formes, mais Il regarde vos cœurs et vos œuvres »⁶¹.

Le Prophète Mohammed (PSL) a dit également : « Quiconque décide de faire une bonne action mais qui par la suite ne la fait pas, Dieu lui inscrit quand même une bonne action »⁶². Donc, la simple intention qui vise à accomplir une bonne action est rétribuée eu égard à la bonne intention formulée. L'intention est un mouvement conscient de l'esprit par lequel l'individu tente d'atteindre un but bien déterminé. C'est donc une volonté qui a pour objectif de réaliser un projet précis.

⁵⁶ Le Coran Sourate 98, verset 5.

⁵⁷ Cela se réfère aux croyants.

⁵⁸ Le Coran Sourate 39, verset 11.

⁵⁹ Al- NAWAWI Y., Le sahih de Muslim: recueil des Hadiths authentiques du prophète, T. 10, Beirut, 2011.

⁶⁰ Al- NAWAWI Y., Le sahih de Muslim: recueil des Hadiths authentiques du prophète, T. 10, Beirut, 2011.

⁶¹ Al- NAWAWI Y., Le sahih de Muslim: recueil des Hadiths authentiques du prophète, T. 10, Beirut, 2011.

⁶² Al- NAWAWI Y., Le sahih de Muslim: recueil des Hadiths authentiques du prophète, T. 10, Beirut, 2011.

19. La valeur de l'intention.- D'autres références viennent préciser la valeur de l'intention en droit islamique. Ainsi, l'Imam Omar Ibn Khatab⁶³ a dit: « *J'ai entendu le Prophète (PSL) dire: « Les actes ne valent que selon les intentions qui les animent et chacun ne sera récompensé qu'en fonction de sa intention réelle à travers les actes qu'il entreprendra. Ainsi, l'Homme qui émigre pour Allah et son Messager⁶⁴, son émigration sera considérée comme ayant pour seul but l'amour d'Allah et de son Messager. En revanche, l'Homme qui émigre dans le but d'acquérir des biens de ce monde d'ici-bas ou pour épouser une femme, son émigration sera considérée en fonction des buts pour lesquels il a émigré »⁶⁵.*

20. Les actions visées. Les actions dont il est question dans ces Hadiths sont les actions qui exigent sur le plan juridique une intention. Pour ce qui est des actions habituelles comme par exemple l'action de se nourrir, boire et se vêtir, ce type d'actions ne requiert pas l'intention. La question est alors de savoir si l'importance de l'intention en droit islamique est la même dans toutes les actions.

Pour certains savants, les actions englobent toute sorte d'action d'une manière générale. L'imam Ahmed de l'école Hanbalite dit : « *J'apprécie que toutes les actions accomplies comme la prière, le jeûne, l'aumône et toutes les actions de bienfaisance soient animées de bonnes intentions parce que le Prophète Mohammed (PSL) dit : « Les actes n'ont de valeur qu'en fonction des intentions qui les animent, et cela est valable pour tous actes et comportements⁶⁶ ».* À cet égard, l'Iman Ibn Massoud⁶⁷ apporte cette précision selon laquelle « *La parole bénéfique est celle qui est accompagnée d'une action. La parole et l'action béné-*

⁶³ Omar Ibn Khatab est un compagnon du Prophète. Il est le deuxième calife, successeur d'Abou Bakr en 634. Cf., AL-DAHABI Sh., *Siyar Alam Nubala*, Dar Al- Risalah Al- Alamiyah, 13^e éd., 2017.

⁶⁴ Cela peut être l'exemple d'une personne qui émigre en Arabie Saoudite pour étudier les textes islamiques.

⁶⁵ AL-NAWAWI Y., *Le sahih du Muslim: recueil des Hadiths authentiques du prophète*, T. 10, Beirut, 2011.

⁶⁶ AL-NAWAWI Y., *Le sahih de Muslim: recueil des Hadiths authentiques du prophète*, T. 10, Beirut, 2011.

⁶⁷ Abdullah ibn Massoud est l'un des tout premiers convertis à l'islam, certains disent qu'il est le sixième compagnon du prophète Mohammed. Cf., AL-DAHABI Sh., *Siyar Alam Nubala*, Dar Al- Risalah Al- Alamiyah, 13^e éd., 2017.

fiques sont celles qui sont accompagnées d'une bonne et saine intention. La parole, l'action et l'intention sont bénéfiques à conditions qu'ils soient conformes avec la Sunna⁶⁸ ».

L'action est acceptée à deux conditions. D'abord, l'action doit être en apparence en conformité avec la Sunna. C'est ce qu'indique le *Hadith* de Aïcha : « *l'innovation apportée par toute personne et qui soit étrangère à notre religion doit être rejetée⁶⁹* ». Par ailleurs, l'action accomplie doit avoir pour seul but de satisfaire Dieu. C'est l'essence du *Hadith* de Omar qui dit que : « *les actes ne valent qu'en fonction des intentions qui les animent⁷⁰* ».

Il faut maintenant aborder le sens de l'intention en droit islamique.

⁶⁸ Al- NAWAWI Y., Le sahih de Muslim: recueil des Hadiths authentiques du prophète, T. 10, Beirut, 2011.

⁶⁹ Al- NAWAWI Y., Le sahih de Muslim: recueil des Hadiths authentiques du prophète, T. 10, Beirut, 2011.

⁷⁰ Al- NAWAWI Y., Le sahih de Muslim: recueil des Hadiths authentiques du prophète, T. 10, Beirut, 2011.

Paragraphe 2. Le sens de l'intention en droit islamique

21. Les deux sens de l'intention. Dans le discours des savants, l'intention a deux sens. En fait, il est important, tout d'abord, de distinguer en parlant d'intention au sein des actes d'adoration. Ainsi, par exemple, la distinction doit être opérée entre la prière du matin de celle accomplie dans l'après-midi et entre le jeûne observé au cours du mois de Ramadan et celui accompli en dehors de ce mois béni. Par ailleurs, le sens de l'intention peut être observé dans le but de déterminer celui est concerné par l'acte accompli. S'agit-il de Dieu? D'un autre que Dieu ? ou de Dieu et un autre que Dieu à la fois ?

22. L'action faite pour un autre que Dieu. L'action faite pour un autre que Dieu est divisée en plusieurs catégories. Une action accomplie par pure ostentation est une action accomplie uniquement pour se faire remarquer ou pour plaire aux autres en vue d'obtenir une faveur dans le monde d'ici-bas comme le font les hypocrites. D'ailleurs, Le Dieu dit, à propos de ces derniers, dans le Saint Coran : « *Les hypocrites cherchent à tromper Allah, mais Allah retourne leur tromperie contre eux-mêmes. Et lorsqu'ils se lèvent pour la prière, ils se lèvent avec paresse et par ostentation envers les gens. A peine invoquent-ils Allah.* »⁷¹. A cet effet, cette ostentation anéantit l'action dans la doctrine islamiste.

23. L'action accomplie pour Dieu. Ensuite, pour une action accomplie pour Dieu, mêlée à l'ostentation, si l'ostentation s'y mêle initialement ou si elle est à l'origine de l'action, les textes sont formels quant à

⁷¹ Le Coran Sourate 4, verset 142.

son nullité. L'imam Mouslim rapporte que le Prophète (PSL) dit : « *Dieu a dit « Je suis Celui qui est le plus à même de se passer d'associé. Et toute personne qui entreprend une action en associant autre que Moi, Je l'abandonne avec son associé »*⁷². Par ailleurs, le Prophète Mohammed (PSL) a dit : « *Le jour où Dieu réunira les premiers et les derniers Hommes le jour pour lequel il n'y a aucun doute, un appel sera lancé : toute personne qui a associé un autre hors que Dieu dans une action accomplie pour Dieu, que cette personne fasse la demande de récompense autre que Dieu, parce que Dieu est Celui qui est à même de se passer d'associations »*⁷³.

Ainsi, au cas où une personne accomplit une action tout en lui mêlant autre chose comme par exemple l'ostentation ou afin de percevoir une récompense pécuniaire, cette action recevra la récompense de Dieu mais celle-ci sera réduite. À cet égard, le Prophète Mohammed (PSL) a dit : « *Quand les combattants perçoivent leurs parts du butin, ils auront précipité les deux tiers de leur récompense. Par contre, si les combattants ne prennent rien du butin, dans ce cas ils auront une totale récompense »*⁷⁴.

De l'avis de l'unanimité des savants islamique, au cas où l'intention était initialement dirigée pour Dieu mais que l'ostentation de l'action est survenue au cours de son accomplissement, cela sera considéré comme étant de simples pensées qui n'auront aucun impact sur la récompense divine. Cependant, il est intéressant de savoir quel sera le jugement dans le cas où les pensées relatives à l'ostentation s'installent dans l'esprit de la personne qui accomplit l'action : Est-ce que l'action en question s'invalide ou pas ? En fait, les savants islamiques ne s'accordent pas sur cette question. Néanmoins, les Imams Ahmed et Tabari⁷⁵ estiment que l'action dans le cas susmentionné ne s'invalide pas et que la récompense dé-

⁷² AL- NAWAWI Y., Le sahih du Muslim: recueil des Hadiths authentiques du prophète, T. 10, Beirut, 2011.

⁷³ AL- NAWAWI Y., Le sahih du Muslim: recueil des Hadiths authentiques du prophète, T. 10, Beirut, 2011.

⁷⁴ AL- NAWAWI Y., Le sahih du Muslim: recueil des Hadiths authentiques du prophète, T. 10, Beirut, 2011.

⁷⁵ Tabari est un historien et exégète du Coran, né en 839 et mort le 17 février 923. Il est l'un des plus précoces et des plus illustres historiens et exégètes perses du Coran. Cf., AL-DAHABI Sh., Les biographies des nobles savants (Siyar Alam Nubala), Maisons du message universel (Dar Al- Risalah Al- Alamiyah), 13^e éd., 2017.

pendra de la première intention formée par la personne qui a accompli l'action. Cet avis doctrinal s'appuie sur le *Hadith* rapporté par Abou Daoud⁷⁶ en vertu duquel un homme dit : « Ô *Messenger de Dieu ! Les membres de la tribu de Banou Salima*⁷⁷ sont au combat. Il y a parmi eux ceux qui combattent dans le but d'acquérir des biens de ce monde d'ici-bas, il y a ceux qui combattent par solidarité et ceux qui combattent dans l'espoir d'obtenir l'agrément d'Allah. Dis-moi lequel d'entre toutes ces personnes est vraiment martyr ? Le *Messenger d'Allah (PSL)* dit : « Toutes ces personnes sont des martyres si leur première intention consistait à ce que la parole de Dieu soit celle qui triomphera⁷⁸ ».

Il est à noter ici que l'imam Tabari indiquait que cette divergence doctrinale se rapporte à toute action continue qui ne peut être interrompue telle que le jeûne, la prière et le pèlerinage à la Mecque. En revanche, les actions qui ne requièrent pas de continuité comme c'est le cas pour l'invocation, l'aumône, la lecture du Coran, ne sont pas invalidées à cause de l'ostentation. Ainsi, le renouvellement de l'intention est nécessaire pour ce type d'action. A ce propos, le savant islamique Soulayman ibn Daoud al-Hashimi, disait : « *Des fois, il m'arrive d'avoir une bonne et saine intention quand je m'apprête à faire un discours mais une fois une partie du discours est faite, je constate un changement de mon intention. De ce fait, je me suis rendu compte que pour faire un seul et unique discours, cela nécessite diverses intentions* ».

En fait, dans le cas où l'action est exclusivement accomplie pour avoir la grâce de Dieu mais que la personne qui l'a réalisé se réjouit en recevant des compliments, cela ne peut avoir un impact négatif sur la validité de l'action accomplie. D'ailleurs, il est à noter ici que le Prophète Mohammed (PSL) a été interrogé à propos du cas d'un homme qui a ac-

⁷⁶ Abu Dawud Sulayman ibn al-Ashath ibn Bashir al-Azadi al-Sijistani (817-888), recueillait les *hadiths* du Prophète Mohammed (PSL). Il est, d'ailleurs, l'auteur de l'une des six collections canoniques consacrées aux *hadiths* identifiées par les musulmans sunnites. Il s'agit, en fait de la collection les Sunan Abi Dawud. AL-DAHABI Sh., Les biographies des nobles savants (Siyar Alam Nubala), Maisons du message universel (Dar Al- Risalah Al- Alamiyah), 13^e éd., 2017.

⁷⁷ Banou Salima était une tribu de l'époque du prophète Mohammed (PSL).

⁷⁸ AL-NAWAWI Y., Le sahih du Muslim: recueil des Hadiths authentiques du prophète, T. 10, Beirut, 2011.

compliment discrètement une bonne œuvre en recherchant la grâce de Dieu et cela lui valut des compliments de la part des gens qui ont découvert sa bonne action ce qui lui fait plaisir. Alors, le Prophète Mohammed (PSL) répondait : « *Ceci est le signe prématuré de la bonne nouvelle qui attend les croyant(e)s*⁷⁹ » et « *cette personne sera doublement récompensée à la fois pour son œuvre accomplie de manière discrète et aussi pour une action faite publiquement* »⁸⁰.

24. Conclusion.- En résumé, l'intention en islam a une place très importante et elle doit toujours précéder l'acte. Ainsi, en ce qui concerne la donation, l'intention doit toujours être faite en vue de renforcer l'amour et les bonnes relations entre les gens. Elle doit avoir un but clair afin de recevoir la récompense de Dieu.

Il convient à présent d'étudier l'intention libérale en droits français et koweïtien.

⁷⁹ AL-NAWAWI Y., Le sahih du Muslim: recueil des Hadiths authentiques du prophète, T. 10, Beirut, 2011.

⁸⁰ AL-NAWAWI Y., Le sahih du Muslim: recueil des Hadiths authentiques du prophète, T. 10, Beirut, 2011.

Section 2. L'intention libérale en droits français et koweïtien

25. Différentes définitions.- En droits koweïtien et français, de nombreuses définitions de l'intention libérale ont pu être proposées. Les auteurs qui ont fait une synthèse de celles-ci ont en général regroupées ces définitions en deux catégories, l'une subjective et l'autre, plus objective.

26. Exclusions. On ne parlera pas de donation dans le cas où l'objectif du comportement est la fidélité envers un engagement naturel comme par exemple l'engagement de la prise en charge des dépenses d'un enfant d'une femme avec laquelle un homme a vécu. Cet exemple fonctionne dans les deux droits. Ici, l'individu ne sera pas en situation de donation parce que c'est une obligation naturelle. Nous ne sommes pas non plus devant une donation si la donation est une donation rémunératoire⁸¹, c'est-à-dire qu'elle a été faite suite à des services offerts au donateur. Il convient également de noter que si le contrat de donation a comme objet de donner un intérêt matériel pour le donateur, on n'est pas en présence d'une donation. Lorsqu'on parle d'intérêt matériel, ce sont, par exemple, les prix offerts par des commerçants au profit de clients en échange d'une publicité pour leurs entreprises.

27. Le rôle du juge- L'obligation de chercher l'intention de donner repose sur le juge du fond qui doit apprécier l'élément intentionnel, en interprétant la volonté des parties. Les cas où l'intention libérale est jugée non vérifiée sont nombreux⁸². Pour déterminer l'intention libérale, il est nécessaire de s'attarder aux différentes conceptions de l'intention libérale

⁸¹ JAMALUDDIN M., Les contrats nommés, Egypte, Dar kitabe Al Arabi, 1973, p. 69 et p. 79.

⁸² Cass. Civ. 1^{re}, 9 février 1994, n° 92-13882.

(Paragraphe 1) avant de distinguer l'intention libérale d'autres notions
(Paragraphe 2).

Paragraphe 1. Les différentes conceptions de l'intention libérale

28. L'intention libérale implicitement mentionnée. De prime abord, l'article 833 du Code civil Ottoman qui définit le contrat de donation, ne fait pas d'allusion expresse à l'intention libérale. Il en est de même pour l'article 524 du Code civil koweïtien et l'article 894 du Code civil français. Ce dernier dispose en effet que : « *la donation entre vifs est acte par lequel le donateur se dépouille actuellement et irrévocablement de la chose donnée en faveur du donataire qui l'accepte* ». On peut toutefois convenir que le législateur en précisant que le disposant projette de « se dépouiller » met en avant l'intention du disposant. En effet, celui-ci doit renoncer à un bien. Il doit s'en priver volontairement.

29. Les différentes conceptions de l'intention libérale.- L'intention libérale ne fait pas l'objet d'une acception unique. Il y a une conception subjective et une conception objective.

30. La conception subjective.- D'après la conception subjective, l'intention libérale est entendue comme « un sentiment de pure bienveillance »⁸³. Dans cette conception, l'intention libérale peut être entendue comme « la volonté de préférer autrui à soi-même »⁸⁴. Il est donc nécessaire de s'intéresser aux mobiles du donateur en entrant ainsi dans une dimension psychologique. S'il apparaît que celui-ci a eu en vue un intérêt personnel, il n'y a pas d'intention libérale, et par conséquent pas de libéralité. Certains auteurs, défendent cette conception en énonçant

⁸³ FLOUR J., Cours polycopié de droit civil français, licence, 4ème année, 1962-1963, p. 57.

⁸⁴ FLOUR J., SOULEAU H ., Droit Civil, Les libéralités, éd., A. Colin, n° 41, 1982.

que « l'*animus donandi*⁸⁵ étant une qualité de la volonté, comment peut-on avoir une conception autre que subjective ?⁸⁶ ». L'avantage ici est de faire de l'intention libérale un élément du contrat autonome par rapport au consentement et à la gratuité⁸⁷. Cependant, cette conception entraîne une analyse psychologique pour découvrir les mobiles du donateur.

31. La conception objective.- Dans une conception objective, l'intention libérale « consiste dans la conscience et la volonté de s'appauvrir au bénéfice d'autrui⁸⁸ », ou plus précisément « de ne pas recevoir de contrepartie équivalente »⁸⁹. Ici, il n'y a pas l'examen des mobiles du donateur. Cependant, la distinction d'avec le consentement et la gratuité est plus difficile à mettre en œuvre. Ainsi, Il est pertinent de distinguer à présent l'intention libérale d'autres notions.

Paragraphe 2. L'intention libérale distinguée d'autres notions

32. Annonce de plan. - L'examen des rapports de l'intention libérale avec le consentement **(A)** puis celui de ses rapports avec la notion de générosité en islam **(B)** nous permettront de définir de manière précise les contours de l'intention libérale.

⁸⁵ L'*animus donandi* signifie l'intention libérale.

⁸⁶ CHAMPEAUX J., Etude sur la notion juridique de l'acte à titre gratuit en droit civil français, Thèse, Strasbourg, 1931, p. 50.

⁸⁷ LAMBERT S., L'intention libérale dans les donation, Presses universitaires d'Aix Marseille, 2006, préf. PUTMAN E, p. 218.

⁸⁸ Cf., GRIMALDI M., in LAMBERT S., L'intention libérale dans les donation, Presses universitaires d'Aix Marseille, 2006, préf. PUTMAN E, p. 219.

⁸⁹ FLOUR J., Cours polycopié de droit civil français, licence, 4ème année, 1962-1963, p. 58.

A. Les rapports de l'intention libérale avec le consentement

33. L'autonomie des notions de consentement et d'intention

libérale.- L'intention libérale et le consentement sont nécessaires tous les deux pour la formation de la donation en droits français et koweïtien. Cependant, ce sont deux notions distinctes. En effet, l'intention libérale n'est pas seulement le volonté du donateur de s'appauvrir, il y a la recherche de cet appauvrissement⁹⁰. Le consentement ne constitue que l'acceptation du sacrifice⁹¹

Cependant, dans l'hypothèse de l'absence de consentement, l'intention libérale est également absente. Ces deux notions sont donc liées. La donation est alors entachée de nullité absolue comme le prévoit l'article 1178 du Code civil français et l'article 524 du Code civil koweïtien.

Ainsi, dans les deux droits il y a une différence entre l'intention libérale et le consentement. L'intention libérale préexiste mais les deux notions sont nécessaires, l'existence de l'une étant liée à celle de l'autre.

Les contours de la notion d'intention libérale étant dessinés, à travers ses rapports avec le consentement, il faut y ajouter la notion de générosité en droit islamique.

⁹⁰ FLOUR J., Cours polycopié de droit civil français, licence, 4ème année, 1962-1963, p. 58.

⁹¹ Civ. K., 20 février 2012, 1043/2010.

B. la notion de générosité en droit islamique

34. La générosité en droit islamique.- En droit islamique, lorsqu'on étudie la gratuité, on est confronté à la notion de générosité. Cette notion est encouragée en islam. Elle a des contours très larges puisqu'elle inclut tous les actes à titre gratuit. On peut également relever que le prophète Mohammed (PSL) était reconnu comme généreux (PSL). L'Imam Ibn Abbas a rapporté que le Prophète (PSL) a dit : « Le croyant n'est pas celui qui mange à satiété quand son voisin a faim ». Un autre compagnon a rapporté que le Prophète a dit : « Le croyant est humble et généreux ; mais la mauvaise personne est malhonnête et ignoble »⁹². Dans le cadre de l'Islam, la générosité, entendue comme la volonté de donner sans compter, est encouragée. Un des indices de cette mise en avant de la générosité est le fait que l'un des cinq piliers de l'islam est la zakat, qui est une charité annuelle obligatoire. Si le terme zakat signifie « purification », il signifie aussi le paiement d'une charité. Cette charité se met en place sur les surplus de biens qu'une personne possède. Ainsi, ce surplus doit être ensuite redistribué aux plus nécessiteux. Quant au montant à verser, il fait l'objet d'un calcul chaque année⁹³. Cependant, être généreux ne se résume pas seulement à donner sans compter ce que l'on possède en abondance. La générosité, ce n'est pas le fait de donner ce qui ne nous est plus d'aucune utilité, mais donner sans compter des biens qui nous tiennent à cœur ou dont nous avons besoin. Aïcha a dit : « Une femme, accompagnée de ses deux filles, vint me voir pour me demander l'aumône, mais je ne trouvai rien d'autre qu'une datte à lui don-

⁹² AL- NAWAWI Y., Le sahih de Muslim: recueil des Hadiths authentiques du prophète, T. 10, Beyrouth, 2011.

⁹³ ALQAHTANI W., Al Zakat fi al Islam fi daw al Kitab wa al Sunna, Markaz al dawa wal irshad, 3 éd., 2010.

ner. Elle la prit, la divisa, et en donna une moitié à chacune de ses filles ». ⁹⁴

Au-delà de la zakat, il existe une autre forme de générosité, la sadaqa qui signifie charité. Cependant, dans ce cas, il y a un remboursement de Dieu. Par conséquent, il est important de relever que la gratuité en islam peut avoir plusieurs significations. Ainsi, si elle est faite pour avoir le remboursement de dieu, on la qualifie de sadaqa. Cela peut être une chose aussi simple qu'un sourire. En revanche, si elle est faite pour une autre raison, elle est qualifiée de gratuité comme dans le cas de la donation donc il y a un lien fort avec l'intention libérale. Il convient également de relever que dans le sadaqa, il n'est pas nécessaire de trouver la notion d'appauvrissement. Sachant que la sadaqa peut être constituée par le fait d'aider une vieille personne à porter ses sacs, on comprend bien que cela ne s'accompagne pas forcément de la notion d'appauvrissement.

35. Conclusion.- La doctrine koweïtienne et française, lorsqu'elle étudie la notion d'intention libérale, le fait par opposition aux notions de consentement et de gratuité. Cependant, en droit islamique la notion de l'intention est étudiée par les savants islamiques en elle-même, en regardant l'importance et la valeur de cette intention et le fait qu'elle doive toujours précéder l'acte et avoir la récompense de Dieu.

Il convient à présent de s'intéresser à l'élément objectif de la donation.

⁹⁴ AL- NAWAWI Y., Le sahih du Muslim: recueil des Hadiths authentiques du prophète, T. 10, Beyrouth, 2011.

Chapitre 2. L'élément objectif

36. Détermination de l'élément objectif.- Pour être en présence d'une donation, il faut que le bénéficiaire reçoive un avantage qui l'enrichit. L'élément économique repose sur l'établissement d'un appauvrissement de celui qui dispose, d'un enrichissement de celui qui reçoit, et d'un lien de causalité entre cet appauvrissement et cet enrichissement⁹⁵.

Il convient ainsi d'étudier les rapports de causalité entre l'appauvrissement et l'enrichissement dans les trois droits (**Section 1**), et, ensuite, la qualification de la donation avec charges (**Section 2**).

⁹⁵ ALYAQOUB B., Le contrat de donation dans le droit civil koweïtien, 1^e éd., 1986, Koweït, p. 64.

Section 1. L'enrichissement du **bénéficiaire suite à un appauvrissement du** **disposant**

37. Un bien qui existe.- Pour qu'il y ait une donation dans les trois droits, il faut que le donateur s'appauvrisse en disposant d'un bien de son patrimoine. Ainsi, le bien donné doit exister dans le patrimoine du donateur, c'est-à-dire qu'il soit sa propriété, puisqu'il ne peut disposer que de ce qu'il a effectivement. Par conséquent, il n'est normalement pas possible de consentir une donation d'un bien futur.

38. L'appauvrissement du donateur et l'enrichissement du bénéficiaire.- Une donation est un acte à titre gratuit, l'appauvrissement du disposant représente sa particularité au sein de la catégorie des actes juridiques à titre gratuit. En effet, tout acte à titre gratuit ne constitue pas obligatoirement une libéralité. Il en va ainsi d'un mandat gratuit qui peut être constitué d'une prestation de service sans contrepartie. L'appauvrissement n'est cependant pas suffisant. Il faut aussi un enrichissement du donataire.

39. Lien de causalité direct ou indirect.- Un lien de causalité doit exister entre l'appauvrissement du donateur et l'enrichissement du donataire. Le rapport peut être indirect. On peut retrouver cette situation en matière d'assurance vie. En effet, dans cette hypothèse, le montant des primes versées ne correspond pas exactement au montant finalement reçu. Toutefois, le plus souvent, la causalité est directe.

40. L'évaluation de l'objet de la donation.- La donation va porter sur un corps certain, ou bien une somme d'argent. Si on est présence d'une donation d'une somme d'argent, il ne faut pas négliger que cette valeur peut être soumise à variation.

On peut également se demander si une donation peut porter sur une valeur dérisoire. On peut constater qu'on se retrouve en présence d'une donation dès qu'il y a enrichissement accompagnée d'une intention libérale.

Section 2. La qualification de donation avec charges

41. L'existence d'une charge.- La donation se réalise sans contrepartie, il s'agit de l'élément objectif de la donation tel que vu par les législateurs islamique, koweïtien et français. Cependant, quand on parle de donation, cela n'empêche pas le donateur d'exiger du donataire une charge. L'article 534 du Code civil koweïtien dispose que « *le donataire s'engage à assurer le respect de la charge stipulée par le contrat de donation qu'elle soit au profit du donateur ou d'un tiers* » et l'article 953 du Code civil français énonce que « *la donation entre vifs ne pourra être révoquée que pour cause d'inexécution des conditions sous lesquelles elle aura été faite, pour cause d'ingratitude, et pour cause de survenance d'enfant* ». Il existe aussi, en droit islamique, l'Hibat Althawab qui est une donation avec charges.

42. Les différents bénéficiaires de la charge.- La charge peut être stipulée dans l'intérêt du donateur. Par exemple, le donataire règle les dettes du donateur qui existent au moment de la donation⁹⁶. La charge peut également être stipulée dans l'intérêt du tiers, par exemple, le donateur peut désigner un tiers pour lequel le donataire subvient à son besoin durant son vivant. Enfin, la charge peut être stipulée dans l'intérêt du donataire lui-même, par exemple si le donateur fait une donation pour son fils et l'oblige à se verser l'argent pour continuer ses études, ici, la charge est stipulée dans l'intérêt de son fils, le donataire.

⁹⁶ Cass. civ. 1^{re}, 11 octobre 1988, n° 87-14661.

43. La qualification de donation en présence de charges .- La question du lien entre l'enrichissement du donataire et l'appauvrissement du donateur prend une dimension particulière dans le cas d'une donation avec charge. En effet, lorsqu'on examine s'il y a une contrepartie à la donation, le fait qu'il y ait une charge vient modifier le raisonnement. En effet, si la charge est importante, il convient de se demander si la donation ne devient un acte à titre onéreux.

44. La réponse en droit islamique.- En présence de l'Hibat Al-thawab, le donateur souhaite quelque chose de la même valeur que sa donation ou d'une valeur supérieure. La qualification de cette donation « Hibat Altawab » pour la plupart des savants islamiques est la vente donc on applique les règles du contrat de vente⁹⁷ si la charge est équivalente ou supérieure à la valeur de l'objet donné. Dans ce cas, le contrat de donation devient un contrat synallagmatique. Pour les Hanafites et les Malikites, la donation avec charge est permise mais à condition que la charge soit connue au moment du contrat. On retiendra alors la qualification de vente et on appliquera les règles du contrat de vente, même si les parties affirment que le contrat est un contrat de donation. Ce type de donation avec charges est interdit pour le prophète Mohammed (PSL) mais les personnes peuvent faire cette donation mais cela est analysé comme un contrat de vente.

45. La réponse en droits français et koweïtien: l'équivalence ou l'inéquivalence des prestations.- Si la donation est avec charge, pour déterminer si la qualification de donation demeure, il est nécessaire de

⁹⁷ AL HANAFI A., Kitab Badai Alsanai, T. 1, Dar Al Kotob Alimmiyah, 2^e éd., 1986, p. 129 et p. 130.

vérifier l'équivalence ou l'inéquivalence des prestations économiques. Pour déterminer l'équivalence ou l'inéquivalence, il existe plusieurs manières d'examiner la donation avec charges⁹⁸. En effet, on peut observer cette question notamment à l'aune de l'intention libérale, soit au regard des effets de la donation. Si la charge est jugée équivalente ou supérieure à l'avantage recueilli par le donataire, l'acte est désormais qualifié d'acte à titre onéreux. On peut relever que l'existence de charges ne doit pas avoir pour effet de faire disparaître la gratuité de la donation. Pour cela, la charge doit ainsi être inférieure à l'avantage consenti par le donateur⁹⁹. Cette solution ancienne a été réaffirmée par la première chambre civile de la Cour de cassation dans un arrêt du 31 mars 2016¹⁰⁰.

⁹⁸ BARTIN E., *Théorie des conditions impossibles, illicites ou contraires aux bonnes moeurs*, Paris, 1887.

⁹⁹ BOUYSSOU M., *Les libéralité avec charges en droit civil français*, Thèse, Toulouse, n° 146 et s, 1945.

¹⁰⁰ Cass. civ. 1^{re}, 31 mars 2016, n° 15-10091, RPJF 2016-6/37, obs. SAUVAGE F..

CONCLUSION TITRE 1

46. L'importance de l'intention libérale en droit islamique.- En ce qui concerne les éléments constitutifs du contrat de donation, on remarque que ce contrat comprend deux éléments, à savoir, l'élément subjectif, correspondant à l'intention de donner, et l'élément objectif, consistant en l'appauvrissement du donateur et l'enrichissement du donataire. À cet effet, on constate que ces deux éléments sont similaires dans les droits islamique, français et koweïtien. Cependant, il faut retenir l'importance de l'intention libérale en droit islamique.

Titre 2

Des différences dans les catégories de donation

47. Annonce de plan.- Afin de connaître les différences entre les catégories de donation, nous devons d'abord étudier les différents types de donation (**Chapitre 1**) et, ensuite il convient d'étudier la promesse de donation (**Chapitre 2**).

Chapitre 1

Les différents types de donation

48. Annonce de plan.- Nous allons nous intéresser aux spécificités du droit islamique (**Section 1**) et, ensuite, à la donation et aux actes juridiques qui lui sont comparables (**Section 2**).

Section 1. Les particularités du droit

islamique

49. Annonce de plan.- Il s'agit de concentrer notre étude sur deux donations spécifiques en droit islamique, à savoir l'« Omri » et le « Rouqbi » (**Paragraphe 1**) puis d'étudier des actes qui sont proches de la donation mais qui ne peuvent y être assimilés, c'est le cas du cadeau, de la charité et de l'hallalisation (**Paragraphe 2**).

Paragraphe 1. L'étude de deux donations spécifiques : **l'«Omri » et le « Rouqbi »**

50. L'« Omri ». En Islam, il y a deux donations spécifiques. Tout d'abord, il y a une donation qui n'a d'effet que pendant la vie du donataire. Le bien revient au donateur au décès du donataire. Cette donation s'intitule « Omri » en arabe. L'« Omri » se rapproche de la donation avec condition résolutoire qui existe en droits français et koweïtien.

Lorsqu'il s'agit de l'« Omri », après la mort du donataire, le bien revient au donateur, s'il est vivant, ou à ses héritiers s'il est décédé. Les savants islamiques comme les Hanafites, Chafites, Hanbalites, Malikites se sont demandés si ce type de donation est permis.

51. La perception de l'Omri chez les Hanafites, les Hanbalites et les Chafites.- Chez les Hanafites, les Hanbalites et les Chafites, ce genre de donation est valable mais sans la condition, ce qui veut dire qu'après le décès du donataire, le bien n'est pas transféré au donateur mais plutôt aux héritiers du donataire. En effet, on considère que cette condition de retour au donateur ne correspond pas aux conditions de validité des donations et donc que la condition est nulle.

52. La perception de l'Omri chez les Malikites.- En revanche, pour les Malikites, ce genre de donation transfère seulement l'usage de la chose donnée pendant la vie du donataire. Par conséquent, après le décès du donataire, le bien est transféré au donateur ou à ses héritiers. Pour les Malikites, ce genre de donation est considéré comme un prêt¹⁰¹.

53. Comparaison avec les droits français et koweïtien.- En ce qui concerne les droit français et koweïtien, l'« Omri » peut se rapprocher de la donation avec condition résolutoire qui est reconnue dans ces deux

¹⁰¹ AL-MAQDISI M (Ibn Qudama), Al Mughni, vol. 5, Dar Al-Alamiyah, 2010, p. 161 et p. 563.

droits. En effet, le Code civil français, dans son article 951, dispose que : « *le donateur pourra stipuler le droit de retour des objets donnés soit pour le cas du prédécès du donataire seul, soit pour le cas du prédécès du donataire et de ses descendants* », ce qui est le cas dans l'« Omri » en droit islamique. Ce droit ne pourra être stipulé qu'au profit du donateur seul. Si une donation est consentie avec une clause résolutoire comme le prédécès du donataire, le bien retourne au donateur. La Cour de cassation considère qu'il y a une sorte « d'annulation de la donation »¹⁰². Le droit civil koweïtien, à l'article 327 du Code civil, prévoit également la possibilité d'une donation dans laquelle il est prévu que dans le cas où le donataire décède avant le donateur, la donation est transférée soit au donateur soit à ses héritiers.

54. Le « Rouqbi ».- Ensuite, il y a une donation qui peut être anticipative. Cela signifie que le donateur précise qu'un bien sera donné au donataire si le donateur décède avant le donataire. Il s'agit alors de ce qu'on appelle « Rouqbi » en arabe. Quant au « *rouqbi* », ce sont les liens avec le testament qui sont intéressants à étudier.

Dans le cadre du « *Rouqbi* », il s'agit d'une hypothèse dans laquelle, par anticipation, quelqu'un dit à l'autre : « cette chose sera ta propriété si je meurs avant toi ». Dans cette donation par anticipation, le transfert de la propriété intervient après le décès du donateur. Pour la plupart des savants islamiques, étant donné que le transfert de propriété n'est pas immédiat, cette donation est considérée comme nulle et devient selon cette hypothèse, un testament¹⁰³. En droit koweïtien, ce sont les lois du testament qui seront appliquées selon l'article 529 du Code civil.

Il faut également s'intéresser aux actes proches mais distincts de la donation en droit islamique.

¹⁰² Cass. Com. 4 décembre 2007, n° 06-12024.

¹⁰³ MORSI M., Éclaircissement du nouveau droit civil, Les contrats nommés, Lajnat Albayane Alarabi, 2^e éd., 1952, p. 126 et suivantes.

Paragraphe 2. Des actes distincts de la donation

55. Le cadeau, la charité et l'hallalisation.- En droit islamique, il y a trois actes qui peuvent se rapprocher de la donation. Il est donc nécessaire de les étudier pour en déterminer les différences. Il s'agit du cadeau, de la charité et de l'hallalisation.

56. Le cadeau.- Tout d'abord, il y a le cadeau. C'est un bien qu'on envoie ou que l'on donne à une personne pour l'honorer ou pour l'approcher. Cet acte est soumis aux lois de la donation. Le cadeau n'est pas nécessairement donné à un pauvre, il peut être fait aux riches comme aux pauvres, l'intention étant ici de prouver son amitié et d'honorer son bénéficiaire.

57. La charité.- Ensuite, il y a la charité. C'est ce que l'on donne pour se rapprocher de Dieu et cela n'est révocable en aucun cas. La charité n'est valable que si la prise de possession est réalisée. Le musulman cherche à travers cette charité une récompense de Dieu. La charité est donnée aux pauvres et aux nécessiteux pour répondre à leurs besoins. Elle se fait avec l'intention d'atteindre l'agrément d'Allah. Son intention n'est pas limitée à une personne spécifique, elle est donnée à n'importe quel pauvre ou nécessiteux.

58. La prééminence de la charité.- Ces deux actes - la charité et le cadeau - sont deux bonnes œuvres pour lesquelles une personne sera récompensée, mais les savants islamiques se demandent laquelle des deux est la meilleure. L'Iman Al Jaziri¹⁰⁴ a déclaré que la charité est ce qui est donné pour la cause d'Allah, comme un acte de culte, sans avoir l'intention de la donner à une personne particulière et sans rien demander en retour, elle est donnée pour des causes caritatives telles que le don

¹⁰⁴ AL JAZIRI A., Le fiqh islamique dans les quatre doctrines, Dar Al-Fikr, T. 3, 1969, p. 291.

aux nécessiteux. Un cadeau, lui, est offert avec l'intention d'honorer une personne spécifique, soit parce qu'elle est votre ami que vous aimez ou soit parce que vous attendez d'elle quelque chose en retour. Ainsi, selon l'Imam, la charité est le meilleur des deux actes.

59. L'hallalisation. Enfin, il y a l'autorisation de se servir ou la « hallalisation ». L'article 836 du Code Civil Ottoman stipule que « l'hallalisation, c'est la permission ou l'autorisation faite à une personne de manger ou de se servir d'un met sans contrepartie ». L'article 875 de la même Code précise que si une personne autorise une autre personne à jouir de ses mets, cette dernière n'a pas le droit d'agir avec cette chose à l'image de ce qui se fait en mode de propriété tel que la donation ou la vente. Elle a seulement le droit de manger. La personne qui possède le bien n'a pas à demander la valeur de ce qui a été mangé. Ce don ne requiert pas les conditions de l'offre et de l'acceptation. Une autorisation verbale suffit. A présent que les donations spécifiques ont été étudiées et que des actes, proches mais distincts, ont été définis, il convient d'envisager la donation et les notions juridiques qui lui sont comparables.

Section 2. La donation et les **notions juridiques comparables**

60. Annonce de plan.- Afin de déterminer clairement la donation, il est intéressant de la différencier d'autres actes juridiques lui ressemblant. Dès lors, il s'agit d'analyser les différences de la donation d'avec le contrat de vente (**Paragraphe 1**), le testament (**Paragraphe 2**), le Waqf en droit islamique (**Paragraphe 3**), et le prêt à usage (**Paragraphe 4**). Il conviendra également de s'intéresser aux liens avec la succession (**Paragraphe 5**).

Paragraphe 1. La donation et la vente

61. Les contours de la vente en droit islamique.- La donation nécessite d'être distinguée de la vente¹⁰⁵ car ces deux actes juridiques peuvent se ressembler. Pour opérer cette distinction, il est nécessaire de préciser les contours de la vente.

En arabe, d'un point de vue étymologique, le terme « vente » signifie l'action de donner et de prendre une chose. Ce terme signifie l'échange de manière définitive de biens ou de services à caractère licite. Cet échange est définitif car il entraîne le transfert de propriété.

La vente est permise selon le verset du Coran suivant : « *Alors qu'Allah a rendu licite le commerce*¹⁰⁶ », et selon l'Hadith de l'Imam Ibn Omar qui précise que le Messager d'Allah (PSL) a dit : « *Lorsque deux individus entreprennent la conclusion d'une vente, chacun d'eux conservent le droit de se rétracter tant qu'ils ne se sont pas séparés et sont encore ensemble*¹⁰⁷ ». En outre, la vente est autorisée de manière générale, notamment parce que les besoins des individus nécessitent l'existence de telles transactions.

La vente comprend trois principales conditions qui sont relatives aux contractants, à l'objet et à la forme du contrat de vente. Lorsqu'on s'intéresse au terme « contractant », il convient de noter que cela inclut le vendeur et l'acheteur. L'objet lui est relatif à ce qui est vendu. Enfin, la forme du contrat de vente se réfère à la proposition par le vendeur et l'acceptation par l'acheteur. On constate que l'on peut être en présence d'une forme orale. Dans ce cas, le vendeur prononce les paroles suivantes: « je te vends » et l'acheteur : « j'achète ». Il y a également une forme qui se

¹⁰⁵ ALAHWANI H., Le contrat de vente dans le droit civil Koweïtien, Koweit, 1984, p. 16.

¹⁰⁶ Le Coran Sourate 2, Verset 275.

¹⁰⁷AL- NAWAWI Y., Le sahih du Muslim: recueil des Hadiths authentiques du prophète, T. 10, Beirut, 2011.

concrétise par des actes. Dans ce cas, il y a échange de marchandise du vendeur vers l'acheteur.

62. La présence possible d'un témoin lors de la vente.- A l'inverse de la donation, prendre un témoin lors de la vente est recommandé selon le verset du Coran suivant: « *Mais prenez des témoins lorsque vous faites une transaction entre vous* »¹⁰⁸. Il convient de noter que c'est uniquement une recommandation¹⁰⁹. D'après l'Imam Ammara ibn Khouzema, selon les propos de son oncle « *Le Messenger d'Allah (PSL) acheta un cheval a un bédouin et lui demanda de le suivre pour lui régler la somme due. Le Prophète (PSL) accéléra le pas tandis que le bédouin marchait lentement. C'est alors que les gens vinrent trouver le bédouin pour négocier l'achat du cheval, ne sachant pas que le Prophète (PSL) l'avait déjà acheté* »¹¹⁰. De cet Hadith, on en conclue que si le fait de prendre des témoins était obligatoire, le Prophète (PSL) n'aurait acheté ce cheval qu'après avoir pris un témoin. Il convient de noter que devant les nombreuses transactions qui se déroulent, prendre de manière obligatoire un témoin à chaque vente rendrait la situation complexe. Cependant, dans les hypothèses de transaction importantes, l'établissement d'un écrit et la présence de témoins sont une précaution à prendre notamment en cas de litige.

63. Distinctions entre les contrats de vente et de donation.- La définition de la vente est la même en droit islamique et en droit koweïtien. En effet, l'article 454 du Code civil koweïtien¹¹¹ prévoit que le contrat de vente est une convention par laquelle une personne s'oblige à livrer une chose et une autre à la payer. L'article 1582 du Code civil français prévoit

¹⁰⁸ Le Coran Sourate 2, Verset 282.

¹⁰⁹ Le Coran Sourate 2, Verset 283 : « *S'il y a entre vous une confiance réciproque, que celui à qui on a confié quelque chose la restitue* »

¹¹⁰ AL- NAWAWI Y., Le sahih du Muslim: recueil des Hadiths authentiques du prophète, T. 10, Beirut, 2011.

¹¹¹ ZAKI M., Le contrat du vente, L'Egypte, Dar Al Kitabe Al Arabi, 1974, p. 12.

que « *la vente est une convention par laquelle l'un s'oblige à livrer une chose, et l'autre à la payer* »¹¹². Concernant le droit français, la vente met en présence, d'un côté, le vendeur qui cède un bien lui appartenant¹¹³, et, de l'autre, l'acheteur, ou acquéreur, qui acquitte un prix pour en devenir propriétaire.

Le régime juridique du contrat de vente et de celui de la donation ne sont pas identiques. On peut relever par exemple que dans le cadre de la vente il y a l'obligation de garantie quant à la chose fournie. Il en va différemment en matière de donation. On peut également relever que le choix de donner appartient uniquement au donateur alors que dans la vente le vendeur et l'acheteur peuvent tous les deux avoir un rôle important dans la conclusion de cet acte juridique. Partant de là, lorsque le musulman conclue une vente par l'achat ou la vente d'une marchandise, pour une raison quelconque, et que ce dernier regrette par la suite, la législation islamique lui octroie donc le choix de réfléchir sur son sort, et d'observer ses intérêts, pour poursuivre la vente¹¹⁴ ou de revenir sur celle-ci en fonction de ce qu'il juge être opportun.

64. Similarités entre les contrats de vente et de donation.- Il y a toutefois une ressemblance entre la donation et la vente. Toutes deux donnent accès au transfert de la propriété sauf que pour la donation, cela se fait sans contrepartie, avec l'intention de donner, à la différence de la vente dans laquelle le transfert de propriété se fait avec une contrepartie. Cependant, il est possible que la donation soit liée à une responsabilité ou une charge. Il convient de se demander si dans cette hypothèse la donation ne se transforme alors pas en vente. Pour rester dans le cadre de la donation, il faut que la charge ne soit ni égale ni supérieure à la valeur du don.

¹¹² MALAURIE Ph., AYNES L., GAUTIER P- Y., Les contrats spéciaux, LGDJ, 9^e éd., 2017.

¹¹³ HUET J., DECOCQ G., GRIMALDI C., LÉCUYER H., Les principaux contrats spéciaux, LGDJ, 3^e éd., 2012, p. 53.

¹¹⁴ ALBADRAWI A., Le contrat de vente, Dar Al Nahda, Beyrouth, 1970. p. 31.

Il semble également pertinent de distinguer la donation du testament.

Paragraphe 2. La donation et le testament

65. Distinctions principales entre donation et testament.- Le contrat de donation se fait sous certaines conditions alors que pour le testament rien n'est exigé à part la volonté du testateur. La donation implique le transfert de la propriété de manière immédiate mais dans le testament, ce transfert se fait après la mort. De plus, la donation est irrévocable, sauf dans certains cas précis, tandis que le testament est révocable tant que le donateur est en vie et ceci se fait par sa seule et unique volonté.

66. Le testament et la valeur des biens disponibles. En droit islamique, Dieu a institué le testament en disant : « Ô Croyants ! Lorsque la mort se présente à l'un de vous, au moment du testament, prenez à témoin deux hommes intègres parmi vous... »¹¹⁵. Le Prophète Mohammed (PSL) recommande lui-même à tous les Croyants de rédiger leur testament avant leur mort en vue non seulement de léguer leurs biens, mais surtout afin de s'acquitter de leurs dettes ou de telle charge ou responsabilité qu'ils auraient dû assumer de leur vivant.

Selon l'islam et la loi koweïtienne, il est possible de faire une donation de tous ses biens, à l'opposé de la loi française qui n'autorise pas la donation totale des biens de l'intéressé car il est réservé une partie pour les héritiers. En islam comme dans la loi koweïtienne, si la donation se conclut durant la maladie mortelle, cette dernière est alors soumise aux dispositions du testament. Dans ce cas, la valeur de ce testament ne peut dépasser le tiers des biens de la personne. D'après l'Imam Sa'd Ibn Abi Waqas (qu'Allah l'agrée) : « J'ai dit au Prophète (PSL): Est-ce que je peux faire une wasiya (testament) de tout mon argent ?

¹¹⁵ Le Coran Sourate 5, Verset 106.

Le Prophète (PSL) a dit : « Non ».

J'ai dit : De la moitié alors ?

Le Prophète (PSL) a dit : « Non ».

J'ai dit : Le tiers ?

Le Prophète (PSL) a dit : « Alors le tiers et le tiers c'est beaucoup. Que tu laisses tes héritiers riches vaut mieux que tu les laisses pauvres et réduits à tendre la main aux gens...»¹¹⁶.

Il convient de distinguer à présent le contrat de donation du Waqf existant en droit islamique.

¹¹⁶ AL- NAWAWI Y., Le sahih du Muslim: recueil des Hadiths authentiques du prophète, T. 10, Beirut, 2011.

Paragraphe 3. La donation et le Waqf en islam

67. Définition.- Le Waqf, institution du droit islamique, a comme objectif de retirer de la propriété privée un bien de manière définitive. Ensuite, il s'agit d'affecter l'usufruit de ce bien à des œuvres de bienfaisance ou d'intérêt public. Le mot Waqf vient de la racine *waqafa* qui a comme signification arrêter, immobiliser, emprisonner. On est ici dans le cadre d'un legs qu'on peut qualifier de pieux. Par cette opération, le donateur fait une aumône perpétuelle.

68. Biens concernés.- Le Waqf peut être défini comme étant l'affectation permanente de tout ou d'une partie des biens d'une personne, à des fins de bienfaisance. Le bien constitué en Waqf a comme caractéristique d'être indisponible, incessible et inaliénable. Il s'agit le plus souvent de biens immeubles tels que des terres cultivables et des bâtiments. On peut relever que le Waqf consiste à bloquer une propriété afin de la mettre à l'abri, entre autres, de la vente, de la donation, de l'héritage. Ensuite, il s'agit d'attribuer les revenus tirés de son exploitation à une fin charitable conformément à la volonté du constituant du Waqf qu'on appelle le Waqif.

Avec les revenus provenant de ces Waqf, une assistance peut être apportée aux veuves et aux orphelins. Cela peut aussi être consacrée aux pèlerins loin de leur domicile. Ces revenus peuvent aussi servir pour entretenir différents bâtiments comme des mosquées, des hôpitaux, des bibliothèques, des universités. On peut relever des exemples historiques. En effet, c'est dans le cadre d'un Waqf qu'ont été construits, en 1470, l'hôpital et la faculté de médecine Dar al-Shifa au Caire. Un autre exemple est encore plus ancien. Il date de 1288. A cette date, le médecin Ibn al-Nafis, qui a découvert le système de la circulation sanguine, légua

en *waqf* des batiments (maison, bibliothèque) à l'hôpital Mansuri, établissement où il a longtemps enseigné.

69. La finalité du Waqf.- Le but du Waqf, en tant qu'acte religieux, est la recherche d'une récompense de Dieu. Il s'agit également de permettre à un nombre important d'individus de bénéficier de l'usage de l'objet constitué en Waqf. Cela permet de comprendre que l'objet affecté au *Waqf* ne peut être ni donné, ni échangé, ni vendu, ni hérité. En revanche, dans le cadre de la donation, le donataire peut vendre, échanger, donner la chose objet de la donation parce qu'il en a la propriété.

Le Waqf est justifiée par le Coran et par la Sunna comme le précise les versets suivants :« Les biens et les enfants sont l'ornement de la vie de ce monde. Cependant, les bonnes œuvres qui persistent ont auprès de ton Seigneur une meilleure récompense et [suscitent] une belle espérance »¹¹⁷. Le Waqf a été également mis en avant dans de nombreux Hadiths¹¹⁸. Il en va ainsi dans l'Hadith suivant : Le Prophète (PSL) dit : « Comme c'est merveilleux ! Voici un bien fructueux. J'ai bien compris ton intention à propos de cette propriété, et je pense qu'il est préférable de la donner à tes proches»¹¹⁹.

Il s'agit enfin de comparer la donation et le prêt à usage.

Paragraphe 4. La donation et le prêt à usage

70. Définitions légales du prêt à usage.- La plupart des savants islamiques donne la définition suivante pour le contrat de prêt à usage : «

¹¹⁷ Le Coran Sourate 18, Verset 46.

¹¹⁸ AL- NAWAWI Y., Le sahih du Muslim: recueil des Hadiths authentiques du prophète, T. 10, Beirut, 2011 : « Quand le fils d'Adam meurt, toutes ses œuvres s'achèvent, sauf une œuvre de bienfaisance durable, une science utile ou un enfant vertueux qui prie pour lui »

¹¹⁹ AL- NAWAWI Y., Le sahih du Muslim: recueil des Hadiths authentiques du prophète, T. 10, Beirut, 2011.

Le prêt à usage est un contrat par lequel l'une des parties livre une chose non consommée à l'autre pour s'en servir sans contrepartie, à la charge par le preneur de la rendre après s'en être servi »¹²⁰. Le prêt à usage en droit français correspond au commodat et il est défini à l'article 1875 de Code civil français : « Le prêt à usage ou commodat est un contrat par lequel l'une des parties livre une chose à l'autre pour s'en servir, à la charge par le preneur de la rendre après s'en être servi ». Quant à l'article 649 du Code civil koweïtien, il prévoit que : « le prêt à usage est un contrat par lequel l'une des parties livre une chose non consommée pour s'en servir elle-même sans contrepartie pour certain délai ou pour un certain objet, à la charge par le preneur de la rendre après s'en être servie ».

71. Une position favorable du droit islamique.- En ce qui concerne le droit islamique, l'islam encourage ce type de contrat car il force l'amour et la coopération entre les gens. Allah a dit, par rapport à l'amour et à la coopération entre les gens : « Ô les croyants ! Ne profanez ni les rites du pèlerinage (dans les endroits sacrés) d'Allah, ni le mois sacré, ni les animaux de sacrifice, ni les guirlandes, ni ceux qui se dirigent vers la Maison sacrée cherchant de leur Seigneur grâce et agrément. Une fois désacralisés, vous êtes libres de chasser. Et ne laissez pas la haine pour un peuple qui vous a obstrué la route vers la Mosquée sacrée vous inciter à transgresser. Entraidez-vous dans l'accomplissement des bonnes œuvres et de la piété et ne vous entraidez pas dans le péché et la transgression. Et craignez Allah, car Allah est, certes, dur en punition ! »¹²¹.

Il convient de noter que pour les Malikites et les Hanbalites, il faut une offre et une acceptation pour conclure le contrat de prêt à usage. En revanche, pour les Hanafites et dans le Code civil Ottoman à l'article 810, la rencontre de l'offre et de l'acceptation ne suffit pas. Il faut également la tradition de la chose, objet du contrat.

¹²⁰ MORSI M., Éclaircissement du nouveau droit civil, Les contrat nommés, Lajnat Albayane Alarabi, 2^e éd., 1952, p. 258 et p. 259.

¹²¹ Le Coran Sourate 5, Verset 2.

72. Distinction entre prêt à usage et donation.- Le contrat de prêt à usage est similaire à la donation car dans les deux hypothèses, il n'y a pas de contrepartie. Cependant, des différences existent. Le contrat de prêt à usage transfère uniquement l'usage de la chose donnée tandis que le contrat de donation transfère la propriété de la chose. Dans le contrat de prêt à usage, le preneur doit la rendre après s'en être servie. Ce prêt est essentiellement gratuit¹²², que ce soit en droit français, comme le prévoit l'article 1876 du Code civil, ou en droit islamique et koweïtien. Bien que le prêt soit souvent gratuit, et apporte un bienfait, il ne peut être assimilé au don. En effet, l'emprunteur est tenu à restitution, alors que dans le contrat de donation, le donataire se voit transférer la propriété de la chose. La jurisprudence a dû se questionner pour savoir à quel titre un bien était remis. En effet, l'emprunteur et le donataire se voit remettre tous les deux une chose pour s'en servir. Cela est complexe dans le domaine familial. Cette question a été posée par rapport à des bijoux remis à leur belle-fille par des beaux parents¹²³.

Paragraphe 5. La donation et la succession

73. Des règles identiques en droits koweïtien et islamique.- Les règles qui s'appliquent aux successions sont identiques en droits koweïtien et islamique parce que la Constitution koweïtienne prévoit que la charia islamique s'applique en matière de succession.

74. Deux questions essentielles.- Concernant la succession il y a plusieurs questions qui se posent en droits islamique et koweïtien. Tout d'abord, pour quelles raisons, n'est-il pas possible de faire des testaments pour ces héritiers alors qu'il est possible de leur faire des donations ? La deuxième question réside dans le fait de savoir pourquoi en

¹²² MORSI M., Éclaircissement du nouveau droit civil, Les contrats nommés, Lajnat Albayane Alarabi, 2^e éd., 1952, p. 258 et p. 259.

¹²³ Cass. civ. 1^{re}, 20 juin 1961, Bull. civ. 1, n° 326.

matière de succession Dieu a ordonné d'attribuer au garçon une part égale à celle des parts de deux filles alors que cette règle ne s'applique pas en matière de donation.

75. L'impossibilité de faire des testaments pour les héritiers.- En droit islamique, c'est dans le Coran qu'on trouve la réponse quant à la première interrogation. Les solutions principales se trouvent dans les versets inclus dans la Sourate 4 « Les Femmes ». Il faut toutefois constater qu'il y a très peu d'indications dans la Sunna. En effet, on peut relever uniquement un Hadith dans lequel le Prophète Mahomet (PSL) énonce que : « *Dieu a donné à chacun la part qui lui revenait de droit, alors pas de testament pour les héritiers* ».

76. La place des femmes dans le système de droit successoral islamique.- Quant à la deuxième question, les versets du Coran contiennent un verset qui désigne une part pour la femme et les deux restant pour l'homme. Le verset 11 de la Sourate énonce en effet que : « Quant à vos enfants : Dieu vous ordonne d'attribuer au garçon une part égale à celle de deux filles...¹²⁴ ». Dans ce contexte, il incombe au mari d'assurer les besoins de la femme, ainsi que le paiement de la dot¹²⁵ qui est souvent élevée¹²⁶. De manière plus générale, l'homme doit subvenir aux besoins de la femme. Cela peut être sa sœur, sa mère ou son épouse.

77. Hiérarchie héréditaire en droit français.- En ce qui concerne le droit français, il y a également des héritiers désignés par la loi, même si des testaments et des donations peuvent être faits, contrairement aux droits islamique et koweïtien. Ce groupe de personnes pouvant être très

¹²⁴ Le Coran Sourate 4, Verset 11.

¹²⁵ Une dot désigne dans le langage courant l'apport de biens par une des familles, ou par le fiancé, au patrimoine de l'autre, ou du nouveau ménage.

¹²⁶ TALBI M, Ma religion c'est la liberté, éd., Nirvana, 2011, p.147 et p. 182.

large, la loi a institué une hiérarchie héréditaire, permettant de désigner ceux qui parmi les successibles seront héritiers, et de fixer la quotité disponible des droits des héritiers appelés en même temps. L'article 734 du Code civil institue quatre ordres successifs de parents susceptibles d'être appelés à la succession en l'absence de conjoint successible. Il s'agit tout d'abord des enfants et de leurs descendants. Ensuite, il y a les père et mère ; les frères et soeurs et les descendants de ces derniers. On trouve dans le troisième ordre les ascendants autres que les père et mère. Enfin, il y a les collatéraux autres que les frères et soeurs et les descendants de ces derniers.

78. Les rapports entre donation et succession.- Les termes de donation et de succession sont associés à la transmission de patrimoine. La donation permet d'aider des personnes de son vivant et de limiter la portée des droits à payer. La succession ou l'héritage vise la transmission de ses biens, après son décès. Toutefois, en ce qui concerne le droit islamique, il faut noter qu'il existe une différence importante entre la donation et la succession. En matière de donation, il y a l'obligation d'égalité entre enfant tandis qu'en matière de succession, les règles sont totalement différentes. L'égalité n'est pas due entre les enfants et l'homme prend plus que la femme car, en droit islamique, l'homme doit avoir le droit de dépenser et le devoir de nourrir sa famille.

Chapitre 2

La promesse de donation

79. L'importance de la promesse en droit islamique.- Afin de déterminer le plus justement possible les différences entre les trois systèmes quant à la promesse de donation, il convient de relever l'importance de la promesse en droit islamique. En effet, Allah a dit : « O Croyants ! Remplissez fidèlement vos engagements »¹²⁷. Il a dit aussi : « O vous qui avez cru ! Pourquoi dites-vous ce que vous ne faites pas ? C'est une grande abomination pour Allah que de dire ce que vous ne faites pas »¹²⁸. D'après l'Imam Abou Hourayra¹²⁹, le Messager d'Allah a dit : « Les signes distinctifs de l'hypocrite sont au nombre de trois : lorsqu'il parle, il ment, lorsqu'il promet, il viole sa promesse et lorsqu'on lui confie un dépôt, il est déloyal »¹³⁰. D'après Abdallah Ibn Amr Ibn El Ass¹³¹, le Messager d'Allah (PSL) a dit : « Quatre caractéristiques, désignent l'hypocrite. Celui qui est imprégné par une d'entre elles, montre un penchant pour l'hypocrisie, jusqu'à ce qu'il s'en débarrasse : si on lui confie quelque chose, il trahit, s'il parle, il ment, s'il promet, il ne tient pas à sa promesse, et s'il se querelle avec quelqu'un il transgresse »¹³². A travers ces Hadiths, l'on remarque l'importance de ne pas manquer à ses promesses. Il

¹²⁷ Le Coran Sourate 5, verset 1.

¹²⁸ Le Coran Sourate 61, verset 2-3.

¹²⁹ Abd al-Rahman ibn Sakhr ad-Dawsi ou Abu Hurayra, né entre 601 et 604 et mort entre 676 et 6792, est un compagnon du prophète Mohammed (PSL). On estime qu'il a transmis 5 374 *Hadiths*. Cf. AL-DAHABI Sh., *Siyar Alam Nubala*, Dar Al- Risalah Al- Alamiyah, 13^e éd., 2017.

¹³⁰ AL- NAWAWI Y., *Le sahih du Muslim: recueil des Hadiths authentiques du prophète*, T. 10, Beirut, 2011.

¹³¹ Amr ibn al-As était un compagnon de prophète Mohammed (PSL) Cf. AL-DAHABI Sh., *Siyar Alam Nubala*, Dar Al- Risalah Al- Alamiyah, 13^e éd., 2017.

¹³² AL- NAWAWI Y., *Le sahih du Muslim: recueil des Hadiths authentiques du prophète*, T. 10, Beirut, 2011.

s'agit d'une obligation religieuse puisque tenir ses promesses est des qualités du croyant en droit islamique .

80. Annonce de plan.- Pour connaître la nature juridique de la promesse de donation dans les droits islamique koweïtien et français on s'intéresse tout d'abord à la promesse unilatérale de donner (**Section 1**), et, ensuite à la promesse synallagmatique de donner (**Section 2**).

Section 1. La promesse gratuite et unilatérale de donner

81. La promesse en droits islamique et koweïtien.- La promesse de donation dans la loi koweïtienne et la loi islamique est un accord en vertu duquel la partie promettante doit conclure le contrat de donation si le bénéficiaire a montré son désir de conclure le contrat dans la période spécifiée.

82. La position du droit islamique.- Dans l'islam, tenir sa promesse est un devoir. Chacun est responsable devant Dieu et devant les hommes de chaque parole qu'il prononce. Voici comment Allah parle de l'engagement dans le Coran : « Et remplissez l'engagement, car on sera interrogé, souvent sans excuse »¹³³ et « Ô les croyants ! Remplissez fidèlement vos engagements. (...) »¹³⁴. Il y a aussi des versets qui parle de la nécessité voire de l'obligation de respecter les engagements et les promesses et la gravité de les trahir : « O qui avez cru ! Pourquoi dites-vous ce vous ne faites ? C'est une grande abomination auprès d'Allah que de dire ce vous ne faites »¹³⁵. Le messager d'Allah a dit, d'après Abou Hourayra (que Dieu l'agrée) : « Les signes distinctifs de l'hypocrite sont au nombre de trois : lorsqu'il parle, il ment. Lorsqu'il promet, il viole sa promesse. Et lorsqu'on lui confie un dépôt, il est déloyal ». (Rapporté par Bukhara et Muslim) Et dans une autre version, il y est dit : « Même s'il prie, jeûne et se prétend musulman »¹³⁶. Donc, on en conclut qu'en droit islamique, la promesse de don manuel peut être non solennelle parce qu'en islam, on doit respecter les promesses même s'il s'agit d'une pa-

¹³³ Le Coran Sourate 17, Verset 34.

¹³⁴ Le Coran Sourate 5, Verset 1.

¹³⁵ Le Coran Sourate 61, Versets 2-3.

¹³⁶ AL- NAWAWI Y., Le sahih de Muslim: Recueil des Hadiths authentiques du prophète; T. 10, Beirut, DKI, 2011.

role. Il convient de noter que certaines doctrines comme celle d'Abou Hanifa et celle de l'Imam Awzai¹³⁷ estiment que la promesse de donation n'est pas suffisante. Pour eux, la promesse ne suffit pas pour conclure le contrat de donation. En effet, l'obligation de la remise de la chose donnée est nécessaire parce qu'avant la remise de la chose donnée, il n'y a pas de donation¹³⁸. Pour ces doctrines, le promettant a le droit de revenir sur sa promesse tant qu'elle n'est pas accompagnée par une remise de la chose donnée.

83. Un avant-contrat en droit koweïtien.- En ce qui concerne le droit koweïtien, la promesse de donation est un avant-contrat mais au moment où le donataire a montré son désir de conclure le contrat final dans la période spécifiée, cela devient un contrat de donation. La promesse de donation n'est pas un contrat mais si le bénéficiaire démontre sa volonté de conclure le contrat de donation pendant la période spécifiée, il est possible de considérer la promesse comme un contrat. A l'inverse du droit civil français, en droit koweïtien pour le Professeur Abd Albaki, il n'y a pas de différence entre la promesse unilatérale de donner et la promesse synallagmatique de donner parce que dans les deux promesses la loi oblige à la même chose comme la détermination des éléments essentiels du contrat. Dans les deux types de promesse, le consentement des deux parties est dirigé vers le contrat final et les parties acceptent les éléments essentiels du contrat. Ainsi, la promesse, qu'elle soit unilatérale ou synallagmatique, est un contrat qui nécessite que les parties acceptent dans un certain délai¹³⁹.

¹³⁷ Al Imam Abu Amr Abd Ur Rahman Al Awzai est un savant et juriste musulman sunnite. Il est le fondateur d'une école de jurisprudence islamique. Cf. AL-DAHABI Sh., *Siyar Alam Nubala*, Dar Al- Risalah Al- Alamiyah, 13^e éd., 2017.

¹³⁸ ALJUBOURI A., *Fiqh Imam Al Awzai, Ahkam Al Mouamalath*, Bagdad, Alirshad, 1977, p. 249.

¹³⁹ ABD ALBAKI A., *Les sources de l'obligation en droit civil koweïtien, La théorie du droit et la volonté unilatérale*, Koweït, 1983, p. 155.

84. La promesse en droit civil français.- Avant que le bénéficiaire de la promesse montre son désir de conclure un contrat, on se trouve seulement dans le cadre de la promesse de donation. En outre, le promettant est personnellement engagé face à la personne bénéficiaire et cette dernière a un droit personnel à l'égard du promettant. La donation finale est réalisée dès que le bénéficiaire de la promesse fait savoir son consentement pendant la période spécifiée, sans la nécessité d'un nouveau consentement du promettant. Il est exigé, dans les règles générales, que l'acceptation soit conforme à la demande. L'acceptation du bénéficiaire de la promesse n'a pas d'effet rétroactif. La donation est conclue à partir du moment de l'acceptation et non à partir du moment de la promesse. La promesse unilatérale de donner ne peut pas constituer une libéralité car, malgré son caractère contractuel, elle n'est qu'un simple engagement personnel¹⁴⁰.

85. Les conditions de la promesse unilatérale de contrat.- Pour conclure une promesse de contrat, il y a des conditions conformément à l'article 72 du Code civil koweïtien et l'article 1124 du Code civil français. Le promettant est tenu de respecter sa promesse. Il en va différemment de l'autre partie. La loi koweïtienne stipule à l'article 72 sur la promesse que « *la promesse du contrat, c'est l'accord que l'une des parties promette à l'autre partie de conclure en sa faveur un contrat particulier* » et l'article 1124 du Code civil français énonce que « *la promesse unilatérale est le contrat par lequel une partie, le promettant, accorde à l'autre, le bénéficiaire, le droit d'opter pour la conclusion d'un contrat dont les éléments essentiels sont déterminés, et pour la formation duquel ne manque que le consentement du bénéficiaire* ».

86. Les conditions de la promesse de donation. Il convient tout d'abord de mentionner dans la promesse de donation toutes les questions fondamentales nécessaires au contrat de donation. Par questions

¹⁴⁰ DONZEL- TABOUCOU Ch., La donation de valeurs mobilières, préface FLOUR D et LE CANNU P, IRJS, 2013. p. 110.

fondamentales, on entend les questions nécessaires qu'il est impossible d'ignorer dans le contrat sans que celui-ci ne soit compromis. Il s'agit de déterminer exactement ce qu'on veut donner, et préciser également s'il s'agit d'un meuble ou d'un immeuble. Le type de donation est aussi à préciser selon qu'il s'agit d'une donation avec contrepartie ou avec obligation. La promesse doit également comprendre la période dans laquelle doit être conclu le contrat final de donation. La durée peut être explicite ou implicite. Étant donné que la donation peut quelquefois être conclue par acte notarié, la promesse doit être conclue également par acte notarié.

87. Les conditions de forme.- En droit français, les promesses unilatérales de donation, bien que n'étant pas des donations, doivent respecter les conditions de forme du contrat au moment où elles sont conclues¹⁴¹. Il en va de même en droit civil koweïtien et musulman. A défaut, elles seraient nulles au moment de leur exécution. Elles doivent donc être conclues devant notaires, sauf exceptions¹⁴², en droit français parce que la donation est notariée en droit français mais en droit musulman la forme requise est le transfert de la chose donnée. C'est pour cela que l'Imam Abou Hanifa et l'Imam Awzai, comme on l'a déjà évoqué plus haut, précisent que la promesse n'est pas obligatoire. Le promettant peut révoquer sa promesse parce que la forme requise pour la donation en islam est la remise de la chose donnée. En droit koweïtien, il y a deux formes possibles, la forme notariée et la remise de la chose donnée. Ainsi, le promettant doit respecter la forme qu'il choisit. S'il choisit la donation notariée, la promesse doit être notariée. En revanche, s'il choisit la donation par remise de la chose donnée, on applique les règles des Imams Abou

¹⁴¹ DONZEL- TABOUCOU Ch., La donation de valeurs mobilières, préface FLOUR D et LE CANNU P, IRJS, 2013. p. 110.

¹⁴² La question est de savoir si les promesses de don manuel peuvent être conclues sous une forme non solennelle. Il est considéré, en grande majorité que le bénéficiaire de cette promesse de don manuel n'obtiendra rien, en raison de l'absence de la remise de la chose donnée. Finalement, ce n'est qu'une promesse.

Hanifa et Awzai, c'est-à-dire que la promesse de donation n'est pas obligatoire.

88. Promesse de donation et bien futur.- La donation de bien futur étant interdite en droits islamique, français et koweïtien, il convient de se demander ce qu'il en est de la promesse de donation de bien futur. Par exemple, quelqu'un veut donner à une autre personne une maison, mais jusqu'à présent, elle n'est pas encore construite. Cette donation n'est pas valide, parce qu'elle est une donation de bien futur, et cette dernière est nulle. Il en va différemment en matière de promesse de donation de bien futur. En effet, si l'on prend l'exemple d'une personne qui promet à une autre que dès qu'il achève la construction de la maison, il la lui donnera. Si le promettant tient sa promesse et si l'autre partie a accepté pendant le délai donné, alors la promesse est valable.

89. Promesse de donation et bien d'autrui.- Dans le cas où le donateur souhaiterait acheter une maison qui n'est pas encore sa propriété pour la donner ultérieurement à une autre partie, ce genre de donation n'est pas valide la donation de propriété d'autrui n'est pas valide. La donation de propriété des autres est nulle conformément à la disposition de l'article 527 du Code civil koweïtien. En revanche, en ce qui concerne la donation de propriété des autres, la promesse de donation est valable. La promesse de donation de biens dont on n'est pas le propriétaire est en effet possible. Le promettant devra confirmer à nouveau que dès qu'il possèdera la maison, il la donnera à l'autre partie. Il convient de rappeler que la promesse de donation est un contrat différent du contrat de donation final.

90. Effets de la promesse de donation.- Bien que la promesse ne soit pas une donation, elle doit comprendre les éléments du contrat comme le consentement, l'objet et la cause en droit civil koweïtien. Quant aux effets de la promesse de donation, et conformément à l'article 73 du Code civil koweïtien, si quelqu'un a promis à une autre personne de conclure un

contrat spécifique, le contrat promis est établi si le bénéficiaire de la promesse l'a accepté, et qu'il tient le promettant au courant, dans le délai fixé pour le maintien de la promesse. Le décès du promettant ou la perte de sa capacité n'empêche pas le contrat promis, si la personne promise l'a accepté comme mentionné dans la période précédente. Si le bénéficiaire de la promesse est décédé, l'option de l'acceptation doit être transférée à ses alliés, à moins que la personnalité de la personne promise ne soit prise en compte dans le contrat.

Section 2. Les promesses

synallagmatiques de donner en droit

français

91. Absence de différence en droits islamique et koweïtien.- Il convient de rappeler qu'en droits islamique et koweïtien, selon la position majoritaire, il n'y a pas de différence entre la promesse synallagmatique et la promesse unilatérale de donner. Il en va différemment en droit français.

92. L'importance de l'intention des parties.- Quand on est en présence d'une promesse synallagmatique de donner, définir s'il s'agit d'une véritable donation ou une simple promesse, nécessité de s'intéresser à l'intention des parties. En effet, en présence de promesses synallagmatiques de donner en droit français, il faut vérifier si, pour les parties, le transfert de propriété est immédiat ou si ces promesses n'impliquent pas le transfert immédiat de la chose à donner. C'est l'intention des parties qui emporte une qualification différente. Dans la première hypothèse, ce sont des donations qui doivent respecter les conditions de forme¹⁴³. Dans la première hypothèse, pour que ces donations soient valables au niveau de la forme, il faut que la promesse et l'exécution de la promesse aient respecté les règles légales.

93. Le rôle du juge.- Dans la pratique, déterminer si les promesses impliquent un transfert de propriété ou non est une opération délicate que doivent remplir les juges en déterminant l'intention des parties. Pour éclaircir ce point, il est intéressant de connaître les opinions doctrinales pour ensuite, comprendre les solutions jurisprudentielles.

¹⁴³ DONZEL- TABOUCOU Ch., La donation de valeurs mobilières, préface FLOUR D et LE CANNU P, IRJS, 2013, p. 111.

94. Nullité des promesses en l'absence d'acte authentique. On peut relever que la majorité de la doctrine ne fait pas de différence entre les promesses associées à un transfert de propriété et les autres. Ainsi, l'acte authentique est nécessaire sous peine de nullité.¹⁴⁴ Toutefois, quelques opinions moins tranchées apparaissent.

95. Positions moins tranchées.- Monsieur Légier¹⁴⁵ « va dans le sens de la nécessité d'un acte authentique en cas de promesse d'acte juridique solennel en mettant en avant que « dès lors que la promesse engage son auteur aussi sérieusement que l'acte projeté, il est logique d'exiger efficacement le consentement du promettant¹⁴⁶ »¹⁴⁷.

96. Des décisions jurisprudentielles floues.- S'agissant des décisions jurisprudentielles, il faut se demander comment les juges ont résolu en pratique le problème de la qualification de ces promesses et la nécessité d'une forme solennelle ou non. Il convient de remarquer que la jurisprudence est rare et complexe dans son interprétation. Quelques arrêts s'intéressent à cette question sans qu'une ligne apparaisse. Cependant, on peut noter qu'aucun arrêt ne rejette expressément la solution selon laquelle les promesses de donations non solennelles ne nécessiteraient pas une forme solennelle comme le défend Madame Donzel-Taboucou Ch¹⁴⁸.

¹⁴⁴ DONZEL- TABOUCOU Ch., La donation de valeurs mobilières, préface FLOUR D et LE CANNU P, IRJS, 2013, p. 113.

¹⁴⁵ CA Aix, 11 janvier 1983, D. 1985, juris. p. 169, note G. LEGIER.

¹⁴⁶ Cf. LÉGIER G., in DONZEL- TABOUCOU Ch., La donation de valeurs mobilières, préface FLOUR D et LE CANNU P, IRJS, 2013, p. 113.

¹⁴⁷ Adde, DONZEL- TABOUCOU Ch., La donation de valeurs mobilières, préface FLOUR D et LE CANNU P, IRJS, 2013, p. 113 ; GUERRIERO M.-A., L'acte juridique solennel, LGDJ, 1975.

¹⁴⁸ DONZEL-TABOUCOU Ch., La donation de valeurs mobilières, préface FLOUR D et LE CANNU P, IRJS, 2013 p. 112.

Conclusion Titre 2

97. Les différences dans les catégories de donations.- Nous avons vu que le droit islamique comprend différents types de donations comme le « *omri* » et le « *rouqbi* » qui n'existent pas en droits français et koweïtien. Des différences apparaissent également lorsqu'il s'agit de comparer la donation avec d'autres notions s'en approchant. Ainsi, en droit islamique, il faut prendre en compte le Waqf, notion inconnue des droits français et koweïtien.

98. La particularité de la promesse synallagmatique en droit français.- Quand on s'intéresse aux différences, il faut également relever que la promesse synallagmatique ne fait pas partie du corpus juridique islamique et koweïtien.

Conclusion Partie 1

99. Des éléments identiques et des différences. - A l'issue de cette première partie, il est important de relever la coexistence d'éléments identiques et de différences entre les trois droits. On peut par exemple relever des éléments identiques, en ce qui concerne les éléments constitutifs du contrat de donation. Cependant, on a également identifié l'importance de l'intention en droit islamique. Les différences existent également lorsqu'on s'intéresse aux différentes catégories de donation. Le droit islamique contient des spécificités. Il s'agit par exemple de l'Omri et du Rouqbi. Le droit koweïtien, quant à lui, est plus proche du droit français, si ce n'est l'hypothèse de la promesse synallagmatique de donation qui n'est prise en compte en dehors du droit français.

PARTIE 2

Les conditions de validité du contrat de donation

100. Le droit commun des obligations.- Lorsqu'un acte juridique est qualifié de donation, il obéit à un certain nombre de conditions de forme et de fond. L'exigence de ces conditions s'expliquent, notamment, par le souci de protéger le disposant¹⁴⁹.

Quant aux conditions de fond, les règles qui s'appliquent sont celles du droit commun des obligations. En droit français, les conditions de validité du contrat sont énoncées à l'article 1128 du Code civil français, qui prévoit que « *sont nécessaires à la validité d'un contrat : le consentement des parties, leur capacité de contracter et un contenu licite et certain* ». C'est la même chose en droit musulman à l'article 837 du Code civil ottoman et en droit koweïtien à l'article 32 du Code civil. Toutefois, les donations ont également des conditions de validité spécifiques

101. Annonce de plan.- Il convient tout d'abord étudier les conditions de forme (**Titre 1**), et, ensuite, les conditions de fond (**Titre 2**).

¹⁴⁹ MALAURIE Ph., BRENNER C., Les successions et les libéralités, LGDJ, 8^e éd., 2018, p. 213.

Titre 1

Les conditions de forme

102. En droit islamique.- En ce qui concerne le droit islamique, il n'y a pas de règle de forme spécifique concernant le contrat de donation. Cependant, certains juristes s'interrogent sur la nécessité de la remise de la chose donnée¹⁵⁰, que l'objet de la donation soit un meuble ou un immeuble.

103. En droit koweïtien.- S'agissant du droit koweïtien, le législateur ne distingue pas entre la donation d'un immeuble ou d'un meuble. La donation ne se fait que par la remise de la chose donnée ou par acte notarié, qu'il s'agisse d'un immeuble ou d'un meuble. L'article 525 du Code civil koweïtien prévoit qu'il « *n'y a pas donation sauf s'il y a la remise de la chose donnée ou acte notarié* ». Le texte est général et ne diffère pas entre la donation d'un bien immeuble ou d'un bien meuble.

104. En droit français.- En ce qui concerne le droit français, toute donation est obligatoirement notariée¹⁵¹ selon l'article 931 du Code civil qui énonce que « *tous actes portant donation entre vifs seront passés devant notaires dans la forme ordinaire des contrats* ». En pratique, trois catégories de donations font exception à ce formalisme. Il s'agit des dons manuels, des donations indirectes et des donations déguisées.

¹⁵⁰ MATLOUB A., La théorie de volonté unilatérale selon le Fiqh musulman, Thèse, Alazhar, 1973, p. 235.

¹⁵¹ JUBAULT Ch., Droit civil, Les successions, Les libéralités, Montchrestien, 2^e éd., 2010; MALAURE Ph., Les successions, Les libéralité, Defrénois, 5^e éd., 2012.

105. Annonce de plan.- Une fois ces principes posés, il est intéressant d'étudier les différentes règles concernant la forme de ce contrat dans les trois droits (**Chapitre 1**). Ensuite, il s'agira de s'intéresser aux formes des donations particulières concernant les trois droits (**Chapitre 2**).

Chapitre 1. Des principes différents **selon les droits français, koweïtien et** **islamique**

106. Annonce de plan.- Il existe des principes différents entre les droits français, koweïtien et islamique, concernant la forme. Il convient tout d'abord de s'arrêter sur l'absence de formes particulières en droit islamique concernant la donation (**Section 1**). Ensuite, nous observerons les conditions de forme strictes en droits koweïtien et français (**Section 2**).

Section 1. L'absence de forme en droit islamique

107. Annonce de plan.- Les savants islamiques se sont interrogées sur la question de la rencontre de l'offre du donateur et de l'acceptation du donataire (**paragraphe 1**). Leur réflexion a également portée sur la nécessité de la remise de la chose donnée (**paragraphe 2**).

Paragraphe 1. Les différences doctrinales concernant l'acte du donateur et l'acceptation du donataire

108. Annonce de plan.- Si pour l'ensemble des savants islamiques, un accord existe quant à la forme de l'acte du donateur (**A**), il en va différemment quant à l'acceptation du donataire (**B**).

A. Un accord sur la forme de l'acte du donateur

109. Une déclaration expresse en droit islamique.- En droit islamique, la déclaration de la volonté du donateur peut être expresse si par exemple le donateur dit au donataire « je te donne cette chose ». Cela peut s'exprimer par écrit et par tradition selon l'article 839 de Code civil Ottoman.

110. Une déclaration tacite.- La déclaration de volonté peut être tacite¹⁵² en droit islamique comme par exemple si le donateur donne quelque chose au donataire sans parler. Cependant, étant donné les circonstances, il est entendu qu'il veut faire une donation. Bien qu'il ne s'exprime pas, il est permis de considérer son acte comme une donation. Par exemple, si le père donne à son fils une montre et lui dit de la porter, c'est une donation tacite.

111. Le silence non considéré comme une déclaration de volonté.- Cependant, la déclaration de la volonté du donateur ne peut être faite par le silence en droit islamique¹⁵³. En effet, la règle est que le si-

¹⁵² AL-MAQDISI M (Ibn Qudama)., Al Mughni, vol. 7, Dar Al-Alamiyah, 2010, p. 830.

¹⁵³ ALYAQOUB B., Le contrat de donation dans le droit civil koweïtien étude comparative, Koweït, 1^e éd., 1986, p. 89.

lence ne peut pas être considéré comme une déclaration de volonté parce que l'intention de donation doit être claire et avec le silence, il est impossible de caractériser cette intention de donner.

La déclaration de volonté du donateur fait place à l'acceptation du donataire.

B. L'acceptation du donataire

112. Annonce de plan.- Lorsqu'il est question de la nécessité de l'acceptation du donataire, il semble pertinent de distinguer d'une part, la doctrine des écoles chafites et Hanbalites et d'autre part, la doctrine des écoles hanafites et malikites. En effet, pour les premiers, l'acceptation du donataire est nécessaire **(1)** alors que pour les seconds l'offre de donation suffit pour que la donation existe **(2)**.

1- l'acceptation du donataire selon les écoles chafites et hanbalites

113. La nécessité de l'acceptation.- La donation étant un contrat, il est impératif que le donataire formule son acceptation. Cependant, on peut se demander pourquoi l'acceptation du donataire est exigée alors que la donation est un contrat à titre gratuit. On peut supposer que même si la donation est un contrat à titre gratuit, cela crée une charge morale pour le donataire vis-à-vis de la générosité du donateur. Cela implique que dans certaines hypothèses, le donataire pourrait choisir de ne pas accepter la donation au regard d'une éventuelle mauvaise intention du donateur.

114. Différentes formes d'acceptation.- En droit islamique, l'acceptation du donataire peut être expresse ou tacite. De plus, l'acceptation du donataire peut être prise en considération, même en cas de silence, si les circonstances montrent que le donataire veut accepter la donation. Ce sont les articles 839 et 840 du Code civil ottoman qui estiment que le silence circonstancié du donataire permet dans certains cas de qualifier l'acceptation du donataire. Il s'agit de ce qu'on appelle le silence circonstancié. L'acceptation du donataire doit être compatible avec l'offre de donateur. Si l'acceptation n'est pas compatible avec l'offre, par exemple si le donataire ajoute un nouvel élément, on considère que le donataire refuse l'offre et soumet une nouvelle offre qui exige l'acceptation du donateur. Toutefois, il est précisé à l'article 67 du Code civil Ottoman que si la donation est avec charge, on ne peut pas considérer le silence du donataire comme valant acceptation.

Il convient de noter que pour l'imam Ahmad Ibn Hanbal, la tradition de la chose donnée suffit. En vertu de la tradition de la chose donnée, on n'a besoin ni de l'offre ni de l'acceptation parce que la tradition joue ce rôle¹⁵⁴. Cela est considéré comme une acceptation tacite.

2- L'acceptation non nécessaire du donataire

115. L'acceptation du donataire selon les hanéfites et les malikites. Il est intéressant d'étudier les exigences relatives à l'acceptation du donataire pour les savants hanéfites et malikites. Pour l'Imam Abou Hanifa, l'offre du donateur suffit sans l'acceptation du donataire. Dès lors, au moment où l'offre émane du donateur, l'acceptation du donataire est nécessaire seulement pour que la propriété de la chose donnée soit stable. Donc l'acceptation n'est nécessaire que pour la stabilité de la propriété, non pas pour la conclusion de la donation. On considère que personne

¹⁵⁴ IBRAHIM A., *Iltizam al- tabaroat, Majalat al-canon wa al-iktissad*, n°5, 1937, p. 614.

ne peut en obliger une autre à faire entrer dans son patrimoine quelque chose dont elle ne voudrait pas. Pour l'imam Malik¹⁵⁵, si le donateur annonce son offre, la donation existe même si le donataire ne connaît pas l'offre. Si le donataire meurt, ses héritiers pourront demander l'exécution de la donation.

Il convient de noter que pour l'Imam Malik¹⁵⁵, la donation peut se faire pour le fœtus parce que la donation est un contrat sans contrepartie dans l'intérêt du fœtus.

116. Annonce de plan.- Il convient d'étudier La question de la remise de la chose donnée en droit islamique en ce qui concerne le contrat de donation.

Paragraphe 2. La question de la remise de la chose donnée

117. La question de la remise de la chose donnée.- Dans la Charia, les juristes musulmans n'exigent pas de formalisme spécial pour le contrat de donation. Cependant, selon les doctrines, il peut y avoir nécessité de la remise de la chose donnée. Est-ce que la remise de la chose donnée est obligatoire pour le transfert de la propriété au donataire ? Concernant la remise de la chose donnée, il y a eu des différends entre les juristes musulmans afin de savoir si on peut considérer la réception comme une condition de transfert de la propriété du bien donné.

118. Annonce de plan.- Nous allons nous intéresser aux différentes positions des doctrines islamiques sur le sujet **(A)** puis aux différents types de réception existants **(B)**. Enfin, nous nous intéresserons à la confirmation des donations nulles pour vice de forme **(C)**.

¹⁵⁵ IBRAHIM A., Iltizam al- tabaroat, Majalat al-canon wa al-iktissad, n°5, 1937, p. 623.

A. Les différentes positions des doctrines islamiques

119. Annonce de plan.- Les doctrines des quatre savants islamiques que sont l'Imam Abu Hanifa (1), l'Imam Ahmed Ibn Hanbal (2), l'Imam Al Chafi (3), et, enfin, Imam Malik (4) seront examinées successivement.

1- La doctrine de l'Imam Abu Hanifa

120. Une remise de la chose donnée obligatoire.- Pour l'Imam Abu Hanifa, le contrat de donation n'est pas valable tant qu'il n'y a pas remise de la chose donnée qui opère le transfert de propriété. Le donateur peut toujours, avant la remise de la chose, révoquer la donation. En revanche, après la remise de la chose donnée, la donation est validée et la propriété transférée¹⁵⁶. Dans ce cas, le donateur n'a pas le pouvoir de révoquer la donation sauf exceptions. Si le donataire décède avant la réception, la donation n'est plus valide et est considérée comme nulle. Si le donateur est décédé avant la remise de la chose donnée, la donation est transférée aux héritiers du donateur.

121. Exception.- Toutefois, une exception existe au sein de l'article 851 du Code civil ottoman concernant la donation du père, du tuteur ou de la personne ayant la garde d'un enfant au profit de ce même enfant. En effet, dans cette hypothèse, l'enfant est propriétaire du bien donné même avant la remise de la chose donnée et même avant l'acceptation de la donation¹⁵⁷.

¹⁵⁶ MATLOUB A., La théorie de volonté unilatérale au Fiqh musulman, Thèse, Alazhar, 1973, p. 235.

¹⁵⁷ BAZ S., Éclaircissement du code civil Ottoman, Beyrouth, 3^e éd., 1933, p. 468.

122. L'autorisation du donateur.- En ce qui concerne la réception, le donateur doit donner une autorisation¹⁵⁸ expresse ou tacite. Selon que la chose donnée est présente ou non le jour de l'établissement du contrat, il sera nécessaire d'avoir une autorisation expresse ou non. Si la chose donnée est présente ce jour-là, l'autorisation implicite suffit mais si elle est absente, l'autorisation expresse est exigée, sinon la réception est nulle, comme le stipule l'article 844 du Code civil ottoman. L'autorisation expresse est le fait de dévoiler une volonté connue et habituelle chez les personnes. L'exemple d'une autorisation expresse serait lorsque le donateur dit au donataire : « prends cela, je te le donne ». Quant à l'autorisation tacite, cela consiste à dévoiler une volonté non connue ni habituelle chez les gens. Il en est ainsi quand le donateur dit « je te donne ce bien » et le donataire le prend en présence du donateur qui n'y fait aucune objection.

2- La doctrine de l'Imam Ahmed Ibn Hanbal

123. Distinction entre le bien donné individualisé ou non.- Selon l'imam Ahmed Ibn Hanbal, la donation se réalise par l'offre et l'acceptation. Mais s'agissant du transfert de la propriété de la chose donnée, l'imam Ahmed fait une différence entre deux situations. En effet, il en va différemment si le bien donné doit être individualisé ou pas¹⁵⁹. Si le bien donné doit être individualisé, par exemple s'il doit être pesé, le transfert se fera à l'individualisation du bien¹⁶⁰. Par exemple, si le bien donné consiste en un kilogramme de farine, le bien ne sera transféré au donataire qu'à partir du moment où la farine aura été pesée et individualisée. Si le bien donné n'est pas une chose à peser, la propriété est transférée pour le donataire au moment de la rencontre de l'offre et de l'acceptation sans qu'il y ait nécessité de la remise de la chose donnée.

¹⁵⁸ HAMAD N., La position dans les contrats en fiqh islamique, Damascus, Dar Al Bayan, 1978, p. 71 et suivantes.

¹⁵⁹ IBRAHIM A., Iltizam atabaroat, Majalat al canon wa al iktissad, n°5, 1937, p. 614 et p. 615.

¹⁶⁰ ALKAFIF A., L'acte unilatérale, la volonté unilatérale, Étude comparative, Caire, 1964, p. 181.

3- La doctrine de l'Imam Al Chafi

124. La remise de la chose donnée exigée.- Pour l'Imam Chafi, la donation est similaire aux autres contrats de transferts de propriété. Elle n'est valide qu'une fois l'offre et l'acceptation réunies. Cependant, il est nécessaire pour conclure le contrat de donation qu'il y ait la remise de la chose donnée pour que la propriété du donataire soit stable. Dans ce cas, le donateur ne peut pas révoquer la donation. Il faut également pour l'Imam Al Chafi l'autorisation du donateur pour la réception de la chose.

125. Exception.- Il existe toutefois une exception dans l'hypothèse dans laquelle la donation est faite par les parents à leur enfant ou par le grand père. Cette donation peut être révoquée même après la remise de la chose donnée¹⁶¹.

4- La doctrine de l'Imam Malik

126. Une remise de la chose non nécessaire.- La doctrine de l'Imam Malik précise que la donation devient obligatoire dès que l'offre est déclarée par le donateur, avant la réception. La réception est plutôt une condition pour la réalisation d'une donation. La propriété du bien est transférée vers le donataire avant la réception¹⁶². Il n'est pas permis de révoquer la donation sauf dans des cas exceptionnels¹⁶³. Les Malikites argumentent en disant que la donation est une appropriation et un transfert de bien comme la vente dans laquelle le transfert d'un bien se fait *via* l'accord des parties, sans que la réception du bien ne soit nécessaire. Il est raconté par l'Imam Ibn Masud que « la donation est permise si elle est

¹⁶¹ IBRAHIM A., Iltizam al- tabaroat, Majalat al-canon wa al-iktissad, n° 5. 1937. p. 614.

¹⁶² IBRAHIM A., Iltizam al- tabaroat, Majalat al-canon wa al-iktissad, n° 5. 1937, p. 621.

¹⁶³ Cf., p. 238 et suivantes.

connue, qu'elle soit reçue ou pas »¹⁶⁴. Malgré cela, la propriété du bien n'est pas stable s'il n'y a pas de réception effective.

127. Conclusion.- Nous avons vu que selon l'Iman Abu Hanifa, la donation n'est pas obligatoire et le transfert du bien ne se fait que suite à la réception totale du bien. Selon l'Iman Ahmed, la donation est réalisée par la rencontre de l'offre et de l'acceptation mais pour la validité et le transfert de propriété l'imam Ahmed fait une différence entre les choses individualisées ou non. Le transfert de propriété dans la donation, selon la doctrine de l'Imam Chafi, se fait à la remise de la chose donnée et il faut l'autorisation du donateur pour la réception. Pour l'Imam MaliK., la propriété de la chose donnée est transférée au donataire au moment de la rencontre de l'offre et de l'acceptation. Donc la remise de la chose donnée n'est pas une condition de validité du contrat de donation mais une condition de réalisation de ce contrat comme la vente.

Malgré le fait que la majorité des savants islamiques estiment qu'il est nécessaire qu'il y ait remise de la chose donnée, les Imams Ali et Ibn Masoud ont une position contraire. Il n'existe aucun texte ni dans le Saint Coran ni dans la Sunna qui exige la remise de la chose donnée. Toutefois, la majorité des doctrines islamiques se sont attelées à dire que la donation n'est valide que suite à la réception. Il est certain qu'il est plus stable de passer par la réception de l'objet donné ou par un écrit ou un enregistrement officiel de la donation sur un document afin de préserver le droit de son propriétaire et éviter le litige¹⁶⁵. C'est d'ailleurs ce qui a été suivi par le législateur koweïtien¹⁶⁶.

128. La preuve de la donation.- On peut également préciser qu'en droit islamique, pour prouver le don manuel, il faut deux témoins, la dé-

¹⁶⁴ MATLOUB A., La théorie de volonté unilatérale au Fiqh musulman, thèse, Alazhar, 1973, p. 237.

¹⁶⁵ IBRAHIM A., Iltizam al- tabaroat, Majalat al-canon wa al-iktissad, n° 5. 1937, p. 617.

¹⁶⁶ Cf., p. 109 et suivantes.

claration du donateur ou bien encore, l'enregistrement chez le notaire. Voici ce que Dieu dit dans le Coran : « Si les deux témoins ne sont pas deux hommes, alors qu'il y ait un homme et deux femmes, afin que si l'une d'elle se trompe, l'autre puisse lui rappeler¹⁶⁷ ».

Il existe également différentes sortes de réceptions.

B. Les caractéristiques et les types de réceptions

129. Annonce de plan.- Il existe différentes possibilités de réceptions. Il y a la réception expresse effective ou réelle, la réception tacite et la réception symbolique **(1)**. De plus, la réception peut prendre deux formes selon qu'elle est personnelle ou faite par représentation **(2)**.

1- Les différentes caractéristiques

de la réception

130. La réception expresse, effective ou réelle.- Dans le cadre de la réception expresse, effective ou réelle, la réception se fait par la remise matérielle de la chose donnée. La réception de la chose donnée ressemble à la réception de la chose vendue. Elle diffère selon la nature du bien donnée s'il est immobilier ou s'il est mobilier.

Un bien immobilier chez les Hanafites est tout ce qui a une origine stable et ne peut en aucun cas se déplacer, comme par exemple les terres. Quant aux constructions et aux arbres, ce sont des meubles sauf s'ils sont intégrés dans la terre. La réception du bien immobilier se fait par l'abandon ou par l'autorisation du donateur.

Le meuble, c'est ce qui peut être transféré ou transporté sans être détérioré. Il en va ainsi de l'argent, des avions, des animaux, des ba-

¹⁶⁷ Le Coran Sourate 2, Verset 282.

teaux, des véhicules. L'avis des juristes diffère sur la manière du transfert des meubles. Selon les Hanafites et l'Imam Ahmed, la réception des meubles sera faite manuellement ou bien par abandon. La réception manuelle est réelle et celle par abandon est une réception tacite. Si le bien transféré peut-être reçu en mains propres comme l'argent et les vêtements, le transfert manuel suffit selon les Hanbalites et les Chafiites. Pour les choses indivisibles, on retrouve trois avis différents selon les juristes. Chez les Ibadisme, la réception sera faite *via* l'abandon. Pour les Malikites, la réception relève des coutumes tandis que pour les chafiites et Hanbalites, la réception se fait *via* un transfert et un transport. Tandis que pour ce qu'il faut mesurer, peser, compter ou planter, les Chafiites et les Malikites se sont mis d'accord sur le fait que la réception répondra à la valeur de la pesée, du comptage ou de la plantation. Les Chafiites exigent son transfert et son transport¹⁶⁸.

131. La réception tacite.- On parlera de réception tacite quand le donateur continue à gérer le bien donné pour le compte du donataire. A titre d'exemple, l'article 851 du Code civil Ottoman dispose que « *l'enfant sera propriétaire du bien donné par son tuteur ou son éducateur, c'est à dire la personne qui en a la charge* ». Le donataire n'a pas besoin de réception, mais la personne qui a la charge de l'enfant doit prononcer les termes « j'ai offert ». Dans l'hypothèse dans laquelle le donataire était avant la donation, locataire du bien donné, il n'y a pas besoin de réception de la chose donnée car cette réception a déjà eu lieu¹⁶⁹.

132. La réception symbolique.- La réception symbolique, quant à elle, consiste par exemple en la réception, par le donataire, d'un outil ou d'un moyen qui lui permet de recevoir la chose donnée comme les clés d'une voiture ou la clé d'une maison.

¹⁶⁸ HAMAD N., La position dans les contrats en fiqh islamique, Damascus, Dar Al Bayan, 1978, p. 49.

¹⁶⁹ IBRAHIM A., Iltizam al- tabaroat, Majalat al-canon wa al-iktissad, n° 5. 1937, p. 613.

2- Les deux formes de réceptions

Il existe aussi deux types de réception, à savoir la réception personnelle et la réception par représentation.

133. La réception personnelle.- Dans le cadre de la réception personnelle, le donataire reçoit par lui-même et pour lui-même. Un majeur peut recevoir la donation parce que la donation est pour son bénéficiaire.

134. La réception par représentation.- Dans le cadre de la réception par représentation, le représentant remplace le donataire comme le prévoit l'article 852 du Code civil Ottoman qui énonce que si la donation est au profit d'un enfant, c'est son tuteur ou la personne qui vit avec l'enfant qui la reçoit à sa place, c'est-à-dire son père, sa mère ou son frère. La représentation de ces personnes est tolérée en présence du père ou du tuteur, étant donné l'existence d'un profit pour l'enfant.

C. La confirmation des donations nulles pour vice de forme

135. La présence de différentes doctrines.- En ce qui concerne le législateur islamique, il y a différentes doctrines. Pour la plupart des savants islamiques, il y a deux types de contrat : le contrat nul et le contrat « juste ». La plupart comme les chafites, les hanbalites et les malikites énoncent que le contrat est nul et ne peut pas faire l'objet de confirmation. Selon eux, la confirmation pour un contrat nul serait paradoxale. Il n'y a pas de lien entre le contrat nul et le contrat valide. On ne peut pas dire à la fois que le contrat est nul parce qu'il avait un vice et en même temps le valider par l'objet d'une confirmation.

Pour les hanafites, il y a trois catégories, les contrats nuls, ceux valides et les contrats « mauvais ». Les contrats « mauvais » peuvent faire l'objet de confirmation si on efface la cause de l'irrégularité. Pour les hanafites, le contrat nul ne peut être confirmé mais il en va différemment pour le contrat « mauvais ». Ici aussi, une différence doit être faite. En effet, il y a des raisons graves et moins graves. Si les raisons sont considérées comme graves, il ne pourra y avoir confirmation. Si les raisons ne sont pas considérées comme grave, il pourra y avoir confirmation. En matière de délai pour accepter par exemple, si le délai n'est pas dans l'offre de donation, selon certains savants, cela ne peut faire l'objet de confirmation. Pour d'autres oui, mais cela sera soumis à l'appréciation des juges¹⁷⁰.

¹⁷⁰ ALYAQOUB B., Le contrat de donation dans le droit civil koweïtien étude comparative, Koweït, 1^e éd., 1986, p. 178.

Section 2. Des conditions de forme strictes **en droit koweïtien et français**

136. Des conditions de forme strictes.- Il convient d'étudier que les conditions de forme en droit koweïtien et français sont strictes, à l'inverse du droit islamique qui n'exige aucune condition de forme, sauf rares exceptions. En droit koweïtien, il y a deux formes alternatives. L'article 525 de code Civil prévoit : « *il n'y a donation sauf s'il y a la remise de la chose donnée ou un acte notarié* ». En effet, pour qu'il y ait donation, soit cette dernière est notariée, soit il y a remise de la chose donnée. Le législateur français exige, quant à lui, à ce que la donation soit notariée selon l'article 931 du Code civil. Le législateur français a imposé cette formalité pour éviter tout litige.

137. Annonce de plan.- Tout d'abord, nous étudierons les conditions concernant l'offre et l'acceptation (**paragraphe 1**). Ensuite, nous verrons la présence de deux formes alternatives en droit koweïtien alors que le droit français ne présente en principe qu'une forme notariée (**Paragraphe 2**). Puis, il s'agira d'étudier la confirmation des donations nulles pour vice de forme (**Paragraphe 3**).

Paragraphe 1. Les conditions concernant l'offre et l'acceptation

138. Une déclaration expresse et tacite.- En droit koweïtien, la déclaration de la volonté du donateur peut être expresse si par exemple le donateur dit au donataire « je te donne cette chose ». La déclaration de volonté peut être tacite comme par exemple si le donateur donne quelque chose au donataire sans parler. Cependant, étant donné les circonstances, il est entendu qu'il veut faire une donation.

139. Le silence non considéré comme une déclaration de volonté.- Cependant, la déclaration de la volonté du donateur ne peut être faite par le silence. En effet, la règle est que le silence ne peut pas être considéré comme une déclaration de volonté parce que l'intention de donation doit être claire et avec le silence, il est impossible de caractériser cette intention de donner. L'article 44 de la note explicative du Code civil koweïtien dit qu'on ne doit pas confondre entre la déclaration tacite et le silence parce que les deux sont totalement différents. Dans la déclaration tacite, il y a un acte positif du donateur. En revanche, le silence n'est constitué que d'un acte négatif.

140. Un acte notarié.- L'acte du donateur en droit français doit être notarié. L'acte de donation doit être établi devant un notaire comme dans le cadre du droit civil koweïtien si les parties choisissent la donation notariée. Il convient de noter que dans cette hypothèse, que ce soit en droit français ou en droit koweïtien, l'original de l'acte reste en possession du notaire. Le donateur doit être présent à l'acte ou être représenté. Dans les deux droits, lorsque la représentation est faite conventionnellement la procuration doit être notariée¹⁷¹.

¹⁷¹ Cass. civ. 1^{re}, 11 septembre 2013, n° 12-15618, Bull. civ. 1, n°167 ; Civ. K., 18 mai 1983, n° 178/1982; Com. K., 26 novembre 1977, n° 423/1977; Cour d'appel du Koweït décision n° 26 mai 1975; Civ. K., 4 janvier 1982, n° 21/ 1981.

141. Les caractéristiques de l'offre.- Il convient de noter que dans les deux droits, l'offre doit être éclairée, définitive, sérieuse et explicative. Il s'agit de pouvoir définir si la donation contient une charge ou une condition. Il faut également ajouter que tant que le donataire n'a pas accepté, le donateur peut revenir sur son offre. Cela est le principe. Cependant, si un délai pour l'acceptation est prévu par le donateur, ce dernier ne peut revenir sur cette offre avant ce délai. Ceci est prévu dans les deux droits, et il existe de nombreuses décisions de la Cour de cassation en ce sens en France¹⁷².

142. Un état descriptif et estimatif en droit français.- Selon l'article 948 du Code civil français, la donation mobilière doit aussi comprendre un état estimatif. En effet, l'article énonce que : « Tout acte de donation d'effets mobiliers ne sera valable que pour les effets dont un état estimatif, signé du donateur et du donataire, ou de ceux qui acceptent pour lui, aura été annexé à la minute de la donation ». Dans cet état, signé par le donateur et le donataire et annexé à l'acte de donation, il y a une énumération et une description des biens donnés.¹⁷³ En l'absence d'un tel état, il est possible d'avoir un inventaire¹⁷⁴. Cet état permet d'identifier en cas de révocation les biens à restituer. L'article 530 du Code civil koweïtien fait référence aux règles générales du contrat de vente. Au sein de ces règles, on trouve l'article 456 du Code civil qui précise la nécessité d'avoir un état estimatif en matière mobilière.

143. L'acceptation.- Le Code civil français prévoit que la donation doit être acceptée selon l'article 932 du Code civil. Au-delà du droit commun impliquant que le consentement suppose une offre et une acceptation, il y

¹⁷² Cass. civ. 1^{re}, 8 octobre 1958, Bull. civ. 1, n° 413.

¹⁷³ Cass. civ., 17 mai 1848, DP 1848. I. 105.

¹⁷⁴ Cass. Req., 11 avr. 1854, DP 1854. I. 246.

a ici un formalisme supplémentaire. En effet, l'acceptation doit être donnée de façon solennelle, ceci à l'inverse du droit koweïtien. En effet, dans ce droit, l'acceptation peut être expresse ou tacite¹⁷⁵. L'acceptation du donataire en droit koweïtien peut être expresse ou tacite, à l'inverse du droit civil français qui exige que l'acceptation soit formulée de manière expresse.

144. Le silence et l'acceptation.- De plus, le droit koweïtien permet que l'acceptation du donataire soit prise en considération, même en cas de silence, si les circonstances montrent que le donataire veut accepter la donation. C'est l'article 34 du Code civil koweïtien qui estime que le silence circonstancié du donataire permet dans certains cas de qualifier l'acceptation du donataire. Il s'agit de ce qu'on appelle le silence circonstancié. L'acceptation du donataire doit être compatible avec l'offre de donateur. Si l'acceptation n'est pas compatible avec l'offre, par exemple si le donataire ajoute un nouvel élément, on considère que le donataire refuse l'offre et soumet une nouvelle offre qui exige l'acceptation du donateur. Toutefois, il est précisé à l'article 44 du Code civil koweïtien que si la donation est avec charge, on ne peut pas considérer le silence du donataire comme valant acceptation. En droit français, l'acceptation doit faire l'objet d'une déclaration spéciale. Une simple signature ou une acceptation tacite n'est pas suffisante¹⁷⁶. De plus, l'acceptation doit être notifiée selon l'article 932, alinéa 2, qui énonce que « *l'acceptation pourra être faite du vivant du donateur par un acte postérieur et authentique, dont il restera minute ; mais alors la donation n'aura d'effet, à l'égard du donateur, que du jour où l'acte qui constatera cette acceptation lui aura été notifié* ». Il est intéressant de noter que l'acceptation du donataire ne se transfère pas aux héritiers.

¹⁷⁵ ABD ALBAKI A., Les sources de l'obligation, La théorie du droit et la volonté unilatérale, Koweït, 1983, p. 80.

¹⁷⁶ Cass. civ. 1^{re}, 3 mars 1998, n° 95-12053, Bull. civ. I, n°89, RTD civ.1998. 716, obs. PATARIN J.

Paragraphe 2. Des formes différentes en droit koweïtien et français

145. Annonce de plan.- Si le droit koweïtien met en place deux formes alternatives quant aux donations **(A)**, il en va différemment en droit français qui pose comme principe la donation notariée **(B)**.

A. Deux formes alternatives en droit koweïtien

146. Annonce de plan.- On constate que le législateur koweïtien ne distingue pas entre la donation de meubles ou d'immeubles. Les deux donations peuvent être faites par la remise de la chose donnée (la tradition) ou par acte notarié. Si les parties choisissent de faire un don manuel, ce dernier se fait par tradition **(1)**. Toutefois, même dans cette hypothèse il y a une nécessité de l'enregistrement en matière d'immeubles notamment quant à l'opposabilité de l'acte aux tiers **(2)**.

1- Les dons manuels par tradition

147. Le don manuel non vu comme une exception.- Pour le législateur koweïtien, les dons manuels ne sont pas vus comme une exception aux conditions de forme relative au contrat de donation. Cela va dans le sens du législateur islamique, à la différence de législateur français qui considère le don manuel comme une exception aux conditions de forme des contrats de donation.

148. Meuble ou immeuble.- Le don manuel peut être fait, que l'objet de la donation soit un meuble ou un immeuble, comme l'entend la législation islamique. La réception dans la loi koweïtienne suffit pour établir une donation correcte quelle que soit la nature du bien donné, qu'il soit immobilier ou mobilier. La législation koweïtienne applique les règles générales du contrat de vente en ce qui concerne la remise de la chose vendue. L'article 472 du Code civil koweïtien prévoit que « *la remise se réalise par l'abandon de la chose vendue de façon à ce que l'acheteur puisse la posséder et en tirer profit sans problème* ». En ce qui concerne le mode de réception, il y a la réception réelle de la main à la main. Il y a encore la réception implicite en cas de changement de qualité et il y a la réception symbolique¹⁷⁷ que nous avons déjà étudiées.

2- La nécessité de l'enregistrement en matière de biens

immobiliers

149. L'opposabilité de l'acte.- En droit koweïtien, le transfert de propriété des biens immobiliers, en cas de donation manuelle, nécessite toutefois un enregistrement chez le notaire afin d'assurer l'opposabilité de l'acte. L'enregistrement en ce qui concerne les biens immobiliers joue le rôle de la réception. L'enregistrement chez le notaire n'est pas une condition de forme, il est considéré comme la réception du bien donnée.

150. La réception de la donation.- Si le donateur enregistre le bien immobilier donné au niveau du registre immobilier au nom du donataire cette représentation est considérée comme la réception de la donation. Avec cette position, la Cour d'appel du Koweït¹⁷⁸, estime que la réception d'une donation forme le transfert d'un bien du donateur vers un donataire. La réception dépend de la nature de l'objet donné. La réception du bien se fait par la possession. La réception du bien immobilier se fait par son

¹⁷⁷ FARAJ T., Le contrat de vente et le contrat d'échange, Moasasat Atakafat Aljamia, 1979, p. 224 et p. 225.

¹⁷⁸ Civ. K., 15 mai 1978, n° 2/1977.

occupation ou sa location ou par la perception de son loyer ou par les coutumes ou encore par les règles posées par l'Etat.

151. Le preuve.- Pour finir, il est pertinent de rappeler qu'on applique les règles générales de la preuve et la preuve de la donation se fait par possession de la chose donnée. On peut prouver la possession par tous moyens et l'article 923 du Code civil koweïtien indique que la possession est une présomption de propriété.

B. La donation notariée en droit civil **français**

152. La nécessité d'une forme notariée.- L'article 931 du Code civil français¹⁷⁹ dispose que « *tous actes portant donation entre vifs seront passés devant notaires [...] sous peine de nullité* », cela contrairement au consensualisme traditionnel. Une donation par acte sous signature privée est nulle. L'acte doit être rédigé en minute, l'original sera conservé par le notaire et seules des copies seront délivrées. Il convient de noter que l'acte doit être également signé du notaire.

153. L'offre et l'acceptation.- En droit français, l'acte du donateur et l'acceptation du donataire doivent suivre les conditions de forme¹⁸⁰. Ainsi, l'acte doit être signé par le donateur et le donataire. Le donateur doit pouvoir exprimer sa volonté que le notaire doit comprendre. Il convient également de préciser que l'acceptation, au-delà- d'être clairement exprimée, doit être expresse. Ainsi, la Cour de cassation, dans un arrêt du a

¹⁷⁹ L'article 931 est contenu dans une section intitulée « De la forme des donations entre vifs ».

¹⁸⁰ MALAURIE Ph., BRENNER C., Les succession et les libéralités , LGDJ, 8^e éd., 2018, p. 213.

pu énoncer au visa de l'article 932, alinéa 1er, du Code civil qu'« aux termes de ce texte la donation entre vifs n'engagera le donateur et ne produira aucun effet que du jour qu'elle aura été acceptée en termes exprès »¹⁸¹.

154. Les formes de la révocation d'une donation.- Il convient de noter que si l'on souhaite revenir sur une donation, il faut également recourir à l'acte authentique. Cela permet de protéger le donataire car le donateur ne peut la révoquer de manière unilatérale. Ensuite, le donateur prend ainsi la mesure de l'acte qu'il accomplit. Enfin, ce recours à l'acte authentique est en rapport avec l'irrévocabilité des donations, étant donné la difficulté à remettre en cause un acte authentique.

Il convient à présent de s'intéresser à la confirmation de la donation nulle pour vice de forme en droits koweïtien et français.

Paragraphe 3. La confirmation de donation nulle pour vice de forme

155. La question de la possibilité d'une confirmation.- Si la donation est nulle pour vice de forme, la question qui se pose est de savoir si la donation peut faire l'objet d'une confirmation.

156. En droit koweïtien et français. En ce qui concerne le législateur koweïtien, l'article 525 alinéa 1 du Code civil énonce que la donation est considérée comme nulle et d'une nullité absolue. Ainsi, cela signifie que toute personne ayant intérêt peut demander l'annulation. Ceci est semblable à l'article 931 du code civil français qui prévoit, de manière spécifique en matière de vice de forme, que « *tous actes portant donation*

¹⁸¹ Cass. civ. 1^{re}, 3 mars 1998, n° 95-12053, Bull. civ. 1, n°89.

entre vifs seront passés devant notaires dans la forme ordinaire des contrats ; et il en restera minute, sous peine de nullité ».

157. L'impossibilité d'une confirmation en droit koweïtien.- En droit koweïtien, le contrat nul ne peut pas faire l'objet d'une confirmation comme le prévoit l'article 185 du Code civil koweïtien qui énonce que « *le contrat nul ne peut pas être corrigé par confirmation* ». L'article 186/1 précise « *le contrat nul annulé ne pas être corrigé au fil du temps* ».

158. Les conditions de l'instance en annulation en droit koweïtien.- Il convient également de préciser que l'instance en demande d'annulation d'une donation s'éteint à partir de 15 ans après la conclusion du contrat. Mais l'extinction de l'instance de demande en annulation ne veut pas dire que le contrat nul est confirmé mais seulement l'instance et tomber après 15 ans on peut déclarer la nullité par exception quel que soit la période.

159. Des droits semblables.- Les législateurs koweïtien et français ont le même point de vue en ce qui concerne le contrat de donation en matière de conditions de forme. En effet, si ces conditions ne sont pas respectées, la donation est nulle d'une nullité absolue. De plus, cette donation entre vifs ne peut faire l'objet d'une confirmation. Elle doit être refaite en la forme légale selon l'article 185 du Code civil koweïtien et l'article 931 du Code civil français. Mais la différence réside dans l'exécution de la donation nulle par les héritiers. Pour le législateur koweïtien, les héritiers du donateur ne peuvent pas confirmer une donation considérée comme nulle et s'ils le font le législateur koweïtien considère ça comme une nouvelle donation faite par les héritiers et non une confirmation d'une donation nulle. Pour le législateur Français, c'est l'article 931-1 qui s'applique et qui énonce que' « *en cas de vice de forme, une donation entre vifs ne peut faire l'objet d'une confirmation. Elle doit être refaite en la forme légale. Après le décès du donateur, la confirmation ou exécution volontaire d'une donation par les héritiers ou ayant cause du donateur*

emporte leur renonciation à opposer les vices de forme ou toute autre cause de nullité ». Par conséquent, en droit français, les héritiers peuvent confirmer une donation considérée comme nulle.

Chapitre 2. Des donations particulières

160. Les principes en matière de donation.- La donation notariée est la seule que le Code civil français prévoit. A l'inverse, le droit civil koweïtien prévoit deux types de donation que sont la donation notariée et la donation qui se fait par tradition de la chose donnée. Enfin, le droit islamique, quant à lui, ne prend en considération que la donation conclue par la remise de la chose donnée.

161. Les donations particulières.- En droit français, la pratique a mis en place depuis longtemps des donations qui ne respectaient pas la forme notariée. Il s'agit des dons manuels qui ont été consacrés par la jurisprudence et vus comme une exception au principe. On peut dire que le don manuel consiste en une remise du bien donné de la main à la main. Il s'agit d'une « tradition »¹⁸², c'est-à-dire d'une remise matérielle entraînant le transfert de la propriété.

Il convient de rappeler que la donation manuelle en droits islamique et koweïtien n'est pas considérée comme une exception mais comme un principe¹⁸³.

162. Annonce de plan.- Si la donation manuelle est considérée comme une donation particulière en droit français (**Section 1**), il faut également s'intéresser à la donation déguisée (**Section 2**), et à la donation indirecte

¹⁸² RIPERT G., La notion de libéralité, Cours de droit civil approfondi, Paris, 1930.

¹⁸³ MOTREDON J.- F., La désolennisation des libéralités, Thèse, Montpellier, LGDJ, 1989, préface TEYSSIÉ B.

Section 1. Le don manuel, une exception en droit français

163. Principe ou exception.- En ce qui concerne les dons manuels en droit islamique, il s'agit de la forme classique en matière de donation. En d'autres termes, le don manuel n'est pas considéré comme une exception. Il en va de même en droit koweïtien. En revanche, en droit français, le don manuel est entendu comme une exception au formalisme du contrat de donation.

164. Annonce de plan.- Dans un premier temps, il faut s'intéresser à l'objet du don manuel (**Paragraphe 1**). Ensuite, il s'agira de s'attarder sur la tradition (**Paragraphe 2**). Enfin, c'est la preuve de cette libéralité qui retiendra notre attention (**Paragraphe 3**).

Paragraphe 1. L'objet du don manuel

165. Bien mobilier corporel.- L'objet du don manuel¹⁸⁴ est en principe un bien mobilier. Cela ne peut être un immeuble ni a priori un meuble incorporel¹⁸⁵. Il faut, normalement, qu'il s'agisse d'un meuble corporel¹⁸⁶ en droit français pour que l'article 2276 du Code civil, puisse être invoqué. Il convient de rappeler que l'article 2276 du Code civil énoncé qu' « en fait de meuble, possession vaut titre ». Il peut s'agir d'un corps certain ou d'une chose de genre. Ainsi, il peut y avoir don manuel d'une somme d'argent¹⁸⁷.

166. Meubles incorporels.- On aurait pu penser que les meubles incorporels tels que les fonds de commerce, les créances ne puissent être objets d'un don manuel puis qu'ils sont insusceptibles de tradition réelle. Cependant, il en va autrement notamment en raison de l'évolution de la tradition qui de réelle peut être dématérialisée¹⁸⁸. Ainsi, la jurisprudence a pu retenir le don manuel des actions d'une société¹⁸⁹ ou d'un portefeuille de courtage en assurances¹⁹⁰. Il faut noter qu'avant l'évolution de la nature de la tradition, la jurisprudence soutenait que l'objet d'un don manuel ne pouvait être une valeur mobilière sauf si cette valeur était incorporé dans un titre.

Cependant, l'évolution de la tradition a modifié cette position.

¹⁸⁴ PETERKA N., Les dons manuels, Thèse, Paris II, LGDJ, 2001, préface CATALA P.

¹⁸⁵ GAUTIER P.- Y., Propriété littéraire et artistique, PUF, 8^e éd., n° 264, 2012.

¹⁸⁶ Il faut noter quelques exceptions parmi les meubles corporels. En effet, certains corporels ne peuvent faire l'objet de don manuel. Il s'agit d'avions et de bateaux qui nécessitent une immatriculation.

¹⁸⁷ BRAULT J.- C., « La donation d'une somme d'argent », Defrénois 1996, art. 36236.

¹⁸⁸ Cf., paragraphe 2.

¹⁸⁹ Cass. civ. 1^{re}, 20 octobre 1993, n° 91-13946, Bull. civ.1, n° 299; Cass. com. 19 mai 1998, n° 96-16252, Bull. civ.1, n° 161, RJF 8-9/98 n°1034.

¹⁹⁰ Cass. civ. 1^{re}, 3 février 2004, n° 02-14102.

Paragraphe 2. La tradition

167. La remise de la chose.- C'est la tradition, c'est-à-dire la remise de la chose, qui permet d'échapper à l'exigence de l'acte notarié, exigence précisée à l'article 931 du Code civil. Cette tradition peut s'effectuer de la main à la main ou par délaissement. C'est pour cette raison que le don manuel est considéré comme un contrat réel¹⁹¹.

168. Une tradition dématérialisée.- Ensuite, la forme de la tradition a évolué. En effet, il a été considéré que la tradition pouvait se faire de façon dématérialisée, notamment par virement¹⁹² de titre¹⁹³ ou de sommes d'argent¹⁹⁴. Il peut également y avoir don manuel par remise ou endossement d'un chèque¹⁹⁵. La jurisprudence, dans un arrêt de la Cour de cassation du 6 janvier 2010, a pu également énoncer que l'ouverture de Plan épargne logement par une grand-mère au profit de ses petits-enfants pouvait constituer un don manuel¹⁹⁶.

169. La nécessité d'une dépossession définitive et irrévocable.- Que la tradition soit dématérialisée ou non, elle doit s'effectuer dans des conditions telles qu'elle assure la dépossession définitive et irrévocable du donateur. Ainsi, la Cour de cassation dans un arrêt du 10 octobre 2012¹⁹⁷ énonce que « le don manuel n'a d'existence que par la tradition réelle que fait le donateur de la chose donnée, effectuée

¹⁹¹ PETERKA N., Les dons manuels, thèse, Paris II, LGDJ, 2001, préface CATALA P.

¹⁹² Cass. civ. 1^{re}, 12 juill 1966, Bull. civ. 1, n°424.

¹⁹³ Cass. com. 19 mai 1998. n° 92 -16 252.

¹⁹⁴ BRAULT J.-C., « La donation d'une somme d'argent », Defrénois, 1996, art. 36236.

¹⁹⁵ Cass. civ. 1^{re}, 3 avril 2002, n° 99-20527, Bull. civ. I, n°105.

¹⁹⁶ Cass. civ. 1^{re}, 6 janvier 2010, n° 08-12684.

¹⁹⁷ Cass. civ. 1^{re}, 10 octobre 2012, n° 10-28363.

dans des conditions telles qu'elle assure la dépossession définitive et irrévocable de celui-ci ». Par exemple, il n'y a pas de don manuel en cas de virement de sommes d'argent d'un compte personnel à un compte joint, puisque le donneur d'ordre conserve la possibilité de conserver le bien¹⁹⁸. Il n'y a pas non plus don manuel lorsque les meubles « donnés » aux enfants sont restés aux domiciles des parents. Ainsi, selon la Cour de la Cour de cassation, dans un arrêt du 10 octobre 2012¹⁹⁹, précise qu' il n'y avait pas don manuel dans l'hypothèse où « l'essentiel des meubles inventoriés dans l'acte du 15 mars 2000 sont demeurés au domicile des époux X... où ils ont été saisis le 10 octobre 2008 » et que « l'acte du 15 mars 2000 prévoit que les donataires laissent les biens à la disposition de leurs parents et qu'il ne sera procédé à leur partage que par une convention ultérieure passée avec ces derniers. Par conséquent, il ne peut y avoir de don manuel sans remise par les donateurs aux donataires ».

170. Un don manuel effectué du vivant du donateur. Il convient de rappeler que pour réaliser un don manuel et transférer la propriété, il n'est plus nécessaire de remettre immédiatement le bien²⁰⁰, ce qui était le cas en droit romain et en droit français ancien. A présent, la possession et la propriété ne sont plus confondues en principe. S'il n'est pas indispensable à la réalisation d'un don manuel que la remise du bien soit concomitante de l'accord de volontés, il faut toutefois que la tradition intervienne du vivant du donateur. Il est, en effet, absolument nécessaire que la tradition soit effectuée quand le donateur est encore en vie. C'est ainsi que la Cour de cassation, dans un arrêt du 9 mai 1978, a énoncé que « le don (...) suppose une tradition antérieure

¹⁹⁸ Cass. civ. 1^{re}, 17 avril 1985, n°83 -16939, Bull. civ. 1, n°117.

¹⁹⁹ Cass. civ. 1^{re}, 10 octobre 2012, n° 10-28363.

²⁰⁰ Cass. civ. 1^{re}, 10 octobre 2012, n° 10-28363 : « Constitue une tradition [un don manuel] tout acte [...] marquant le transfert définitif de la propriété, sans remise immédiate de la chose donnée ».

au décès du donateur »²⁰¹. On peut préciser qu'un chèque retrouvé au coffre après le décès de son auteur ne constitue pas un don manuel. En revanche, le décès du donateur entre la remise du chèque et son encaissement est sans incidence sur l'existence don manuel.

La tradition permet de respecter le principe d'irrévocabilité, puisque le bénéficiaire est ensuite protégé par le principe de l'article 2276 du Code civil qui dispose qu'« *en fait de meubles, la possession vaut titre* ».

Paragraphe 3. La preuve du don manuel

171. Difficultés de la preuve de la libéralité. Une question importante qui se pose en matière de don manuel est la question de sa preuve. En effet, une personne possède un bien qu'elle dit avoir reçu de son propriétaire mais elle ne peut produire aucune preuve et propriétaire est décédé.

172. Charge de la preuve.- Il convient de se demander comment concilier cette position avec celle d'éventuels héritiers qui viennent contester cette donation. Il est vrai que le possesseur du bien a le bénéfice de la possession de l'article 2276 du Code civil si la possession n'est pas viciée. Dans cette hypothèse, les héritiers doivent faire la preuve que l'on n'est pas en présence d'un don manuel. La Cour de cassation, dans un arrêt du 30 mars 1999, énonce que « le possesseur qui prétend avoir reçu une chose en don manuel bénéficie d'une présomption et qu'il appartient à la partie adverse de rapporter la preuve de l'absence d'un tel don, ou de prouver que la possession dont se prévaut le détenteur de la chose ne réunit pas les conditions

²⁰¹ Cass. civ. 1^{re}, 8 mars 1978, n° 76-11901.

pour être efficace »²⁰². Par exemple, il s'agira de démontrer pour les héritiers qu'il n'y a pas eu remise volontaire du bien par le propriétaire ou que le bien avait été confié à un titre différent qu'une donation²⁰³.

173. La nature de la preuve.- Le don manuel qu'on conteste étant un acte juridique, la preuve doit être faite par écrit si la valeur en jeu dépasse la somme de 1500 euros sauf si c'est un tiers qui conteste. Cela est le cas si ce sont des héritiers du donateur qui contestent. Ils sont en effet, tiers. Il faut également noter que si un écrit est nécessaire, l'écrit peut être établie sous signature privée.

²⁰² Cass. civ. 1^{re}, 30 mars 1999, n° 97-11948.

²⁰³ Cass. civ. 1^{re}, 30 mars 1999, n° 97-11948 ; Cass. civ. 1^{re}, 9 février 1977, n° 75-13992.

Section 2. La donation déguisée

174. Annonce de plan.- Quant à la donation déguisée, nous allons voir que les trois systèmes juridiques l'appréhendent de manière différente (**paragraphe 1**). Ensuite, il conviendra d'en étudier le régime (**paragraphe 2**).

Paragraphe 1. Une donation admise uniquement en droits islamique et français

175. Annonce de plan.- La donation déguisée, entendue comme une donation qui se dissimule sous l'apparence d'un acte à titre onéreux, est admise en droits islamique et français (**A**). Il en va différemment en droit koweïtien (**B**).

A. La donation déguisée admise en droits islamique et français

176. Droit islamique.- Il convient de noter que la donation déguisée existe en droit islamique²⁰⁴ pour faciliter les transactions entre les personnes et parce que le droit islamique est compatible à toutes les époques et s'adapte au progrès matériel²⁰⁵. Ainsi, le contrat de donation peut être fait sous l'apparence d'un autre contrat en islam. Tout d'abord, il peut être fait sous l'apparence d'un contrat de conciliation. S'il y a litige entre deux personnes, on peut arriver à une conciliation. Par exemple, si deux personnes se déclarent propriétaires du même bien, pour régler ce litige, elles peuvent conclure un contrat de conciliation énonçant que les deux personnes auront chacune la moitié de ce terrain. Comme le contrat de conciliation n'est pas un contrat nommé en droit islamique, les savants islamiques considèrent qu'il

²⁰⁴ BADWA A., Les règles relatives aux donations déguisées dans le fiqh islamique et droit civil égyptien, Thèse, Egypte, 2004.

²⁰⁵ Le Coran sourate 21, verset 107 : Allah a dit : « Et nous ne t'avons envoyé qu'en miséricorde pour l'univers » ; Le coran sourate 6, verset 38 : « Nulle bête marchant sur terre, nul oiseau volant de ses ailes, qui ne soit comme vous en communauté. Nous n'avons rien omis d'écrire dans le Livre. Puis, c'est vers leur Seigneur qu'ils seront ramenés ».

faut appliquer les règles du contrat le plus proche. Par exemple, s'il y a conciliation d'un bien par rapport à un autre bien, on appliquera les règles du contrat de vente. S'il y a conciliation par rapport à une partie de terrain dont on réclame la propriété, on appliquera les règles du contrat de donation. En effet, cela correspond à une donation même si les parties ne l'ont pas nommé comme telle²⁰⁶.

177. Droit français. En ce qui concerne le droit français²⁰⁷, la validité des donations déguisées est admise depuis longtemps²⁰⁸. Il convient de comprendre que dans le cadre d'une donation déguisée²⁰⁹, il s'agit en réalité d'une libéralité. Cependant l'apparence ou la forme de l'acte est un acte à titre onéreux. Il existe différentes hypothèses. Par exemple, il peut s'agir d'une vente fictive qui comprend un prix qui ne sera jamais payé. Cela peut être également une reconnaissance de dette que l'on va qualifier de fictive car la personne qui a prêté n'a jamais eu l'intention de se faire rembourser.

178. Les motifs de recours à la donation déguisée.- On peut constater qu'on recourt à la donation déguisée pour bénéficier d'un régime fiscal plus avantageux. En effet, les droits de donation sont plus élevés que le droit de vente. On peut également utiliser la donation déguisée pour avantager certains héritiers ou en priver certains de leurs droits.

179. La validité des donations déguisées malgré les critiques de la doctrine.- On peut relever des critiques sur la donation déguisée exprimées par la doctrine française. M. Glasson²¹⁰, notamment,

²⁰⁶ BADWA A., Les règles relatives aux donations déguisées dans le fiqh islamique et droit civil égyptien, Thèse, Egypte, 2004.

²⁰⁷ MEAU-LAUTOUR H, Les donations déguisées en droit français, Thèse, Paris II ,LGDJ, 1985, préf. RAYNAUD P.

²⁰⁸ BLAISE H, « Formation de la jurisprudence sur les donations déguisées », in Ét. SAVATIER R, Dalloz, 1965, p. 89 et suivantes.

²⁰⁹ NAJJAR I, « la validité des donations déguisées ou indirectes sous seing privé », D. 1995, chr. 115.

²¹⁰ GLASSON P., Théorie de la simulation, Thèse, Paris, 1987, pp. 103-115.

énonce qu'avec le déguisement, on ne respecte pas les règles obligatoires de formation du contrat de donation prévues à l'article 931 du Code civil français. De plus, le déguisement ne respecte pas les conditions normales du contrat dont il avait l'apparence. Malgré ces critiques, la jurisprudence valide les donations déguisées.

B. La donation déguisée interdite en droit

koweïtien

180. Evolution de la prise en compte de la donation déguisée en droit koweïtien.- En ce qui concerne le droit koweïtien, la donation déguisée est totalement interdite²¹¹. Avant la modification de l'article 76 ancien du Code civil koweïtien, la donation déguisée était valide. Depuis, l'article 525 du nouveau code civil ne donne aucun effet²¹² pour le déguisement afin d'éviter la fraude à la loi qui existe normalement dans ce cas. La cour d'appel suprême du Koweït indique dans un jugement daté du 13 mars 1984²¹³ que dans le cas d'un déguisement, on ne peut pas appliquer les règles de la simulation parce que dans ce dernier cas, cela suppose deux contrats validés et cela est impossible dans le cas d'une donation déguisée qui ne peut pas être réalisée au sens de droit koweïtien sauf s'il y a un acte notarié ou la remise de la chose donnée.

181. Conclusion. On peut donc en conclure que la donation déguisée est autorisée par les jurisprudences françaises malgré les nombreuses critiques formulées par la doctrine. En droit islamique, la donation déguisée est également autorisée alors qu'en droit koweïtien, ce type de contrat est totalement interdit.

Il convient à présent d'étudier le régime de la donation déguisée lorsque celle-ci est admise.

²¹¹ Il faut noter que la donation déguisée est admise en droit égyptien tel que prévu à l'article 488 du Code civil.

²¹² ALYAQOUB B., Le contrat de donation dans le droit civil koweïtien étude comparative, Koweït, 1^e éd., 1986, p. 210.

²¹³ Civ. K., 13 mars 1984, n° 171,174/1983.

Paragraphe 2. Le régime de la donation

déguisée

182. Les conditions en droit français.- La validité de la donation déguisée en droit français est admise depuis longtemps, si les conditions de forme requises par l'acte dont elle emprunte l'apparence, sont remplies. Si l'on est dans l'hypothèse d'une reconnaissance de dette qui masque une donation, il faudra alors que l'acte comporte les mentions prescrites par l'article 1376²¹⁴ du Code civil. En d'autres termes, il faut une mention écrite par le débiteur du montant de la dette. On peut relever que si les donations sont déguisées sous forme de vente, les réponses sont plus complexes. En effet, la jurisprudence déclare l'ensemble de ces donations valables²¹⁵. En revanche, certains courants doctrinaux semble mettre en avant que si le prix est considéré comme inexistant, il n'a pas l'apparence d'une vente valable et devrait être déclaré nul.

183. Les conditions en droit islamique.- En droit islamique, en vertu de la tradition, il faut une remise de la chose donnée pour qu'il y ait transfert de propriété. Sans remise, la propriété ne peut pas être transférée pour le donataire. Ainsi, pour le Chafites, Hanbalites et Hanafites, il ne peut y avoir de donation déguisée sans remise de la chose, même dans le cadre du contrat de conciliation. À l'inverse, les Malikites, n'exige pas la tradition pour le transfert de propriété de la chose donnée mais seulement l'offre et l'acceptation donc pour eux

²¹⁴ Article 1376 du Code civil : « L'acte sous signature privée par lequel une seule partie s'engage envers une autre à lui payer une somme d'argent ou à lui livrer un bien fongible ne fait preuve que s'il comporte la signature de celui qui souscrit cet engagement ainsi que la mention, écrite par lui-même, de la somme ou de la quantité en toutes lettres et en chiffres. En cas de différence, l'acte sous signature privée vaut preuve pour la somme écrite en toutes lettres ».

²¹⁵ Cass. civ. 3 décembre 1912, DP 1913.I.175 ; Defrénois 1980. 1562, obs. CHAMPENOIS G.

certaines contrats comme le contrat de conciliation peuvent être qualifiés de donation déguisée.

184. La capacité en droit islamique.- En droit islamique, des conditions de fond des donations sont nécessaires. Le contrat apparent doit également respecter ces conditions mais la priorité est la capacité de donner dans le contrat de donation. Il faut être capable juridiquement. Ainsi, le donateur doit avoir la capacité d'exercice et il doit être sain d'esprit. En droit islamique, en dessous de 7 ans, on ne dispose pas de la capacité de faire une donation²¹⁶. Le discernement moral ne se fait en général qu'à partir de 15 ans et l'enfant peut alors faire une donation. La capacité d'exercice en islam, c'est-à-dire la capacité de l'enfant d'exercer ses droits et de disposer de ses biens, dépend du discernement mental, qui lui permet de distinguer le bénéfique du nuisible. Le discernement évolue au fil des étapes de l'enfance et est influencé par l'âge et des considérations de capacité qui peuvent la réduire totalement ou partiellement. Dès lors, la plupart des savants islamiques affirment qu'il n'y a pas d'âge spécifique de capacité et que cela dépend de certains indices quant à la personne.

185. La capacité en droit français. En droit français, la capacité d'exercice s'acquiert pour toute personne ayant atteint l'âge de la majorité légale fixé à 18 années révolues, sauf exceptions.

186. Charge de la preuve en droit français.- La charge de la preuve incombe à celui qui invoque le déguisement. Il doit prouver l'élément matériel de la donation et l'intention libérale²¹⁷. Quant au mode de preuve, entre les parties, la preuve de la donation déguisée obéit au droit commun. Ainsi, on exige en principe un écrit bien que

²¹⁶ ALYAQOUB B., Le contrat de donation dans le droit civil koweïtien étude comparative, Koweït, 1^e éd., 1986, p. 215.

²¹⁷ Cass. civ. 1^{re}, 11 mars 2009, n° 07-20132, Bull. civ. 1, n° 58.

des témoignages peuvent suffire en cas de commencement de preuve par écrit²¹⁸ et la preuve de la simulation peut être librement rapportée en cas de fraude, en ce qui est fréquent. À l'égard du tiers, la preuve est libre.

187. Charge de la preuve en droit islamique.- Les règles sont identiques en droit islamique. Cependant, il faut tenir compte que le témoignage d'un seul homme est équivalent aux témoignages de deux femmes dans certains cas. Il y a dans le Coran environ 5 versets, qui parlent de témoins sans en préciser le sexe. Il n'y a dans le Coran qu'un seul verset, qui dit que le témoignage d'un seul homme est équivalent à ceux de deux femmes. Il s'agit du verset 282 de la sourate al-Baqarah. C'est le verset le plus long du Coran, et il traite des transactions financières. Il se lit (en partie) comme suit: "Ô vous qui croyez! Quand vous contractez une dette à échéance déterminée, mettez-la par écrit. (...) Faites-en témoigner par deux témoins d'entre vos hommes; et à défaut de deux hommes, un homme et deux femmes d'entre ceux que vous agréez comme témoins, en sorte que si l'une d'elles s'égare, l'autre puisse lui rappeler. »²¹⁹ Ce verset du Coran ne traite que des transactions financières, où une entente par écrit doit être faite entre les parties concernées et où deux témoins sont requis, préférablement deux hommes. Si les parties ne peuvent trouver deux hommes, alors un homme et deux femmes. On peut citer ci-après un exemple célèbre utilisé pour conforter cette interprétation du droit islamique. Il est en effet dit que « par exemple, quand une personne doit être opérée pour une maladie donnée, cette personne préfère, au préalable, consulter deux chirurgiens qualifiés afin d'avoir leur avis. Si elle est incapable de trouver deux chirurgiens, sa deuxième option pourrait être de consulter un chirurgien et deux généralistes ».

²¹⁸ Cass. civ. 1^{re}, 9 novembre 1976, n° 75-11863. Bull. civ. 1, n° 341.

²¹⁹ Le Coran Sourate 2, verset 282.

188. Conséquences en droit français. En droit français, lorsque le déguisement est découvert, la donation déguisée est soumise à toutes les règles de fond applicables aux donations. Il en va ainsi en matière de capacité et d'irrévocabilité révocabilité pour les causes légales. Il faut également noter que la loi prévoit la nullité de la donation déguisée lorsqu'elle est faite à une personne incapable de recevoir. En effet, l'article 911 al.1 du Code civil énonce que : « Toute libéralité au profit d'une personne physique ou d'une personne morale, frappée d'une incapacité de recevoir à titre gratuit, est nulle, qu'elle soit déguisée sous la forme d'un contrat onéreux ou faite sous le nom de personnes interposées, physiques ou morales ».

189. Conséquences en droit islamique.- En droit islamique, dans l'hypothèse de la découverte du déguisement, le contrat apparent doit respecter l'ensemble des conditions de forme et de fond. Par ailleurs, toutes les conditions du contrat de donation doivent également respectées comme l'existence et la licéité de la cause, la capacité, l'interdiction de donation de bien futur.

Section 3. La donation indirecte : **des systèmes identiques dans les trois** **droits**

190. Annonce de plan.- On peut relever que la donation indirecte est valide dans les trois droits (**paragraphe 1**). Il faut également s'intéresser aux différents actes juridiques qui portent une donation indirecte (**paragraphe 2**).

Paragraphe 1. La validité de la donation indirecte dans les trois droits

191. Définition de la donation directe.- La donation directe est l'hypothèse dans laquelle le donateur se dépouille actuellement et irrévocablement de la chose donnée en faveur de donataire qui accepte. Dans cette hypothèse, le donateur transfère directement un droit matériel ou un droit personnel au donataire. Si quelqu'un, par exemple, a donné à une autre une voiture gratuitement, il lui a ainsi transféré un droit matériel, le droit de propriété sur la voiture. Ce droit de propriété est une donation directe et cette qualification est identique dans les trois droits. Et si quelqu'un s'engage à verser une somme d'argent à quelqu'un d'autre, c'est un engagement à un droit personnel. Et là aussi la donation est directe.

192. Définition de la donation indirecte.- Concernant la donation indirecte²²⁰, le donataire gagne du donateur un droit matériel ou personnel en tant que don mais indirectement²²¹. C'est la même notion dans les trois droits. Lorsqu'on est en présence d'une donation indirecte, il n'y a pas de déguisement. En effet, dans cette hypothèse, on utilise une autre technique juridique que la donation. Cependant, le résultat obtenu est identique ou semblable. Il convient de noter que l'acte apparent est aussi l'acte effectif dans le cadre de la donation indirecte.

193. La donation indirecte consacrée dans les trois droits.- La donation est évoquée dans deux articles du Code civil français qui ne

²²⁰ LIBCHABER R, « Pour une redéfinition de la donation indirecte », Defrénois 2000. 1209.

²²¹ ZAKI M., Les contrats nommés, Égypte, p. 118 et suivantes.

la définissent pas. Il s'agit des articles 843²²² et 1099²²³ du Code civil. C'est essentiellement la jurisprudence qui a consacré cette catégorie de donation²²⁴. Il convient de noter qu'en droits islamique et koweïtien, il n'y a pas non plus de consécration formelle mais la donation indirecte a été reconnue dans ces deux systèmes par la jurisprudence²²⁵.

194. Les conditions de validité de la donation.- En droits islamique, koweïtien et français, la donation indirecte²²⁶ est une donation. Certes, on peut échapper aux exigences formelles de l'article 931 du code civil français et l'article 525 du code civil koweïtien et à l'exigence de la tradition de l'article 833 du Code civil Ottoman . Cependant, ce n'est pas parce que l'on est en présence d'une donation indirecte, que l'exigence d'un dépouillement immédiat a disparu²²⁷. Evidemment, la preuve de l'existence d'une intention libérale demeure exigée²²⁸ comme l'appauvrissement et l'enrichissement corrélatifs.

²²² Article 843 alinéa 1^{er} du Code civil : « Tout héritier, même ayant accepté à concurrence de l'actif, venant à une succession, doit rapporter à ses cohéritiers tout ce qu'il a reçu du défunt, par donations entre vifs, directement ou indirectement ; il ne peut retenir les dons à lui faits par le défunt, à moins qu'ils ne lui aient été faits expressément hors part successorale ».

²²³ Article 1099 du Code civil : « Les époux ne pourront se donner indirectement au-delà de ce qui leur est permis par les dispositions ci-dessus ».

²²⁴ MALAURIE Ph., BRENNER C., Les successions et les libéralités , LGDJ, 8^e éd., 2018, p. 230.

²²⁵ ALYAQOUB B., Le contrat de donation dans le droit civil koweïtien étude comparative, Koweït, 1^e éd., 1986, p. 187 et suivantes.

²²⁶ PONSARD A, les donations indirectes en droit civil français , Thèse, Dijon ,1946.

²²⁷ Cass. civ. 1^{re} ,17 septembre 2003, n° 01- 11001.

²²⁸ Cass. civ. 1^{re} , 26 septembre 2012, n°11-10960.

Paragraphe 2 . Les actes aboutissant à une donation indirecte

195. Un déséquilibre volontaire.- La donation indirecte peut résulter de différents actes juridiques. Certains peuvent être qualifiés de neutre. Mais la donation indirecte peut également être le résultat d'un acte qu'on va considérer comme non équilibré mais ce déséquilibre résulte d'un acte volontaire. A titre d'illustration, on peut parler d'une vente qui serait faite volontairement à bas prix. Cet exemple est commun aux trois droits.

196. La nature ni gratuite ni onéreuse d'un acte.- La donation indirecte peut aussi être issue d'un acte neutre. « L'acte neutre est un acte dont la nature n'est ni gratuite, ni onéreuse et qui peut être utilisé dans une intention libérale ou à des fins intéressées »²²⁹. L'intention libérale, élément constitutif de la donation indirecte, peut ainsi être identifié dans différents actes juridiques. Il en va ainsi en matière de stipulation pour autrui, l'assurance sur la vie, le paiement pour autrui et la cession de contrat.

197. La stipulation pour autrui.- En Islam, l'importance n'est pas accordée à l'intitulé du contrat mais plutôt à l'intention qui dicte un tel comportement. Comme la stipulation pour autrui va dans le sens du renforcement de la relation amicale et fraternelle entre les gens, c'est pour cette raison que ce comportement est encouragé en Islam et on

²²⁹ MALAURIE Ph., BRENNER C., les successions les libéralités., LGDG, 8^e éd., 2018, p. 232.

peut le considérer comme constituant une donation indirecte. La stipulation pour autrui est réglementée par l'article 205 du Code civil koweïtien et par l'article 1209 du Code civil français. Elle est définie comme étant la convention par laquelle une partie (le stipulant) obtient de l'autre (le promettant) qu'elle s'engage au profit d'un tiers (le bénéficiaire). Le contrat principal conclu entre le stipulant et le promettant constitue un acte à titre onéreux. Si le stipulant veut avantager le bénéficiaire, le bénéfice qui provient du contrat principal peut être considéré comme une donation indirecte pour le tiers bénéficiaire.

198. L'assurance sur la vie.- L'assurance sur la vie est un acte conclu entre l'assureur et l'assuré. Dans ce cadre, l'assuré est garanti de recevoir une compensation par l'assureur s'il subit un risque défini dans l'acte conclu entre les deux parties. En parallèle, l'assuré verse un acompte à l'assureur pour bénéficier de cette garantie²³⁰.

Il est important de noter qu'en droit islamique, l'assurance sur la vie est complètement interdite. L'assemblée islamique permanente des recherches scientifiques et de l'Iftaa de l'Arabie Saoudite a élaboré une étude consacrée à l'assurance reprenant l'interdiction²³¹. Cela est dû aux caractéristiques de contrat qui est un contrat aléatoire. Ce contrat comprend une sorte d'ignorance. Or, l'ignorance dans les contrats est interdite. Le motif d'ignorance dans l'assurance est que l'argent est versé à l'assureur et on ne sait pas si l'accident va survenir ou non. À ce propos, Allah dit dans le Coran : « *Ô les croyants ! Le vin, le hasard, les pierres dressées, les flèches de divination ne sont qu'une abomination, œuvre du diable. Écartez-vous en, afin que vous réussissiez.* »²³².

²³⁰ ALYAQOUB B., Le contrat de donation dans le droit civil koweïtien étude comparative, Koweït, 1^e éd., 1986, p. 194.

²³¹ Cette étude a été publiée dans la revue des recherches islamiques, tome 19 (pp. 17-193) et tome 20 (pp. 13-144)

²³² Le Coran Sourate 5, verset 90.

Dans les droits français et koweïtien, l'assurance sur la vie est une illustration classique de la stipulation pour autrui. Considérée ainsi, l'assurance-vie est un acte neutre, ne constituant une donation indirecte. Il en va différemment si les primes versées ont été manifestement exagérées eu égard aux facultés de celui qui a souscrit le contrat. C'est l'article L.132-13 du Code des assurances qui énonce ainsi que « le capital ou la rente payables au décès du contractant à un bénéficiaire déterminé ne sont soumis ni aux règles du rapport à succession, ni à celles de la réduction pour atteinte à la réserve des héritiers du contractant. Ces règles ne s'appliquent pas non plus aux sommes versées par le contractant à titre de primes, à moins que celles-ci n'aient été manifestement exagérées eu égard à ses facultés ».

199. Le paiement pour autrui.- En troisième lieu, on retrouve le paiement pour autrui. En ce qui concerne le remboursement des dettes en droit islamique, les enseignements du Prophète Mohammed (PSL) ont encouragé, de façon générale, ceux qui se trouvent dans l'aisance de venir en aide à ceux qui se trouvent dans le besoin. Le Messager de Dieu (PSL) a également demandé aux créanciers de faire preuve de compréhension à l'égard de leurs débiteurs dans l'incapacité d'honorer leurs dettes. À cet effet, dans un Hadith, il est rapporté que le Messager d'Allah (PSL) a formulé, les propos suivants : « *Qu'Allah fasse miséricorde à l'homme qui est bienveillant et généreux lorsqu'il vend, achète, s'acquitte de ce qu'il doit et réclame le paiement de sa créance* »²³³.

Aboul Yousr, un compagnon du Prophète Mohammed (PSL), témoigne qu'il était présent quand ce dernier a dit : « *Celui qui donne un répit à un (débiteur) sans argent ou qui efface, partiellement ou complètement, sa dette, Allah lui donnera place sous l'ombre de Son*

²³³ AL-NAWAWI Y., Le Sahih Muslim: Recueil des *Hadiths* authentiques du prophète, T. 10, Beyrouth, DKI, 2011.

Trône le jour du jugement dernier. »²³⁴. Dans un autre Hadith, il est rapporté que le messager d'Allah (PSL) a affirmé que : « *Celui qui aimerait qu'Allah l'épargne de la peine du jour de la résurrection, qu'il donne un délai de règlement supplémentaire ou qu'il pardonne à son débiteur qui se trouve dans une situation financière difficile.* »²³⁵

L'article 391, alinéa 2^e du Code civil koweïtien évoque le paiement pour autrui motivé par une intention de don. Dans cette hypothèse, cela est considéré comme une donation indirecte. Il en va de même en droit français. En effet, si un paiement pour autrui est motivé par une intention libérale, cela emporte la qualification de donation indirecte.

200. Renonciation à un droit personnel.- Il faut noter qu'en droit koweïtien la renonciation à un droit personnel, par exemple une remise de dette, est considérée comme une donation indirecte. Cela est prévu à l'article 436 du code civil. En revanche, en droit koweïtien la renonciation à un testament et le fait de rendre le bien pour l'héritier n'est pas une donation indirecte même s'il y a l'intention de donner parce que dans ce cas il n'y a pas de contrat, le testament est nul et les biens reviennent dans la succession.

On peut noter que la renonciation à un droit personnel est considérée comme une donation indirecte dans les trois droits quand deux éléments sont présents. En effet, il faut être en présence d'un élément objectif entendu comme l'appauvrissement du renonçant et l'enrichissement du bénéficiaire. Il faut également un élément subjectif caractérisé par une intention libérale.

²³⁴ AL-NAWAWI Y., Le Sahih Muslim : Recueil des *Hadiths* authentiques du prophète, T. 10, Beyrouth, DKI, 2011.

²³⁵ AL-NAWAWI Y., Le Sahih Muslim : Recueil des *Hadiths* authentiques du prophète, T. 10, Beyrouth, DKI, 2011.

201. Remise de dette²³⁶.- À ces conditions, s'ajoutent aux donations indirectes les conditions relatives à la remise de dette dans le domaine des affaires et des obligations en droit islamique. L'adoption d'une attitude bienveillante est une attitude encouragée en droit islamique. Aboul Youssr, un compagnon du prophète Mohammed (PSL) précise que le Messager de Dieu (PSL) a dit : « Celui qui donne un répit à un (débiteur) sans argent ou qui efface (partiellement ou complètement) sa dette, Allah lui donnera place sous l'ombre (de Son Trône le Jour du Jugement Dernier). »²³⁷. Et dans un autre Hadith, il est rapporté que le Messager d'Allah (PSL) a affirmé :« Celui qui aimerait qu'Allah l'épargne de la peine du Jour du Qiyâmah, qu'il donne un délai (de règlement) supplémentaire ou qu'il pardonne à son débiteur qui se trouve dans une situation (financière) difficile. »²³⁸. Ces propos tenus par le Prophète Mohammed (PSL) indiquent, clairement, que l'islam encourage la remise de dette.

²³⁶ ZAKI M., Les contrats nommés, Égypte, p. 126 et p. 127.

²³⁷ AL-NAWAWI Y., Le Sahih Muslim: Recueil des *Hadiths* authentiques du prophète, T. 10, Beyrouth, DKI, 2011.

²³⁸ AL-NAWAWI Y., Le Sahih Muslim: Recueil des *Hadiths* authentiques du prophète, T. 10, Beyrouth, DKI, 2011.

Conclusion Titre 1

202. Des formes différentes.- On peut conclure qu'en droit islamique, et pour la plupart des savants islamiques, il n'y a pas de forme spéciale pour la donation. Il suffit, en principe, de la remise de la chose donnée. En revanche, la forme requise pour le contrat de donation dans les droits civils français et koweïtien, est plus stricte. En effet, en droit français, la donation doit être notariée. En droit koweïtien, les parties ont le choix d'adopter la forme notariée ou la tradition du bien donné.

203. L'acceptation du donataire.- En ce qui concerne le cas relatif à l'acceptation du donataire, qui doit être notariée en droit civil français, nous avons pu étudier l'hypothèse de la donation faite pour le fœtus. Nous avons constaté qu'en droit islamique, la plupart des savants interdisent la donation faite au profit du fœtus. Par ailleurs, en droit français, la donation faite pour le fœtus ne produira ses effets qu'à condition que l'enfant soit né vivant et viable conformément à l'article 906 du Code civil français. Le droit civil koweïtien, lui, permet que le tuteur du fœtus puisse accepter la donation pour celui-ci en vertu de l'article 118 du Code civil koweïtien. La donation, ainsi acceptée, n'aura d'effet que si l'enfant naît vivant et viable.

204. Les donations particulières.- Pour ce qui est des donations particulières, nous pouvons conclure que dans les trois droits susmentionnés, les dons manuels sont communs aux trois droits islamique, koweïtien et français mais avec quelques différences de qualification propres à chaque droit. D'autre part, la donation déguisée existe en droit islamique notamment sous la qualification de conciliation. En revanche, la donation déguisée est considérée en droit français comme une exception à la formation du contrat de donation. Conformément au droit koweïtien, ce type de donation est interdit. La donation indi-

recte, elle, obéit à une réglementation identique dans les trois droits islamique, koweïtien et français. En fait, dans les trois droits susmentionnés, la donation indirecte permet au donataire de bénéficier d'un droit matériel ou personnel en tant que don, sans retirer d'avantages en retour, sauf de manière indirecte.

205. Les divergences sur l'assurance vie.- Cependant, nous avons relevé l'existence de divergences entre les trois droits islamique, koweïtien et français, en ce qui concerne la donation indirecte qui porte sur l'assurance-vie. En effet, ce type de contrat est qualifié de donation indirecte dans les droits civils français et koweïtien à la différence du droit islamique qui, lui, interdit totalement l'assurance sur la vie sous la qualification du contrat aléatoire.

Titre 2. Les conditions de fond

206. Précision terminologique.- En matière de donation, il est nécessaire de respecter au-delà des conditions de forme, des conditions de fond. En droit français, l'article 1108 du Code civil, dans sa version antérieure à l'ordonnance du 10 février 2016 énonçait que « quatre conditions sont essentielles pour la validité d'une convention : Le consentement de la partie qui s'oblige ; Sa capacité de contracter ; Un objet certain qui forme la matière de l'engagement ; Une cause licite dans l'obligation ». Depuis l'ordonnance du 10 février 2016, c'est l'article 1128 qui précise les conditions de validité du contrat en énonçant que « sont nécessaires à la validité du contrat 1° le consentement des parties, 2° leur capacité de contracter, 3° un contenu licite et certain ». En droits koweïtien et islamique, ce sont également le consentement, la capacité, l'objet et la cause qui forment les conditions de fond du contrat²³⁹.

On peut noter qu'en droit français les termes de cause et d'objet sont à présent regroupés dans le vocable : « contenu licite et certain ». Cependant, les fonctions de la cause et de l'objet sont toujours présentes en droit français. Afin de présenter une comparaison avec les droits koweïtien et islamique, les termes d'objet et de cause seront privilégiés, bien qu'ils n'apparaissent plus de manière formelle dans le Code civil.

²³⁹ ABD ALBAKI A., Les sources de l'obligation dans le droit civil koweïtien, La théorie du contrat et la volonté unilatérale, Koweït, 1983, p. 80.

207. Annonce de plan.- Au-delà des conditions relatives au consentement que nous avons déjà pu évoquer²⁴⁰, nous allons nous attarder sur la question de la capacité (**Chapitre 1**), sur l'objet de la donation (**Chapitre 2**) ainsi que sur la cause de la donation (**Chapitre 3**).

²⁴⁰ Cf., p. 106 et suivantes.

Chapitre 1. La capacité

208. Annonce de plan.- Lorsque qu'on s'intéresse à la capacité en matière de donation, il est nécessaire de s'attarder sur la capacité à donner. Il s'agira d'étudier l'hypothèse particulière de la capacité à donner de la femme mariée en droit islamique (**Section 1**). Ensuite, nous verrons quelques règles s'appliquer à la capacité à recevoir dans les trois droits (**Section 2**).

Section 1. La question en droit islamique de la capacité de donner d'une femme mariée

209. Particularité du droit islamique : la possibilité d'une donation faite par une femme mariée.- En droit islamique, selon la majorité des savants islamiques, la femme et l'homme ont les mêmes droits lorsqu'il s'agit de gérer leurs biens personnels. Une femme, si la condition de puberté est réunie et qu'elle est saine d'esprit, peut réaliser toutes les opérations qu'elle souhaite avec ses biens sans l'autorisation d'une autre personne. Cette règle s'applique que la femme soit mariée ou non. *Dans le Hadith* confirment cette interprétation. En effet, selon l'Imâm Boukhâri , « *Le don de la femme à un autre que son époux et l'affranchissement qu'elle réalise, tout en étant mariée, cela est permis, si elle est saine d'esprit. Si elle ne l'est pas, cela ne sera pas permis. (...)* ²⁴¹ ».

210. La présence d'avis divergents.- Cependant, on peut noter quelques avis divergents. Ainsi, l'Imam Taous²⁴² prône l'interdiction totale pour la femme d'offrir ses biens personnels sans la permission de son époux. Al Layth Ibn Saad²⁴³ , quant à lui, déclare que la femme

²⁴¹ Al ASQALANI A., Fath oul Bâriy, vol 5, Beyrouth, Dar al marifa, 1960, p. 218.

²⁴² L'Imam Taous est un savant islamique. Cf., AL-DAHABI Sh., Siyar Alam Nubala, Dar Al- Risalah Al- Alamiyah, 13^e éd., 2017.

²⁴³ Al-Layth Ibn Saïd Ibn Abd al-Rahman al-Fahmi al-Qalqashandī était le principal représentant, l'imam et l'éponyme de l'école de jurisprudence islamique Laythi et était considéré comme un érudit d'Égypte d'origine perse. Cf., AL-DAHABI Sh., Siyar Alam Nubala, Dar Al- Risalah Al- Alamiyah, 13^e éd., 2017.

peut, sans l'autorisation de son mari, n'offrir que des biens de peu de valeur. Selon l'Imam Malik, la femme ne peut offrir ou faire aumône, sans la permission de son époux, des biens qu'à hauteur du tiers de ses biens personnels .

On peut également relever la position d'un savant contemporain, Cheikh Albani²⁴⁴, qui rejoint les opinions précédentes. Selon lui, « (...) *Il n'est pas permis à la femme de disposer de ses biens personnels sans la permission de son époux. Et cela entre dans le cadre de la « autorité », « responsabilité » que Notre Seigneur à accordé à ce dernier par rapport à celle-ci. Mais il ne convient pas à l'époux -s'il est un musulman sincère et véridique- qu'il tire profit (injustement) de cette règle et se montre tyrannique à l'égard de sa femme en l'empêchant d'user de ses biens pour des choses qui ne soient préjudiciables à aucun d'entre eux. (...)*²⁴⁵ ».

211. Les arguments au soutien de l'avis majoritaire.- Il convient de relever les arguments soutenant l'avis de la majorité des savants . On peut relever tout d'abord que Djabir²⁴⁶ raconte que : « *Le jour de Ide oul Fitr²⁴⁷, le Prophète Mohammed (PSL) se mit debout et accomplit la prière. Il commença par la prière, puis il prononça le sermon. Lorsqu'il eut terminé, il descendit et alla auprès des femmes, puis leur énonça des rappels en s'appuyant sur le bras de Bilal²⁴⁸. Ce dernier avait étendu un vêtement dans lequel les femmes déposaient des aumônes. Je dis (c'est un des narrateurs qui parle) : « S'agissait-*

²⁴⁴ Mohammad Nasir al-Albani, né en 1914 et mort le 2 octobre 1999, est un théologien, juriste et grand savant de l'islam albanais, spécialisé dans la jurisprudence islamique et l'interprétation des hadiths. Cf., AL-DAHABI Sh., Siyar Alam Nubala, Dar Al- Risalah Al- Alamiyah, 13^e éd., 2017.

²⁴⁵ ALBANI M., Silsilah al ahâdîth as sahîhah, vol 2, Maktabat al maarif, 1995, p. 406.

²⁴⁶ Djabir était l'un des compagnons du prophète Mohammed (PSL). Cf., AL-DAHABI Sh., Siyar Alam Nubala, Dar Al- Risalah Al- Alamiyah, 13^e éd., 2017.

²⁴⁷ *Le jour de Ide oul Fitr*, est la fête musulmane marquant la rupture du jeûne du mois de ramadan.

²⁴⁸ *Bilal* était l'un des compagnons du prophète Mohammed (PSL). Cf., AL-DAHABI Sh., Siyar Alam Nubala, Dar Al- Risalah Al- Alamiyah, 13^e éd., 2017.

il de l'aumône de la rupture du jeûne ? (Zakat oul Fitr²⁴⁹) ». « Non, répondit-il. Il s'agissait d'aumônes qu'elles firent à ce moment (...)»²⁵⁰ ». Ibn Hadjar, à propos de ce Hadith, écrit : « On a déduit à partir de ce Hadith la permission pour la femme de donner de ses biens en aumône sans avoir à dépendre de la permission de l'époux ou sans que ce don soit limité à une quantité déterminée de ses biens, comme le tiers, contrairement à ce que soutiennent certains Malikites. Cette déduction repose sur le fait que, dans le Hadith, il n'y a aucune demande de détails (de la part du Prophète Mohammed (PSL)) par rapport à tout cela... »²⁵¹. Pour appuyer l'avis de la majorité des savants, on peut relever selon Abdoul Karim Zaydan²⁵² « qu' Asma, la fille de Abou Bakr, rapporte qu'elle a questionné le Prophète Mohammed (PSL) en ces termes : « Ô Messenger de Dieu ! Je n'ai en ma possession que les biens que m'apporte Zoubeïr (son époux). Puis-je en donner en aumône ? » Le Prophète Mohammed (PSL) lui répondit : « Donne en aumône et ne renferme pas (ce que tu possèdes) dans un récipient (en faisant ainsi preuve d'avarice), sinon on fera de même avec toi.»²⁵³ ».

Al Aïni, un savant hanafite, écrit par rapport à ce Hadith que l'ordre que donne le Prophète Mohammed (PSL) à Asma constitue une preuve que la femme peut faire aumône de ses biens sans la permission de son époux²⁵⁴.

Pour aller dans le sens de l'opinion majoritaire, on peut relever en suivant la position du savant Abdoul Karim Zaydan²⁵⁵ que Kouraïb, un savant islamique, raconte que Maymoûnah (*l'épouse du Prophète*

²⁴⁹ Zakat oul Fitr est une œuvre de charité envers les pauvres à la fin du jeûne du mois sacré islamique du Ramadan.

²⁵⁰ AL- NAWAWI Y., Le sahih du Muslim: recueil des Hadiths authentiques du prophète, T. 10, Beirut, 2011.

²⁵¹ AI ASQALANI A., Fath oul Bâriy, vol 2, Beyrouth, Dar al marifa, 1960, p. 468.

²⁵² Le docteur Abdoul Karim Zaydan est un savant islamique contemporain.

²⁵³ ZAYDAN A., Al mufassal fi ahkam al marat wa baytil muslim fil Charia al islamiyah, vol. 10, Beyrouth, 1993.

²⁵⁴ AL AYNI B., *Oumdat oul qâri*, vol 13, Dar alkotob el illmiyah, 2001, p. 151.

²⁵⁵ ZAYDAN A., Al mufassal fi ahkam al marat wa baytil muslim fil Charia al islamiyah, vol. 10, Beyrouth, 1993.

Mohammed (PSL) « lui a raconté qu'elle avait affranchi une esclave qu'elle possédait sans demander au Prophète Mohammed (PSL) la permission de le faire. Lorsqu'arriva le jour où le Prophète Mohammed (PSL) venait chez elle, elle dit : « *T'es-tu rendu compte, Ô Messenger d'Allah, que j'ai affranchi mon esclave ?* » Le Prophète Mohammed (PSL) lui dit : « *Vraiment ?* » Elle acquiesça. Le Prophète Mohammed (PSL) lui dit alors : « *Si tu l'avais donné à un des tes oncles, cela aurait été plus méritoire pour toi.*²⁵⁶ » Si ce geste de sa part avait été interdit, le Prophète Mohammed (PSL) le lui aurait dit²⁵⁷.

212. Les arguments au soutien de l'opinion minoritaire.- Il convient à présent d'observer les arguments qui soutiennent l'avis minoritaire. Tout d'abord, le premier argument sur lequel s'appuient les savants interdisant ou limitant la gestion par la femme de ses biens sans la permission de son époux est le Hadith de Abou Daoûd²⁵⁸ qui énonce qu' : « *Il n'appartient pas à la femme de dépenser quoique ce soit de ses biens sans la permission de son mari*²⁵⁹. ». On cite également un Hadith de Abou Daoûd également, dont le sens est assez proche et qui dit: « *Il n'est pas permis à la femme de faire un don de ses biens à partir du moment où elle s'est mariée.*²⁶⁰ ». Pour certains savants, ces Hadiths expriment une interdiction totale. Pour d'autres, il y a des exceptions plus ou moins importantes.

213. Des arguments plus fondés pour l'avis majoritaire.- Le docteur Abdoul Karim Zaydan, en étudiant les différents arguments souligne que les Hadiths qui servent d'arguments au premier groupe de

²⁵⁶ AL- NAWAWI Y., Le sahih du Muslim: recueil des Hadiths authentiques du prophète, T. 10, Beirut, 2011.

²⁵⁷ AI ASQALANI I., Fath oul Bariy, vol 5, Beyrouth, Dar al marifa, 1960, p. 217; ZAYDAN A., Al mufassal fi ahkam al marat wa baytil muslim fil Charia al islamiyah, vol. 10, Beyrouth, 1993.

²⁵⁸ Abou Daoud était un collecteur de Hadiths. Cf., AL-DAHABI Sh., Siyar Alam Nubala, Dar Al- Risalah Al- Alamiyah, 13^e éd., 2017.

²⁵⁹ ALBANI M., *Silsilah al ahâdîth as sahihah*, vol 2, Maktabat al maarif, 1995, pp. 405-406, 472-473.

²⁶⁰ ALBANI M., *Silsilah al ahâdîth as sahihah*, vol 2, Maktabat al maarif, 1995, pp. 405-406, 472-473.

savants sont plus authentiques que ceux utilisés par le second groupe²⁶¹. En effet, l'Imam Chafi a dit, au sujet du second Hadith de Abou Daoud interdisant à la femme de faire don de ses biens sans la permission de l'époux : « *Ce Hadith, nous l'avons entendu, mais il n'est pas authentique – auquel cas nous serions tenu de l'accepter – et le Coran donne des indications qui le contredit*²⁶² ».

214. Les savants appuyant le courant majoritaire précise que concernant le verset du Coran auquel l'Imam Chafi. se réfère, certains disent qu'il s'agit du passage suivant : « (...) *alors ils ne commettent aucun péché si la femme se rachète avec quelque bien.(...)* ²⁶³» et du passage suivant : « *Et à vous la moitié de ce que laissent vos épouses, si elles n'ont pas d'enfants. Si elles ont un enfant, alors à vous le quart de ce qu'elles laissent, après exécution du testament qu'elles auraient fait ou paiement d'une dette (...)*²⁶⁴ ». Il est à noter que ces versets vont dans le sens de la validité des transactions que ferait la femme sans l'autorisation de son époux.

Par ailleurs, il est tout à fait possible de donner aux Hadiths présentés par l'opinion minoritaire une interprétation n'allant pas à l'encontre des autres Hadiths authentiques cités par le groupe majoritaire. C'est ce que fait ressortir l'Imam Khattabi²⁶⁵, en énonçant que : « *D'après la majorité des juristes, la demande de permission préalable qui est enseignée à la femme dans le Hadith est à prendre dans le sens du bon comportement envers l'époux et un moyen de lui faire plaisir (et non pas comme une obligation) (...)* Et il est également possible que ce

²⁶¹ ZAYDAN A., *Al mufassal fi ahkam al marat wa baytil muslim fil Charia al islamiyah*, vol. 10, Beyrouth, 1993.

²⁶² ALBANI M., *Silsilah al ahâdîth as sahîhah*, vol 2, *Maktabat al maarif*, 1995, pp. 405-406, 472-473.

²⁶³ Le Coran Sourate 2, Verset 299.

²⁶⁴ Le Coran Sourate 4, Verset 12.

²⁶⁵ L'Imam Khattabi est un savant islamique. Cf., AL-DAHABI Sh., *Siyar Alam Nubala*, Dar Al- Risalah Al- Alamiyah, 13^e éd., 2017.

*Hadith concerne la femme qui n'a pas toute sa raison.*²⁶⁶ ». Par rapport à ces différents arguments, le Dr Zaydan précise que selon lui, l'avis de la majorité des savants est le plus correct²⁶⁷. Ainsi, il est permis à l'épouse de faire don de ses biens sans l'accord de son époux, car elle bénéficie, dans le domaine financier de compétences comparables à celles de l'homme. Malgré tout, Dr Zaydan considère qu'il est préférable que l'épouse se concerte avec son mari lorsqu'elle désire faire don ou aumône de ses biens²⁶⁸. Cette conclusion est d'ailleurs très proche de celle du Cheikh Mounadjid²⁶⁹ qui énonce que : *La femme a le droit de dépenser de son (propre) argent en toutes circonstances, que ce soit lors d'une transaction (des dépenses (achats), location etc...) ou autre (cadeaux, charité...) et ce, qu'il s'agisse d'une partie de ses biens ou de la totalité* » .

215. La position majoritaire en accord avec le Coran et la Sunna.- Il convient de noter que la position majoritaire est celle qui est le plus en accord avec le Coran et la Sunna. Dans un verset du Coran, Allah dit en ce sens : « *Et donnez aux épouses leur mahr [dot], de bonne grâce. Si de bon gré elles vous en abandonnent quelque chose, disposez-en alors à votre aise et de bon cœur*²⁷⁰ ». Ainsi, Allah permet à l'homme d'accepter ce que lui offre sa femme de plein gré. Allah dit également en ce sens : « *Et si vous divorcez d'avec elles sans les avoir touchées, mais après fixation de leur mahr, versez-leur alors la moitié de ce que vous avez fixé, à moins qu'elles ne s'en désistent, ou que ne se désiste celui entre les mains de qui est la conclusion du mariage. Le désistement est plus proche de la piété. Et*

²⁶⁶ ABD ARAHMAN Ch., Awn oul Ma'boud, Vol 2, Dar ibn Hazim, 1^{er}éd, 2005, p. 463.

²⁶⁷ ZAYDAN A., Al mufassal fi ahkam al marat wa baytil muslim fil Charia al islamiyah, vol. 10, Beyrouth, 1993.

²⁶⁸ ZAYDAN A., Al mufassal fi ahkam al marat wa baytil muslim fil Charia al islamiyah, vol. 10, Beyrouth, 1993.

²⁶⁹ Cheikh Mounadjid est un savant islamique. Cf., AL-DAHABI Sh., Siyar Alam Nubala, Dar Al- Risalah Al- Alamiyah, 13^e éd., 2017.

²⁷⁰ Le Coran Sourate 4, Verset 4.

*n'oubliez pas votre faveur mutuelle. Car Allah voit parfaitement ce que vous faites.*²⁷¹ ». Ici, Allah permet aux femmes de laisser au mari le mahr (douaire) selon la quantité souhaitée si leurs maris souhaitent le divorce, et sans qu'elles aient à demander l'autorisation à qui que ce soit. Ceci indique que la femme a le droit de prendre la décision en ce qui concerne son argent. Donc selon le droit islamique il est conseillé à la femme de rechercher l'autorisation de son mari – *mais ce n'est pas une obligation pour elle de le faire* – et elle sera récompensée pour cela.

Abou Horayra dit : « *Il fut demandé au Prophète Mohammed (PSL) : « Quelle est la meilleure des femme ? » Il répondit (en ce sens) : « Celle qui rend (son mari) heureux lorsqu'il la regarde, celle qui satisfait son mari lorsqu'il lui demande de faire quelque chose, et qui ne s'oppose pas à lui d'une manière qui le déplaît en ce qui concerne elle-même ou ses biens*²⁷². ».

Il convient à présent d'étudier la capacité à recevoir une donation.

²⁷¹ Le Coran Sourate 2, Verset 237.

²⁷² AL- NAWAWI Y., Le sahih du Muslim: recueil des Hadiths authentiques du prophète, T. 10, Beirut, 2011.

Section 2. La capacité à recevoir des donations

216. Annonce de plan.- La capacité à recevoir des donations nous interroge quant à la nature de certaines professions en tant que donataire (**paragraphe 1**). Il convient également de s'intéresser à une donation faite au fœtus notamment à travers la question de sa capacité à recevoir une donation (**paragraphe 2**).

Paragraphe 1. La question de la capacité de certains professionnels à être donataires

217. Annonce de plan.- La question de la capacité de certains professionnels se pose pour les membres des professions médicales et pharmaceutiques **(A)**. Mais cette question est également d'importance en présence de l'accueil de personnes âgées ou dépendants **(B)**.

A. L'incapacité de recevoir des professions médicales et pharmaceutiques

218. La particularité du droit français : l'incapacité de recevoir en matière de donation pour les membres des professions médicales et pharmaceutiques.- Au contraire des droits islamiques et koweïtien, le droit français a mis place des incapacités de recevoir des libéralités pour les membres des professions médicales et pharmaceutiques. En effet, l'article 909 du Code civil français prévoit que « Les membres des professions médicales et de la pharmacie, ainsi que les auxiliaires médicaux qui ont prodigué des soins à une personne pendant la maladie dont elle meurt ne peuvent profiter des dispositions entre vifs ou testamentaires qu'elle aurait faites en leur faveur pendant le cours de celle-ci. Les mandataires judiciaires à la protection des majeurs et les personnes morales au nom desquelles ils exercent leurs fonctions ne peuvent pareillement profiter des dispositions entre vifs ou testamentaires que les personnes dont ils assurent la protection auraient faites en leur faveur quelle que soit la date de la libéralité ». Il est précisé que sont exceptées : « 1° Les dispositions rémunératoires faites à titre particulier, eu égard aux facultés du disposant et aux services rendus ; 2° Les dispositions universelles,

dans le cas de parenté jusqu'au quatrième degré inclusivement, pourvu toutefois que le décédé n'ait pas d'héritiers en ligne directe ; à moins que celui au profit de qui la disposition a été faite ne soit lui-même du nombre de ces héritiers ». Enfin l'article précise que « les mêmes règles seront observées à l'égard du ministre du culte ». Par rapport aux personnes qui soignent des personnes malade, l'article du Code civil met en place une protection. On peut supposer qu'il s'agit ici de protéger une personne qui est atteint d'une maladie qui peut mener à son décès. En effet, dans ses situations particulières, le patient peut consentir des libéralités à son soignant.

219. Les conditions nécessaires.- Pour que les donations soient interdites, il faut que plusieurs conditions soient présentes. En effet, la règle suppose la réunion de plusieurs conditions. Tout d'abord, la personne qui pourrait bénéficier des dispositions entre vifs ou testamentaires ne peut être membre ou auxiliaire d'une profession médicale ou de pharmacie. On peut noter que la jurisprudence a retenu dans un arrêt du 10 octobre 1978²⁷³ qu'un magnétiseur pouvait également dans l'incapacité de recevoir une telle libéralité. Une seconde condition est nécessaire. En effet, il faut que la personne ait dispensé des soins au malade. Il convient de noter que dans sa version initiale l'article 909 du Code civil employait le terme « traitement ». Avec la loi du 5 mars 2007, c'est le terme « soin » qui est apparu. Ce terme est beaucoup plus large que celui de traitement. Ainsi, l'article 909 et l'incapacité de recevoir qu'il contient peut dorénavant concerner une infirmière, un psychiatre, un masseur-kinésithérapeute. On peut également relever que peuvent être concernés des soins ponctuels et non seulement des soins continus, ce que le terme « traitement » pouvait impliquer. Une troisième condition existe. Pour que cette incapacité de recevoir soit effective, il faut que les soins aient été dispensés pendant

²⁷³ Cass. Civ. 1^{re} , 10 octobre 1978, n° 77-11785, Bull. civ. 1, n° 296.

la maladie qui a mené au décès du patient et que la libéralité ait été consentie pendant cette maladie.

B. L'incapacité de recevoir en présence de personnes âgées ou handicapées

220. L'incapacité de recevoir en présence de personnes âgées ou handicapées.- Depuis la loi n° 2015-1776 du 28 décembre 2015 relative à l'adaptation de la société au vieillissement, l'article L116-4 du Code de l'action sociale et des familles²⁷⁴ est venue modifier l'incapacité de recevoir des libéralités des personnes âgées ou handicapées. Dorénavant, les personnes morales exploitant des services sociaux et médico-sociaux ont la capacité de recevoir des libéralités. Toutefois, il est nécessaire qu'elles obtiennent une autorisation administrative de recevoir des dons et legs selon les articles 910 et 937 du Code civil. Si la libéralité peut être faite à la personne morale, il est important de préciser que l'article du Code de l'action sociale et des familles précise les personnes physiques propriétaires, gestionnaires, administrateurs ou employés des établissements ou services sociaux ou médico-sociaux ou encore d'un service proposant de l'aide personnelle à domicile ou à la mobilité permettant le maintien à domicile , et les bénévoles ou les volontaires qui agissent au sein de ces structures ou y exercent une responsabilité sont sous la coupe d'une inca-

²⁷⁴ Article L. 116- 4 du Code de l'action sociale et des familles : « I.-Les personnes physiques propriétaires, gestionnaires, administrateurs ou employés d'un établissement ou service soumis à autorisation ou à déclaration en application du présent code ou d'un service soumis à agrément ou à déclaration mentionné au 2° de l'article L. 7231-1 du Code du travail ainsi que les bénévoles ou les volontaires qui agissent en leur sein ou y exercent une responsabilité, ne peuvent profiter de dispositions à titre gratuit entre vifs ou testamentaires faites en leur faveur par les personnes prises en charge par l'établissement ou le service pendant la durée de cette prise en charge, sous réserve des exceptions prévues aux 1° et 2° de l'article 909 du Code civil.. L'article 911du même code est applicable aux libéralités en cause. L'interdiction prévue au premier alinéa du présent article est applicable au couple ou à l'accueillant familial soumis à un agrément en application de l'article L.441-1 du présent code et à son conjoint, à la personne avec laquelle il a conclu un pacte civil de solidarité ou à son concubin, à ses ascendants ou descendants en ligne directe, ainsi qu'aux salariés mentionnés à l'article L7221-1 du Code du travail accomplissant des services à la personne définis au 2° de l'article L. 7231-1 du même code, s'agissant des dispositions à titre gratuit entre vifs ou testamentaires faites en leur faveur par les personnes qu'ils accueillent ou accompagnent pendant la durée de cet accueil ou de cet accompagnement ».

capacité de recevoir. En effet ils ne peuvent bénéficier de libéralités provenant des personnes prises en charge. L'article L 116-4 du Code de l'action sociale et des familles étend cette capacité de recevoir au couple ou à l'accueillant familial et son conjoint, partenaire de pacs ou concubin, leurs ascendants et descendants en ligne directe. Les employés de maison dédiés à aider le patient ne bénéficient pas, eux aussi, de la capacité de recevoir des libéralités. Cette nouveauté législative permet de mettre fin à des hypothèses de captation d'héritage. L'arrêt de la Cour de cassation du 25 septembre 2013²⁷⁵ en est une illustration. En l'espèce, Monsieur était décédé en laissant un fils comme héritier. Cependant, il avait établi des testaments comprenant des legs particuliers au profit de son aide-ménagère. Dans un premier temps, l'un des testaments a pu être annulé se fondant sur l'interdiction faite à la gratifié de recevoir à titre gratuit. Cependant, la Cour de cassation, au visa des articles 902 et 1165 du Code civil précise qu' « qu'aux termes du premier de ces textes, toutes personnes peuvent disposer et recevoir, soit par donation entre vifs, soit par testament, excepté celles que la loi en déclare incapables ». Ainsi, l'aide-ménagère n'était frappée d'aucune incapacité de recevoir, la validité du legs qui lui avait été consenti ne pouvait être remise en cause.

Paragraphe 2. Le sort de la donation faite à un foetus

221. L'hypothèse d'une donation faite à un foetus en droit islamique.- Pour les savants qui exigent l'acceptation du donataire²⁷⁶, la donation faite à un foetus est nulle parce que la donation est un transfert de propriété immédiat et exige l'acceptation du donataire. Cela est

²⁷⁵ Cass. Civ. 1^{re}, 25 septembre 2013, n° 12-25160, Bull. civ. 1, n° 193.

²⁷⁶ MORSI M., *Éclaircissement de nouveau droit civil*, 1^{re} éd., 1954, pp. 265 et suivantes.

impossible pour le fœtus et même pour la personne qui va s'en charger, tels que ses parents ou le tuteur. Ils ne peuvent pas accepter à la place du fœtus parce que la tutelle commence dès la naissance. Il en va différemment dans le cadre du testament qui est un contrat unilatéral dans lequel il n'y a besoin que de la seule volonté du testateur. Par conséquent, le testament peut se faire pour le fœtus. Les savants islamiques, par analogie avec les successions, permettent le testament pour le fœtus parce qu'il opère un transfert de propriété après la mort. Le fœtus en islam a la capacité de succéder donc il peut être objet d'un testament.

222. La donation faite à un fœtus en droits koweïtien et français.- Pour comparer avec le droit islamique, on peut s'intéresser à la question de la donation faite à un fœtus. En ce qui concerne le droit koweïtien, l'article 118 du Code civil permet la donation faite pour le fœtus parce que cela est fait dans l'intérêt absolu du fœtus. En ce qui concerne le droit français, la personnalité juridique est refusée à l'embryon²⁷⁷. En effet, la personnalité est acquise au moment de la naissance, si on naît vivant et viable. Il convient toutefois de noter que l'enfant conçu est considéré comme né chaque fois que tel est son intérêt. L'article 725 prévoit ainsi que « *pour succéder, il faut exister à l'instant de l'ouverture de la succession ou, ayant déjà été conçu, naître viable* »²⁷⁸. L'article 906 du Code civil précise quant à lui que « *pour être capable de recevoir entre vifs, il suffit d'être conçu au moment de la donation* ». Cela signifie qu'on considère comme déjà vivant un enfant à naître qui pourrait le cas échéant bénéficier d'une succession, d'un héritage ou d'une donation.

²⁷⁷ NEIRINCK C., L'embryon humain : une catégorie juridique à dimension variable ?, D. 2003. p. 841.

²⁷⁸ MARGUÉNAUD J.- P., Vers un statut juridique de l'enfant mort-né, RTD civ. 2005. p. 737.

Chapitre 2. L'objet dans les trois droits

223. Annonce de plan.- En ce qui concerne l'objet²⁷⁹ de la donation il y a différentes questions qui se posent. Certaines sont relatives à la nature de l'objet qui peut être donné (**Section 1**). D'autres portent sur la quote-part qui peut faire l'objet d'une donation (**Section 2**).

²⁷⁹ DEVILLE S., L'objet de la libéralité, T. 49, Defrénois, lextenso édition, 2012, Préface NICOD M.

Section 1. La nature de l'objet de la donation

224. Annonce de plan.- Il convient de voir si l'objet et la donation peut être un élément ou un produit du corps humain (**Paragraphe 1**). Il s'agit également de s'intéresser à la donation de biens à venir (**Paragraphe 2**) et à l'interdiction spécifique en droit islamique portant des objets définis comme Haram (**Paragraphe 3**).

Paragraphe 1. L'exclusion du vivant du domaine des donations stricto sensu

225. Interdiction du commerce du corps humain en droits islamique et koweïtien.- Les législateur islamique et koweïtien mettent en place l'interdiction du commerce du corps humain²⁸⁰. L'interdiction en islam se base sur la sacralité du corps humain. Le législateur koweïtien prévoit à l'article 22 du Code civil que « les choses évaluables peuvent faire l'objet de droit financiers ». Si l'objet n'est pas évaluable, alors il ne pourra jamais faire l'objet d'un contrat, ce qui est le cas du corps humain. La note explicative du droit civil koweïtien a clarifié la notion de « choses évaluables » en disant que ce sont les choses qui sont pas exclues des transactions par leur nature ou par la loi. Le législateur koweïtien ne prévoit pas expressément l'interdiction dans le Code civil. C'est dans la Constitution koweïtienne qui stipule que la charia islamique est la principale source de législation, que l'on peut trouver l'interdiction. En effet, les différentes raisons de son interdiction peuvent se trouver dans la Charia qui a réponse à toutes les questions par analogie. La loi islamique respecte l'humanité et respecte le caractère sacré du corps humain. La charia islamique considérait le corps humain comme un tabou qui ne peut pas être sujet de commerce. Toutes les sources islamiques mettent en place l'interdiction²⁸¹, étant donné la sacralité du corps humain. Ce dernier ne peut pas être sujet de commerce²⁸². Tous les savants contemporains sont d'accord sur cette opinion. Il en va ainsi de la décision du Conseil de jurisprudence islamique prise à la Mecque, lors de la huitième session

²⁸⁰ ABDUILAH M, La location d'utérus regard juridique et légitimité, mémoire de master de droit privé, Université du Koweït, 2002.

²⁸¹ ALI A., Loyer de l'utérus à la lumière des règles halal et haram études comparatives, Alexandra Moderne office, 1^e éd., 2012.

²⁸² ALHAMOUD E., L'interdiction du contrat de mère porteuse en droit Koweïtien et en droit français., Mémoire., Strasbourg . 2015. p. 30.

du 18 au 29 janvier 1985 et de la décision n°1 du 29 mars 2001 du Conseil de recherche islamique en Egypte.

226. Interdiction du commerce du corps humain en droit

français.- En droit français, la primauté de la personne interdit toute atteinte à la dignité de celle-ci et garantit le respect de l'être humain dès le commencement de sa vie. Ceci est notamment fondé sur le principe de dignité qui est de valeur constitutionnelle²⁸³. Ainsi, le corps humain, ses éléments et ses produits ne peuvent faire l'objet d'un droit patrimonial²⁸⁴, tel que le précise l'article 16-1 du Code civil français qui énonce que « le corps humain, ses éléments et ses produits ne peuvent faire l'objet d'un droit patrimonial ». On retrouve ces principes dans le Code civil et notamment à l'article 16-5 du code civil qui énonce que « *les conventions ayant pour effet de conférer une valeur patrimoniale au corps humain, à ses éléments ou à ses produits sont nulles* ». Il en va de même avec l'article 16-7 du code civil qui précise que « *toute convention portant sur la procréation ou la gestation pour le compte d'autrui est nulle* ». Enfin, l'article 16-9 du code civil énonce que les dispositions du présent chapitre sont d'ordre public. La contrariété à l'ordre public du contrat de mère porteuse a été consacrée par la jurisprudence de la cour de cassation, statuant en assemblée plénière, le 31 mai 1991²⁸⁵.

227. Questionnement sur l'interdiction de la donation du corps humain et de ses produits.- Le corps humain est exclu du commerce juridique. Mais comment qualifier le don d'organe ?

²⁸³ Le conseil constitutionnel à travers sa décision du 27 juillet 1994 (numéro 94 -343/344) relative aux lois de la bioéthique du 29 juillet 1994, affirme que « la sauvegarde de la dignité de la personne humaine contre toute forme d'avertissement et de dégradation ».

²⁸⁴ LABBEE X., La personne, l'âme et le corps, Les petites affiches, 2002, n° 243, p. 5.

²⁸⁵ Cass. Ass. plénière. 31 mai 1991, n° 90-20105.

228. Le don d'organe en droit islamique.- L'académie de jurisprudence islamique dont le siège se situe à Djeddah en Arabie Saoudite, lors d'un colloque du 6 au 11 février 1988, a considéré qu'il est autorisé de faire don de ses organes après la mort mais émet toutefois des conditions : que le bénéficiaire en ait un besoin vital, que le donateur ou ses héritiers l'autorisent et que cela ne fasse pas l'objet d'un commerce. D'autres autorités religieuses, à titre individuel ou collectif vont dans le même sens en arguant du fait que les intérêts des vivants passent avant ceux des morts, que cela va dans le sens de l'intérêt général, que c'est en conformité avec les finalités de l'islam et que c'est un moindre mal Allah a dit dans le coran « C'est pourquoi Nous avons prescrit pour les Enfants d'Israël que quiconque tuerait une personne non coupable d'un meurtre ou d'une corruption sur la terre, c'est comme s'il avait tué tous les hommes. Et quiconque lui fait don de la vie, c'est comme s'il faisait don de la vie à tous les hommes. En effet Nos messagers sont venus à eux avec les preuves. Et puis voilà, qu'en dépit de cela, beaucoup d'entre eux se mettent à commettre des excès sur la terre »²⁸⁶. Le verset 32 de la Sourate 5 précise que « Quiconque sauve la vie d'un seul être humain est considéré comme ayant sauvé la vie de l'humanité tout entière ».

229. Le don d'organe en droit islamique considéré comme un contrat spécifique et non comme une donation.- Il convient toutefois de noter que la question de la licéité du don d'organe est une question nouvelle qui n'est apparue qu'avec le progrès de la médecine moderne. Ainsi, aucun Hadith ou verset du Coran explicite ce sujet. Cependant, les différents savants islamiques se sont penchés sur la question. Ils ont consulté les spécialistes de médecine, passé au crible les textes religieux et les traités de jurisprudence avant d'émettre des avis. Ils en ont conclu que les éléments et les produits du

²⁸⁶ Le Coran Sourate 5, versets 32.

corps humain sont exclus des libéralités et sont un contrat médical spécifique.

230. Le don d'organe en droit koweïtien considéré comme un contrat spécifique.- Le premier pays arabe à en autoriser la pratique a été le Koweït, avec une fatwa²⁸⁷ promulguée en 1979. Elle était suffisamment permissive et a servi de modèle aux jurisconsultes dans d'autres pays de la région. Elle a été suivie de la décision consensuelle du conseil de l'Académie des sciences du droit islamique réuni à Djeddah en Arabie Saoudite en août 1988. Depuis, plusieurs jurisconsultes ont émis des fatwas autorisant le prélèvement d'organes, en insistant sur la notion de don volontaire et l'interdiction d'en faire le commerce. Pour cet acte, c'est l'application du droit de la transplantation d'organes²⁸⁸ qui s'applique et ce n'est pas considéré comme une donation.

231. La position de la doctrine française quant à la qualification du don d'organe et des produits du corps humain.- Pour différents auteurs, cela peut être qualifié comme une donation. Il en va ainsi du doyen Carbonnier²⁸⁹. On peut également relever la position de M. Labbée qui affirme que : « *le "don" de la semence humaine au CECOS ressemble à une donation à charges* »²⁹⁰. Ces positions peuvent se justifier par le caractère gratuit du don d'organe ou de produits du corps humain. De plus, il a été relevé que l'emploi du terme don pousse à aller dans le sens de la qualification de donation.²⁹¹

²⁸⁷ Dans l'islam, une fatwa est un avis juridique donné par un spécialiste de la loi islamique sur une question particulière. En règle générale, une *fatwa* est émise à la demande d'un individu ou d'un juge pour régler un problème sur lequel la jurisprudence islamique n'est pas claire. Un spécialiste pouvant donner des *fatwas* est appelé un mufti.

²⁸⁸ Droit n° 55/1987.

²⁸⁹ CARBONNIER J., Droit civil, les obligations, T. 4, PUF, 22^e éd, 2000, § 57, pp. 119 et suivantes; LOISEAU G., Le nom, objet d'un contrat, T. 274, Thèse, LGDJ, 1997, p. 53.

²⁹⁰ LABBÉE X., « La condition juridique du corps humain avant la naissance et après la mort », .PUL, 1990, p. 344.

²⁹¹ KOUBI G., « Réflexions sur la gratuité dans le droit de la santé », RDSS, 1999, pp. 1 et suivantes.

Cependant, pour une partie de la doctrine, la donation des organes se heurtent aux principes fondamentaux du droit civil qui interdisent la marchandisation du corps. Suivant ce raisonnement, la qualification stricto sensu de donation ne pourrait être retenue. Selon Madame Deville²⁹², l'article 16-5 du Code civil qui énonce que « Les conventions ayant pour effet de conférer une valeur patrimoniale au corps humain, à ses éléments ou à ses produits sont nulles » s'applique certes aux actes onéreux mais également aux libéralités et donc aux donations. Selon cet auteur, la libéralité, fondée sur une intention libérale, est liée à la dimension patrimoniale puisque « l'intention libérale (...) n'est autre que la volonté d'enrichir autrui »²⁹³. De plus, selon Madame Deville, un autre argument vient rendre impossible l'assimilation du don d'organe et des produits du corps humain à la donation. En effet, elle relève l'absence d'une intention libérale dans un tel don puisque la personne qui met en place un tel don n'a pas en parallèle la volonté d'avantager patrimonieusement autrui. Enfin, l'argument apporté par cet auteur repose sur le fait que le disposant donne à des personnes bien précises. Ce qui n'est pas le cas pour les dons d'organes ou de produits du corps humain dans lesquels l'anonymat est présent²⁹⁴. Pour ces différentes raisons, la qualification de donation ne peut être retenue. Il faut plutôt retenir une qualification de contrat spécifique justifié par leur finalité thérapeutique.

²⁹² DEVILLE S., L'objet de la libéralité, Tome 49, Déférions, lextensio édition, 2012, préface NICOD M, p. 50.

²⁹³ DEVILLE S., L'objet de la libéralité, Tome 49, Déférions, lextensio édition, 2012, préface NICOD M p. 49.

²⁹⁴ LABRUSSE C., BAUDOIN J.- L., « Produire l'homme : de quel droit ? Étude juridique et éthique des procréations artificielles », PUF, 1987.

Paragraphe 2. L'interdiction de la donation de biens futur et a venir

232. Définition des biens à venir.- Les biens présents sont composés des biens dont le donateur est propriétaire actuellement. Cela concerne également les biens qui sont affectés d'un terme ou d'une condition. Il y a également la catégorie de biens à venir. Dans ce cas, le donateur n'a aucun droit actuel. Il se propose d'acquérir ces biens avant sa mort et il laissera ces biens à son décès. Les biens futurs sont composés des biens qui ne sont pas présents au moment de la conclusion de la donation.

233. L'existence de deux courants en droit islamique.- En ce qui concerne le droit islamique, il y a deux courants concernant la donation du biens à venir et futur. Tout d'abord, l'Imam Malik qui dit que la donation du bien à venir est validé par exemple si quelqu'un dit à l'autre je vais vous donner l'animal quand il va naître donc il n'existe pas au moment du contrat. Pour l'imam MaliK., cette donation est possible parce que il n'y a pas de danger dans ce type de contrat. En effet, ils sont sans contrepartie car l'autre partie n'a rien à payer. Il n'y a pas de risque même si l'animal n'est pas né. Cependant, la plupart des savants islamiques interdisent ce type de donation. En effet, par analogie au contrat de vente, l'objet doit exister au moment où le contrat est conclu pour éviter l'annulation du contrat dans l'hypothèse où la chose ne viendrait pas à exister²⁹⁵. Les donations de bien à venir sont également interdites parce qu'on considère que c'est un Gharar. Le Gharar est entendue comme un acte dans lequel il y tromperie ou ignorance sur l'objet du contrat. La donation est donc interdite en tant

²⁹⁵ IBRAHIM A., Iltizam al- tabaroat, Majalat al-canon wa al-iktissad, n° 5, 1937, p 632.

que Gharar si on ne sait pas si l'objet existe, ou si on ne connaît pas quelle est sa quantité.

234. Le droit koweïtien.- En ce qui concerne le droit koweïtien, il suit l'opinion de la plupart des savants islamiques et interdit la donation de bien futur et à venir. Dans l'article 169 du code civil, il est dit que toute transaction sur succession future est nulle. Cette interdiction concerne les biens à venir. L'article 526 du Code civil koweïtien énonce que « la donation de bien futur est nulle » .

On peut noter que l'hypothèse de la donation à terme ou sous conditions peut être qualifiée de donation de bien présent. Il en va ainsi par exemple dans l'hypothèse dans laquelle un individu dit à un autre individu qu'il lui donne la somme de mille euros mais qu'il les aura à sa mort. C'est une donation de bien présent et non de bien futur. C'est une donation à terme. Cependant, s'il dit après ma mort tu prendras la somme dans la succession, cette donation est qualifiée comme nulle car entendue comme une donation de bien à venir interdit selon l'article 169 du code civil²⁹⁶. On peut préciser également que dans le cas de donation sous condition résolutoire ou suspensive, c'est une donation de bien présent. Enfin est interdit la donation de bien futur qui n'existe au moment de conclure le contrat de donation. Il en va ainsi par exemple d'une maison qui n'est pas encore construite.

235. Le droit français.- La donation ne peut, en principe, porter que sur des biens présents. Cela est prévue à l'article 943 du Code civil qui énonce que « la donation entre vifs ne pourra comprendre que les biens présents du donateur ; si elle comprend des biens à venir, elle sera nulle à cet égard ». La donation est donc nulle lorsqu'elle a pour objet des biens à venir. La donation est également nulle quand l'objet de cette donation est un bien futur que le propriétaire se propose

²⁹⁶ ALYAQOUB B., Le contrat de donation dans le droit civil koweïtien étude comparative, Koweït, 1^e éd., 1986, p. 259.

d'acquérir. La nullité de la donation est prônée car si le « donateur » n'acquière pas ce bien, la donation ne pourrait jamais avoir lieu.

236. L'hypothèse particulière de la réversibilité de l'usufruit.- On peut remarquer que l'hypothèse de la clause de réversion de l'usufruit au bénéficiaire du conjoint survivant était considérée par la Cour de cassation comme une donation de bien à venir. La Cour de cassation l'analyse à présent comme une donation à terme de biens présents.²⁹⁷

237. La particularité du droit français : l'admission de la donation matrimoniale de bien à venir.- Il convient de relever que l'admission de la donation de biens à venir entre époux est une particularité du droit français qui n'existe pas en droits islamique et koweïtien. C'est une convention par laquelle le disposant confère au gratifié qui l'accepte le droit de prendre gratuitement des biens dans sa succession, ce qu'on appelle des biens à venir c'est-à-dire ceux que le donateur laissera à son décès²⁹⁸. En droit français, cette convention est nulle si elle n'a pas de caractère matrimonial. Il convient de relever qu'elle peut se réaliser par contrat de mariage entre les futurs époux ou des tiers peuvent également en faire au profit des futurs époux²⁹⁹.

238. L'hypothèse des donations à terme.- En dehors des donations entre époux, si la donation ne peut porter que sur des biens présents, il faut s'attarder sur les donations à terme. Dans cette hypothèse, l'obligation de délivrance du bien donné est liée à la réalisation d'un événement futur et certain. On peut prendre l'exemple d'une donation d'une somme d'argent qui est liée à la construction d'un logement. Dans cette situation, le donataire reçoit l'argent au fur et à mesure des demandes du constructeur. Il convient alors de noter que des

²⁹⁷ MALAURIE Ph., BRENNER C., Les successions les libéralités., LGDG, 8^e éd., 2018, p 241.

²⁹⁸ GRIMALDI M., La nature juridique de l'institution contractuelle, thèse, ronéo, paris II, 1977.

²⁹⁹ Articles 1082 à 1086 du Code civil.

questions peuvent se poser quant à la qualification de l'acte quand le terme est constitué par le décès du donateur. On peut se demander si on est en présence d'une donation de biens présents ou une donation de bien à venir. La qualification de donation de bien à venir peut être retenue lorsque son droit est lié au fait que le bien doit se retrouver dans la succession lors du décès. Il faut préciser que la qualification n'est toutefois pas simple et il faut ainsi s'en remettre à l'appréciation souveraine des juges du fond.

Paragraphe 3. L'interdiction de l'investissement dans l'objet illicite en droit islamique

239. L'usure considérée comme illicite.- En droit islamique, certains principes doivent être respectés dans les relations commerciales. Il en va ainsi de l'interdiction du Riba³⁰⁰ qui signifie surplus, usufruit. Cela recouvre l'usure et les intérêts. Il est illicite selon le Coran et la Sunna. Différents versets traitent du Riba³⁰¹. Allah (Gloire à Lui) dit dans le Coran à ce propos : « Ceux qui pratiquent (mangent) l'intérêt ne se lèvent qu'à la manière de celui qui, frappé de folie, est rossé à tort et à travers par le Diable. Et ce parce qu'ils ont dit que le commerce n'était rien d'autre qu'une forme d'intérêt. Or Dieu a permis le commerce et a interdit l'intérêt. O vous qui avez cru! Craignez Dieu et abandonnez le restant de l'intérêt si vous êtes croyants. Si vous ne le faites pas, acceptez alors une guerre de la part de Dieu et de Son Messager. Si vous revenez au droit chemin, vous avez droit à vos capitaux. Vous ne commettez pas d'injustice et vous n'en subissez point.»³⁰².

240. Une définition précise du Riba. Le Riba est la vente ou échange d'un bien contre un autre de même nature avec un surplus. Le Prophète (PSL) a dit : "De l'or contre de l'or, de l'argent contre de l'argent, du blé contre du blé, de l'orge contre de l'orge, des dattes sèches contre des dattes sèches, du sel contre du sel : quantité égale

³⁰⁰ BOUDJELLAL M., *Le Système bancaire islamique : aspects théoriques et pratiques* », éditions de l'institut international de la pensée islamique à Paris, 1981.

³⁰¹ Le Coran Sourate 2, Versets : 275, 276, 278, 279 et 280 ; Sourate 3, Verset 130 et Sourate 30, Verset 39.

³⁰² Le Coran Sourate 2, Versets 275, 278 et 279.

contre quantité égale, main à main. Celui qui donne un surplus ou prend un surplus tombe dans l'intérêt..."³⁰³ .

241. L'impossibilité de faire une donation de la Riba.- Les règles relatives à l'interdiction de la Riba entraîne la conséquence qu'il est illicite de faire une donation du produit d'une Riba.

242. L'interdiction du Qimar (Maysir).- Une autre interdiction existe en droit islamique. Il s'agit du Qimar (ou Maysir)³⁰⁴ qui se définit comme toute forme de contrat dans lequel le droit des parties contractantes dépend d'un événement aléatoire. Il s'agit par exemple des jeux de hasard. L'interdiction du Maysir et du Qimar est précisée dans le Coran : « O vous qui avez cru ! Le vin, la divination par les entrailles des victimes ainsi que le tirage au sort (jeu de hasard : Maysir) ne sont qu'un acte impur de ce que fait Satan. Evitez le !....Le diable ne cherche qu'à introduire parmi vous les germes de la discorde par l'animosité et par la haine à travers le vin et le jeu (de hasard) et à vous détourner de l'invocation de Dieu et de la prière. Allez-vous donc y mettre fin ? »³⁰⁵. En matière de donation, il convient de préciser que tout ce qui est issu du Qimar ne peut faire l'objet d'une donation.

243. Des produits illicites.- Il convient également de noter que des produits sont considérés comme illicites. Il s'agit par exemple de l'alcool, de la pornographie, de l'industrie porcine, du tabac, des vins. On ne peut ne donner ni vendre ni acheter l'illicite. Allah qui a interdit de consommer ou de pratiquer l'illicite, a interdit aussi son achat, sa vente son échange ou sa donation. Plus spécifiquement pour le vin, on cite le Hadith suivant : le Prophète a maudit dix catégories de

³⁰³ AL-NAWAWI Y., *Le Sahih Muslim: Recueil des Hadiths authentiques du prophète*, T. 10, Beyrouth, DKI, 2011. n° 1584.

³⁰⁴ LACHEMI S., « L'Islam et le monde des affaires », éditions d'Organisation, 2003 (en français et en anglais).

³⁰⁵ Le Coran Sourate 5, versets 90 et 91.

gens : Le Prophète (PSL) a dit : « Dieu a maudit le vin, celui qui le boit, celui qui le sert, celui qui le vend, celui qui l'achète, celui qui foule son raisin, celui pour qui il est préparé, celui qui le transporte, celui qui l'a commandé et celui qui en touche le prix »³⁰⁶. Ces interdictions comprennent aussi la transaction du produit illicite entre les musulmans et les non-musulmans.

³⁰⁶ AL-NAWAWI Y., Le Sahih Muslim: Recueil des *Hadiths* authentiques du prophète, T. 10, Beyrouth, DKI, 2011.

Section 2. Des questions relatives à la quote part pouvant être donné

244. Annonce de plan.- Lorsqu'on s'interroge sur la quote part pouvant être donné, il faut évoquer l'hypothèse de la donation faite en cas de maladie mortelle du donateur. C'est une hypothèse particulière des islamique et koweïtien (**paragraphe 1**). Il convient également de revenir sur les règles de la réserve héréditaire applicable en droit français (**paragraphe 2**).

Paragraphe 1. La donation en cas de maladie mortelle : la particularité des droits islamique et koweïtien

245. La liberté de disposer de l'ensemble de ses biens.- En droits islamique et koweïtien, en réalité, tout individu a le droit de disposer de tout son argent et ses biens à destination de qui il veut. Cela peut se faire par la vente, la donation ou tout autre comportement juridique. Il a la liberté absolue de vendre ou donner ses biens.

246. Testament.- Toutefois, il se pourrait que les héritiers soient touchés si la personne a disposé de ses biens, cela ayant des conséquences lors de son décès. Il existe des règlements dans la Charia islamique pour ce qui est du testament exécuté après le décès du concerné afin de ne pas affecter les héritiers.

247. Donation.- De son vivant et en bonne santé, l'individu est plus apte à connaître son profit et a le droit de disposer de tous ses biens et de son argent. Cependant, si une personne souffre d'une longue maladie invalidante qui se rapproche de sa mort, les législateurs islamique et koweïtien ont limité sa capacité de donner afin de le protéger ainsi que ses héritiers. C'est pour cela que la donation en cas de maladie mortelle, selon les règles de la Charia islamique, prend la forme du testament et on applique les règles du testament³⁰⁷. Dans la loi koweïtienne, l'article 529 du Code civil stipule que « lors de la maladie mortelle, on applique les règles du testament à la place des règles de la donation ». Les héritiers doivent prouver que l'acte a eu lieu pendant la période de la maladie mortelle afin qu'on applique les règles du testament.

³⁰⁷ MORSI M., *Éclaircissement de nouveau droit civil*, 1^e éd., 1954, p. 362.

On peut conclure sur ce point que la personne du son vivant et en bonne santé peut disposer de tout ou partie de ses biens même par donation. Cependant, en cas de donation effectuée pendant une maladie mortelle, on applique les règles du testament pour protéger les droits des héritiers. Ainsi, la donation ne peut dépasser le tiers des biens de donateur comme en matière de testament. En effet, d'après Sa'd Ibn Abi Waqas (qu'Allah l'agrée) rapporte que : « *J'ai dit au Prophète (PSL): Est-ce que je peux faire une wasiyya (un testament) de tout mon argent ?*

Le Prophète (PSL) a dit : «Non ».

J'ai dit : De la moitié alors ?

Le Prophète (PSL) a dit : «Non ».

J'ai dit : Le tiers ?

*Le Prophète (PSL) a dit : Alors le tiers et le tiers c'est beaucoup. Que tu laisses tes héritiers riches vaut mieux que tu les laisses pauvres et réduits à tendre la main aux gens.... ».*³⁰⁸

248. Définition de la maladie mortelle.- Contrairement à la législation koweïtienne, dans la charia islamique il existe la notion de maladie mortelle. La majorité des savants islamiques définissent la maladie mortelle comme la maladie qui en général entraîne le décès de la personne. C'est en général constaté et qualifié par les médecins mais les savants islamiques donnent quelques indices pour qualifier si la maladie est mortelle ou non. Il en va ainsi par exemple si la personne est alitée, ou si elle ne peut pas marcher trois pas sans aide, ou si elle ne peut pas faire sa prière debout. La mort doit arriver dans l'année des premiers symptômes pour qu'on applique les règles du testament. Il y a des hypothèses dans lesquelles on applique cette règle même en l'absence de maladie mortelle. Ainsi, il en va ainsi, bien que l'individu soit en bonne santé, pour le condamné à la mort, la personne qui se trouve encerclé lors d'une guerre ou dans un bateau

³⁰⁸ AL-NAWAWI Y., Le Sahih Muslim: Recueil des *Hadiths* authentiques du prophète, T. 10, Beyrouth, DKI, 2011, n° 1628.

en train de couler. Il se verra comme celui qui agonise car il voit la mort et se comportera comme lui quand il sentira sa mort. Il conclura donc des actes qu'il n'aurait pas fait en étant en bonne santé. Par conséquent dans tous ces cas, on applique les règles du testament. Concernant la maladie chronique si la durée dure plus d'une année comme c'est le cas pour la tuberculose ou une maladie invalidante, elle ne rentre pas dans le cas de la maladie mortelle. C'est ce qui a été édicté par la code civil Ottoman et par la jurisprudence koweïtienne lors du prononcé de plusieurs décisions juridiques. En 1979, la Cour de cassation koweïtienne s'est prononcée sur ce point. En l'espèce, il s'agissait d'une personne atteinte d'une paralysie ancienne et d'une infection pulmonaire aigue. L'individu conclut un contrat de vente le 22 mars 1976 et décède le 29 novembre 1977 suite à un accident vasculaire cardiaque. Les héritiers ont revendiqué du tribunal l'annulation du contrat de vente en raison de la maladie qu'ils qualifiaient de mortelle. Cependant, le tribunal, sur le fondement de l'article 595 du Code civil ottoman qui définit la maladie mortelle, a répondu que le contrat de vente a été fait lors d'une maladie chronique et non d'une maladie mortelle. Ainsi, le contrat de vente a été maintenu³⁰⁹.

249. L'hypothèse d'une personne atteinte de maladie mortelle qui guérit.- Si une personne était atteinte d'une maladie mortelle et qu'elle est finalement guérie, les actes effectués durant la période de cette maladie ne seront pas pris en compte pour l'application des règles du testament. C'est de l'appréciation souveraine des juges de fond de qualifier si les actes ont été pris dans la période de la maladie mortelle.

250. La capacité de la personne atteinte de maladie mortelle.- On peut conclure que la personne atteinte de maladie mortelle ne perd pas sa capacité mais pour protéger les héritiers, on applique les

³⁰⁹ Civ. K., 13 décembre 1979, n° 10/ 1979.

règles du testament par rapport aux donations qui ont été faites. Si la donation est faite pour autrui dans le cadre de la maladie mortelle et qu'il n'y a pas d'héritier, elle prend la nature d'un testament. La donation est exécutée même s'il s'agit de l'ensemble des biens si le donateur n'a pas d'héritiers. Personne n'a le droit de s'opposer. Dans l'hypothèse dans laquelle le donateur a des héritiers, la donation ne peut être exécutée que pour les tiers des biens. Si le tiers est dépassé, les héritiers ont le droit de s'opposer. En revanche, s'ils sont d'accord, la donation pourra être exécutée. Si la donation a été faite au profit d'un seul des héritiers lors de la période qualifiée de maladie mortelle, elle prend la forme d'un testament et ne sera pas exécutée sauf avec la permission des autres héritiers car en droit islamique le testament en faveur des héritiers est interdit. Ainsi, l'Islam a permis son exécution que sur la base de l'autorisation des héritiers afin d'éviter le litige et la rupture familiale comme le stipule l'article 879/1 de la Revue des actes juridiques. L'autorisation des héritiers doit intervenir après la mort et non avant. L'héritier est celui qui hérite au moment de la mort et non de la donation.

251. Les dettes du donateur lors d'une donation en cas de maladie mortelle.- Si le donateur était débiteur et que la dette consomme tout le bien, la donation n'est pas à exécuter ni à l'héritier ni à des tiers sauf autorisation des créanciers. On applique les règles du testament. Dans ce cadre, selon l'article 880 du Code civil Ottoman les héritiers n'ont le droit de profiter des biens qu'une fois avoir honoré les dettes. Si les créanciers ont autorisé la donation faite à un tiers, les héritiers dans ce cas ont le droit de s'opposer à la donation de plus du tiers parce qu'on applique les règles du testament.

Paragraphe 2. la réserve héréditaire en droit français

252. L'existence de la réserve héréditaire en droit français.-

En droit français, il existe la notion de réserve héréditaire, entendue comme la part du patrimoine que le défunt doit réserver à ses héritiers réservataires. En parallèle de la réserve héréditaire, on trouve la quotité disponible qui est la part du patrimoine dont le donateur peut disposer librement. En droits islamique et koweïtien, la notion de réserve héréditaire n'existe que dans le cadre du testament. Lors de la rédaction d'un testament, une personne doit respecter différentes règles en faveur de certains héritiers. Il convient toutefois de noter que cet individu aura pu, par le biais d'une donation, disposer de la totalité de ses biens en faveur de tiers. A l'ouverture de la succession, les héritiers, notamment les enfants, ne pourront réclamer à ces tiers les biens donnés quel que soit la proportion de biens donnés. En effet, ici, ce sont les droits des tiers qui l'emportent. En droit français, il en va autrement. Il est impossible de déshériter un héritier réservataire. En effet, la donation permet d'anticiper la transmission du patrimoine qui a lieu en principe lors de la succession. Cependant, si on peut disposer de son patrimoine de son vivant, on doit respecter les droits des héritiers réservataires qu'on ne peut déshériter.

253. Le calcul de la réserve en droit français.- Ainsi, en droit français, à l'ouverture de la succession, le calcul de la réserve devient nécessaire pour vérifier si les libéralités consenties par le défunt excèdent la quotité disponible. Selon l'article 922 du Code civil, la réserve se calcule sur la masse des biens existants au décès après déduction des dettes et des charges. Il convient de préciser que pour le calcul de la réserve on réunit fictivement les biens donnés par dona-

tions entre vifs, quelle que soit la forme de la donation. Lorsque les libéralités consenties par le défunt excèdent le montant de la réserve, les héritiers peuvent demander la réduction de ces libéralités.

254. Les héritiers réservataires en droit français.- S'il faut s'intéresser aux héritiers réservataires, l'on peut préciser que lorsque le défunt laisse des descendants, ils ont seuls la qualité de réservataires, quelque soit la nature de la filiation qui les unit au défunt. Toutefois, l'adopté simple n'a pas la qualité de réservataire dans la succession des ascendants de l'adoptant. Pour bénéficier de la réserve, l'héritier doit venir effectivement à la succession, ce qui exclut l'héritier qui a renoncé à la succession ou l'héritier qui est dans une situation d'indignité. En l'absence de descendants venant à la succession, le conjoint survivant non divorcé est héritier réservataire.

255. La quote part disponible.- Selon l'alinéa 2 de l'article 912, la quotité disponible est : « la part des biens et droits successoraux qui n'est pas réservée par la loi et dont le défunt a pu disposer librement par des libéralités ». Selon les termes de l'article 913 du Code civil, en présence de descendants comme unique héritiers réservataires, la quotité disponible est égale à la moitié de la succession si le défunt laisse un seul enfant, un tiers, s'il laisse deux enfants et un quart s'il laisse trois enfants ou plus. Lorsque le seul héritier réservataire est le conjoint survivant, la quotité disponible est de trois quarts de la succession.³¹⁰ Lorsque le défunt laisse des descendants, issus ou non du mariage, il peut disposer en faveur de son conjoint soit de la quotité disponible ordinaire, soit d'un quart de ses biens en propriété et des trois quarts en usufruit, soit de la totalité de ses biens en usufruit.

³¹⁰ LEVILLAIN N., FORGEARD M.- C., et BOICHE A, Liquidation des successions, 3^e éd., 2016-2017.

Chapitre 3. La cause dans le contrat de donation

256. La cause dans le contrat de donation en vertu du droit islamique.- Il faut noter que la but de donation en droit islamique et d'avantager le donateur car c'est lui qui va avoir la récompense du Dieux à l'inverse du droit koweïtien et français. En effet, dans ce cas, le but de donation est d'avantager le donataire car c'est lui qui bénéficie de l'enrichissement³¹¹. Rappelons qu'en droit islamique, la donation est considérée comme faisant partie des bonnes œuvres à accomplir car elle tend à consolider les liens sociaux. Il faut noter que la notion de cause en droit islamique est conçue de manière plus étroite que dans les droits koweïtien et français. En effet, même si dans certain cas même, la cause existe et est licite la donation sera considérée comme nulle car contraire à l'objectif tourné vers Dieu.

257. Droit koweïtien.- En droit koweïtien, c'est l'article 176 du Code civil qui précise que « Le contrat est nulle si les parties s'engager sans cause ou pour cause illicite ». Il est donc bien mention de l'existence d'une cause et l'illicéité de celle-ci.

258. La révocation de la notion de « cause » du Code civil français.- Conformément à l'ancien article 1108 du Code civil français, promulgué antérieurement ³¹² à l'ordonnance n° 2016-131 du

³¹¹ SWAR W., l'expression de la volonté dans le fiqh islamique étude comparative, 1^e éd., 1960, p. 710.

³¹² Art. 1108 ancien du Code civil : « *Quatre conditions sont essentielles pour la validité d'une convention : Le consentement de la partie qui s'oblige ; Sa capacité de contracter ; Un objet certain qui forme la matière de l'engagement ; Une cause licite dans l'obligation* ».

10/02/2016³¹³, la cause était considérée comme une condition de validité du contrat. Il est à noter ici que le régime juridique de la cause était encadré par les articles 1131 et suivant du Code civil français et par la jurisprudence. Cependant, l'ordonnance n° 2016-131 a supprimé cette condition essentielle dans le contrat, à savoir la cause. En effet, l'article 1128 du Code civil français, après la promulgation de l'Ordonnance n° 2016-131 dispose que : « Sont nécessaires à la validité d'un contrat : 1° Le consentement des parties ; 2° Leur capacité de contracter ; 3° Un contenu licite et certain ».

Le Rapport au Président de la République relatif à l'ordonnance n° 2016-131 du 10/02/2016 portant réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations mentionnait que « *l'abandon formel de la notion de cause, qui a suscité de nombreux débats, permettra à la France de se rapprocher de la législation de nombreux droits étrangers, tout en consacrant dans la loi les différentes fonctions, dont celle de rééquilibrage du contrat, que la jurisprudence lui avait assignées* ». De ce fait, bien que la notion de cause ait été retirée, l'ordonnance n° 2016-131 a sauvegardé ses fonctions essentielles.

259. Annonce de plan.- Etant donné que la cause ou en tout cas ces fonctions essentielles sont présentes dans les trois droits, il semble essentiel d'aborder l'existence de la cause et la licite de la cause (**Section 1**). Ensuite, nous nous intéresserons à cette question en matière de donations sous conditions et de donations avec des clauses d'inaliénabilité (**Section 2**). Et, enfin, nous allons aborder certaines particularités concernant les trois droits islamique, koweïtien et français (**Section 3**).

³¹³ Ordonnance n° 2016-131 du 10 février 2016 portant réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations, entrant en vigueur le 1^{er} octobre 2016.

Section 1. L'existence et la liceité de la cause

260. La cause doit exister. De prime abord, il faut savoir que la cause a pour fonction de vérifier qu'une justification de l'obligation contractée existe. À cet effet, l'ancien article 1131 du Code civil français, avant sa modification par l'Ordonnance 2016-131, disposait que : « *L'obligation sans cause, ou sur une fausse cause, [...], ne peut avoir aucun effet* ». C'est la même chose pour le droit civil koweïtien à l'article 176 du Code civil. Il en va aussi de même dans la charia islamique où il est écrit que la cause doit exister afin de générer et accroître l'amour, comme l'expose le Hadith du Prophète précité.

261. La cause objective.- Pour apprécier l'existence de la cause, la jurisprudence française retient une cause objective qu'on a pu appeler également la cause de l'obligation. Cela recouvre l'objectif qui incite le débiteur à s'engager pour conclure le contrat. Elle est identique pour chaque catégorie de contrat. Désormais, l'article 1169 du Code civil énonce qu'« *un contrat à titre onéreux est nul lorsque, au moment de sa formation, la contrepartie convenue au profit de celui qui s'engage est illusoire ou dérisoire* ».

262. La disparition de la cause.- S'agissant de la disparition de la cause après la formation du contrat et des contrats interdépendants, le nouvel article 1186 du Code civil français dispose dans son premier alinéa que « *Un contrat valablement formé devient caduc si l'un de ses éléments essentiels disparaît.* ». Par ailleurs, les alinéas deuxième et troisième du même article énoncent que : « *Lorsque*

l'exécution de plusieurs contrats est nécessaire à la réalisation d'une même opération et que l'un d'eux disparaît, sont caducs les contrats dont l'exécution est rendue impossible par cette disparition et ceux pour lesquels l'exécution du contrat disparu était une condition déterminante du consentement d'une partie. La caducité n'intervient toutefois que si le contractant contre lequel elle est invoquée connaissait l'existence de l'opération d'ensemble lorsqu'il a donné son consentement ».

263. Les conséquences de l'absence de cause.- L'absence de cause entraîne la nullité de la libéralité. Il en va différemment si la cause a disparu de manière non-rétroactive ³¹⁴ . En effet, la nullité de la donation ne peut être prononcée, les conditions de validité d'un acte s'appréciant au jour de sa formation.

264. Interdiction de la cause illicite.- En droit français, il convient également de noter que la cause peut être considérée comme un outil qui est susceptible de permettre de contrôler la liceité du contrat. En effet, l'article 1131 du Code civil français disposait que : *« l'obligation [...] sur une cause illicite, ne peut avoir aucun effet »*. Par ailleurs, l'article 1133 du Code civil français précisait, pour sa part, que : *« la cause est illicite, quand elle est prohibée par la loi, quand elle est contraire aux bonnes mœurs ou à l'ordre public »*. Il s'agit des mêmes dispositions énoncées dans les articles 176 et 324, alinéa 1^{er} du Code civil koweïtien. Pareillement, dans la *Charia* islamique, la cause de tout contrat doit, toujours, être licite et avoir pour objectif de faire du bien à autrui. C'est pour cette raison qu'en Islam, la *Rachwa* (la corruption) est interdite. En fait, il est prohibé en Islam de s'approprier illégalement les biens des autres. À cet effet, Allah dit dans le Coran : *« Ô vous qui croyez ! Ne vous dépossédez pas les uns les autres*

³¹⁴ Cass. civ. 1^{re} , 11 février 1986, n° 84-15513, Bull. civ. 1, n°25.

*de vos biens par des procédés malhonnêtes ! Que vos échanges soient fondés sur des transactions librement consenties. N'attendez pas non plus à vos jours, car Dieu est Plein de compassion pour vous »*³¹⁵. Aussi, la *Rachwa* est l'illustration du fait d'offrir un bien ou un service à autrui dans le but d'inciter ce dernier à produire une décision en faveur de la personne qui lui a offert gratuitement un bien ou un service. À ce propos, Allah énonce dans le Coran que « *Ne vous dépouillez pas injustement les uns les autres de vos biens ! Ne les offrez pas non plus aux juges dans l'espoir de vous accaparer illégalement et en toute connaissance de cause d'une partie des biens appartenant à autrui »*³¹⁶.

265. La cause subjective en droit français. La jurisprudence française s'appuie sur une cause qu'on qualifie de subjective. On peut l'appeler également la cause du contrat. Cela correspond aux causes d'ordre personnel qui incitent une des parties à conclure un contrat. À cet effet, l'article 1162 du Code civil français, dispose que : « *le contrat ne peut déroger à l'ordre public ni par ses stipulations, ni par son but, que ce dernier ait été connu ou non par toutes les parties* ». La Cour de cassation avait consacré cette position dans un arrêt du 7 octobre 1998 qui précisait qu'« *un contrat peut être annulé pour cause illicite ou immorale, même lorsque l'une des parties n'a pas eu connaissance du caractère illicite ou immoral du motif déterminant de la conclusion du contrat »*³¹⁷. En droit koweïtien, il en va différemment puisque pour considérer comme nulle la donation, il faut que le donataire sache que la cause de la donation est illicite comme il est prévu à l'alinéa 2 de l'article 176 du code civil. Cette connaissance est appréciée souverainement par le juge.

³¹⁵ Le Coran Sourate 4, verset 29.

³¹⁶ Le Coran Sourate 2, verset 188.

³¹⁷ Cass. civ. 1^{re}, 7 octobre 1998, n° 96-14359, Bull. civ. 1, n° 285.

266. Les conséquences de l'illicéité de la cause.- Le caractère illicite de la cause entraîne la nullité de la disposition. C'est ce qui a été retenu, depuis longtemps, en ce qui concerne les libéralités faites à une concubine lorsqu'elles avaient pour but l'établissement ou le maintien de relations sexuelles hors mariage, comme c'est le cas, d'ailleurs, dans les droits islamique et koweïtien. Après avoir soutenu le contraire, la jurisprudence a résolu depuis 1907 que la cause illicite dans une libéralité peut être prouvée par tous moyens³¹⁸. Ce qui est l'application du droit commun de la preuve comme dans les droits islamique et koweïtien.

267. Nullité et preuve par tous moyens. La preuve relative à l'existence de la cause, à l'erreur sur la cause, à son caractère illicite ou immoral, incombe à celui qui l'invoquait. La preuve est libre et peut être démontrée par tous moyens. La nullité pour absence de cause est une nullité relative³¹⁹. Par ailleurs, la cause de la donation doit être licite et morale, sous peine de nullité absolue.

³¹⁸ Cass. Civ. 2 janvier 1907, Fruneau, DP 1907.1.137, n. A. Colin.

³¹⁹ Cass. Civ. 29 mars 2006, n° 427.

Section 2. La question de la cause en
matière de donation sous conditions et de
clauses d'inaliénabilité

268. Annonce de plan.- Pour illustrer la liceité ou la moralité de la cause, il convient de s'intéresser à la donation sous condition (**Paragraphe 1**), et, ensuite, aux clauses d'inaliénabilité (**Paragraphe 2**).

Paragraphe 1. La donation sous condition

269. La donation sous condition pour les savants islamiques.-

En ce qui concerne le droit islamique, la plupart des savants islamiques interdit la donation sous condition parce que la donation a pour objet le transfert immédiat de propriété entre vifs³²⁰. Cependant, selon l'avis de certains savants islamiques, la donation peut être faite sous condition. Cette position est soutenue par les Hanbalites, par l'imam Ibn Taymiyya et l'imam Ibn Al-Qayyim qui considèrent que la donation sous condition a la qualification d'une promesse³²¹.

270. Les donations sous conditions en droits koweïtiens et français.- Cependant, dans les droits koweïtien et français, la donation peut être constituée sous conditions suspensives et résolutoires.

271. Les conditions suspensives.- Dans le cas d'un contrat de donation soumis à des conditions suspensives, la donation dépendra d'un événement futur incertain. C'est le cas, par exemple, lorsqu'une personne déclare ceci : *«je donne mon cabinet médical si mon fils obtient son diplôme de médecine»*. Pour être légale, la condition prévue dans l'acte de donation ne doit pas dépendre de la seule volonté du donateur car elle serait, alors, contraire au principe de l'irrévocabilité des donations. Dès le moment que la condition se réalise, alors la propriété du bien donné sera transférée au profit du donataire, néanmoins, avec un effet rétroactif qui remonte jusqu'à la date de la donation. Dans l'exemple ci-dessus, au jour de l'obtention de son diplôme, le fils sera réputé propriétaire du cabinet médical de son père, depuis

³²⁰ AL-MAQDISI M (Ibn Qudama)., Al Mughni, T.1, Dar Al-Alamiyah, 2010, p. 256.

³²¹ IBN AL-QAYYIM Sh ., Kitab igatha al-lahfan min massayad ach-chaytan, Jeddah, 1^e éd., 1961, pp. 2/16- 17.

la date à laquelle la donation a été faite en sa faveur. En droit koweïtien, la condition suspensive ne doit pas être impossible. Ainsi, par exemple si quelqu'un dit à une autre personnes je te donne cet objet s'il vole illustre la condition impossible. Par ailleurs, si une personne dit je te donne cet objet si tu commets un crime, cette condition suspensive est illicite. Cela est prévu à l'article 324 alinéa 1 du code civil qui stipule que « si la condition suspensive est contraire à l'ordre public ou aux bonnes moeurs ou si la condition est impossible, l'engagement n'est pas validé ».

272. Des conditions possibles à réaliser et licites.- Dans tous les cas de figure, les conditions suspensives doivent pas être impossibles à réaliser, ni illicite. À cet effet, l'article 900 de Code civil français dispose que « *Dans toute disposition entre vifs ou testamentaire, les conditions impossibles, celles qui sont contraires aux lois ou aux moeurs, seront réputées non écrites* ». C'est la même disposition en droit koweïtien prévue à l'article 324-1 du Code civil³²². Il s'agit, en fait, du cas dans lequel, par exemple, quelqu'un dit à une autre personne : « *je te donne cette maison si le soleil se lève le soir* ».

273. La condition résolutoire.- Pour ce qui est des donations conclues avec une condition résolutoire, celles-ci sont considérés effectives à partir de la date à laquelle l'acte a été rédigé. Cependant, il est à signaler ici que l'annulation du contrat de donation peut intervenir au cas où la condition résolutoire ait lieu postérieurement. Néanmoins, dans ce cas de figure, les droits acquis ne peuvent pas être réclamés. En droit français, l'article 900 du Code civil s'applique. En droit koweïtien, l'article 324 énonce que « si la condition résolutoire est contraire à l'ordre public ou aux bonnes moeurs ou si elle est impossible, cela n'a aucun effet sur l'engagement sauf si la condition était la raison de l'engagement ».

³²² ALYAQOUB B., Le contrat de donation dans le droit civil koweïtien étude comparative, Koweït, 1^e éd., 1986, p. 327.

Paragraphe 2. Les clauses d'inaliénabilité

274. Une exigence accrue en matière de clauses d'inaliénabilité.- On peut relever que quand la donation comporte une clause d'inaliénabilité, la liceité de la cause est appréciée de manière plus stricte.

275. Les deux opinions des savants islamiques.- Sur la question inhérente aux clauses d'inaliénabilité, il existe deux opinions dans la doctrine et la jurisprudence islamiques. La première opinion est défendue par les Chafites et les Hanafites, qui considèrent que les clauses d'inaliénabilité ne sont pas prises en compte³²³ parce que ces clauses sont contraires aux objectifs auxquels concourent les contrats de donation. Selon les Chafites, ces clauses d'inaliénabilité sont des causes qui rendent nuls les contrats à titre onéreux et gratuit. Pour les Hanafites, la condition ne rend nul que les contrats à titre onéreux. Par ailleurs, la seconde opinion est soutenue par les Malikites et les Hanbalites qui estiment que les clauses d'inaliénabilité ne sont pas interdites de manière absolue. En fait, ces clauses sont acceptées dans certaines limites si elles ne sont pas contraires à l'objectif visé par le contrat. On peut citer, par exemple, le cas d'une personne qui donne une maison à une autre personne à condition qu'elle ne la vende pas. Ici la condition annule le contrat de donation car cette condition est contraire à l'objectif de ce contrat. Par ailleurs, si la clause incluse dans le contrat de donation a pour objet de ne pas vendre la maison à

³²³ IBN HAZM A., Kitab Al Muhalla, T. 9, Beyrouth, Dar ibn hazm, 2016, p. 118.

une personne précise, dans ce cas la clause sera considérée valable. Selon l'avis de l'imam Ibn Taymiyya³²⁴, le principe est la validité des contrats de donations avec une clause d'inaliénabilité sauf s'il y a un texte, un indice ou une analogie qui prévoit l'interdiction et la nullité.

276. Les clauses d'inaliénabilité en droit civil koweïtien et français.- En droit civil koweïtien, il n'existe pas de texte spécifique qui concerne la donation, mais seulement l'article 815 du Code civil koweïtien qui, lui, est une disposition à caractère général qui s'applique à tous les actes à titre gratuit ou onéreux. Cet article prévoit que les clauses d'inaliénabilité affectant un bien ne sont valables que si elles représentent un caractère de temporalité et qu'elles soient justifiées par un intérêt sérieux et légitime. L'article 900-1 de Code civil français, quant à lui, dispose que « Les clauses d'inaliénabilité affectant un bien donné ou légué ne sont valables que si elles sont temporaires et justifiées par un intérêt sérieux et légitime. Même dans ce cas, le donataire ou le légataire peut être judiciairement autorisé à disposer du bien si l'intérêt qui avait justifié la clause a disparu ou s'il advient qu'un intérêt plus important l'exige. Les dispositions du présent article ne préjudicient pas aux libéralités consenties à des personnes morales ou mêmes à des personnes physiques à charge de constituer des personnes morales ».

277. Des conditions différentes selon les droits- Par conséquent, il est à constater que le législateur koweïtien permet l'inclusion de cette clause dans tous types de contrat, à la différence du législateur français qui, lui, le permet seulement pour les contrats de donation et les testaments mais en remplissant deux conditions. En effet, ces clauses doivent, tout d'abord, être temporaires et ensuite elles doivent être justifiées par un intérêt sérieux et légitime.

³²⁴ IBN QAYYIM AL-JAWZIYYA M., *l'lam al-Muwaqqiin an Rabb al-Aalamin*, T. 2, Beyrouth, Dar al-kotob al-illmiyah, 1^e éd., 1991, p. 24.

278. La remise en cause des clauses d'inaliénabilité.- En ce qui concerne le droit civil français, le législateur trouve une solution si l'intérêt qui justifie la clause n'a plus lieu d'être ou s'il s'avère qu'une autre considération plus importante l'exige pour disposer du bien. Ceci va à l'encontre du droit civil koweïtien qui ne prévoit aucune solution dans ces cas de figure. Cependant, la jurisprudence koweïtienne a retenu la même décision que celle adoptée par le législateur français. En tous les cas, le juge détient le rôle d'appréciation pour considérer si la durée de cette clause d'inaliénabilité est logique ou non. D'ailleurs, cette durée logique pourrait être soit celle de la durée de vie du donateur ou du donataire ou d'autrui.

Section 3. La particularité de la cause **dans les trois droits étudiés**

279. Annonce de plan.- En ce qui concerne la cause dans le contrat de donation il existe certaines particularités inhérentes aux trois droits susmentionnés. À cet effet, nous allons étudier, tout d'abord, les particularités qui caractérisent la donation entre concubins en droit français (**Paragraphe 1**). Ensuite, nous allons aborder l'égalité obligatoire entre enfants en matière de donation conformément aux droits islamique et koweïtien (**Paragraphe 2**).

Paragraphe1. Les particularités inhérentes au droit français en matière de donation entre concubins

280. Contrariété à l'ordre public et à la moralité en droits islamique et koweïtien. Il faut noter que ces donations entre concubins³²⁵ sont totalement écartées dans les droits islamique et koweïtien parce qu'elles sont illicites dans le droit civil koweïtien car elles sont contraires à l'ordre public et à la moralité et qu'elles sont considérées comme Haram, c'est-à-dire prohibées, en Islam. En droit français, le régime des libéralités entre concubins a connu des évolutions profondes au cours des années. Il est à noter que durant l'Ancien Régime, la concubine était frappée d'une incapacité de recevoir³²⁶.

281. La jurisprudence française. Pendant longtemps, les donations avaient été contrôlées par la jurisprudence au regard de la cause immorale. Ainsi, une distinction était opérée. La nullité de la libéralité faite à une concubine était retenue que si la libéralité avait pour cause la volonté d'établir ou de maintenir une relation hors mariage. En revanche, si la libéralité avait suivi la rupture de l'union, elle était validée par les tribunaux qui considéraient qu'elle était l'exécution d'un devoir de conscience.

282. Une position moins rigoureuse. Cependant, peu à peu, la jurisprudence a adopté une position moins rigoureuse sur cette ques-

³²⁵ Article 515-8 du Code civil : « Le concubinage est une union de fait, caractérisée par une vie commune présentant un caractère de stabilité et de continuité, entre deux personnes, de sexe différent ou de même sexe, qui vivent en couple ».

³²⁶ MALAURIE Ph., et BRENNER C., Les succession et les libéralités, LGDJ, 7^e éd., 2016, p. 205

tion. Ainsi, souvent, la libéralité était déclarée valable car le juge estimait que la preuve de l'intention immorale n'avait pas été démontrée.

283. Un revirement jurisprudentiel. Par ailleurs, la doctrine critiquait ces distinctions qui ne correspondaient pas à l'évolution des mœurs. Un revirement apparaît en 1999, puisque la Cour de cassation a jugé, dans un arrêt du 3 février 1999³²⁷, que « n'est pas contraire aux bonnes mœurs la cause de la libéralité dont l'auteur entend maintenir la relation adultère qu'il entretient avec le bénéficiaire ».

284. Ensuite., il convient d'aborder la notion de cause en droit islamique en ce qui concerne l'égalité obligatoire entre enfants en matière de donation.

Paragraphe 2. Une notion de cause étroite en droit islamique concernant l'égalité obligatoire entre enfants en matière de donation

285. La cause en lien avec les buts de la donation.- Il est important de relever que conformément au droit islamique, la notion de cause est une notion stricte qui requiert un certain nombre de conditions. En effet, la donation peut être déclarée nulle, bien qu'elle soit réelle et licite, s'il est avéré qu'elle n'est pas conforme aux buts légaux autorisés dans le droit islamique. En fait, dans les cas où la donation ne vise pas à fortifier les relations de fraternité et d'amour entre les personnes, celle-ci peut être considérée nulle car elle constituera, dans ce cas de figure, un facteur qui sèmera la division à l'intérieur des familles. Ainsi, un des buts poursuivis par la donation est l'égalité obligatoire entre les enfants. Quand un parent décide de son vivant de faire don d'une partie de ses biens à ses propres enfants, il est inté-

³²⁷ Cass. Civ. 1^{re}, 3 février 1999, n° 96-11946.

ressant de savoir de quelle manière la division des biens octroyés doit être faite et selon quelles proportions et si le parent est libre lorsqu'il fait don de ses biens.

286. Annonce de plan.- À cet effet, nous allons étudier dans ce paragraphe les avis et opinions des savants musulmans sur ces questions. Ainsi, nous allons, dans un premier temps, aborder la doctrine défendue par les Hanbalites et les Malékites (**A**). Dans un deuxième temps, nous allons nous intéresser à la position des Chafiites et des Hanafites (**B**) et enfin, à la doctrine soutenue par l'imam Abou Yousouf (**C**).

A. La doctrine des Hanbalites et des Malékites

287. Une répartition équitable sauf justification pour l'un des enfants. De l'avis des Hanbalites ainsi que d'une partie des savants malikites, les parents doivent répartir leurs biens entre leurs enfants de manière équitable. Par conséquent, il est primordial que les parents ne fassent pas en sorte de donner plus d'avantages à l'un de leurs enfants en lui accordant, exclusivement, certains biens et que rien ne peut le justifier. Cependant, les modestes conditions matérielles de l'un des enfants peuvent constituer une raison valable qui justifie un traitement inéquitable entre les enfants.

288. La référence à un Hadith.- Cet avis doctrinal se réfère au *Hadith* authentique du Prophète Mohammed (PSL) selon lequel il est rapporté que le père de Noumân Ibnoul Bachâr sollicitait le Prophète (PSL) pour se porter témoin lors de la donation offerte à son fils, alors le Prophète (PSL) lui demandait : « *Est-ce que tu as offert la même chose à l'ensemble de tes enfants ?* ». Alors, le père de Noumân Ibnoul Bachâr lui répondait que ce n'est pas le cas et le Prophète (PSL)

lui ordonnait de restituer le bien donné. Ce *Hadith* est rapporté sous une autre version selon laquelle le Prophète (PSL) disait « : « Ayez la crainte de Dieu, traiter vos enfants avec équité »³²⁸. Une troisième version de ce même *Hadith* mentionne que le Prophète (PSL) disait : « *Ne me demande pas de témoigner dans une situation d'injustice* »³²⁹.

Cette opinion est similaire pour les Chafrites et les Hanafites.

B. La doctrine des Chafrites et des Hanafites

289. Une répartition équitable quel que soit le sexe de l'enfant.- Les savants islamiques appartenant aux deux écoles doctrinales Chafite et Hanafite estiment que la donation doit s'effectuer équitablement entre les enfants qu'ils soient de sexe masculin ou féminin. Ainsi, la donation équitable entre les enfants est recommandée sauf s'il y a une raison valable ou un motif équitable. Cela est le cas, par exemple, d'Abou Bakr, le compagnon du Prophète (PSL), qui a offert, de son vivant, à sa fille, Aïcha, des biens qui n'ont pas été offerts à ses autres enfants³³⁰. Il convient de noter que dans ce cas, Aïcha était dans une situation de besoin contrairement à ses frères et soeurs.

Enfin, il est intéressant d'étudier l'opinion de l'Imam Abou Youssouf.

³²⁸ AL-QARADAWI Y, Le *halal* (le licite) et le *haram* (l'illicite) en Islam, Dar Al Itissam, 8^e éd, 1974, pp. 240-241.

³²⁹ AL-NAWAWI Y., Le Sahih Muslim: Recueil des *Hadiths* authentiques du prophète, T. 10, Beyrouth, DKI, 2011.

³³⁰ IBN ANAS M (IMAM MALIK)., ALMWATTA, Édition Albouraq, 2004.

C. La doctrine de l'Imam Abou Youssouf

290. La prohibition d'un avantage supérieur à l'un des enfants. D'après l'imam Abou Youssouf, qui appartient à la doctrine islamique hanafite, le parent qui donne un avantage, dans une donation, au profit d'un de ses enfants par rapport à ses autres enfants dans l'objectif de nuire à ses derniers, doit s'y rétracter et partager, équitablement, ses biens entre tous ses enfants. D'ailleurs, ce point de vue est partagé, également, par le savant hanafite Moufti Taqui Outhmâni. Celui-ci écrivait que : « *Au cas où un parent donne de l'avantage dans une donation à un de ses enfant par rapport à ses autres enfants et ce de manière fortuite ou pour un motif sérieux (un enfant obéissant, enfant travailleur...etc.) sans pour autant chercher à nuire à ses derniers, cela est totalement autorisé. En revanche, si le parent accorde dans des dons effectués un avantage, de manière continue, à un enfant sur ses frères et sœurs, sans qu'un motif sérieux et acceptable puisse l'expliquer ou si cela a pour objectif de nuire leurs intérêts, cela est totalement prohibé* »³³¹.

291. Une notion d'équité qui diffère selon les savants islamiques.- À ce propos, il est à noter que la signification donnée à la notion d'équité diffère d'un savant islamique à un autre. En effet, pour l'imam Ahmed et l'imam Mohammad Ibn Al-Hassan, qui fait partie des Hanafites, la notion d'équité en matière des dons effectués au profit des enfants doit se conformer avec le principe coranique appliqué en matière de division de l'héritage. Ainsi, conformément à la loi islamique, les garçons ont le droit dans l'héritage au double de la part obtenue par les filles.

Cependant, d'autres savants islamiques, appartenant aux écoles doctrinales hanafite, chafiite et malékite, estiment que l'équité dont il

³³¹AL- AYNi B., Oumdat Al- Qâriy , T. 13, Dar Al- Kotob Al- Illmiyah, 2001, pp. 146 à 148.

est question à propos de la donation de biens faite aux enfants de la vie de leurs parents, veut que les deux sexes perçoivent une part égale. En fait, d'après ces savants les *Hadiths* relatifs aux donations n'établissent aucune différence entre les enfants mâle et femelle.

Conclusion Titre 2

292. La capacité d'une femme mariée à faire une donation en droit islamique.- Notre étude dans cette deuxième partie portait sur la question relative à la capacité et nous avons conclu à plusieurs résultats intéressants. D'abord, en droit islamique, selon la majorité des savants musulmans, la femme et l'homme disposent de même droits quant à la gestion de leurs biens personnels. Une femme pubère et saine d'esprit peut ainsi, avec ses biens opérer, réaliser toutes les opérations qu'elle souhaite sans l'autorisation d'une autre personne. Cette règle s'applique que la femme soit mariée ou non. Selon l'Imâm Boukhâri , « *Le don de la femme à un autre que son époux et l'affranchissement qu'elle réalise, tout en étant mariée, cela est permis, si elle saine d'esprit. Si elle ne l'est pas, cela ne sera pas permis. (...)* ³³²».

293. Concernant La capacité à recevoir des donations.- Au contraire des droits islamiques et koweïtien, le droit français a mis place des incapacités de recevoir des libéralités pour les membres des professions médicales et pharmaceutiques prévoit à l'article 909 du code civil, On peut supposer qu'il s'agit ici de protéger une personne qui est atteint d'une maladie qui peut mener à son décès. En effet, dans ses situations particulières, le patient peut consentir des

³³² AI ASQALANI A., Fath oul Bâriy, vol 5, Beyrouth, Dar al marifa, 1960, p. 218.

libéralités à son soignant. Il serait intéressant que les législateurs islamiques et koweïtien s'inspirent de la solution adoptée par le législateur français par l'adoption de dispositions non contraires au droit islamique pour bien protéger le patient et ses biens .

294. La capacité du fœtus.- Pour comparer avec le droit islamique qui interdit la donation faite à un fœtus, on peut conclure que concernant le droit koweïtien, l'article 118 du Code civil permet la donation faite pour le fœtus parce que cela est fait dans l'intérêt absolu du fœtus. En ce qui concerne le droit français, la personnalité juridique est refusée à l'embryon³³³. En effet, la personnalité est acquise au moment de la naissance, si on naît vivant et viable.

295. L'exclusion du vivant en tant qu'objet de donation.- Notre étude dans cette deuxième partie portait également sur la question relative à l'objet du contrat de donation et nous avons conclu à plusieurs résultats intéressants. D'emblée, nous avons pu constater que les trois droits, islamique, koweïtien et français, excluaient le vivant de la donation. Nous avons, à cet effet, analysé, de manière exhaustive, les raisons qui justifient cette interdiction étant donné que la notion de sacralité du corps humain est une notion substantielle dans les trois droits susmentionnés.

296. La prohibition de la donation de biens futurs.- En ce qui concerne la donation de biens futurs, nous avons conclu à l'existence de deux opinions sur cette question l'opinion prépondérante parmi les savants islamiques, soutient que ce type de contrat est interdit sous la qualification de contrat *al-gharar*, ce qui est prohibé en Islam.

297. La particularité de donation faite durant une maladie réputée mortelle.- Nous avons, également, évoqué la donation faite durant la maladie réputée mortelle qui représente une particularité en

³³³ NEIRINCK C., L'embryon humain : une catégorie juridique à dimension variable ?, D. 2003. p. 841.

droits islamique et koweïtien. En effet, pour ce type de donation, les règles relatives au testament y sont appliquées.

298. La réserve héréditaire en droit français.- Par ailleurs, nous avons pu constater que la réserve héréditaire en droit français n'existe pas dans les droits islamique et koweïtien, sauf pour ce qui est du testament. Néanmoins, en droit français, il est nécessaire de prendre en compte la réserve héréditaire. De ce fait, il semble impossible en pratique de déshériter un héritier réservataire.

299. Les caractéristiques de la cause.- Pour ce qui est de la cause, nous pouvons conclure qu'en vertu des trois droits susvisés, la cause doit exister et qu'elle doit être licite.

300. La donation entre concubins.- Pour ce qui est de la question relative à la donation entre concubins, le droit civil français considère ce type de donation licite, à la différence des droits islamique et koweïtien qui interdisent cette donation en se fondant sur l'illicéité de la cause de cette catégorie particulière de contrat de donation.

301. Une notion de cause plus stricte en droit islamique.- En guise de conclusion, nous pouvons souligner que la notion de cause en droit islamique est plus stricte par rapport au droit français, car même si la cause est existante et licite, la donation peut être nulle si elle va à l'encontre des objectifs assignés par la *Charia* islamique aux donations. En effet, selon la conception islamique, si la donation ne concourt pas à renforcer les liens d'amour entre les gens, elle peut être déclarée nulle car elle participera à semer la haine entre membres de la communauté musulmane. Par ailleurs, bien que les conditions relatives à l'existence et à la licéité de la cause, soient réunies, la donation peut être déclarée nulle dans le cas où le principe de l'égalité obligatoire entre les enfants, n'est pas respecté en matière de donation.

Conclusion Partie 2

302. Les conditions de forme.- De notre étude comparative, on peut conclure que concernant la forme de la donation en droit islamique, il suffit la remise de la chose donnée. En droit koweïtien, il a deux formes possibles, soit la forme notariée, soit la tradition. En droit français, la forme est plus stricte. En effet, il n'existe en principe que la forme notariée, toutefois avec différentes exceptions.

303. Les donations particulières.- Pour ce qui est des donations particulières, nous pouvons conclure que dans les trois droits susmentionnés, les dons manuels sont communs aux trois droits islamique, koweïtien et français mais avec quelques différences de qualification propre à chaque droit. Concernant la donation déguisée, si elle est interdite en droit koweïtien, elle est autorisée en droits islamique et français. La donation indirecte, elle, obéit à une réglementation identique dans les trois droits islamique, koweïtien et français. Il faut toutefois faire une place à part à l'assurance-vie, qui peut sous certaines conditions être considérée comme une donation indirecte. En effet, elle est traitée de manière différente dans les trois droits.

304. La capacité, l'objet et la cause de la donation.- En ce qui concerne la capacité, il convient de noter qu'en droit islamique la plupart des savants islamiques donne à la femme mariée la capacité de disposer de ses biens sans l'autorisation de son mari si elle est saine d'esprit. Concernent la capacité de recevoir, on peut noter la particularité du droit français concernant l'incapacité de recevoir des membres des professions médicales et paramédicales. Cette incapacité n'existe pas en droits islamique et koweïtien. Concernant la capacité du fœtus, en droit islamique c'est interdit mais en droit koweïtien, il a la capacité de recevoir une donation mais en droit français il y a quelques conditions pour que le foetus puisse recevoir une donation. En ce qui

concerne l'objet de donation, il convient de relever que les trois droits excluent le vivant de la donation. Mais on a aussi constaté quelques particularités selon les droits. Il s'agit tout d'abord de la donation faite durant une maladie mortelle qui est une particularité des droits islamique et koweïtien. En droit français, il a fallu s'attarder sur la réserve héréditaire. Concernant la cause, terme toujours employé en droits islamique et koweïtien, on a pu constater que dans les trois droits étudiés la cause doit être existante et licite. Il existe là aussi des spécificités en rapport avec les trois droits. Ainsi, en droit français, il est fait mention de la donation entre concubin. Enfin, en droit islamique, il est question de la notion étroite de la cause étroite concernant l'égalité obligatoire entre enfants en matière de donation.

PARTIE 3

Régime de la donation

305. Annonce de plan.- Lorsqu'on s'intéresse au régime de la donation, il est nécessaire de s'intéresser à ses effets (**titre 1**) et ensuite à sa révocation (**titre 2**).

Titre 1

Les effets de la donation

306. Application de la théorie générale du contrat.- Quant aux effets de la donation, ils sont similaires dans les trois droits car les effets se basent sur la théorie générale du contrat. Les effets de la donation sont relatifs à l'obligation des parties, et plus précisément à l'obligation à l'égard du donateur puisque c'est lui qui fait la donation à titre gratuit donc il n'y a aucune obligation à l'égard du donataire. Cette dernière affirmation doit être nuancée puisqu'on a déjà vu que la donation peut être faite avec une charge que le donataire devra exécuter. Dans ce cas, le contrat est synallagmatique et, nous le verrons plus tard, il peut alors s'agir d'une cause de révocation de la donation si le donataire n'exécute pas la charge.

307. Règles spécifiques.- Au-delà de la théorie générale du contrat, en ce qui concerne la question des effets du contrat de donation, le droit civil koweïtien prévoit quelques effets spécifiques pour ce type de contrat. Ce sont les règles situées dans les articles 524 à 542 du Code civil qui précisent.

308. Des effets identiques quelque que soit la forme de la donation.- Il convient de relever que les effets de la donation sont identiques quelque que soit la forme de la donation. Il faut toutefois préciser que dans le cadre de l'obligation de transférer la chose donnée, il faut faire une place à part au don manuel dans lequel le transfert de bien est déjà réalisé par la remise de la main à la main.

309. Annonce de plan.- Nous allons étudier, tout d'abord, dans ce titre les obligations qui pèsent sur le donateur (**Chapitre 1**) et ensuite, les obligations qui incombent au donataire (**Chapitre 2**).

Chapitre 1. Les obligations du

donateur

310. Annonce de plan.- En ce qui concerne l'obligation du donateur, il y a l'obligation de délivrance (**Section 1**), et, ensuite, l'obligation de garantie (**Section 2**).

Section1. L'obligation de délivrance

311. Le transfert immédiat de propriété en droit français.- Quand on s'intéresse à l'obligation de délivrance, il faut d'abord noter que le transfert de propriété n'est pas une obligation découlant de la donation. il s'opère de plein droit entre les parties. Selon le droit commun, l'article 1196 prévoit que « dans les contrats ayant pour objet l'aliénation de la propriété ou la cession d'un autre droit, le transfert s'opère lors de la conclusion du contrat. Ce transfert peut être différé par la volonté des parties, la nature des choses ou par l'effet de la loi. Le transfert de propriété emporte transfert des risques de la chose. Toutefois le débiteur de l'obligation de délivrer en retrouve la charge à compter de sa mise en demeure, conformément à l'article 1344-2 et sous réserve des règles prévues à l'article 1351-1 ». Pour l'article 1583 relatif à la vente, il est prévu que cette dernière « est parfaite entre les parties, et la propriété est acquise de droit à l'acheteur à l'égard du vendeur, dès qu'on est convenu de la chose et du prix, quoique la chose n'ait pas encore été livrée ni le prix payé ». De manière plus spécifique pour les donations, Le bien donné devient la propriété du donataire par l'effet immédiat de la donation dûment acceptée. En effet, l'article 938 du Code civil français énonce que : « La donation dûment acceptée sera parfaite par le seul consentement des parties ; et la propriété des objets donnés sera transférée au donataire, sans qu'il soit besoin d'autre tradition ». Il faut faire une place à part au don manuel qui est un contrat réel et qui se réalise par la remise de la chose donnée.

312. Le transfert immédiat de la propriété en droits koweïtien et islamique.- Les règles sont identiques en droit koweïtien lorsqu'il

s'agit d'une donation notariée. En effet, on applique les règles relatives au contrat de vente et l'article 466 du Code civil koweïtien énonce que « le contrat de vente transfère immédiatement la propriété de la chose si non le vendeur doit faire tout le nécessaire pour le transfert de la propriété.... ». Si on est en présence d'une donation manuelle, notamment en droit islamique, le transfert de propriété se fait au moment où le contrat de donation est conclu. Cela correspond avec la remise de la chose donnée.

313. Transfert de propriété immédiat entre les parties.- Il faut noter qu'en droits koweïtien, islamique et français, c'est l'application des règles relatives au contrat de vente lorsqu'est concerné l'obligation de transfert de propriété du bien donnée. Le transfert de propriété s'opère de plein droit entre les parties³³⁴. Le contrat de donation implique l'obligation du cédant de transférer la propriété de bien donné comme dans le contrat de vente, lorsque le vendeur s'engage à transférer la propriété de la chose, objet de vente. Cet engagement est immédiat par l'effet du droit. Dans ce contexte et dans les trois droits, le donateur après la donation n'a plus le droit de disposer de la chose donnée, si on excepte les hypothèses de révocation. Mais lorsque la donation a un immeuble pour objet, le transfert n'est pas opposable aux tiers que par la publicité foncière et lorsque la donation a pour objet un meuble corporel, la mise en possession est nécessaire pour assurer au donataire l'opposabilité de son droit aux tiers. En droit koweïtien, il est nécessaire de faire la différence entre deux hypothèses en présence de meubles corporels. Il ne fait aucun doute que si l'objet de la donation est un meuble désigné en particulier, la propriété est transférée au donataire immédiatement une fois la donation conclue avant la tradition si les parties choisissent la donation notariée. Cependant, si les parties choisissent la donation par tradition, la propriété est transférée en même temps que la remise de l'objet. On peut ainsi illustrer

³³⁴ MALAURIE Ph., et BRENNER C., Les succession et les libéralités, LGDJ, 8^e éd., 2018, p. 245.

par un exemple. Si la donation porte sur une montre avec une certaine marque, le donateur a immédiatement transféré la propriété avec la remise de la montre. Cependant, en présence d'un meuble non identifié, par exemple l'objet de donation concerne un type de plantations, les fruits et les grains, la propriété est transférée au moment de la donation si les parties choisissent la donation par tradition. Cependant, si les parties choisissent la donation notariée, il faut individualiser l'objet de la donation pour qu'il y ait transfert de propriété et ceci conformément aux règles applicables à la vente.

314. L'obligation de délivrance du donateur et de ses héritiers.-

Si on s'intéresse à l'obligation de délivrance, il convient de noter que dans les trois droits, le donateur est tenu de délivrer au donataire l'objet donné qui est déjà la propriété de ce dernier, par l'effet consensuel de la donation³³⁵. Cette obligation s'impose également aux héritiers du donateur après le décès de ce dernier. Les héritiers doivent ainsi délivrer la chose donnée au donataire. L'article 530 alinéa 1 du Code civil koweïtien prévoit que le donateur doit délivrer la chose objet de donation au donataire. Cette hypothèse est liée aux donations faites sous la forme notariée. Quant à cette obligation de délivrance, il est nécessaire de préciser que le donateur ne doit faire aucune chose qui empêche le donataire de disposer de la chose, objet de la donation. Par exemple si l'objet de la donation est une voiture, le donateur doit donner la clé au donataire pour qu'on considère que le donateur a exécuté son obligation de délivrance.

315. Spécificité du don manuel.- En droit koweïtien, si les parties choisissent la donation notariée, c'est l'application des règles relatives au contrat de vente. En droit koweïtien, l'obligation de délivrance c'est à dire la tradition doit être faite même si l'objet de la donation est un

³³⁵ Il faut mettre à part les dons manuels.

meuble ou un immeuble si les parties choisissent la donation notariée. Le donateur et ses héritiers doivent exécuter cette obligation de délivrance en droit koweïtien, l'obligation de délivrance étant le résultat de l'obligation de transfert de propriété de bien donnée. La livraison est un devoir et un résultat direct de la donation. Les dispositions de la vente s'appliquent dans le cas de donation. Cependant, si les parties choisissent de conclure la donation par la tradition, dans ce cas s'il n'y a pas la remise de la chose donnée, il n'y a pas de donation. En effet, dans ce cas la délivrance n'est pas une obligation mais une condition du contrat de donation. Il en va de même en droits islamique et en droit français lorsqu'il s'agit du don manuel parce que le don manuel est un contrat réel. La tradition est nécessaire à sa formation en même temps qu'elle en constitue l'exécution.

316. L' objet de la délivrance.- Comme dans la vente, la délivrance doit porter sur le même objet de la donation et ne doit pas porter sur un autre objet ³³⁶. Aussi, le donateur est tenu de délivrer au donataire tous les papiers et documents requis concernant la chose donnée³³⁷. Cela est prévu à l'article 467 du Code civil koweïtien relative au contrat de vente qui énonce que « le vendeur doit délivrer pour l'acheteur la chose objet du contrat de vente dans le même état qui existait au moment du contrat et tous les documents requis ». L'article 468 du même Code précise que « le vendeur doit délivrer toutes les informations nécessaires concernant l'objet du contrat de vente ». Il convient aussi de noter que l'objet délivré comprend également ses accessoires. Ainsi, le donataire se retrouve, par exemple, dans la même situation que l'acheteur d'un bien loué. En effet, en droit français on va se référer à l'article 1743 du Code civil qui va énoncer que « Si le bailleur vend la chose louée, l'acquéreur ne peut expulser le fermier, le métayer ou le locataire qui a un bail authentique ou dont la date est

³³⁶ Civ. 11 novembre 1857, DP 1857. 1. 417, Aix, 31 mars 1859, S.1860. 2. 1877.

³³⁷ SULTAN A., Les contrats nommés, Alexandria, 2^e éd., 1952, pp. 263, 264.

certaine. Il peut, toutefois, expulser le locataire de biens non ruraux s'il s'est réservé ce droit par le contrat de bail ». L'objet de livraison est le bien donné dans le même état où il était au moment où le contrat de donation est conclu comme c'est le cas lors de l'évaluation de l'état de la vente.

L'évaluation de l'objet de donation nécessite d'être bien précis au moment de la conclusion du contrat de donation. Par exemple, si l'objet de donation est un immeuble, il est nécessaire de connaître exactement la nature et les limites de ses droits de propriété, les droits des tiers, les obligations du donateur. Si l'objet de donation est un meuble, par exemple une montre, on doit bien préciser le type de montre, la marque et l'année de fabrication. Il faut préciser comment l'objet a été obtenu. Enfin, tous les documents qui permettent d'évaluer la montre doivent être délivrés au donataire.

Le donateur peut exiger la livraison de la chose donnée dans un autre état. Ainsi l'obligation de délivrance de la chose donnée dans le même état qu'au moment où le contrat de donation est conclu n'est pas d'ordre public c'est à dire qu'il peut y avoir un accord différent.

Il faut préciser également que pour les choses particulières, le donateur doit livrer la même chose que celle prévue dans le contrat. Si la chose est désignée par sa qualité, le donateur doit livrer la même qualité s'il le peut. Cependant, s'il ne peut pas, il doit livrer des choses de qualité moyenne. Mais une question peut se poser si l'objet de donation est une somme d'argent et qu'au moment de la livraison la valeur de l'argent change. Selon l'article 173 du Code civil koweïtien, cela n'a pas d'impact. En effet, il y est prévu que dans ce cas si l'objet de l'obligation est une somme d'argent, elle doit être livrée dans la même quantité prévue que dans le contrat même si la valeur de l'argent est

modifiée et même s'il y a un accord différent entre les parties. En effet, cette règle est d'ordre public³³⁸.

317. Les destinataires de l'obligation de délivrance.- Les créanciers de l'obligation de délivrance sont le donataire lui-même, ses héritiers. C'est la même situation en droit koweïtien Il faut noter qu'il y a un jugement daté du 15 avril 1981³³⁹ de la Cour de cassation Koweïtienne qui énonce que l'obligation de délivrance est une obligation de moyen. Cela a été déduit par analogie avec les règles relatives au contrat de vente.

318. Le délai de la délivrance.- En ce qui concerne le délai durant lequel la délivrance doit intervenir, en principe, cela doit s'effectuer immédiatement, sauf si les parties se sont mis d'accord sur un autre délai de délivrance. Il est à noter, ici, que l'obligation de délivrance immédiate est une règle supplétive. La livraison de la chose, objet de contrat, se fait au moment où le contrat est conclu sauf accord contraire entre les parties.

319. Lieu de délivrance.- Concernant le lieu de délivrance, il s'agit, en fait, du lieu où la chose donnée existe au moment de la conclusion du contrat de donation conformément à l'article 475 du Code civil koweïtien, sauf accord contraire entre les parties. C'est identique en droit civil français qui stipule que la règle que les dettes sont quérables et non-portables.

320. La sanction de l'inexécution de l'obligation.- Si l'obligation de délivrance n'est pas exécutée, il peut y avoir une action en exécution de la délivrance ou une action de revendication. L'inexécution de l'obligation de délivrance peut aussi aboutir à des dommages et inté-

³³⁸ ALHAMOUD I., Les finances publiques de l'État, Koweït, 7^e éd, 2018, p. 523 et suivantes.

³³⁹ Cass. com. K., 15 avril 1981, n° 79/1980.

rêt, en cas de faute commise par le donateur³⁴⁰. En effet, le donateur qui ne s'exécute pas, alors qu'il doit un résultat consistant en la délivrance, est présumé fautif. On peut relever que l'article 1231- 1 du Code civil français énonce que « le débiteur est condamné, s'il y a lieu, au paiement des dommages et intérêts soit à raison de l'inexécution de l'obligation, soit à raison du retard dans l'exécution, s'il ne justifie pas que l'exécution a été empêchée par la force majeure »³⁴¹. On peut toutefois supposer que le caractère gratuit de la donation pourrait influencer sur le montant des dommages et intérêts.

³⁴⁰ CA Montpellier, 4 juin 1855, DP 1856. 2. 126.

³⁴¹ Cf., ancien article 1147 : « Le débiteur est condamné, s'il y a lieu, au paiement de dommages et intérêts, soit à raison de l'inexécution de l'obligation, soit à raison du retard dans l'exécution, toutes les fois qu'il ne justifie pas que l'inexécution provient d'une cause étrangère qui ne peut lui être imputée, encore qu'il n'y ait aucune mauvaise foi de sa part ».

Section 2. L'obligation de garantie

321. Définition.- En ce qui concerne l'obligation de garantie, il faut s'intéresser à, la garantie d'éviction³⁴² et à la garantie des vices cachés³⁴³. La garantie d'éviction se définit comme une « obligation imposant à certains contractants, notamment au vendeur et au bailleur, de prévenir et, le cas échéant, réparer les atteintes à la jouissance ou à la propriété, provenant de leur fait (éviction du fait personnel) ou émanant d'un tiers (éviction du fait d'un tiers), affectant ou risquant d'affecter l'autre partie ». La garantie des vices cachés se définit comme l' « obligation d'origine légale imposant au débiteur d'une chose destinée à être utilisée, notamment au vendeur et au bailleur, de garantir l'aptitude de la chose à l'usage prévu ».

322. Les textes du Code civil koweïtien.- En ce qui concerne le droit koweïtien, le Code civil contient des textes relatifs à la garantie d'éviction et à la garantie des vices cachés dans le cadre de la donation. Les règles s'appliquent de la même manière au droit islamique pour la garantie d'éviction.

323. La garantie d'éviction.- L'article 531 du Code civil koweïtien dispose que le donateur ne garantit pas contre l'éviction sauf s'il cache la cause d'éviction, c'est à dire qu'il est de mauvaise foi. Le donateur doit également garantir ce risque si la donation est avec charge sauf si les parties en ont décidé différemment³⁴⁴.

324. L'accord des parties.- Il faut noter que conformément à l'article 531 du Code civil koweïtien, deux parties peuvent modifier les règles

³⁴² CABRILLAC R., Dictionnaire du vocabulaire juridique, 10^e éd., 2019, v° garantie d'éviction.

³⁴³ CABRILLAC R., Dictionnaire du vocabulaire juridique, 10^e éd., 2019, v° garantie des vices cachés.

³⁴⁴ MORSI M., Éclaircissement de nouveau droit civil, 1^e éd., 1954, p. 145.

relatives à la garantie d'éviction. Cela signifie que même si le donateur cache la cause d'éviction et qu'il est de mauvaise foi, la garantie d'éviction peut ne pas jouer s'il y a un accord entre les parties. En effet, les règles concernant la garantie d'éviction ne sont pas d'ordre public.

325. La garantie des vices cachés en droit koweïtien.- Il faut

noter que l'article 533 du Code civil koweïtien prévoit que le donateur doit garantir les vices cachés. Cependant, l'ensemble des détails relatifs à cette garantie des vices cachés est réglé par les règles applicables au contrat de vente.³⁴⁵ Ainsi, le donateur ne garantit pas les vices cachés sauf s'il y a un accord entre les parties pour le garantir, ou, s'il a été prouvé que le donateur a caché le vice. Il convient de noter que si le donateur a caché les vices de manière intentionnelle, même s'il existe un accord entre les parties, l'accord sera considéré comme nul. Cela est différent des règles applicables quant à la garantie d'éviction puisque dans ce cas, même s'il y a mauvaise foi du donateur, l'accord des parties quant à l'exclusion de la garantie d'éviction peut fonctionner.

326. La garantie des vices cachés en droit islamique.- En droit islamique, quant à la garantie des vices cachés, les règles qui s'appliquent sont celles qui s'appliquent dans le contrat de vente. Ainsi, le donateur ne garantit pas les vices cachés sauf dans trois cas. Ainsi, il y a garantie des vices cachés si le donateur avait l'intention de cacher les vices, si la donation est faite avec charge au condition, et s'il y a un accord privé entre les parties pour garantir.

327. La garantie des vices cachés en droit français.- Les dispositions relatives au contrat de vente ne sont pas appliquées en matière de donation en ce qui concerne la garantie d'éviction ou la garantie

³⁴⁵ Cass. com. K., 4 mars 1981, n° 29/ 1980.

des vices cachés.³⁴⁶ Il convient de rappeler que le vendeur est tenu de garantir l'acheteur contre une éviction ou les vices cachés de la chose vendue. Ces deux garanties ne sont pas dues au donateur. Le donateur donne le bien ou la chose telle qu'il le possède. Cependant, il peut y avoir un accord entre les parties pour garantir les vices cachés³⁴⁷. Il convient de noter que le donateur est tenu de garantir le donataire contre le dol et la mauvaise foi comme le droit koweïtien.

328. La garantie du fait personnel du donateur dans les trois droits.- Il convient de noter que, dans les trois droits, le donateur doit toutefois garantir les troubles de fait et de droit qui émanent de lui-même. En droit koweïtien, cela est précisé à l'article 531 du Code civil. La Cour de cassation, dans un arrêt du 28 avril 1971, a pu approuver les juges du fond qui avait rappelé que « le donateur, s'il devait délivrer la chose donnée et exécuter ce qu'il avait promis n'assumait pas, comme un vendeur, la garantie, donnant le bien avec toutes ses imperfections et tous ses risques, que toutefois il devait garantir le donataire de tout fait personnel »³⁴⁸. La garantie des troubles émanant des tiers est limitée car elle ne couvre que les troubles de droit et pas les troubles de fait dans les trois droits.

329. La garantie conventionnelle.- Il faut également rappeler qu'un accord entre les parties peut quelquefois aboutir à la mise en place d'une garantie même dans le cadre de la donation et ceci dans les trois droits, comme nous l'avons vu précédemment.

³⁴⁶ NANA G.-J., La réparation des dommages causés par les vices d'une chose, 1982, n° 96-99. pp. 2-83.

³⁴⁷ MALAURIE Ph., et BRENNER C., Les successions et les libéralités, LGDJ, 8^e éd., 2018, p. 246

³⁴⁸ Cass. civ. 1^{re}, 28 avril 1971, n° 70-11298, Bull. civ. I, n°137.

Chapitre 2. Les obligations du donataire

330. Des obligations en principe uniquement à la charge du donateur.- La donation est un contrat unilatéral qui ne fait, en principe, naître d'obligations qu'à la charge du donateur. En effet, en droits islamique, koweïtien et français, le donataire n'est tenu par aucune obligation particulière. Il faut quand même faire à l'obligation de reconnaissance. Il peut également y avoir des charges pour le donataire. D'ailleurs, au cas où le donataire ne met pas à exécution la charge stipulée dans le contrat, cela peut constituer un motif valable que le donateur peut invoquer pour révoquer la donation, comme nous allons l'étudier ultérieurement.

331. Annonce de plan.- Ainsi, deux obligations principales concernent le donataire. La première obligation est l'obligation reconnaissance (**Section 1**). L'autre obligation est une obligation conventionnelle qui consiste à exécuter des charges (**Section 2**).

Section 1. L'obligation de reconnaissance

332. La reconnaissance du donataire en droit islamique.- L'obligation de reconnaissance du donataire transparait en droit islamique à travers deux Hadiths. Dans le premier l'Imam Al-Boukhari a rapporté qu'Aïcha a dit : « *Le Messager d'Allah acceptait habituellement les cadeaux qui lui sont offerts et récompensait en retour les personnes pour leurs dons* »³⁴⁹ . Il est à noter ici que le passage suivant de ce Hadith, à savoir : « récompensait en retour les personnes pour leurs dons », veut dire qu'il est important d'accorder en retour à celui qui vous fait un don un bien qui aurait au moins la même valeur que le bien donné. Dans un second Hadith, il apparait que le Prophète Mohammed (PSL) a recommandé de répondre en retour aux dons par des cadeaux. En effet, il est dit : « *Répondez à celui qui vous a accordé une faveur, de manière similaire. Dans le cas où vous n'avez pas les moyens pour le faire, invoquez Allah pour lui jusqu'à ce que vous pensiez que vous l'avez satisfait* ».³⁵⁰

333. Une obligation tacite en droit koweïtien.- l'obligation de reconnaissance n'est pas inscrite dans les textes du Code civil koweïtien. Cependant, la révocation pour cause d'ingratitude prévue par l'article 538 alinéa 1 du Code civil laisse supposer que le donataire ne peut être ingrat. Cela, cependant n'impose qu'une attitude négative. Nous ne sommes pas en présence d'une obligation positive. Pourtant,

³⁴⁹ AL- NAWAWI Y., Le sahih du Muslim: recueil des Hadiths authentiques du prophète, T. 10, Beirut, 2011.

³⁵⁰ AL- NAWAWI Y., Le sahih du Muslim: recueil des Hadiths authentiques du prophète, T. 10, Beirut, 2011.

l'article 538 du Code civil laisse supposer que le donataire est tenu par une obligation morale de reconnaissance.

334. Une obligation tacite en droit français.- En droit français, l'obligation de reconnaissance n'est pas inscrite dans les textes du Code civil. Cependant, différents auteurs la relèvent³⁵¹ à partir de l'article 955 du Code civil qui énonce que : « La donation entre vifs ne pourra être révoquée pour cause d'ingratitude que dans les cas suivants :1° Si le donataire a attenté à la vie du donateur ;2° S'il s'est rendu coupable envers lui de sévices, délits ou injures graves ;3° S'il lui refuse des aliments ». Ici aussi, il est certain que l'article 955 n'entraîne qu'une attitude négative. Cependant, l'obligation de reconnaissance peut apparaître en filigrane.

³⁵¹ MALAURIE Ph., et BRENNER C., Les succession et les libéralités, LGDJ, 8^e éd., 2018, p. 246.

Section 2. L'exécution de la charge

335. L'existence du contrat de donation avec charges.- Le contrat de donation peut imposer au donataire une charge, comme par exemple payer des dettes présentes des donateurs. En ce qui concerne le droit islamique, la plupart des savants islamiques, comme évoqué plus haut, considère qu'il est possible que la donation impose au donataire certaines charges mais cet acte aura la qualification de vente. En fait, bien que le contrat est nommé donation, il sera considéré comme un contrat de vente car la règle qui s'applique en droit islamique indique que l'importance n'est pas donnée au nom mais plutôt au contenu et à l'intention. En droits koweïtien et français, le contrat de donation peut être conclu sous charges ou conditions mais, à la différence au droit islamique, ce contrat garde sa qualification de donation et non pas de contrat de vente.

336. L'obligation en droit français.- L'obligation du donataire d'exécuter les charges ressort des articles 953 et 954 du Code civil français. L'article 953 du Code civil énonce que « la donation entre vifs ne pourra être révoquée que pour cause d'inexécution des conditions sous lesquelles elle aura été faite, pour cause d'ingratitude, et pour cause de survenance d'enfants ». L'article 954 du Code civil, quant à lui, précise que « dans le cas de la révocation pour cause d'inexécution des conditions, les biens rentreront dans les mains du donateur, libres de toutes charges et hypothèques du chef du donataire ; et le donateur aura, contre les tiers détenteurs des immeubles donnés, tous les droits qu'il aurait contre le donataire lui-même ».

337. L'obligation en droit koweïtien.- L'article 534 du Code civil koweïtien prévoit que le donataire doit exécuter la charge même si la charge est stipulé dans l'intérêt du donateur au d'un tiers .

338. Différents destinataires de la charge.- La charge peut être établie dans l'intérêt du donateur, d'un tiers ou du donataire.

339. La charge dans l'intérêt du donateur.- Dans les trois droits la charge peut avoir pour objet une obligation de donner, de faire ou de ne pas faire comme par exemple fournir des soins au donateur, acquitter une dette pesant sur le donateur. La charge de la donation peut être ainsi le paiement des dettes du donateur. Dans cette hypothèse, le donataire ne paie que les dettes présentes, non les dettes futures du donateur. Cela est prévu à l'article 536 du Code civil koweïtien qui énonce que si la charge stipulée est que le donataire paie les dettes de donateur, il ne paie que les dettes existantes au moment de la donation sauf stipulation contraire. Il en va de même en droit français. En effet, l'article 945 du code civil précise que la donation « sera pareillement nulle si elle a été faite sous la condition d'acquitter d'autres dettes ou charges que celles qui existaient à l'époque de la donation ou qui seraient exprimées soit dans l'acte de donation, soit dans l'état qui devrait y être annexé. ».

340. La charge dans l'intérêt d'un tiers.- La charge peut être stipulée dans l'intérêt d'un tiers dans les trois droits. Cela peut être une rente viagère, une somme d'argent à verser. Dans ce cas, en droits français et koweïtien, le tiers bénéficiant de la charge est considéré comme bénéficiant d'une stipulation pour autrui. Ce sont les articles 205 à 208 du Code civil qui règlent la situation en droit koweïtien. En droit français, ces effets sont réglementés par l'article 1205 du code civil français qui prévoit qu'« on peut stipuler pour autrui. L'un des contractants, le stipulant, peut faire promettre à l'autre, le promettant, d'accomplir une prestation au profit d'un tiers, le bénéficiaire. Ce dernier peut être une personne future mais doit être précisément désigné ou pouvoir être déterminé lors de l'exécution de la promesse ». L'article 1206 prévoit également que « le bénéficiaire est investi d'un droit direct à la prestation contre le promettant dès la stipulation. Néan-

moins le stipulant peut librement révoquer la stipulation tant que le bénéficiaire ne l'a pas acceptée. La stipulation devient irrévocable au moment où l'acceptation parvient au stipulant ou au promettant ». Dans les relations du stipulant et du tiers, la donation est alors considérée comme indirecte et ceci dans les trois droits. Il convient de noter que le tiers est considéré comme étranger au contrat de donation. Ainsi, il peut certes agir en exécution de charges contre le donataire, il ne peut agir en révocation de la donation pour inexécution des charges comme stipulé aussi dans le droit civil koweïtien³⁵² .

341. La charge stipulée dans l'intérêt du donataire.- Dans les trois droits, la charge peut être stipulée dans l'intérêt du donataire comme par exemple accomplir un voyage d'études. Pour éviter que le donataire dilapide les biens donnés, souvent la charge lui impose par le donateur d'en garder la propriété. Cette inaliénabilité, a été reconnue valable sous conditions. Cela a été précisé dans un arrêt de la Cour de cassation française du 8 janvier 1975³⁵³. Au visa de l'article 900- 1 du Code civil, la Cour de cassation a énoncé que « les clauses d'inaliénabilité affectant un bien donné ou légué sont valables si elles sont temporaires et justifiées par un intérêt sérieux et légitime ». La Cour a considéré qu'était temporaire l'inaliénabilité stipulée pour la durée de vie du donateur. Il est également prévu à l'article 542 du Code civil koweïtien que le donataire est tenu de toutes les dépenses tenues à l'inscription de la donation et au transfert de la chose donnée, sauf stipulation contraire.

³⁵² ALYAQOUB B., Le contrat de donation dans le droit civil koweïtien étude comparative, Koweït, 1^e éd., 1986, p. 390.

³⁵³ Cass. civ. 1^{re}, 8 janvier 1975, n° 73-11648, Bull. civ. 1, n° 8.

Conclusion de Titre 1

342. L'existence de deux obligations pour le donateur.- Concernant notre étude comparative par rapport aux effets de la donation, on constate que les effets sont identiques dans les trois droits. Il y a deux obligations pour le donateur. Tout d'abord, il y a l'obligation de délivrance qui doit être relativisée quand la donation est conclue par la remise de chose donnée. Ensuite, il y a l'obligation de garantie qui sont traitée de manière identique dans les trois droits. Le principe est que le donateur n'est pas tenu de cette donation parce que la donation a un caractère gratuit. Cependant, cette obligation réapparaît lorsque le donateur est de mauvaise foi ou s'il y a un accord entre les parties ou s'il y a une donation avec charge.

343. Les obligations du donataire.- Concernant les obligations de donataire, on peut relever que l'obligation de reconnaissance existe dans les trois droits étudiés mais qu'elle apparaît de manière tacite en droits français et koweïtien. Le donataire est également tenu par une obligation d'exécuter les charges stipulées dans le contrat.

Titre 2

La révocabilité de la donation

344. Droit islamique.- En droit islamique, le Prophète (PSL) a dit « Il n'est pas autorisé à un homme de donner quelque chose à un autre homme ou de lui faire un cadeau puis de revenir dessus sauf le père dans ce qu'il a donné à son enfant. Et l'exemple de celui qui revient sur son don ou son cadeau est comme le chien qui mange puis une fois rassasié il vomit et ensuite il mange son vomi »³⁵⁴. La révocation de la donation en islam est ainsi interdite.

345. Droit koweïtien.- En droit koweïtien, il est prévu à l'article 537 du Code civil koweïtien que le donateur ne peut pas révoquer la donation sauf si la donation est faite par les parents à leurs enfants. De plus, le donateur peut révoquer la donation dans d'autres cas s'il y a une cause acceptable et il doit y avoir une autorisation judiciaire.

346. Droit français.- En droit français, l'irrévocabilité spéciale³⁵⁵, est une règle ancienne du droit des donations³⁵⁶. L'irrévocabilité spéciale est une règle de portée générale, qui s'applique à toutes les donations. En effet, l'article 894 du code civil énonce que : « La donation entre vifs est un acte par lequel le donateur se dépouille actuellement

³⁵⁴ AL-NAWAWI Y., *Le Sahih Muslim: Recueil des Hadiths authentiques du prophète*, T. 10, Beyrouth, DKI, 2011.

³⁵⁵ DROSS W., « L'irrévocabilité spéciale des donations existe-t-elle? », *RTD civ.* 2011. 25.

³⁵⁶ ANTONESCO B., « De la règle donner et retenir ne vaut », Thèse, paris, 1900.

et irrévocablement de la chose donnée en faveur du donataire qui l'accepte ».

347. Annonce de plan.- Dans les trois droits, la révocation de la donation est en principe interdite. Cependant, dans certaines hypothèses, la révocation est possible. Afin d'étudier cette question, nous allons tout d'abord nous intéresser à la doctrine islamique (**Chapitre 1**). Ensuite, il conviendra d'étudier la révocation de la donation en droits français et koweïtien (**Chapitre 2**).

Chapitre 1. La révocation de la donation en droit islamique

348. Annonce de plan.- Avant d'étudier les positions des différentes écoles islamiques quant à la révocation des donations (**Section 2**), il est nécessaire de s'intéresser aux opinions doctrinales quant à la nature de l'option de révocabilité (**Section 1**).

Section 1. La nature de l'option de révocabilité

349. La donation entendue comme un contrat.- La donation est un contrat et tout contrat a comme base l'engagement de ses membres contractants. Dans le Coran, Dieu tout puissant dit : « Soyez fidèles à vos actes d'engagement³⁵⁷ ». Ce verset fonde l'idée que l'essence même du contrat est l'obligation d'exécution. Ainsi la donation comme tout autre acte rentre dans le registre de l'obligation bilatérale. Le principe de la donation est l'irrévocabilité. Toutefois, la loi islamique permet la révocabilité dans quelques cas.

350. Le principe de l'irrévocabilité dans la donation.- Le principe d'un contrat réside dans l'engagement des contractants et dans leur obligation de l'exécuter. Cependant, il y a une exception à cette règle selon la nature spéciale de certains contrats. Ainsi, l'étude du principe de l'irrévocabilité dans la donation exige de nous que nous parcourions les différentes distinctions et catégorisations que la jurisprudence islamique donne aux contrats selon leurs degrés d'obligation (**paragraphe 1**). Il nous faudra ensuite étudier à quel moment le droit de révocation, s'il existe, peut être mis en oeuvre (**paragraphe 2**).

³⁵⁷ Le Coran Sourate 17, Verset 34.

Paragraphe 1. La distinction des contrats selon le degré des obligations contenues dans les contrats

351. Annonce de plan.- Il est important de distinguer les contrats impératifs et les contrats « admissibles » **(A)** avant de s'intéresser aux conséquences juridiques de la nature de la faculté de révoquer **(B)**.

A. La distinction entre contrats impératifs et contrats « admissibles »

352. Les contrats impératifs et les contrats « admissibles ».- Il est intéressant d'étudier quel est le degré des obligations qui sont issues de la donation en droit islamique. En effet, la jurisprudence islamique distingue entre les contrats selon leurs degrés d'obligation. Il y a ceux qui sont impératifs « obligeant l'exécution » et les autres qui sont « permissifs » ou « admissibles ». Dans l'hypothèse des contrats impératifs, le contrat est en principe obligatoire pour les deux parties, c'est à dire qu'on ne peut pas révoquer unilatéralement tel que ceci est relaté dans la parole divine par le verset : « *Soyez fidèles à vos actes d'engagement*³⁵⁸ ».

Quant au deuxième type, le contrat « admissible », son application permet la révocabilité par la volonté individuelle du contractant ou par les deux parties. En outre, le contrat admissible est divisé en deux types : le premier est le contrat sans contrainte pour les deux parties. Les contrats sans contrainte pour les deux parties permettent à n'importe quelle partie de résilier d'une façon unilatérale sans qu'il y ait nécessité de l'accord de l'autre partie. Dans cette hypothèse, le

³⁵⁸ Le Coran Sourate 17, Verset 34.

contrat peut être résilié par les deux parties. Quant au second type de contrat admissible, il est sans contrainte pour une seule partie c'est à dire que seule cette partie peut résilier le contrat. Parmi ces actes, Il y a le mandat qui donne au mandataire la possibilité de revenir sur son engagement au contraire du mandant.

353. La révocabilité possible dans les contrats « admissibles » et les contrats « impératifs ».- Les contrats « admissibles » en islam, c'est à dire non obligatoires, permettent de par leur nature et leur principe de base, la révocabilité, par la volonté libre d'un membre contractant ou des deux. Ce sont en général, des contrats liés à une durée. Les juristes de la Charia considèrent que le contrat non impératif offre aux parties ou à l'une d'elles une faculté³⁵⁹ donc un statut juridique réglé par la Charia, qui accorde à son titulaire une autorité que l'on pourrait assimiler à un droit sans pour autant la considérer comme un droit personnel véritable ni un droit matériel. Aussi, la faculté, en raison de sa nature, n'est pas soumise à la prescription. Elle a été conçue pour le principe des intérêts du bénéficiaire de cette faculté. Cela signifie que selon ces besoins, cette faculté peut être utilisée de manière permanente et renouvelable. On doit constater que cette faculté de révoquer n'est pas réservée, selon le droit islamique, aux contrats « admissibles ». En effet, cette faculté de révoquer prend toute son ampleur lorsqu'il s'agit de contrats impératifs. Ainsi, le but de la révocabilité n'est pas de faire la différence entre le contrat impératif et le contrat permissif, mais cette révocabilité est plutôt une faculté exclusive appartenant à son propriétaire.

354. La nature de la faculté de révoquer.- On peut dire que la faculté, notion de droit islamique, prend une place entre la liberté et le droit. Il y a d'abord la liberté, ensuite la faculté et enfin le droit. La faculté de révoquer est considérée comme un privilège juridique limité et

³⁵⁹ ALHIJAZI A., Al madkhal li dirasat al ouloum al kanouniya, n° 123, Koweït, 1970, p. 118.

restreint puisqu'elle n'est pas une liberté absolue et donc elle n'est pas un droit dans le sens large du terme. Cette définition de faculté fut élaborée en premier

lieu par la jurisprudence islamique qui a conçu ce type d'avantage juridique en le situant, entre la permissivité totale qui est la liberté et la permissivité particulière qui est le droit. Ce troisième genre se situant au milieu des deux autres, est la faculté. La faculté prend un statut médian entre le droit et la liberté. L'option de révocabilité n'est qu'une simple application de cette faculté. On peut en déduire pour ce qui est de sa caractère juridique, qu'il ne s'agirait pas d'un droit au sens précis du mot mais plutôt d'une capacité légale, avec ce que cela comporte comme fonctionnement particulier. Cette option de révocabilité offre à l'ayant droit le pouvoir et la capacité légale de changer de statut juridique de son plein gré. Ce statut juridique qui ouvre le choix à la révocabilité est représenté dans le contrat lui-même entre l'ayant droit qui a l'option du choix de révocabilité et l'autre contractant. Dans ce cas, il y a possible pour celui qui a le choix de la révocabilité de résilier le contrat par sa seule volonté sans l'approbation de l'autre partie.

355. L'exemple de la faculté de révoquer en matière de propriété. - La jurisprudence islamique distingue entre le droit de propriété et son application, par trois étapes. La première commence par la liberté de propriété et la dernière débouche sur la propriété absolue donc le droit de propriété. Au milieu de ces deux étapes, figure le droit à la propriété qui naît du moment où une raison de propriété est née. Dans la doctrine islamique, la notion de liberté de propriété est tout simplement l'autorisation de devenir propriétaire de n'importe quelle chose. Il est clair que cette définition donnée par la jurisprudence islamique pour la liberté de propriété est identique à celle du droit positif et

contemporain. La liberté de propriété est valable pour toute personne en lui donnant un accès direct à la propriété pour des objets sans propriétaire. Donc la liberté de propriété selon la jurisprudence est un droit abstrait ou faible qui ne garantit pas à son propriétaire le droit de propriété absolue tant qu'elle n'est pas renforcée par une autre situation assurant une vérification des droits de propriété. D'autre part, la propriété ou le droit à la propriété est ce droit qui a été décidé sur une chose bien déterminée attestée légitime pour son propriétaire potentiel, par lequel il s'octroie l'ensemble de droits indus à la propriété qui lui permettent d'entamer les actions légales qui prouvent sa propriété³⁶⁰. Quant à la faculté, se situant entre la propriété et la propriété absolue, elle confère au concerné une position bien supérieure à celle de la simple liberté à la propriété, mais inférieure au droit de la propriété absolue. Al-Qarafi ³⁶¹ l'a décrit comme étant une propriété qui est possible à être demandée³⁶² tant qu'il y a une raison pour demander la propriété. Il s'agit de la capacité d'un individu à être propriétaire d'une chose précise du fait de sa propre volonté sans s'arrêter à la volonté d'autrui. A ce stade, dès que la vente est proposée c'est à dire il y a l'offre, l'autre partie n'aura qu'à choisir entre l'acceptation ou le refus. Il devient ainsi le propriétaire en possédant le droit à la propriété de la vente par le simple accord c'est à dire par sa propre volonté.

356. Le moment d'utilisation de la faculté.- Il s'agit de déterminer à quel moment la personne peut utiliser cette faculté. Il en est ainsi s'il existe une raison de l'utiliser comme par exemple si il y a l'offre dans le contrat de vente l'autre partie dispose de la faculté d'accepter ou de ne pas conclure le contrat de vente. Quant au contrat de donation, on peut préciser que cette faculté existe s'il y a une raison ou une cause pour utiliser cette faculté. Il en va ainsi par exemple en cas d'ingratitu-

³⁶⁰ ALKAFIF A., Les dispositions des transactions légitimes, Dar alfikir alarabi, 2008, p. 28.

³⁶¹ Al-Qarafi était un juriste Maliki. Cf., AL-DAHABI Sh., Siyar Alam Nubala, Dar Al- Risalah Al- Alamiyah, 13^e éd., 2017.

³⁶² TAMTOM M., Le droit dans la Charia islamique, Le Caire, 1988, p. 17.

de du donataire. Dans ce cas, le donateur bénéficie de cette faculté. Il peut l'utiliser car il raison et c'est l'ingratitude de donataire. Donc on peut dire que la faculté, notion de droit islamique, peut être utilisée s'il existe une raison. La faculté offre à son bénéficiaire un choix entre deux options : utiliser ou ne pas utiliser cette faculté.

357. Les effets de la faculté de révoquer sur la nature du contrat impératif.- Certains juristes iront jusqu'à dire que la faculté laisse à croire que le contrat n'est pas obligatoire mais plutôt permissif, ce qui rend la révocabilité évidente partant de ce principe. Nous estimons plutôt que la faculté dans le contrat impératif accorde au bénéficiaire de cette faculté une légitimité légale lui autorisant d'apporter des effets juridiques sur le contrat unilatéralement sans le consentement de l'autre partie. On déduit ainsi qu'il est possible dans le contrat impératif de donner une faculté à l'une des parties contractantes qui lui permette de résilier le contrat par sa libre volonté. La révocabilité ne change rien dans la nature du contrat impératif. Elle n'est qu'un simple avantage juridique en fonction de la nature spécifique de certains contrats. Donc, la révocabilité dépend de la volonté de celui dont l'intérêt est en cause et elle requière que l'exercice de cette avantage soit réalisé dans l'époque qui lui a été spécifié. Cette faculté n'est pas un droit personnel ni un droit réel.

358. La faculté de révocation par rapport au contrat de donation.- La personne qui a le droit de révoquer le contrat c'est la seule qui a le pouvoir de continuer ou de le résilier, selon sa volonté libre et son bon vouloir. Dans notre hypothèse, c'est le donateur qui a cette faculté de révocation dans l'acte de donation qui est un contrat impératif pour la plupart des savants islamiques. La révocabilité est en premier lieu une protection pour le donateur car il agit avec son bien sans contrepartie et parfois il agit envers le donataire sous l'effet de l'émotion comme avec l'un de ses enfants qui s'occupe de lui ou qui

est proche de lui. Il s'agit là d'une donation émotionnelle. Par ailleurs, la révocabilité vise aussi à protéger les héritiers de leur privation de l'héritage en cas de donation.

B. Les conséquences juridiques de la nature **de la révocabilité**

359. La révocabilité basée sur l'unique volonté individuelle de son titulaire.- Le fait d'assimiler la révocabilité à une faculté engendre des résultats juridiques importants liés à la nature particulière de ce droit. La plus importante caractéristique de cette faculté, comme le démontre sa dénomination et l'associe de facto à la révocabilité, est le fait qu'il se base sur l'unique volonté individuelle du son titulaire. Ainsi, cela génère un état de dépendance au niveau de l'autre partie qui subit l'exercice de ce droit à son encontre. La volonté pure qui caractérise ce droit dont la révocabilité constitue à la fois l'image et l'application apparaît clairement dans le fait que ce droit est laissé au bon vouloir et à la pure volonté de son titulaire sans regard pour la volonté de celui qui fera l'objet d'un exercice d'une faculté à son encontre.

360. Une faculté différente d'autres droits.- Etant donné que le droit volontaire se base sur la propre volonté, son contenu se différencie des autres droits tels que les droits communs, car il n'octroie pas à son propriétaire de droit personnel. Il ne donne ainsi aucun pouvoir ni autorité sur les choses comme c'est le cas pour les droits réels.³⁶³ La révocabilité en tant que droit volontaire, se limite dans son contenu au pouvoir qu'elle octroie pour contrôler le devenir de la relation juridique. La jurisprudence détermine que l'autorité de révocabilité ne constitue pas une autorité absolue mais une autorité restreinte qui est l'autorité de choisir la révocabilité par contrat. En résumé, la faculté ne donne

³⁶³ HIDJAZI A, le contrat de durée, Matbat jamiat fuad al awwal, 1950, p. 221.

pas à son titulaire un droit personnel ni un droit réel, mais seulement un droit sur l'avenir du contrat lui-même de maitre fin et réaliser ce contrat.

361. L'autre contractant en position de subir l'exercice de la révocabilité à son encontre.- Ce qui caractérise la révocabilité est le fait aussi que l'autorité qu'elle confère à son propriétaire n'a pas en face d'elle un engagement ou un devoir, de la part de l'autre contractant qui subit l'exercice de la révocabilité à son encontre. L'exercice de ce droit dépend de la volonté unique du propriétaire et non de l'autre partie contractante. Ce droit de révoquer c'est à dire la faculté ne peut pas être vécue comme une violation d'un droit par l'autre partie c'est à dire le donataire. Le fait de considérer la révocabilité comme un droit volontaire se basant sur la volonté absolue du son titulaire de l'action, sous-entend que le contrat avant même l'utilisation de cette option de retour contient en lui-même ce droit et les effets qu'il peut produire. Ce qui permet au titulaire de l'action de sortir à n'importe quel moment la carte de la faculté dont il jouit et l'utiliser pour réaliser la révocabilité, qu'il est le seul à avoir dans la main et qu'il peut déclencher son application de son propre gré. Le fait de considérer le choix à la révocabilité comme un droit volontaire absolu, le met d'emblée dans le registre des droits dits discrétionnaires. Le courant prédominant dans la jurisprudence et la loi sort le droit volontaire absolu de l'emprise de la justice c'est-à-dire que ce droit ne serait pas soumis à l'appréciation de juge quant à son application. Le juge ne possède pas une autorité d'appréciation quant à son emploi, sinon ça ne serait plus un droit volontaire absolu au gré de son propriétaire. Il existe toutefois un courant qui prône la soumission de ces droits à l'autorité judiciaire³⁶⁴.

³⁶⁴ KIRA H., Introduction au Droit, spécialement le droit Libanais et Egyptien, 1967, pp. 931-936.

paragraphe 2. Le moment d'utilisation de la faculté de révocation

362. Une position commune : le principe de l'irrévocabilité après la tradition.- Si l'avis majoritaire dans la jurisprudence islamique penche vers l'irrévocabilité dans le cadre du contrat de donation, sauf dans certains cas où existe un texte de coran ou dans le sunna qui permis la révocabilité, il subsiste des différences pour fixer le début de l'obligation dans le contrat de donation.

363. Un désaccord sur les possibilités de révocabilité avant la tradition.- Si le consensus est l'irrévocabilité dans la donation après la prise en possession c'est à dire la tradition, le désaccord réside dans les possibilités de la révocabilité la tradition. Il y a une divergence sur les hypothèses dans lesquelles la révocabilité est admise.

364. La position des Chafites et des Hanbalites. La possibilité de la révocation avant la tradition.- Les *Chafites* et *Hanbalites* sont allés jusqu'à l'approbation de la révocabilité post-contrat et avant la possession c'est à dire que la donation avant la tradition peut être révoquée parce que pour eux il n'y a pas donation avant la tradition de la chose objet de contrat. Le raisonnement fournie par ce groupe qui adopte la possibilité de révocabilité avant la réception de la donation se base sur ce que le *Prophète Mohammed* (PSL) a dit à son épouse *Oum Salama* : «J'ai donné au Najashi³⁶⁵ du musc, est il est décédé avant de le recevoir, si ça nous parvient, je t'en offrirai une partie »... Quand ça lui a été parvenu, il en a fait une donation à elle et aux autres ». Ce *Hadith* constitue une preuve qu'il est possible de revenir sur la donation avant la réception. Si dans le cas où *EL Najashi* avait reçu la donation, le *Prophète* (PSL) n'aurait pas pu s'autoriser de s'en

³⁶⁵ Ashama Ibn Abjar Al Najashi est un roi aksoumite.

servir. Le premier *Calife*³⁶⁶ *Abu Bakir Essedik* a fait une donation à sa fille *Aïcha*, épouse du *Prophète Mohammed* (PSL) d'une parcelle de terrain. Au moment de sa mort, il dit à sa fille *Aïcha*, "Dieu est témoin ma petite, qu'il n'y a personne de plus chère à moi que toi. Je t'avais offert ces 20 unités (terrain) que si tu les avais récupérés seraient à toi mais ce sont aujourd'hui un bien d'héritage à toi, ton frère et ta sœur, veuillez le partager conformément au livre de Dieu ». De cet événement, il est conclu que les grands compagnons du *Prophète* (PSL) ont autorisé la révocabilité dans la donation tant que la réception la tradition n'a pas eu lieu, ce qu'a confirmé *Abu Bakir*. Si la réception avait eu lieu, il ne serait pas revenu sur sa donation. Les juristes vont jusqu'à considérer que la donation est une propriété pleine qui nécessite l'acceptation et l'acceptation et ne se fait qu'avec la réception, la tradition, c'est à dire la prise en possession, comme dans la vente. Ils ont considéré aussi que la donation est tel un contrat de prêt qu'il ne serait possible de le recevoir que si la prise en possession du débiteur se fait.

365. L'hypothèse du décès du donateur avant la tradition.-

Cette position a poussé certains savants à conditionner la propriété à la réception (la tradition). Ainsi, si la donation a eu lieu et que le donataire ne l'a pas encore reçue, la propriété n'est pas établie jusqu'à ce que la réception soit réalisée. S'il n'y a pas réception et que survient le décès du donateur, les biens objet de la donation rentreront dans l'héritage des héritiers du donateur.

366. L'hypothèse du décès du donateur-tuteur avant la tradition.- Mais si le donateur est lui-même le tuteur du donataire (mineur) et que le contrat est conclu et que le donateur c'est à dire le tuteur meurt avant la tradition, dans cette hypothèse la donation est en vigueur même avant la tradition. Ainsi, la donation ne fait pas partie de

³⁶⁶ Un califat ou khalifat est par métonymie le territoire et la population musulmane qui y vit reconnaissant l'autorité d'un calife littéralement « un successeur », ici de Mohammed (PSL), dans l'exercice politique du pouvoir.

l'héritage car le tuteur prend la place de la personne en tutelle. Le contrat donc est authentique et n'est pas dissout par le décès et ne devient pas non plus un héritage.

367. La position des Malikites.- En revanche, les *Malékites* ne permettent pas cette révocabilité avant la tradition. Car selon eux, le contrat en lui-même suffit car la prise en possession n'est pas prise en compte c'est à dire pour les Malikites au moment où l'offre et l'acceptation sont réunies le contrat est obligatoire même sans la tradition donc les parties ne peuvent pas révoquer la donation avant la tradition. Cet avis est motivé par le verset du coran : « *Ô croyants ! Remplissez fidèlement vos engagements*³⁶⁷ », qui en est la preuve irréfutable sur l'obligation de se conformer à un contrat et de l'honorer sans prendre en considération sa qualité. Le contrat de donation en fait partie donc il est tenu d'être respecté.

368. Une position des Malikites trop stricte.- On peut aussi envisager que l'obligation du contrat n'interdirait pas la révocabilité avant la réception car c'est une faculté accordée au donateur. Le Hadith, « celui qui revient sur sa donation est comme le chien qui revient à son vomi » nous pousse à voir que l'interdiction de la révocabilité de la donation s'appliquerait après la réception et non avant, mais on ne peut se limiter à ça. Les savants considèrent que la donation devient obligatoire dès que le contrat est fait comme dans un testament. Cela ne signifie pas l'impossibilité de la révocabilité avant la réception, car le testament même s'il est obligatoire dès que le contrat est fait, il peut être révocable par la seule volonté du testateur avant son décès. D'autres avis expriment que le contrat de la donation en lui-même implique un sens d'obligation.

369. Une possibilité de révocabilité avant la tradition: une solution préférable.- Selon nous, la donation est un contrat obligatoire,

³⁶⁷ Le Coran Sourate 5, Verset 1.

muni d'une faculté de révocabilité permettant au donateur le retour avant la prise en possession (la tradition) . Les savants ont mentionné que « si un homme accorde une aumône ou une donation, prise ou non prise encore par son propriétaire le destinataire de donation, qu'elle ait été sue ou non sue par lui c'est à dire même si le donataire ne savait pas qu' il y a une donation faite pour lui, cette donation est en vigueur »³⁶⁸. Donc cette donation est valide et son propriétaire désigné ici est le donataire et non le donateur ce qui signifie contextuellement que la prise en possession (la tradition) n'a rien à voir avec la révocabilité.

³⁶⁸ IBRAHIM A., Iltizam al- tabaroat, Majalat al-canon wa al-iktissad, n°5,1937, pp. 614- 615 .

Section 2. la révocation de la donation : les différentes positions des doctrines islamiques

370. Annonce de plan.- En islam, la révocation de la donation est interdite. Cela est considérée comme un mauvais comportement. Cependant, il existe des exceptions. Il existe trois doctrines³⁶⁹ concernant la révocation du contrat de donation. On va d'abord étudier la révocation pour les Malikites et les Chafites (**paragraphe 1**), et, ensuite, pour les Hanbalites (**paragraphe 2**), et pour les Hanafites (**paragraphe 3**). Ensuite, nous attarderons sur les raisons de l'irrévocabilité et de la révocabilité (**paragraphe 4**).

³⁶⁹ AL AJMI N., La révocation et ses conséquences dans le contrat dans le Fiqh Islamique, Mémoire, Caire, 2001, p. 419 et suivantes.

Paragraphe1 . La révocation de la donation pour les Malikites et les Chafites.

371. Le principe de l'irrévocabilité.- Pour les Malikites et les Chafites, le principe est l'irrévocabilité de la donation mais dans certains cas exceptionnels il existe un texte dans le Coran ou la Sunna dans lequel est prévu la révocation d'une donation.

372. La position des Malikites.- Pour l'Imam Malik., la propriété du donataire est définitive au moment où le contrat de donation est conclu même sans la tradition de la chose donnée. Ainsi, pour les Malikites le donateur ne peut pas révoquer la donation. Cependant, dans le cadre d'une donation avec charges (Hibat al thawab), si le donataire n'exécute pas la charge, cette donation peut être révoquée. De plus, il faut approfondir les hypothèses de donations faites par le père ou la mère à ses enfants. Cela se base sur le Hadith dans lequel le Prophète Mohammed a dit : « *Il n'est pas licite de révoquer une donation sauf celle faite par le père à son enfant...* »³⁷⁰. Il y a un autre Hadith qui va dans le sens de cette révocation par le père et qui confirme que la révocabilité dans la donation Père-fils est possible. Ce que raconte Nomaan ibn bachir lorsque son père l'amène au prophète Mohammed (PSL) et lui dit : je viens de faire un cadeau à mon jeune fils, ci-présent, le prophète le questionne : « as-tu fait une telle récompense à tes autres fils » il répond : non alors le prophète dit : reprend le³⁷¹ . Le prophète lui demanda de rendre le don donc la révocabilité Père fils est ainsi admissible.³⁷²Dans ce Hadith, le Prophète permet la révoca-

³⁷⁰ AL-NAWAWI Y., Le Sahih Muslim: Recueil des *Hadiths* authentiques du prophète, T. 10, Beyrouth, DKI, 2011.

³⁷¹ AL-NAWAWI Y., Le Sahih Muslim: Recueil des *Hadiths* authentiques du prophète, T. 3, Beyrouth, DKI, 2011, p. 1241.

³⁷² ALMALIKI A., El maouna a la madhhab alam almadina, vol. 1, Makkah, p. 1615.

bilité de la donation au fils surtout quand le père n'a pas fait preuve d'équité entre ses fils, ce qui pourrait inciter à la discorde entre eux. Un autre Hadith raconté par *Abi Abbes* précise que le Prophète Mohammed (PSL) a dit : « Celui qui revient dans sa donation est comme un chien qui revient à son vomi ». L'*Imam Malik* s'est basé sur ce Hadith en considérant que la révocabilité attribuée au père est une exception à la tradition générale qui interdit catégoriquement la révocabilité dans la donation (selon le livre le « *Mowataa* »). Cet érudit de l'islam s'appuie sur l'idée de l'interdiction de la révocabilité sauf pour le père, à travers un autre Hadith qui précise que le *Prophète Mohammed* (PSL) a dit : « Tout homme musulman ne peut faire une donation puis y revenir sauf envers ce qu'il donne à son fils »³⁷³. L'*Imam Malik* s'est accroché fondé sur les paroles d'*El Noeman Bachir* qui confirme son avis sur l'irrévocabilité à l'exception du père envers son enfant.

373. La révocation de la donation faite par la mère.- Quant à la mère, l'appréciation s'effectue par analogie au père en s'appuyant sur la Sunna. D'après Ibn Omar, le prophète Mohammed (PSL) dit : « il n'est possible de révoquer que pour le « parent » qui offre à son fils »³⁷⁴. Cet Hadith n'a pas utilisé le mot père, il a plutôt usé du mot parent pour que cela englobe la mère aussi.³⁷⁵ Cependant, il convient de noter que si le père ou la mère ont fait la donation afin d'avoir la récompense de Dieu, ils ne peuvent ensuite révoquer la donation. Il faut toutefois noter qu'il existe une hypothèse particulière lorsque la donation est faite à la mère pour son enfant qui est orphelin de père. Dans ce cas là, il n'est pas permis, a priori, de revenir sur la donation faite à cet enfant. Cependant, il y a différentes hypothèses. En effet, elle peut quand même la révoquer si la donation est faite à un enfant

³⁷³ AL-NAWAWI Y., Le Sahih Muslim: Recueil des *Hadiths* authentiques du prophète, T. 3, Beyrouth, DKI, 2011.

³⁷⁴ AL TARMATHI M., Sunan al tarmathi, al jami al kabir, Vol. 3, Dar al gharb al islami, 1 éd, 1996, p. 584.

³⁷⁵ AL-MAQDISI M (Ibn Qudama), Al Mughni, T. 8, Dar Al-Alamiyah, 2010, p. 262.

adulte, d'ailleurs que le père soit vivant ou pas au moment de la donation. En effet, l'enfant adulte au moment de la révocabilité de la mère s'il a perdu son père n'est pas considéré comme orphelin vu son âge.³⁷⁶ Cependant, si la mère avait comme intention avec cette donation de renforcer les liens du sang ou d'obtenir la récompense de Dieu ou si l'enfant est manifestement pauvre, la mère n'a plus le droit à la révocabilité.³⁷⁷

374. Les règles sont différentes si la donation est faite à un enfant mineur. La révocation dépend ici de l'état de l'enfant. Est-ce qu'il est orphelin au moment de la donation ou après la donation ? On peut relever deux hypothèses. Dans un premier cas, l'enfant est orphelin lors de la donation, donc la mère n'a pas la possibilité de révoquer sa donation même si le garçon est riche et a atteint l'âge de la maturité au moment de la révocation, car la donation a eu lieu alors qu'il était orphelin³⁷⁸. La raison en est que la donation avait comme objectif le rapprochement familial et la compassion. Elle ne peut être révoquée vu la faiblesse de l'enfant et la crainte qu'il tombe dans un sentiment de manque. La donation dans ce cas ressemble à l'aumône et ne peut être révoquée.³⁷⁹ On suppose dans ce cas que les moyens de subsistance de l'enfant doivent être préservés.

Dans une seconde hypothèse, le père de l'enfant est vivant au moment de la donation mais décède après, donc l'enfant est devenu orphelin au moment de la révocation. Dans cette hypothèse, il convient de se demander si la mère peut révoquer sa donation. Pour répondre à cette question, on relève deux versions à ce propos. Dans une première position, il est précisé que la mère ne peut révoquer sa donation vu l'état d'orphelinat de l'enfant au moment de la révocation. Ici la do-

³⁷⁶ ALJAROD A., El Montaqae, T. 6, Beyrouth, 1^{er}éd, 1988, p. 117.

³⁷⁷ AL KHORCHI M., L'explication du Al Khorchi, vol.5, Beyrouth, p.114.

³⁷⁸ L'orphelin : est celui qui a perdu son père jusqu'à atteindre l'âge adulte, après cet âge il n'est plus considéré comme tel. Celui qui a perdu sa mère n'est pas considéré orphelin en aucun cas.

³⁷⁹ ALMALIKI M., Mawahib El Jalil, vol. 6, Dar al radwan, 1^{er}éd, 2010, p. 64.

nation devient comme une charité sur l'enfant. C'est ce qu'ont déclaré Ibn Mouzar et Ibn Abi Zaid. Dans une seconde version, il est précisé que la mère a la possibilité de révoquer la donation, étant donné l'état du garçon lors de la donation. Car au moment de la donation, il n'était pas orphelin, et la donation n'est pas considérée comme une charité pour l'enfant. C'est ce qu'a dit El Lakhmi ensuite il a été suivi par Cheikh Khalil.

375. L'hypothèse de la donation faite par les grands parents.- Il convient de relever que dans le cadre d'une donation faite par les grands-parents aux petits-enfants, la révocation n'est pas permise. En effet, la notion de parent est entendue de manière stricte par les Malikites. On s'appuie sur l'Hadith du prophète Mohammed (PSL) qui précise que: « si la donation est destinée à un lien du sang interdits pour le mariage « mahram », elle est irrévocable »³⁸⁰ Dans ce Hadith il y a une preuve sur l'interdiction de la révocabilité car le prophète a démontré que la donation pour un lien du sang est irrévocable,³⁸¹ Il y a un autre Hadith sur lequel on peut s'appuyer. C'est l'Hadith dans lequel le Prophète précise qu' « il n'y a de pire que celui qui revient à sa donation comme celui qui revient à son vomi »³⁸² Ce Hadith bien évidemment exprime l'interdiction absolue de la révocabilité dans la donation. Dans sa généralité par l'expression« celui qui revient » il englobe tout le monde y compris les ascendants et les autres, ce qui veut dire que la révocabilité de la donation des grand-parents est interdite.³⁸³ Cet avis est consolidé aussi par ce qui a émané des compagnons du prophète. Omar ibn el khattab dit à ce sujet : « celui qui offre une donation à un lien du sang ou sous forme de charité n'en revient pas ».³⁸⁴ Ceci est une preuve de l'interdiction de la révocabilité

³⁸⁰ Hadith n° 12026 cité in ALBAYHAQI A., *Alsunan al kubra*, T. 6, Dar al kotob al ilmiyah, 3^eéd, 2003, p. 181.

³⁸¹ AL SARA KHSI M., *Al Mabsoot*, T. 10, Beyrouth, 1^eéd, 1989, p. 419.

³⁸² AL-NAWAWI Y., *Le Sahih Muslim: Recueil des Hadiths authentiques du prophète*, T. 3, Beyrouth, DKI, 2011, p. 1241.

³⁸³ AL-MAQDISI M (Ibn Qudama)., *Al Mughni*, T. 8, Dar Al-Alamiyah, 2010, p. 262.

³⁸⁴ MALIK I., *Almuwatta*, T. 2, Dar ihya al turath al arabi, 1985, p. 754.

par la religion, parce qu'Omar, a montré que la donation à un membre de la famille est irréversible³⁸⁵. La raison de cette interdiction même pour les grand-parents La raison de l'irrévocabilité des ascendants est claire. Elle réside dans les liens du sang et le renforcement de l'affinité car dans la révocabilité il y a un risque de rupture du lien familial et de l'affinité, car elle engendre la solitude donc pour préserver les liens du sang la révocabilité est interdit³⁸⁶.

376. La position des Chiites du Jafarisme³⁸⁷. L'essence de toute donation est l'obligation qui implique que la propriété est acquise au donataire dès qu'il prend possession du don. Ce principe est renforcé par le verset coranique : « Soyez fidèles à vos actes d'engagement ». La doctrine des Chiites du Jafarisme prône l'irrévocabilité dans la donation des proches qu'il soit père, fils, mère, petit-fils, ou les autres membres de la famille.

377. La position des Chafites.- C'est la même position que les Malikites. Les Chafites s'appuie sur les mêmes du Coran et de la Sunna pour défendre le principe de l'irrévocabilité. Le principe est l'irrévocabilité des donations sauf pour les donations faites par les parents à ses enfants. Il faut, comme les Malikites, préciser que si la doantion faite par les parents est faire pour obtenir la récompense de Dieu, elle ne peut être révoquée. Chez les Chafites, la notion de parent est entendue de manière plus large que les Malikites. Ainsi, les grands-parents peuvent révoquer la donation³⁸⁸. Les Chafites s'appuient sur le Hadith du prophète Mohammed (PSL). D'après ibn Omar le prophète a dit « il n'est permis à l'un de vous de révoquer la donation hormis le parent en ce qui donne à son fils » Dans le Hadith un signe

³⁸⁵ AL SARAHSI M., Al Mabsoot, T. 12, Beyrouth, 1^{er}éd, 1989, p. 94.

³⁸⁶ AL-MAQDISI M (Ibn Qudama)., Al Mughni, T. 8, Dar Al-Alamiyah, 2010, p. 262.

³⁸⁷ L'école juridique chiite dit Ja'fariya aussi appelée école des Ahlul bayt est la première école islamique apparue d'interprétation de fiqh du Coran d'inspiration chiite contrairement aux quatre grandes écoles sunnites. Elle a été fondée par Jafar al sadiq.

³⁸⁸ AL RAMLI Sh, Nihayat Al Mohtaj, T. 5, Beyrouth, Dar al fikir, dernière éd, 1984, p. 416.

clair de l'interdiction de la révocabilité du don après l'acquisition sauf en ce qu'il y a entre le fils et le père et le père inclus le grand-père c'est à dire que pour les Chafites dit que la notion de parents inclut les grand-parents. On peut peut aussi préciser que les Chafites s'appuient sur la même argumentation développée par les Malikites pour permettre la révocabilité de la donation faite par la mère.

378. La raison de la révocation possible des donations faites par les parents.- Il convient de s'interroger sur les raisons de la possibilité de révoquer une donation lorsqu'elle est faite par les parents aux enfants. Il en va ainsi car on considère que les parents ne vont pas révoquer la donation faite à leurs enfants si ce n'est dans leur intérêt ou s'il existe une nécessité.

379. Les hypothèses dans lesquelles la révocation est interdite même si la donation est faite par les parents.- Dans certaines hypothèses, la révocation est interdite même si elle est faite par les parents aux enfants. Il en va ainsi si la valeur de la chose donnée a augmenté. Si la donation était une cause de confiance des tiers à l'égard de donataire, les parents ne peuvent pas révoquer la donation. Il s'agit, par exemple, de la situation dans laquelle un tiers accepte de donner de l'argent au donataire en raison de la donation. Cela est également le cas si quelqu'un accepte de donner sa fille en mariage en raison de cette donation. La révocation n'est également pas possible dans le cas du décès de donateur ou du donataire après la donation ou si la donation a été faite dans un cas de maladie mortelle³⁸⁹. On ne peut également pas révoquer une donation si la chose donnée est sortie de la propriété du donataire ou si la chose donnée est détruite.

³⁸⁹ Cf., p. 171 et suivantes.

Paragraphe 2. La révocation de la donation pour les Hanbalites

380. L'existence de deux doctrines. La première doctrine.- Pour les Hanbalites, il y a deux doctrines qui sont énoncées dans les textes. Dans une première doctrine, il est dit que la donation ne peut jamais être révoquée³⁹⁰ sauf si la donation est faite par le père à ses enfants mais la mère, quant à elle, ne peut dans aucun cas révoquer la donation. Ceux qui appellent à l'irrévocabilité de la mère se sont appuyés sur la Sunna³⁹¹. D'après Samra, le prophète (PSL) a dit : « si la donation est pour un lien du sang prohibé du mariage « mahram », la révocabilité ne peut avoir lieu »³⁹² le fils ou la fille sont des « mahram » pour la mère donc il ne lui est pas permis de révoquer à cause de ce que ceci peut impliquer comme discorde et fissure dans les liens du sang.³⁹³ Ceux qui appellent à l'irrévocabilité de la mère dans sa donation à son enfant s'appuient sur un autre Hadith rapporté par Ibn Abbas. Ainsi, le prophète Mohammed (PSL) a dit : « il n'y a pas pire que celui qui revient sur sa donation tel un chien qui revient à son vomi »³⁹⁴ . Ce qui a été mentionné dans ce Hadith de manière absolue et généraliste par l'utilisation de l'expression « celui qui revient », englobe la mère et les autres et prouve que l'irrévocabilité s'applique à la mère autant qu'aux autres.³⁹⁵

Dans un autre Hadith qui énonce que: « celui qui offre une donation à un lien du sang sous forme d'aumône ne peut pas y revenir »³⁹⁶. Il s'avère que les donations envers les liens du sang ou celles qui sont

³⁹⁰ AL-MAQDISI M (Ibn Qudama), Al Mughni, T. 6, Dar Al-Alamiyah, 2010, p. 55.

³⁹¹ AL SARAHSI M., Al Mabsoot, T. 12, Beyrouth, 1^{er}éd, 1989, p. 49.

³⁹² Hadith n° 12026 cité in ALBAYHAQI A., Alsunan al kubra, T. 6, Dar al kotob al ilmiyah, 3^{er}éd, 2003, p. 181.

³⁹³ AL SARAHSI M., Al Mabsoot, T. 10, Beyrouth, 1^{er}éd, 1989, p. 419.

³⁹⁴ AL-NAWAWI Y., Le Sahih Muslim: Recueil des Hadiths authentiques du prophète, T. 3, Beyrouth, DKI, 2011, p. 1241.

³⁹⁵ AL-MAQDISI M (Ibn Qudama), Al Mughni, T. 6, Dar Al-Alamiyah, 2010, p. 55.

³⁹⁶ MALIK I., Almuwatta, T. 2, Dar ihya al turath al arabi, 1985, p. 754.

sous forme d'aumône ne peuvent pas être révoquées. Car elles ont été offertes dans le but d'acquérir une récompense de Dieu. La révocabilité est ainsi illicite du point de vue de la religion.³⁹⁷

Les grands parents ne peuvent également pas révoquer cette donation. En effet, on considère que la révocation est une exception qui doit être interprétée strictement. Cette doctrine est la doctrine majoritaire chez les Hanbalites en s'appuyant sur la même argumentation que les Malikites.

381. Hypothèses des impossibilités de révocation de la donation faite par le père.- Nous avons vu que selon la doctrine majoritaire, la donation faite par le père à ses enfants peut être révoquée. Cependant, il existe des hypothèses dans lesquelles cette révocation n'est pas possible. Il en va ainsi lorsque la donation a été faite pour avoir la récompense de Dieu. Si le père a fait pour ses enfants une donation d'une dette, il ne peut pas également révoquer cette donation. On ne peut pas aussi révoquer une donation si la valeur de la chose donnée a augmenté. Sur la révocabilité de cette chose, Ahmed ibn Hanbal nous raconte deux versions. La première dit qu'il n'est pas possible de révoquer, parce que l'augmentation est une propriété supplémentaire qui n'appartient qu'au fils et donc la révoquer n'est pas possible. Et de surcroît, elle est collée à la donation d'origine, donc le tout ne peut être révoqué. La deuxième dit qu'il n'y a pas d'empêchement à la révocation car cette augmentation n'est en fait que celle de la chose donnée. Ça n'empêche pas le retour. On peut également noter que le père ne pourra révoquer la donation si la chose donnée est sortie de la propriété du donataire. Si la chose donnée sort de la propriété du donataire pour une quelconque raison : vente, Waqf, héritage ou autre, la révocabilité n'est plus possible pour le père, car cela équi-

³⁹⁷AL SARAHSI M., Al Mabsoot, T. 12, Beyrouth, 1^{er}éd, 1989, p. 94.

vaudrait à annuler la propriété d'autrui. Et si la propriété revient au fils par une autre raison, là aussi la révocabilité n'est pas possible. Mais si la chose donnée revient suite à la résiliation d'un contrat de vente à cause d'un défaut ou en raison de la défaillance de l'acheteur, la révocabilité du père redevient possible. On peut également préciser que lorsque le donataire n'a plus la faculté d'agir sur la chose qui lui a été donnée car par exemple il y a une hypothèse le père ne peut pas révoquer car cela serait une annulation du droit d'une autre personne que son fils. On ne peut pas aussi révoquer une donation si la donation était une cause de confiance des tiers à l'égard du donataire. Si une personne, par exemple, fait un prêt à l'enfant en fonction de la donation faite par le père, il convient de se demander si le père a un droit de révocabilité. On peut citer deux réponses rapportées d'Ahmed ibn Hanbal. Dans une première version, il est dit qu'il ne peut y revenir, car il a dupé les gens avec ce qu'il a donné à son fils et les a poussé ainsi à lui faire confiance. S'il revient sur sa donation, ça serait à leur détriment. A ce propos le prophète Mohammed (PSL) a dit : « *pas de préjudice aux autres et pas de mal* »³⁹⁸. La deuxième version dit que le père peut révoquer sa donation, en ayant comme argument la généralité tirée de la parole du prophète, stipulant que le père a le droit de revenir sur une donation pour son fils. Le deuxième argument est le fait que le droit du fils n'est pas rattaché à l'entité de la donation donc ce droit n'empêche pas la révocabilité.

Il est dit aussi que si le père dispose de la chose objet de donation, ce n'est considéré comme une révocation si cela intervient avant que le donataire commence à utiliser la chose, objet de donation. Il y a deux positions dans la doctrine Hanbalite. Selon la première, ce droit ne peut pas être abandonné car il s'agit d'un droit inaliénable dans la législation islamique, Selon la deuxième position, ce droit peut être

³⁹⁸ AHMED I., Al Musnad de l'imam Ahmed, T. 5, Caire, 1969, p. 55, Hadith n° 2865.

renversé car il s'agit de son propre droit donc il a le droit de l'abandonner.³⁹⁹

382. La présentation de la seconde doctrine.- Dans l'autre courant, la donation ne peut jamais être révoquée même par le père. On ne peut révoquer la donation dans aucun cas parce que pour les tenants de cette position si quelqu'un a fait une donation il reçoit la récompense d'Allah (Dieu) donc il ne peut pas révoquer la donation. Dans ce contexte, lorsqu'il y a lien du sang, la donation en peut être révoquée. La donation à la famille en général n'est pas autorisée à être révoquée, qu'il s'agisse d'un père ou d'une mère, d'un enfant ou des petits-enfants ou d'un autre parent. Dans le Coran et la Sunna, différents Hadiths peuvent être interprétés dans ce sens. Ainsi, le Prophète Mohammed (PSL), a dit : « *la donation pour les « liens du sang, « Mahrem » est irrévocable* »⁴⁰⁰. Un autre Hadith sur lequel les Hanbalites s'appuie, est celui rapporté d'Ibn Abbas qui dit que le prophète a dit : « nous n'avons pas de pire que celui qui revient sur sa donation, tel un chien qui revient à son vomi »⁴⁰¹. Ce Hadith généraliste ne permet pas la révocabilité d'une manière générale. Il désigne tout le monde donc il peut inclure le père. Il indique que le père autant que les autres, ne peut pas revenir sur sa donation. Cette donation est une sorte de récompense divine que le père aspire à obtenir c'est à dire si le père fait la donation il va avoir la récompense du Dieu donc il ne peut pas révoquer la donation, donc il ne peut y revenir. Comme il ne peut aussi revenir sur une aumône ou un cadeau offert de bonne foi.⁴⁰² Un autre Hadith interdit la révocation de la donation même pour le père. En effet, Omar Ibn Al Khattab a dit : « celui qui fait une donation à un lien de sang, sous la forme d'une aumône ne peut y

³⁹⁹ AL-MAQDISI M (Ibn Qudama)., Al Mughni, T. 6, Dar Al-Alamiyah, 2010, p. 276.

⁴⁰⁰ Hadith n° 12026 cité in ALBAYHAQI A., Alsunan al kubra, T. 6, Dar al kotob al ilmiyah, 3^eéd, 2003, p. 181.

⁴⁰¹ AL-NAWAWI Y., Le Sahih Muslim: Recueil des Hadiths authentiques du prophète, T. 3, Beyrouth, DKI, 2011, p. 1241.

⁴⁰² AL-MAQDISI M (Ibn Qudama)., Al Mughni, T. 8, Dar Al-Alamiyah, 2010, p. 262.

revenir ⁴⁰³». A la lumière de ce qui précède, l'interdiction religieuse de la révocabilité dans la donation est prouvée car Omar Ibn Al Khattab a démontré que la donation si elle est pour un lien du sang, ne serait pas révocable.⁴⁰⁴ Il est à noter aussi qu'il n'y a pas de différence dans le lien de sang entre le Musulman et le non-musulman, le mâle ou la femelle et entre l'homme et la femme. Le sens visé du lien du sang ou du parent proche est celui dont la filiation est attribuée de loin ou de près, qu'il fasse partie des héritiers ou pas.

383. La raison de la interdiction de cette révocation.- même pour le père l'irrévocabilité dans la donation des proches trouve son origine dans la sacralité du lien du sang et du lien de parenté recommandé par Dieu dans le Coran. Donc l'objectif est de renforcer l'affinité et les liens du sang. La révocabilité serait ainsi une rupture des liens du sang.⁴⁰⁵ Il s'agit aussi de préciser que ce cas, la donation sert de compensation morale. La donation envers « les liens du sang » et « Mahram » (Liens exclus du mariage) à la fois n'est pas révocable. Les juristes musulmans s'appuient sur le Hadith : « a tous les droits sur sa donation celui qui n'en a pas encore été récompensé ». Ceci veut dire que le donateur peut revenir tant qu'il n'a pas été récompensé. Or, la donation envers « les liens du sang » et « Mahram » à la fois, crée une sorte de compensation morale puisqu'elle renforce les relations familiales, crée une solidarité et une entraide entre les membres de la même famille. Cette morale est de surcroît récompensée par la religion et encouragée par les législateurs eux-mêmes. Omar Ibn El Khattab en a tiré sa conclusion : ce genre de donation est compensable donc irrévocable. Sauf si elle est pour les proches non « Mahram », car plus il y a éloignement dans la relation plus elle est

⁴⁰³ MALIK I., Almuwatta, T. 2, Dar ihya al turath al arabi, 1985, p. 754.

⁴⁰⁴ AL SARAHSI M., Al Mabsoot, T. 12, Beyrouth, 1^{er}éd, 1989, p. 94.

⁴⁰⁵ AL-MAQDISI M (Ibn Qudama), Al Mughni, T. 8, Dar Al-Alamiyah, 2010, p. 262.

considérée comme défailante en matière de rapprochement. Ainsi la compensation devient nulle.

Paragraphe 3. Le principe de la révocation de la donation pour les Hanafites

384. Le principe de la révocation.- Contrairement aux courants majoritaires qui défendent l'irrévocabilité des donations, les Hanafites mettent en avant le principe de la révocation. Si la donation est faite en respectant les conditions, la propriété est transférée au donataire. Cependant, le donateur peut révoquer la donation mais pour révoquer il doit y avoir le consentement des parties ou un jugement.

385. La prohibition de la révocation dans certains cas.- Mais dans certains cas, le donateur ne peut pas révoquer la donation⁴⁰⁶ même si le principe pour les Hanafites est la révocation. En effet, tout d'abord, le donateur ne peut pas révoquer la donation si la valeur de l'objet donné a augmenté. Par exemple, si l'objet de donation était un terrain et le donataire a planté des arbres ou s'il a construit une maison qui augmente le prix de ce terrain dans ce cas le donateur ne peut pas révoquer la donation.

La révocation est aussi impossible si le donateur ou le donataire décède après le transfert de la propriété de la chose donnée parce que le droit de révoquer la donation est un droit personnel pour le donateur. Ce droit ne se transfère pas après sa mort à ses héritiers. Si c'est le donataire qui est décédé, la propriété de la chose donnée est transférée aux héritiers du donataire donc le donateur ne peut pas révoquer parce que la propriété de la chose donnée appartient à une autre personne que le donataire.

⁴⁰⁶ ALKAFIF A., L'acte unilatérale, la volonté unilatérale, Étude comparative, Caire, 1964, p. 185 et p. 186.

Il faut ajouter que si la donation est avec charge le donateur ne peut révoquer la donation. Il en est de même si la chose donnée sort de la propriété du donataire, par exemple si le donataire vend la chose donnée à un tiers ou s'il fait une donation à un tiers. Le tiers devenant propriétaire, le donateur ne peut plus révoquer la donation.

Si la chose donnée est détruite ou abimée, il est aussi impossible de révoquer la donation.

Dans une dernière hypothèse, si la donation a été faite par le donateur à son père ou à ses enfants ou à son oncle, c'est à dire à une personne avec laquelle il y a une relation du sang, dans ce cas le donateur ne peut pas révoquer la donation parce que la donation était faite pour renforcer la relation. Ainsi, en cas de révocation, cela pourrait détruire la relation familiale⁴⁰⁷. Quand il y'a un lien de sang la donation ne peut pas être révoquée. On suppose que la donation à la famille en général n'est pas autorisée à être révoquée, qu'il s'agisse d'un père ou d'une mère, d'un enfant ou des petits-enfants ou d'un autre parent. Les arguments utilisés par les Hanafites sont les mêmes Hadiths que ceux utilisés par les Hanbalites. Par exemple, on va reprendre l'Hadith qui précise que le Prophète Mohammed (PSL), a dit : « la donation pour les liens du sang, « Mahrem » est irrévocable »⁴⁰⁸. Un autre Hadith est celui rapporté d'Ibn Abbas qui dit que le prophète a dit : « nous n'avons pas de pire que celui qui revient sur sa donation, tel un chien qui revient à son vomissement »⁴⁰⁹. Les raisons de l'interdiction de la révocation sont les mêmes que celles développées par les Hanbalites.

⁴⁰⁷ IBN ABIDIN M, Radd al-muhtar ala ad-Dur al-mukhtar, T. 8, Egypte, Bibliothèque Al-babi al-halabi et ses enfants, 2^e éd., 1966, p. 481 et p. 482.

⁴⁰⁸ Hadith n° 12026 cité in ALBAYHAQI A., Alsunan al-kubra, T. 6, Dar al-kotob al-ilmiyah, 3^eéd, 2003, p. 181.

⁴⁰⁹ Hadith n° 1622 cité in AL-NAWAWI Y., Le Sahih Muslim: Recueil des Hadiths authentiques du prophète, T. 3, Beyrouth, DKI, 2011, p. 1241.

386. Comparaison avec le droit égyptien.- Pour avancer dans notre réflexion, il nous a semblé intéressé de comparer avec le droit égyptien qui s'est inspiré du courant Hanafite. Selon le droit égyptien, la donation est un contrat d'obligation unilatéral incarnée dans la personne du donateur. Le donataire n'est tenu de rien mais si le donateur inclut une condition de compensation, la donation est dans ce cas obligatoire bilatérale et donc le donataire ici est tenu aussi par des obligations.⁴¹⁰ Le droit Egyptien s'intéresse à la révocabilité de la donation. Le droit civil s'est inspiré du courant *Hanafite*, en permettant la révocabilité à l'amiable dans la donation, ou par voie de justice en cas de non satisfaction du donataire. Le fait qu'il s'inspire du courant Hanafite est intéressant dans le cadre de notre comparaison. On peut ainsi voir comment la doctrine Hanafite s'est incarnée dans le droit égyptien.

387. La révocabilité à l'amiable.- L'article 500 du Code civil égyptien énonce qu'il est admis de révoquer une donation si le donataire est d'accord. Il est à noter que si les deux parties sont d'accord, la donation peut toujours être révoquée. Cela est le cas même dans l'hypothèse où la donation ne pourrait être révoquée et même si le donateur ne pourrait révoquer la donation, n'ayant pas d'excuse acceptable.

388. La révocabilité par voie de justice.- La révocabilité dans la donation par voie de justice selon le second paragraphe de l'article 500 du code civil énonce que: « dans le cas où le donataire n'accepte pas, le donateur peut demander à la justice de lui permettre la révocabilité, s'il se présente avec un justificatif acceptable et qu'aucune objection de révocabilité n'est noté »⁴¹¹.

⁴¹⁰ ESSANHOURI A., L'intermédiaire dans l'explication du droit civil, T. 5, Dar al nahda al arabiyah, 1962, p. 142.

⁴¹¹ ESSANHOURI A., L'intermédiaire dans l'explication du droit civil, T. 5, Dar al nahda al arabiyah, 1962, p. 142.

389. Les trois conditions de la révocabilité en justice.- La première condition: l'exclusion de donations irrévocables.- La révocabilité de la donation en justice est assujettie juridiquement à trois conditions. Tout d'abord, il convient de noter que certaines donations ne sont révocables que par accord à l'amiable. Ce sont celles qui sont strictement irrévocables et qui sont exposées à des obstacle à la révocabilité. La Cour de cassation égyptienne⁴¹², dans un arrêt du 24 octobre 1963, a énoncé que « la révocabilité selon l'article 500 dans le cas où la donataire n'est pas d'accord est soumise à une condition qui incombe au donateur de s'appuyer sur une excuse favorable et acceptable par le juge si il n'y a pas d'obstacle à la révocation. Le tribunal compétent a mis en œuvre cet article en arrivant à la conclusion de la non recevabilité de la requête du plaignant pour restituer la somme de la dote. Le tribunal a étudié l'affaire selon les limites de son autorité d'appréciation et selon ce qui détermine ou non la validité de l'excuse du plaignant, donc au final, le jugement ne s'oppose pas à la loi ».

390. Des illustrations d'obstacles interdisant la révocabilité.- Le donateur peut conformément à l'article 500 revenir sur sa donation sous réserve d'accord à l'amiable ou sous réserve de justificatif accepté par le juge si il y absence d'objections interdisant la révocabilité. L'article 502 de la même loi fixe les obstacles interdisant la révocabilité. Parmi ces objections nous citerons celles inclus dans le paragraphe (H) de l'article 502 du Code civil égyptien. Dans ce texte, on précise qu'il y a une objection qui interdit la révocabilité de la donation: « Si la donation est destinée à un lien de sang du type « Mahram ». Le lien de sang de type « Mahram » inclut les personnes de la même famille pour lesquels il y a un empêchement à mariage avec le donateur comme la tante ou la sœur. Le texte de cette loi n'a pas donné de détails. Il est resté vague et absolu, ce qui le rend applicable à toutes les donations qui concerne les personnes de la même famille et qui sont

⁴¹² Cass.civ. Égypte., 24 octobre 1963, n° 0302/ 1928.

de la catégorie « Mahram » à la fois, par exemple la donation du père à son enfant. Ce type de donation est à caractère obligatoire, réalisant l'objectif de la donation qui est avant tout le lien du sang, donc il n'est pas permis d'y revenir sans l'acceptation du donataire. Mais certains soutiennent que la donation du père à son enfant devrait se rapprocher des règles de la Charia qui accorde ce genre de révocabilité. Cependant, la Cour de cassation, dans un arrêt du 29 octobre 1974 retient que c'est le Code civil égyptien qui doit régler la situation et non la Charia.⁴¹³ Dans une autre jugement du 27 décembre 1984⁴¹⁴, la Cour de cassation retient la même position. Selon la Cour, « il est permis au donateur selon l'article 500 du droit civil de révoquer une donation en cas de consentement, ou sur la base d'un justificatif accepté par le juge. L'article 502 du code civil cite les empêchements de la révocabilité de la donation, qui sont cités dans le paragraphe H, tel que celui qui stipule que la donation lorsqu'elle est destinée à un parent proche (lien du sang) du type « Mahram » est un cas d'empêchement. Vu que le texte de loi est généraliste sans spécification, sans restriction il s'applique ainsi sur toute donation de type « lien de parenté » (lien de sang) qui sont par ce fait obligatoires puisqu'elles réalisent l'objet de la donation qu'est le lien de famille ». En l'espèce, le donateur ne peut revenir sur sa donation faite à des nièces car les nièces sont considérées légalement comme étant incluses dans les liens de sang qualifiés de « mahram ». Dans un arrêt du 29 octobre 1974⁴¹⁵, la Cour de cassation précise également que la révocabilité est interdite envers les parents proches (liens de sang et « mahram »), selon l'article 502 du Code civil. Ce n'est pas la charia qui s'applique. L'article 502 du Code civil a fixé les obstacles à la révocabilité pour une donation d'un parent à son enfant, comme suit : il est permis au donateur selon l'article 500 du code civil de revenir dans la

⁴¹³ Cass. Civ. Égypte., 29 octobre 1974, n° 0181/ 1939.

⁴¹⁴ Cass. civ. Égypte., 27 décembre 1984, n° 544/ 1949.

⁴¹⁵ Cass. Civ. Égypte., 29 octobre 1974, n° 0181/ 1939.

donation si nécessaire à condition qu'il y ait un consentement ou qu'il y ait un justificatif accepté par le juge. En revanche, dans la charia islamique, la révocabilité d'une donation d'un parent à son enfant est possible. Cependant, la Cour de cassation, à travers différents arrêts, ne retient pas cette possibilité, mettant en avant que cela serait une restriction au texte du Code civil.

391. La seconde condition pour la révocabilité de la donation : Avoir une excuse acceptable pour la révocabilité.- Pour que la donation soit révoquée en justice, il est nécessaire de remplir une seconde condition. En effet, il est nécessaire que le donateur ait une excuse acceptable pour la révocabilité de la donation.

Une illustration de l'excuse acceptable réside dans un jugement de la cour de cassation, datant du 15 décembre 1965⁴¹⁶. Dans cet arrêt, il est énoncé qu'en matière de révocabilité, le plaignant doit justifier d'une excuse acceptable. Ainsi, afin de légitimer son droit à la révocabilité, l'appelant qui veut récupérer le loyer qu'il a donné avait comme justification les faits suivants. Tout d'abord, l'appelant précise qu'il a donné le loyer par erreur. Le juge, selon son appréciation souveraine, ne reconnaît pas cette erreur. Ensuite, le plaignant affirme que la dette du loyer n'est pas divisible. Cependant, il n'en est rien car la division du loyer est possible vis-à-vis de la loi. Il peut être partagé entre les héritiers chacun avec sa part dans l'héritage. Tout ceci démontre que l'excuse sur laquelle s'est appuyé cet appelant pour prouver son droit à la révocabilité suite à son désistement est avérée non recevable.

Dans un autre arrêt de la Cour de cassation⁴¹⁷, le donataire n'exécute pas la charge stipulée dans le contrat de donation au profit du donateur. L'action du donataire a été considérée comme une grande ingratitude de sa part envers le donateur. Selon ce qui est fixé

⁴¹⁶ Cass. civ. Égypte., 15 décembre 1965, n° 413/1930.

⁴¹⁷ Cass. civ. Égypte., 13 mars 1979, n° 0049/ 1943.

par instruction du parquet et le dossier au fond, le donateur est apte à la révocabilité. L'appelant a suscité une autre cause à la révocabilité qui est l'incapacité du donateur de subvenir à ses besoins et à ceux de son épouse. La cour s'est contentée de l'ingratitude comme raison de révocabilité et l'a considéré existante vu que l'appelant s'est abstenu d'être reconnaissant. Le jugement a été rendu avec des dommages et intérêts.

392. La troisième condition : l'excuse acceptable de l'article 501 du Code civil soumise à l'appréciation souveraine du juge.- Une troisième condition intervient pour la révocation de la donation en justice. En effet, l'excuse acceptable est précisée à l'article 501 du Code civil égyptien qui en énumère trois. Dans l'article 501 du Code civil, il est fait mention comme excuse acceptable pour révoquer la donation, l'ingratitude du donataire envers le donateur ou l'un de ses proches. Il est aussi fait mention de la situation dans laquelle le donateur est incapable de subvenir à ses besoins selon son mode de vie et son statut social, ou n'est plus apte à remplir ses engagements matériels envers autrui. Le troisième cas se réfère au donateur qui vient d'avoir un enfant, demeurant en vie au moment de la révocation, ou apprend qu'il a un enfant qu'il a cru mort au moment de la donation.

Cette liste n'est pas limitative⁴¹⁸ et l'excuse acceptable doit forcément être appréciée par le juge. Dans ce contexte, et quant à la question de rendre la parure et les cadeaux lors de la rupture des fiançailles, la Cour de cassation a énoncé que les cadeaux offerts entre les fiancés pendant la période des fiançailles, tel que la parure sont considérés comme des donations. En cas de rupture, le droit du fiancé de les récupérer sans l'accord du donataire devrait passer par une excuse acceptable pour le juge⁴¹⁹. Un autre arrêt de la Cour de cassa-

⁴¹⁸ Cass. civ. Égypte, 19 juin 1990, n° 979/ 1955.

⁴¹⁹ Cass. civ. Égypte, 25 décembre 1985, n° 2003/ 1951.

tion du 26 mai 1974⁴²⁰ va dans le même sens. Ici, il s'agit du droit du fiancé de récupérer les donations des fiançailles sans l'acceptation de l'autre fiancé. Cela est soumis aux dispositions de la révocabilité de la donation, figurant dans l'article 500 du Code civil. Le dit article exige une excuse acceptée par le juge, pour la révocabilité de la donation. La Cour précise que le fiancé ne peut pas révoquer la donation car l'excuse présentée en l'espèce n'a pas été jugée acceptable par les juges du fond. On peut aussi noter que la Cour de cassation, sous le visa des articles 486 et 497 du Code civil, précise qu'il est permis pour le donateur d'imposer au donataire d'utiliser le bien donné pour des fins bien précises. Si le donataire manque à cette obligation, le donateur peut révoquer la donation⁴²¹.

⁴²⁰ Cass. civ. Égypte, 26 mai 1974, n° 62/ 1939.

⁴²¹ ESSANHOURI A., *L'intermédiaire dans l'explication du droit civil*, T. 5, Dar al nahda al arabiyah, 1962, p. 142.

Paragraphe 4. Les raisons de la possibilité de la révocation pour les parents

393. Les raisons du principe d'irrévocabilité.- On peut constater que le principal qui est mis en avant pour fonder le principe d'irrévocabilité des donations est d'affirmer ainsi la stabilité des transaction entre les personnes. Cela entraîne une nécessaire et profonde réflexion du donateur avant de faire la donation car ensuite, il ne peut plus la révoquer. Une donation ne peut pas être révoquée. Cela confirme l'importance de l'engagement des parties dans la donation et du maintien de la stabilité dans les relations et les transactions entre les personnes. Car il n'est acceptable de jouer avec les sentiments des autres. Celui qui offre le fait avec conviction et par générosité et ce n'est pas une faveur qu'il fait à autrui donc il ne devrait y avoir ni dommages ni regrets c'est à dire pas de révocation. Celui qui donne doit assumer son acte de donation issu de sa volonté individuelle et d'un choix personnel. Il ne peut y revenir ni changer d'avis. C'est pour cela qu'il est important d'avertir les gens à faire preuve de prudence, et de bien réfléchir avant de s'engager dans la donation car il ne peut pas révoquer. Sachant que le donateur n'a pas le droit de révoquer même s'il a mis cette condition au préalable car cette condition n'est généralement pas un exemple à suivre. Autoriser le contraire rendrait les choses moins sérieuses car tous ceux qui offriront demain pourront facilement revenir sur leur engagement. Ça serait absurde et la raison humaine rejette l'absurde. Ceci est contre les valeurs, les principes et les bonnes moeurs humaines. Le message prophétique lui-même est à la base un renforcement et un accomplissement pour ces valeurs humaines. A ce propos, il faut rappeler l'Hadith qui dit que celui qui revient sur sa donation est tel un chien qui revient à son vomi .

394. Les raisons de la révocabilité des donations permise par les parents.- Cependant, il en va différemment pour les parents qui pourraient révoquer la donation si cela n'est pas contraire à l'intérêt de l'enfant. La parenté fait partie de la filiation et est la même pour les musulmans ou les non musulmans, pour les petits ou les grands, pour les hommes ou les femmes. lien du sang concerne toute personne faisant partie de la filiation de loin ou de près, qu'il soit lié à l'héritage ou pas, qu'il soit parmi les personnes prohibées pour le mariage ou pas. D'après les compagnons, il y eut un homme qui voulut laisser une somme de mille dirhams⁴²² pour des proches à lui du côté de son père et de sa mère. Il demanda à l'Imam Ali s'il y a des limites à ce que l'homme peut laisser à ses proches. Il lui dit qu'il n'y a pas de limite dans ce que l'on donne à ses proches et dans le choix des proches à qui on donne, du moment que ces derniers sont connus. On voit le contexte particulier des donations faites dans un cadre familial. En ce qui concerne l'autorisation de la révocabilité envers le père et la mère, leur regard envers leur progéniture est différent des autres et est envahi par l'affection et la passion. Le prophète lorsqu'il prit dans ses bras el Hassan et el Hussein dit ces propos « l'enfant est la privation et la lâcheté pour ses parents ». ⁴²³ C'est à dire que l'enfant pousse ses parents à se priver et devenir lâches pour lui dans le sens qu'ils ont peur pour lui. Ainsi le père peut offrir sous l'emprise de cette grande affection et cet amour excessif sans vraiment pouvoir apprécier les choses à leur juste valeur, et voir les choses de manière raisonnable, ainsi il peut arriver ce qui n'est pas souhaitable : l'ingratitude de l'enfant, sa désobéissance. On peut aussi imaginer une situation dans laquelle le père est malade ou dans la nécessité. On peut limiter la révocabilité à ces situations dans lesquelles les conditions sont réunis afin de préserver les droits de chacun. On peut aussi relever que les enfants ont aussi comme devoir vis-à-vis de la loi de payer

⁴²² ABDUL RAHMANE B., *Al hiba fi al madhhab wa El kanoun*, 3^e éd, 2001, p. 320.

⁴²³ AL ALBANI M., *Sahih al jami, al maktab al islami*, 3^eéd, 1988, p. 1990.

une pension alimentaire à leurs parents. D'après Aïcha, le prophète a dit « il n'y a pas de meilleur goût que de consommer de ses acquis et vos enfants en font partie ». D'après Jabir, un homme dit au prophète : O messager de Dieu, j'ai des biens et des enfants et mon père a l'intention de s'accaparer de mes biens, le prophète Mohammed (PSL) lui dit « toi et ce que tu possèdes êtes la propriété de ton père ». Dans un autre fait rapporté du prophète Mohammed (PSL) on relate qu'un bédouin lui dit que son père est en train de s'accaparer de ses biens, le prophète répond : « toi et tes biens, vous êtes la propriété de ton père ». En résumé, pour quelle raison la révocabilité est permise. Car en général, les parents ne vont révoquer une donation que dans l'intérêt de leurs enfants.

395. Conclusion.- Même s'il existe différentes doctrines en droit islamique quant à la révocation de la donation, on peut toutefois noter que tous les courants doctrinaux précisent que la donation entre époux est irrévocable. Si le mariage est conclu, toutes les donations qui sont faites ne peuvent pas être révoquées. Il existe une seule exception. C'est celle dans laquelle la femme peut révoquer la donation si elle prouve que son mari l'a contrainte à faire une donation en sa faveur.

Chapitre 2. La révocation de la **donation en droits koweïtien et** **français**

396. Le principe d'irrévocabilité.- En ce qui concerne la révocation de la donation en droits français et koweïtien, il convient de rappeler que ces deux droits connaissent le principe d'irrévocabilité des donations.

397. Les causes acceptables de révocation en droit koweïtien.- L'article 537 du Code civil koweïtien prévoit que « 1- Le donateur ne peut pas révoquer la donation, sauf les parents pour les donations faites à leurs enfants. 2- Les autres peuvent encore révoquer la donation s'ils ont un jugement et s'il existe une cause acceptable de révocation ». L'article 538 considère comme cause acceptable de révocation « L'inexécution des charges par le donataire si l'inexécution est qualifiée comme une ingratitude à l'égard du donateur ». Il est aussi précisé que le donateur peut révoquer la donation si après la donation il n'a plus assez d'argent pour vivre et s'il ne peut pas verser des aliments à ses enfants. Enfin la survenance d'un enfant est considérée comme une cause acceptable de révocation. Il est nécessaire de préciser que cet enfant doit rester vivant jusqu'au jour de la révocation. Les cas de révocation en droit koweïtien sont présentés comme des exemples. Ils ne sont ainsi pas limitatifs.

398. Des cas limitatifs en droit français.- En revanche, en droit français, les cas de révocation sont limitatifs comme cela est indiqué à l'article 953 du Code civil qui énonce que « la donation entre vifs ne pourra être révoquée que pour cause d'inexécution des conditions sous lesquelles elle aura été faite, pour cause d'ingratitude, et pour cause de survenance d'enfant ».

399. Annonce de plan.- Nous allons étudier les cas de révocation similaires (**Section 1**), et, ensuite nous analyserons les particularités des deux droits (**Section 2**).

Section 1. Des cas de révocation **similaires dans les deux droits**

400. Annonce de plan.- Il s'agit de la révocation des donations pour inexécution des charges (**paragraphe 1**) et ensuite pour ingratitude (**paragraphe 2**) et enfin pour la survenance d'enfant (**Paragraphe 3**).

Paragraphe 1. La révocation pour inexécution des charges

401. Les articles des Codes civil koweïtien et français.- La révocation d'une donation pour inexécution des charges est prévue à l'alinéa 1^{er} de l'article 538 du Code civil koweïtien et à l'article 954 du Code civil français qui énonce que « dans le cas de la révocation pour cause d'inexécution des conditions, les biens rentreront dans les mains du donateur, libres de toutes charges et hypothèques du chef du donataire ; et le donateur aura, contre les tiers détenteurs des immeubles donnés, tous les droits qu'il aurait contre le donataire lui-même ».

402. Les conditions de la révocation.- L'inexécution de la charge n'entraîne la révocation de la libéralité que si deux conditions sont réunies et appréciées par le juge donc l'appréciation du juge est nécessaire dans les deux droits. D'une part, la charge doit être la cause impulsive et déterminante de la donation, sauf si une clause avait prévu la résolution de plein droit. D'autre part, l'inexécution doit être grave c'est la même solution en droit koweïtien qui applique la théorie générale du contrat.

403. La révocation partielle.- En cas d'inexécution partielle, le juge en droits français et koweïtien peut refuser de révoquer complètement la donation et ne prononcer qu'une révocation partielle ou accorder un délai. La Cour de cassation, dans un arrêt du 19 décembre 1984, énonce que « lorsque le juge, saisi d'une demande de révocation d'une donation pour cause d'inexécution des conditions, a constaté cette inexécution, il peut accorder au donataire un délai qui doit em-

prunter sa mesure aux circonstances pour exécuter ces charges »⁴²⁴. Il peut même ordonner la révision de la charge afin d'en rendre l'exécution possible selon l'article 900-2 du Code civil français qui énonce que « Tout gratifié peut demander que soient révisées en justice les conditions et charges grevant les donations ou legs qu'il a reçus, lorsque, par suite d'un changement de circonstances, l'exécution en est devenue pour lui soit extrêmement difficile, soit sérieusement dommageable ». Il convient de préciser également que la cause de l'inexécution de la charge n'a pas en principe d'incidence.

404. La révocation judiciaire.- La révocation pour inexécution des charges est judiciaire en droit français. En effet, l'article 956 du Code civil français énonce que « La révocation pour cause d'inexécution des conditions, ou pour cause d'ingratitude, n'aura jamais lieu de plein droit ». On peut toutefois relever l'hypothèse de la donation comprenant une clause qui prévoit que cette révocation peut avoir lieu de plein droit. La révocation est également judiciaire en droit koweïtien. Selon l'article 196 du Code civil koweïtien, il peut y avoir également des clauses de résolution de plein droit qui peuvent être précisées dans le contrat de donation. En tous les cas, le donataire dans les deux droits ne peut demander au juge la révocation de la donation pour inexécution de la charge, car l'action n'appartient qu'au donateur ou à ses héritiers.

405. Les titulaires de l'action.- Au-delà du donateur, les héritiers du donateur peuvent exercer l'action dans les deux droits, même lorsque la charge n'était pas dans leur intérêt matériel, car ils ont un intérêt moral.

⁴²⁴ Cass. civ. 1^{re}, 19 décembre 1984, n° 83-14083, Bull. civ. 1, n° 343.

406. Les conséquences de la révocation.- La révocation est rétroactive. Selon l'article 954 du Code civil, « dans le cas de la révocation pour cause d'inexécution des conditions, les biens rentreront dans les mains du donateur, libres de toutes charges et hypothèques du chef du donataire ; et le donateur aura, contre les tiers détenteurs des immeubles donnés, tous les droits qu'il aurait contre le donataire lui-même ». Mais en droit koweïtien la révocation d'une donation n'est pas rétroactive. L'article 541 du code civil koweïtien prévoit que si la donation est révoquée, la chose donnée retourne au donateur, mais il est nécessaire d'enregistrer ce retour du bien immobilier auprès du notaire.

407. Une inexécution non d'ordre public.- La révocation pour inexécution des charges n'est pas d'ordre public dans les deux droits. Ainsi, le donateur peut y renoncer, y compris dans l'acte de donation, c'est à-dire avant toute inexécution. Pour que l'inexécution des charges entraîne la révocation de la donation, il n'est pas nécessaire qu'elle soit fautive, mais elle doit présenter un caractère de gravité suffisant et ne pas trouver sa source dans une faute du donateur. Selon le large pouvoir d'appréciation des juges, la révocation peut être prononcée ou non.

Paragraphe 2. La révocation pour ingratitude

408. Des cas d'ingratitude précisés en droit français.- Les causes acceptables de révocation de la donation en droit civil koweïtien sont l'ingratitude du donataire. Il en va de même en droit français. Il convient toutefois de noter que le Code civil koweïtien ne mentionne pas les cas d'ingratitude à l'article 538 du Code civil. Toutefois, le droit koweïtien qualifie l'inexécution des charges comme une ingratitude à l'égard du donateur. Cela est précisé à l'alinéa premier de l'article 538 du Code civil. Le droit français mentionne, quant à lui, de manière limitative, les cas d'ingratitude dans le Code civil à l'article 955 qui précise que « La donation entre vifs ne pourra être révoquée pour cause d'ingratitude que dans les cas suivants :1° Si le donataire a attenté à la vie du donateur ; 2° S'il s'est rendu coupable envers lui de sévices, délits ou injures graves ;3° S'il lui refuse des aliments ». Ces trois hypothèses peuvent être prises en considération en droit koweïtien car les cas d'ingratitude sont laissés à l'appréciation du juge koweïtien.

409. Trois hypothèses en droit français.- L'attentat à la vie du donateur.- Quant à l'hypothèse de l'attentat à la vie du donateur, il faut que le donataire possède une intention homicide. La Cour de cassation l'a précisé dans un arrêt de de 1885 en énonçant que « l'attentat à la vie du donateur spécifié en l'article 955, comme entraînant la révocation des donations pour cause d'ingratitude, suppose nécessairement une intention homicide de la part du donataire à qui cet attentat est imputé ». ⁴²⁵ Toutefois, une condamnation du donataire par une juridiction n'est pas nécessaire. Il faut noter que l'attentat à la

⁴²⁵ Cass. Req., 1^{er} décembre 1885, DP 1886.1.222.

vie de la famille de donateur pour la doctrine koweïtienne n'est pas considéré comme de l'ingratitude à l'égard du donateur permettant la révocation de la donation ⁴²⁶. Mais si c'est un attentat à la vie du donateur, cela est considéré comme un cas d'ingratitude aboutissant à la révocation de la donation. La jurisprudence française précise également que la révocation d'une donation pour ingratitude ne peut être prononcée pour des faits commis à l'encontre d'un tiers.⁴²⁷

410. Les sévices, délits et injures graves.- Le second cas de révocation d'une donation peut exister en cas de « sévices, délits ou injures graves ». Il convient de noter que le juge apprécie souverainement la gravité des sévices et des injures. Ainsi, la Cour de cassation, dans un arrêt du 4 mars 2015⁴²⁸, a relevé dans une affaire de révocation de donation le pouvoir d'appréciation des juges du fond. En l'espèce, une mère avait donné à sa fille le nue-propriété d'un bien immobilier. Cependant, elle mettait en avant une cause d'ingratitude afin de révoquer la donation. La Cour de cassation précise que « c'est dans l'exercice de son pouvoir souverain d'appréciation que la cour d'appel a (...) estimé que, compte tenu des relations des parties résultant notamment du manque d'affection de la mère pour la fille, l'attitude injurieuse de cette dernière ne justifiait pas la révocation de la donation ». Dans un autre arrêt du 14 janvier 2003⁴²⁹, la Cour de cassation a noté également le pouvoir souverain d'appréciation des juges du fond. En l'espèce, une mère a consenti à son fils une donation sur la nue-propriété de différents biens. Par la suite, le fils dérobe à la mère différents bijoux. La mère demande ainsi la révocation de la donation pour cause d'ingratitude. Cependant, la Cour d'appel rejette cette demande. La Cour de cassation précise que « c'est dans

⁴²⁶ ALYAQOUB B., Le contrat de donation dans le droit civil koweïtien étude comparative, Koweït, 1^e éd., 1986, p. 434.

⁴²⁷ Cass. civ. 1^{er}, 19 octobre 2016, n° 15-25879.

⁴²⁸ Cass. civ. 1^{er}, 4 mars 2015, n° 14-13329.

⁴²⁹ Cass. civ. 1^{er}, 14 janvier 2003, n° 00-20467, Bull. civ. 1, n°5.

l'exercice de son pouvoir souverain d'appréciation que la cour d'appel a estimé que, eu égard au grave conflit relationnel existant entre la mère et le fils, les vols commis ne justifiaient pas la révocation de la donation ».

411. Le refus d'aliments au donateur.- La donation peut également être révoquée si le donataire refuse des aliments au donateur. On peut relever que le refus d'aliments est sanctionné par la seule révocation. Cela confirme le statut de peine privée de la révocation. Il ne s'agit pas ici de prétendre du donataire qu'il exécute une obligation alimentaire.

412. Utilisation des cas spécifiés dans le Code civil français par le droit koweïtien.- Le droit koweïtien peut prendre en considération les cas d'ingratitude prévu dans le Code civil français parce que ces cas ne sont pas contradictoires avec les règles du droit koweïtien. D'autres cas d'ingratitude peuvent être ajoutées mais cela est laissé à l'appréciation du juge. Il a été ainsi jugé que le mari avait le droit de révoquer la donation faite à sa femme en raison de l'adultère de cette dernière.⁴³⁰

413. La non application au donation en faveur du mariage en droit français.- La révocation pour ingratitude ne s'applique pas aux donations en faveur du mariage selon l'article 959 du Code civil français. Il s'agit des donations faites aux époux par leurs parents ou d'autres. En droit koweïtien, cette exception ne joue pas. Il convient également de noter qu'en droit français, l'exclusion de la révocation pour ingratitude ne s'applique pas aux donations entre futurs époux⁴³¹ comme dit la cour de cassation : « *les descendants retrouvent alors dans la succession de leur autre parent ce qu'ils perdent dans celle de l'ingrat* »⁴³².

⁴³⁰ Civ. K., 23 mai 2016, n° 1932/ 2015.

⁴³¹ Cass. civ. 26 février 1856, Bull. civ. 1, n° 15.

⁴³² Cass. civ. 1, 10 mars 1977, Bull. civ. 1, n° 109.

414. Une révocation judiciaire.- L'action en révocation pour cause d'ingratitude a un caractère judiciaire en droit français. L'article 956 du Code civil précise que « la révocation pour (...) cause d'ingratitude, n'aura jamais lieu de plein droit ». La révocation résulte du prononcé du jugement également en droit koweïtien.

415. Les délais de l'action.- En droit français, l'action est enfermée dans un délai bref. En effet, l'article 957 du Code civil énonce que « la demande en révocation pour cause d'ingratitude devra être formée dans l'année, à compter du jour du délit imputé par le donateur au donataire, ou du jour que le délit aura pu être connu par le donateur ». En droit koweïtien, il en va différemment puisque le délai est issu des règles générales des contrats qui précisent que le délai est de 15 ans à partir du jour où le fait constitutif de l'ingratitude a été commis ou connu du donateur.

416. Les titulaires de l'action.- Seul le donateur peut agir, à la condition de n'avoir pas pardonné l'ingrat. En effet, le pardon rend irrecevable l'action. Les créanciers du donateur ne peuvent agir. Les héritiers n'ont pas non plus cette faculté⁴³³, ils peuvent seulement continuer l'action qu'avait engagée le donateur avant le décès, ou l'intenter s'il était décédé avant l'expiration du délai. L'article 540 du Code civil koweïtien prévoit qu'« en cas d'attentat à la vie de donateur, les héritiers peut faire l'action en révocation ». Cela est entendu plus largement qu'en droit français quand il s'agit des titulaires de l'action. Cependant, il faut noter que cela ne concerne que l'hypothèse dans laquelle il a été attenté à la vie du donateur.

417. Une révocation non rétroactive.- D'autre part, contrairement aux autres causes de révocation, la révocation pour ingratitude ne

⁴³³ L'article 957 alinéa 2 : « Cette révocation ne pourra être demandée par le donateur contre les héritiers du donataire, ni par les héritiers du donateur contre le donataire, à moins que, dans ce dernier cas, l'action n'ait été intentée par le donateur, ou qu'il ne soit décédé dans l'année du délit ».

produit pas d'effet rétroactif selon l'alinéa premier de l'article 958 et l'article 541 du code civil koweïtien. Ceci évite les conséquences sur les tiers, étrangers à la faute du donataire. C'est la même situation dans les deux droits.

418. Conclusion.- Nous venons de voir que si les cas d'ingratitude sont limitativement précisés en droit français, en droit koweïtien, seule la notion d'ingratitude est précisée. Ainsi, en droit koweïtien, on peut s'inspirer des cas d'ingratitude issus du droit français. On peut même ajouter d'autres cas d'ingratitude en droit koweïtien, cas laissés à l'appréciation du juge.

Paragraphe 3. La révocation pour survenance d'enfant

419. Le droit koweïtien.- En droit koweïtien, en cas de survenance d'enfant, la possibilité de la révocation d'une donation dépend de la situation du donateur. Si le donateur, lorsqu'il a fait la donation n'avait pas d'enfant et qu'un enfant de son propre sang naît après la donation, il peut révoquer la donation. Si, au contraire, il avait un enfant de son propre sang avant de faire la donation et qu'un enfant naît après la donation, il ne peut pas révoquer la donation. En droit koweïtien, il y a deux conditions pour la révocation dans le cas de la survenance d'un enfant. En effet, l'article 538 alinéa 3 précise qu'il faut la survenance d'un enfant après la donation et que cet enfant soit vivant au jour de la révocation. Il convient de préciser, que pour que cette révocation soit possible, il faut que l'enfant né après la donation soit l'enfant du propre sang du donateur. Cela ne concerne pas les enfants adoptés ni les enfants issus par contrat de gestation pour autrui parce qu'en droit koweïtien, l'adoption n'établit pas le lien de filiation. Il faut ajouter que la révocation doit être prononcée par le juge.

420. Le droit français.- En droit français, la loi prévoit que les donations sont susceptibles de révocation pour cause de survenance d'enfant⁴³⁴. Ce sont les articles 960 à 966 du Code civil qui règlent cette hypothèse. La révocation de plein droit du Code civil de 1804 n'est plus en vigueur sauf si cela est prévu dans l'acte de donation.

421. Trois conditions en droit français.- Pour que la révocation soit possible, il est nécessaire de réunir trois conditions. Il faut tout d'abord une absence d'enfant lors de la donation et une survenance d'enfant après la donation. Il faut également une clause expresse dans l'acte de donation qui prévoit cette révocation, à l'inverse du droit koweïtien qui ne met pas en place la condition de la clause expresse.

422. Première condition : l'absence d'enfant lors de la donation.- Tout descendant, même adoptif, ou petit-enfant, vivant lors de la donation constitue un obstacle à cette révocation. L'existence d'un enfant simplement conçu ne l'est pas. Ainsi, l'article 961 du Code civil énonce que : « Cette révocation peut avoir lieu, encore que l'enfant du donateur ou de la donatrice fût conçu au temps de la donation ». Il faut rappeler que l'enfant simplement conçu n'est pris en compte que lorsque l'enfant né a un intérêt à voir cette prise en compte temporelle de la conception. Ici, il n'en est rien puisqu'on peut supposer qu'il peut avoir un intérêt à voir la donation révoquée.

423. Deuxième condition : un enfant né après la donation .- Pour que la révocation soit possible, il faut qu'un enfant naisse après la donation. C'est d'ailleurs pour cela que la révocation se met en oeuvre. L'enfant dont il est question peut être un enfant né ou conçu dans le mariage, ou né avant, après ou en dehors du mariage. Il peut également être un enfant adoptif. Il convient également de préciser que se-

⁴³⁴ MAUGÉ-VIELPEAU L., « La révocation pour survenance d'enfant après la loi du 23 juin 2006 », JCP N 2007.1146.

lon l'article 964 du Code civil, « la mort de l'enfant du donateur est sans effet sur la révocation des donations prévue à 960⁴³⁵ ».

424. Troisième condition: une clause expresse.- Avec la loi du 23 juin 2006, la révocation de la donation en cas de survenance d'enfant n'a plus de caractère automatique. Il s'agit aujourd'hui d'une faculté que le donateur peut inscrire dans l'acte. Selon l'article 965 du Code civil, le donateur peut d'ailleurs y renoncer. Si le donateur souhaite, au contraire, mettre en œuvre la révocation, il a un délai de cinq ans à courir du jour de la naissance de l'enfant. Ou de l'adoption de ce dernier.

425. L'effet de la révocation.- La révocation a un effet rétroactif. Cela entraîne la restitution de la chose donnée.

⁴³⁵ Article 960 du Code civil : « Toutes donations entre vifs faites par personnes qui n'avaient point d'enfants ou de descendants actuellement vivants dans le temps de la donation, de quelque valeur que ces donations puissent être, et à quelque titre qu'elles aient été faites, et encore qu'elles fussent mutuelles ou rémunératoires, même celles qui auraient été faites en faveur de mariage par autres que par les conjoints l'un à l'autre, peuvent être révoquées, si l'acte de donation le prévoit, par la survenance d'un enfant issu du donateur, même après son décès, ou adopté par lui dans les formes et conditions prévues au chapitre 1er du titre VIII du livre 1er ».

Section 2. Les particularités des droits koweïtien et français

426. Annonce de plan.- Il s'agit à présent d'étudier les particularités du droit koweïtien (**paragraphe 1**) et ensuite celles du droit français (**Paragraphe 2**).

Paragraphe 1. Les particularités du droit koweïtien

427. Annonce de plan.- En droit koweïtien, il existe d'autres cas de révocation qu'il faut ajouter aux hypothèses d'inexécution de charges et de survenance d'enfant. Ces cas de révocation sont prévus à l'article 538 du Code civil koweïtien. Ils sont considérés comme des exemples. Les cas prévus par le droit français peuvent être ainsi appliqués en droit koweïtien. Cependant, il existe des hypothèses du droit koweïtien qu'on ne retrouve pas en droit français **(A)**. Il faudra toutefois relever que même dans ces situations, il peut exister des obstacles à la révocation **(B)**.

A. Les hypothèses spécifiques de révocation

428. Trois hypothèses.- Il y a trois hypothèses spécifiques de révocation en droit koweïtien. Il s'agit de la situation dans laquelle le donateur après la donation a des problèmes financiers un cas de détresse financière. Ensuite, la révocation de donation est possible en cas d'annulation des fiançailles. Enfin, la révocation peut se mettre en œuvre par les parents qui a réalisé une donation pour les enfants.

429. La révocation en cas de problèmes financiers.- Le donateur peut révoquer la donation si après la donation il n'a pas assez d'argent pour vivre et si il ne peut pas verser des aliments à ses enfants ou à d'autres personnes à qui il doit des aliments. Il n'est pas nécessaire que le donateur soit dans un état de besoin. Il suffit qu'il ait des problèmes financiers. Cette cause de révocation doit être appréciée par le juge du fond. Cette hypothèse n'existe pas en droit français. Cependant, le donateur en droit français peut dans le contrat de

donation imposer une condition selon laquelle le donataire doit des aliments au donateur. Ainsi, la donation peut être révoquée si le donataire refuse des aliments au donateur sous la qualification d'ingratitude prévue à l'article 955, 3° du Code civil français.

430. La révocation de donation pour l'annulation des fiançailles.- Il convient de noter que toutes les donations faites dans le contrat de mariage ne peuvent être révoquées. A l'inverse, dans le cas d'annulation des fiançailles, la donation faite pendant les fiançailles peut être révoquée. Les fiançailles sont l'étape avant le mariage. C'est-à-dire qu'en droit koweïtien le contrat du mariage n'est pas conclu. L'article 3 du Code de l'état des personnes, code inspiré par le droit islamique, énonce que la femme et l'homme peut révoquer la donation faite pendant les fiançailles. Pour que la révocation de la donation soit possible, il faut que l'annulation des fiançailles soit basée sur une cause, cause qui est appréciée par le juge du fond. L'article 6 du Code de l'état des personnes prévoit que si l'annulation des fiançailles est due au décès de l'un des fiancés, on ne peut pas révoquer la donation, car l'annulation des fiançailles est involontaire.

431. La révocation des donations faites les parents à leurs enfants.- Il est prévu à l'article 537 du code civil koweïtien que le donateur ne peut pas révoquer la donation sauf si la donation est faite par les parents à leurs enfants. Ainsi, en droit koweïtien, si le principe est l'irrévocabilité des donations, la donation faite par les parents à leurs enfants peut être révoquée⁴³⁶. Le droit koweïtien utilise le terme parents. Ainsi, cela ne concerne pas uniquement le père mais également la mère. Ainsi, les deux parents peuvent révoquer la donation faites à leurs enfants. Le droit koweïtien reprend la même solution que celle prônée par la plupart du savants Islamique et notamment la doctrine

⁴³⁶ Cour d'appel Koweïtienne, chambre d'état des personnes, 28 décembre 1964, n°96/1964.

Malikites. Dans ce cadre, les parents peuvent toujours révoquer la donation. Il existe toutefois certaines particularités. En effet, le droit koweïtien quand il utilise la notion parents, il fait référence aux parents directs, c'est-à-dire les père et mère. Cela ne concerne pas les grands-parents. Il n'y a donc pas un élargissement de la notion comme dans la doctrine des Malikites⁴³⁷. Concernant le père il peut toujours révoquer la donation mais pour la mère la situation du droit koweïtien est inspirée par la doctrine Malikite. Ainsi, il y a une différence si l'enfant est majeur ou mineur. La mère peut révoquer la donation si l'enfant est majeur. Mais si l'enfant est mineur, si au jour de la révocation son père est décédé, la mère ne peut pas révoquer la donation. Si le père est vivant, la mère peut révoquer la donation. Selon la cour de cassation koweïtienne⁴³⁸, les parents peuvent revenir sur leur donation pour leurs enfants sans recourir à la justice car ils sont autorisés à le faire et sans que l'on exige d'eux une excuse valable justifiant la révocabilité. La seule condition pour que cela demeure valable est l'absence d'une objection ou un empêchement à la révocabilité dans la donation comme stipulé dans l'article 539 du code civil koweïtien à titre exclusif. Le texte de la décision du 17 avril 2008 énonce que : « *il n'est pas permis au donateur de revenir sur sa donation, à l'exception des parents pour leur enfants* ». *l'article 539 de la même loi énonce que : « la révocabilité serait empêchée si une objection à cette révocabilité existe dans la donation en question. Ces objections sont listées dans l'art 539: (a.....f). Notamment celle qui relate le cas où le donateur négocie juste après la prise en possession avec une tierce partie.... » Cela prouve que les parents ont le choix de la révocabilité sans aucune restriction sauf si un obstacle à cette révocabilité est existant parmi les objections citées dans l'article 539. Donc si une tierce partie s'engage avec le donataire juste au moment de la*

⁴³⁷ Cour d'appel koweïtienne, chambre d'état des personnes, 28 février 1966, n° 49/1965.

⁴³⁸ Cass. com. K., 17 avril 2008, n° 1172/ 2006.

donation à cause de la donation. (Il en va ainsi s'il lui propose de vendre le don au prix différé ou le lui emprunter ou de se marier avec lui pour la richesse qui lui a été offerte), il y a un obstacle à la révocation. Le seul inconvénient dans cette révocabilité ce sont les effets et conséquences de cette révocabilité pour autrui, c'est-à-dire que ceux qui se sont engagés avec le donataire perdent leurs droits et c'est aussi une perte pour le donataire qui en est directement touché ».

432. Une révocation de plein droit ou judiciaire selon les hypothèses.- En droit koweïtien, les parents peuvent révoquer la donation de plein droit sans avoir un jugement. Dans les autres hypothèses, le donateur peut révoquer la donation s'il existe des conditions acceptables appréciées par le juge.

B. Obstacle à la révocation des donations en droit

Koweïtien

433. Des prohibitions de révocation.- Même si le principe en droit koweïtien est l'irrévocabilité, nous avons vu qu'il existe des hypothèses dans lesquelles la révocation est possible. Cependant, dans ces cas là, il existe des prohibitions de révocation inspirés par le droit islamique, plus spécifiquement par les doctrines hanafites. C'est l'article 539 du code civil koweïtien qui précise les interdictions de révocation.

434. Les interdictions existantes à la naissance de la donation.- Tout d'abord, si la donation est faite entre époux, il est totalement interdit de révoquer la donation faite entre époux après le contrat du mariage. Ensuite, il est interdit de révoquer une donation avec charge et condition sauf s'il y a un consentement des parties de révoquer la

donation. On peut ajouter que la donation faite pour avoir la compassion du Dieu ne peut être révoquées.

435. Les interdictions qui apparaissent après la naissance de la donation.- Il y a ensuite des interdictions qui interviennent en cas de donation faite par une mère à ses enfants si au moment de la révocation l'enfant est orphelin, c'est à dire que son père est mort. Dans ce cas, la mère ne peut pas révoquer la donation. Il faut préciser qu'en droits koweïtien et islamique, l'enfant est considéré comme orphelin uniquement si son père est décédé. Il n'en est pas ainsi si c'est la mère qui est décédé. Il est aussi interdit de révoquer une donation en cas de décès du donateur ou donataire. Il en va de même si la chose donnée est sortie de la propriété du donataire ou si la valeur de la chose donnée a augmenté. L'interdiction de révoquer la donation existe également si la donation a été faite pour provoquer la confiance d'un tiers afin que celui-ci accepte de s'engager envers le donataire à cause de cette donation. Enfin, il convient de relever l'hypothèse dans laquelle la donation a été fait dans une situation de maladie aboutissant à la mort du donateur.

Paragraphe 2. La particularité du droit français : **la révocation des donations entre époux**

436. Une spécificité du droit français.- Comme expliqué plus haut, conformément au droit koweïtien, inspiré du droit islamique, les donations faites entre époux après la conclusion du contrat de mariage ne peuvent être révoquées mais pendant les fiançailles, elles peuvent être révoquées. Cela va à l'encontre des dispositions du droit français.

437. Un changement avec la loi du 26 mai 2004.- Les donations entre époux sont des donations spécifiques avec un régime dérogatoire⁴³⁹. Ceci est dû à la spécificité des liens entre donateur et donataire. La loi n° 2004- 439 du 26 mai 2004 relative au divorce, entrée en vigueur le 1^{er} janvier 2005, a modifié profondément, les dispositions qui sont appliquées aux donations faites entre époux⁴⁴⁰. Cette loi de 2004 a opéré une distinction entre les effets patrimoniaux induits par le divorce et l'octroi des torts et préjudices des époux. C'est pour cela qu'il est intéressant de relever tout d'abord la situation de la révocation des donations en dehors du divorce. Ensuite, nous nous attarderons sur l'incidence du divorce sur de telles donations.

438. La révocation des donations consenties en dehors du divorce.- Il convient de se demander si les époux peuvent révoquer les donations consenties en dehors de l'hypothèse du divorce. Pour les donations consenties durant le mariage après la date du 1^{er} janvier 2005, elles ne sont pas toujours révocables. C'est dans ce sens que la loi du 26 mai 2004 a modifié l'article 1096 du Code civil français. Ainsi, cet article 1096, tel que modifié par la loi du 26 mai 2004, dispose que « la donation de biens à venir faite entre époux pendant le mariage sera toujours révocable. La donation de biens présents faite entre époux ne sera révocable que dans les conditions prévues par les articles 953 à 958. Les donations faites entre époux de biens présents ou de biens à venir ne sont pas révoquées par la survenance d'enfants ».

439. Les donations de biens à venir.- Les donations de biens à venir faites en cours du mariage demeurent révocables durant le mariage par le mari ou la femme qui les a consenties.

⁴³⁹ LEFEBVRE F, Succession et libéralité, régime juridique et fiscale, édition Francis Lefebvre, 4^e éd., 2014, p. 260.

⁴⁴⁰ NAJJAR I., Rép.civ., Dalloz, v° donation, 2008-mise à jour 2017, n°515.

440. Les donations de biens présents.- Dans l'hypothèse de la donation de biens présents, on peut relever qu'une modification à la loi de 2004 a été apportée par la loi n° 2006-728 du 23 juin 2006 portant réforme des successions et des libéralités. En fait, avec cette loi, a été pris en compte la distinction entre les donations de biens présents qui prennent ou pas effet au cours du mariage. Ainsi, selon l'alinéa 2^e de l'article 1096 du Code civil français les donations de biens présentes prenant effet au cours du mariage sont irrévocables. Il convient de noter que la cause relative à la survenance d'enfant du donateur est exclue des causes qui permettent de demander la révocation de telles donations. En ce qui concerne les donations qui portent sur des biens présents qui ne prennent pas effet durant le mariage, elles peuvent être révoquées durant la durée du mariage par l'époux ou l'épouse qui les a faites.

441. L'incidence du divorce sur les donations consenties au cours du mariage.- Il convient de se demander quelle est l'incidence du divorce sur les donations que les époux se sont consenties au cours du mariage. Avant la loi du 26 mai 2004, le sort des donations découlaient du type de divorce prononcé par le juge. Dorénavant, selon l'article 265 du Code civil, la distinction se fait non en fonction du divorce mais selon la nature de la donation que les époux se sont consenties.

442. La donation de biens présents.- Selon le premier alinéa de l'article 265, le divorce n'a aucun effet sur les donations de biens présents. L'article 265 du Code civil énonce que « le divorce est sans incidence (...) sur les donations de biens présents quelle que soit leur forme ».

443. La donation de biens à venir.- En ce qui concerne les donations de biens à venir, le divorce a pour conséquence la révocation de plein droit des donations car les dispositions à cause de la mort de-

viennent effectives avec la dissolution du régime matrimonial. Il convient de noter que l'époux qui a consenti une donation de bien à venir peut faire constater sa volonté de maintenir cette donation. Cette volonté est constatée dans une convention signée par les deux époux et contresignée par les avocats ou par le juge au moment du prononcé du divorce. Cela a pour conséquence de rendre irrévocable la donation.

Conclusion Titre 2

444. La révocation de la donation en droit islamique.- Concernant la révocation de la donation, on peut constater qu'en droit islamique, le principe pour la plupart des savants islamiques est l'irrévocabilité de la donation. Ce principe connaît des exceptions lorsque la donation est faite par les parents à leur enfant. Pour prendre en compte les différents courants islamiques, il a été intéressant de s'intéresser à la nature de la révocation. Elle est considérée en droit islamique comme une faculté qui est une notion qui se situe entre la liberté et le droit.

445. La révocation de la donation en droits koweïtien et français.- Concernant les droits koweïtien et français, il convient de relever que le droit koweïtien était inspiré quelque fois par le droit islamique et d'autre fois par le droit français. Donc il y a des cas de révocation similaire au droit français comme la révocation pour l'inexécution des charges, pour l'ingratitude et pour la survenance d'enfants. Ensuite, il y a des hypothèses spécifiques, comme la révocation des donations en cas de problèmes financiers du donateur et en cas d'annulation des fiançailles. On retrouve, comme en droit islamique, la révocation des donations faites les parents aux enfants. Notons, en revanche, que la révocation des donations entre époux est une particularité du droit français.

Conclusion Partie 3

446. Les effets de la donation.- Concernant les effets de la donation, ils sont identiques dans les trois droits. En effet, quant aux obligations du donateur qui consistent en l'obligation de délivrance et l'obligation de garantie de l'éviction et des vices cachés. Quant au donataire, il a une obligation de reconnaissance et une obligation d'exécuter les charges, le cas échéant.

447. La révocation de la donation.- Concernant la révocation des donations, il convient de relever une différence entre les trois droits. Si le principe semble être l'irrévocabilité des donations, les hypothèses de révocation existent et diffèrent selon les droits.

CONCLUSION

448. Résultats et recommandations.- A l'issue de notre étude sur le contrat de donation dans les trois droits islamique français et koweïtien, il convient de présenter les résultats les plus pertinents et certaines recommandations.

449. Les liens entre la donation et la succession.- Fort de notre étude comparative, nous constatons que le législateur français fait un lien fort entre la donation et la succession afin de protéger les héritiers. Ainsi, il a mis en place la réserve héréditaire. A l'inverse, les droits islamique et koweïtien ne font aucun lien entre la donation et la succession sauf dans le cas où la donation est faite pendant une période de maladie qui peut conduire éventuellement au décès du donateur. Il nous paraît important de relever la pertinence de la solution mise en place par les droits islamique et koweïtien. En effet, en général, la personne pendant sa vie, garde une partie de ses biens pour vivre. Mais s'il sent qu'il va mourir, il peut vouloir disposer de tous ces biens. Dans ce cas, les législateurs islamique et koweïtien interviennent pour limiter sa capacité de disposer et ils appliquent le règlement du testament donc il ne peut disposer que du tiers de ses biens. Il semble toutefois que la notion de réserve héréditaire n'est pas contraire aux droits islamique et koweïtien qui pourraient s'en inspirer.

450. La promesse de donation.- Dans les trois droits, on a constaté que la promesse donation est révocable. Cela est également le cas en droit islamique car dans ce droit la donation nécessite la tradition de la chose donnée. Cependant, il serait pertinent de limiter les possibilités de révocation des promesses de donation car la promesse se réfère à l'éthique et à la moralité d'une personne. Ainsi, cette dernière devrait respecter sa promesse. C'est pour cela que l'islam donne une place très importante à la promesse et la personne ne doit jamais révoquer sa promesse sauf dans un cas majeur. En effet, Allah a dit dans le Coran « O qui avez cru ! Pourquoi dites –vous ce vous ne faites pas? C'est une grande abomination auprès d'Allah que de dire ce vous ne faites pas »⁴⁴¹. Dans la Sunna, on retrouve aussi des textes qui encouragent et qui exhorte à respecter les engagements et les promesses, comme en témoigne ce Hadith rapporté par Abou Houraira : le Message d'Allah (PSL) a dit « les signes distinctifs de l'hypocrite sont au nombre de trois:1. Lorsqu'il parle, il ment ;2. Lorsqu'il promet, il viole sa promesse ; 3. Lorsqu'on lui confie un dépôt, il est déloyal. ». Donc tenir sa promesse est un devoir en islam.

451. Légaliser la donation déguisée.- D'autres remarques peuvent être énoncées à l'issue de notre étude comparative notamment par rapport à la donation déguisée d'autant plus que les trois droits n'ont pas organisé clairement la donation déguisée. Selon nous, il faut légaliser ce type de donation car le progrès des transactions entre les êtres humains démontre le besoin de ce type de contrat pour faciliter la transaction entre la personne. Ainsi, la position de législateur koweïtien qui interdit de manière absolue ce type de contrat peut paraître critiquable.

⁴⁴¹ Le Coran Sourate 61 verset 2.

452. L'hypothèse de confirmation de la donation nulle pour vice de forme.- La solution énoncée par les trois droits est que la donation nulle pour vice de forme ne peut pas être objet de confirmation. Mais le droit français, selon l'article 931- 1 du Code civil, prône que les héritiers peuvent confirmer la donation nulle pour vice de forme. Les législateurs islamique et koweïtien pourraient s'inspirer du droit français car cela serait de l'intérêt de l'héritier.

453. L'incapacité de recevoir des libéralités.- Au contraire des droits islamiques et koweïtien, le droit français a mis place des incapacités de recevoir des libéralités pour les membres des professions médicales et pharmaceutiques prévues à l'article 909 du code civil. A été également prévue l'incapacité de recevoir en présence de personnes âgées ou handicapées. On peut supposer qu'il s'agit ici de protéger une personnes dans une situation faibles . En effet, dans ses situations particulières, le patient peut consentir des libéralités à son soignant. Il serait intéressant que les législateurs islamique et koweïtien s'inspirent de la solution adoptée par la législateur français par l'adoption de dispositions non contraires au droit islamique pour bien protéger le patient et ses biens .

454. La clause d'inaliénabilité.- En ce qui concerne le droit français, le législateur a prévu, en cas de clause d'inaliénabilité, une solution pour que le donataire puisse disposer du bien si l'intérêt qui justifiait la clause d'inaliénabilité n'a plus lieu d'être ou s'il s'avère qu'une autre considération plus importante apparaît. A l'inverse, le droit koweïtien ne prévoit pas ce type de solution. Il serait intéressant de prendre en considération dans le droit koweïtien cette possibilité de pouvoir disposer du bien sous condition.

455. La garantie d'éviction en droit koweïtien.- Il faut noter que conformément à l'article 531 du Code civil koweïtien, deux parties

peuvent modifier les règles relatives à la garantie d'éviction. Cela signifie que même si le donateur cache la cause d'éviction et qu'il est de mauvaise foi, la garantie d'éviction peut ne pas jouer s'il y a un accord entre les parties. En effet, les règles concernant la garantie d'éviction ne sont pas d'ordre public. Cela est critiquable car ainsi la personne peut échapper à la mise en œuvre de sa garantie même s'il y a une mauvaise intention.

456. L'enfant adoptif en matières de révocation de donation.-

On a vu que l'adoption d'un enfant peut être une raison de révocation de donation en droit français. Cela n'est pas le cas en droits islamique et koweïtien. S'il est vrai qu'en Islam, l'enfant adoptif a une situation différente de l'enfant de son propre sang, ces règles ne visent pas la donation. Ainsi, le droit français pourrait inspirer les droits islamique et koweïtien afin de prendre en compte la survenance de l'enfant adoptif comme motif de révocation d'une donation.

457. Les raisons de révocation.- On a vu qu'en droit islamique le principe est l'irrévocabilité des donations sauf si la donation est faite par les parents. En droit français, les cas de révocation sont limités et énumérés dans le Code civil à l'inverse du droit koweïtien dans lequel les cas de révocation ne sont pas limités. Ainsi, pour la stabilité des transactions, il serait intéressant que le législateur koweïtien s'inspire des solutions de droits islamique et français afin d'organiser des cas de révocation limité.

458. Le délai de révocation.- On a vu que le législateur français organise la révocation pour raison de ingratitude dans un délai court d'un an. Cependant, en droit koweïtien, la durée est de 15 ans. Le point de départ en est le jour du fait constitutif de l'ingratitude. Cette durée semble longue et est contraire à la stabilité du contrat. Il serait ainsi intéressant de s'inspirer de la solution de droit français.

459. Le souci de bien protéger la famille. Différentes dispositions démontrent la volonté de protéger la famille. Ainsi, l'article 959 du Code civil français énonce que « les donations en faveur du mariage ne sont pas révocables pour cause d'ingratitude ». Cela concerne les donations faites aux époux aussi bien par leurs parents que par d'autres personnes. Ainsi, le souci de protéger la famille l'emporte sur celui d'infliger au donataire ingrat une peine, qui rejaillirait sur le conjoint et les enfants, qui ne sont pas personnellement coupables. Quant au législateur islamique, on retrouve cette même vision lorsqu'il met en place la nécessité de l'égalité obligatoire entre enfants en matière de donation pour bien protéger la famille et de éviter la haine et la jalousie entre frères et sœurs. Le législateur koweïtiens peut s'inspirer de ces deux solutions afin de protéger la famille.

460. Un développement de la recherche.- Il est pertinent de proposer un développement de la recherche concernant la donation car il ne semble que les références en la matière sont limitées en droit koweïtien. Il convient également d'entreprendre des études approfondies sur les conséquences de ce contrat en droit interne et international. Il semble nécessaire de ne pas se limiter aux avis juridiques existants.

BIBLIOGRAPHIE

Ouvrage en langue française

I. Ouvrages généraux

BENKHEIRA M., Droit musulman, Annuaire de l'École pratique des hautes études (EPHE), Section des sciences religieuses, n°115, 2008.

BLANC F-P., Le droit musulman, Dalloz, 2^e éd., 2007.

CABRILLAC R., Dictionnaire du vocabulaire juridique, 10^e éd., 2019.

CARBONNIER J., Droit civil, les obligations, T. 4., PUF, 22^e éd., 2000.

FLOUR J., Cours polycopié de droit civil français, licence, 4^e année, 1962-1963.

FLOUR J., SOULEAU H ., Droit Civil, Les libéralités, éd., A. Colin, 1982.

JUBAULT Ch., Droit civil, Les successions, Les libéralités, Montchrestien, 2^e éd., 2010.

KAYADABI S., Principles of Islamic Law and the Methods of Interpretation of the Texts (Uşul al-Fiqh), Islamic Book Trust, 1^e éd., 2017.

LEFEBVRE F, Succession et libéralité, régime juridique et fiscale, édition Francis Lefebvre, 4^e éd., 2014.

MALAUURIE Ph., et BRENNER Cl., Les succession et les libéralités, LGDJ, 8^e éd., 2018.

MALAURE Ph., Les successions, Les libéralité, Defrénois, 5^e éd., 2012.

MILLIOT L., Introduction à l'étude du droit musulman, Paris, Sirey, 1953.

RIPERT G., La notion de libéralité, Cours de droit civil approfondi, Paris, 1930.

II. Thèses, Ouvrages spéciaux

ALHAMOUD E., L'interdiction du contrat de mère porteuse en droit Koweïtien et en droit français., Mémoire., Strasbourg, 2015.

ALI A., Loyer de l'utérus à la lumière des règles halal et haram études comparatives, Alexandra Moderne office, 1^e éd., 2012.

ANTONESCO B., « De la règle donner et retenir ne vaut », Thèse, Paris, 1900.

BARTIN E., Théorie des conditions impossibles, illicites ou contraires aux bonnes moeurs, Paris, 1887.

BOUYSSOU M., Les libéralité avec charges en droit civil français, Thèse, Toulouse, n° 146 et s, 1945.

BRAULT J.- C., « La donation d'une somme d'argent », Defrénois 1996, art. 36236.

CHAMPEAUX J., Etude sur la notion juridique de l'acte à titre gratuit en droit civil français, Thèse, Strasbourg, 1931.

CHEBEL M, Dictionnaire des symboles musulmans, Albin Michel, 1995.

DEVILLE S., L'objet de la libéralité, T. 49, Defrénois, Lextenso édition, 2012, Préface NICOD M.

DONZEL-TABOUCOU Ch., La donation de valeurs mobilières, préface FLOUR D et LE CANNU P, IRJS, 2013.

GAUTIER P.- Y., Propriété littéraire et artistique, PUF, 8^e éd., n° 264, 2012.

GLASSON P., Théorie de la simulation, Thèse, Paris, 1987.

GRIMALDI M., La nature juridique de l'institution contractuelle, Thèse, ronéo, Paris II, 1977.

GUERRIERO M.-A., L'acte juridique solennel, LGDJ, 1975.

HAMIDULLAH M., Le Prophète de l'Islam, éd., El-Najah, 1998.

HUET J, DECOCQ G, GRIMALDI C, LÉCUYER H, Les principaux contrats spéciaux, LGDJ, 3^e éd., 2012.

IZZI AL-DIN M., Le droit islamique : des fondements historiques à la pratique contemporaine, Edinburgh University Press , 2004.

LACHEMI S., « L'Islam et le monde des affaires », éditions d'Organisation, 2003 (en français et en anglais).

LAMBERT S., L'intention libérale dans les donation, Presses universitaires d'Aix Marseille, 2006, préf. PUTMAN E.

LEVILLAIN N., FORGEARD M.- C., et BOICHE A, Liquidation des successions, 3^e éd., 2016 /2017.

LOISEAU G., Le nom, objet d'un contrat, T. 274, Thèse, LGDJ, 1997.

MALAURIE Ph, AYNES L, GAUTIER P- Y, Les contrats spéciaux, LGDJ, 9^e éd., 2017.

MEAU-LAUTOUR H, Les donations déguisées en droit français, Thèse, Paris II ,LGDJ, 1985, préf. RAYNAUD P.

MOTREDON J.- F., La désolennisation des libéralités, Thèse, Montpellier, LGDJ, 1989, préface TEYSSIÉ B.

NAJJAR I., Rép.civ., Dalloz, v° donation, 2008-mise à jour 2017.

NANA G.-J., La réparation des dommages causés par les vices d'une chose, thèse, LGDJ, 1982.

PADOIT C, Les quatre écoles de droit sunnites, Maison d'Ennour, 2006.

PETERKA N., Les dons manuels, thèse, Paris II, LGDJ, 2001, préface CATALA P.

PONSARD A, les donations indirectes en droit civil français , Thèse, Dijon ,1946.

SALVATORE A., La Charia moderne enquête de droit : raison transcendante, méta norme publique et système juridique, *Droit et société*, n° 39, 1998.

SURKHEEL S (Abu Aaliyah)., La vérité sur Taqlid (Partie I) , l'Institut Jawziyyah, 2007.

TALBI M, Ma religion c'est la liberté, éd., Nirvana, 2011.

III. Articles

BLAISE H., « Formation de la jurisprudence sur les donations déguisées », in Ét. SAVATIER R, Dalloz, 1965.

DROSS W., « L'irrévocabilité spéciale des donations existe-t-elle? », RTD civ. 2011. 25.

KOUBI G., « Réflexions sur la gratuité dans le droit de la santé », RDSS, 1999.

LABBEE X., La personne, l'âme et le corps, Les petites affiches, 2002, n° 243, p. 5.

LABBEE X., « La condition juridique du corps humain avant la naissance et après la mort », .PUL, 1990.

LABRUSSE C., BAUDOIN J.- L., « Produire l'homme : de quel droit ? Étude juridique et éthique des procréations artificielles », PUF, 1987.

LIBCHABER R, « Pour une redéfinition de la donation indirecte », Defrénois, 2000. 1209.

MARGUÉNAUD J.- P., Vers un statut juridique de l'enfant mort-né, RTD civ. 2005. p. 737.

MAUGÉ-VIELPEAU L., « La révocation pour survenance d'enfant après la loi du 23 juin 2006 », JCP N 2007.1146.

NAJJAR I. Formation et évolution des droits successoraux au Proche-Orient (Aperçu introductif), Revue internationale de droit comparé, Société de législation comparée librairies techniques, Vol. 31, n°4, Octobre-décembre 1979.

NAJJAR I, « la validité des donations déguisées ou indirectes sous seing privé », D. 1995, chr. 115. ARTICLE

NEIRINCK C., L'embryon humain : une catégorie juridique à dimension variable ?, D. 2003. p. 841.

IV. Décisions

- Cass. civ., 17 mai 1848, DP 1848. I. 105.
Req., 11 avr.1854, DP 1854. I. 246.
CA Montpellier, 4 juin 1855, DP 1856. 2. 126.
Cass. civ. 26 février 1856, Bull. civ. 1, n° 15.
Cass. Req., 1^{er} décembre 1885, DP 1886.1.222.
CA Rennes, 14 févr. 1901, DP 1903. II. 441.
Cass. civ. 2 janvier 1907, Fruneau, DP 1907.1.137, n. A. colin.
Cass. civ. 3 décembre 1912, DP 1913.I.175.
Cass. civ. 1^{re}, 8 octobre 1958, Bull. civ. 1, n° 413.
Cass. civ. 1^{re}, 20 juin 1961, Bull. civ. 1, n° 326.
Cass. civ. 1^{re}, 12 juill 1966, Bull. civ. 1, n°424.
Cass. civ. 1^{re}, 28 avril 1971, n° 70-11298, Bull. civ. 1, n°137.
Cass. civ. 1^{re}, 8 janvier 1975, n° 73-11648, Bull. civ. 1, n° 8.
Cass. civ. 1^{re}, 9 novembre 1976, n° 75-11863. Bull. civ. 1, n° 341.
Cass. civ. 1^{re}, 9 février 1977, n° 75-13992.
Cass. civ. 1, 10 mars 1977, Bull. civ. 1, n° 109.
Cass. civ. 1^{re}, 8 mars 1978, n° 76-11901.
CA Aix, 11 janvier 1983, D. 1985, juris. p. 169, note G. LÉGIER.
Cass. civ. 1^{re}, 19 décembre 1984, n° 83-14083, Bull. civ. 1, n° 343.
Cass. civ. 1^{re}, 17 avril 1985, n°83 -16939, Bull. civ. 1, n°117.
Cass. civ. 1^{re}, 11 février 1986, n° 84-15513, Bull. civ. 1, n°25.
Cass. civ. 1^{re}, 11 octobre 1988, n° 87-14661.
Cass. civ. 1^{re}, 20 octobre 1993, n° 91-13946, Bull. civ.1, n° 299.
Cass. Civ. 1^{re}, 9 février 1994, n°92-13882.
Cass. com. 22 octobre 1996, n° 93-18632, Bull. civ. 1, n° 261.
Cass. civ. 1^{re}, 3 mars 1998, n° 95-12053, Bull. civ. I, n°89.
Cass. com. 19 mai 1998, n° 96-16252, Bull. civ.1, n° 161, RJF 8-9/98 n°1034.
Cass. civ. 1^{re}, 7 octobre 1998, n° 96-14359, Bull. civ. 1, n° 285.

Cass. civ. 1^{re} , 30 mars 1999, n° 97-11948.
Cass. civ. 1^{re}, 3 avril 2002, n° 99-20527, Bull. civ. 1, n°105.
Cass. civ. 1^{er}, 14 janvier 2003, n° 00-20467, Bull. civ. 1, n°5.
Cass. civ. 1^{re} ,17 septembre 2003, n° 01- 11001.
Cass. civ. 1^{re}, 3 février 2004, n° 02-14102.
Cass. Civ. 29 mars 2006, n° 427.
Cass. Com. 4 décembre 2007, n° 06-12024.
Cass. civ. 1^{re}, 11 mars 2009, n° 07-20132, Bull. civ. 1, n° 58.
Cass. civ. 1^{re}, 6 janvier 2010, n° 08-12684.
Cass. Com. 29 juin 2010, n° 09-11841, Bull. civ. 1, n° 115.
Cass. civ. 1^{re} , 26 septembre 2012, n°11-10960.
Cass. civ. 1^{re}, 10 octobre 2012, n° 10-28363.
Cass. civ. 1^{re}, 11 septembre 2013, n° 12-15618, Bull. civ. 1, n°167.
Cass. civ. 1^{er}, 4 mars 2015, n° 14-13329.
Cass. civ. 1^{re} , 31 mars 2016, n° 15-10091.
Cass. civ. 1^{er}, 19 octobre 2016, n° 15-25879.

Ouvrage en langue arabe

I.Ouvrages généraux

ABD ARAHMAN Ch., Awn oul Ma'boud, Vol 2, Dar ibn Hazim, 1^e éd, 2005.

شرف الحق ابو عبد الرحمن، عون المعبود، الجزء الثاني، دار ابن حزم، الطبعة الاولى، ٢٠٠٥.
AHMED I., Al Musnad de l'imam Ahmed, T. 5, Caire, 1969.

احمد ابن حنبل، مسند الإمام احمد، المجلد الخامس، القاهرة، ١٩٦٩.
AL ALBANI M., Silsilah al ahâdîth as sahîhah, vol 2, Maktabat al maarif, 1995.

محمد الألباني، سلسله الأحاديث الصحيحة ، الجزء الثاني، مكتبة المعارف، ١٩٩٥.
AL ALBANI M., Sahih al jami, al maktab al islami, 3^e éd, 1988.

محمد الألباني، صحيح الجامع، المكتب الإسلامي، الطبعة الثالثة، ١٩٨٨.
AL ASQALANI A., Fath oul Bâriy, vol 2, Beyrouth, Dar al marifa, 1960.

احمد العسقلاني، فتح الباري، المجلد الثاني، بيروت، دار المعرفة، ١٩٦٠.
AL ASQALANI A., Fath oul Bâriy, vol 5, Beyrouth, Dar al marifa, 1960.

احمد العسقلاني، فتح الباري، المجلد الخامس، بيروت، دار المعرفة، ١٩٦٠.
AL AYNI B., Oumdat oul qâri, vol 13, Dar al kotob el illmiyah, 2001.

بدر الدين العيني، عمده القاري، المجلد ١٣، دار الكتب العلمية، ٢٠٠١.
ALBAYHAQI A., Alsunan al kubra, T. 6, Dar al kotob al ilmiyah, 3^eéd, 2003.

أبو بكر البيهقي، السنن الكبرى، المجلد السادس، دار الكتب العلمية، الطبعة الثالثة، ٢٠٠٣.
ALCHAFII M ., Kitab al-Umm, vol. 7, éd., Dar al-fikr, Caire, 1990.

محمد الشافعي، كتاب الام، المجلد السابع، دار الفكر، القاهرة، ١٩٩٠.
ALHAMOUD I., Les finances publiques de l'État, Koweït, 7^e éd, 2018.

ابراهيم الحمود، الماليه العامه للدوله، الكويت، الطبعة السابعة، ٢٠١٨.
AL HANAFI A., Kitab Badai Alsanai, T. 1, Dar Al Kotob Alimmiyah, 2^e éd., 1986.

أبو بكر الحنفي، كتاب بدائع الصنائع، المجلد الاول، دار الكتب العلمية، الطبعة الثانية، ١٩٨٦.

ALHIJAZI A., Al madkhal li dirasat al ouloun al kanouniya, n° 123, Koweït, 1970.

عبد الحي الحجازي، المدخل لدراسه العلوم القانونيه، رقم ١٢٣، الكويت، ١٩٧٠.
ALJAROD A., El Montaqae, T. 6, Beyrouth, 1^e éd, 1988.

عبدالله الجارود، المنتقى، المجلد السادس، بيروت، الطبعة الأولى، ١٩٨٨.
AL JAZIRI A., Le fiqh islamique dans les quatre doctrines, Dar Al-Fikr, T. 3, 1969.

عبدالرحمن الجزيري، الفقه الإسلامي في المذاهب الأربعة، دار الفكر، المجلد الثالث، ٢٠٠٣.
ALKAFIF A., Les dispositions des transactions légitimes, Dar alfikir alarabi, 2008.

علي الخفيف، احكام التصرفات القانونيه، دار الفكر العربي، ٢٠٠٨.
AL KHORCHI M., L'explication du Al Khorchi, Vol.5, Beyrouth.

ابن كثير القرشي، شرح ابن كثير، المجلد الخامس، بيروت.
ALMALIKI A., El maouna a la madhhab alam almadina, vol. 1, Makkah.

أبو محمد المالكي، المعونه على مذهب عالم المدينة، المجلد الاول، مکه.
ALMALIKI M., Mawahib El Jalil, vol. 6, Dar al radwan, 1^eéd, 2010.

محمد المالكي، مواهب الجليل، المجلد السادس، دار الرضوان، الطبعة الاولى، ٢٠١٠.
AL-MAQDISI M (Ibn Qudama)., Al Mughni, T. 5, Dar Al-Alamiyah, 2010.

موفق الدين المقدسي (ابن قدامه)، المغني، المجلد الخامس، دار العالميه، ٢٠١٠.
AL-MAQDISI M (Ibn Qudama)., Al Mughni, T. 6, Dar Al-Alamiyah, 2010.

موفق الدين المقدسي (ابن قدامه)، المغني، المجلد السادس، دار العالميه، ٢٠١٠.
AL-MAQDISI M (Ibn Qudama)., Al Mughni, T. 7, Dar Al-Alamiyah, 2010.

موفق الدين المقدسي (ابن قدامه)، المغني، المجلد السابع، دار العالميه، ٢٠١٠.
AL-MAQDISI M (Ibn Qudama)., Al Mughni, T. 8, Dar Al-Alamiyah, 2010.

موفق الدين المقدسي (ابن قدامه)، المغني، المجلد الثامن، دار العالميه، ٢٠١٠.

AL-NAWAWI Y., Le Sahih Muslim: Recueil des Hadiths authentiques du prophète, T. 3, Beyrouth, DKI, 2011.

ياسر النووي، صحيح مسلم، الاحاديث الصحيحه، المجلد الثالث، بيروت، ٢٠١١.

AL-NAWAWI Y., Le sahih du Muslim: recueil des Hadiths authentiques du prophète, T. 10, Beirut, 2011.

ياسر النووي، صحيح مسلم، الاحاديث الصحيحه، المجلد العاشر، بيروت، ٢٠١١.

AL-QARADAWI Y, Le halal (le licite) et le haram (l'illicite) en Islam, Dar Al Itissam, 8^e éd., 1974.

يوسف القرضاوي، الحلال والحرام في الاسلام، دار الإتسام، الطبعة الثامنة، ١٩٧٤.

AL RAMLI Sh, Nihayat Al Mohtaj, T. 5, Beyrouth, Dar al fikir, dernière éd., 1984.

شمس الدين محمد الرملي، نهايه المحتاج، المجلد الخامس، بيروت، دار الفكر، الطبعة الاخيره، ١٩٨٤.
AL SARAKHSI M., Al Mabsoot, T. 10, Beyrouth, 1^eéd, 1989.

السرخسي شمس الدين، المبسوط، المجلد العاشر، بيروت، الطبعة الأولى، ١٩٨٩.

AL SARAKHSI M., Al Mabsoot, T. 12, Beyrouth, 1^eéd, 1989.

السرخسي شمس الدين، المبسوط، المجلد الثاني عشر، بيروت، الطبعة الاولى، ١٩٨٩.

AL TARMATHI M., Sunan al tarmathi, al jami al kabir, Vol. 3, Dar al gharb al islami, 1^e éd, 1996.

محمد الترمذي، سنن الترمذي، الجامع الكبير، المجلد الثالث، دار الغرب الإسلامي، الطبعة الاولى، ١٩٩٦.
ESSANHOURI A., L'intermédiaire dans l'explication du droit civil, T. 5, Dar al Nahda al arabiyah, 1962.

عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، المجلد الخامس، دار النهضة العربية، ١٩٦٢.

HIDJAZI A, le contrat de durée, Matbat jamiat fuad al awwal, 1950.

عبد الحي حجازي، عقود المده، مطبعه جامعه فؤاد الاول، ١٩٥٠.

IBN ABIDIN M, Radd al- muhtar ala ad- Dur al-mukhtar, T. 8, Egypte, Bibliothèque Al- babi al- halabi et ses enfants, 2^e éd., 1966.

محمد ابن عابدين، رد المحتار على الدر المختار، المجلد الثامن، مصر، مكتبة البابي الحلبي وأولاده، الطبعة الثانيه، ١٩٦٦.

IBN AL-QAYYIM Sh ., Kitab igatha al-lahfan min massayad ach-chaytan, Jeddah, 1^e éd., 1961.

ابن قيم الجوزية، إغاثة اللهفان من مصائد الشيطان، جده، الطبعة الاولى، ١٩٦١.

IBN AL-SALAH O., Muqaddimah Ibn al-Salah, éd., Dar al-Maaarif , Damas, 1^eéd., 1986.

ابن الصلاح، مقدمه ابن الصلاح، دار المعارف، دمشق، الطبعة الاولى، ١٩٨٦.

IBN ANAS M (IMAM MALIK)., ALMWATTA, Édition Albouraq, 2004.

مالك بن أنس، الموطأ، اليراق، ٢٠٠٤.

IBN HAZM A., Kitab Al Muhalla, T. 9, Beyrouth, Dar ibn hazm, 2016.

ابن حزم، كتاب المحلى، المجلد التاسع، بيروت، دار ابن حزم، ٢٠١٦.

IBN QAYYIM AL-JAWZIYYA M., l'lam al-Muwaqqi'in 'an Rabb al-'Aalamin, T. 2, Beyrouth, Dar al-kotob al-illmiyah, 1^e éd., 1991.

ابن قيم الجوزية، إعلام الموقعين عن رب العالمين، المجلد الثاني، بيروت، دار الكتب العلمية، الطبعة الاولى، ١٩٩١.

JAWD M., Jurisprudence de Imam Jafar Essadea , T. 3, Beyrouth, Dar El Ilm Lilmalayines, 1^e éd., 1966.

محمد جواد مغنیه، فقه الامام جعفر الصادق، المجلد الثالث، بيروت، دار العلم للملايين، الطبعة الاولى، ١٩٦٦.
KHALLAF A., Ilm usul al-fiqh, éd., Annashir litibaa wannashr wattaouzii, Koweit, 12^e éd., 1978.

عبد الوهاب خلاف، علم أصول الفقه، الناصر للطباعة والنشر والتوزيع، الكويت، الطبعة ١٢، ١٩٧٨.
KIRA H., Introduction au Droit, spécialement le droit Libanais et Egyptien, 1967.

حسن كيرة، مقدمه في القانون، خصوصا القانون اللبناني والمصري، ١٩٦٧.

MALIK I., Almuwatta, T. 2, Dar ihya al turath al arabi, 1985.

مالك بن أنس، الموطأ، المجلد الثاني، دار إحياء التراث العربي، ١٩٨٥.

MORSI M., Éclaircissement du nouveau droit civil, Les contrat nommés, Lajnat Albayane Alarabi, 2^e éd., 1952.

محمد مرسي، شرح القانون المدني الجديد، العقود المسماة، لجنة البيان العربي، الطبعة الثانية، ١٩٥٢.

SULTAN A., Les contrats nommés, Alexandria, 2^e éd., 1952.

أنور سلطان، العقود المسماة، الإسكندرية، الطبعة الثانية، ١٩٥٢.

TAMTOM M., Le droit dans la charia islamique, Le Caire, 1988.

طمطوم، الحق في الشريعة الإسلامية، القاهرة، ١٩٨٨.

TAQI AD-DIN A., (IBN TAYMIYYA), An-Nubuwwat, éd., Adwa alsalaf, 1^e éd., 2000.

تقي الدين ابن تيمية، النبوة، أضواء السلف، الطبعة الأولى، ٢٠٠٠.

II. Thèses, Ouvrage spéciaux

ABD AL BAKI A., Les sources de l'obligation en droit civil koweïtien, La théorie du droit et la volonté unilatérale, Koweït, 1983.

عبد الرحمن عبد الباقي، مصادر الإلتزام في القانون المدني الكويتي، نظريه القانون والإراداه المنفرده، الكويت، ١٩٨٣.
ABD AL RAHMANE B., Al hiba fi al madhhab wa El kanoun, 3^e éd., 2001.

عبد الرحمن بلعكيد، الهبة في المذهب والقانون، الطبعة الثالثة، ٢٠٠١.

ABDUILAH M., La location d'utérus regard juridique et légitimité, Mémoire de master, droit privé à l'université du Koweit, 2002.

محمد عبدالله، اجاره الرحم نظره قانونيه وشرعيه، رساله ماجستير، القانون الخاص، جامعه الكويت، ٢٠٠٢.

ALAHWANI H. Le contrat de vente dans le droit civil Koweïtien, Koweit, 1984.

حسام الأهواني، عقد البيع في القانون المدني الكويتي، الكويت، ١٩٨٤.

AL AJMI N., La révocation et ses conséquences dans le contrat dans le Fiqh Islamique, Mémoire, Caire, 2001.

الجامي، الرجوع وأثاره في العقود في الفقه الإسلامي، رساله ماجستير، القاهره، ٢٠٠١.

AL -AKIL J.,- A., Le contrat de donation entre le Fiqh islamique et le droit civil, Dar El-huda, 1978.

جمال الدين العاقل، عقد الهبة في الفقه الاسلامي والقانون المدني، دار الهدى، ١٩٧٨.

ALBADRAWI A., Le contrat de vente, Dar Al Nahda, Beyrouth, 1970.

عبد المنعم، عقد البيع، دار الهدى، بيروت، ١٩٧٠.

AL-DAHABI Sh., Siyar Alam Nubala, Dar Al- Risalah Al- Alamiyah, 13^e éd, 2017.

شمس الدين الذهبي، سير أعلام النبلاء، دار الرساله العالميه، الطبعه ١٣، ٢٠١٧.

ALJUBOURI A., Fiqh Imam Al Awzai, Ahkam Al Mouamalath, Bagdad, Alirshad, 1977.

عبد الرحمن الأوزاعي، فقه الإمام الأوزاعي، أحكام المعاملات، بغداد، الإرشاد، ١٩٧٧.

ALKAFIF A., L'acte unilatérale, la volonté unilatérale, Étude comparative, Caire, 1964.

علي الخفيف، التصرف الإرادي، والإرادة المنفردة، دراسه مقارنه، القاهره، ١٩٦٤.

ALQAHTANI S., Al Zakat fi al Islam fi daw al Kitab wa al Sunna, Markaz al dawa wal irshad, 3 éd., 2010.

سعيد بن وهف القحطاني، الزكاة في الإسلام في ضوء الكتاب والسنة، مركز الضوء والإرشاد، الطبعه الثالثه، ٢٠١٠.

ALYAQUOB B, Le contrat de donation dans le code civil koweïtien étude comparative, Koweit, 1^e éd., 1986.

بدر اليعقوب، عقد الهبه في القانون المدني الكويتي دراسه مقارنه، الكويت، الطبعه الاولى، ١٩٨٦.

ASSARAF A., Éclaircissement de contrat de vente dans le droit civil koweïtien, étude comparative, vol. 1, Koweït, 1975.

عباس الصراف، شرح عقد البيع في القانون المدني الكويتي، دراسه مقارنه، الجزء الاول، الكويت، ١٩٧٥.

BADWA A., Les., Les règles relatives aux donations déguisées dans le fiqh islamique et droit civil égyptien, Thèse, Egypte, 2004.

عزه عبد الرشيد بدوي، قواعد الهبه المستتره في الفقه الاسلامي و القانون المصري، رساله دكتوراه، مصر، ٢٠٠٤.

BAZ S., Éclaircissement du code civil Ottoman, Beyrouth, 3^e éd., 1933.

سليم رستم باز، شرح مجله الأحكام العدليه، بيروت، الطبعة الثالثة، ١٩٣٣.

FARAJ T., Le contrat de vente et le contrat d'échange, Moasasat Atakafat Aljamia, 1979.

توفيق حسن فرج، عقد البيع وعقد المقايضة، مؤسسه الثقافه الجامعيه، ١٩٧٩.

HAMAD N, La position dans les contrats en fiqh islamique, Damascus, Dar Al Bayan, 1978.

نزیه حماد، الحيازه في العقود في الفقه الإسلامي، دمشق، دار البيان، ١٩٧٨.

JAMALUDDIN M., Les contrats nommés, Egypte, Dar kitabe Al Arabi, 1973.

محمود جمال الدين، العقود المسماة، مصر، دار الكتاب العربي، ١٩٧٣.

MATLOUB A., La théorie de volonté unilatérale selon le Fiqh musulman, Thèse, Alazhar, 1973.

عبد المجيد مطلوب، نظريه الاراده المنفرده في الفقه الاسلامي، رساله دكتوراه، الأزهر، ١٩٧٣.

SULTAN A., les contrats nommés, Alexandria, 2^e éd., 1952.

أنور سلطان، العقود المسماة، الاسكندريه، الطبعة الثانيه، ١٩٥٢.

SWAR W., l'expression de la volonté dans le fiqh islamique étude comparative, 1^e éd., 1960.

وحيد الدين سوار، التعبير عن الاراده في الفقه الاسلامي، دراسه مقارنه، الطبعة الاولى، ١٩٦٠.

ZAKI M., Le contrat du vente, L'Egypte, Dar Al Kitabe Al Arabi, 1974.

محمود جمال الدين زكي، عقد البيع، مصر، دار الكتاب العربي، ١٩٧٤.

ZAYDAN A., Al mufassal fi ahkam al marat wa baytil muslim fil Charia al islamiyah, vol. 10, Beyrouth, 1993.

عبد الكريم زيدان، المفصل في أحكام المرأة والبيت المسلم في الشريعة الإسلامية، المجلد العاشر، بيروت، ١٩٩٣.

III. Articles

IBRAHIM A., Iltizam al- tabaroat, Majalat al-canon wa al-iktissad, n°5,1937.

أحمد ابراهيم، إلتزام التبرعات، مجله القانون والإقتصاد، رقم ٥، ١٩٣٧.

IV. Décisions

Cour d'appel Koweïtienne, chambre d'état des personnes, 28 décembre 1964, n°96/1964.

Cour d'appel koweïtienne, chambre d'état des personne, 28 février 1966, n° 49/1965.

Com. K., 26 novembre 1977, n° 423/1977.

Civ. K., 15 mai 1978, n° 2/1977.

Civ. K., 13 décembre 1979, n° 10/ 1979.

Cass. com. K., 4 mars 1981, n° 29/ 1980.

Cass. com. K., 15 avril 1981, n° 79/1980.

Civ. K., 4 janvier 1982, n° 21/ 1981.

Civ. K., 18 mai 1983, n° 178/1982.

Civ. K., 13 mars 1984, n° 171,174/1983.

Civ. K., 20 mai 1996, n° 96/1995.

Civ. K., 3 avril 2006, n° 25/ 2005.

Cass. com. K., 17 avril 2008, n° 1172/ 2006.

Civ. K., 7 avril 2009, n° 778/2007.

Civ. K., 21 mars 2011, n° 2363/2010.

Civ. K., 20 février 2012, 1043/2010.

Civ. K., 23 mai 2016, n° 1932/ 2015.

Cass. civ. Égypte., 24 octobre 1963, n° 0302/ 1928.

Cass.civ. Égypte., 15 décembre 1965, n° 413/1930.

Cass. civ. Égypte, 26 mai 1974, n° 62/ 1939.

Cass. civ. Égypte., 29 octobre 1974, n° 0181/ 1939.

Cass. civ. Égypte., 13 mars 1979, n° 0049/ 1943.

Cass. civ. Égypte., 27 décembre 1984, n° 544/ 1949.

Cass. civ. Égypte., 25 décembre 1985, n° 2003/ 1951.

Cass. civ. Égypte., 19 juin 1990, n° 979/ 1955.

TABLE DES MATIÈRES

Dédicace.....	2
Remerciements.....	3
Table des abréviations.....	4
Sommaire.....	8
Introduction.....	13
PARTIE I : La qualification de la donation en droits islamique, français et koweïtien.....	30
Titre 1 : Les éléments de la donation : des systèmes identiques.....	32
Chapitre 1 : L'élément subjectif : l'intention de donner.....	33
Section 1 : L'importance de l'intention en droit islamique.....	34
Paragraphe 1 . La préexistence de l'intention avant l'acte.....	35
Paragraphe 2 . Le sens de l'intention en droit islamique.....	38
Section 2 : L'intention libérale en droits français et koweïtien	42
Paragraphe 1. Les différentes conceptions de l'intention libérale.....	44
Paragraphe 2. L'intention libérale distinguée d'autres notions.....	45
A- Les rapports de l'intention libérale avec le consentement.....	46
B- la notion du générosité en droit Islamique	47
Chapitre 2 : L'élément objectif.....	49
Section 1 : L'enrichissement du bénéficiaire suite à un appauvrissement du disposant.....	50
Section 2: La qualification de donation avec charges.....	52
Conclusion Titre 1.....	55

Titre 2 : Des différences dans les catégories de donation.....	56
Chapitre 1 : Les différents types de donation.....	57
Section 1 : Les particularités du droit islamique.....	58
Paragraphe 1: L'étude de deux donations spécifiques: l' « omri » et « rouqbi ».....	59
Paragraphe 2: Des actes distincts de la donation.....	61
Section 2 : La donation et les notions juridiques comparables.....	63
Paragraphe 1. La donation et la vente.....	64
Paragraphe 2. La donation et le testament	67
Paragraphe 3. La donation et le Waqf en Islam.....	69
Paragraphe 4. La donation et le prêt à l'usage	70
Paragraphe 5. La donation et la succession.....	72
Chapitre 2 : La promesse de donation.....	75
Section 1 : La promesse gratuite et unilatérale de donner.....	77
Section 2: Les promesses synallagmatiques de donner en droit français	83
Conclusion Titre 2.....	85
Conclusion de la première partie.....	86
PARTIE 2 : Les conditions de validité du contrat de donation.....	87
Titre 1 : Les conditions de forme.....	89
Chapitre 1 : Des principes différents selon les droits française koweïtien et islamique.....	91
Section 1 : L'absence de forme en droit islamique.....	92
Paragraphe 1. Les différences doctrinales concernant l'acte du donateur et l'acceptation du donataire.....	93
A- un accord sur la forme de l'acte du donateur.....	93

B- L'acceptation du donataire.....	94
1. L'acceptation du donataire selon les écoles chafites et hanbalites.....	94
2. L'acceptation non nécessaire du donataire.....	95
paragraphe 2. La question de la remise de la chose donnée.....	96
A. Les différents position des doctrines islamique.....	97
1. La doctrine de l'Imam Abu Hanifa.....	97
2. La doctrine de l'imam Ahmed Ibn Hanbal.....	98
3. La doctrine de l'imam Al- Chafii.....	99
4. La doctrine de l'imam Malik.....	99
B. Les caractères et les types de réceptions.....	101
1. Les différentes caractéristiques de la réception.....	101
2. Les deux formes de réceptions.....	103
C. La confirmation des donations nulles pour vice de forme.....	103
 Section 2 : Des conditions de forme strictes en droit koweïtien et français.....	105
 Paragraphe 1. Les conditions concernant l'offre et l'acceptation.....	106
paragraphe 2. Des formes différents en droit koweïtien et français.....	109
A- Deux formes alternatives en droit koweïtien.....	109
1. Les dons manuels par la tradition.....	109
2. La nécessité de l'enregistrement en matière de biens immobiliers...	110
B- La donation notariée en droit français.....	111
 Paragraphe 3. La confirmation de donation nulle pour vice de forme..	112
 Chapitre 2 : Des donations particulières.....	114
Section 1 : Le don manuel, une exception en droit français.....	115

Paragraphe 1. L'objet du don manuel.....	116
Paragraphe 2. La tradition.....	117
Paragraphe 3. La preuve du don manuel.....	119
Section 2 : La donation déguisée.....	121
Paragraphe 1. Une donation admise uniquement en droits islamique et français.....	122
A. La donation déguisée admise en droits islamique et français.....	122
B. La donation déguisée interdite en droit koweïtien.....	125
Paragraphe 2. Le régime de la donation déguisée.....	126
Section 3 : La donation indirecte : des systèmes identiques dans les trois droits.....	130
Paragraphe 1. La validité de la donation indirecte dans les trois droits.....	131
Paragraphe 2. Les actes aboutissant à une donation indirecte.....	133
Conclusion titre 1	138
Titre 2 : Les conditions de fond	140
Chapitre 1 : La capacité	142
Section 1 : La capacité à donner de la femme mariée en droit islamique.....	143
Section 2 : La capacité à recevoir des donations.....	150
Paragraphe 1 . La question de la capacité de certains professionnels à être donataire.....	151
A. L'incapacité de recevoir des professions médicales et pharmaceutiques.....	151
B. L'incapacité de recevoir en présence des personnes âgées ou handicapées.....	153
Paragraphe 2 . Le sort de la donation faite à un fœtus.....	154
Chapitre 2 : L'objet dans les trois droits	156
Section 1 : La nature de l'objet de la donation.....	157

Paragraphe 1. L'exclusion du vivant du domaine des donations stricto sensu.....	158
Paragraphe 2. L'interdiction de la donation de biens futur et à venir....	163
Paragraphe 3. L'interdiction d'investissement dans l'objet illicite en droit islamique.....	167
Section 2 : Des questions relatives à la quote part pouvant être donné.....	170
Paragraphe 1. La donation en cas de maladie mortelle: la particularité des droits islamique et koweïtien.....	171
Paragraphe 2. La réserve héréditaire en droit français.....	175
Chapitre 3 : La cause dans le contrat de donation.....	177
Section 1: L'existence et la liceité de la cause.....	179
Section 2: La question de la cause en matière de donation sous conditions et de clauses d'inaliénabilité.....	183
Paragraphe 1. La donation sous condition.....	184
Paragraphe 2. Les clauses d'inaliénabilité.....	186
Section 3 : Particularité de la cause dans les trois droits étudiés.....	189
Paragraphe 1. Particularités inhérentes au droit français en matière de donation entre concubins.....	190
Paragraphe 2. Notion de cause étroite en droit islamique concernant l'égalité obligatoire entre enfants en matière de donation.....	191
A. La doctrine des Hanbalites et des Malékites.....	192
B. La doctrine des Chafiites et des Hanafites.....	193
C. La doctrine de l'Imam Abou Youssouf.....	194
conclusion Titre 2.....	195
Conclusion de la deuxième partie.....	198

PARTIE 3 : Le régime de la donation.....	200
Titre 1 : Les effets de la donation.....	202
Chapitre 1 : Les obligations du donateur.....	204
Section 1 : Les obligations de délivrance.....	205
Section 2 : L'obligation de garantie.....	212
Chapitre 2 : Les obligations du donataire.....	215
Section 1 : L'obligation de reconnaissance ?.....	216
Section 2 : L'exécution de la charge.....	218
Conclusion Titre 1.....	221
Titre 2 : La révocabilité de la donation.....	222
Chapitre 1 : La révocation de la donation en droit islamique.....	224
Section 1 : La nature de l'option de révocabilité.....	225
Paragraphe 1 : La distinction des contrats selon le degré des obligations contenues dans les contrats.....	226
A. La distinction entre contrats impératifs et contrats « admissibles ».....	226
B. Les conséquences juridiques de la nature de la révocabilité...	231
Paragraphe 2 : Le moment d'utilisation de la faculté de révocation.....	233
Section 2 : La révocation de la donation les différents positions des doc- trines islamiques.....	237
Paragraphe 1 . La révocation de la donation pour les Malikites et	

Chafiites.....	238
Paragraphe 2 . La révocation de la donation pour les Hanbalites.....	244
Paragraphe 3 . Le principe de la révocation de la donation pour les	
Hanafites.....	249
Paragraphe 4 . Les raisons de la possibilité de la révocation pour les	
parents.....	257
Chapitre 2 : La révocation de la donation en droits koweïtien et	
français.....	260
Section 1 : Des Cas de révocation similaire dans les deux droits.....	262
Paragraphe 1. La révocation pour inexécution des charges.....	263
Paragraphe 2. La révocation pour ingratitude.....	266
Paragraphe 3. La révocation pour survenance d'enfant.....	271
Section 2 : Les Particularités des droits koweïtien et français.....	274
paragraphe1. Les particularités du droit koweïtien.....	275
A- Les hypothèses spécifiques de révocation.....	275
B- Obstacle à la révocation des donation en droit koweïtien.....	278
Paragraphe 2. La Particularité du droit français: la révocation des	
donations entre époux.....	279
Conclusion titre 2.....	283
Conclusion de la troisième partie.....	284
Conclusion générale.....	285

Bibliographie.....	291
Table des matières.....	309

UNIVERSITÉ DE STRASBOURG

Le Contrat de donation. Étude comparative entre les droits islamique, koweïtien et français

Résumé

Lorsqu'une personne décède, son patrimoine est transmis selon les règles en vigueur en matière de succession. Cependant, un individu peut anticiper la transmission de son patrimoine par une donation qui est le moyen juridique de transmettre tout ou partie de son patrimoine de son vivant. On comprend alors l'intérêt d'étudier de manière juridique les donations, et tout spécifiquement dans une dimension comparatiste impliquant les droits islamique, français et koweïtien. Cette étude a été abordée sous trois aspects. En effet, les différences et les similitudes entre les trois systèmes juridiques ont été étudiées tout d'abord quant à la qualification de la donation. Ensuite, ce sont les conditions de validité du contrat de donation qui ont été examinées. Enfin, le troisième aspect concerne le régime de la donation.

Mots-clés: Contrat de donation, Tradition, Donation déguisé, donation indirect, don manuel, Objet, Cause, Révocation de donation.

Résumé en anglais (Abstract)

When a person dies, his/her inheritance is transferred by inheritance. However, during his/her lifetime, they may act with their property by any act of transfer of ownership, including donation (Heba). A donation is a legal means through which a person can behave with all or some of his/her property during his life.

Therefore, we see the importance of this subject of donation and the importance of studying this subject in terms of legal comparison with islam, and the kuwaiti and french laws, to find solutions to the legal questions raised by this contract. In this study, we will present three aspects to identify the similarities and differences between the three laws. Firstly, we will address the issue of the legal adaptation of the donation contract and then the subject of the conditions of the validity of this contract and finally what is the legal system to hold the donation.

Key-words: Donation contract, handover, hidden donation, indirect donation, hand donation, subject matter, reason, return of donation.