

**Thèse délivrée par
L'Université de Lille,**

N° attribué par la bibliothèque

THÈSE

**Pour obtenir le grade de Docteur en Droit privé
Présentée et soutenue publiquement par
Sébastien FIXOT**

Le 2 décembre 2022

La réception des contrats de la finance islamique en droit français

JURY

Directeur de thèse :

Monsieur Romain BOFFA, Professeur à l'Université Paris-Est Créteil (Paris XII)

Membres du jury :

Monsieur Thierry BONNEAU, Professeur à l'Université Paris Panthéon-Assas (Paris II), *Président*

Monsieur Bernard HAFTEL, Professeur à l'Université Sorbonne Paris Nord (Paris XIII), *Rapporteur*

Monsieur Mustapha MEKKI, Professeur à l'Université Paris Panthéon-Sorbonne (Paris I), *Rapporteur*

Madame Juliette SÉNÉCHAL, Professeure à l'Université de Lille

Avertissement

La Faculté n'entend donner aucune approbation ni improbation aux opinions émises dans cette thèse ; ces opinions doivent être considérées comme propres à leur auteur.

Remerciements

A mon directeur, Monsieur le Professeur Romain BOFFA, pour la confiance qu'il m'a accordée tout au long de ce parcours et ses conseils avisés sans lesquels cette thèse n'aurait pu aboutir. Qu'il soit assuré de ma profonde reconnaissance.

A Madame la Professeure Juliette SÉNÉCHAL, à Messieurs les Professeurs Thierry BONNEAU, Bernard HAFTEL et Mustapha MEKKI, de l'honneur qu'ils me font d'avoir accepté d'être membres du jury de soutenance ainsi que pour nos échanges qui ont contribué à enrichir ma réflexion.

A Madame la Professeure Johanne SAISON, directrice de l'école doctorale, et à Mesdames Sophie RANCHY et Françoise VANHULLE pour leur bienveillance et leur disponibilité.

A mes parents et à mes amis, pour leur soutien sans faille.

A ma mère pour ses relectures patientes en dépit du nombre de pages.

Principales abréviations

ACPR	Autorité de contrôle prudentiel et de résolution
AAOIFI	Accounting and Auditing Organization for Islamic Financial Institutions
AJ Contrat	Actualité Juridique Contrat
AJDA	Actualité Juridique Droit Administratif
Al.	Alinéa
Art.	Article
BJE	Bulletin Joly Entreprises en difficulté
BOI	Bulletin officiel des impôts
Bull. civ.	Bulletin des arrêts de la Cour de cassation (chambres civiles)
Bull. Joly	Bulletin Joly
C. assur.	Code des assurances
C. civ.	Code civil
C. consom.	Code de la consommation
C. mon. fin.	Code monétaire et financier
CE	Conseil d'Etat
CEDH	Cour Européenne des droits de l'Homme
Chap.	Chapitre
Civ. 1 ^{re}	Cour de cassation, première chambre civile
Civ. 2 ^e	Cour de cassation, deuxième chambre civile
Civ. 3 ^e	Cour de cassation, troisième chambre civile
CJUE	Cour de justice de l'Union européenne
Com.	Cour de cassation, chambre commerciale
Cons. const.	Conseil constitutionnel
Const.	Constitution
Consid.	Considérant

Conv. EDH	Convention de sauvegarde des droits de l'Homme et des libertés fondamentales
CPC	Code de procédure civile
D.	Recueil Dalloz
DDHC	Déclaration des Droits de l'Homme et du Citoyen
DGFIP	Direction générale des Finances publique
DGTPE	Direction générale du Trésor et de la politique économique
DLF	Direction de la Législation fiscale
Dr. adm.	Droit administratif
Dr. fisc.	Droit fiscal
FI	Finance islamique
Fisc.	Fiscal
Gr. ch.	Grande chambre
GTDA	Groupe de travail sur le droit applicable et le règlement des différends dans les financements islamiques
Ibid.	Ibidem
Id.	Idem
In	Dans
Infra	Ci-dessous
Instr.	Instruction
JCP	La Semaine Juridique
JCP E	La Semaine Juridique, Édition Entreprises et affaires
JCP N	La Semaine Juridique, édition notariale
JDI	Journal du droit international (Clunet)
JO	Journal officiel de la République française
JOAN CR	Journal officiel (Comptes rendus) Assemblée nationale
Journ. sociétés	Journal spécial des sociétés
L.	Loi

LPA	Les petites affiches
LPF	Livre des procédures fiscales
OCI	Organisation de la coopération islamique
Option fin.	Option finance
Paragr.	Paragraphe
PFRLR	Principe fondamental reconnu par les lois de la République
Q.	Question
QPC	Question prioritaire de constitutionnalité
Rec.	Recueil Lebon
RD bancaire et fin.	Revue de droit bancaire et financier
RDC	Revue des contrats
RDI	Revue de droit immobilier
RLDA	Revue Lamy Droit des affaires
RLDC	Revue Lamy de droit civil
<i>Rev. crit. DIP</i>	Revue critique de droit international privé
Rev. trim. dr. com.	Revue trimestrielle de droit commercial
RF fin. publ.	Revue française de finances publiques
RIDC	Revue internationale de droit comparé
RTD Civ.	Revue trimestrielle de droit civil
RRJ	Revue de recherche juridique et de droit prospectif
RTD Com.	Revue trimestrielle de droit commercial et de droit économique
RTDF	Revue trimestrielle de droit financier
S.	Sirey
s.	Suivants.
Sect.	Section
Sol.	Solution
Supra	Ci-dessus
TEG	Taux effectif global
Trav. Com. fr. DIP	Travaux du comité français de Droit International Privé

Sommaire

Introduction	13
Partie 1 : La possibilité de la réception	45
Titre 1 : La compatibilité des principes cardinaux de la finance islamique	47
Chapitre 1 : La prohibition du <i>riba</i>	49
Chapitre 2 : La prohibition du <i>gharar</i>	97
Titre 2 : La compatibilité des théories doctrinales.....	165
Chapitre 1 : Théorie des clauses adjointes et liberté contractuelle	167
Chapitre 2 : Théorie des options et force obligatoire du contrat	229
Partie 2 : Les modalités de la réception	303
Titre 1 : L'intégration au contrat des règles de la finance islamique	305
Chapitre 1 : L'intégration par soumission du contrat au droit islamique	307
Chapitre 2 : L'intégration des principes par incorporation au contrat	369
Titre 2 : La définition du cadre juridique des contrats nommés de la finance islamique	431
Chapitre 1 : Les contrats de financement reposant sur la vente.....	433
Chapitre 2 : Les contrats reposant sur l'association	559
Conclusion Générale	629

Introduction

1 Mise en exergue des dérives de la finance conventionnelle. S'il fallait reconnaître une vertu à la crise financière de 2008 dont les conséquences durables ont marqué l'Occident, ce serait celle d'avoir attiré l'attention sur les dérives de la finance. À l'origine de la crise se trouvent les fameux *subprimes*, mis en lumière par la couverture médiatique des faillites bancaires. Le terme anglais désigne des prêts hypothécaires plus risqués qu'à l'ordinaire. Aux États-Unis ceux-ci sont classés en quatre catégories en fonction de la qualité de l'emprunteur. Cela va du plus incertain au plus sûr : *subprime*, *Alt-A*, *Jumbo* et *Prime*¹. Les *subprimes* constituent donc la catégorie la moins fiable des prêts hypothécaires. Or, pour permettre aux américains d'accéder à la propriété, il a été mené une politique visant à encourager le recours à de tels emprunts. Cependant, en plus de leurs risques, les emprunts hypothécaires ont pour particularité d'être de longue durée, environ 30 ans, avec, la plupart du temps, un taux d'intérêt variable. Surendettés, les américains de condition modeste n'ont pu rembourser les emprunts qu'ils avaient contractés². La crise aurait pu se limiter au seul monde bancaire si la pratique n'avait pas transmis aux investisseurs les risques liés aux emprunts hypothécaires au moyen du processus de titrisation. La crise, devenait alors financière et mondiale et mettait en évidence les défaillances tant des gouvernements que des autorités de régulation³. Les principes du libéralisme économique poussés à leur paroxysme, toujours moins d'encadrement pour plus de liberté, ont démontré qu'on ne peut se dispenser du droit. Le monde prenait connaissance des dérives d'un capitalisme devenu sauvage, popularisé 30 ans auparavant par le film d'Oliver Stone *Wall Street*.

2 Mise en lumière des vertus de la finance islamique. S'il fallait reconnaître une seconde vertu à la crise financière, ce serait d'avoir attiré l'attention de l'Occident sur la finance islamique⁴. Si les règles de cette finance éthique avaient été celles de la

¹ JACQUILLAT, Bertrand, LEVY-GARBOUA, Vivien, *Les 100 mots de la crise financière*, 5^e éd., PUF, 2013, p. 30.

² *Id.*

³ ALLARD, Patrick, BENCHABANE, Djilali, « La finance islamique modèle alternatif, pastiche ou pastiche ? », *Revue française d'économie* 2010/4, Volume XXV, p. 11 et s.

⁴ V. à cet égard MARAIS (Du), Bertrand, « La contribution des grandes religions et éthiques à la résolution de la crise financière », *Revue Banque* 2013, n°759, p. 74-75.

finance conventionnelle, peut-être la crise aurait-elle été évitée. Pour la simple raison que les produits financiers « toxiques », à l'origine des maux de l'économie, sont prohibés. Le lecteur profane sera sans doute étonné de l'association de deux termes qui n'ont *a priori* aucun lien. Cependant il faut avoir à l'esprit que l'islam n'a pas seulement vocation à régir la vie spirituelle du croyant mais aussi la société toute entière. Ainsi tant le droit que l'économie sont basés sur la parole de Dieu et de son prophète⁵.

3 Intérêt des pouvoirs publics pour la finance islamique. Depuis la fin des années 2000, la crise aidant, l'Occident se prend d'intérêt pour la finance venue d'Orient comme en témoigne le nombre croissant d'ouvrages publiés sur le sujet. En juillet 2008, c'est au tour des pouvoirs publics, par la voix de la Ministre de l'Économie de l'époque, Mme Christine LAGARDE, de faire part de leur intérêt pour la finance islamique. Prononcés le 2 juillet 2008 à l'occasion du forum financier Paris Europlace, les propos de la Ministre de l'Économie sont on ne peut plus explicites, « *nous adapterons notre environnement juridique pour que la stabilité et l'innovation de notre place financière puissent bénéficier à la finance islamique* »⁶.

Dès janvier 2008, Paris Europlace, association chargée de promouvoir la place financière de Paris dans le monde, a mis en place une Commission « Finance islamique » chargée de s'interroger sur la réception de la finance éthique sur notre territoire. Les travaux entrepris par la commission ont abouti à la remise du rapport de MM. Elyès JOUINI et Olivier PASTRÉ le 13 novembre 2008. Selon ce rapport, la finance islamique permettrait d'attirer 100 milliards d'euros d'épargne⁷. Il formule en outre onze propositions dont seulement quatre intéressent le droit⁸.

Le 14 mai 2018, la commission des finances du Sénat a organisé deux tables rondes ayant pour thème la finance islamique « *afin d'apprécier l'opportunité et les modalités pour la France de s'insérer davantage sur ce marché en plein essor* », et de

⁵ JAHEL, Sélim, *La place de la Chari'a dans les systèmes juridiques des pays arabes*, Éd. Panthéon-Assas, 2012, p. 349.

⁶ Propos rapportés par RAMADIER, Sylvie, « La finance islamique se fixe de nouveaux rendez-vous en France », *Les Echos*, 3 sept. 2008.

⁷ JOUINI, Elyès, PASTRE, Olivier (Dir.), *Enjeux et opportunités du développement de la finance islamique pour la place de Paris*, Paris Europlace, 8 déc. 2008, p. 8.

⁸ *Ibid.*, p. 108 et s. Ces propositions sont :

- La suppression de la double taxation en matière de publicité foncière et de droits d'enregistrement dans le cadre d'opérations d'achat-revente sans intention spéculative ;
- La réforme de la réglementation concernant la fiducie ;
- L'exonération de la garantie des vices cachés dans le cadre d'achat/vente simultanés et la possibilité de cession civile à titre de garantie ;
- La réforme de conditions de refinancement en matière de crédit-bail.

« déterminer les éventuels « frottements » juridiques et fiscaux »⁹. Dès 2009, l'Administration fiscale publiait une instruction, instrument de droit souple, en vue de préciser le régime fiscal de la *murabaha*¹⁰. L'année suivante, cette instruction est remplacée¹¹ et complétée par trois autres consacrées respectivement aux *sukuk*¹², à l'*ijarah*¹³ et à l'*istisna*¹⁴.

Avant d'exposer l'objet de notre étude (IV), il convient de faire un rappel indispensable à la compréhension des enjeux. La finance islamique, si elle peut être rattachée à la catégorie des finances éthiques, est avant tout régie par le droit islamique (I). L'islam se caractérise en effet par la confusion du temporel et du spirituel. Religion, droit et économie sont liés, contrairement aux sociétés occidentales sécularisées. En conséquence, la pratique de la finance islamique impose l'observation de normes religieuses. En raison d'une diversité de courants caractérisée par l'existence de plusieurs écoles juridiques¹⁵, elle est confrontée à l'hétérogénéité de ses règles qui tendent toutefois à s'homogénéiser (II). Il n'existe pas ainsi une, mais des finances islamiques variant selon l'école à laquelle ses acteurs se réfèrent. La réception de normes religieuses implique de démontrer d'emblée que le principe de laïcité n'est en rien un obstacle (III).

I] L'émergence d'une finance fondée sur le droit islamique

4 Plan. La finance islamique est plus complexe que la simple prohibition du prêt à intérêt à laquelle elle est trop souvent réduite. Elle doit ce caractère à ses règles issues du droit islamique dont l'évocation permet de saisir la hiérarchie des normes, leur importance et leur contribution au droit des contrats (B). Ainsi, à titre d'illustration, la prohibition du *riba* revêt un caractère majeur car elle provient du Coran. Le

⁹ ARTHUIS, Jean, *La finance islamique en France : quelles perspectives ?*, Rapport d'information du Sénat n°329, Sénat, 2008, p. 5.

¹⁰ Instr. Fisc. du 25 février 2009, BOI n°22, 4FE/09.

¹¹ Instr. fisc. 23 juill. 2010 : BOI 4 FE/S1/10.

¹² Instr. fisc. 23 juill. 2010 : BOI 4 4 FE/S2/10.

¹³ Instr. fisc. 23 juill. 2010 : BOI 4 4 FE/S3/10.

¹⁴ Instr. fisc. 23 juill. 2010 : BOI 4 4 FE/S4/10.

¹⁵ La confusion du temporel et du spirituel s'illustre à travers les *madhâhib* qualifiées d'écoles juridiques, v. SOURDEL, Dominique, SOURDEL-THOMINE, Janine, *Vocabulaire de l'islam*, 2e éd., PUF, 2013, v°Madhhab

développement relativement récent de la finance islamique, trouve ses origines dans la période post-coloniale (A).

A) *Aux origines de la finance islamique*

5 Emergence de la finance islamique dans le contexte post-colonial. Les prémices de la finance islamique remontent à la pratique des premiers siècles de l’islam¹⁶. Un auteur cite également l’expérience d’un homme pieux de Hyderabad, province indienne à dominante musulmane, qui aurait accordé des prêts sans intérêt aux nécessiteux pendant la seconde moitié du XIXe siècle¹⁷. Mais le développement d’une véritable industrie financière islamique est relativement récent puisqu’apparue au cours du XXe siècle dans un contexte d’émancipation des puissances occidentales qu’illustre la conférence de Bandung¹⁸. On assiste à la résurgence de l’islam de l’Afrique à l’Asie accentuée par la décolonisation progressive. Face à l’affrontement des états atlantistes et du bloc communiste, nombreuses sont les nations à se proclamer non alignées et à réaffirmer leur identité islamique. L’histoire moderne de la finance islamique est intimement liée à celle des banques se voulant respectueuses des préceptes charaïques¹⁹. Pour certains religieux, leur création apparaît être l’un des moyens de contribuer au renouveau de l’islam²⁰.

6 Apparition des premières banques islamique modernes en Egypte. La création de la caisse d’épargne de Mit Ghamr en 1963 serait à l’origine de l’apparition du phénomène des banques islamiques²¹. Si cette affirmation est parfois contestée²², il n’en demeure pas moins que l’expérience de Mit Ghamr marque une étape cruciale dans le développement de la finance islamique. Son activité, qui prit fin en 1963, était cependant limitée car les crédits n’étaient distribués qu’à hauteur de l’épargne que la

¹⁶ CAUSSE-BROQUET, Geneviève, *La finance islamique*, 2^e éd., RB éd., 2012, p. 18.

¹⁷ CHARBONNIER, Jacques, *Islam*, Larcier, 2011, p. 87 et s.

¹⁸ Conférence du 18 au 24 avril 1955 en Indonésie réunissant vingt-neuf pays d’Afrique et d’Asie dont la plupart sont d’anciennes colonies des puissances occidentales.

¹⁹ Ces banques sont présentées par M. Hamid Algabid, ancien secrétaire général de l’Organisation de la Conférence Islamique, comme « nées d’un renouveau, il y a quelques années, de la pensée islamique et de ses rapports avec les transactions modernes », v. ALGABID, Hamid, *Les banques islamiques*, Economica, 1990, p. VIII.

²⁰ JAHHEL, Sélim, *La place de la Chari’a dans les systèmes juridiques des pays arabes*, Éd. Panthéon-Assas, 2012, p. 356.

²¹ ZAHID, Abdelkabar, *La banque islamique Efficacité et contraintes*, Thèse de doctorat en sciences économiques, Lille : Université du droit et de la santé- Lille II, 2007, p. 6 ; MOATÉ, Michel, *La création d’un droit bancaire islamique*, Thèse de doctorat en droit, Université de la Rochelle, 2011, p. 181 ; *Ibid.* ; FULCONIS-TIELENS, Andréane, « La finance islamique a-t-elle un avenir prometteur en France ? », *Revue Banque* 2007, n°696, p. 28.

²² ZEIDAN, Zeina, *Analyse de la place des sukuk en droit français*, Thèse de doctorat en droit, Université Paris II, 2019, p. 13.

communauté apportait²³. En 1971, la Nasser Social Bank est fondée à l'initiative du gouvernement égyptien dans le but de venir en aide aux plus démunis en accordant des prêts sans intérêt²⁴.

7 Création de la banque islamique de développement (BID). L'Organisation de la conférence islamique (OCI), dans un contexte de flambée des prix du pétrole, décide au sommet de Lahore en 1974, d'instituer la Banque islamique de développement²⁵. L'objectif affiché est de stimuler le développement économique des pays musulmans en accord avec les principes de la Charia²⁶. Pour cela, l'accord de création de la banque prévoit notamment qu'elle consent des prêts « *aux secteurs, privé et public, pour financer les projets, entreprises et programmes productifs dans les pays membres* »²⁷. A la suite de la création de la BID, La Dubaï Islamic Bank, première banque islamique commerciale, voit le jour en 1974. Cet événement marque le début véritable de la finance islamique qui n'est plus alors l'apanage des Etats²⁸.

L'objectif poursuivi par la BID est clair : il s'agit de développer une finance reposant sur les règles du droit islamique.

B) Les sources des règles régissant la finance islamique

8 Charia et fiqh. Le profane serait certainement surpris de savoir que la finance islamique repose sur la charia qui signifie littéralement « le chemin »²⁹. La charia s'entend de la « Loi établie par Dieu » et désigne, *stricto sensu*, les « *règles révélées par Dieu à Muhammad, qui s'appliquent à la vie religieuse et sociale des musulmans à l'intérieur de la communauté* »³⁰. *Lato sensu*, la charia comprend les versets du Coran et la *Sunna* qui constituent les sources sacrées du droit islamique (1). Le *fiqh*, qui signifie « la connaissance », désigne la science de la charia³¹. Le spécialiste du *fiqh*, le *faqîh*, établit les sources dérivées du droit et, partant, de la finance islamique (2).

²³ MOATÉ, Michel, *op. cit.*, p. 182.

²⁴ ALGABID, Hamid, *Les banques islamiques*, Economica, 1990, p. 171 et s. ALDEEB ABU-SAHLIEH, Sami Awad, *Religion et droit dans les pays arabes*, Presses universitaires de Bordeaux, 2008, p. 497.

²⁵ ALGABID, Hamid, *op. cit.*, p. 121.

²⁶ *Ibid.*, p. 122.

²⁷ *Ibid.*, p. 131.

²⁸ Intervention de M. Anouar Hassoune retranscrite in *La finance islamique en France : Quelles perspectives ?* Les rapports du Sénat, n° 329, p. 21.

²⁹ KHAN, Muhammad Akram, *Islamic Economics and Finance: A Glossary*, 2e éd., Routledge, 2007, v° Al-shari'ah.

³⁰ SOURDEL, Dominique, SOURDEL-THOMINE, Janine, *Vocabulaire de l'Islam*, PUF, 2002, v° Shari'a.

³¹ SCHACHT, Joseph, *Introduction au droit musulman*, Maisonneuve et Larose, 1999, p. 11.

1) Les sources sacrées de la finance islamique

9 Plan. Le Coran, révélation divine selon les musulmans, est au sommet de la hiérarchie des normes (a). Les paroles et les actes de Mahomet, ainsi que ceux qu'il a approuvés, constituent la seconde source sacrée : la Sunna (b).

a) Le Coran, source suprême

10 Le Coran, parole de Dieu. Pour les musulmans, le Coran est le recueil de la parole de Dieu révélée à Mahomet par l'ange Gabriel. Le Prophète, illettré, dicta au fur et à mesure les révélations divines à ses compagnons qui les retranscrivirent sur divers supports comme des omoplates de chameau, feuilles de palmier, fragments de cuir³². A sa mort en 632 de notre ère, il fut décidé de fixer le texte afin de le pérenniser et de mettre un terme aux variantes. C'est le décès de nombreux *hafiz* qui justifia la recension des écrits. Le Coran est divisé en 114 chapitres, appelés sourates (*sûra*), classées approximativement par ordre de longueur décroissante. Chacune des sourates s'est vue tardivement attribuer un titre, parfois deux. Les chapitres se composent de versets (*âya*) dont le nombre total varie en fonction des éditions. La plus répandue, celle du Caire, dénombre 6236 versets. Bien que le nombre de versets soit variable, le contenu des sourates est identique.

11 Contenu juridique du Coran. Le livre sacré de l'islam ne saurait être perçu comme une œuvre juridique. Seuls 500 à 600 versets intéresseraient le droit, soit environ 10% de l'ensemble³³. Le nombre se réduit à 80 si l'on retient une conception restreinte du juridique qui exclut les devoirs du croyant tels le jeûne, la prière ou le pèlerinage³⁴. Les

³² Une polémique existe quant au sens du mot *ummi* en arabe. Les musulmans entendent ce terme dans son acception première, à savoir que Mahomet était analphabète. Cependant certains auteurs affirment que le Coran emploie le terme *ummi* dans un sens spirituel. Mahomet aurait été illettré non pas car analphabète mais parce que venant d'un peuple n'ayant pas reçu les écritures sacrées. V. en ce sens ALDEEB ABU-SAHLIEH, Sami Awad, *Introduction à la société musulmane*, Eyrolles, 2005, p. 80., BLACHÈRE, Régis, *Introduction au Coran*, Maisonneuve et Larose, 1991, p. 7.

MILLIOT, Louis et BLANC, François-Paul, *Introduction à l'étude du droit musulman*, Dalloz, 2001, p. 154 COULSON, Noel J., *Histoire du droit islamique*, Presses universitaires de France, 1995, p. 14 ALDEEB ABU-SAHLIEH, Sami Awad, *op. cit.*, p. 96 DE WAËL, Henri, *Le droit musulman*, CHEAM, 1989, p. 28 BLEUCHOT, Hervé, *Droit musulman*, Presses universitaires d'Aix-Marseille, 2002, paragr. 268 GLENN, Patrick H., *Legal traditions of the world*, Oxford University Press, 2014, p. 182.

³⁴ DE WAËL, Henri, *op. cit.*, p. 29 COULSON, Noel J., *op. cit.*, p. 14.

règles coraniques se contentent d'apporter les bases nécessaires à l'organisation de la communauté. Significative est à cet égard l'importance des normes concernant le droit de la famille qui s'avèrent parfois progressistes pour l'époque.

En droit des contrats, la nécessité d'un consentement mutuel est explicitement affirmée³⁵. Dieu rend la vente licite³⁶, mais impose parfois un certain formalisme³⁷. Des versets prohibant les jeux de hasard, on déduit que les contrats aléatoires sont proscrits³⁸. L'interdit le plus catégorique en la matière est cependant celui concernant le *riba* que l'on traduit à tort par « usure »³⁹.

Le fait que le Coran n'est pas une œuvre juridique ne doit pas pour autant conduire à ignorer qu'il est une source du droit islamique. A l'instar de Hans Kelsen, il peut être établi une hiérarchie des normes dans laquelle le texte sacré occuperait le sommet. Toute norme ne saurait être considérée comme valide si un passage du Livre la contredit ; en cela il est comparable à une constitution.

Le Coran étant insuffisant à l'élaboration d'un droit complet, la *Sunna* pallie en partie ses lacunes.

b) La *Sunna*

12 Définition. Le mot *Sunna* apparaît à 16 reprises dans le Coran où il est généralement traduit par « conduite », « règle » et désigne la loi divine. En dehors du texte sacré, la *Sunna* est l'ensemble des comportements et des paroles du Prophète et ceux qu'il a approuvés y compris de manière tacite⁴⁰. Les révélations divines imposent aux croyants d'obéir à Mahomet comme à Dieu puisqu'il est son messenger⁴¹. Ce faisant, elles le légitiment en tant que législateur et donc source du droit. Le recours à la *Sunna* est par ailleurs justifié à travers le récit de la nomination de Mu'adh Ibn-Jabal en tant que juge. Au Yémen Mahomet l'interrogea sur la manière dont il trancherait les litiges ; il

³⁵ Coran, sourate 4, verset 29.

³⁶ *Ibid.*, sourate 2, verset 275.

³⁷ *Ibid.*, sourate 2, verset 282.

³⁸ *Ibid.*, sourate 2, verset 219 ; sourate 5, verset 90.

³⁹ *Ibid.*, sourate 2, versets 275-276, 278-279 ; sourate 3, verset 130 ; sourate 4, verset 161 ; sourate 30, verset 130.

L'un des apports de la thèse est de préciser la notion de *riba* et de démontrer qu'elle dépasse l'usure, v. *infra* le premier chapitre de cette étude.

⁴⁰ CUNIBERTI, Gilles, *Grands systèmes de droit contemporains*, 3^e éd., LGDJ-Lextenso, 2015, paragr. 565 CHARNAY, Jean-Paul, *Esprit du droit musulman*, Dalloz, 2008, p. 23 ALDEEB ABU-SAHLIEH, Sami Awad, *Introduction à la société musulmane*, Eyrolles, 2005, p. 107.

⁴¹ Coran, sourate 3, verset 32 ; sourate 4, verset 59 ; sourate 4, verset 80 ; sourate 48, verset 17.

répondit qu'il rendrait son jugement selon le Livre de Dieu et qu'à défaut de solution dans celui-ci il se référerait à la *Sunna* du Messager⁴².

13 Hadiths. Les récits rapportant les paroles ainsi que les actes de Mahomet et de ses compagnons sont appelés hadiths⁴³. Ces derniers commencent en énumérant la chaîne des rapporteurs qui permet de juger de la recevabilité et de la force du texte. Les hadiths authentiques, *sahih*, sont rapportés par un grand nombre de personnes dont il n'est pas permis de douter. La chaîne de transmission est exempte de tout vice, ce qui leur confère une importance majeure. Deux auteurs du IX^e siècle, Al-Bukhari et Muslim ont entrepris de réunir les hadiths *sahih* dans leur ouvrage respectif. Intitulées « Authentiques » (*Al-Sahihin*), ces œuvres font autorité au sein de la communauté sunnite. L'ampleur du travail accompli par Al-Bukhari l'explique aisément. Parmi les 300 000 hadiths qui seraient parvenus à sa connaissance, le savant n'en a retenu que 8 000⁴⁴. Les deux recueils d'Al-Bukhari et de Muslim font partie des six ouvrages de référence, les Six livres.

Les hadiths bons, *hasan*, sont regroupés au sein des quatre autres recueils, les *Sunan*, d'Al-Thirmidhi, Abu-Da'ud, Ibn-Majah et Al-Nasa'i. Ces traditions ne peuvent être reconnues comme parfaites en raison de légères imperfections affectant la chaîne de transmission⁴⁵, telle que la mémoire incertaine de l'un des rapporteurs⁴⁶.

Les hadiths qui ne sont ni *sahih* ni *hasan* sont quant à eux irrecevables. Ils sont réputés faibles, *da'if*, quand la chaîne de transmission est atteinte d'un vice notable parce qu'elle est discontinue, qu'un témoin est douteux ou que le nombre de rapporteurs est négligeable. Le hadith est *mawdu*, forgé, lorsqu'il ne fait aucun doute qu'il ne peut être attribué au Prophète tant son contenu est en contradiction avec les principes de l'islam ou d'autres hadiths.

14 Contenu juridique de la Sunna. Quantitativement, l'apport de la Sunna au droit islamique est supérieur à celui du Coran. Plusieurs milliers de hadiths s'avèrent utiles

⁴² KHALLÂF, 'Abd Al-Wahhâb et TURKÎ, 'Abd al-Mağîd, *Les fondements du droit musulman*, Éd. Al Qalam, 1997, p. 54-55
ALDEEB ABU-SAHLIEH, Sami Awad, *op. cit.*, p. 116
TOUALBI, Issam et BENTOUNÈS, Khaled, *Introduction historique au droit musulman*, Albouraq, 2013, p. 315.

⁴³ SOURDEL, Dominique, SOURDEL-THOMINE, Janine, *op. cit.*, v°Hadith.

⁴⁴ MILLIOT, Louis et BLANC, François-Paul, *Introduction à l'étude du droit musulman*, Dalloz, 2001, paragr. 112
CUNIBERTI, Gilles, *Grands systèmes de droit contemporains*, 3^e éd., LGDJ-Lextenso, 2015, paragr. 567.

⁴⁵ ALDEEB ABU-SAHLIEH, Sami Awad, *op. cit.*, p. 114.

⁴⁶ TOUALBI, Issam et BENTOUNÈS, Khaled, *Introduction historique au droit musulman*, Albouraq, 2013, p. 169.

à l'élaboration d'une norme⁴⁷. Le juriste accordera un intérêt particulier au *Sunan* d'Abu Da'ud puisqu'il est axé sur les questions juridiques. Dans l'élaboration de la règle, la Sunna revêt trois fonctions⁴⁸. Tout d'abord, elle confirme les normes coraniques et insiste de ce fait sur leur importance. La Sunna participe ensuite à l'explication des versets en accord avec le rôle dévolu à Mahomet⁴⁹. Enfin, elle intervient en complément du Livre quand il s'avère lacunaire en introduisant de nouvelles normes.

La contribution de la Sunna, bien que considérable, ne permet pas d'encadrer l'ensemble des aspects de la vie de la communauté. Face aux lacunes du droit, les savants ont dû déduire de nouvelles normes à partir des sources sacrées en recourant à l'*ijtihad*.

2) Les sources secondaires

15 Le consensus (*ijma*). Il s'entend littéralement du consensus, de l'opinion unanime des musulmans sur une question de droit à une époque donnée⁵⁰. En théorie il s'agit du consensus de la communauté musulmane dans son ensemble comme le soutient Al-Shafi'i⁵¹. En pratique, en raison de l'expansion de l'islam, il s'avère impossible de recueillir l'opinion de l'ensemble des croyants. Le consensus se restreint à celui des *mujtahid*, des juristes qualifiés pour pratiquer l'effort de réflexion (*ijtihad*)⁵².

16 Le raisonnement par analogie (*qiyas*). Il s'agit du procédé par lequel le *mujtahid* résout un cas juridique nouveau en le comparant à un cas similaire dont la solution est connue au travers du Coran, de la Sunna ou de l'*ijma*. Les professeurs Louis MILLIOT et François-Paul BLANC l'analysent comme une « *combinaison de la révélation avec la raison humaine* »⁵³. En tant que quatrième source du droit, elle est subordonnée aux trois premières et ne peut les contredire. Les chaféites et les malékites reconnaissent

⁴⁷ DE WAËL, Henri, *Le droit musulman*, CHEAM, 1989, p. 36 TOUALBI, Issam et BENTOUNÈS, Khaled, *op. cit.*, p. 171.

⁴⁸ KHALLÂF, 'Abd Al-Wahhâb et TURKÎ, 'Abd al-Mağîd, *Les fondements du droit musulman*, Éd. Al Qalam, 1997, p. 59.

⁴⁹ Coran, sourate 16, verset 44.

⁵⁰ SOURDEL, Dominique et SOURDEL-THOMINE, Janine, *Vocabulaire de l'islam*, PUF, 2013, p. 51.

⁵¹ COULSON, Noel J., *Histoire du droit islamique*, Presses universitaires de France, 1995, p. 58.

⁵² CHARLES, Raymond, *Le Droit musulman*, Presses universitaires de France, 1982, p. 14 CUNIBERTI, Gilles, *Grands systèmes de droit contemporains*, 3^e éd., LGDJ-Lextenso, 2015, paragr. 574 BLEUCHOT, Hervé, *Droit musulman*, Presses universitaires d'Aix-Marseille, 2002, paragr. 275.

⁵³ MILLIOT, Louis et BLANC, François-Paul, *Introduction à l'étude du droit musulman*, Dalloz, 2001, paragr. 144.

le raisonnement par analogie mais en font un usage plus modeste⁵⁴. Les hanbalites sont plus réticents et ne l'admettent qu'en dernier recours⁵⁵. Le *qiyas* a permis de multiplier considérablement les règles là où les textes sacrés étaient silencieux et l'*ijma* difficile. A titre d'illustration il convient de citer la licéité du contrat de location⁵⁶ ou la prohibition du *riba* sous toutes ses formes⁵⁷. Une règle déduite du raisonnement par analogie ne peut cependant servir à l'élaboration d'une autre. Selon un principe, analogie sur analogie ne vaut⁵⁸, réduisant quelque peu le pouvoir normatif du procédé⁵⁹.

17 La préférence juridique (*istihsan*). *Istihsan* signifie littéralement « juger approprié »⁶⁰ mais se traduit habituellement par préférence juridique⁶¹. Ce procédé consiste, pour des raisons pratiques, soit à écarter un résultat du raisonnement analogique au profit d'un autre moins évident, soit à déroger à un principe général⁶². Le choix préférentiel permet de déroger à la règle prohibant les contrats ayant pour objet une chose future⁶³. Cette prescription, qui prend appui sur l'interdiction du *gharar*, ne saurait être absolue en pratique. Les juristes tolèrent des exceptions à ce principe à condition que le bien fasse l'objet d'une description suffisante. L'*istishan* valide le contrat d'entreprise islamique, l'*istisna*, au motif qu'il est nécessaire, particulièrement pour les artisans⁶⁴.

18 Les intérêts non réglés (*masalih mursalah*). Les textes sacrés organisent la protection des intérêts indispensables aux croyants (*masalih mu'tabarrah*) que sont « la préservation de la religion, de la vie, de la raison, de progéniture et de la propriété »⁶⁵. Ils en excluent d'autres, estimant qu'ils ne doivent pas être pris en considération

⁵⁴ *Ibid.*, paragr. 143 COULSON, Noel J., *op. cit.*, p. 59 DE WAËL, Henri, *Le droit musulman*, CHEAM, 1989, p. 40 BLEUCHOT, Hervé, *op. cit.*, paragr. 276.

⁵⁵ DE WAËL, Henri, *op. cit.*, p. 40.

⁵⁶ ALDEEB ABU-SAHLIEH, Sami Awad, *Introduction à la société musulmane*, Eyrolles, 2005, p. 177.

⁵⁷ TOUALBI, Issam et BENTOUNÈS, Khaled, *Introduction historique au droit musulman*, Albouraq, 2013, p. 242.

⁵⁸ BLANC, François-Paul, *Le droit musulman*, Dalloz, 2007, p. 24 DE WAËL, Henri, *op. cit.*, p. 41.

⁵⁹ Certains auteurs tel Averroès se montrent cependant favorables à la déduction analogique fondée sur un autre *qiyas*. V. KHALLÂF, 'Abd Al-Wahhâb et TURKÎ, 'Abd al-Mağîd, *Les fondements du droit musulman*, Éd. Al Qalam, 1997, p. 89.

⁶⁰ TOUALBI, Issam et BENTOUNÈS, Khaled, *op. cit.*, p. 243.

⁶¹ ALDEEB ABU-SAHLIEH, Sami Awad, *Introduction à la société musulmane*, Eyrolles, 2005, p. 185 KHALLÂF, 'Abd Al-Wahhâb et TURKÎ, 'Abd al-Mağîd, *op. cit.*, p. 113 TOUALBI, Issam et BENTOUNÈS, Khaled, *op. cit.*, p. 243 GLENN, Patrick H., *Legal traditions of the world*, Oxford University Press, 2014, p. 212 COULSON, Noel J., *Histoire du droit islamique*, Presses universitaires de France, 1995, p. 59.

⁶² KHALLÂF, 'Abd Al-Wahhâb et TURKÎ, 'Abd al-Mağîd, *op. cit.*, p. 113 BLEUCHOT, Hervé, *Droit musulman*, Presses universitaires d'Aix-Marseille, 2002, paragr. 277 ALDEEB ABU-SAHLIEH, Sami Awad, *op. cit.*, p. 185 TOUALBI, Issam et BENTOUNÈS, Khaled, *op. cit.*, p. 243.

⁶³ ALDOHNI, Abdul Karim, *The legal and regulatory aspects of Islamic banking*, [s. n.], 2011, p. 50.

⁶⁴ TOUALBI, Issam et BENTOUNÈS, Khaled, *op. cit.*, p. 246 ALDEEB ABU-SAHLIEH, Sami Awad, *op. cit.*, p. 187 KHALLÂF, 'Abd Al-Wahhâb et TURKÎ, 'Abd al-Mağîd, *op. cit.*, p. 116.

⁶⁵ ALDEEB ABU-SAHLIEH, Sami Awad, *op. cit.*, p. 180.

(*masalih mulghat*)⁶⁶. D'autres intérêts ne sont pas expressément prévus par les quatre premières sources du droit, mais ne sont pas désapprouvés pour autant, ils sont dits non réglés (*masalih mursalah*)⁶⁷. Cette notion correspond à celle d'intérêt public dans les systèmes juridiques occidentaux⁶⁸.

19 La présomption de continuité (*istishab*). L'*istishab* est le concept selon lequel un état de fait continue à exister tant que le contraire n'est pas prouvé⁶⁹. Il sert aussi bien à l'établissement de la loi qu'en matière de procédure⁷⁰. A partir du concept de présomption de continuité, on déduit plusieurs principes du droit islamique parmi lesquels le principe de licéité⁷¹. Le Coran affirme « *C'est lui qui a créé pour vous tout ce qui est sur la terre* »⁷². Tout ce qui n'est pas interdit est permis puisqu'il serait contradictoire d'interdire à l'Homme ce que Dieu lui a mis à disposition. Par conséquent un contrat est présumé licite tant qu'aucun texte ne prévoit le contraire⁷³.

20 Fermeture des portes de l'*ijtihad*. Au Xe siècle de notre ère, les oulémas ont estimé que toutes les grandes questions de droit avaient été tranchées⁷⁴. Les disciples des écoles juridiques ne se reconnaissent plus le pouvoir de formuler des normes légales et s'estiment tenus par les interprétations de leurs illustres maîtres⁷⁵. A cela s'ajoute l'interdiction de fonder de nouvelles écoles⁷⁶. On parle de « fermeture de la porte de l'effort ». Certains juristes hanbalites, notamment saoudiens, rejettent le concept de fermeture de la porte de l'effort tandis que certains réformateurs plaident pour sa réouverture⁷⁷. Malgré les contestations, la théorie est admise au sein de la communauté sunnite⁷⁸.

⁶⁶ KHALLÂF, 'Abd Al-Wahhâb et TURKÎ, 'Abd al-Mağîd, *op. cit.*, p. 123 ALDEEB ABU-SAHLIEH, Sami Awad, *op. cit.*, p. 181.

⁶⁷ TOUALBI, Issam et BENTOUNÈS, Khaled, *op. cit.*, p. 248 ALDEEB ABU-SAHLIEH, Sami Awad, *op. cit.*, p. 181 KHALLÂF, 'Abd Al-Wahhâb et TURKÎ, 'Abd al-Mağîd, *op. cit.*, p. 119.

⁶⁸ SCHACHT, Joseph, *Introduction au droit musulman*, Maisonneuve et Larose, 1999, p. 57 ALDEEB ABU-SAHLIEH, Sami Awad, *op. cit.*, p. 181 KHALLÂF, 'Abd Al-Wahhâb et TURKÎ, 'Abd al-Mağîd, *op. cit.*, p. 119 TOUALBI, Issam et BENTOUNÈS, Khaled, *op. cit.*, p. 247.

⁶⁹ SOURDEL, Dominique et SOURDEL-THOMINE, Janine, *Vocabulaire de l'islam*, PUF, 2013, p. 58.

⁷⁰ BLEUCHOT, Hervé, *Droit musulman*, Presses universitaires d'Aix-Marseille, 2002, paragr. 280.

⁷¹ ALDEEB ABU-SAHLIEH, Sami Awad, *op. cit.*, p. 189.

⁷² Coran, sourate 2, verset 29.

⁷³ KHALLÂF, 'Abd Al-Wahhâb et TURKÎ, 'Abd al-Mağîd, *Les fondements du droit musulman*, Éd. Al Qalam, 1997, p. 131.

⁷⁴ CHARLES, Raymond, *Le Droit musulman*, Presses universitaires de France, 1982, p. 16.

⁷⁵ CUNIBERTI, Gilles, *Grands systèmes de droit contemporains*, 3^e éd., LGDJ-Lextenso, 2015, paragr. 576.

⁷⁶ BLANC, François-Paul, *Le droit musulman*, Dalloz, 2007, p. 30.

⁷⁷ CUNIBERTI, Gilles, *op. cit.*, paragr. 580.

⁷⁸ Notons que les chiïtes ne sont pas concernés par le renoncement à l'effort puisque la théorie est développée par les écoles sunnites.

21 Fixation du droit islamique et contrats. La fermeture des portes de l'*ijtihad* a pour conséquence d'entraîner le rejet des contrats innommés⁷⁹. Cet effet est illustré par le contrat d'assurance conventionnelle dont la condamnation tient davantage au fait qu'il ait été inconnu des premiers *fuqaha* que de l'atteinte à la prohibition du *gharar*⁸⁰. Ainsi le droit islamique connaît un système de contrats nommés avec pour particularité que les règles auxquelles ils obéissent ont été établies en des temps anciens puis ont été figées. L'étude de ces dernières met en exergue leur caractère désuet. Ainsi le contrat *salam*, consistant au paiement immédiat du prix de la chose en contrepartie de sa délivrance à terme, doit avant tout sa validité à la nécessité pour les agriculteurs de se procurer les fonds indispensables à leur production⁸¹. Les hadiths servant à la prohibition du *riba* évoquent quant à eux l'échange de dattes ou de blé⁸². La difficulté réside dès lors dans l'adaptation des contrats nommés islamiques aux contraintes de l'économie moderne. Pour y remédier, il est, à l'occasion, fait recours à des sources extérieures.

22 Sources extérieures. L'*urf*, littéralement « ce qui est connu »⁸³, s'entend des pratiques constantes propres à une région musulmane déterminée. L'admission de la règle coutumière trouverait son fondement dans l'injonction adressée au verset 199 de la septième sourate du Coran : « *Ordonne le bien* »⁸⁴. Or « bien », se traduit en arabe par *urf*. M. Sami ALDEEB suggère que le verset pourrait être traduit ainsi : « *commande selon la coutume ('urf)* »⁸⁵.

Le terme *hila*⁸⁶ désigne une astuce, une ruse ainsi que les expédients juridiques⁸⁷. La ruse privilégie la lettre de la règle plutôt que son esprit. Face à une interdiction posée par le droit islamique, les juristes ont parfois dû ruser pour contourner les règles de la Loi sans les enfreindre. Pratiqués notamment par les marchands, les stratagèmes sont une des sources du droit commercial⁸⁸. Au moyen des stratagèmes juridiques, les

⁷⁹ Ce rejet est accentué par la conception que se font les différentes écoles du contrat. Seule l'école hanbalite accorde une plus grande liberté aux parties, v. *infra* notre analyse de la théorie des clauses adjointes.

⁸⁰ Sur ce point, v. *infra* nos développements consacrés au rejet des contrats d'assurance conventionnelle.

⁸¹ EL-GAMAL, Mahmoud, *Finance islamique*, De Boeck, 2010, p. 114. ; AAOFI, Norme charaïque n°10, Annexe B.

⁸² « *Or contre or, argent contre argent, blé contre blé, orge contre orge, dattes contre dattes, sel contre sel, espèce contre espèce, pareil contre pareil, égale à égale et de la main à la main. Quiconque donne ou demande plus commet le riba, le preneur comme le donneur* », v. *Sahih Muslim*, hadith n°1584.

⁸³ COULSON, Noel J., *Histoire du droit islamique*, Presses universitaires de France, 1995, p. 138.

⁸⁴ TOUALBI, Issam et BENTOUNÈS, Khaled, *Introduction historique au droit musulman*, Albouraq, 2013, p. 256.

⁸⁵ ALDEEB ABU-SAHLIEH, Sami Awad, *Introduction à la société musulmane*, Eyrolles, 2005, p. 137.

⁸⁶ Le terme se rencontre fréquemment au pluriel : *hiyal*.

⁸⁷ TOUALBI, Issam et BENTOUNÈS, Khaled, *op. cit.*, p. 261.

⁸⁸ MOUCANNAS-MAZEN, Rita, *Islam-droit et relations économiques internationales*, Éd. l'Harmattan, 1996, p. 142.

marchands ont pu contourner les contraintes posées par l'ordre moral islamique, au point que le Pr Sélim JAHEL parle d'un « contre-droit » dont la finance islamique est l'émanation la plus aboutie⁸⁹. Les hanéfites adoptent l'attitude la plus favorable aux *hiyal* tandis que les hanbalites les rejettent⁹⁰.

Le droit islamique s'enrichit encore par l'apport des textes bibliques. Le Coran s'inscrit dans la continuité des révélations précédentes⁹¹ avec Mahomet pour ultime prophète⁹². Les juifs et les chrétiens sont soumis à leurs textes respectifs⁹³, mais les musulmans ne sont tenus que par les lois confirmées dans le Coran⁹⁴. Certaines d'entre elles sont mentionnées par le Livre sans soumettre explicitement le croyant à leur observation. Les savants sont divisés quant à la nécessité de les respecter, certains arguant qu'à défaut de mention expresse, la loi est considérée abrogée. Khallaf soutient que le Coran soumet implicitement le croyant à toute loi qu'il mentionne mais n'abroge pas⁹⁵.

L'absence de consensus quant aux sources du droit met en exergue l'hétérogénéité du droit islamique.

II] Le défi de l'hétérogénéité du droit islamique

23 Plan. Au sein des manuels consacrés à l'étude des grands systèmes de droit contemporains, le droit islamique est étudié comme un ensemble homogène⁹⁶. Si une telle classification s'avère justifiée pour l'enseignement global des différents systèmes juridiques, elle méconnaît l'hétérogénéité du droit islamique. Ainsi ce dernier constitue une famille de droits comme l'est le système civiliste. Il n'existe pas un mais des droits islamiques qui varient selon la géographie ou le courant de l'islam auquel adhère le juriste. Il en résulte une diversité d'écoles dont l'étude permet de saisir qu'il n'existe

⁸⁹ JAHEL, Sélim, *La place de la Chari'a dans les systèmes juridiques des pays arabes*, Éd. Panthéon-Assas, 2012, p. 352.

⁹⁰ SCHACHT, Joseph, *Introduction au droit musulman*, Maisonneuve et Larose, 1999, p. 72.

⁹¹ Coran, sourate 2, verset 136. ; sourate 2, verset 185 ; sourate 4, verset 150-152.

⁹² Coran, sourate 33, verset 40.

⁹³ Coran, sourate 5, verset 47 soumet expressément les chrétiens à l'Évangile.

⁹⁴ Coran, sourate 5, verset 48.

⁹⁵ KHALLÂF, 'Abd Al-Wahhâb et TURKÎ, 'Abd al-Mağîd, *Les fondements du droit musulman*, Éd. Al Qalam, 1997, p. 137.

⁹⁶ V. DAVID, René, JAUFFRET-SPINOSI, Camille, GORE, Camille, *Les grands systèmes de droit contemporains*, 12^e éd., Dalloz, 2016 ; CUNIBERTI, Gilles, *Grands systèmes de droit contemporains : introduction au droit comparé*, 4^e éd., LGDJ, 2019.

potentiellement pas une mais des finances islamiques tant les interprétations divergent (A)⁹⁷. L'hétérogénéité du droit islamique doit cependant être relativisée (B).

A) *La diversité des écoles juridiques*

24 Aux origines du schisme. Mahomet décédé sans avoir d'héritier mâle, la question de son successeur se pose au sein de la Umma. Une assemblée composée des compagnons du Prophète choisit l'un des leurs, Abu Bakr, pour assurer la fonction de calife. L'homme appartient à la même tribu que Mahomet en plus d'être son beau-père. Pour les croyants il est surtout l'un des premiers et plus fervents fidèles⁹⁸. A travers cet épisode, apparaissent les divisions au sein de la jeune communauté. La nomination d'Abu Bakr est contestée par ceux qui affirment que seuls les « gens de la Maison », à savoir la famille du Prophète, sont dignes de lui succéder. Ali, cousin et gendre de Mahomet, s'estime son seul héritier mais finit par accepter la nomination du premier calife⁹⁹. Avant de mourir Abu Bakr désigne Umar comme nouveau calife. Pour sa succession, ce dernier décide que le choix revient à une assemblée électorale, laquelle nomme Uthman. Le troisième calife de l'islam appartient à une tribu dont les membres ont été les plus farouches opposants à Mahomet. Aussi, leurs nominations à de hauts postes entraînent le mécontentement des compagnons et d'une partie de la communauté qui aboutit à l'assassinat d'Uthman¹⁰⁰.

25 Califat d'Ali et accentuation des divisions. Après avoir été écarté à trois reprises, Ali devient le quatrième calife. Les partisans d'Uthman, à l'instar de son cousin Mu'awiya, lui reprochent d'être impliqué dans le meurtre¹⁰¹. Le conflit conduit à la première *Fitna* et à la bataille de Siffin au cours de laquelle les soldats de Mu'awiya brandissent, par subterfuge, des feuillets du Coran au bout de leurs lances afin de soumettre le différend à l'arbitrage. Ali accepte cette issue diplomatique qui fâche néanmoins certains de ses partisans¹⁰². Ceux-ci « sortent » du camp légitimiste, d'où

⁹⁷ V. à cet égard, PRADIER, Pierre-Charles, « La finance islamique face à l'hétérogénéité de la loi », *Revue banque* 2013, n°759, p. 18-19.

Il ne faut toutefois pas en déduire qu'il existe un véritable principe de la liberté contractuelle en droit français, v. nos développements consacrés aux clauses adjointes.

⁹⁸ SFEIR, Antoine, *Brève histoire de l'islam à l'usage de tous*, Flammarion, 2015, p. 95.

⁹⁹ MERVIN, Sabrina, *Histoire de l'islam*, Flammarion, 2016, p. 122.

¹⁰⁰ *Ibid.*, p. 124-125.

¹⁰¹ SFEIR, Antoine, *op. cit.*, p. 70.

¹⁰² *Ibid.*, p. 71 MERVIN, Sabrina, *op. cit.*, p. 126.

leurs noms, les khârijites, et forment l'un de trois grands courants de l'Islam, bien qu'ils ne soient aujourd'hui qu'ultra minoritaires¹⁰³. L'arbitrage tourne à la défaveur d'Ali, trahi par l'un de ses représentants, et permet aux partisans de Mu'awiya de le proclamer calife¹⁰⁴. Ali est empoisonné par l'épée d'un khârijite qui lui reproche de n'avoir pas su défendre ce qui lui revenait de droit en tant que parent du Prophète¹⁰⁵. L'opposition entre sunnite et chiite devient pérenne à la suite du massacre de Kerbala¹⁰⁶.

La division de la communauté musulmane en trois courants affecte le droit. Chacun possède ses propres écoles juridiques, *madhâhib*, influencées par les penseurs des premiers siècles de l'Islam. Cette diversité est source d'une hétérogénéité du droit et partant de la finance islamique. Pour mieux la cerner il convient de présenter succinctement ces *madhâhib*. Par souci de clarté, seule les écoles juridiques sunnites, représentant 90% des croyants, sont évoquées.

26 L'école hanéfite. On attribue la fondation de l'école hanéfite à Abu Hanifah, juriste d'origine persane du VIII^e siècle basé dans la ville de Kufa en Irak. L'école est présentée comme la plus libérale¹⁰⁷ parmi les quatre courants de pensée du sunnisme, notamment parce qu'elle privilégie le raisonnement¹⁰⁸. Abu Hanifah reconnaît bien entendu le Coran et la Sunna comme sources de droit, mais il insiste sur l'avis des compagnons de Mahomet, le jugement personnel, le jugement préférentiel, apprécie le *qiyâs*, reconnaît le consensus et la coutume¹⁰⁹. La pensée d'Abu Hanifah est marquée par le rationalisme. Il montre une méfiance quant à l'authenticité de certains hadiths et base ses avis sur la logique¹¹⁰. On lui attribue l'origine des *hiyal*, les ruses juridiques qui privilégient la lettre plutôt que l'esprit¹¹¹. Abu Hanifah a laissé peu d'écrits contrairement à ses deux disciples Muhammad al-Chaybânî et Ya'qûb Abû Yûsuf.

¹⁰³ ALDEEB ABU-SAHLIEH, Sami Awad, *Introduction à la société musulmane*, Eyrolles, 2005, p. 38. L'école rattachée à la mouvance *kharikite*, l'école ibadite, n'influence pas la finance islamique.

¹⁰⁴ GUELLOUZ, Azzedine, *L'islam*, Fayard, 2004, p. 38 MERVIN, Sabrina, *op. cit.*, p. 215.

¹⁰⁵ MERVIN, Sabrina, *op. cit.*, p. 126-127.

¹⁰⁶ *Ibid.*, p. 151.

¹⁰⁷ SFEIR, Antoine, *Brève histoire de l'islam à l'usage de tous*, Flammarion, 2015, p. 58. L'école adopte cependant une position contraire en matière de liberté contractuelle, v. *infra* nos développements consacrés à la théorie des clauses adjacentes.

¹⁰⁸ GARDET, Louis et CHEBEL, Malek, *L'Islam*, Desclée de Brouwer, 2002, p. 189.

¹⁰⁹ ALDEEB ABU-SAHLIEH, Sami Awad, *Introduction à la société musulmane*, Eyrolles, 2005, p. 29 TOUALBI, Issam et BENTOUNÈS, Khaled, *Introduction historique au droit musulman*, Albouraq, 2013, p. 275 GARDET, Louis et CHEBEL, Malek, *op. cit.*, p. 190.

¹¹⁰ TOUALBI, Issam et BENTOUNÈS, Khaled, *op. cit.*, p. 276 ALDEEB ABU-SAHLIEH, Sami Awad, *op. cit.*, p. 29.

¹¹¹ GARDET, Louis et CHEBEL, Malek, *op. cit.*, p. 190 TOUALBI, Issam et BENTOUNÈS, Khaled, *op. cit.*, p. 276.

L'école hanéfite se distingue des autres écoles sunnites en ce que ses disciples s'octroient le droit de remettre en question les avis de leurs maîtres, y compris ceux d'Abu Hanifah¹¹². La pensée des hanéfites s'est quelque peu figée au fil des siècles en restreignant le jugement préférentiel à celui des premiers penseurs¹¹³.

Le courant hanéfite est influent dans les pays non arabophones. A ce titre, il était le rite officiel de l'Empire Ottoman¹¹⁴. On le retrouve naturellement en Turquie mais encore dans les Balkans, en Syrie, au Liban, en Irak, en Jordanie, dans les pays d'Asie centrale, en Chine et en Inde¹¹⁵. L'école hanéfite représenterait entre 30 à 50% des musulmans, ce qui en fait le courant le plus suivi¹¹⁶.

27 L'école malékite. L'école malékite doit son nom à Malik Ibn-Anas, un éminent jurisconsulte d'origine yéménite dont le savoir lui permettait de prêcher dans la Mosquée du Prophète à Médine. Malik s'est distingué en n'hésitant pas à affirmer qu'il ne pouvait émettre d'avis sur une question donnée et en refusant de s'exprimer sur celles qui n'étaient qu'hypothétiques. Il déniait remettre en question les avis des juges, considérant que les solutions précédemment établies devaient conserver leur prestige¹¹⁷.

Pour établir la règle de droit, Malik privilégie le Coran, la Sunna, la pratique des gens de Médine et les avis des compagnes de Mahomet. Ce n'est qu'accessoirement qu'il admet le recours à l'intérêt public et à l'analogie¹¹⁸. Les malékites se caractérisent par le respect à la lettre des avis de leur maître qu'ils n'osent critiquer¹¹⁹.

L'école malékite domine en Afrique du Nord ainsi qu'en Afrique Noire et exerce une influence secondaire en Egypte, au Soudan, au Bahreïn, au Koweït, au Qatar, aux Emirats arabes unis et en Arabie Saoudite¹²⁰. Environ vingt pour cent des musulmans se réfèreraient à l'école malékite¹²¹.

¹¹² TOUALBI, Issam et BENTOUNÈS, Khaled, *op. cit.*, p. 278.

¹¹³ GARDET, Louis et CHEBEL, Malek, *op. cit.*, p. 190.

¹¹⁴ MERVIN, Sabrina, *Histoire de l'islam*, Flammarion, 2016, p. 86 SFEIR, Antoine, *Brève histoire de l'islam à l'usage de tous*, Flammarion, 2015, p. 58.

¹¹⁵ SFEIR, Antoine, *op. cit.*, p. 58 ALDEEB ABU-SAHLIEH, Sami Awad, *Introduction à la société musulmane*, Eyrolles, 2005, p. 30 MERVIN, Sabrina, *op. cit.*, p. 86.

¹¹⁶ ALDEEB ABU-SAHLIEH, Sami Awad, *op. cit.*, p. 30 TOUALBI, Issam et BENTOUNÈS, Khaled, *Introduction historique au droit musulman*, Albouraq, 2013, p. 273.

¹¹⁷ ALDEEB ABU-SAHLIEH, Sami Awad, *op. cit.*, p. 30.

¹¹⁸ TOUALBI, Issam et BENTOUNÈS, Khaled, *op. cit.*, p. 280.

¹¹⁹ *Ibid.*, p. 282.

¹²⁰ ALDEEB ABU-SAHLIEH, Sami Awad, *op. cit.*, p. 31.

¹²¹ TOUALBI, Issam et BENTOUNÈS, Khaled, *op. cit.*, p. 278.

28 L'école shaféite. Le fondateur de l'école shaféite est Muhammad Idris Al-Shafi'i, membre de la tribu de Quraysh à laquelle appartient Mahomet¹²². Outre qu'il a été un disciple de Malik Ibn Anas, on le désigne comme le théoricien des *usûl al-fiqh*, les sources du droit islamique¹²³.

Al-Shafi'i attribue au Coran le caractère de norme suprême qui contiendrait implicitement l'ensemble des lois. Il place au même plan les hadiths, y compris ceux qui ne sont rapportés que par un seul témoin, ce qui le distingue d'Abu Hanifah¹²⁴. Dans la doctrine d'Al-Shafi'i, le Prophète est législateur et sa parole crée la règle de droit¹²⁵. La troisième source du droit est l'*ijmâ*, non celle restreinte aux seuls savants mais celle de l'ensemble de la communauté musulmane¹²⁶. Par la suite, l'école shaféite est revenue à l'*ijmâ* des savants¹²⁷. Le raisonnement par analogie, le *qiyas*, est l'ultime source du droit pour Al-Shafi'i qui rejette l'opinion personnelle, *ra'y*, ainsi que la préférence juridique, *istihsan*¹²⁸. Cette exclusion trouve sa justification dans la volonté d'harmonisation du droit que poursuit le jurisconsulte. La doctrine d'Al-Shafi'i réalise un compromis entre le courant malikite traditionaliste et le courant hanéfite rationaliste. L'importance qu'il reconnaît aux hadiths le situe toutefois plus près de l'école malékite, ce qui pourrait s'expliquer par l'enseignement qu'il a reçu de Malik. L'école shaféite influence les musulmans d'Asie du Sud-Est en Indonésie, en Malaisie, aux Maldives, au Bangladesh et en Inde. Elle compte aussi des adeptes en Asie centrale, en Egypte, en Irak, au Liban, en Jordanie, en Syrie, au Yémen et en Somalie¹²⁹.

29 L'école hanbalite. La dernière des quatre écoles juridiques sunnites est l'école hanbalite, du nom du grand traditionniste Ahmad Ibn Hanbal. Ce courant, plus rigoriste que les autres, s'oppose aux rationalistes de l'école hanéfite¹³⁰.

Ibn Hanbal considérait que les opinions des juristes sont propres à leurs époques. Aussi, n'a-t-il consacré aucun ouvrage à la théorie du droit, laissant indirectement à ses

¹²² GARDET, Louis et CHEBEL, Malek, *L'Islam*, Desclée de Brouwer, 2002, p. 191.

¹²³ HAFIZ, Chems-eddine et DEVERS, Gilles, *Droit et religion musulmane*, Dalloz, 2005, p. 67 ALDEEB ABU-SAHLIEH, Sami Awad, *op. cit.*, p. 31 TOUALBI, Issam et BENTOUNÈS, Khaled, *op. cit.*, p. 282-283.

¹²⁴ TOUALBI, Issam et BENTOUNÈS, Khaled, *op. cit.*, p. 284.

¹²⁵ COULSON, Noel J., *Histoire du droit islamique*, Presses universitaires de France, 1995, p. 55.

¹²⁶ GARDET, Louis et CHEBEL, Malek, *L'Islam*, Desclée de Brouwer, 2002, p. 192 COULSON, Noel J., *op. cit.*, p. 58.

¹²⁷ GARDET, Louis et CHEBEL, Malek, *op. cit.*, p. 192.

¹²⁸ TOUALBI, Issam et BENTOUNÈS, Khaled, *Introduction historique au droit musulman*, Albouraq, 2013, p. 284 COULSON, Noel J., *op. cit.*, p. 59.

¹²⁹ HAFIZ, Chems-eddine et DEVERS, Gilles, *Droit et religion musulmane*, Dalloz, 2005, p. 67 TOUALBI, Issam et BENTOUNÈS, Khaled, *op. cit.*, p. 282 SFEIR, Antoine, *Brève histoire de l'islam à l'usage de tous*, Flammarion, 2015, p. 59 ALDEEB ABU-SAHLIEH, Sami Awad, *Introduction à la société musulmane*, Eyrolles, 2005, p. 32.

¹³⁰ SFEIR, Antoine, *op. cit.*, p. 59.

disciples la tâche de nous rapporter sa pensée¹³¹. Traditionniste, Ibn Hanbal est l'auteur d'*Al-Musnad*, un recueil conséquent de traditions comportant plus de 28 000 récits. Disciple d'Al-Shafi'i¹³², il accorde, comme son maître, une importance majeure aux hadiths en leur conférant une valeur législative similaire à celle du Coran¹³³. A défaut de solutions dans ces deux sources, Ibn Hanbal recourt au consensus des premiers compagnons¹³⁴. L'analogie est perçue avec méfiance par le maître, qui préfère se référer à un hadith faible plutôt que d'y recourir. Face aux lacunes qu'engendre nécessairement une position aussi stricte, les hanbalites admettent le raisonnement analogique en dernier lieu¹³⁵. L'islamologue Louis Gardet précise qu'Ibn Hanbal rejette la préférence juridique et l'opinion personnelle¹³⁶. Le professeur Sami Aldeeb reconnaît, au contraire, que le fondateur admet la préférence juridique et même les intérêts non réglés ainsi que la présomption de continuité. Les stratagèmes juridiques, *hiyal*, théorisés par les hanéfites sont à exclure des sources du droit, tant les hanbalites privilégient l'esprit plutôt que la lettre¹³⁷.

Le courant hanbalite a connu un succès moindre que les autres écoles. Cette affirmation tend à être démentie tant l'école connaît une influence *crescendo* depuis que l'Arabie Saoudite a reconnu le wahhabisme, issu du hanbalisme, comme doctrine officielle du royaume¹³⁸. L'école hanbalite aurait pu disparaître sans l'œuvre du traditionniste du XIVe siècle Ibn Taymiyya. Ses travaux ont par la suite influencé Muhammad Ibn Abd al-Wahhab, fondateur éponyme de la doctrine, ainsi que le mouvement réformiste des *salafiyya*, les salafistes¹³⁹. Bien que son aire d'influence est restreinte à la péninsule arabique et ne représenterait que 9% des musulmans¹⁴⁰, négliger l'importance du courant hanbalite dans la finance islamique serait une erreur. D'abord parce que le poids financier des Etats arabes du Golfe est considérable, ensuite parce que l'Arabie Saoudite s'emploie à diffuser la doctrine wahhabite qui tend à supplanter les écoles traditionnelles.

¹³¹ ALDEEB ABU-SAHLIEH, Sami Awad, *op. cit.*, p. 32.

¹³² HAFIZ, Chems-eddine et DEVERS, Gilles, *op. cit.*, p. 67 TOUALBI, Issam et BENTOUNÈS, Khaled, *op. cit.*, p. 285.

¹³³ TOUALBI, Issam et BENTOUNÈS, Khaled, *op. cit.*, p. 287-288.

¹³⁴ GARDET, Louis et CHEBEL, Malek, *L'Islam*, Desclée de Brouwer, 2002, p. 193 ALDEEB ABU-SAHLIEH, Sami Awad, *Religion et droit dans les pays arabes*, Presses universitaires de Bordeaux, 2008, p. 32.

¹³⁵ TOUALBI, Issam et BENTOUNÈS, Khaled, *op. cit.*, p. 288-289 ALDEEB ABU-SAHLIEH, Sami Awad, *op. cit.*, p. 32.

¹³⁶ GARDET, Louis et CHEBEL, Malek, *op. cit.*, p. 193.

¹³⁷ *Ibid.*, p. 194.

¹³⁸ BLANC, François-Paul, *Le droit musulman*, Dalloz, 2007, p. 4 GARDET, Louis et CHEBEL, Malek, *op. cit.*, p. 194 ALDEEB ABU-SAHLIEH, Sami Awad, *Introduction à la société musulmane*, Eyrolles, 2005, p. 33.

¹³⁹ GARDET, Louis et CHEBEL, Malek, *op. cit.*, p. 194.

¹⁴⁰ TOUALBI, Issam et BENTOUNÈS, Khaled, *Introduction historique au droit musulman*, Albouraq, 2013, p. 286.

L'existence de ces différentes écoles se présente, *a priori*, comme un obstacle à la réception de la finance islamique en droit français tant les règles peuvent varier. Il convient néanmoins de nuancer cette affirmation.

B) Une diversité à relativiser

30 Plan. La diversité des règles régissant la finance islamique doit être relativisée à deux égards. D'abord parce que les divergences au sein des écoles sont limitées (1), ensuite parce que des organisations internationales ont entrepris une œuvre d'harmonisation de ces règles depuis quelques années (2).

1) Des divergences limitées

31 Divergences relatives entre sunnites et chiites. Le schisme, s'il apparaît comme un événement majeur de l'histoire islamique, n'entraîne pas une diversité telle qu'il est impensable de théoriser une finance islamique. Rappelons que le Coran est unique et constitue, à de rares exceptions près, la source première du droit. Dès lors, certaines règles sont communes aux sunnites et aux chiites. Dans son traité intitulé *Al-Instisâr*, Muhammad Al-Murtadâ constate que, sur 334 points de droit, 82, soit environ un quart, sont partagés par les deux courants¹⁴¹. Les juristes chiites s'inspirent par ailleurs des écrits sunnites, qu'ils reprennent à leur compte, dans l'élaboration du droit¹⁴². La réciproque n'est pas vraie, les sunnites écartent la doctrine juridique chiite parce que considérée comme hérétique.

32 Divergences relatives entre les *madhâhib* sunnites. Enfin, et il s'agit là du point le plus important, les sunnites représentent environ 90% des musulmans¹⁴³, ce qui limite véritablement le conflit aux seules écoles de ce courant. Or, si on ne peut nier des divergences au sein des quatre *madhahib*, on constate que toutes s'accordent sur quatre sources du droit que sont le Coran, la Sunna, le consensus et le raisonnement par analogie ; bien que leur importance varie d'une école à l'autre.

¹⁴¹ *Ibid.*, p. 311.

¹⁴² COULSON, Noel J., *Histoire du droit islamique*, Presses universitaires de France, 1995, p. 102 TOUALBI, Issam et BENTOUNÈS, Khaled, *op. cit.*, p. 213.

¹⁴³ SFEIR, Antoine, *Brève histoire de l'islam à l'usage de tous*, Flammarion, 2015, p. 72.

A la suite de sa démonstration, l'islamologue Joseph SCHACHT avance que les écoles juridiques primitives partageaient un socle commun de règles qui se sont par la suite diversifiées¹⁴⁴. L'existence d'une doctrine commune a affecté les écoles juridiques au point que l'on peut parler d'un consensus réel sur les questions fondamentales et d'un dissensus limité à celles secondaires¹⁴⁵.

33 Influence de la pratique sur le droit commercial. La divergence entre écoles peut encore être nuancée par la nature même du droit commercial islamique, plus influencé par la pratique que par la charia¹⁴⁶. Ainsi l'un des contrats phare de la finance islamique, la *murabaha*, doit ses origines à la pratique et sa légitimation aux *hyial* pourtant rejetées par les hanbalites. L'esprit du droit islamique aurait dû conduire à rejeter ce contrat éloigné de l'idéal islamique parce que comparable au prêt à intérêt. Les impératifs commerciaux ont néanmoins amené les juristes à l'admettre en l'analysant en une double vente¹⁴⁷. L'influence de la pratique sur le droit commercial islamique tend à une harmonisation des règles qui ne suffit cependant pas à ignorer les divergences entre juristes.

L'hétérogénéité du droit islamique, si elle n'empêche pas la théorisation de la finance, conduit à une pluralité de pratiques qui peuvent être un frein à l'introduction en droit français. L'ambition affichée d'une finance islamique concurrençant les pratiques conventionnelles ne saurait s'accommoder d'une telle diversité. Aussi faut-il saluer la création d'organismes chargés de l'harmonisation des normes.

2) *L'harmonisation des règles de la finance islamique*

34 Volonté d'harmoniser le droit islamique. L'unification du droit islamique est un projet ancien dont les origines remontent au VIII^e siècle avec le calife Al-Mansur¹⁴⁸. Restée un vœu pieu jusqu'à nos jours, les Etats musulmans multiplient les rapprochements en ce sens, notamment dans le cadre de l'Organisation de la coopération islamique (OCI). L'Académie Internationale du Fiqh Islamique basée à

¹⁴⁴ SCHACHT, Joseph, *The origins of Muhammadan jurisprudence*, Clarendon Press, 1950, p. 214-222.

¹⁴⁵ COULSON, Noel J., *op. cit.*, p. 94 ALDEEB ABU-SAHLIEH, Sami Awad, *Introduction à la société musulmane*, Eyrolles, 2005, p. 40 LARAMÉE Jean-Paul (dir.), *La finance islamique à la française*, Secure finance :, 2008, p. 208-209.

¹⁴⁶ SCHACHT, Joseph, *Esquisse d'une histoire du droit musulman*, Libr. orientale et américaine Max Besson, 1953, p. 73-76.

¹⁴⁷ Sur la *murabaha*, v. nos développements consacrés à ce contrat.

¹⁴⁸ ALDEEB ABU-SAHLIEH, Sami Awad, *op. cit.*, p. 42.

Jeddah, sous l'égide de l'OCI, élabore des normes auxquelles peuvent se référer les musulmans sunnites et, à l'occasion, les institutions financières. En Europe, il convient de citer le Conseil Européen de la fatwa et de la recherche fondé en 1997 à l'initiative de l'Union des organisations islamiques d'Europe. Les affaires s'avèrent être un domaine privilégié de la coopération eu égard au nombre d'organisations qui leurs sont dédiées. Trois d'entre elles intéressent particulièrement le domaine de la finance islamique : l'Islamic Financial Services Board (IFSB), L'International Islamic Financial Market (IIFM) et l'Accounting and Auditing Organization for Islamic Financial Institutions (AAOIFI).

35 Islamic Financial Services Board. L'IFSB, basée à Kuala Lumpur, a été fondée en 2002 avec le soutien de la Banque Islamique de Développement (BID), l'AAOIFI et le Fonds Monétaire International¹⁴⁹. La présence de cette dernière organisation démontre l'intérêt que peut susciter le développement de l'économie islamique. L'IFSB se présente comme une institution chargée de l'élaboration de standards utiles aux agences de réglementation et de surveillance des institutions financières islamiques. Au 1^{er} juillet 2022, l'IFSB a publié 36 normes sous le titre *Standards, Principes généraux et notes techniques*. Elles portent sur des domaines comme la gestion des risques, la suffisance de capital, la gouvernance d'entreprise ou encore la transparence et la discipline des marchés financiers¹⁵⁰.

36 International Islamic Financial Market. L'IIFM créée en 2002 par la BID en association avec plusieurs banques centrales, se présente comme une organisation notamment dédiée à l'homogénéisation de la charia. Elle publie des normes consacrées aux contrats et, plus généralement, aux marchés financiers islamiques afin d'harmoniser les pratiques. Avec l'IFSB, l'IIFM contribue au développement et à l'harmonisation des normes¹⁵¹.

37 Accounting and Auditing Organization for Islamic Financial Institutions. Plus encore que les organisations citées précédemment, l'AAOIFI est incontournable dans l'homogénéisation des pratiques financières islamiques. La BID, ainsi que d'autres

¹⁴⁹ VISSER, Hans, *Islamic finance*, Edward Elgar, 2009, p. 78.

¹⁵⁰ Disponible sur : <<http://www.ifsb.org/background.php>> (consulté le 27 septembre 2022).

¹⁵¹ VISSER, Hans, *op. cit.*, p. 132.

organismes, sont à l'origine de sa création à Alger en 1990 avant qu'elle ne soit relocalisée à Bahreïn en 1991. Sa raison d'être est, selon ses termes, de développer et de publier des standards relatifs à la charia, à la comptabilité, à l'audit, à l'éthique ainsi qu'à la gouvernance¹⁵². Elle dispose pour ce faire de trois comités techniques parmi lesquels un est spécifiquement consacré au droit islamique.

A ce jour, l'AAOIFI a publié 100 normes dont une partie en langue française, bien que cette traduction soit parfois imparfaite¹⁵³. Ce travail, considérable, établi par l'organisation justifie l'intérêt qui sera porté aux standards de l'AAOIFI. Ainsi, plutôt que d'envisager les avis propres à chaque école, ce qui nuirait à la clarté de l'étude, il sera fait référence aux normes de l'AAOIFI. Ce n'est qu'à défaut de solution, ou en cas de divergence majeure, sur un point de droit que sera précisée la position d'une école. L'usage des normes de l'AAOIFI se justifie d'autant plus que l'organisation compte, parmi ses membres, des représentants de plus de 45 pays au nombre desquels des banques centrales ou des institutions financières.

38 Emergence d'une *lex mercatoria* islamique ? L'influence croissante des normes amène Mme Amel MAKHLOUF à écrire que « *la construction progressive d'un droit de la finance islamique aboutit à une sorte de Lex Mercatoria des contrats de financement islamique* »¹⁵⁴. La *lex mercatoria*, ou droit des marchands, s'entend d'un ensemble de règles, non étatiques, issues de la pratique et des usages du commerce international. Il est, à notre avis, prématuré de parler de *lex mercatoria* de la finance islamique. D'abord parce que les travaux des différentes organisations ne suffisent pas à élaborer un ensemble de normes qui demeure restreint. Ensuite parce que l'usage de ces dernières, bien qu'il tende à s'imposer, reste marginal au regard des autres opérations financières.

L'œuvre d'homogénéisation du droit islamique, si elle doit se poursuivre, est à saluer dans la perspective de la réception des contrats financiers en droit français. Un autre obstacle doit être écarté, celui du principe de laïcité.

¹⁵² Disponible sur : < <http://aaoifi.com/objectives/?lang=en> > (consulté le 27 septembre 2022).

¹⁵³ V. aussi la traduction partielle des normes de l'AAOIFI réalisée à l'initiative de Paris Europlace : PARIS EUROPLACE (dir.), *Finance islamique*, ESKA, 2013.

¹⁵⁴ MAKHLOUF, Amel, *L'émergence d'un droit international de la finance islamique*, IRJS éditions, 2015, p. 155.

III] Finance islamique et principe de laïcité.

39 Prémices du principe de laïcité en droit français. L'article 1er de la Constitution de 1958 dispose : « *la France est une République indivisible, laïque, démocratique et sociale* ». Il est la reprise identique de l'article de la précédente Constitution de 1948. La finance islamique ne saurait être détachée de son caractère éminemment religieux. Aussi sa réception pourrait-elle être contraire à l'esprit même de la Constitution. Répondre à cette question suppose de s'interroger sur la notion de laïcité telle que la conçoit le droit français. Etape préalable à la compréhension, la recherche d'une définition dans le texte suprême serait vaine, le constituant n'apportant aucune précision. Plutôt que la Constitution, la loi du 9 décembre 1905 concernant la séparation des Eglises et de l'Etat est le texte de référence en matière de laïcité. On pourrait toutefois dater les prémices de la laïcité à la française à l'émancipation progressive des rois de France de l'influence de l'Eglise par l'affirmation du gallicanisme. Plus encore, une première séparation des Eglises et de l'Etat avait été proclamée par les révolutionnaires au travers du décret du 18 septembre 1794 abrogé par la mise en place du régime concordataire par Napoléon en 1801¹⁵⁵. Avec l'instauration de la IIIe République marquée par l'anticléricalisme, le divorce entre le spirituel et l'Etat est définitivement entériné par la loi de 1905.

40 Consécration par la loi de 1905. Le principe de laïcité émane de la loi de séparation des Eglises et de l'Etat, mais n'est expressément mentionné à aucun moment dans le texte. Il découle du titre Ier de la loi intitulé « *Principes* ». L'article 1^{er} dispose : « *La République assure la liberté de conscience. Elle garantit le libre exercice des cultes sous les seules restrictions édictées ci-après dans l'intérêt de l'ordre public* ». L'article 2 énonce : « *La République ne reconnaît, ne salarie ni ne subventionne aucun culte [...]* ». A défaut de définition de la notion de laïcité, on déduit de ces deux articles la neutralité de l'Etat vis-à-vis de la religion. Aristide Briand, personnage clé dans l'élaboration de la loi, disait à ce sujet : « *l'Etat n'est pas antireligieux, il est areligieux* »¹⁵⁶. Cette conception se traduit par la nécessaire neutralité du service public et impose à ses agents de ne pas manifester leurs convictions religieuses sans pour

¹⁵⁵ LUCHAIRE François, CONAC Gérard, PRÉTOT Xavier *et al.* (dir.), *La Constitution de la République française*, Economica, 2008, p. 140.

¹⁵⁶ Cité par PIASTRA, Raphaël, « De la loi de 1905 », *D.* 2005, p. 1876.

autant les nier¹⁵⁷. Au nom de cette neutralité, l'Etat ne s'immisce pas dans les affaires spirituelles. Autres conséquences de la loi de 1905, l'Etat respecte la liberté de conscience et le libre exercice des cultes, mais ne les reconnaît toutefois pas ni ne les subventionne. Ces libertés sont placées sur un pied d'égalité et l'Etat s'assure que leur exercice n'est pas entravé si ce n'est au nom de l'ordre public. Guy CARCASSONNE disait à propos de la conception républicaine de la laïcité : « *au nom de la séparation entre les Eglises et l'Etat, celui-ci les respecte toutes, leur vient en aide au besoin, mais sans en privilégier aucune* »¹⁵⁸.

41 Prise en considération du fait religieux. L'Etat se désintéresse des cultes mais ne méconnaît pas pour autant le fait religieux. Significative est à cet égard l'adoption de la loi n°2004-228 du 15 mars 2004 interdisant le port de signes ou de tenues manifestant une appartenance religieuse au sein des établissements d'enseignement publics. En témoigne encore la loi n°2010-1192 du 11 octobre 2010 interdisant la dissimulation du visage dans l'espace public qui trouve son origine dans la volonté du législateur de dénoncer l'usage, contraint ou volontaire, du voile intégral. Les lois récentes démontrent une tendance à retenir une conception stricte du principe de laïcité où l'Etat n'hésite plus à intervenir en restreignant l'exercice du culte au nom de la protection de l'ordre public. Il est vrai que certaines manifestations de la foi s'accompagnent de revendications politiques, or la vocation de la loi de 1905 est d'empêcher toute intrusion du spirituel dans le pouvoir temporel.

42 Absence de définition juridique du principe de laïcité. Ni la Constitution, ni la loi de 1905 n'apportent une définition de la notion. Il s'agit, comme le note le Pr Thierry RAMBAUD dans sa thèse, de la réception en droit d'un concept philosophique¹⁵⁹. Le sociologue Emile POULAT remarque que le substantif laïcité est absent de toutes les grandes « lois laïques ». En 1911 il était encore perçu comme un néologisme et ignoré du *Répertoire du droit administratif* de Léon BEQUET de 1902. Emile POULAT considère que, comme religion et secte, le mot laïcité est intraduisible en dehors des langues latines. Même au sein de cette famille, laïcité a la même

¹⁵⁷ MESSNER Francis, PRÉLOT Pierre-Henri, WOEHLING Jean-Marie *et al.* (dir.), *Traité de droit français des religions*, Litec, 2003, paragr. 929.

¹⁵⁸ CARCASSONNE, Guy et GUILLAUME, Marc, *La Constitution*, Éditions Points, 2016, paragr. 9.

¹⁵⁹ RAMBAUD, Thierry, *Le principe de séparation des cultes et de l'Etat en droit comparé*, LGDJ, 2004, p. 81.

consonance mais pas la même résonance que *laicità* en Italien¹⁶⁰. Convient-il alors d'interpréter le concept de laïcité à l'aune de la loi de séparation des Eglises et l'Etat ? A défaut de précision apportée par la Constitution ou par un texte législatif, une réponse affirmative s'impose. A cet égard, il faut rejoindre la pensée du Pr Thierry RAMBAUD pour qui « *seuls les principes fondamentaux posés par les premiers articles de la loi permettent de saisir, sur le plan institutionnel, le sens du principe de laïcité* »¹⁶¹. Le Conseil d'Etat, quant à lui, perçoit la loi de 1905 comme la « *clé de voûte* » de la laïcité¹⁶².

43 Précision du principe par le Conseil constitutionnel. Saisis de la conformité de la Constitution de 1958 au traité établissant une Constitution pour l'Europe, les sages de la Rue Montpensier précisent la conception de la laïcité au travers d'une décision rendue le 19 novembre 2004. Ils énoncent que les dispositions de l'article 1^{er} de la Constitution « *interdisent à quiconque de se prévaloir de ses croyances religieuses pour s'affranchir des règles communes régissant les relations entre collectivités publiques et particuliers* »¹⁶³. A l'occasion d'une question prioritaire de constitutionnalité, le Conseil constitutionnel valide le 21 février 2013 le régime dérogatoire des cultes en Alsace-Moselle, plus particulièrement le financement public de ceux-ci¹⁶⁴. Sans remettre en cause le principe de laïcité, le Conseil constitutionnel n'en fait pas un principe absolu en admettant des exceptions pour des raisons historiques. La décision, outre qu'elle admet des dérogations à la laïcité, constitutionnalise les principes posés par la loi de 1905. Le quatrième considérant fait une référence directe à l'article 2 de cette loi. Le cinquième considérant énonce: « *le principe de laïcité figure au nombre des droits et libertés que la Constitution garantit ; qu'il en résulte la neutralité de l'État ; qu'il en résulte également que la République ne reconnaît aucun culte ; que le principe de laïcité impose notamment le respect de toutes les croyances, l'égalité de tous les citoyens devant la loi sans distinction de religion et que la République garantisse le libre exercice des cultes ; qu'il implique que celle-ci ne salarie aucun culte* ». A travers sa décision, le Conseil constitutionnel consacre la loi de séparation des Eglises et de l'Etat comme source matérielle du

¹⁶⁰ POULAT, Émile et GELBARD, Maurice, *Scruter la loi de 1905*, Fayard, 2010, p. 250-251.

¹⁶¹ RAMBAUD, Thierry, *op. cit.*, p. 96.

¹⁶² CONSEIL D'ÉTAT, *Un siècle de laïcité*, La Documentation française, 2004, p. 246.

¹⁶³ Cons. const., 19 novembre 2004, n°2004-505 DC, consid. 18,

¹⁶⁴ Cons. const., 21 février 2013, n°2012-297 QPC, AJDA 2013.1108, note Forey.

principe constitutionnel de laïcité auquel il apporte une définition. Frédérique de LA MORENA regrette pourtant une consécration partielle des principes de la loi de 1905 qui ne permet pas de dégager le sens du principe constitutionnel de laïcité¹⁶⁵.

44 Intervention du législateur en vue d'adapter le droit français à la finance islamique. Le commentaire qui accompagne la décision laisse à penser que le Conseil constitutionnel retient une conception souple du principe de laïcité¹⁶⁶. Pour autant, toute norme juridique qui contiendrait un référent religieux contreviendrait nécessairement au principe de laïcité et serait en conséquence censurée. Une autre solution consisterait à recourir à un référent générique, c'est-à-dire « à intégrer dans une norme étatique à valeur contraignante la référence au qualificatif de « religieux » sans indication précise d'une religion donnée »¹⁶⁷. Bien que cette solution satisfasse au principe de laïcité, elle présente certaines limites illustrées notamment par la tentative avortée de réforme de la fiducie. En 2009 le législateur avait été tenté de réformer la fiducie pour qu'elle soit en adéquation avec les exigences islamiques. Le but poursuivi était de modifier la conception française de la fiducie pour permettre à son bénéficiaire de disposer d'un droit réel sur les biens figurant dans le patrimoine fiduciaire. Pour cela un article 16 avait été inséré dans la loi « *tendant à favoriser l'accès au crédit des petites et moyennes entreprises et à améliorer le fonctionnement des marchés financiers* ». Un groupe de parlementaires avait jugé opportun que les Sages se prononcent sur la constitutionnalité du texte. Dans sa décision en date du 19 octobre 2009 le Conseil constitutionnel a censuré l'article 16 réformant la fiducie au motif qu'il s'agissait d'un cavalier législatif¹⁶⁸. La doctrine avait alors salué une décision salvatrice tant l'article aurait, selon elle, mis en péril les fondements du droit civil¹⁶⁹.

¹⁶⁵ MORENA (De la), Frédérique, « Laïcité de la République et droit local, une construction constitutionnelle fragile : À propos de la décision n° 2012-297 QPC du 21 février 2013 », *Droit Administratif* 2013, étude 14.

¹⁶⁶ Commentaire de la décision n°202-297 QPC du 21 février 2013 [En ligne], disponible sur <<http://www.conseil-constitutionnel.fr/conseil-constitutionnel/francais/les-decisions/acces-par-date/decisions-depuis-1959/2013/2012-297-qpc/commentaire.136089.html>> (Consulté le 27 septembre 2022)

¹⁶⁷ RIASSETTO, Isabelle, HEUSCHLING, Luc, « La place des sources autonomes : Fürstenrecht, Codes de bonne conduite et normes religieuses en matière financière » in *Quo Vadis droit luxembourgeois : réflexions sur l'évolution des sources techniques et normatives*, Promoculture-Larcier, 2013.

¹⁶⁸ Cons. Const., 14 octobre 2009, n°2009-589, D. 2009, obs. A. Lienhard.

¹⁶⁹ 319AYNÈS, Laurent, CROCQ, Pierre, « La fiducie préservée des audaces du législateur », D. 2009, n° 38, p.2559-560. ; BERTRAND de BALANDA, Jacques, BOURABIAT, Foued, « Fiducie et finance islamique », Dr. et patri., n°192, mai 2010, p. 84-93. ; CHARLIN, Jacques, « Fiducie, sukuk et autre murabaha ou ijara : À propos de la finance islamique », JCP E 2009, n°41, octobre 2009, p.14-18., spéc. p. 86 ; BOUTEILLE, Magali, « La propriété du fiduciaire : une modalité externe de la propriété », RLDC, n°74, p. 63-69, spéc. p.89 ; LUCAS, François-Xavier, « La fiducie au pays de l'or noir », BMIS, n° 10, 2009, p. 825. ; MALLETT-BRICOUT, Blandine, « Le fiduciaire propriétaire ? », JCP E 2010, n°8, février 2010, p. 13-18.

45 Dimension positive du principe de laïcité. La décision du Conseil constitutionnel du 21 février 2013 rappelle que la laïcité n'est pas uniquement envisagée sous sa dimension négative, la neutralité, mais aussi positive, le respect des croyants et la garantie du libre exercice du culte. Elle s'articule avec la liberté de croyance affirmée à l'article 10 de la DDHC faisant partie du bloc de constitutionnalité¹⁷⁰. Au niveau Européen, l'article 9 §1 de la Conv. EDH énonce que toute personne a le droit à la liberté de religion ce qui implique le droit de la pratiquer en public ou en privé¹⁷¹. La Conv. EDH admet des restrictions à ce droit pourvu qu'elles soient prévues par la loi et « *constituent des mesures nécessaires, dans une société démocratique, à la sécurité publique, à la protection de l'ordre, de la santé ou de la morale publiques, ou à la protection des droits et libertés d'autrui* ». Un raisonnement par analogie à partir de l'arrêt de Grande chambre de la CEDH du 27 juin 2000 *Cha'are Shalom Ve Tsedek c/ France* permet de conclure à l'impossibilité pour l'Etat de s'opposer à un cadre juridique favorable à la finance islamique¹⁷². Dans cette affaire une association culturelle israélite se plaignait du refus des autorités françaises de lui délivrer un agrément pour pratiquer l'abattage rituel conformément aux prescriptions ultra-orthodoxes de ses membres pour qui la viande doit être *glatt* pour être cachère. La Cour n'a pas conclu à la violation de l'article 9 de la Conv. EDH en raison de l'absence d'ingérence dans la liberté de manifester sa religion. Elle précise cependant qu'il en aurait été autrement s'il avait résulté une impossibilité pour les croyants ultra-orthodoxes de se procurer de la viande abattue conformément à leurs prescriptions religieuses¹⁷³.

L'intégration d'un référent religieux dans une norme juridique est impossible en raison du principe de laïcité. Une intégration indirecte est quant à elle imparfaite et prête le flanc à la critique. Le principe de laïcité ne se cantonne pas au droit public, mais s'étend au droit privé. Selon une distinction opérée par Mme Suzel RAMACIOTTI entre laïcité dispositives et laïcité impératives, le principe ne s'oppose

¹⁷⁰ « *Nul ne doit être inquiété pour ses opinions, mêmes religieuses, pourvu que leur manifestation ne trouble pas l'ordre public* ».

¹⁷¹ Conv. EDH, art. 9 §1: « *Toute personne a droit à la liberté de pensée, de conscience et de religion ; ce droit implique la liberté de changer de religion ou de conviction, ainsi que la liberté de manifester sa religion ou sa conviction individuellement ou collectivement, en public ou en privé, par le culte, l'enseignement, les pratiques et l'accomplissement des rites.* »

¹⁷² Pour une analyse plus détaillée, v. *infra* nos développements consacrés à l'incorporation des règles islamiques au sein du premier titre de la seconde partie.

¹⁷³ CEDH, 27 juin 2000, *Cha'are Shalom Ve Tsedek c/ France*, req. n°27417/95, paragr. 80.

pas à l'intégration d'une norme religieuse dans le contrat¹⁷⁴. Aussi l'étude a pour objectif de démontrer qu'une réforme du droit français n'est pas nécessaire pour accueillir les contrats de la finance islamique.

IV] Objet de l'étude

46 Un droit déjà compatible ? Une hypothèse à vérifier. Le rapport Jouini-Pastré a affirmé que « *le droit français est déjà assez largement adapté à la Finance Islamique et on peut aisément retrouver des correspondances claires entre les instruments islamiques et des mécanismes juridiques français* »¹⁷⁵. Me Gilles SAINT MARC l'avait déjà souligné à l'occasion d'une table ronde au Sénat organisée par la commission des finances¹⁷⁶. Notre étude se propose de vérifier cette assertion en se focalisant sur l'aspect contractuel.

47 Restriction de l'étude aux contrats de la finance islamique. A la suite de la crise financière de 2008, la finance islamique a bénéficié d'un effet de mode illustré par le nombre de thèses consacrées au sujet. Divers aspects ont été abordés, certains généraux comme *Le cadre juridique français des opérations de crédit islamique*¹⁷⁷ ou l'assurance islamique¹⁷⁸, d'autres plus spécifiques comme *l'Analyse des sukuk en droit français*¹⁷⁹, *Les fonds islamiques en Europe*¹⁸⁰ ou *Le capital risque islamique en droit français*¹⁸¹. Mais il a trop souvent été présumé que la réception des contrats ne posait aucune difficulté¹⁸², négligeant ainsi des aspects essentiels comme la restriction de la liberté contractuelle en droit islamique à travers la théorie des clauses adjointes. Sans sa

¹⁷⁴ RAMACIOTTI, Suzel, *Laïcité et droit privé*, coll. Nouvelle Bibliothèque de Thèses, Dalloz, 2022.

L'intégration de la norme religieuse, qu'elles soit par soumission ou par incorporation est étudiée dans le premier titre de la seconde partie de nos travaux.

¹⁷⁵ JOUINI, Elyes, PASTRE, Olivier (Dir.), *op. cit.*, p. 101.

¹⁷⁶ Intervention de M. Gilles Saint Marc retranscrite in ARTHUIS, Jean, *La finance islamique en France : quelles perspectives ?*, Rapport d'information du Sénat n°329, Sénat, 2008, p. 13 et s. V. aussi, SAINT MARC, Gilles, « Le droit français est-il compatible avec la finance islamique ? », *Revue banque* 2008, n°703, p. 60-63.

¹⁷⁷ CEKICI, Ibrahim-Zeyyad, *Le cadre juridique français des opérations de crédit islamique* [microfiche], Université de Strasbourg, 2012.

¹⁷⁸ NEHMÉ, Aline, *L'assurance entre loi islamique et droit positif*, IRJS, 2015.

¹⁷⁹ ZEIDAN, Zeina, *Analyse de la place des sukuk en droit français*, Thèse de doctorat en droit, Université Paris II, 2019

¹⁸⁰ BOUHARATI, Bahya, *Les fonds islamiques en Europe*, Promoculture Larcier, 2016.

¹⁸¹ MATRI, Dorsaf, PARLEANI, Gilbert Préfacier et ALI, Nazim Auteur de la postface, « Le capital risque islamique en droit français », IRJS éditions, 2016.

¹⁸² V. à cet égard RAMACIOTTI, Suzel, *op. cit.*, paragr. 80 : « *En ce qui concerne la finance islamique et d'ailleurs toute l'économie dite faith based, les prescriptions religieuses ajoutent généralement des interdits plutôt qu'ils n'en retranchent : les normes religieuses, en matière financière, sont dans l'ensemble plus sévères que les droits étatiques. Dès lors, un contrat bancaire qui, en plus de respecter les prescriptions étatiques, se soumet aux prohibitions religieuses, ne sera évidemment pas contraire à l'ordre public* ».

compréhension, il est impossible d'expliquer la condamnation de clauses rencontrées fréquemment dans le domaine des affaires telle la clause de réserve de propriété. Les contrats étant à la base de chacune des opérations, la finance islamique ne saurait prospérer si le régime de ceux-ci se révèle en contradiction avec des dispositions impératives du droit français. Ce constat était déjà partagé en 2008 par Mme Christine LAGARDE, alors ministre de l'économie : « *Aucune opération de finance, qu'elle soit islamique ou autre, ne verra le jour, ne prospérera sur notre territoire, si les opérateurs sont [...] incertains sur les contours juridiques et le régime fiscal qui s'applique à leurs opérations* »¹⁸³. Il nous paraît essentiel, en vue de contribuer à l'essor de la finance islamique, de s'intéresser aux contrats qui sont à la base de ces opérations et dont la non-conformité au droit français serait un obstacle dirimant. Ce choix contraint à ne pas envisager des notions connexes telle l'émission de *sukuk*, les établissements de crédit islamiques ou le rôle des comités charia au sein de ceux-ci. Si nos travaux sont postérieurs à d'autres, ils constituent un préalable nécessaire qui avait jusque-là été ignoré.

48 Réception plutôt qu'introduction. L'intitulé de la thèse privilégie le terme réception à celui d'introduction. Ce dernier suppose en effet un acte positif, à savoir une réforme du droit français en vue de le mettre en conformité avec la finance islamique. En revanche, le terme réception implique un comportement négatif. Autrement dit, pour vérifier l'hypothèse d'un droit déjà conforme aux contrats de la finance islamique, il convient de s'interroger sur leur réception.

49 Méthodologie de la recherche. La finance islamique ne doit pas être détachée de sa source qu'est le droit islamique. Aussi faut-il de se référer à ce droit et, autant que faire se peut, aux règles harmonisées par l'AAOIFI. Lorsqu'elles sont lacunaires, il convient alors de se reporter au *fiqh* des quatre écoles sunnites, lequel est indispensable à la compréhension de cette finance. Il s'agit, au moyen d'une analyse comparée, de démontrer que ces règles ne heurtent en rien les « valeurs essentielles » de notre

¹⁸³ Discours de Mme Christine Lagarde au 2^e forum français de la finance islamique, disponible sur <http://oummatv.tv/Christine-Lagarde-La-finance> (Consulté le 27 septembre 2022).

droit¹⁸⁴. L'étude se distingue des autres par sa référence directe aux règles élaborées par les *fuqaha* ainsi qu'aux travaux de l'AAOIFI.

50 Contrats majeurs de la finance islamique. Parmi les contrats utiles à la mise en œuvre de financements islamiques, six révèlent une importance majeure. Ils peuvent être classés en deux catégories distinguant les contrats de vente des contrats reposant sur l'association. La première catégorie illustre l'importance de la vente en droit islamique envisagée comme le modèle type du contrat-échange¹⁸⁵. *L'ijarah*, pourtant assimilable en droit français au louage, se voit qualifié par les *fuqaha* de contrat de vente car il vise à transférer la propriété de jouissance (*manfa'a*)¹⁸⁶. Il en est de même de *l'istisna*, s'apparentant pourtant au contrat d'entreprise. Moins surprenante est l'inclusion au sein de cette catégorie de la *murabaha* et du *salam*. La première consiste en la vente d'une chose à un prix supérieur à son achat. Dans le cadre de la finance islamique, l'opération de *murabaha* consiste généralement en l'achat d'une chose par le financier à la demande de son client en vue de lui revendre en contrepartie du paiement du prix à terme et de façon échelonnée. Le second, le *salam*, implique quant à lui le paiement immédiat du prix de la chose en contrepartie de sa délivrance à terme. La seconde catégorie satisfait davantage à l'idéal islamique en ce que la création de richesse repose sur l'association des parties. En son sein, on distingue traditionnellement la *mudarabah*, s'apparentant à la commandite, de la *musharakah* dont la proximité avec la notion de société au sens du Code civil est indéniable¹⁸⁷.

51 Apports de la recherche. La réception des contrats de la finance islamique suppose la compréhension des règles fondamentales les régissant. La réduction du *riba* à l'usure et du *gharar* au seul rejet des contrats aléatoires témoignent d'une appréhension imparfaite de ces notions¹⁸⁸. Pour prévenir un tel écueil, il est nécessaire de revenir aux

¹⁸⁴ L'expression « valeurs essentielles » est empruntée au Pr Philippe Malaurie qui, dans un article hostile à la réception de la finance islamique en France, a affirmé : « *nos rapports avec la finance islamique ne doivent pas abandonner nos valeurs essentielles* », v. MALAURIE, Philippe, « Finance islamique : interdiction coranique du prêt à intérêt et subterfuges civils et fiscaux », *JCP N* 2010, n°50, act. 888.

¹⁸⁵ CHEHATA, Chafik, « Le concept de contrat en droit musulman », *Archives de philosophie du droit*, T. 13, 1968, p. 129 et s, spéc. paragr. 29.

¹⁸⁶ V. *infra*, nos développements consacrés à ce contrat au sein du dernier titre de l'étude.

¹⁸⁷ A ce sujet, v. *infra* l'étude de ce contrat dans le dernier chapitre de notre thèse.

¹⁸⁸ V. à titre d'illustration, LEGAIS, Dominique, *Opérations de crédit*, 2e éd., LexisNexis, 2018, paragr. 111 : « *Ce qui est interdit, c'est le riba le taux d'intérêt synonyme dans le Coran d'usure* » ; MALAURIE, Philippe, « Finance islamique : interdiction coranique du prêt à intérêt et subterfuges civils et fiscaux », *JCP N* 2010, n°50, act. 888 ; PRAICHEUX, Sébastien, *Rép. sociétés Dalloz*, v° Instruments financiers à terme, avril 2019, paragr. 10 ; RAMACIOTTI, Suzel, *op. cit.*, coll. Nouvelle Bibliothèque de Thèses, Dalloz, 2022, paragr. 80 ; RUIMY, Michel, *La finance islamique*, A. Franel, 2008, p. 13 et s.

sources du droit islamique des contrats et de s'intéresser au *fiqh* des quatre écoles sunnites. La difficulté majeure réside dans la particularité de ce droit présenté comme « empirique »¹⁸⁹ car il ne s'embarrasse guère d'une théorie générale du contrat¹⁹⁰. Il est cependant possible, à partir de l'étude de règles éparses, d'en faire émerger une. Nos travaux démontrent ainsi que le contrat est considéré comme un instrument au service d'une fin : la création d'une situation juridique nouvelle. Dans ce cadre, les contrats à titres onéreux doivent réaliser un échange équilibré afin de ne pas nuire à la communauté. Les principes et les théories doctrinales régissant les contrats de la finance islamique poursuivent une finalité commune qu'est la préservation de cet équilibre. L'étude met en exergue la faculté, pour les parties, d'intégrer une norme religieuse au contrat, par incorporation ou par soumission, et de lui faire ainsi produire effet. En retenant le droit français comme *lex contractus*, il peut être établi un cadre juridique pour les contrats islamiques à partir du droit positif.

La réception des contrats de la finance islamique en droit français est source de nombreux questionnements. Est-il possible de concilier des règles restrictives datant des premiers siècles de l'Islam avec les règles libérales et modernes du droit français¹⁹¹ ? Quelle finalité poursuivent-elles ? Ces normes dépourvues de toute juridicité peuvent-elles recevoir application dans notre système juridique ? A supposer le droit français applicable au contrat, quel régime juridique pour des contrats qui, en raison de leur extranéité, sont innommés ?

L'étude implique dès lors un raisonnement en deux temps. Il s'agit, d'abord de démontrer la possibilité de la réception des règles fondamentales de la finance

¹⁸⁹ CHÉHATA, Chafik, *Droit musulman : Applications au Proche-Orient*, Dalloz, 1970, paragr. 164 : « Avant d'entreprendre cette étude, il faut rappeler que le droit musulman est un droit essentiellement empirique et même à caractère casuistique. C'est là l'un de ses traits les plus évidents. On ne trouve dans aucun ouvrage classique de droit musulman une théorie générale du contrat. Le contrat sera défini, d'une manière ou d'une autre, très fortuitement. Le terme même qui désigne le contrat (*aqd*) n'est employé que sporadiquement dans la première compilation musulmane ».

¹⁹⁰ Sur l'absence de théorie générale du contrat en droit islamique, v. HASSAN, Hussein, « Contracts in Islamic Law: The principles of Commutative Justice and Liberality », *Journal of Islamic Studies* 2002, Vol. 13, n°3, p. 257-297, spéc. p. 259 ; SALEH, Nabil, « Definition and formation of contract under Islamic and Arab laws », *Arab Law Quarterly* 1990, Vol. 5, n°3, p. 101 ; LINANT DE BELLEFONDS, Yvon, *Traité de droit musulman comparé, Vol.1: Théorie générale de l'acte juridique*, Mouton et cie., 1965, paragr. 59 CHÉHATA, Chafik, *Droit musulman: Applications au Proche-Orient*, Dalloz, 1970, paragr. 164 et 211.

¹⁹¹ La finance islamique a pu être qualifiée de « finance de l'interdit », v. EL-GAMAL, Mahmoud, *Finance islamique*, De Boeck, 2010, p. 29.

islamique avec le droit français (**Partie 1**). Cette étape réalisée, il convient ensuite de définir les modalités de la réception (**Partie 2**).

Partie 1 : La possibilité de la réception

Partie 2 : Les modalités de la réception

Partie 1 : La possibilité de la réception

52 Principes cardinaux et théories contractuelles. La finance islamique doit son caractère éthique à des règles issues de la charia marquées par une influence considérable de la morale qui se retrouve dans la conception du contrat. Il est, ainsi que l'affirme un auteur, « *un acte posé en vue d'une fin déterminée par la loi et qui est l'égalité ou l'équivalence des prestations réciproques* »¹⁹². Parmi ces règles, il est possible de distinguer des principes et des théories. Le principe s'entend de « *la règle ou norme générale, de caractère non juridique d'où peuvent être déduite des normes juridiques* », mais aussi de la « *règle juridique établie par un texte en termes assez généraux destinée à inspirer diverses applications et s'imposant avec une autorité supérieure* »¹⁹³. Cette dernière acception du terme sied particulièrement à la prohibition du *riba*, énoncée par le Coran sans qu'il ne définisse jamais la notion, et dont l'importance est telle que la finance islamique est parfois réduite à cette règle. L'autre principe cardinal, aux implications nombreuses, est la prohibition du *gharar* davantage issu d'une autre source sacrée, la Sunna.

La théorie est définie comme un « *ensemble de notions, d'idées, de concepts abstraits appliqués à un domaine particulier* »¹⁹⁴. Il peut alors paraître surprenant qu'elle contribue aux règles fondamentales de la finance islamique car elle est avant tout une construction de l'esprit. A cet égard, un auteur a entendu démontrer que la positivité de la théorie générale du contrat était, en droit français, un mythe¹⁹⁵. Il convient cependant d'avoir à l'esprit qu'en vertu de l'*ijtihad*, le jurisconsulte contribue à l'élaboration de la règle juridique. En d'autres termes, la doctrine est source du droit.

¹⁹² COMAIR-OBEID, Nayla, *Les contrats en droit musulman des affaires*, Economica, 1995, p. 8. L'auteur ajoute que « *cette idée de contrepartie, de juste équilibre est une idée morale qui sous-tend toute la théorie générale du contrat de droit musulman et débordé même le phénomène contractuel puisqu'elle a pour conséquence directe la limitation de la volonté et de la liberté de contracter* ».

¹⁹³ CORNU, Gérard (Dir.), *Vocabulaire juridique*, 14^e éd., PUF, 2022, V°Principe.

¹⁹⁴ D'après le *Trésor de la langue française informatisé*, V°Théorie disponible sur < <http://atilf.atilf.fr/>>.

¹⁹⁵ SAVAUX, Eric, *La théorie générale du contrat, mythe ou réalité ?*, LGDJ, 1997. « *La théorie générale existe bien, mais avec une nature autre que celle qu'on lui reconnaît ordinairement. C'est son appartenance à l'ordre positif qui est un mythe* », v. *op. cit.*, paragr. 532.

Deux théories d'importance majeure, et pourtant généralement ignorées¹⁹⁶, participent au droit commun des contrats de la finance islamique : la théorie des clauses adjointes et la théorie des options¹⁹⁷. Elles conditionnent tant la formation que l'exécution de l'acte et révèlent une conception objective du contrat dans laquelle la volonté des parties importe peu, à la différence du droit français où le contrat est défini comme un « *accord de volontés* »¹⁹⁸.

La finance islamique emprunte ses règles fondamentales au droit des contrats en vue de lutter contre le profit illégitime¹⁹⁹. *A contrario*, le droit français repose sur le principe de la liberté contractuelle parce que la morale n'a qu'une influence limitée²⁰⁰. Ce faisant, les parties sont libres, en principe, de prévoir un contrat volontairement déséquilibré menant à l'enrichissement de l'une au détriment de l'autre. Cette opposition de visions n'est pourtant pas un obstacle à la réception de la finance islamique en droit français. Certes la finance islamique appartient à un système où droit, religion et morale s'entremêlent. Pour autant, ses principes ne sont pas incompatibles avec le droit français en raison notamment des fondements libéraux de ce dernier. Cela suppose, pour confirmer cette assertion, de démontrer la compatibilité tant des principes cardinaux de la finance islamique (**Titre 1**) que des théories contractuelles élaborées par les *fuqaha* (**Titre 2**).

¹⁹⁶ A notre connaissance, parmi les thèses consacrées à la finance islamique, seul M. Ibrahim Zeyyad Cekici les évoque brièvement, v. CEKICI Ibrahim-Zeyyad, *Le cadre juridique français des opérations de crédit islamique*, Thèse de doctorat, Université de Strasbourg, 2012, paragr. 140 et paragr. 143 et s.

¹⁹⁷ Sur ces théories, v. le second titre de la première partie.

¹⁹⁸ C. civ., art. 1101

¹⁹⁹ En raison de l'influence de la morale sur le droit islamique, le profit illégitime est aussi illicite.

²⁰⁰ Sur la valeur du principe de la liberté contractuelle en droit français, v. *infra* paragr. 438

TITRE 1 : LA COMPATIBILITE DES PRINCIPES CARDINAUX DE LA FINANCE ISLAMIQUE

53 Deux principes cardinaux. D'après certains auteurs, la finance islamique reposerait sur cinq piliers²⁰¹. Tout financement devrait, pour être conforme aux exigences religieuses, satisfaire au respect de trois prohibitions et de deux obligations positives²⁰². Les interdictions portent sur le *riba*, le *gharar* et les investissements dans des secteurs considérés illicites. Mais ces limites ne suffiraient pas à conférer à la finance islamique un caractère véritablement vertueux. Ainsi, chaque financement doit être adossé à un actif sous-jacent et respecter le principe de partage des profits et des pertes. La présentation des principes essentiels de la finance islamique à travers cinq règles révèle la volonté des auteurs de faire allusion aux cinq piliers de l'islam²⁰³. Ce choix est critiquable en ce qu'il occulte l'importance de deux principes cardinaux auxquels peuvent être rattachés les autres. Régulièrement réduite à tort à l'interdiction du prêt à intérêt, la prohibition du *riba* se situe au sommet de la hiérarchie des normes (**Chapitre 1**). Plus méconnue, la prohibition du *gharar* n'en a pas moins une importance capitale et une portée plus conséquente que la première (**Chapitre 2**).

²⁰¹ V. à titre d'illustration : CHARLIN, Jacques, « Fiducie, sukuk et autres murabaha ou ijara: À propos de la finance islamique », *JCP E* 2009.1946 ; MOULIN, Jean-Marc, « Principes et moyens de la finance islamique », *Journ. sociétés*, juin 2010, n°77, p. 13 et s. ; CAUSSE-BROQUET, Geneviève, *La finance islamique*, 2^e éd., RB éd., 2012, p. 31 CEKICI, Ibrahim-Zeyyad, *Le cadre juridique français des opérations de crédit islamique* [microfiche], Université de Strasbourg, 2012, paragr. 14 JOUABER SNOUSSI, Kaouther, *La finance islamique*, La Découverte, 2012, p. 8 et s.

²⁰² L'importance des prohibitions en finance islamique est telle qu'un auteur a pu parler de « finance de l'interdit », v. EL-GAMAL, Mahmoud, *Islamic finance*, Cambridge University Press, 2006, p. 29.

²⁰³ Les cinq piliers de l'islam sont :

- La profession de foi par laquelle le croyant atteste de l'existence d'un seul dieu qui a choisi Mahomet comme son messenger
- La prière à reprises dans la journée
- L'aumône obligatoire (*zakat*)
- Le jeûne pendant le mois de ramadan
- Le pèlerinage à la Mecque (*hadj*).

Ensemble, ces principes luttent contre l'enrichissement illégitime au centre des critiques adressées à la finance conventionnelle.

Chapitre 1 : La prohibition du *riba*

54 Etymologie du terme *riba*. Le terme arabe *riba* dérive du verbe *raba* signifiant accroître, augmenter. Il désigne dans la terminologie islamique, le surplus, l'excédent, l'augmentation, l'accroissement²⁰⁴. Dans les ouvrages en langue française, le *riba* est habituellement assimilé à l'intérêt²⁰⁵ ou à l'usure²⁰⁶. Une telle confusion entre les deux notions surprendra le juriste occidental pour qui l'usure s'entend de la stipulation d'intérêts excessifs²⁰⁷. Plus encore, elle est susceptible de nuire à l'appréhension du *riba*. La distinction de l'usure et de l'intérêt est apparue tardivement. Le droit français, sous l'influence de l'Eglise catholique, a longtemps considéré que toute perception d'intérêts caractérisait l'usure prohibée, bien que la rigueur de la règle variât selon les régions et les époques²⁰⁸.

55 Une notion *sui generis*. Ce serait une erreur que de réduire la prohibition du *riba* à celle de l'intérêt ou de l'usure. Il est certes vrai que la règle interdit toute perception d'intérêts en contrepartie du prêt d'argent, mais il ne s'agit là que de sa conséquence. Le *riba* a un sens bien plus large que celui qu'on lui attribue généralement quand il s'agit d'évoquer les principes fondamentaux de la finance islamique²⁰⁹. Méconnaître ce fait ne permettrait pas de comprendre les raisons qui commandent le rejet du *riba* et la portée du principe. L'étude de la prohibition du *riba* en droit islamique (**section 1**) révèle une notion de son propre genre justifiant le maintien du terme en langue arabe. Ses spécificités interrogent sur sa réception en droit français (**section 2**).

²⁰⁴ TOUSSI, Ali, *Le taux d'intérêt dans un système financier islamique*, L'Harmattan, 2010, p. 60.

²⁰⁵ CAUSSE-BROQUET, Geneviève, *La finance islamique*, 2^e éd., RB éd., 2012, p. 31. ; LASSERRE CAPDEVILLE, Jérôme, HAZOUG, Sâmî, « Le compte de dépôt et la finance islamique », *RD bancaire et fin.* 2011, étude 33 ; PARLEANI, Gilbert, « Regards pragmatiques sur la finance islamique », *RD bancaire et fin.* 2012, dossier 12.

²⁰⁶ JOUABER SNOUSSI, Kaouther, *La finance islamique*, La Découverte, 2012, p. 8 CHARBONNIER, Jacques, *Islam*, Larquier, 2011, p. 157.

²⁰⁷ «CORNU, Gérard (Dir.), *Vocabulaire juridique*, 13^e éd., 2020, V^oUsure.

²⁰⁸ LÉVY, Jean-Philippe et CASTALDO, André, *Histoire du droit civil*, Dalloz, 2010, p. 706 et s.

²⁰⁹ SALEH, Nabil A, *Unlawful gain and legitimate profit in Islamic law*, Cambridge University Press, 1986, p. 13.

Section 1 : La prohibition du *riba* en droit islamique

56 Une notion protéiforme. La réduction du *riba* à la simple prohibition du prêt à intérêt trouve sa cause dans une compréhension insuffisante du principe liée à sa complexité. Le *riba* a pour particularité de se présenter sous différentes formes, identifiées par les juristes des premiers siècles de l’islam, et le prêt à intérêt ne concerne que l’une d’entre elles. Il est alors nécessaire, afin d’éviter d’autres écueils, d’appréhender le principe tant à travers l’émergence de la notion **(I)** qu’au moyen d’une étude comparative **(II)**.

*I] L’appréhension du *riba* à travers l’émergence de la notion*

57 L’émergence d’un principe cardinal. La prohibition du *riba* intervient dans un contexte de remise en cause de nombreuses pratiques préislamiques parmi lesquelles le *riba al-jâhiliya* qui consistait en une augmentation de capital liée à la prorogation du terme²¹⁰. Il s’agit pour l’islam de mettre un terme à ce qui pourrait mettre en péril la communauté musulmane et d’instituer un ordre moral islamique attentif à la protection de la partie faible en imposant une équivalence stricte des prestations²¹¹. Preuve de son caractère majeur, le principe est fondé sur des injonctions provenant des sources sacrées du droit islamiques **(A)** à partir desquelles les légistes ont construit une notion savante **(B)**.

*A) La prohibition du *riba* dans les sources sacrées*

58 Rappel de la hiérarchie des normes en droit islamique. Le Coran se présente comme la parole de Dieu rapportée à Mahomet par l’ange Gabriel²¹². En tant que tel, il constitue la source suprême du droit islamique à laquelle toute norme doit satisfaire. Le mot *riba* est évoqué dans le Coran à huit reprises sans jamais être défini²¹³. On aurait

²¹⁰ LINANT DE BELLEFONDS, Yvon, *Traité de droit musulman comparé, Vol.1: Théorie générale de l’acte juridique*, Mouton et cie., 1965, paragr. 259.

²¹¹ COMAIR-OBEID, Nayla, *Les contrats en droit musulman des affaires*, Economica, 1995, p. 14 et s. L’ouvrage insiste sur l’influence qu’exerce l’ordre moral islamique sur le droit des contrats avec pour conséquence une limitation significative de la liberté contractuelle des parties.

²¹² DÉROCHE, François, *Le Coran*, PUF, 2019, p. 20.

²¹³ Coran, sourate 2, versets 275, 276, 278 ; sourate 3, verset 130 ; sourate 4, verset 161 ; sourate 30, verset 39.

pu s'attendre à ce que cette lacune soit palliée dans la Sunna, seconde composante des sources sacrées. Elle regroupe les hadiths rapportant l'ensemble des comportements et des paroles du Prophète ainsi que ceux qu'il a approuvés y compris de manière tacite²¹⁴. Les hadiths, s'ils n'apportent pas une définition de la notion, ne doivent pas pour autant être négligés car ils participent à la construction du *riba*. A travers leur lecture, on perçoit que le *riba* dépasse l'intérêt auquel certains le résument. Il apparaît davantage comme un enrichissement contraire aux idées d'équivalence des prestations et d'équité. Ainsi le *riba* doit ses fondements aux deux sources primaires du *fiqh* que sont le Coran (1) et la Sunna (2).

1) La prohibition du *riba* dans le Coran

59 Une remise en cause des pratiques préislamiques. A l'instar des textes sacrés qui l'ont précédé, le Coran s'intéresse au prêt à intérêt. La pratique était largement répandue dans la société arabe au temps de la *jâhiliya*²¹⁵. Sa condamnation va *crescendo* au fur et à mesure des révélations faites à Mahomet. Dans un premier temps, au cours de la période mecquoise du Coran, le *riba* ne fait l'objet que d'une réprobation. Dieu affirme la supériorité de l'aumône sur l'usure : « *L'intérêt usuraire que vous versez pour accroître les biens d'autrui ne les accroît pas auprès de Dieu ; mais ce que vous donnez en aumônes en désirant la Face de Dieu, voilà ce qui doublera vos biens* »²¹⁶. Le verset affirme la supériorité des actions charitables sur la recherche du profit sans prohiber le *riba* à ce stade. Il ne faudrait pas en déduire pour autant, qu'au temps de la révélation, le *riba* était admis²¹⁷. La prohibition immédiate de l'usure aurait pu détourner les arabes de l'islam, particulièrement les riches marchands de la Mecque pour qui la prorogation du terme permettait souvent de doubler le capital prêté²¹⁸.

²¹⁴ CUNIBERTI, Gilles, *Grands systèmes de droit contemporains*, 3^e éd., LGDJ-Lextenso, 2015, paragr. 565 CHARNAY, Jean-Paul, *Esprit du droit musulman*, Dalloz, 2008, p. 23 ALDEEB ABU-SAHLIEH, Sami Awad, *Introduction à la société musulmane*, Eyrolles, 2005, p. 107.

²¹⁵ CARDAHI, Choucri, « Le prêt à intérêt et l'usure au regard des législations antiques, de la morale catholique, du droit moderne et de la loi islamique », *RIDC*, 1955, Vol. 7, n°3, p. 528 ; SAÏDANE, Dhafer, *La finance islamique à l'heure de la mondialisation*, 2^e éd., RB éd., 2011, p. 59. Le terme « *jâhiliya* » désigne « l'époque de l'ignorance » correspondant aux temps antérieurs aux révélations divines

²¹⁶ Coran, sourate 30, verset 39. Dans le Coran, les sourates sont classées selon leur longueur et non selon l'ordre chronologique des révélations.

²¹⁷ TOUSSI, Ali, *Le taux d'intérêt dans un système financier islamique*, L'Harmattan, 2010, p. 64.

²¹⁸ ALGABID, Hamid, *Les banques islamiques*, Economica, 1990, p. 32.

60 Les prémices de la prohibition. A la condamnation morale succède l'annonce d'une interdiction formelle lorsque Dieu rappelle qu'il a sanctionné les juifs pour s'être livrés à l'usure : « *Nous avons interdit aux Juifs d'excellentes nourritures qui leur étaient permises auparavant : c'est à cause de leur prévarication ; parce qu'ils se sont souvent écartés du chemin de Dieu, parce qu'ils ont pratiqué l'usure qui leur était pourtant défendue ; parce qu'ils ont mangé injustement les biens des gens. Nous avons préparé un châtement douloureux pour ceux d'entre eux qui sont incrédules* »²¹⁹. Ces versets s'inscrivent dans la période médinoise du Coran qui marque une évolution dans les révélations²²⁰. Avant l'hégire, les versets sont brefs et posent les jalons de la religion musulmane, tandis que ceux postérieurs à cet événement sont plus longs et énumèrent des règles portant sur l'organisation de la communauté²²¹. Le Coran s'inscrivant dans la continuité du judaïsme et du christianisme²²², les juifs sont cités en exemple du châtement divin auquel s'exposent ceux qui pratiquent le *riba*. Les versets de la quatrième sourate, s'ils ne formulent pas encore une prohibition explicite, sonnent comme un avertissement à l'égard des musulmans²²³.

61 Le rejet de l'anatocisme : première prohibition formelle du *riba*. Après avoir dénoncé le *riba*, le Coran enjoint expressément aux croyants d'y renoncer. L'interdiction de l'anatocisme est affirmée dans la troisième sourate. Il s'agit de sanctionner la capitalisation des intérêts échus qui produisent à leur tour des intérêts : « *O vous qui croyez ! Ne vivez pas de l'usure produisant plusieurs fois le double. Craignez Dieu ! Peut-être serez-vous heureux* »²²⁴. Le croyant qui méconnaît la règle s'expose à la damnation, preuve de la haute réprobation divine du *riba*²²⁵. La lecture de ce verset ne doit pas amener à conclure que le Coran prohibe uniquement l'anatocisme. Il n'évoque certes qu'une forme de l'usure pratiquée dans l'Arabie préislamique, mais il porte bien sur le *riba* dans son ensemble qui inclut toute forme d'intérêt²²⁶.

²¹⁹ Coran, sourate 4, versets 160-161

²²⁰ DÉROCHE, François, *Le Coran*, PUF, 2019, p. 21.

²²¹ ALDEEB ABU-SAHLIEH, Sami Awad, *Introduction à la société musulmane*, Eyrolles, 2005, p. 76.

²²² Coran, sourate 2, verset 136 ; sourate 2, verset 185 ; sourate 4, verset 150-152.

²²³ ALDEEB ABU-SAHLIEH, Sami Awad, *Religion et droit dans les pays arabes*, Presses universitaires de Bordeaux, 2008, p. 485.

²²⁴ Coran, sourate 3, verset 130.

²²⁵ Coran, sourate 3, verset 131 : « *Craignez le feu préparé pour les incrédules* ».

²²⁶ ALGABID, Hamid, *Les banques islamiques*, Economica, 1990, p. 35 TOUSSI, Ali, *Le taux d'intérêt dans un système financier islamique*, L'Harmattan, 2010, p. 65-66.

62 La prohibition de toute forme d'intérêt. La deuxième sourate du Coran est on ne peut plus explicite quant à l'interdiction pour le croyant de pratiquer le *riba*. Le ton employé est révélateur de la gravité du péché que commet celui qui s'y livre : « *Ceux qui se nourrissent de l'usure ne se dresseront, au Jour du Jugement, que comme se dresse celui que le Démon a violemment frappé. Il en sera ainsi, parce qu'ils disent « La vente est semblable à l'usure ». Mais dieu a permis la vente et interdit l'usure. Celui qui renonce au profit de l'usure, dès qu'une exhortation de son Seigneur lui parvient, gardera ce qu'il a gagné. Son cas relève de Dieu. Mais ceux qui retournent à l'usure seront les hôtes du feu où ils demeureront immortels* »²²⁷. En admettant la licéité de la vente et en condamnant l'usure, le Coran énonce que ce n'est pas la recherche du profit qui est blâmable mais bien le *riba*, le gain illicite²²⁸. Plus qu'une faute vénielle, l'usure est un péché mortel en opposition radicale avec l'aumône²²⁹ que se doit de pratiquer le croyant sincère²³⁰. La rédemption est possible pour celui qui renonce au profit conféré par le *riba*²³¹, mais celui qui se maintient en état de péché s'expose au courroux de Dieu²³². La condamnation de toute forme d'intérêt est certaine quand il est enjoint de reporter la dette de celui qui ne peut temporairement s'en acquitter²³³. Plus encore, le musulman est encouragé à renoncer à sa créance²³⁴. L'évocation chronologique des versets relatifs au *riba* démontre la gradation dans sa réprobation. A la condamnation morale a fait place l'énoncé d'une règle, assortie d'aucune exception, érigeant l'usure en péché capital et vouant son auteur à la damnation. Le Coran demeure cependant imprécis sur la notion et semble s'en tenir à prohiber la perception d'intérêts à l'occasion du report d'une dette. Cet aspect lacunaire justifie la construction doctrinale du principe repose davantage sur la Sunna²³⁵.

²²⁷ Coran, sourate 2, verset 275.

²²⁸ LINANT DE BELLEFONDS, Yvon, *Traité de droit musulman comparé, Vol.1: Théorie générale de l'acte juridique*, Mouton et cie., 1965, paragr. 257.

²²⁹ Coran, sourate 2, verset, 276 : « *Dieu anéantira les profits de l'usure et il fera fructifier l'aumône. Il n'aime pas l'incrédule, le pécheur* ».

²³⁰ Coran, sourate 2, verset 277.

²³¹ *Ibid.*, sourate 2, verset 278 : « *Ô vous qui croyez ! Craignez Dieu ! Renoncez, si vous êtes croyants à ce qui vous reste des profits de l'usure* ».

²³² Coran, sourate 2, verset 279 : « *Si vous ne le faites pas, attendez-vous à la guerre de la part de Dieu et de son Prophète. Si vous vous repentez, votre capital vous restera. Ne lésez personne et vous ne serez pas lésés* ».

²³³ Coran, sourate 2, verset 280 : « *Si votre débiteur se trouve dans la gêne, attendez qu'il soit en mesure de vous payer. Si vous faites l'aumône en abandonnant vos droits, c'est préférable pour vous. Si vous saviez !* ». Au XIX^e siècle, certains savants ont pourtant affirmé, à l'aune du verset 130 de la sourate 4, que le Coran ne visait que l'anatocisme. Cette opinion est en contradiction avec la pensée majoritaire : ALGABID, Hamid, *Les banques islamiques*, Economica, 1990, p. 39.

²³⁴ *Ibid.*

²³⁵ LINANT DE BELLEFONDS, Yvon, *Traité de droit musulman comparé, Vol.1: Théorie générale de l'acte juridique*, Mouton et cie., 1965, paragr. 261.

2) La prohibition du *riba* dans la Sunna

63 Renforcement de la prohibition. La Sunna, seconde source du droit islamique, se compose de hadiths qui sont des récits rapportant les actes et les paroles du Prophète et ceux qu'il a approuvés y compris de manière tacite²³⁶. Parmi ces récits, certains renforcent et complètent la prohibition coranique du *riba*²³⁷. Au sein de la première catégorie, un hadith attribué à Ibn Abbas affirme que les versets de la deuxième sourate relatifs à l'usure furent les derniers révélés à Mahomet²³⁸ et un autre que le *riba* est l'un des sept péchés capitaux²³⁹. Ainsi, sa pratique est plus grave que trente-six cas de fornication et sa forme la plus légère est plus répréhensible que l'inceste²⁴⁰. Au-delà de l'auteur, la sanction concerne aussi celui qui paye le *riba*, écrit le contrat ou atteste de son existence²⁴¹.

64 Extension de la prohibition. A première lecture, les versets coraniques semblent ne proscrire que l'accroissement de la dette en raison de son report. Plusieurs hadiths infirment cette supposition en étendant la prohibition aux contrats impliquant certains types de biens. Un récit en particulier a servi de fondement à la construction doctrinale du *riba* : « *Or contre or, argent contre argent, blé contre blé, orge contre orge, dattes contre dattes, sel contre sel, espèce contre espèce, pareil contre pareil, égale à égale et de la main à la main. Quiconque donne ou demande plus commet le riba, le preneur comme le donneur* »²⁴². A partir de ce hadith, les oulémas ont identifié six choses *ribawi* dont la vente ou l'échange doit intervenir en quantité égale et sans délai²⁴³. Il n'est guère probable que le Prophète ait entendu établir une liste limitative en n'évoquant que six éléments dont on perçoit aisément le point commun. Le blé, l'orge, les dattes et le sel étant des choses consommables et fongibles, il est probable que la prohibition

²³⁶ CUNIBERTI, Gilles, *Grands systèmes de droit contemporains*, 3^e éd., LGDJ-Lextenso, 2015, paragr. 565 CHARNAY, Jean-Paul, *Esprit du droit musulman*, Dalloz, 2008, p. 23 ALDEEB ABU-SAHLIEH, Sami Awad, *Introduction à la société musulmane*, Eyrolles, 2005, p. 107.

²³⁷ ALGABID, Hamid, *Les banques islamiques*, Economica, 1990, p. 40.

²³⁸ KAHN, Muhammad Muhsin (trad.), *The Translation of the Meanings of Sahih Al-Bukhâri*, Vol. 6, Darussalam, 1997, Book 60, n°67.

²³⁹ *Sahîh Al-Bukhari*, hadiths n° 2766 et 6857.

²⁴⁰ Hadiths cités par Hamid ALGABID in ALGABID, Hamid, *op. cit.*, p. 40.

²⁴¹ *Sahîh Muslim*, hadith n°1598.

²⁴² *Ibid.*, hadith n°1584.

²⁴³ CARDAHI, Choucri, *op. cit.*, p. 528 ; ALGABID, Hamid, *op. cit.*, p. 41-42 TOUSSI, Ali, *Le taux d'intérêt dans un système financier islamique*, L'Harmattan, 2010, p. 68-69.

s'étende à l'ensemble de la catégorie. Il a été avancé que les six produits évoqués dans le hadith étaient employés comme instrument de paiement à l'époque du Prophète²⁴⁴. Les zâhirites, membres éponymes d'un courant qui adopte une lecture littérale du Coran et de la Sunna, ont restreint le domaine du *riba* aux six espèces énumérées dans les hadiths²⁴⁵. Au nom de l'*ijthihâd*, les écoles juridiques sunnites ont étendu la prohibition en se fondant sur le raisonnement, par analogie, le *qiyâs*²⁴⁶. Mais si elles se sont entendues sur ce point, elles divergent sur la délimitation de la notion compliquant l'appréhension de la construction doctrinale du *riba*²⁴⁷.

B) La construction doctrinale du *riba*

65 La *summa divisio* du *riba*. Umar, le second calife de l'islam, regrettait que Mahomet soit décédé avant d'avoir pu préciser la notion de *riba*²⁴⁸. Parler de *riba* au singulier serait inapproprié au regard de la doctrine islamique. Les savants ont abouti à un consensus sur l'existence de deux formes de *riba*. Le *riba al-nasiah*²⁴⁹, issu des révélations coraniques²⁵⁰, est la majoration de la dette liée à l'écoulement du temps et s'apparente à la notion de prêt à intérêt. Ainsi lorsque le prêteur octroie un terme, ou le prolonge, en contrepartie d'une augmentation de la dette, il s'agit de *riba al-nasiah* d'où la dénomination parfois rencontrée de *riba* de report²⁵¹. Il en résulte que la perception d'intérêts, même s'ils sont dérisoires, est repréhensible. Dédit de la *Sunna*, le *riba al-fadl*²⁵² constitue la seconde forme de *riba* généré à l'occasion de prestations

²⁴⁴ SIDDIQI, Mohammad Nejatullah, *Riba, Bank interest and the rationale of its prohibition*, Islamic Development Bank, 2004, p. 49-50.

²⁴⁵ LINANT DE BELLEFONDS, Yvon, *Traité de droit musulman comparé, Vol.1: Théorie générale de l'acte juridique*, Mouton et cie., 1965, paragr. 261.

²⁴⁶ CARDAHI, Choucri, " Le prêt à intérêt et l'usure au regard des légistations antiques, de la morale catholique, du droit moderne et de la loi islamique", *Revue internationale de droit comparé*, 1955, Vol. 7, n°3, p. 529 ; COMAIR-OBEID, Nayla, *Les contrats en droit musulman des affaires*, Economica, 1995, p. 48-49 TOUALBI, Issam et BENTOUNÈS, Khaled, *Introduction historique au droit musulman*, Albouraq, 2013, p. 242 EL-GAMAL, Mahmoud, *Islamic finance*, Cambridge University Press, 2006, p. 51.

²⁴⁷ Pour une présentation détaillée de la position des quatre grandes écoles juridiques du sunnisme v. ALGABID, Hamid et GAVALDA, Christian, *Les Banques islamiques*, Economica, 1990, p. 43-44. En langue anglaise, v. SALEH, Nabil A, *Unlawful gain and legitimate profit in Islamic law*, Cambridge University Press, 1986, p. 15 et s.

²⁴⁸ MUHAJID, Abdul Malik (Dir.), *op. cit.*, hadith n°7560 ; ALGAOUD, Latifa M., LEWIS, Mervyn K., « Islamic critique of conventional financing » in HASSAN M. Kabir et LEWIS Mervyn Keith (dir.), *Handbook of Islamic banking*, Edward Elgar Publishing, 2007, p. 43.

²⁴⁹ Parfois désigné sous l'expression « *riba* de report ».

²⁵⁰ D'où l'expression employée à l'occasion de *riba* coranique.

²⁵¹ SALEH, Nabil A, *Unlawful gain and legitimate profit in Islamic law*, Cambridge University Press, 1986, p. 13.

²⁵² Également appelé *riba* de report, v. COMAIR-OBEID, Nayla, *Les contrats en droit musulman des affaires*, Economica, 1995, p. 49 HIMEUR, Chihab Mohammed, *Les contrats de la finance islamique*, Larcier, 2018, p. 38.

déséquilibrées²⁵³. Son identification se révèle plus complexe en raison des différents hadiths qui s'y rapportent et de l'absence de consensus à son sujet.

66 Le *riba al-fadl* : un défaut d'équivalence des prestations. Aux yeux du grand public, les règles de la finance islamique se réduisent souvent à la seule prohibition du *riba al-nasiah*. Ce serait commettre une erreur que de négliger le *riba al-fadl* tant il revêt une importance capitale dans le droit islamique. Un hadith résume les règles établies par Mahomet : « *or pour or, argent pour argent, blé pour blé, orge pour orge, dattes pour dattes, sel pour sel, le pareil pour le pareil, en quantité égale et de la main à la main* »²⁵⁴. De là, le *riba al-fadl* implique un échange non-simultané de choses de même espèce. Il nous est permis de penser que ce faisant, les savants islamiques luttent contre une éventuelle dépréciation de la valeur des choses échangées qui pourrait constituer une forme détournée de prêt à intérêt²⁵⁵. Cette idée est présente dans un hadith enjoignant au croyant de ne pas échanger un dinar contre un dinar et un dirham contre un autre à moins que l'exécution des prestations soit instantanée²⁵⁶. Mahomet aurait fait dépendre la caractérisation du *riba* de l'existence d'un terme²⁵⁷. Le *riba al-fadl* se rencontre encore dans l'échange, même simultané, de biens de même espèce mais de qualité différente. Un hadith rapporte que le Prophète a condamné, parce qu'entaché de *riba*, l'échange de deux jarres de dattes de qualité médiocre contre une remplie de dattes de bonne qualité. Pour que l'échange soit licite les biens échangés doivent être de même qualité. A défaut, l'un des contractants doit revendre ses dattes pour acheter celles de l'autre²⁵⁸. Le *riba* serait absent lorsque les biens sont d'espèces différentes. Mahomet aurait permis leur échange à condition, à nouveau, qu'il soit réalisé sans délai : « *quand ces sortes sont différentes, vendez-les comme vous voulez pourvu que cela se passe au comptant* »²⁵⁹ ; « *le Prophète défendit de vendre de l'argent contre de l'argent et de l'or contre de l'or, qu'égalité à égalité. Cependant, il nous donna l'autorisation de vendre de l'or contre de l'argent et de l'argent contre de l'or*

²⁵³ LINANT DE BELLEFONDS, Yvon, *Traité de droit musulman comparé, Vol.1: Théorie générale de l'acte juridique*, Mouton et cie., 1965, paragr. 261 et s. COMAIR-OBEID, Nayla, *op. cit.*, p. 49 VISSER, Hans, *Islamic finance*, Edward Elgar, 2009, p. 34 TOUSSI, Ali, *Le taux d'intérêt dans un système financier islamique*, L'Harmattan, 2010, p. 71-72.

²⁵⁴ *Sahîh Muslim*, hadith n°1587.

²⁵⁵ En ce sens, v. EL-GAMAL, Mahmoud, *Finance islamique*, De Boeck, 2010, p. 80.

²⁵⁶ *Sahîh Al-Bukhari*, hadith n° 2178-2179.

²⁵⁷ *Ibid.*, « *Le Prophète avait dit: il n'y a d'usure que dans ce qui est à terme* »

²⁵⁸ *Sahîh Muslim*, hadiths n° 1592-1594 ; *Sahîh Al-Bukhari*, hadiths n°2302, 2303

²⁵⁹ *Sahîh Muslim*, hadith n°1587.

comme bon nous semble »²⁶⁰. En somme, le respect de la prohibition impose que les choses de même espèce soient échangées simultanément ainsi qu'en quantité et qualité égales. Lorsque les choses sont différentes, leur échange est permis sous réserve qu'il soit instantané. Une application rigoriste de la règle limiterait considérablement l'essor de l'économie islamique, aussi les écoles juridiques l'ont circonscrite mais n'ont pu aboutir à un consensus.

67 Divergences des écoles juridiques sur le *riba*²⁶¹. Les hanéfites, dont les membres recourent largement au *qiyâs*, ont estimé que les choses *ribawi* sont toutes celles qui se mesurent par le volume ou se pèsent²⁶². Ainsi, tout contrat translatif de propriété impliquant de telles choses sera générateur de *riba* si les conditions d'équivalence et de simultanéité ne sont pas respectées lorsqu'elles appartiennent au même genre (*jins*)²⁶³. Cette position contraste avec celle des écoles shaféites et malékites qui se montrent plus mesurées sur ce point. Pour les hanéfites, toute augmentation de la dette en raison de la prorogation du terme est source de *riba al-nasihah*²⁶⁴.

Les shaféites n'ont étendu la prohibition du *riba al-fadl* qu'aux choses qui se consomment par la bouche, à savoir les denrées alimentaires et les médicaments, et aux métaux précieux en raison de leur valeur monétaire²⁶⁵. Les juristes shaféites se montrent plus libéraux dans la sanction du *riba al-nasihah* en retenant qu'elle ne concerne principalement que l'excédent perçu en raison de la prolongation du terme dans un contrat impliquant les denrées alimentaires et les métaux précieux²⁶⁶.

Cette conception du *riba* se rapproche sensiblement de celle adoptée par les malékites²⁶⁷. Ces derniers intègrent parmi les choses *ribawi* l'or et l'argent, parce qu'ils servent de monnaie, ainsi que les denrées alimentaires²⁶⁸. Ils opèrent cependant une

²⁶⁰ *Sahîh Al-Bukhari*, hadith n°2182.

²⁶¹ Les sunnites représentant 90% de la communauté musulmane, seules ces écoles seront évoquées, v. SFEIR, Antoine, *Brève histoire de l'islam à l'usage de tous*, Flammarion, 2015, p. 72.

²⁶² AL-ZUHAYLI, Wahbah, « The juridical meaning of Riba » in THOMAS, Abdulkader S (Dir.), *Interest in Islamic economics*, Routledge, 2006, p. 30 et s. ; VISSER, Hans, *Islamic finance*, Edward Elgar, 2009, p. 35 ALGABID, Hamid, *Les banques islamiques*, Economica, 1990, p. 43 EL-GAMAL, Mahmoud, *Islamic finance*, Cambridge University Press, 2006, p. 51.

²⁶³ LINANT DE BELLEFONDS, Yvon, *Traité de droit musulman comparé, Vol.1: Théorie générale de l'acte juridique*, Mouton et cie., 1965, paragr. 262.

²⁶⁴ COMAIR-OBEID, Nayla, *Les contrats en droit musulman des affaires*, Economica, 1995, p. 50.

²⁶⁵ AL-ZUHAYLI, Wahbah, *op.cit.*, in THOMAS, Abdulkader S (Dir.), *op. cit.*, p. 36 et s. ALGABID, Hamid, *op. cit.*, p. 44 COMAIR-OBEID, Nayla, *op. cit.*, p. 50 SALEH, Nabil A, *Unlawful gain and legitimate profit in Islamic law*, Cambridge University Press, 1986, p. 15.

²⁶⁶ COMAIR-OBEID, Nayla, *op. cit.*, p. 50.

²⁶⁷ *Ibid.*, p. 49.

²⁶⁸ ALGABID, Hamid, *op. cit.*, p. 43-44 LINANT DE BELLEFONDS, Yvon, *Traité de droit musulman comparé, Vol.1: Théorie générale de l'acte juridique*, Mouton et cie., 1965, paragr. 262.

distinction entre d'une part, celles qui sont essentielles et peuvent se conserver, et les autres d'autre part. La première catégorie s'entend des denrées qui permettraient à un homme de survivre sans autre apport et dont la conservation n'altère pas la comestibilité²⁶⁹. L'échange de ces aliments est soumis à la double condition d'égalité et de simultanéité énoncée dans les hadiths²⁷⁰. L'imam Malek, fondateur éponyme de l'école, accorde une importance majeure au terme et estime que le *riba* est caractérisé lorsque le débiteur bénéficie d'une diminution de sa dette s'il l'acquitte avant son échéance²⁷¹.

Les hanbalites retiennent une conception du *riba* pratiquement similaire à celle de l'école hanéfite²⁷². Toutes choses, appartenant au même genre, qui se pèsent ou se mesurent génèrent le *riba* si elles ne sont pas échangées dans des conditions d'équivalence et de simultanéité. Cependant, seule la condition d'instantanéité demeure si les biens échangés ne peuvent être ni pesés ni mesurés par le volume et ce même s'ils appartiennent au même genre²⁷³. A titre d'illustration, il est permis pour les hanbalites d'échanger un cheval de grande valeur contre deux chevaux ordinaires si l'exécution des prestations est concomitante.

Les auteurs de ces différentes écoles ont établi une liste d'opérations interdites car contraires à la prohibition du *riba* limitant considérablement la liberté contractuelle des parties qui adhèrent à cette école²⁷⁴.

Averroès, célèbre juriste malékite, a recensé l'ensemble de ces avis avant d'en déduire que la prohibition du *riba* devait s'étendre à l'ensemble des biens fongibles. Il considère que la prohibition du *riba* a pour finalité d'éviter toute iniquité et que la justice dans les échanges²⁷⁵ requiert une équivalence approximative²⁷⁶. Pour s'assurer du respect de la règle il faut prendre en considération la valeur monétaire des biens. L'auteur illustre son raisonnement à travers l'exemple de l'échange d'un cheval contre des vêtements. Si le cheval a une valeur de cinquante, alors les vêtements échangés doivent avoir la même valeur. Ainsi, si chaque vêtement vaut cinq, il convient

²⁶⁹ AL-ZUHAYLI, Wahbah, *op.cit.*, in THOMAS, Abdulkader S (Dir.), *Interest in Islamic economics*, Routledge, 2006, p. 35-36.

²⁷⁰ *Ibid.*

²⁷¹ ALGABID, Hamid, *op. cit.*, p. 44.

²⁷² LINANT DE BELLEFONDS, Yvon, *Traité de droit musulman comparé, Vol.1: Théorie générale de l'acte juridique*, Mouton et cie., 1965, paragr. 262 ALGABID, Hamid, *op. cit.*, p. 44 COMAIR-OBEID, Nayla, *Les contrats en droit musulman des affaires*, Economica, 1995, p. 49.

²⁷³ AL-ZUHAYLI, Wahbah, *op.cit.*, in THOMAS, Abdulkader S (Dir.), *Interest in Islamic economics*, Routledge, 2006, p. 38.

²⁷⁴ LINANT DE BELLEFONDS, Yvon, *op. cit.*, paragr. 263.

²⁷⁵ Le terme est ici entendu dans une acception large qui inclut le contrat de vente.

²⁷⁶ IBN RUSHD, *The Distinguished Jurist's Primer*, vol. 2, Garnet, 2000, p. 163.

d'échanger le cheval contre dix vêtements²⁷⁷. On retrouve chez Averroès une conception des échanges similaires à celle d'Aristote qui exige l'égalité arithmétique des prestations²⁷⁸. Ce constat ne surprend pas quand on sait que le juriste est un commentateur du philosophe grec.

La majorité des juristes musulmans s'accorde sur la prohibition des deux formes du *riba*, sans que l'on puisse toutefois parler de consensus tant les contours de la notion sont sujets aux arguties des légistes des premiers siècles de l'islam qui contrastent avec les conceptions financières actuelles.

68 Tolérance des modernistes envers le *riba*. Des auteurs contemporains s'opposent aux théories classiques et plaident pour une attitude plus libérale envers le *riba*²⁷⁹. Al-Sanhuri, rédacteur du code civil Egyptien, admet que la prohibition du *riba* sous toutes ses formes doit être la norme, mais à divers degrés²⁸⁰. La forme la plus grave et repréhensible du *riba* serait celle évoquée par le Coran, particulièrement l'anatocisme²⁸¹. Il serait tolérable de recourir à l'intérêt en cas d'extrême nécessité²⁸² ou d'admettre qu'un épargnant en perçoive en tant que partie faible²⁸³. Maarouf AL-DAOUALIBI distingue les prêts de production des prêts de consommation au motif que les versets relatifs au *riba* sont étroitement liés aux injonctions d'alléger la condition des nécessiteux et des plus faibles²⁸⁴. Pour le savant, la prohibition du *riba* ne devrait alors concerner que les prêts de consommation²⁸⁵. Le cheikh Muhammad Sayyid TANTAWI, recteur d'Al-Azhar au Caire²⁸⁶, adopte une position libérale en admettant la perception d'intérêts sur des dépôts bancaires²⁸⁷. Dans une fatwa du 2 décembre 2002, le cheikh légitime les transactions dans lesquelles les rendements ou les profits sont prédéterminés tant que la transaction est conclue par consentement mutuel. Il s'inscrit en cela dans la continuité de Khallaf qui se prononçait en faveur du versement d'un profit déterminé en contrepartie de l'investissement²⁸⁸. L'opération

²⁷⁷ *Ibid.*

²⁷⁸ V. *infra* paragr. 77 et s.

²⁷⁹ Pour un résumé des arguments des auteurs modernistes, v. ALDEEB ABU-SAHLIEH, Sami Awad, *Religion et droit dans les pays arabes*, Presses universitaires de Bordeaux, 2008, p. 488 et s.

²⁸⁰ *Ibid.*, p. 489.

²⁸¹ Coran, sourate 3, verset 130.

²⁸² COMAIR-OBEID, Nayla, *Les contrats en droit musulman des affaires*, Economica, 1995, p. 51.

²⁸³ ALDEEB ABU-SAHLIEH, Sami Awad, *op. cit.*, p. 489.

²⁸⁴ DAOUALIBI, Maarouf, « La théorie de l'usure en droit musulman » in *Travaux de la Semaine internationale de droit musulman*, Paris 2-7 juillet 1951, Sirey, 1952, p. 139 et s., spéc. p. 140.

²⁸⁵ *Ibid.*, p. 142.

²⁸⁶ Al-Azhar compte parmi les plus anciennes et les plus prestigieuses universités islamiques.

²⁸⁷ EL-GAMAL, Mahmoud, *Finance islamique*, De Boeck, 2010, p. 178.

²⁸⁸ *Ibid.*, p. 181-182.

n'est pas entachée de *riba* parce qu'elle n'est pas analysée comme une relation entre déposant et dépositaire mais comme un partenariat d'investissement.

69 Maintien de la position classique. Les arguments développés par les modernistes ne convainquent pas les moralistes, majoritaires, représentés par le cheik Youssef AL-QARADAWI²⁸⁹. Le savant réfute les arguments favorables à la perception d'intérêts. Il reprend la théorie d'Aristote selon laquelle l'argent n'est pas un bien productif²⁹⁰ et rejette la prohibition du *riba* au seul prêt de consommation. Pour lui, la relation entre l'épargnant et la banque ne doit pas être perçue comme un partenariat d'investissement mais comme des rapports entre créancier et débiteur puisqu'il y voit un prêt. Le *riba* sous toutes ses formes est proscrit, ce qui inclut un taux d'intérêt faible²⁹¹. En 1986, l'Académie du *Fiqh* instituée par l'Organisation de la conférence islamique²⁹² a considéré que toute transaction accompagnée d'intérêt était nulle²⁹³. Au Pakistan, la Cour Fédérale de la Charia a affirmé le 14 novembre 1991 que le *riba*, sous toutes ses formes et manifestations, était interdit par l'islam²⁹⁴.

70 Les raisons de la prohibition. M. Ali TOUSSI a recensé les différentes raisons justifiant la prohibition du *riba*²⁹⁵. Parmi les plus significatives nous pouvons citer :

- Le *riba* est une charge financière injuste pour l'économie qui fait reposer le poids de l'intérêt sur les consommateurs. Le producteur doit nécessairement intégrer le coût de l'intérêt au prix de la chose ;
- Le *riba* dévoie la monnaie de ses fonctions initiales d'échange et de mesure de la valeur. L'auteur fait sienne la pensée d'Al-Ghazali affirmant que la monnaie est sans valeur *per se* ;
- La pratique du *riba* décourage l'investissement dans l'économie réelle ce qui réduirait les capacités de production ;

²⁸⁹ ALDEEB ABU-SAHLIEH, Sami Awad, *Religion et droit dans les pays arabes*, Presses universitaires de Bordeaux, 2008, p. 493-494.

²⁹⁰ Aristote, *Politique*, Livre I, 1258 b. Pour une présentation de la pensée d'Aristote v. nos développements *infra* paragr. 77 et s.

²⁹¹ ALDEEB ABU-SAHLIEH, Sami Awad, *op. cit.*, p. 493-494.

²⁹² Devenue en 2011 l'Organisation de la coopération islamique.

²⁹³ WARDE, Ibrahim, *Islamic finance in the global economy*, Edinburgh University Press, 2010, p. 54.

²⁹⁴ Cour fédérale de la Charia du Pakistan, 14 nov. 1991. Décision disponible sur :

< <http://www.federalshariatcourt.gov.pk/Leading%20Judgements/Judgment%20on%20Riba.pdf> > (Consulté le 7 mai 2020)

²⁹⁵ TOUSSI, Ali, *Le taux d'intérêt dans un système financier islamique*, L'Harmattan, 2010, p. 75-85.

- Le *riba* entraîne la concentration des richesses au profit d'une minorité représentée notamment par les prêteurs ;

M. Mohammad Nejatullah SIDDIQI a répertorié cinq raisons qu'il fait reposer sur les versets du Coran²⁹⁶. Le *riba* participerait à la corruption de la société, le texte sacré y fait référence à la sourate 30²⁹⁷. Il permettrait de s'emparer injustement de la propriété d'autrui²⁹⁸. Contrairement à l'aumône, le *riba* a un effet négatif sur la croissance²⁹⁹. Il avilie l'être humain qui le pratique, le vouant à la damnation³⁰⁰. Enfin, le *riba* est un moyen injuste de s'enrichir contraire à l'ordre moral islamique³⁰¹. Cette éthique, au cœur du droit islamique, restreint la liberté contractuelle au nom de la protection du plus faible³⁰². L'ordre moral islamique assure le respect de la justice commutative en veillant à l'équilibre des prestations³⁰³. Ces considérations ne sont pas absentes du droit français des contrats bien qu'il demeure empreint de la philosophie libérale originelle, notamment en refusant, par principe, de faire du défaut d'équivalence des prestations une cause de nullité du contrat³⁰⁴. Il ne peut être nié que la justice contractuelle est aujourd'hui un principe directeur du droit français des contrats³⁰⁵. Elle est d'ailleurs présentée comme un objectif de la réforme du droit des contrats dans le *Rapport au Président de la République* où son occurrence témoigne de son importance³⁰⁶.

71 La traduction du terme *riba*. Au regard des constructions des légistes, il convient d'admettre que ni « intérêt » ni « usure » ne sont des termes idoines pour traduire le *riba* en langue française. Si les auteurs les emploient c'est au mieux à visée pédagogique, quand ce n'est pas en raison d'une connaissance restreinte de la notion se limitant au seul *riba al-nasi'ah*. On ne saurait voir dans le *riba al-fdal* de l'intérêt, pourtant il est proscrié. Par contre, l'intérêt généré à l'occasion du report d'une dette

²⁹⁶ SIDDIQI, Mohammad Nejatullah, *Riba, Bank interest and the rationale of its prohibition*, Islamic Development Bank, 2004, p. 41-45.

²⁹⁷ Coran, sourate 30, versets 39 à 41.

²⁹⁸ Coran, sourate 4, verset 161 : « [...]parce qu'ils ont pratiqué l'usure qui leur était pourtant défendue, parce qu'ils ont mangé injustement les biens des gens ».

²⁹⁹ Coran, sourate 2, verset 276.

³⁰⁰ Coran, sourate 2, verset 275.

³⁰¹ SIDDIQI, Mohammad Nejatullah, *Riba, Bank interest and the rationale of its prohibition*, Islamic Development Bank, 2004, p. 45.

³⁰² Sur l'importance de l'ordre moral islamique v. la thèse remaniée de COMAIR-OBEID, Nayla, *Les contrats en droit musulman des affaires*, Economica, 1995.

³⁰³ JAHEL, Sélim, *La place de la Chari'a dans les systèmes juridiques des pays arabes*, Éd. Panthéon-Assas, 2012, p. 349 et s.

³⁰⁴ C. civ., art. 1108. Sur ce point, v. nos développements à la section suivante.

³⁰⁵ Sur ce point, v. GHESTIN, Jacques, LOISEAU, Grégoire et SERINET, Yves-Marie, *La formation du contrat. Tome 1, le contrat, le consentement*, LGDJ : Lextenso éditions, 2013, paragr. 364 et s.

³⁰⁶ Rapport au Président de la République relatif à l'ordonnance n° 2016-131 du 10 février 2016 portant réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations : JO, 11 février 2016, n°0035, texte n°25.

peut être source d'un défaut d'équivalence des prestations, le terme constituant, au regard du droit islamique, un bénéfice sans équivalent³⁰⁷. Cela n'empêche pas la mise en place d'expédients afin de contourner la rigueur de la prohibition. Le contrat *murabaha* par lequel le financier achète le bien désiré par le client puis lui revend à un prix supérieur est admis par les savants musulmans³⁰⁸. On peut pourtant analyser la marge comme une forme d'intérêt. Pour ces raisons, nous emploierons le terme arabe *riba* plutôt que ceux d'usure ou d'intérêt. Il est de ces mots qui correspondent à une notion *sui generis* ne trouvant pas de réel équivalent dans notre langue. Il convient toutefois de s'interroger sur la proximité du *riba* avec les notions du droit français.

72 Le *riba* : un enrichissement injustifié ? Du point de vue occidental, l'islamologue Joseph SCHACHT voit dans le *riba* « *un avantage monétaire sans contrepartie qui a été stipulé en faveur d'un des co-contractants, lors de l'échange de deux valeurs de type monétaire* ». Il s'agit pour l'auteur d'un enrichissement sans cause³⁰⁹. Il est rejoint sur ce point par M. François GUÉRANGER qui considère que le *riba* « *vise l'enrichissement sans cause* » et « *correspond à l'interdiction du gain sans effort ou sans responsabilité* »³¹⁰. L'expression employée par ces auteurs est impropre à transposer la notion de *riba* en droit français. A la suite de la réforme du 10 février 2016³¹¹ entraînant la disparition de la cause, l'enrichissement est dit injustifié s'il entraîne l'appauvrissement corrélatif d'autrui et qu'il ne procède ni de l'accomplissement d'une obligation ni d'une intention libérale³¹². L'enrichissement injustifié appartient à la catégorie des quasi-contrats, définis comme des « *faits purement volontaires* »³¹³. Or, le *riba* est généré par l'exécution volontaire d'une obligation née d'un acte juridique et non d'un fait. L'enrichissement injuste du droit islamique n'est pas l'enrichissement injustifié du droit français.

73 Le *riba* : la lésion ? A travers l'étude des règles islamiques, des auteurs ont perçu dans le *riba* une forme de lésion. M. Dahman BEN ABDERRAHMANE estime qu'il

³⁰⁷ CHÉHATA, Chafik, *Théorie générale de l'obligation en droit musulman hanéfite*, Sirey, 1969, paragr. 73.

³⁰⁸ Sur ce contrat, v. nos développements dans le second titre de la seconde partie.

³⁰⁹ SCHACHT, Joseph, *Introduction au droit musulman*, Maisonneuve et Larose, 1999, p. 124.

³¹⁰ GUÉRANGER, François, *Finance islamique*, Dunod, 2009, p. 34.

³¹¹ Ordonnance n° 2016-131 du 10 février 2016 portant réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations.

³¹² C. civ., art. 1303 et s.

³¹³ C. civ., art. 1300.

s'agit de « *la lésion anormale résultant de l'exploitation par le créancier de l'état dans lequel s'est trouvé son débiteur* »³¹⁴. Dans sa thèse, M. Ibrahim-Zeyyad CEKICI rappelle l'origine étymologique du mot « *riba* » qui sous-entend « *l'abus et la lésion* ». Il en adopte la définition suivante « *tout excédent, tout surplus, qualitatif et/ou quantitatif généré au cours d'une transaction* »³¹⁵. A l'aune de notre étude, nous suggérons que le *riba* est une forme du déséquilibre contractuel tel que le conçoit le *fiqh*. Dès qu'un contractant réalise un profit au détriment d'un autre lors de l'échange de choses *ribawi*, autrement dit, quand l'équivalence des prestations n'est pas respectée, le *riba* est caractérisé³¹⁶. En ce sens M. François GUERANGER soutient que les principes d'équivalence et d'équité gouvernent les contrats islamiques ; « *l'égalité étant le but des contractants* »³¹⁷. La description du *riba* par M. Hamid ALGABID nous conforte dans notre vision. Pour l'ancien secrétaire général de l'OCI, l'avantage génère le *riba* en rompant l'équité³¹⁸. De là vient l'obligation de simultanéité imposée par certains hadiths, et ce, afin de respecter le principe d'équivalence qui serait mis à mal en cas de transfert différé³¹⁹. Hamid ALGABID ajoute qu'au regard de la jurisprudence islamique, est susceptible de *riba* tout contrat favorisant le plus puissant des contractants³²⁰. Ainsi, le *riba* est un déséquilibre contractuel résultant du défaut d'équivalence économique des prestations causant un enrichissement injuste.

Lato sensu, la lésion désigne « *l'atteinte portée aux intérêts d'un individu* » et, dans une acception propre au droit des contrats, « *une forme particulière de déséquilibre contractuel* »³²¹. Carbonnier la décrit comme « *le préjudice pécuniaire que cause à l'une des parties l'inégalité de valeur entre la prestation qu'elle fournit et celle qu'elle reçoit* »³²². L'article 1168 du Code civil évoque la lésion, bien que le terme soit absent du texte, en posant le principe selon lequel le défaut d'équivalence des prestations n'est pas une cause de nullité dans les contrats synallagmatiques. Cette indifférence de la

³¹⁴ BEN ABDERRAHMANE, Dahman « Le droit musulman fondement d'une finance alternative relative sur l'économie réelle et le partage du risque » in CENTRE FRANÇAIS DE DROIT COMPARÉ, *La finance islamique*, Société de législation comparée, 2009, p. 74-75.

³¹⁵ CEKICI, Ibrahim-Zeyyad, *Le cadre juridique français des opérations de crédit islamique* [microfiche], Université de Strasbourg, 2012, paragr. 22.

³¹⁶ En ce sens, v. LINANT DE BELLEFONDS, Yvon, *Traité de droit musulman comparé, Vol.1: Théorie générale de l'acte juridique*, Mouton et cie., 1965, paragr. 262.

³¹⁷ GUÉRANGER, François, *Finance islamique*, Dunod, 2009, p. 48.

³¹⁸ ALGABID, Hamid, *Les banques islamiques*, Economica, 1990, p. 41. « *L'usure sur les échanges est fondée tout entière sur cette notion d'avantage, c'est-à-dire sur l'inéquité pouvant être introduite dans les échanges lorsque l'une des parties reçoit un avantage sans fourniture de contrepartie* »

³¹⁹ ALGABID, Hamid et GAVALDA, Christian, *Les Banques islamiques*, Economica, 1990, p. 42.

³²⁰ *Ibid.*, p. 44.

³²¹ CHANTEPIE, Gaël, v° Lésion in MAZEAUD Denis, BOFFA Romain et BLANC Nathalie (dir.), *Dictionnaire du contrat*, LGDJ, 2018, p. 705.

³²² CARBONNIER, Jean, *Droit civil, T. 2: Les biens, les obligations*, PUF, 2017, paragr. 993.

lésion en droit commun est cependant assortie d'exceptions qui admettent la sanction en certains domaines³²³. Selon le Pr Gaël CHANTEPIE, la lésion « *est une rupture de la justice contractuelle. Plus précisément, elle est un déséquilibre en valeur* »³²⁴. Elle traduit, pour l'auteur, « *l'injustice du contrat* »³²⁵. Ainsi, le *riba* et la lésion ont en commun d'être un préjudice né du déséquilibre économique objectif des prestations à l'occasion d'un contrat synallagmatique, onéreux et commutatif. A cet égard, l'usure, entendue dans une acception moderne qui renvoie en droit français au taux d'intérêt excessif³²⁶, est analysée par certains auteurs comme une variété de la lésion³²⁷. Le *riba* et la lésion sont une atteinte à la justice contractuelle qui vise à une équivalence objective des prestations³²⁸. En cela, nous estimons fondé d'analyser le *riba* comme le pendant islamique de la lésion. Cette proximité entre les deux notions apparaît davantage à l'aune d'une approche comparative entre le *riba* et des principes similaires dans d'autres cultures.

III] L'appréhension du riba à travers l'approche comparative

74 Intérêt de l'approche comparative. Etudier les principes similaires dans d'autres systèmes pourrait être perçu comme une digression inappropriée. Ce serait méconnaître l'influence qu'ils ont pu avoir dans la conceptualisation du *riba*. Mahomet n'ayant pu préciser la notion, les savants musulmans se sont inspirés des penseurs grecs au travers des écrits qu'ils ont découverts dans les pays conquis³²⁹. Bien que n'étant pas interdit par la législation de la Grèce antique, le prêt à intérêt était dénoncé par les philosophes (A). Il faut encore, afin d'appréhender le *riba*, s'intéresser aux autres religions abrahamiques dont l'islam se veut être la continuité (B).

³²³ V. *infra* nos développements consacrés à la prohibition du *riba* en droit français.

³²⁴ CHANTEPIE, Gaël, *La lésion*, LGDJ, 2006, paragr. 30.

³²⁵ *Ibid.*, paragr. 77.

³²⁶ C. consom., art. 314-6.

³²⁷ V. CARBONNIER, Jean, *Droit civil, T. 2: Les biens, les obligations*, PUF, 2017, paragr. 993, spéc. p. 2051 et s. TERRÉ, François, SIMLER, Philippe, LEQUETTE, Yves *et al.*, *Droit civil*, 12^e éd., Dalloz, 2018, paragr. 433 et s.spéc. p. 488.

³²⁸ Sur ce point v. CHÉHATA, Chafik, *Théorie générale de l'obligation en droit musulman hanéfite*, Sirey, 1969, paragr. 46. L'auteur affirme que « *l'équilibre n'est que l'équivalence parfaite des prestations, ainsi que l'exige la justice commutative* ».

³²⁹ Ishaq Ibn Hunayn a traduit l'Éthique à Nicomaque au IX^e siècle et a largement contribué à sa diffusion dans le monde islamique, v. HASSAN, Hussein, « Contracts in Islamic Law: The principles of Commutative Justice and Liberality », *Journal of Islamic Studies* 2002, Vol. 13, n°3, p. 262 ; EGE, Ragip, « La question de l'interdiction de l'intérêt dans l'histoire européenne. Un essai d'analyse institutionnelle », *Revue économique* 2014/2 (Vol. 65), p. 399.

A) Dans la Grèce Antique

75 La pratique répandue du prêt à intérêt en Grèce. Pays méditerranéen à la croisée de l'Occident de l'Orient, la Grèce antique doit sa puissance au commerce maritime grâce auquel elle importe le blé que ses terres ne produisent pas. Pour financer les expéditions, les cités recourent au prêt à intérêt sous deux formes que sont le prêt maritime et le prêt terrestre. Le premier, aussi connu sous le nom de prêt à la grosse aventure, connaissait des taux variant entre 20% et 40%³³⁰ et pouvant atteindre 60%³³¹. Ces taux, que l'on qualifierait aujourd'hui d'usuraires, étaient justifiés par les risques inhérents au transport maritime. Ainsi, ils étaient fonction de la destination du navire, de la durée du voyage ou encore de la situation économique et politique. Dans le cadre du prêt terrestre, le risque se limitait à l'insolvabilité du débiteur, en conséquence les taux s'élevaient de 12%³³² à 16³³³-18% selon que le prêt était commercial ou non³³⁴.

76 Licéité du prêt à intérêt en Grèce. A Athènes, l'attitude libérale du législateur a permis l'essor du prêt à intérêt qui s'avéra d'autant plus oppressif pour les citoyens que les lois de Dracon admettaient la contrainte par corps³³⁵. La révolte du peuple à l'encontre de ces lois iniques conduisit à l'élection de Solon en tant qu'archonte. Selon Aristote, il s'avéra être un juste conciliateur attaquant tour à tour le peuple et les nobles pour mettre un terme aux dissensions³³⁶. La lecture de Plutarque nous apprend que la première ordonnance de Solon abolit toutes les dettes et mit un terme à la contrainte par corps³³⁷, ce que confirme Aristote³³⁸. Les lois de Solon, s'il est incontestable qu'elles soulagèrent le peuple, ne prohibèrent pas le prêt à intérêt qui continua de se pratiquer avec des taux élevés conduisant à sa dénonciation par les philosophes.

77 L'héritage de Platon dans la pensée d'Aristote. On doit à Aristote une critique acerbe du prêt à intérêt qui influença les théologiens monothéistes. Le philosophe est

³³⁰ COLAS DE LA NOUE, Edouard, *Du prêt à intérêt en Grèce, à Rome en Judée, dans le droit canonique, le droit barbare et les coutumes féodales d'après les ordonnances du roi de France, le code Napoléon, les lois de 1807 et de 1850, suivi d'une étude sur les législations étrangères et sur les réformes à introduire dans le droit français*, Thèse de doctorat, A. Durand et Pedone-Lauriel, 1867, p. 10-11.

³³¹ TOUSSI, Ali, *Le taux d'intérêt dans un système financier islamique*, L'Harmattan, 2010, p. 25.

³³² BÉNASSY-QUÉRÉ, Agnès, BOONE, Laurence et COUDERT, Virginie, *Les taux d'intérêt*, La Découverte, 2015, p. 4.

³³³ COLAS DE LA NOUE, Edouard, *op. cit.*, p. 9.

³³⁴ TOUSSI, Ali, *op. cit.*, p. 25.

³³⁵ ARISTOTE, *Constitution d'Athènes*, chap. IV.

³³⁶ ARISTOTE, *Constitution d'Athènes*, chap. V.

³³⁷ PLUTARQUE, *Vie de Solon*, XX.

³³⁸ ARISTOTE, *Constitution d'Athènes*, chap. VI.

empreint de la pensée de Platon dont il fut le disciple à l'Académie. *Les lois* sont l'occasion pour Platon de mettre en place un dialogue sur la législation d'une cité qui aspire à la perfection. Au Livre V, l'Athénien, personnage qui pourrait être Platon lui-même, envisage que dans une telle cité, on ne déposera pas d'argent chez une personne en qui l'on n'a pas confiance, pas plus que l'on ne prêtera à intérêt ; autrement il sera permis à l'emprunteur de ne rendre ni intérêts, ni capital³³⁹.

78 La stérilité de la monnaie. Aristote fait sienne les idées de son maître pour mieux les développer. Dans *La Politique*, il dénonce l'intérêt parce qu'il est un mode d'acquisition né de l'argent lui-même³⁴⁰. L'auteur emploie pour cela le mot grec *τόκος* qui, s'il désigne les intérêts, signifie aussi l'enfantement, le produit. Or, l'argent ne saurait engendrer de l'argent, ce serait contraire à la nature. En cela, il estime que c'est à juste titre que l'on exècre le prêt à intérêt qui dévoie l'argent de sa fonction originelle : l'échange³⁴¹. Cette fonction, le Stagirite la réaffirme dans le Livre V de *l'Ethique à Nicomaque* où il suggère une origine conventionnelle de la monnaie. Au Livre IV du même ouvrage, il assimile aux proxénètes les usuriers qui prêtent de petites sommes à gros intérêts et ne sont animés que par la cupidité³⁴².

79 La conception du juste : justice distributive et justice corrective. Dans *l'Ethique à Nicomaque*, Aristote distingue la justice distributive de la justice corrective. La première impose que, dans la société, la répartition des droits, des devoirs, des richesses ou des choses communes se fassent en fonction du mérite de chacun³⁴³. Elle est qualifiée de « justice géométrique » car le juste est ce qui est proportionnel à la contribution de la personne et l'injuste ce qui se situe en dehors de cette proportion³⁴⁴. Cette forme de justice a vocation à régir notamment les relations entre la société et la personne.

³³⁹ PLATON, *Les lois*, Livre V.

³⁴⁰ ARISTOTE, *La politique*, Livre I, 1258 b « on a surtout raison d'exéquer l'usure, parce qu'elle est un mode d'acquisition né de l'argent lui-même, et ne lui donnant pas la destination pour laquelle on l'avait créé. L'argent ne devait servir qu'à l'échange ; et l'intérêt qu'on en tire le multiplie lui-même, comme l'indique assez le nom que lui donne la langue grecque. Les pères ici sont absolument semblables aux enfants. L'intérêt est de l'argent issu d'argent, et c'est de toutes les acquisitions celle qui est la plus contraire à la nature ». D'après la traduction de Jules TRICOT, Vrin, 1997.

³⁴¹ *Ibid.*

³⁴² ARISTOTE, *L'Ethique à Nicomaque*, Livre IV, 1121b-1122a.

³⁴³ *Ibid.*, 1130b-1131a.

³⁴⁴ *Ibid.*, 1131b.

La justice corrective³⁴⁵ intéresse les relations privées, qu'elles résultent d'un contrat ou d'un délit³⁴⁶. Il n'est plus question de proportion géométrique mais arithmétique, le juste est l'égalité et l'injuste l'inégalité³⁴⁷. Il appartient au juge de restaurer l'égalité quand elle est rompue et d'attribuer une part égale à chacun des contractants. Il convient de mettre les contractants sur un pied d'égalité de sorte que les prestations échangées soient de même valeur³⁴⁸. L'auteur se prononce en faveur d'une appréciation objective de l'équivalence des prestations³⁴⁹. La valeur des prestations doit être mesurée au moyen d'un étalon unique de sorte que, dans l'exemple d'Aristote, « *il y aura dès lors réciprocité, quand les marchandises ont été égalisées de telle sorte que le rapport entre cultivateur et cordonnier soit le même qu'entre l'œuvre du cordonnier et celle du cultivateur* »³⁵⁰. La prohibition du *riba* est, au regard de la définition d'Aristote, un instrument de la justice corrective en imposant une égalité arithmétique des prestations. Il est certain que l'œuvre d'Aristote a inspiré les légistes musulmans dans la construction doctrinale du *riba*³⁵¹, le célèbre auteur malékite Averroès est notamment connu pour ses commentaires du penseur grec.

80 Reprise de la pensée d'Aristote par Plutarque. Moins connu est le pamphlet de Plutarque sur le prêt à intérêt au sein des *Œuvres morales*. Le titre résume l'injonction adressée par l'auteur grec³⁵², *Qu'il ne faut pas emprunter à usure*. Postérieure aux écrits de Platon et d'Aristote, l'œuvre reprend les idées des deux philosophes. A l'instar de Platon, Plutarque est favorable à un cadre légal restreignant le prêt à intérêt. Là où son illustre prédécesseur se prononçait pour une interdiction, l'auteur du pamphlet suggère qu'on ne puisse y recourir qu'en cas de nécessité impérieuse³⁵³. Plutarque fait référence à la stérilité de l'argent selon Aristote quand il dénonce les usuriers qui tirent un intérêt de ce qui n'existe pas, mais se moquent des philosophes qui disent que rien ne se fait de rien³⁵⁴. On décèle aussi une critique de l'anatocisme quand il affirme que l'intérêt

³⁴⁵ Également désigné sous l'expression de justice commutative parce qu'elle concerne les échanges, v. FABRE-MAGNAN, Muriel, *Droit des obligations. 1, Contrat et engagement unilatéral*, Presses universitaires de France, 2016, paragr. 10.

³⁴⁶ *Ibid.*, 1131a.

³⁴⁷ *Ibid.*, 1132a.

³⁴⁸ *Ibid.*, 1133a.

³⁴⁹ *Contra*, v. CHÉNEDÉ, François, *Les commutations en droit privé*, Economica, 2008, paragr. 257 et s.

³⁵⁰ ARISTOTE, *L'Éthique à Nicomaque*, 1133a. Livre IV, D'après la traduction de Jules TRICOT, Vrin, 1997.

³⁵¹ Ishaq Ibn Hunayn a traduit l'Éthique à Nicomaque au IX^e siècle et a largement contribué à sa diffusion dans le monde islamique, v. HASSAN, Hussein, « Contracts in Islamic Law: The principles of Commutative Justice and Liberality », *Journal of Islamic Studies* 2002, Vol. 13, n°3, p. 262 ; EGE, Ragip, « La question de l'interdiction de l'intérêt dans l'histoire européenne. Un essai d'analyse institutionnelle », *Revue économique* 2014/2 (Vol. 65), p. 399.

³⁵² Plutarque (46-125), auteur grec de nationalité romaine.

³⁵³ PLUTARQUE, *Qu'il ne faut pas emprunter à usure*, 827e-827f.

³⁵⁴ *Ibid.*, 829c.

enfante encore de l'intérêt³⁵⁵. A quoi sert-il, se demande Plutarque, que Solon ait aboli la contrainte par corps si les Athéniens sont soumis aux usuriers?³⁵⁶ Le prêt à intérêt n'est rien moins qu'un esclavage³⁵⁷ auquel on a consenti³⁵⁸. Pour ces raisons, l'usurier est décrit comme un véritable tyran³⁵⁹ qui n'hésite pas à faire des faux³⁶⁰ par cupidité et s'acharne sur les débiteurs³⁶¹ tel un vautour affamé qui dévore les entrailles de sa proie³⁶².

81 Dérision du prêt à intérêt par Aristophane. Dénoncé par les philosophes, le prêt à intérêt est tourné en dérision par le poète Aristophane. Dans *Les Nuées*, un débiteur surendetté demande à son créancier s'il croit que la mer est plus grande qu'autrefois. Lorsque ce dernier répond qu'« *il ne serait pas juste qu'elle grandisse* », le débiteur s'emporte : « *Eh bien alors, misérable, comment, la mer ne grossissant pas des fleuves qui s'y jettent, essaies-tu, toi, de faire grossir ton argent ? Ne vas-tu pas déguerpir loin de la maison ? Qu'on m'apporte un bâton !* »³⁶³.

82 Pensée contraire de Démosthène. A contre-courant de ces penseurs, Démosthène manifestait un engouement certain pour le prêt à intérêt. Dans l'un de ses plaidoyers, auxquels il doit sa renommée, il défendit le prêt maritime, faisant valoir que le débiteur est avantagé car il reçoit immédiatement les fonds contre une simple promesse écrite de remboursement³⁶⁴. A en croire l'orateur, le créancier encourrait davantage de risques et ne pourrait compter que sur les juges et la loi. Démagogue, Démosthène n'hésita pourtant pas, dans une autre affaire, à qualifier son adversaire d'usurier spéculant sur les malheurs d'autrui³⁶⁵ alors qu'il la pratiqua lui-même³⁶⁶. Plutarque, lorsqu'il accuse Démosthène de ne pas être insensible aux cadeaux des rois, ajoute qu'il ne faut pas s'étonner des actions d'un homme qui « *plaçait son argent à usure sur les vaisseaux* ». Sans doute plus sensibles aux arguments de Démosthène qu'aux idées des philosophes,

³⁵⁵ *Ibid.*

³⁵⁶ *Ibid.*, 828f.

³⁵⁷ *Ibid.*, 829f.

³⁵⁸ *Ibid.*, 828c.

³⁵⁹ *Ibid.*, 828e.

³⁶⁰ *Ibid.*, 829d.

³⁶¹ *Ibid.*, 831b.

³⁶² *Ibid.*, 829-829a.

³⁶³ ARISTOPHANE, TALBOT, Eugène (trad.), *Aristophane : traduction nouvelle*. Tome 1. Paris : Alphonse Lemerre, 1897, p. 230-231.

³⁶⁴ DEMOSTHENE, Darios contre Dionsydore.

³⁶⁵ DEMOSTHENE, Apollodore contre Stephanos.

³⁶⁶ DEMOSTHENE, Darios contre Dionsydore.

les Athéniens ne se révoltèrent plus comme au temps de Solon. Le prêt à intérêt s'est maintenu en Grèce, malgré les condamnations morales, comme il le fit parmi les juifs, dans le monde musulman et l'Europe chrétienne. La prohibition du prêt à intérêt et, au-delà, la justice dans les contrats sont pourtant des points communs aux trois religions du Livre.

B) Dans les religions du Livre

83 Le prêt à intérêt dans le judaïsme et le christianisme. L'islam s'inscrivant dans la continuité des religions du Livre, il n'est pas déconcertant de constater une similarité entre la notion de *ribbit* du droit talmudique et celle de *riba* (1). Inspirée elle aussi des textes grecs, la doctrine de l'Eglise catholique sur le prêt à intérêt et la justice commutative se rapproche de celle du *fiqh* sans toutefois pouvoir être entièrement assimilée à celle-ci (2).

1) Dans le droit talmudique

84 Etymologie commune au *riba*. Le judaïsme connaît une prohibition comparable à celle du *riba* qu'il désigne par le terme *ribbit*. M. Abraham WEINGORT nous apprend que le terme dérive du mot *rav* qui signifie « plus », « trop »³⁶⁷. Pour l'auteur, le *ribbit* désigne en conséquence un surplus non dû qui correspond à la rémunération du délai³⁶⁸. Outre une certaine homonymie, la définition du terme hébreu n'est pas sans rappeler celle du *riba al-nasi'ah*. Là encore le temps est un facteur déterminant.

85 Condamnation du prêt à intérêt dans la bible juive. L'interdiction du *ribbit*, dont les contours ont été précisés par le droit talmudique, n'est pas pour autant une pure création doctrinale. Les fondements de la règle se trouvent dans les textes sacrés de la Bible qui semblent admettre une forme de discrimination dans la pratique du prêt à intérêt. Dans le livre de l'Exode, Moïse s'adresse aux israélites au nom de Dieu : « Si

³⁶⁷ WEINGORT, Abraham, *Intérêt et crédit dans le droit talmudique*, Librairie générale de droit et de jurisprudence, 1979, p. 1.

³⁶⁸ *Ibid.*

tu prêtes de l'argent à quelqu'un de mon peuple, à un pauvre parmi tes frères, tu n'agiras pas envers lui comme un usurier, tu ne lui imposeras pas d'intérêts »³⁶⁹. A priori, le peuple dont il est question serait celui des hébreux. A nouveau dans le Lévitique, Moïse rapporte la parole de Dieu « *Ne tire de [ton frère] ni intérêt ni profit : tu craindras ton Dieu, et tu laisseras vivre ton frère avec toi* »³⁷⁰; « *Tu ne lui prêteras pas de ton argent pour en tirer du profit ni de ta nourriture pour en percevoir des intérêts* »³⁷¹.

86 Prohibition du prêt à intérêt entre juifs. Le Lévitique dissipe les doutes qui pouvaient exister à la lecture du livre de l'Exode en généralisant la prohibition du prêt à intérêt pas seulement aux pauvres mais à tous les « frères ». La discrimination opérée par la Torah entre juifs et *goïm* est plus marquée dans le Deutéronome qui énonce d'abord « *Tu ne feras à ton frère aucun prêt à intérêt : qu'il s'agisse d'argent, de nourriture ou de quoi que ce soit qui puisse rapporter des intérêts* »³⁷²; puis ensuite « *À un étranger, tu pourras prêter à intérêt, mais pas à ton frère, afin que le Seigneur ton Dieu te bénisse dans toutes tes entreprises sur la terre où tu vas entrer pour en prendre possession* »³⁷³.

Saint Ambroise suggère pourtant que le mot « étranger » renvoie aux sept peuples de Canaan et non pas aux *goïm*³⁷⁴. M. Edouard COLAS DE LA NOUE n'adhère pas, dans sa thèse, à cette interprétation. L'auteur s'appuie sur un passage du Deutéronome pour justifier que le prêt à intérêt, s'il est interdit entre Hébreux, est « *non-seulement toléré, mais formellement permis* » envers les non-juifs : « *tu prêteras à de nombreuses nations mais tu n'emprunteras pas* »³⁷⁵. Notons que dans ce passage, il n'est nullement fait mention de l'intérêt à la différence de ceux précédemment cités. Rien ne permet d'affirmer qu'il rend licite pour les Hébreux le prêt à intérêt accordé à un *goy*. Le prêt aux nations se limite, peut-être, au seul prêt à titre gratuit. En ce sens, la lecture des Psaumes, bien qu'ils soient des chants et non la parole de Dieu, justifie notre

³⁶⁹ Exode, XXII, 24

³⁷⁰ Lévitique, XXV, 36

³⁷¹ Lévitique, XXV, 37.

³⁷² Deutéronome, XXIII, 20

³⁷³ Deutéronome, XXIII, 21

³⁷⁴ SAINT AMBROISE, in *Tombiam*, cap. 15 cité par COLAS DE LA NOUE, Edouard, *Du prêt à intérêt en Grèce, à Rome en Judée, dans le droit canonique, le droit barbare et les coutumes féodales d'après les ordonnances du roi de France, le code Napoléon, les lois de 1807 et de 1850, suivi d'une étude sur les législations étrangères et sur les réformes à introduire dans le droit français*, Thèse de doctorat, A. Durand et Pedone-Lauriel, 1867, p. 87.

³⁷⁵ Deutéronome XV, 6

considération. Ainsi lit-on que l'homme qui séjournera au côté de l'Éternel est celui qui « *prête son argent sans intérêt, n'accepte rien qui nuise à l'innocent. Qui fait ainsi demeure inébranlable* »³⁷⁶. Citons enfin Ézéchiel : « *l'homme qui ne prête pas à intérêt, ne pratique pas l'usure, qui détourne sa main du mal, tranche équitablement entre deux adversaires* »³⁷⁷.

87 L'absence de risque et le défaut d'équivalence des prestations dans le *ribbit*. Les raisons avancées pour justifier la prohibition du *ribbit* évoquent celles du *riba*. Les Sages du Talmud³⁷⁸ ont élargi l'interdiction du *ribbit* aux transactions commerciales³⁷⁹. L'argument selon lequel l'intérêt correspond à la contrepartie de la perte du droit pour le créancier de jouir de son argent pendant un temps donné n'est pas recevable. A la différence du partenariat d'investissement, le créancier ne partage pas les risques avec le débiteur. Puisque ce dernier doit les supporter seul tout en faisant fructifier l'argent du créancier, on constate un « *déséquilibre des prestations* » qui est contraire à l'esprit de la Torah³⁸⁰. Il n'est alors pas permis d'augmenter le prix de la vente en contrepartie d'un paiement différé sans enfreindre la règle. M. Abraham WEINGORT affirme que le déséquilibre des prestations n'est pas l'unique conséquence de la pratique du prêt à intérêt. Cette hypothèse se rencontre, selon l'auteur, dans le cadre d'une économie avancée avec les prêts d'investissement. En présence d'une économie qu'il qualifie de « rurale », les prêts de consommation engendrent un déséquilibre des patrimoines permettant l'enrichissement du créancier au détriment du débiteur³⁸¹.

88 Pratique du *ribbit* malgré sa prohibition. Il est un fait que le prêt à intérêt s'est pratiqué aussi bien entre juifs qu'envers l'étranger. Les législations d'Europe médiévale excluaient les israélites de la plupart des métiers qu'ils auraient pu exercer en leur interdisant notamment l'affiliation aux guildes³⁸². Les juifs, considérés comme déicides par l'Eglise, n'étaient pas concernés par la prohibition du prêt à intérêt

³⁷⁶ *Psaumes*, 14, 5

³⁷⁷ *Ezéchiel*, XXVIII, 8

³⁷⁸ Le Talmud désignait la Loi transmise par voie orale. Dans son acception moderne il s'agit du recueil des commentaires de la Torah.

³⁷⁹ WEINGORT, Abraham, *Intérêt et crédit dans le droit talmudique*, Librairie générale de droit et de jurisprudence, 1979, p. 7.

³⁸⁰ *Ibid.*, p. 208-209.

³⁸¹ *Ibid.*, p. 215.

³⁸² EGE, Ragip, « La question de l'interdiction de l'intérêt dans l'histoire européenne. Un essai d'analyse institutionnelle », *Revue économique* 2014/2 (Vol. 65), p. 396.

instaurée par le droit canonique³⁸³. Aussi se tournèrent-ils, en raison des nombreuses interdictions dont ils furent victimes, vers les professions bancaires où ils acquirent la triste réputation d'usuriers que l'on retrouve dans les doctrines antisémites justifiant les exactions à leur égard³⁸⁴.

Malgré une proximité notable avec la prohibition du *riba*, celle du *ribbit* diffère en ce que la règle ne s'applique qu'entre coreligionnaires. Le droit islamique et le droit canonique ont retenu une conception plus universelle du principe.

2) Dans le droit canonique³⁸⁵

89 Faible normativité du Nouveau Testament. L'Eglise catholique reconnaît les textes de la Bible juive sous le nom d'Ancien Testament. A cela s'ajoute le Nouveau testament composé des textes relatifs à la vie de Jésus-Christ et à ses enseignements. Dans cette deuxième partie de la Bible, Dieu conclut une nouvelle Alliance non plus avec un seul peuple mais avec l'humanité. A la différence de l'Ancien Testament et du Coran, on ne peut pas parler de contenu normatif dans le Nouveau Testament tant on trouve peu de versets normatifs. Jésus renonce à se comporter en législateur du temporel quand il annonce « *Ma royauté n'est pas de ce monde* »³⁸⁶; bien qu'il ne se désintéresse pas complètement du droit « *Ne pensez pas que je sois venu abolir la Loi ou les Prophètes : je ne suis pas venu abolir, mais accomplir* »³⁸⁷. Le Christ n'abrogeant pas les lois de l'Ancien Testament, les règles relatives à la prohibition de l'intérêt demeurent applicables. Dans le Nouveau Testament, l'Alliance de Dieu avec l'humanité confère un caractère universel aux lois. La distinction entre juifs et étrangers dans la pratique du prêt n'est alors plus admissible.

90 Prohibition faite aux clercs de pratiquer le prêt à intérêt. Les catholiques ont généralisé la condamnation du prêt à intérêt sur la base du Sermon sur la montagne³⁸⁸.

³⁸³ COLAS DE LA NOUE, Edouard, *Du prêt à intérêt en Grèce, à Rome en Judée, dans le droit canonique, le droit barbare et les coutumes féodales d'après les ordonnances du roi de France, le code Napoléon, les lois de 1807 et de 1850, suivi d'une étude sur les législations étrangères et sur les réformes à introduire dans le droit français*, Thèse de doctorat, A. Durand et Pedone-Lauriel, 1867, p. 117.

³⁸⁴ *Ibid.*, p. 88.

³⁸⁵ Au cours de nos développements concernant le droit canonique, nous emploierons indifféremment les termes « d'usure » et d'« intérêt » qui étaient autrefois confondus.

³⁸⁶ *Nouveau testament*, Jean, XVIII, 36.

³⁸⁷ *Ibid.*, Matthieu, V, 21.

³⁸⁸ ALDEEB ABU-SAHLIEH, Sami Awad, *Religion et droit dans les pays arabes*, Presses universitaires de Bordeaux, 2008, p. 483 COLAS DE LA NOUE, Edouard, *Du prêt à intérêt en Grèce, à Rome en Judée, dans le droit canonique, le droit barbare*

A ses disciples le Christ professe : « *Si vous prêtez à ceux dont vous espérez recevoir en retour, quelle reconnaissance méritez-vous ? Même les pécheurs prêtent aux pécheurs pour qu'on leur rende l'équivalent. Au contraire, aimez vos ennemis, faites du bien et prêtez sans rien espérer en retour. Alors votre récompense sera grande, et vous serez les fils du Très-Haut, car lui, il est bon pour les ingrats et les méchants* »³⁸⁹. Lors du concile de Nicée en 325, les Pères de l'Eglise se réfèrent à ce passage pour interdire la pratique du prêt à intérêt aux clercs³⁹⁰. A cette époque Grégoire de Nysse assimile le prêt d'argent à intérêt au vol³⁹¹. L'interdiction ne s'applique pas aux laïcs pour qui la condamnation n'est que morale³⁹².

91 L'influence d'Aristote. Aux XIIe et XIIIe siècle, l'usure, devenu synonyme d'oppression, amène une verte critique des théologiens chrétiens qui ressuscitent les idées d'Aristote. Saint Thomas d'Aquin reprend la distinction opérée par le philosophe grec entre deux espèces de justice : « *l'une commutative qui dirige l'homme dans les conventions qui se font entre particuliers, et l'autre distributive qui distribue les choses communes dans une certaine proportion* »³⁹³. Au nom de la première, l'égalité arithmétique doit être respectée dans les contrats réalisant un échange de sorte que celui qui a reçu plus que l'autre doit lui restituer le surplus³⁹⁴. Cette conception aristotélicienne se perçoit dans la condamnation du prêt à intérêt.

92 Critique du prêt à intérêt par Saint Thomas d'Aquin. La période scolastique est illustrée par les travaux de Saint Thomas d'Aquin pour qui la pratique de l'intérêt est un péché mortel³⁹⁵. Le docteur de l'Eglise réalise une analogie avec le vin dont on ne peut à la fois vendre la propriété et l'usage puisque, en présence d'un bien fongible,

et les coutumes féodales d'après les ordonnances du roi de France, le code Napoléon, les lois de 1807 et de 1850, suivi d'une étude sur les législations étrangères et sur les réformes à introduire dans le droit français, Thèse de doctorat, A. Durand et Pedone-Lauriel, 1867, p. 92.

³⁸⁹ *Nouveau testament*, Luc, VI, 34-35.

³⁹⁰ COLAS DE LA NOUE, Edouard, *op. cit.*, p. 96.

³⁹¹ « Si quelqu'un qualifie de vol ou d'homicide l'invention pernicieuse de prêter de l'argent à intérêt, il ne commettra pas de faute: car quelle différence y a-t-il entre posséder des biens dérobés après avoir percé un mur, et posséder des biens étrangers acquis sous la contrainte de l'usure ? » cité par THOMAS D'AQUIN, Saint, *Quaestiones disputatae De malo*, q. 13, art. 4.

³⁹² TOUSSI, Ali, *Le taux d'intérêt dans un système financier islamique*, L'Harmattan, 2010, p. 31.

³⁹³ THOMAS D'AQUIN, Saint, *Somme théologique*, Secunda secundae, q. 61, art. 1 selon la traduction de l'abbé Drioux, *La Somme Théologique de Saint Thomas*, Tome 8, Belin, 1863, p. 279.

³⁹⁴ *Ibid.*, art. 2 selon la traduction de l'abbé Drioux, *op.cit.* p. 281 : « *Au contraire, dans les échanges on rend quelque chose à une personne à cause de ce qu'on a reçu comme on le voit principalement à l'égard de l'achat et la vente qui sont les contrats dans lesquels on trouve l'essence première de l'échange. C'est pourquoi il faut qu'il y ait égalité entre une chose et une autre, de telle sorte que quand on a d'un autre plus que le sien, on doit le rendre dans la même quantité à celui à qui il appartient. L'égalité a onc lei alors d'après le milieu arithmétique, qui se considère selon l'excédent égal de la quantité* ».

³⁹⁵ THOMAS D'AQUIN, Saint, *Quaestiones disputatae De malo*, q. 13, art. 4.

l'usage se confond avec la consommation. Il en irait autrement d'une maison dont l'usage ne consiste pas à la détruire. L'argent étant un bien fongible, le prêteur qui stipulerait des intérêts vendrait quelque chose qui n'existe pas³⁹⁶. A l'appui de sa démonstration Saint Thomas d'Aquin cite Aristote pour qui la fonction de l'argent est de faciliter les échanges et par conséquent d'être consommé. Le théologien admet toutefois des dérogations à la « stérilité » de l'argent au nombre desquelles on peut citer :

- Le *lucrum cessans*, correspondant au manque à gagner du prêteur. La contrepartie est ici licite car elle constitue un dédommagement et non une rémunération à condition que le préjudice soit réel³⁹⁷. Le *lucrum cessans* n'est pas une forme d'intérêt car il ne peut être fixé *ex ante*. Seule est admise la compensation de la perte éventuelle subie par le créancier qui aurait pu réaliser un profit s'il n'avait pas prêté l'argent.
- Le *damnum emergens*, la perte subie par le créancier du fait de l'inexécution du contrat par le débiteur. A nouveau il ne s'agit pas de rémunérer le prêt d'argent mais de compenser un préjudice³⁹⁸.
- L'association car « celui qui confie une somme d'argent à un marchand ou à un artisan par mode d'association, ne leur cède pas la propriété de son argent qui demeure bien à lui, de sorte qu'il participe à ses risques et périls au commerce du marchand et au travail de l'artisan; voilà pourquoi il sera en droit de réclamer, comme une chose lui appartenant, une part du bénéfice »³⁹⁹.

93 Convergences avec le *riba*. La conception de l'usure chez Saint Thomas d'Aquin est semblable à celle adoptée par le droit talmudique et le droit islamique, à savoir que les prestations doivent être regardées comme équivalentes et, qu'en conséquence, on ne peut rémunérer le délai. Ainsi, dans le cadre d'une vente, l'augmentation du prix de la chose en contrepartie d'un délai de paiement est usuraire car cette attente s'assimile à un prêt⁴⁰⁰. La proximité avec le *riba* est d'autant plus marquée que Saint Thomas d'Aquin développe la notion de juste prix dans la *Somme théologique* quand il enjoint

³⁹⁶ THOMAS D'AQUIN, Saint, *Somme théologique*, Secunda secundae, q. 78, art. 1.

³⁹⁷ *Ibid.*, art. 2, sol. 1.

³⁹⁸ *Ibid.*, q. 62, art. 4, concl.

³⁹⁹ *Ibid.*, q. 62, art. 4, sol. 5.

⁴⁰⁰ THOMAS D'AQUIN, Saint, *De emptione et venditione ad tempus*, chap. 1. ; THOMAS D'AQUIN, Saint, *Somme théologique*, Secunda secundae, q. 78, art. 2, sol. 7.

de respecter « l'égalité de la justice » dans l'achat et dans la vente⁴⁰¹. Vendre une chose au-dessus de son prix est un péché mais la détermination du juste prix ne pouvant être toujours exacte, il est admis qu'une légère augmentation ou diminution ne porte pas atteinte à la justice⁴⁰². On se souvient que le *riba* peut résulter d'une différence de qualité, de quantité ou encore des deux, et il en est de même dans la pensée de Saint-Thomas. Le docteur de l'Eglise prend l'exemple du vendeur qui croit vendre du cuivre jaune alors qu'il s'agit en réalité d'or. L'acheteur, s'il connaît la véritable qualité du produit doit l'en avertir ; à défaut il ferait un achat injuste, de même en cas d'erreur sur la qualité ou la quantité⁴⁰³. On retrouve là une conception similaire à l'ordre moral islamique.

94 L'exclusion du prêt à intérêt dans l'Europe chrétienne. L'extension aux laïcs de la prohibition de l'usure est posée par le deuxième concile de Latran⁴⁰⁴. Le canon 13 dénonce l'usure comme contraire aux lois divines et humaines. Les usuriers sont déclarés infâmes et se voient privés de sépulture chrétienne à moins qu'ils ne se repentent. Le canon 25 du troisième concile de Latran ajoute à la privation de sépulture la suspension du prêtre qui contrevient à cet ordre, et ce jusqu'à ce qu'il ait satisfait au jugement de son évêque⁴⁰⁵. En outre l'usurier ne peut être admis à la communion. Les règles sont certes affirmées antérieurement aux écrits de Saint Thomas d'Aquin, mais sa pensée a incontestablement influencé la doctrine de l'Eglise à l'égard du crédit. En témoignent les conciles postérieurs à ses écrits qui font preuve d'une sévérité allant crescendo. Le second concile de Lyon réaffirme les condamnations prononcées et interdit à toute personne de louer sa maison à un usurier⁴⁰⁶. Conscients des expédients développés par les financiers pour contourner une telle interdiction, les clercs réunis au concile de Vienne de 1311 enjoignent de les excommunier à moins qu'ils ne restituent spontanément et entièrement leurs gains usuraires. Aussi, celui qui nie le caractère illicite de l'intérêt se rend coupable d'hérésie⁴⁰⁷. A l'occasion du cinquième concile de Latran, l'Eglise précise que l'usure consiste à tirer, sans travail, sans dépense

⁴⁰¹ THOMAS D'AQUIN, Saint, *Somme théologique, Secunda secundae*, q. 77, art. 1.

⁴⁰² *Ibid.*

⁴⁰³ THOMAS D'AQUIN, Saint, *Somme théologique, Secunda secundae*, q. 77, art. 2, conclusion.

⁴⁰⁴ Concile de Latran, 2^e, 1139, canon 13.

⁴⁰⁵ Concile de Latran, 3^e, 1179.

⁴⁰⁶ Concile de Lyon, 2^e, 1274 Constitution n°2, 26 « sur l'usure ».

⁴⁰⁷ Concile de Vienne (Isère), 1311, décret 29 « l'usure est un péché ».

ou sans risque, un profit ou un gain d'une chose improductive⁴⁰⁸. La conception de l'usure retenue par les catholiques rejoint celle des juristes musulmans.

95 Admission par la Réforme La réforme protestante, sous l'influence de Calvin, adopte une conception divergente de celle de l'Eglise. Dans sa lettre au banquier Claude de Sachin en 1545, le théologien légitime le prêt à intérêt. Il reconnaît le caractère néfaste de l'usure mais concède que, ne pouvant lutter contre, il convient de « *céder à l'utilité commune* »⁴⁰⁹. La théorie de la « stérilité » de l'argent est critiquée⁴¹⁰. La pensée de Calvin se résume dans cette phrase « *je ne reconnais pas encore que simplement elles nous soient défendues, sinon en tant qu'elles sont contraires à équité ou à charité* »⁴¹¹. La légitimation du prêt à intérêt s'accompagne de sept restrictions que le réformateur désigne par « exceptions ». La première d'entre elles dispose qu'on ne peut pas demander des intérêts au pauvre pas plus qu'à celui en situation difficile, tandis que la dernière impose des taux modérés⁴¹².

96 Admission du prêt à intérêt par l'Eglise. Le protestantisme n'a pas pour autant infléchi la doctrine de l'Eglise sur l'usure même si une évolution est perceptible au milieu du XVIIIe siècle au travers de l'encyclique *Vix pervenit* à l'adresse des évêques d'Italie. Le pape Benoît XIV maintient, le 1^{er} novembre 1745, la prohibition du prêt à intérêt mais reconnaît la licéité de titres extrinsèques au contrat de prêt qui permettent de recevoir plus que le capital dû⁴¹³. L'évolution des pays européens en la matière conduit l'Eglise à admettre la licéité de l'intérêt. Le canon 1543 du code de droit canonique de 1917 dispose : « *Si une chose fongible est donnée à quelqu'un en propriété et ne doit être restituée ensuite qu'en même genre, aucun gain à raison du même contrat ne peut être perçu; mais dans la prestation d'une chose fongible, il n'est pas illicite en soi de convenir d'un profit légal, à moins qu'il n'apparaisse comme immodéré, ou même d'un profit plus élevé, si un titre juste et proportionné peut être invoqué* ». La règle est absente du code de droit canonique de 1983 promulgué par le

⁴⁰⁸ Concile de Latran, 5^e, 1512-1517, session 10, 1515.

⁴⁰⁹ Nous utilisons une reproduction de la lettre de Calvin à Claude de Sachin transcrite par DOMMEN, Edouard; FAESSLER, Marc, "Calvin et le prêt à intérêt" in BICHOT, Jacques, CALVEZ, Jean-Yves et CAMDESSUS, Michel, *Pratiques financières, regards chrétiens*, Desclée de Brouwer, 2009, p. 164.

⁴¹⁰ DOMMEN, Edouard; FAESSLER, Marc, "Calvin et le prêt à intérêt" in *Ibid.*, p. 166-167.

⁴¹¹ DOMMEN, Edouard; FAESSLER, Marc, "Calvin et le prêt à intérêt" in *Ibid.*, p. 166.

⁴¹² DOMMEN, Edouard; FAESSLER, Marc, "Calvin et le prêt à intérêt" in *Ibid.*, p. 168-169.

⁴¹³ LAVIGNE, Jean-Claude, « Interdit ou toléré ? Le prêt à intérêt après Vix Pervenit (1745) », *Finance & Bien Commun* 2005/1, n°21, p. 85.

pape Jean-Paul II. Faut-il y voir la pérennisation de la licéité du prêt à intérêt ou la volonté du pape de la remettre en question ? Le *Catéchisme de l'Eglise catholique* publié en 1992 n'apporte aucune certitude, bien qu'il fasse mention de l'intérêt. Le n°2449 analyse l'interdiction du prêt à intérêt dans l'Ancien testament comme une mesure juridique destinée à protéger les pauvres. Le Catéchisme dénonce les « *systèmes financiers abusifs sinon usuraires* »⁴¹⁴ ainsi que « *les trafiquants, dont les pratiques usurières et mercantiles provoquent la faim et la mort de leurs frères en humanité* » et commettent alors indirectement un homicide⁴¹⁵.

97 Conclusion section 1. L'appréhension du *riba* est rendue complexe par son caractère protéiforme. Aux injonctions coraniques d'une certaine clarté a succédé une notion dont les contours flous sont le fruit des arguties des juristes des premiers temps de l'Islam. Malgré certaines divergences, le caractère hautement répréhensible du *riba* est unanimement admis. La raison en est qu'il génère un préjudice né du déséquilibre économique objectif des prestations lorsqu'elles ont pour objet une chose fongible considérée comme essentielle ou pouvant servir de monnaie. Or le droit islamique est imprégné par la morale et condamne ce qu'il considère être un enrichissement injuste. Il privilégie une certaine conception du contrat qui impose l'équivalence des prestations.

Au terme de notre étude quant aux principes similaires dans d'autres systèmes, on ne peut nier une proximité de ceux-ci avec la prohibition du *riba*. Les contributions des penseurs grecs et des théologiens jouent un rôle considérable, mais il s'agit aussi de l'illustration d'une logique commune qui transcende les différences culturelles. On ne saurait, pour autant, complètement assimiler le *riba* aux prohibitions du droit talmudique et du droit canonique. Le lecteur doit avoir à l'esprit que les juristes musulmans ont développé un principe complexe qui, encore de nos jours, fait débat. Pour ces raisons, aucun mot de langue française ne saurait pleinement correspondre au *riba*. Nous conseillons de maintenir le mot arabe plutôt que de le traduire. A défaut il faudrait préférer le terme « *accroissement* » à celui d'*usure*. L'originalité du *riba* apparaît comme un obstacle à sa réception dans un système juridique érigeant la liberté contractuelle au rang des principes directeurs.

⁴¹⁴ Catéchisme de l'Eglise catholique, n°2449.

⁴¹⁵ Catéchisme de l'Eglise catholique, n°2269.

Section 2 : La prohibition du *riba* en droit français

98 Des conceptions différentes mais pas d'incompatibilité. Empreint de la philosophie libérale, le droit français des contrats considère que le contrat est présumé juste lorsque les parties l'ont librement voulu⁴¹⁶. Ce principe se fonde sur le postulat que dès lors qu'elles disposent de la capacité juridique, les parties sont les mieux à même de défendre leurs intérêts. La prohibition du *riba* est à contre-courant de la conception française en ce qu'elle suppose, au contraire, une inégalité entre les contractants et le besoin de protéger la partie faible. Deux visions divergentes s'opposent, l'une sociale, l'autre libérale. En vertu de la seconde, il n'est guère souhaitable que le juge intervienne afin de modifier ou d'anéantir le contrat au motif que les prestations ne seraient pas équivalentes. Il en résulte que le droit français rejette, par principe, toute sanction du déséquilibre économique objectif du contrat **(I)**. A l'aune de ce premier constat, il ne faudrait pas en conclure hâtivement que la prohibition du *riba* ne saurait être effective. D'abord, parce qu'il est loisible aux parties d'intégrer le principe au contrat⁴¹⁷, surtout parce qu'elles peuvent observer l'une de ses conséquences majeures, la stipulation d'un intérêt n'ayant qu'un caractère facultatif **(II)**.

I] Le refus de sanctionner le défaut d'équivalence en valeur des prestations

99 Un principe relatif. L'article 1168 du Code civil dispose que « *dans les contrats synallagmatiques, le défaut d'équivalence des prestations n'est pas une cause de nullité du contrat, à moins que la loi n'en dispose autrement* ». Issu de la réforme du droit des contrats opérée par l'ordonnance du 10 février 2016, le texte conserve la conception originelle adoptée par les rédacteurs du Code civil. Ainsi, le droit français des contrats est marqué par une indifférence de la lésion en droit commun **(A)**, mais parce qu'un tel principe ne saurait être absolu, des exceptions ont toujours été envisagées **(B)**.

⁴¹⁶ CARBONNIER, Jean, *Droit civil, T. 2: Les biens, les obligations*, PUF, 2017, paragr. 993, spéc. p. 2048 TERRÉ, François, SIMLER, Philippe, LEQUETTE, Yves *et al.*, *Droit civil*, 12^e éd., Dalloz, 2018, paragr. 393.

⁴¹⁷ Sur ce point, v. le titre 1 de la seconde partie.

A) *L'indifférence de la lésion en droit commun*

100 La genèse du principe : justice commutative contre liberté contractuelle. La lésion était connue du droit romain mais n'intervenait que modestement dans les contrats afin de protéger le mineur de vingt-cinq ans ou le vendeur d'immeuble de la lésion « énorme »⁴¹⁸. Redécouverte tardivement par les Glossateurs, elle est présente dans le droit de l'Ancien Régime bien que son influence décline au fil des siècles pour se rapprocher de la conception du droit romain⁴¹⁹. La crise des assignats qui atteint son paroxysme pendant la Convention motive l'abrogation de l'action en rescision pour lésion par un décret du 14 fructidor an III⁴²⁰. A cette occasion, André-François LAURENCE, député à la Convention, avait qualifié la lésion de droit « *odieux, puisqu'il est une exception au droit commun, à la liberté des contrats* »⁴²¹.

La question de la réintroduction de la lésion est évoquée à l'occasion des travaux d'élaboration du Code civil, non sans susciter de vives oppositions puisque pas moins de cinq séances lui sont consacrées⁴²². Deux visions s'opposent, l'une hostile, représentée par le conseiller d'Etat Berlier, l'autre favorable, soutenue par Portalis. Le premier défend une conception que l'on pourrait qualifier d'autonomiste en avançant que la détermination objective d'un prix juste engendre de telles difficultés qu'il est plus raisonnable d'abandonner cette tâche aux parties. Il réprovoque l'usage de l'expertise qui ferait dépendre le sort du contrat de l'opinion d'un seul homme⁴²³. Surtout, admettre la lésion serait porter une atteinte considérable à la sécurité juridique qui doit prévaloir en droit des contrats⁴²⁴. A ces arguments Portalis objecte que la valeur réelle d'un immeuble est aisément déterminable⁴²⁵ et que le recours à l'expertise, s'il suffit à décider du sort d'un homme, peut en faire de même concernant le contrat⁴²⁶. Parmi les arguments que Portalis oppose en retour, l'un évoque la justice commutative : « *il est avoué que le contrat de vente est un contrat commutatif, c'est-à-dire où chacune des parties ne donne que pour recevoir l'équivalent, ou, si l'on veut, un prix proportionné*

⁴¹⁸ LÉVY, Jean-Philippe et CASTALDO, André, *Histoire du droit civil*, Dalloz, 2010, paragr. 564, spéc. p. 854.

⁴¹⁹ *Ibid.*, paragr. 565, spéc. p. 857.

⁴²⁰ KENNEFICK, Ciara, « La surprenante histoire de la lésion en droit français et en droit anglais », *RDC* 2013.1531 ; CHENEDE, François, Napoléon Bonaparte, lésion et violence, *RDC* 2014.527.

⁴²¹ Cité par KENNEFICK, Ciara, *op. cit.*

⁴²² KENNEFICK, Ciara, *op. cit.*

⁴²³ CHENEDE, François, *op. cit.* ; LÉVY, Jean-Philippe et CASTALDO, André, *Histoire du droit civil*, Dalloz, 2010, paragr. 565, spéc. 857.

⁴²⁴ CHENEDE, François, *op. cit.*

⁴²⁵ D'après LOCRE, Jean-Guillaume, *La législation civile, commerciale et criminelle de la France*, t. 14, Treuttel et Würtz, 1827-1832, p. 69 et 80 cité par CHENEDE, François, *op. cit.*

⁴²⁶ D'après LOCRE, Jean-Guillaume, *op. cit.*, t. 14, p. 68 et 81 cité par CHENEDE, François, *op. cit.*

à la valeur de la chose dont il se dessaisit »⁴²⁷. Pour autant cette vision ne saurait être rapprochée de celle de Saint Thomas d'Aquin ou des légistes musulmans à propos du *riba* puisque seule la lésion énorme est cause de rescision⁴²⁸. Elle n'est d'ailleurs envisagée qu'à propos de la vente d'immeubles afin de prévenir la dilapidation des biens de famille⁴²⁹. La lésion ne doit sa prise en considération à ce sujet qu'à la faveur de l'intervention décisive de Napoléon Bonaparte qui n'aurait su tolérer que son Code consacre un acte injuste⁴³⁰.

101 L'indifférence de principe : le triomphe de la liberté contractuelle. Au moment de son adoption, le Code civil est empreint d'une philosophie libérale se conciliant difficilement avec les principes de la justice commutative qui commandent l'anéantissement du contrat en cas de défaut d'équivalence des prestations⁴³¹. Le droit des contrats, influencé par la pensée de son temps, repose sur le principe que les parties sont égales, en droit comme en fait, rationnelles et qu'elles poursuivent leurs intérêts⁴³². Cette conception est illustrée par l'ancien article 1134 du Code civil qui érigeait la force obligatoire du contrat au rang des principes directeurs. Aussi concevait-on mal qu'une partie puisse remettre en cause l'existence du contrat au motif qu'elle s'estime lésée par une inégalité de valeur objective des prestations. L'ancien article 1118 du Code civil entérinait le rejet de principe de la lésion en droit commun des contrats par une formule négative qui n'admettait qu'elle ne soit sanctionnée qu'à titre exceptionnel⁴³³. L'intégration du texte au sein d'une section consacrée au consentement amenait à s'interroger quant à la nature de la lésion⁴³⁴. Elle pouvait s'analyser en un vice du consentement, d'autant plus que les travaux préparatoires le laissaient suggérer⁴³⁵. La Cour de cassation a rejeté cette assimilation en faisant de la lésion un déséquilibre économique objectif du contrat⁴³⁶. La formulation de l'ancien article 1118

⁴²⁷ LOCRE, Jean-Guillaume, *Législation civile, commerciale et criminelle*, t. 7, Librairie de jurisprudence de H. Tarlier, 1836, p. 43

⁴²⁸ *Ibid.*, « Ceci posé, on sent qu'il n'y a de cause dans la vente que lorsque le prix est en proportion avec la valeur de la chose vendue. Si donc il y a une lésion énorme, si le prix et la valeur de l'objet vendu sont hors de toute proportion entre eux, il n'y a certainement plus de cause ».

⁴²⁹ KENNEFICK, Ciara, *op. cit.*

⁴³⁰ CHENEDE, François, *op. cit.*

⁴³¹ LARROUMET, Christian et BROS, Sarah, *Les obligations*, Economica, 2018, paragr. 396.

⁴³² ROCHFELD, Judith, *Les grandes notions du droit privé*, PUF, 2013, p. 415 et s.

⁴³³ C. civ., art. 1118 (anc.) : « La lésion ne vicie les conventions que dans certains contrats ou à l'égard de certaines personnes, ainsi qu'il sera expliqué en la même section ».

⁴³⁴ TERRÉ, François, SIMLER, Philippe, LEQUETTE, Yves *et al.*, *Droit civil*, 12^e éd., Dalloz, 2018, paragr. 429.

⁴³⁵ CHENEDE, François, *op. cit.*; FABRE-MAGNAN, Muriel, *Droit des obligations: 1-Contrat et engagement unilatéral*, 5^e éd., Presses Universitaires de France, 2019, p. 637.

⁴³⁶ Req., 28 déc. 1932, DP 1933.1.87 ; Civ. 1^{re}, 19 oct. 1960, Bull. civ. I, n°366.

du Code civil était suffisante pour faire de l'indifférence de la lésion un principe et de son admission une exception. L'article 1113 du même Code ajoutait pourtant « *les majeurs ne sont restitués pour cause de lésion que dans les cas et sous les conditions spécialement exprimées dans le présent code* ». Le Code précisait encore que les échanges, au sens strict⁴³⁷, et les transactions judiciaires n'étaient pas attaquables pour cause de lésion⁴³⁸.

102 Le maintien de l'indifférence de principe dans la réforme du droit des contrats. La réforme du droit des contrats a supprimé la référence textuelle à la lésion mais a conservé la règle désormais énoncée à l'article 1168 du Code civil : « *Dans les contrats synallagmatiques, le défaut d'équivalence des prestations n'est pas une cause de nullité du contrat, à moins que la loi n'en dispose autrement* ». Le texte est inséré dans une sous-section relative au contenu du contrat⁴³⁹ et insiste, plus que l'ancien, sur le rejet de principe de la lésion⁴⁴⁰. Malgré un affaiblissement dû à la multiplication des règles d'ordre public, le principe de la liberté contractuelle conduit à exclure, comme en 1804, le contrôle par le juge de l'équilibre économique objectif des prestations⁴⁴¹. Ce rejet est accentué par l'article 1108 du Code civil qui insiste sur l'équivalence subjective en définissant le contrat commutatif comme celui par lequel « *chacune des parties s'engage à procurer à l'autre un avantage qui est regardé⁴⁴² comme l'équivalent de celui qu'elle reçoit* »⁴⁴³. Par suite, l'erreur sur la simple valeur n'est pas une cause de nullité du contrat⁴⁴⁴. L'article 1171 du Code civil précise encore que, dans les contrats d'adhésion, l'appréciation du déséquilibre significatif ne porte pas sur l'adéquation du prix à la prestation. La notion de juste prix, chère à Saint Thomas d'Aquin et présente chez les légistes musulmans⁴⁴⁵, n'a pas droit de cité en droit commun des contrats.

⁴³⁷ C. civ., art. 1706 (anc.).

⁴³⁸ C. civ., art. 2052 (anc.).

⁴³⁹ La situation du texte entérine la conception objective de la lésion qui la distingue des vices du consentement.

⁴⁴⁰ DESHAYES, Olivier, GENICON, Thomas et LAITHIER, Yves-Marie, *Réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations*, 2^e éd., LexisNexis, 2018, p. 325.

⁴⁴¹ BÉNABENT, Alain, *Droit des obligations*, 19^e éd., LGDJ, 2021, paragr. 188.

⁴⁴² Nous soulignons.

⁴⁴³ BUFFELAN-LANORE, Yvaine et LARRIBAU-TERNEYRE, Virginie, *Droit civil*, 16^e éd., Sirey, 2018, paragr. 1342.

⁴⁴⁴ C. civ., art. 1136.

⁴⁴⁵ HASSAN, Hussein, « Contracts in Islamic Law: The principles of Commutative Justice and Liberality », *Journal of Islamic Studies* 2002, Vol. 13, n°3, p. 277 et s.

103 Absence de caractère d'ordre public de l'article 1168 du Code civil. Le rejet de principe de la lésion pourrait constituer un frein à l'introduction du *riba* en droit français mais pas un obstacle dirimant. En premier lieu, l'article 1168 du Code civil ne saurait être qualifié de disposition d'ordre public. Le Rapport au Président de la République précise que l'ensemble des dispositions de l'ordonnance du 10 février 2016 sont supplétives de volonté sauf disposition contraire. L'article 1168 n'indique pas que le texte est d'ordre public pas plus que les termes ne le laissent supposer⁴⁴⁶. Il s'agit dès lors d'une disposition supplétive qui, en vertu du principe de liberté contractuelle, peut être écartée par les parties⁴⁴⁷. Ainsi, si la volonté des parties doit en principe l'emporter sur les considérations de justice commutative, rien ne les empêche d'intégrer la prohibition du *riba*⁴⁴⁸. En second lieu, aux termes même de l'article 1168 du Code civil, la loi prévoit des exceptions à l'indifférence de principe de la lésion dont l'une s'apparente à la sanction du *riba*.

B) La sanction de la lésion en droit spécial

104 Les exceptions originelles au principe. Toute idée de justice commutative n'a pas été exclue du Code civil originel. Les rédacteurs avaient envisagé la rescision pour lésion de plus du quart dans le cadre du partage successoral⁴⁴⁹. A la faveur des plaidoiries de Napoléon et de Portalis, la lésion en matière de vente d'immeubles a été consacrée par l'article 1674 du Code civil⁴⁵⁰, toujours en vigueur. Elle ne concerne que le vendeur du bien, l'acheteur ne peut l'invoquer⁴⁵¹, et suppose que le préjudice soit de plus de sept douzièmes de la valeur réelle du bien. Le texte précise que la lésion est invocable même si une clause stipule la renonciation à l'action en rescision. Les opposants à la lésion ont amené à enfermer l'action dans un délai préfix de deux ans à compter du jour de la vente⁴⁵². En cas de lésion avérée, l'acquéreur se voit offrir l'option de restituer le bien ou payer « *le supplément du juste prix, sous la déduction*

⁴⁴⁶ V. Rapport au Président de la République relatif à l'ordonnance n° 2016-131 du 10 février 2016 portant réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations : JO, 11 février 2016, n°0035, texte n°25, p. 9

⁴⁴⁷ Sur la distinction des règles impératives et supplétives en droit des contrats, v. notamment PERES, Cécile, « Règles impératives et supplétives dans le nouveau droit des contrats » in CARTWRIGHT John, FAUVARQUE-COSSON Bénédicte et WHITTAKER Simon (dir.), *La réécriture du code civil*, Société de législation comparée, 2018, p. 171 et s.

⁴⁴⁸ Sur ce point, v. le Titre 2 de la première partie.

⁴⁴⁹ C. civ., art. 887 al. 2 (anc.).

⁴⁵⁰ CHENEDE, François, *op. cit.*

⁴⁵¹ C. civ., art 1674 et 1683. Le Code civil reprend la conception romaine de la lésion, v. LÉVY, Jean-Philippe et CASTALDO, André, *Histoire du droit civil*, Dalloz, 2010, paragr. 565, spéc. p. 857.

⁴⁵² *Ibid.*, paragr. 487.

du dixième du prix total »⁴⁵³. Il est intéressant de voir le Code civil employer cette expression qui évoque les principes de la justice commutative à l'œuvre dans le droit islamique. En exigeant une lésion de plus de sept douzièmes, et en déduisant du juste prix le dixième du prix total, l'article 1674 du Code civil est cependant loin de garantir l'égalité arithmétique.

105 Les adjonctions aux exceptions originelles. L'hostilité marquée à l'égard de la lésion au cours du XIXe siècle s'est atténuée au siècle suivant qui a vu un infléchissement de la conception libérale du contrat. Des auteurs se sont prononcés pour une influence accrue de la justice contractuelle dans les règles du droit civil, à l'instar du Doyen Ripert qui se demandait « *si le droit peut vivre coupé de sa racine, par la seule force de sa technique, ou si, au contraire, il ne peut se développer que par une montée continue de la sève morale* »⁴⁵⁴. L'auteur était, sauf en matière commerciale, favorable à l'extension de la lésion lorsque le contrat implique une partie faible⁴⁵⁵. Demogue concevait la lésion comme un potentiel instrument de justice sociale, tout en rejetant qu'elle trouve « *sa base dans l'inégalité des prestations, car dans tout contrat l'un des deux perd ou gagne, en outre la valeur est une notion fuyante* »⁴⁵⁶. Sans remettre en cause le principe, le législateur a étendu, marginalement, le domaine de la lésion. Dans les ventes d'engrais et de semence, la loi du 8 juillet 1907 confère à l'acheteur, lésé de plus du quart, une action en réduction du prix et dommages-intérêts⁴⁵⁷. Sans prétendre à l'exhaustivité, la lésion est encore prise en considération dans la convention d'assistance ou de sauvetage⁴⁵⁸ et la cession de droit d'auteur en cas de préjudice de plus de sept douzièmes⁴⁵⁹. Dans le même sens, l'article L. 442-1, I du Code de commerce permet un contrôle du déséquilibre économique objectif dans les contrats commerciaux lorsque l'avantage est manifestement disproportionné ou en cas de déséquilibre significatif dans les droits et obligations des parties. Sur ce dernier point, la Cour de cassation a jugé que « *le déséquilibre*

⁴⁵³ C. civ., art. 1681.

⁴⁵⁴ RIPERT, Georges, *La Règle morale dans les obligations civiles*, LGDJ, 4^{éd.}, 1949, paragr. 6.

⁴⁵⁵ *Ibid.*, paragr. 70 et 86.

⁴⁵⁶ DEMOGUE, René, *Traité des obligations en général*, T. 1, Rousseau & Cie, 1923, paragr. 395 : « *la théorie de la rescision pourrait peut-être un jour revêtir un aspect social pour protéger le pauvre contre les possédants ; aujourd'hui l'ouvrier contre le patron, peut-être demain le modeste locataire contre son bailleur* ».

⁴⁵⁷ L. du 8 juill. 1907 concernant la vente des engrais, modifiée par les lois du 10 mars 1937 et du 13 juill. 1979.

⁴⁵⁸ L. du 29 avr. 1916 et L. du 7 juill. 1967.

⁴⁵⁹ Loi du 11 mars 1957, codifiée à l'article L. 131-5 du C. prop. Intellect.

significatif [peut] résulter d'une inadéquation du prix au bien vendu »⁴⁶⁰. La jurisprudence avait de son côté admis la réduction des honoraires des mandataires⁴⁶¹ et des professions libérales quand ils paraissaient excessifs⁴⁶². D'autres dispositions légales sanctionnant la lésion intéressent plus particulièrement la finance islamique et la prohibition du *riba*. Il s'agit des clauses léonines et de l'usure entendue dans son acception moderne⁴⁶³.

106 La prohibition des clauses léonines dans le contrat de société. En vue de préserver l'esprit du contrat de société⁴⁶⁴, l'article 1844-1 al. 2 du Code civil prévoit que sont réputées non écrites les clauses « *attribuant à un associé la totalité du profit procuré par la société ou l'exonérant de la totalité des pertes, celle excluant un associé totalement du profit ou mettant à sa charge la totalité des pertes* ». La règle vise à sanctionner les clauses dites « léonines » en référence à la fable de La Fontaine, *La Génisse, la Chèvre et la Brebis en société*, elle-même inspirée d'Esopé⁴⁶⁵. Le principe du partage des profits et des pertes est souvent présenté comme l'un des cinq piliers de la finance islamique, mais il est en fait le corollaire de la prohibition du *riba*⁴⁶⁶. Ali, compagnon et cousin du Prophète aurait déclaré « *les profits se partagent selon l'accord et les pertes sur la base du capital investi* »⁴⁶⁷. Ce principe est au cœur des deux contrats les plus respectueux de l'ordre moral islamique, la *musharakah* et la *mudarabah*⁴⁶⁸. Tant le droit français que les normes islamiques admettent une clé de répartition différente des bénéfices dès lors qu'elle ne conduit pas à exclure l'un des

⁴⁶⁰ Com. 25 janv. 2017, n° 15-23.547, *Bull. civ. IV* : D. 2017.481, note F. Buy ; *JCP E* 2017. 1135, note Le Gac-Pech ; *RTD civ.* 2017. 383, obs. Barbier ; *RTD com.* 2017. 601, obs. Chagny. La solution a été rendue sur le fondement de l'ancien article L. 442-6 du Code de commerce désormais repris à l'article L. 442-1, I du même code. Le Conseil constitutionnel, saisi d'une QPC a reconnu la constitutionnalité de l'ancien article L. 442-6 du Code de commerce qui permet « *au juge de se fonder sur le prix pour caractériser l'existence d'un déséquilibre significatif dans les obligations des partenaires commerciaux* », v. Cons. const., 30 nov. 2018, n° 2018-749 QPC.

⁴⁶¹ Civ. 29 janv. 1867, DP 1867.1.53, S. 1867.1.245.

⁴⁶² Civ. 1^{re}, 4 mars 1958, D. 1958.495.

⁴⁶³ Les clauses léonines et l'usure sont généralement considérées comme des formes secondaires de la lésion. En ce sens v. CARBONNIER, Jean, *Droit civil, T. 2: Les biens, les obligations*, PUF, 2017, paragr. 993, spéc. p. 2051 et s. BÉNABENT, Alain, *Droit des obligations*, 19^e éd., LGDJ, 2021, paragr. 190 TERRÉ, François, SIMLER, Philippe, LEQUETTE, Yves *et al.*, *Droit civil*, 12^e éd., Dalloz, 2018, paragr. 433, spéc. p. 488.

⁴⁶⁴ Aux termes de l'article 1832 du Code civil, la société est instituée « *en vue de partager le bénéfice ou de profiter de l'économie qui pourra en résulter* ».

⁴⁶⁵ Esopé, *Du Lion allant à la chasse avec d'autres bêtes*.

⁴⁶⁶ En ce sens, v. Intervention de Me Gilles SAINT MARC retranscrite in *La finance islamique en France : Quelles perspectives ?*, Les rapports du Sénat, n° 329, p. 15 ; MOULIN, Jean-Marc, « Principes et moyens de la finance islamique », *Journ. sociétés*, juin 2010, n°77, p. 14 ; HIMEUR, Chihab Mohammed et ABDELMOUMEN, Nedra, *La finance islamique face au droit français*, L'Harmattan, 2015, p. 17 MARTIN-SISTERON, Hugues, *Finance islamique et financement de projets en France*, IRJS, 2012, p. 109-100.

⁴⁶⁷ AAOIFI, Norme charaïque n°12, annexe B.

⁴⁶⁸ Pour une étude de ces contrats, v. le Titre 2 de la seconde partie de notre thèse.

associés de la répartition ou à lui en attribuer la totalité⁴⁶⁹. Sur la base du hadith rapportant les paroles d'Ali, la contribution aux pertes est nécessairement proportionnelle à la part de l'associé dans le capital social de la société⁴⁷⁰. L'article 1844-1 du Code civil retient un principe similaire à défaut de stipulation en sens contraire⁴⁷¹.

107 La distinction de l'intérêt et de l'usure. L'usure se présente comme une variété de la lésion⁴⁷². Le droit français admet la nécessité de la prohiber mais retient une acception de la notion significativement différente de celle du droit islamique. Sous l'Ancien régime, intérêt et usure étaient confondus et interdits en raison de leur condamnation par l'Eglise catholique, bien qu'il fût permis d'emprunter auprès des juifs et des banquiers lombards⁴⁷³. La règle était peu observée en pratique⁴⁷⁴, Louis XIV aurait eu recours au prêt à intérêt afin de financer l'acquisition de la ville de Dunkerque⁴⁷⁵. Une distinction entre l'intérêt légitime et l'usure illégitime commence à poindre au travers des dommages-intérêts admis par Saint Thomas d'Aquin qui envisage que l'on puisse restituer plus que ce que l'on a reçu afin de réparer le *lucrum cessans* et le *damnum emergens*⁴⁷⁶. A l'aube de la révolution, Turgot, contrôleur général des finances de Louis XVI, plaide pour une libéralisation du prêt à intérêt dans son *Mémoire sur les prêts d'argent*. Le décret du 3 octobre 1789 adopté par la Constituante rend licite la pratique du prêt à intérêt. Le Code civil entérine sa légalisation à travers l'article 1905, resté inchangé, qui dispose qu'il est « *permis de stipuler des intérêts pour simple prêt soit d'argent, soit de denrées, ou autres choses mobilières* ». L'usure acquiert un sens différent de celui retenu par le droit islamique qui n'a pas connu une évolution semblable. Elle renvoie désormais à la stipulation d'intérêts excessifs au

⁴⁶⁹ AAOFI, Norme charaïque n°12, art. 3.1.5.3 et 3.1.5.5.

⁴⁷⁰ *Ibid.*, art. 3.1.5.4.

⁴⁷¹ Sur ce point, v. nos développements consacrés à la *musharakah*.

⁴⁷² En ce sens v. CHANTEPIÉ, Gaël, v° Lésion in MAZEAUD Denis, BOFFA Romain et BLANC Nathalie (dir.), *Dictionnaire du contrat*, LGDJ, 2018, p. 709. : « *On pourrait certes s'interroger, notamment, sur le contrat de prêt d'argent, lequel s'inscrit dans une relation d'échange, lato sensu. La stipulation d'un intérêt conduit à un échange de prestations qui rend possible un contrôle de son équilibre. C'est d'ailleurs en ce sens que l'usure est très souvent considérée comme une simple variété de la lésion* ».

⁴⁷³ PIÉDELIEVRE, Stéphane, *Rép. com. Dalloz.*, V° Usure, janv. 2020, paragr. 4, SZRAMKIEWICZ, Romuald et DESCAMPS, Olivier, *Histoire du droit des affaires*, 2^e éd., LGDJ-Lextenso éditions, 2013, paragr. 120 LEGEAIS, Dominique, *Opérations de crédit*, 2^e éd., LexisNexis, 2018, paragr. 302. Sur la prohibition du prêt à intérêt par l'Eglise catholique, v. *supra* paragr. 89 et s.

⁴⁷⁴ LÉVY, Jean-Philippe et CASTALDO, André, *Histoire du droit civil*, Dalloz, 2010, paragr. 462.

⁴⁷⁵ DRAZ, Abadallah, « L'usure en droit musulman » in MILLIOT, Louis (dir.), *Travaux de la Semaine internationale de droit musulman*, Paris, 2-7 juillet 1951, Recueil Sirey, 1953, p. 145.

⁴⁷⁶ DAILLANT, Marie-Anne, « De l'usure légitime : Quelques jalons historiques pour une théorie des intérêts moratoires », *RDC* 2018.289 ; LÉVY, Jean-Philippe et CASTALDO, André, *op. cit.*, paragr. 462. Sur les exceptions développées par Saint Thomas d'Aquin, v. *supra* paragr. 92.

regard de la loi. Aux termes de l'article L. 314-6 du Code de la consommation, « *constitue un prêt usuraire tout prêt conventionnel consenti à un taux effectif global qui excède, au moment où il est consenti, de plus du tiers, le taux effectif moyen pratiqué au cours du trimestre précédent par les établissements de crédit et les sociétés de financement pour des opérations de même nature comportant des risques analogues, telles que définies par l'autorité administrative après avis du Comité consultatif du secteur financier* ».

108 La prohibition résiduelle de l'usure. L'admission du prêt à intérêt par le Code civil n'a pas remis en question la prohibition de l'usure. L'encadrement par la loi du taux d'intérêt est envisagé à l'article 1907 du Code et fixé à 5% par la loi du 3 septembre 1807. Cette contrainte disparaît d'abord en matière commerciale par une loi du 12 janvier 1886⁴⁷⁷, puis à titre provisoire en matière civile par une loi du 18 avril 1918⁴⁷⁸. Les excès conduisent au décret-loi du 8 août 1935 qui rétablit la prohibition mais abandonne la détermination de l'usure à l'appréciation souveraine des juges. En vue d'établir un nouveau cadre juridique, la loi n°66-1010 du 28 décembre 1966 a abrogé l'ensemble de ces textes ainsi que la loi du 19 décembre 1850 relative au délit d'usure⁴⁷⁹. Des critiques se sont fait entendre pour dénoncer un texte qui nuirait à l'accès des entreprises au crédit. Deux lois, l'une du 1^{er} août 2003, l'autre du 3 août 2005 ont amendé la loi du 28 décembre 1966 en restreignant considérablement le domaine de la prohibition qui ne concerne plus désormais que les crédits consentis aux particuliers⁴⁸⁰. Seule demeure pour les professionnels, l'interdiction du prêt usuraire dans le cadre des découverts en compte⁴⁸¹.

L'article L. 314-6 du Code de la consommation prohibe l'usure dans les « *prêts conventionnels* » accordés aux particuliers. Il est admis que l'expression doit être entendue dans un sens large qui désigne la plupart des opérations de crédit, à l'exclusion du crédit-bail en raison de sa spécificité⁴⁸². Un taux usuraire dans un crédit

⁴⁷⁷ L. du 12 janvier 1886 relative au taux de l'intérêt de l'argent.

⁴⁷⁸ L. du 18 avril 1918 modifiant le taux de l'intérêt légal et suspendant temporairement la limitation de l'intérêt conventionnel.

⁴⁷⁹ L. n° 66-1010 du 28 décembre 1966 relative à l'usure, aux prêts d'argent et à certaines opérations de démarchage et de publicité.

⁴⁸⁰ L'article L. 341-9 du Code de la consommation, repris à l'article L. 313-5 du Code monétaire et financier, écarte l'application des dispositions sur l'usure « *aux prêts accordés à une personne physique agissant pour ses besoins professionnels ou à une personne morale se livrant à une activité industrielle, commerciale, artisanale, agricole ou professionnelle non commerciale* ».

⁴⁸¹ C. mon. fin, art. L. 313-5-1.

⁴⁸² V. en ce sens, PIÉDELIÈVRE, Stéphane, *Rép. com. Dalloz.*, V° Usure, janv. 2020, paragr. 19 et s. ; LEGEAIS, Dominique, *Opérations de crédit*, 2^e éd., LexisNexis, 2018, paragr. 308.

consenti à un particulier expose le prêteur à des sanctions civiles et pénales. L'article L. 341-48 du Code de la consommation prévoit que lorsque le prêt est usuraire, les perceptions excessives au regard du taux admis sont imputées de plein droit sur les intérêts normaux alors échus et subsidiairement sur le capital de la créance. Dans le cas où la créance est éteinte, les sommes excessivement perçues doivent être restituées avec intérêts légaux du jour où elles ont été payées. Sur le plan civil, l'usure apparaît moins sévèrement réprimée que le défaut de mention ou l'erreur de détermination du TEG qui est susceptible d'entraîner la déchéance du droit aux intérêts⁴⁸³. Une sanction similaire s'applique concernant les découverts en compte consentis aux professionnels⁴⁸⁴. Sur le plan pénal, la répression du crédit usuraire est plus dissuasive. Le fait de consentir ou d'apporter, directement ou indirectement son concours, à l'obtention ou à l'octroi d'un prêt usuraire est puni de deux ans d'emprisonnement et d'une amende de 300 000€ pour une personne physique et 1 500 000€ pour une personne morale⁴⁸⁵. La formulation large du texte a permis la condamnation d'un conseiller financier, ce qui témoigne de la volonté du législateur d'adopter un cadre juridique dissuasif⁴⁸⁶. La sanction pénale contraste avec celle civile dont la légèreté pourrait inciter à consentir un prêt usuraire. Le maintien de la répression de l'usure, bien que résiduelle, rappelle que la notion était autrefois largement prohibée en droit français. Il serait étonnant que les parties qui désirent se conformer aux injonctions islamiques se voient nier le droit d'exclure le *riba* de tout financement. Mais la stipulation d'intérêts est aujourd'hui si largement répandue dans la pratique qu'elle amène à s'interroger sur la faculté qu'ont les parties de l'exclure.

II] Le caractère facultatif de la stipulation d'intérêts

109 Absence de caractère obligatoire de la stipulation d'intérêts. L'intérêt se présente comme le mode naturel de rémunération du crédit bien qu'il n'en soit qu'un parmi d'autres. La stipulation d'intérêts à l'occasion d'un contrat de prêt d'argent est

⁴⁸³ PIÉDELIÈVRE, Stéphane, *Rép. com. Dalloz.*, V° Usure, janv. 2020, paragr.79 ; STORCK, Michel, KOVAR, Jean-Philippe, ERÉSÉO, Nicolas *et al.*, *Droit bancaire*, 2^e éd., Dalloz, 2019, paragr. 1772.

⁴⁸⁴ C. mon. fin., art. L. 313-5-2.

⁴⁸⁵ C. consom., art. L. 341-50.

⁴⁸⁶ Paris, 29 mai 1976, *Gaz. Pal.* 1977.1.308, note Guth.

permise par le Code civil sans être une condition de validité (A). Ce caractère facultatif se retrouve plus largement dans l'ensemble des opérations de crédit (B).

A) *Le caractère facultatif de l'intérêt dans le contrat de prêt d'argent*

110 Principe de gratuité du prêt en droit français. Le Code civil, en son article 1874, distingue les prêts selon qu'ils sont à usage ou de consommation. Le prêt d'argent appartient à la seconde catégorie puisqu'il porte sur une chose qui se consomme par l'usage⁴⁸⁷. Le prêt, tel que conçu par le Code civil, est un « contrat d'ami » qui justifie qu'il soit conclu à titre gratuit⁴⁸⁸. C'est particulièrement vrai pour le prêt à usage⁴⁸⁹, moins pour le prêt de consommation, notamment lorsqu'il se présente sous la forme d'un prêt d'argent. Dans ce dernier cas, il est précisé qu'il est permis de stipuler des intérêts⁴⁹⁰. Un auteur relève, à juste titre, que la formule employée par le Code civil indique une faculté et non une obligation⁴⁹¹. Il faut voir dans la conception française du prêt une influence de la religion⁴⁹², ce qui explique qu'elle est partagée par le droit islamique.

111 Principe similaire en droit islamique : Le *qard hasan*. La charité est une vertu cardinale dans la religion musulmane qui justifie, en partie, la prohibition du *riba*⁴⁹³. Le croyant est incité à pratiquer le *qard hasan*, le « beau prêt »⁴⁹⁴ ou « prêt de bienveillance ». Le Coran y fait référence à cinq reprises en évoquant le prêt fait à Dieu⁴⁹⁵, suggérant ainsi que celui qui accomplit cet acte le fait avec Dieu⁴⁹⁶. Son importance est telle qu'il est mis au même plan que l'accomplissement de la prière, l'aumône et la croyance en les Prophètes⁴⁹⁷. En conséquence, le prêt est conçu en droit

⁴⁸⁷ C. civ., art. 1892.

⁴⁸⁸ PIGNARRE, Geneviève, Rép. civ. Dalloz, v° Prêt, janv. 2016, paragr. 4. ; BONNEAU, Thierry, « Finance islamique et réglementation bancaire » in *Mélanges en l'honneur du professeur Michel Germain*, LexisNexis, 2015, paragr. 9 ; COLLART DUTILLEUL, François et DELEBECQUE, Philippe, *Contrats civils et commerciaux*, 11^e éd., Dalloz, 2019, paragr. 595 ; LEGAIS, Dominique, *Opérations de crédit*, 2^e éd., LexisNexis, 2018, paragr. 222 ; BÉNABENT, Alain, *Droit des contrats spéciaux civils et commerciaux*, 14^e éd., LGDJ, 2021, paragr. 821.

⁴⁸⁹ C. civ., art. 1876.

⁴⁹⁰ C. art., art. 1905.

⁴⁹¹ BONNEAU, Thierry, « Finance islamique et réglementation bancaire » in *op. cit.*, paragr. 9.

⁴⁹² LEGAIS, Dominique, *Opérations de crédit*, 2^e éd., LexisNexis, 2018, paragr. 215.

⁴⁹³ Sur l'importance de cette conception dans le droit des contrats islamiques, v. HASSAN, Hussein, « Contracts in Islamic Law: The principles of Commutative Justice and Liberality », *Journal of Islamic Studies* 2002, Vol. 13, n°3, p. 257-297.

⁴⁹⁴ D'après la traduction de Denise MASSON, *Le Coran*, Gallimard, 1967.

⁴⁹⁵ Coran, sourate 2, verset 245 ; sourate 5, verset 12 ; sourate 57, verset 11 ; sourate 64, verset 17 ; sourate 73, verset 20.

⁴⁹⁶ En ce sens, v. ASKARI, Hossein, IQBAL, Zamir et MIRAKHOR, Abbas, *Introduction to Islamic Economics*, 2^e éd., John Wiley & Sons, 2015, p. 314.

⁴⁹⁷ Coran, sourate 5, verset 12.

islamique comme un acte à titre gratuit, il s'agit même d'une condition de sa validité⁴⁹⁸. Le *qardh hasan* a été utilisé au Pakistan afin de permettre aux étudiants méritants dans le domaine des sciences de financer leurs études⁴⁹⁹. Dans le domaine bancaire, le *qardh hasan* peut donc servir de substitut à l'autorisation de découvert traditionnel ou de fondement aux comptes en banque. Parce qu'il est supposé résulter d'une intention purement libérale, il n'est pas admis que le *qard hasan* s'accompagne d'une quelconque contrepartie. Ainsi, afin d'observer la prohibition du *riba*, il est illicite pour l'emprunteur de donner une chose ou d'offrir un service en considération du prêt au cours de son exécution⁵⁰⁰. A son échéance, la gratification du prêteur est admise sous réserve que cela n'ait pas été stipulé dans le contrat et qu'elle procède d'une intention libérale⁵⁰¹. Parmi les autres atténuations à la rigueur du principe, il est permis à celui qui l'a consenti d'être remboursé des frais éventuellement occasionnés. Pour ce faire ils devront être déterminés de manière précise afin qu'il ne puisse être reproché au prêteur d'avoir tiré profit du contrat⁵⁰². Si le *qard hasan* et le prêt d'argent en droit français divergent sur certains points, ils sont conçus, nécessairement pour l'un et en principe pour l'autre, comme des contrats à titre gratuit supposant le transfert de propriété d'une chose fongible et consomptible qui doit être restituée en même espèce et qualité⁵⁰³. L'absence d'intérêt dans un contrat de prêt d'argent ne génère pas de difficultés en droit français. Cependant, lorsque ce prêt est consenti par un établissement de crédit, il est généralement un contrat à titre onéreux réalisant une opération de crédit.

B) Le caractère facultatif de l'intérêt dans les opérations de crédit

112 L'exclusion de l'intérêt d'une opération de crédit. L'absence de rémunération inhérente au prêt à titre gratuit explique qu'il soit marginal. La majorité des financements consentis par un établissement prévoit le versement d'intérêts au point

⁴⁹⁸ KHALIL, Emad H., « An overview of the Shari'a prohibition of riba » in THOMAS, Abdulkader S (Dir.), *Interest in Islamic economics*, Routledge, 2006, p. 57. ; IQBAL, Zamir et MIRAKHOR, Abbas, *An Introduction to Islamic Finance*, 2^e éd., Wiley, 2011, p. 68.

⁴⁹⁹ VISSER, Hans, *Islamic finance*, Edward Elgar, 2009, p. 62.

⁵⁰⁰ AAOFI, Norme charaïque n°19, art.5.1 ; KHALIL, Emad H., « An overview of the Shari'a prohibition of riba » in *op. cit.*, p. 57.

⁵⁰¹ AAOFI, Norme charaïque n°19, art. 5.2 ; COMAIR-OBEID, Nayla, *Les contrats en droit musulman des affaires*, Economica, 1995, p. 172. La licéité de la gratification repose sur un hadith rapporté par Abu RAFI', v. *Sahîh Muslim*, hadith n°1600

⁵⁰² AAOFI, Norme charaïque n°19, art. 9.

⁵⁰³ AAOFI, Norme charaïque n°19, art. 2.

qu'il apparait comme un élément essentiel de la convention de crédit⁵⁰⁴. Aux termes de l'article L. 313-1 al. 1 du Code monétaire et financier, « *constitue une opération de crédit tout acte par lequel une personne agissant à titre onéreux met ou promet de mettre des fonds à la disposition d'une autre personne ou prend, dans l'intérêt de celle-ci, un engagement par signature tel qu'un aval, un cautionnement, ou une garantie* ». Le second alinéa ajoute à la catégorie le crédit-bail et toute opération de location assortie d'une option d'achat. D'emblée il convient de remarquer que la définition ne retient pas la stipulation d'intérêts comme condition de validité de l'opération de crédit. Seul est évoqué le caractère onéreux qui suggère que le crédit peut être rémunéré de différentes façons. En ce sens, l'intérêt est absent du crédit-bail dont le caractère onéreux résulte du paiement des loyers. D'aucuns ne manqueront pas d'objecter que le crédit-bail est assimilé à une opération de crédit, ce qui signifie qu'il n'en est donc pas une. Cette analyse a été critiquée par le Pr Thierry BONNEAU pour qui le crédit-bail est une opération de crédit par nature⁵⁰⁵. Plusieurs auteurs ont affirmé que l'absence d'intérêt n'exclut pas la qualification d'opération de crédit⁵⁰⁶. La jurisprudence ne diverge pas de ces avis puisqu'il a été jugé que « *la circonstance qu'un solde débiteur ne s'accompagne pas de la perception d'intérêts n'est pas de nature à exclure que l'opération ait un caractère onéreux* »⁵⁰⁷. Dans le cadre de la finance islamique, si l'intérêt est proscrit, le profit ne l'est pas dans les différents contrats servant de support au crédit. A titre d'illustration, dans une opération de *murabaha* la rémunération du financier prend la forme d'une marge bénéficiaire. Dans cette opération, une personne désire acquérir un bien mais ne dispose pas des fonds nécessaires. Pour ce faire elle s'adresse à un financier qui acquiert le bien puis lui revend à un prix supérieur en contrepartie du service rendu. La différence correspond à la rémunération de l'établissement de crédit qui confère à l'opération son caractère onéreux. Il est ainsi permis d'affirmer que la prohibition du *riba* n'est pas de nature à exclure la qualification d'opération de crédit. Pour s'en convaincre, il est encore pertinent de s'attarder sur la sanction attachée à l'absence de stipulation du TEG ou à sa

⁵⁰⁴ LEGEAIS, Dominique, *Opérations de crédit*, 2^e éd., LexisNexis, 2018, paragr. 215.

⁵⁰⁵ BONNEAU, Thierry, *Droit bancaire*, 14^e éd., LGDJ, 2021, paragr. 61.

⁵⁰⁶ BONNEAU, Thierry, « Finance islamique et réglementation bancaire » in *Mélanges en l'honneur du professeur Michel Germain*, LexisNexis, 2015, paragr. 9 et s. ; GAVALDA, Christian et STOUFFLET, Jean, *Droit bancaire*, 9^e éd., Lexis Nexis, 2015, paragr. 40 et 48 CEKICI, Ibrahim-Zeyyad, *Le cadre juridique français des opérations de crédit islamique* [microfiche], Université de Strasbourg, 2012, paragr. 247.

⁵⁰⁷ CE, 25 juill. 2007, n° 266735. V. aussi, Com. 26 juin 2012, n°11-11.450, *Bull. civ. IV*, n°133 : JCP E 2012.1486, note Th. Bonneau.

détermination erronée dans les contrats soumis au Code de la consommation. Jusqu'à récemment, une telle faute entraînait, selon les cas, la déchéance du droit aux intérêts⁵⁰⁸ ou la nullité de la stipulation des intérêts conventionnels⁵⁰⁹, même si la Cour de cassation est venue tempérer le principe⁵¹⁰. A la suite de l'ordonnance du 17 juillet 2019, la mention erronée ou absente du TEG peut entraîner pour le prêteur la déchéance du droit « *dans la proportion fixée par le juge, au regard notamment du préjudice pour l'emprunteur* »⁵¹¹. Admettre que le prêteur puisse être privé du droit aux intérêts à titre de sanction c'est reconnaître qu'il n'est pas un élément conditionnant la qualification d'opération de crédit.

113 L'exclusion de l'intérêt de la détermination du TEG. Le TEG a été élaboré dans l'optique de permettre au bénéficiaire du crédit de connaître son coût réel ainsi que de vérifier que le taux de l'opération est inférieur au seuil de l'usure⁵¹². Son utilité justifie que les dispositions qui lui sont applicables aient un caractère d'ordre public⁵¹³. Aux termes de l'article L. 313-4 du Code monétaire et financier, il doit être mentionné dans tous les crédits. La suppression de la mention du TEG a un temps été envisagé dans les crédits consentis aux professionnels, notamment ceux à taux variable, avant d'être maintenue dans l'ordonnance du 17 juillet 2019⁵¹⁴. La composition du TEG est précisée à l'article L. 314-1 du Code de la consommation qui dispose : « *Dans tous les cas, pour la détermination du taux effectif global du prêt, comme pour celle du taux effectif pris comme référence, sont ajoutés aux intérêts les frais, les taxes, les commissions ou rémunérations de toute nature, directs ou indirects, supportés par l'emprunteur et connus du prêteur à la date d'émission de l'offre de crédit ou de l'avenant au contrat de crédit, ou dont le montant peut être déterminé à ces mêmes dates, et qui constituent une condition pour obtenir le crédit ou pour l'obtenir aux conditions annoncées* ». Si

⁵⁰⁸ Civ. 1^{re}, 24 avr. 2013, n°12-14.377, *Bull. civ. I*, n°88: *JCP E* 2013.1408, note J. Lasserre Capdeville.

⁵⁰⁹ Com., 17 janv. 2006, n°04-11.100, *Bull. civ. IV.*, n°11: *JCP E* 2006.2658, note Nicolas Mathey ; Civ. 1^{re}, 22 mai 2019, n°18-16.281, *RD bancaire et fin.* 2019, comm. 120, Nicolas Mathey.

⁵¹⁰ Com., 18 mai 2017, n°16-11.147 : *D.* 2017.1958, note G. Cattalano-Cloarec : Civ. 1^{re}, 11 mars 2020, n°19-10.875, *D.* 2020.859, note J. Lasserre Capdeville : Exigeant un écart au taux réel supérieur à une décimale; Civ. 1^{re}, 12 oct. 2016, n°15-25.034 : *JCP E* 2017.1013, note A. Perin-Dureau : Refusant de faire droit au recours en annulation en cas d'erreur dans le taux favorable à l'emprunteur .

⁵¹¹ Ordonnance n°2019-740 du 17 juillet 2019, art. 1.

⁵¹² STORCK, Michel, KOVAR, Jean-Philippe, ERÉSÉO, Nicolas *et al.*, *Droit bancaire*, 2^e éd., Dalloz, 2019, paragr. 1651 LEGEAIS, Dominique, *Opérations de crédit*, 2^e éd., LexisNexis, 2018, paragr. 253.

⁵¹³ Civ. 1^{re}, 14 oct. 2014, n°13-17.251.

⁵¹⁴ La loi n°2018-727 du 10 août 2018, en son article 55, habilite le gouvernement à prendre par ordonnance les mesures pour « *supprimer la mention obligatoire du taux effectif global dans les contrats de crédit aux entreprises lorsque cette mention est inappropriée à ces contrats* ». Face aux protestations des petites et moyennes entreprises, la suppression est absente de l'ordonnance n°2019-740 du 17 juillet 2019, v. MOREAU, Julien, POINDRON, Olivier, « La réforme du TEG ou les malheurs de la vertu », *RD bancaire et fin.* 2019, étude 16.

cette définition met les intérêts au premier plan dans la détermination du TEG, elle ajoute un nombre conséquent d'éléments qui viennent majorer le coût du crédit et qui sont susceptibles d'intervenir à l'occasion d'un financement islamique. Pour reprendre l'exemple de l'opération *murabaha*, la marge bénéficiaire du financier entre aisément dans les éléments évoqués par l'article L. 314-1 du Code de la consommation⁵¹⁵. La jurisprudence adopte une conception large du TEG et précise régulièrement les éléments devant entrer dans sa composition parmi lesquels les frais de dossier⁵¹⁶, d'assurance⁵¹⁷ ou encore ceux relatifs à la souscription de parts sociales dès lors qu'ils conditionnent l'octroi du crédit⁵¹⁸.

Il convient de noter l'évolution favorable entreprise par l'ordonnance du 17 juillet 2019 en ce qu'elle a uniformisé les sanctions applicables à la détermination absente ou erronée du TEG. Il appartient désormais au juge d'apprécier si le manquement à la règle justifie que le prêteur soit déchu, intégralement ou en partie, du droit aux intérêts, notamment au regard du préjudice subi par l'emprunteur⁵¹⁹. La sanction est prévue pour les crédits à la consommation⁵²⁰, les crédits immobiliers⁵²¹ et les crédits consentis aux professionnels⁵²². Il n'est donc plus question d'appliquer le taux d'intérêt légal lorsque le TEG est absent ou erroné dans un contrat⁵²³. Des craintes avaient été émises à propos d'un TEG inexact dans un contrat de finance islamique qui pourrait entraîner l'application de l'intérêt que les parties cherchent à exclure⁵²⁴. Si la réforme répond

⁵¹⁵ En ce sens, ZEYYAD CEKICI, Ibrahim, « Le cadre juridique français des opérations de crédit islamique », *RD Bancaire et fin.* 2011, étude 15. Un auteur considère cependant que l'opération de *murabaha* n'est pas soumise à l'exigence de détermination du TEG car elle est juridiquement une vente. Cette analyse est critiquable en ce qu'elle ne considère que le contrat et non l'ensemble de l'opération, laquelle doit être qualifiée d'opération de crédit, v. LEGEAIS, Dominique, *op. cit.*, paragr. 224.

⁵¹⁶ Civ. 1^{re}, 13 juill. 2016, n°15-11.031 : *LEDB* oct. 2016, p. 1, obs. J. Lasserre Capdeville ; *Banque et Dr.* 11-12/2016, n°170, p.24, obs. Th. Bonneau.

⁵¹⁷ Pour l'assurance décès-invalidité, Civ. 1^{re}, 12 juill. 2012, n° 11-25.737. Concernant l'assurance incendie, v. Civ. 1^{re}, 6 févr. 2013, n° 12-15.722, *Bull. civ. I*, n° 11, *BRDA* 4/13, p. 7 ; *JCP E* 2013.1159, note P. Bouteiller et F.-J. Crédot ; *RDI* 2013. 207, obs. H. Heugas-Darraspen ; *RD bancaire et fin.* 2013, comm. 46, note N. Mathey ; *ibid.*, comm. 80, note F. Crédot et Th. Samin.

⁵¹⁸ Civ. 1^{re}, 9 décembre 2010, n°09-67.089, *Bull. civ. I*, n°258 ; *D.* 2011.7, note V. Avena Robardet, *ibid.* 1643, note D. R. Martin, *JCP E* 2011.1009, obs. D. Legeais

⁵¹⁹ L'emploi de l'adverbe notamment par l'ordonnance démontre que le texte vise à sanctionner le non-respect de la règle et non le préjudice subi par l'emprunteur qui n'est qu'un élément que le juge peut prendre en considération pour décider de la déchéance totale ou partielle du droit aux intérêts, v. en ce sens MÉTAIS, Philippe, VALETTE, Elodie, « La réforme du TEG adoptée : la déchéance du droit aux intérêts du prêteur proportionnée au préjudice réellement subi par l'emprunteur, comme seule sanction », *RLDC* 2019/174, n°6657 ; SAMIN, Thierry, TORCK, Stéphane, « La réforme en demi-teinte de la sanction civile du TEG omis ou erroné », *RD Bancaire et fin.* 2019, comm. 185.

⁵²⁰ C. consom., art. L. 341-1, L. 341-4, L. 341-48-1.

⁵²¹ *Ibid.*, art. L. 341-25, L. 341-26, L. 341-34 .

⁵²² Par renvoi de l'article L. 313-4 du Code monétaire et financier aux dispositions du Code de la consommation.

⁵²³ ⁵²³ Com., 17 janv. 2006, n°04-11.100, *Bull. civ. IV.*, n°11 : *JCP E* 2006.2658, note Nicolas Mathey ; Civ. 1^{re}, 22 mai 2019, n° 18-16.281, *RD bancaire et fin.* 2019, comm. 120, Nicolas Mathey

⁵²⁴ PAILLER, Pauline, « La Finance islamique du Proche et Moyen-Orient à la France : obstacles avérés ou fantasmés ? », *RD bancaire et fin.* 2014, alerte 9.

aux inquiétudes sur le sujet, elle amène à s'interroger sur la sanction civile applicable aux financements islamiques qui méconnaîtraient la règle.

114 L'inadéquation de la sanction aux financements islamiques. La déchéance du droit aux intérêts n'a ici pas de sens, puisqu'ils sont absents d'une opération de crédit islamique. La *ratio legis* est de sanctionner l'établissement de crédit qui ne permet pas au bénéficiaire du crédit de connaître son coût véritable. Il faudrait alors le déchoir de sa rémunération principale soit en se fondant sur une interprétation téléologique de l'ordonnance du 17 juillet 2019, mais qui ne prévoit pas expressément une telle solution, soit éventuellement au moyen du droit commun des contrats. A cet égard, la Cour de cassation a affirmé que la « *sanction de l'erreur affectant le taux effectif global d'un prêt* » est fondée sur « *l'absence de consentement de l'emprunteur au coût global du prêt* »⁵²⁵. Cette analyse conduisait à substituer le taux d'intérêt légal à celui conventionnel, ce qui n'est pas possible pour un financement islamique. En suivant l'esprit de la réforme, le juge pourrait, sur la base des textes imposant la mention du TEG, diminuer voire prononcer la nullité de la rémunération du financier au motif de l'absence de consentement. On peut également se demander si le non-respect de la règle ne pourrait pas s'analyser en un manquement au devoir d'information. L'article 1112-1 du Code civil instaure un devoir d'information dont est tenue « *celle des parties qui connaît une information dont l'importance est déterminante pour le consentement de l'autre* ». Or, les règles relatives au TEG visent à informer le bénéficiaire du coût réel du crédit afin qu'il puisse consentir librement, et l'établissement de crédit, en qualité de professionnel, est supposé connaître le taux exact. L'information doit avoir un lien direct et nécessaire avec le contenu du contrat ou la qualité des parties⁵²⁶, ce qui pourrait inclure la mention du TEG si cette condition n'est pas interprétée trop strictement⁵²⁷. L'intérêt serait de sanctionner le manquement à ce devoir sur le fondement de la responsabilité extracontractuelle⁵²⁸. La mention du TEG étant une obligation légale

⁵²⁵ Com., 12 janv. 2016, n° 14-15.203, *JCP E* 2016.1194, note A. Périn-Dureau.

⁵²⁶ C. civ., art. 1112-1 al. 3.

⁵²⁷ Certains auteurs estiment que l'article 1112-1 al. 3 du Code civil vise les éléments du contrat tels qu'ils ressortent des articles 1162 et s. du même code, v. CHANTEPIE, Gaël et LATINA, Mathias, *La réforme du droit des obligations*, 2e éd., Dalloz, 2018, paragr. 183. D'autres pensent qu'est concernée toute information qui aurait pu conduire à amender l'une des conditions du contrat, v. DESHAYES, Olivier, GENICON, Thomas et LAITHIER, Yves-Marie, *Réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations*, 2e éd., LexisNexis, 2018, p. 105.

⁵²⁸ CHANTEPIE, Gaël et LATINA, Mathias, *op. cit.*, paragr. 189. L'article 1112-1 al.6 du Code civil prévoit que la nullité du contrat peut être prononcée dans les conditions prévues aux articles 1130 et s. Cette sanction n'est pas adaptée au non-respect de l'obligation de mentionner le TEG dans un contrat.

faisant l'objet d'un régime spécifique, il paraît peu probable que l'article 1112-1 du Code civil soit utile à pallier l'absence d'une sanction adaptée aux financements islamiques. Le constat est d'autant plus regrettable que la détermination du TEG est complexe comme l'illustre l'abondant contentieux relatif à ce sujet.

115 Conclusion section 2. A bien des égards, le *riba* évoque la lésion envers laquelle le droit commun des contrats est indifférent. Cette conception, reposant sur les postulats du libéralisme, privilégie la liberté contractuelle à la justice commutative. Toute sanction du déséquilibre en valeur des prestations n'est pas pour autant écartée. Dès l'origine, les rédacteurs du Code civil ont admis l'action en rescision pour lésion en faveur du vendeur d'un immeuble. Surtout, malgré l'admission large du prêt à intérêt, le droit positif maintient la prohibition de l'usure en faveur des consommateurs. La prohibition du *riba* n'est alors pas un principe exotique puisque le droit français a connu et connaît encore des règles semblables, bien que dans une intensité et une ampleur moindres. L'article 1168 du Code civil ne disposant pas d'un caractère d'ordre public, les parties ont la faculté d'intégrer la prohibition du *riba* au contrat. Ce choix devrait d'autant plus recevoir effet que la stipulation d'intérêts n'est pas érigée en condition de validité d'une opération de crédit et que son absence n'est pas contraire aux règles relatives à la détermination du TEG.

116 Conclusion Chapitre 1. En prohibant le *riba*, le droit islamique défend une certaine conception du contrat qui contraste avec celle retenue en droit français. L'influence d'Aristote et des autres religions abrahamiques, dont l'islam prétend être la continuité, est notable⁵²⁹. Malgré cela, il ne saurait être nié que le *riba* est une notion *sui generis* tant elle est empreinte d'un esprit qui est propre à l'ordre moral islamique. Des difficultés naissent de son caractère protéiforme et des interprétations variables des légistes. Un consensus existe à propos du *riba al-nasiah*, évoqué dans les versets coraniques, qui est l'augmentation de la créance en raison du report de la dette. Les divergences portent sur le *riba al-fadl* dont les contours sont fonction des diverses écoles du *fiqh*. Il est généré à l'occasion d'un contrat portant sur l'échange de certaines choses fongibles évoquées par les hadiths. Selon les écoles, les choses *ribawi* sont plus

⁵²⁹ HASSAN, Hussein, « Contracts in Islamic Law: The principles of Commutative Justice and Liberality », *Journal of Islamic Studies* 2002, Vol. 13, n°3, p. 262.

ou moins nombreuses rendant complexe l'identification du *riba* dans le contrat. En dégagant la '*illah*, la *ratio legis* de la prohibition du *riba*, il est permis d'affirmer que le droit islamique privilégie la justice commutative à la liberté contractuelle. Partant, le *riba* s'analyse comme le déséquilibre économique objectif des prestations rappelant ainsi, en partie, la notion de lésion en droit français.

Les idées libérales propres à la période de l'adoption du Code civil ont amené à ériger la liberté contractuelle au rang des principes directeurs du droit des contrats. En conséquence, la lésion n'est admise qu'à titre exceptionnel et ne permet pas d'assurer la prohibition du *riba*. Il est alors nécessaire que les parties intègrent la règle au contrat afin de s'assurer de sa conformité aux principes de la finance islamique⁵³⁰. Cela est rendu possible par l'absence de caractère d'ordre public de l'article 1168 du Code civil. Partant, les parties sont libres d'intégrer à leur accord une règle plus contraignante. La prohibition du *riba* ne doit pas être réduite à l'exclusion de l'intérêt qui n'est qu'un effet, certes majeur, du principe. Il est légitime de s'interroger, en droit français, sur la faculté de consentir un crédit qui soit dénué d'intérêt tant il constitue le moyen ordinaire de rémunération. Il n'en est cependant pas le moyen exclusif et ne conditionne pas la qualification d'opération de crédit. La réforme des sanctions applicables à la détermination du TEG marque une évolution favorable aux financements islamiques en ne retenant que la déchéance du droit aux intérêts. Cette sanction s'avère toutefois inadéquate dans le cadre de la finance islamique.

La prohibition du *riba* peut sembler excessive et a pu limiter le développement économique des Etats musulmans. A l'inverse, le droit français des contrats a été fondé sur l'illusion que les contractants étaient égaux. Les nombreux correctifs apportés par la suite, notamment à travers le droit de la consommation, suffisent à démontrer que les parties sont inégales. Plus qu'autrefois, le législateur est préoccupé par le maintien de l'équilibre contractuel. C'est en vue d'assurer la cohésion de l'oumma et de protéger la partie faible que le droit islamique a condamné le *riba*. Le risque étant un facteur de l'inégalité des parties et du déséquilibre des prestations, la finance islamique rejette aussi le *gharar*.

⁵³⁰ Sur ce point, v. le titre premier de la seconde partie.

Chapitre 2 : La prohibition du *gharar*

117 Etymologie. Le *gharar*, comme le *riba*, est une notion aux contours flous que l'on peine à traduire. Le terme est issu du verbe *taghreer* qui signifie littéralement la tromperie, le travestissement et par extension « *mettre en danger sa vie ou ses biens, ou encore celle ou ceux des autres* »⁵³¹. Le *gharar* prend alors le sens d'aléa⁵³², de risque, d'incertitude, de tromperie, d'ambiguïté⁵³³, de danger ou encore de hasard⁵³⁴. L'usage de nombreux termes est significatif de la difficulté à définir le *gharar*, plus encore l'est son appréhension.

118 Définition du *gharar*. La notion est l'objet de divergences entre les écoles juridiques⁵³⁵ résumées en trois conceptions par le Pr AL-DARIR⁵³⁶. Selon la première, le *gharar* se limiterait au douteux, à l'incertain et exclurait l'inconnu. Au contraire, les Zahirites jugent que le *gharar* concerne exclusivement l'inconnu. Ainsi, est-il prohibé de vendre une chose dont les caractéristiques n'ont pas été spécifiées. La dernière acception est celle partagée par la majorité des *fuqaha* qui s'accorde à dire que la notion recouvre tant l'incertain que l'inconnu, retenant ainsi une conception large du *gharar* adoptée par le Pr AL-DARIR.

Le Pr Mahmoud EL-GAMAL suggère que le *gharar* « *regroupe les situations où l'information est incomplète ainsi que le caractère intrinsèquement risqué et incertain de l'objet d'un contrat* »⁵³⁷. L'auteur ajoute que « *la meilleure traduction littérale et juridique du terme « bay' al-gharar » est probablement « l'échange de risque »* »⁵³⁸. Dans la *Risâla*, l'auteur malékite Ibn Abî Zayd AL-QAYRAWANI retient qu'un aléa dans le prix, le terme ou l'objet du contrat le rend illicite. Il ajoute qu'il en est de même

⁵³¹ AL-SAATI, Abdul-Rahim, « The Permissible Gharar (Risk) in Classical Islamic Jurisprudence », *Journal of King Abdulaziz University: Islamic Economics*, 2003, Vol. 16, n° 2, p. 6; MAOULA CHAAR, Abdel, "Chari'a: principes directeurs et stratégie" in LARAMÉE Jean-Paul (dir.), *La finance islamique à la française*, Secure finance :, 2008, p. 43.

⁵³² COMAIR-OBEID, Nayla, *Les contrats en droit musulman des affaires*, Economica, 1995, p. 57.

⁵³³ CAUSSE-BROQUET, Geneviève, *La finance islamique*, 2^e éd., RB éd., 2012, p. 35.

⁵³⁴ RUIMY, Michel, *La finance islamique*, A. Franel, 2008, p. 203.

⁵³⁵ GUÉRANGER, François, *Finance islamique*, Dunod, 2009, p. 36.

⁵³⁶ AL-DARIR, Al Siddiq Mohammad Al Amin, *Al-Gharar in Contracts and Its Effects on Contemporary Transactions*, Islamic Research and Training Institute, 1997, p. 10.

⁵³⁷ EL-GAMAL, Mahmoud, *Finance islamique*, De Boeck, 2010, p. 87.

⁵³⁸ *Ibid.*, p. 88.

de la vente de choses aléatoires ou inconnues, ou lorsque le terme est inconnu⁵³⁹. Il est perceptible à ce stade que la prohibition du *gharar* vise à soustraire les parties à l'incertitude, conduisant ainsi au rejet des contrats aléatoires. Elle présente, à l'instar du *riba*, une certaine complexité justifiant une étude approfondie afin de révéler sa finalité (**section 1**). Il en ressort qu'à travers la prohibition du *gharar*, le droit islamique entend à nouveau lutter contre le déséquilibre contractuel. Cette nouvelle atteinte à la liberté contractuelle interroge d'autant plus sur la réception de la règle en droit français qu'elle se montre plus restrictive que la prohibition du *riba* (**section 2**).

Section 1 : La prohibition du *gharar* en droit islamique

119 Fondements de la prohibition. Le Coran condamne les jeux de hasard⁵⁴⁰, mais la construction doctrinale du *gharar* repose majoritairement sur la *Sunna*. Al-Bukhari et Muslim rapportent plusieurs hadiths où Mahomet fonde la règle sur la base d'exemples. L'un des plus significatifs est celui interdisant le *talaqi al-ruqban* : « *D'après Ibn 'Omar, l'Envoyé de Dieu a interdit d'aller au-devant des marchandises et a ordonné d'attendre qu'on les ait étalées sur les marchés* »⁵⁴¹. Il s'agissait d'une pratique consistant, pour les marchands de la ville, à profiter de l'ignorance des hommes des tribus pour acheter leurs biens à une valeur inférieure au prix réel, puis à les revendre sur les marchés à un prix bien supérieur⁵⁴². L'exemple illustre à nouveau la recherche, par le droit islamique, d'une équivalence objective des prestations. Les ventes à l'aveugle, au toucher ou au jet sont interdites car l'une des parties n'a pas une connaissance exacte de la prestation : « *D'après Abu Sa'id, le Messager de Dieu interdit la munâbadha ; c'est-à-dire le fait qu'un homme vende un vêtement en le jetant sans laisser l'occasion à l'autre partie de le palper ou de le voir. Il interdit aussi la mulâmasa. La mulâmasa est le fait, par exemple, d'acheter un vêtement simplement en le touchant sans le regarder* »⁵⁴³ ; « *On interdit aussi deux genres de vente : la vente au*

⁵³⁹ IBN ABÎ ZAYD AL-QAYRAWÂNÎ, *La Risâla ou épître sur les éléments du dogme et de la loi de l'islam selon le rite mâlikite*, J. Carbonel, 1960, p. 205.

⁵⁴⁰ Coran, sourate 2, verset 216 ; sourate 5, verset 90.

⁵⁴¹ *Sahîh Muslim*, hadith n°1517 a, *Sahîh Al-Bukhari*, hadith n°2158.

⁵⁴² HASSAN, Hussein, « Contracts in Islamic Law: The principles of Commutative Justice and Liberality », *Journal of Islamic Studies* 2002, Vol. 13, n°3, p. 290.

⁵⁴³ *Sahîh Al-Bukhari*, hadith n°2144, v. aussi *Sahîh Muslim*, hadiths n° 1511 et 1512.

toucher (limâs) et la vente au jet (nibâdh) »⁵⁴⁴. D'un autre hadith, il est déduit qu'il est défendu de vendre une chose dont l'existence est incertaine « D'après 'Abdoullâh Ibn 'Omar, le Prophète a interdit de vendre la portée d'une chamelle avant que celle-ci ne mette bas »⁵⁴⁵. Ce principe se retrouve dans un autre récit interdisant la vente de fruits qui ne sont pas encore parvenus à maturité⁵⁴⁶. Il convient encore de citer un hadith imposant d'être propriétaire de la chose objet du contrat : « D'après Ibn 'Abbâs, le Prophète a dit : "Que celui qui a acheté des comestibles ne les vende pas avant d'en avoir pris possession complète" »⁵⁴⁷. Ce hadith influence considérablement le droit des contrats en contraignant le vendeur à être en possession de la chose pour l'aliéner. Ce qui n'est pas sans rappeler, dans une certaine mesure, la prohibition de la vente de la chose d'autrui en droit français⁵⁴⁸.

A l'aune des différents hadiths évoqués, il est perceptible que le droit islamique entend exclure toute forme d'aléa dans les contrats à titre onéreux en vue de protéger la partie faible. En cela la prohibition du *gharar* rappelle celle du *riba* avec qui la notion partage son caractère complexe. Le rejet de l'incertitude dans les contrats (I) implique l'exclusion des contrats aléatoires et, partant, celui de l'assurance conventionnelle (II).

I] Le rejet de l'incertitude dans les contrats à titre onéreux

120 Complexité du *gharar*. La Sunna pose les jalons de la prohibition du *gharar*, mais la notion doit davantage à la doctrine islamique. L'existence de différentes écoles est cause de divergences qui confèrent au *gharar* sa complexité. Il n'en demeure pas moins que les jurisconsultes s'accordent sur les critères essentiels de la notion. Le contrat affecté par le *gharar* étant nul⁵⁴⁹, il est primordial de savoir l'identifier (A). L'opération est rendue difficile par la distinction théorique entre le *gharar* excessif, rendant l'acte illicite, et le *gharar* toléré qui remet pas en cause sa validité. L'étude du *gharar* et de

⁵⁴⁴ *Sahîh Al-Bukhari*, hadith n°2145, v. aussi *Sahîh Muslim*, hadith n°1513.

⁵⁴⁵ *Sahîh Muslim*, hadith n° 1514 ; *Sahîh Al-Bukhari*, hadith n°2143.

⁵⁴⁶ *Sunan Abi Dawud*, hadith n°3361 ; *Sahîh Al-Bukhari*, hadith n°2189 ; *Sahîh Muslim*, hadith n° 1536.

⁵⁴⁷ *Sahîh Muslim*, hadith n° 1525 ; *Sahîh Al-Bukhari*, hadith n°2132.

⁵⁴⁸ C. Civ., art. 1599 : « La vente de la chose d'autrui est nulle : elle peut donner lieu à des dommages-intérêts lorsque l'acheteur a ignoré que la chose fût à autrui ».

⁵⁴⁹ AAOFI, Norme charaïque n°31, art. 3.

ses manifestations met en exergue la *ratio legis* de la prohibition. A l'instar du *riba*, le *gharar* engendre un déséquilibre contractuel source d'un profit illégitime (B).

A) L'identification du *gharar*

121 Distinction de deux degrés de *gharar*. Une application stricte du principe devrait conduire à l'illicéité de la plupart si ce n'est de tous les contrats. Conscients qu'une telle observation de la règle serait insoutenable, les *fuqaha* distinguent le *jahl fahish* l'ignorance exorbitante, du *jahl yasir*, l'ignorance tolérée⁵⁵⁰. Seul le *jahl fahish* à l'origine du *gharar* excessif conduirait à la nullité indiscutable du contrat parce qu'il cause un déséquilibre des prestations⁵⁵¹.

122 *Gharar* excessif. La notion étant floue, se pose la question de l'identification des cas de *gharar* excessif. Le monde des affaires s'accommode mal de l'insécurité juridique et on ne pourrait envisager que la finance islamique prospère dans un tel contexte. Outre les cas de *gharar* cités explicitement par les hadiths, les savants proposent des méthodes d'identification. Le Pr AL-DARIR énumère quatre conditions, reprises dans la norme n°31 de l'AAOIFI, pour que le contrat soit jugé illicite⁵⁵² :

- Le *gharar* doit être excessif⁵⁵³, s'il n'est que léger, les juristes s'accordent à dire qu'il n'affecte pas le contrat. Une telle affirmation ne serait guère d'une grande utilité si l'auteur ne citait pas d'exemples. Ainsi n'est pas excessive la vente d'une maison sans avoir vu ses fondations, c'est-à-dire sans connaître leur état. Il en irait autrement si le paiement du prix était reporté *sine die*. Le terme ne doit pas non plus être indéterminé⁵⁵⁴. Il appartient au juge d'apprécier le caractère excessif du *gharar*.
- Le contrat doit être conclu à titre onéreux, les actes à titre gratuit échappent à la prohibition⁵⁵⁵. La raison est liée à la nature de ces contrats qui exclut tout

⁵⁵⁰ COMAIR-OBEID, Nayla, *Les contrats en droit musulman des affaires*, Economica, 1995, p. 63 EL-GAMAL, Mahmoud, *Finance islamique*, De Boeck, 2010, p. 87-88.

⁵⁵¹ COMAIR-OBEID, Nayla, *op. cit.*, p. 64.

⁵⁵² AL-DARIR, Al Siddiq Mohammad Al Amin, *Al-Gharar in Contracts and Its Effects on Contemporary Transactions*, Islamic Research and Training Institute, 1997, p. 44-51.

⁵⁵³ AAOFI, Norme charaïque n°31, art. 4.1

⁵⁵⁴ CHÉHATA, Chafik, *Théorie générale de l'obligation en droit musulman hanéfite*, Sirey, 1969, paragr. 70.

⁵⁵⁵ AAOIFI, Norme charaïque n°31, art. 4.1.

contrôle de l'équilibre des prestations⁵⁵⁶. Parce qu'ils sont conclus à titre onéreux, les contrats d'assurance conventionnelle sont interdits parce qu'entachés de *gharar*. De tels contrats portent, par définition, sur la réalisation d'un événement aléatoire. La règle ne s'appliquant pas aux actes à titre gratuit, une assurance islamique (*takaful*) basée sur la mutualité est admise. Elle repose sur la solidarité et la contribution volontaire des assurés opportunément qualifiée de donation⁵⁵⁷.

- Le *gharar* doit concerner directement ce qu'AL-DARIR désigne sous l'expression « l'objet principal » qui désigne ici la prestation⁵⁵⁸. Dans un contrat translatif de propriété, les accessoires de la chose ne sont pas soumis à la prohibition⁵⁵⁹. On ne peut vendre le fœtus sans la chamelle, mais il est admis de vendre la mère avec le fœtus. De même qu'il est possible de vendre un arbre avec ses fruits non mûrs, mais il est interdit de vendre des fruits qui ne sont pas arrivés à maturité. Outre la chose et son prix le *gharar* est encore excessif quand le terme est indéterminé.
- Le contrat ne répond pas à un besoin impérieux⁵⁶⁰. Le contrat *salam* est admis parce qu'il est parfois nécessaire aux agriculteurs de recevoir par avance des fonds en attendant la récolte. Dans le cas contraire, nombreux seraient ceux qui ne pourraient continuer à exercer leur activité

Le Pr AL-DARIR affirme que si l'une de ces conditions fait défaut, le *gharar* n'affecte pas la validité du contrat⁵⁶¹. Cependant, comme l'a écrit Yvon LINANT DE BELLEFONDS, il est difficile de distinguer entre le *gharar* léger et excessif tant les *fuqaha* se montrent exigeants quant à la détermination de la prestation⁵⁶².

⁵⁵⁶ Cela démontre à nouveau, s'il en est besoin, l'importance attachée par le droit islamique au respect de l'équivalence des prestations.

⁵⁵⁷ V. *infra* nos développements consacrés au *takaful*.

⁵⁵⁸ En anglais la phrase est la suivante « *gharar must affect the principal object of contrat* ». On serait tenté de la traduire ainsi « le *gharar* doit affecter/concerner l'objet principal du contrat ». Or, à la lecture des exemples l'auteur semble désigner non pas l'objet principal du contrat mais la chose. Ce qui est confirmé par la description de l'objet par Al-Darir comme étant la chose et son prix, V. AL-DARIR, Al Siddiq Mohammad Al Amin, *Al-Gharar in Contracts and Its Effects on Contemporary Transactions*, Islamic Research and Training Institute, 1997, p. 48.

⁵⁵⁹ AAOFI, Norme charaïque n°31, art. 4.3.

⁵⁶⁰ AAOFI, Norme charaïque n°31, art. 4.4.

⁵⁶¹ AL-DARIR, Al Siddiq Mohammad Al Amin, *op. cit.*, p. 44.

⁵⁶² « *En définitive, la distinction entre indétermination grave et légère nous paraît surfaite dans la mesure où cette dernière ne recouvre pas grand-chose. Les exigences du Fiqh, de plus en plus poussées, dans le sens d'une exacte détermination de la chose objet de l'obligation, ne permettent pas de bien apercevoir en quoi consiste l'indétermination légère, abstraction faite de quelques détails sans intérêt sur les lesquels les fuqahâ' veulent bien passer* », v. LINANT DE BELLEFONDS, Yvon, *Traité de droit musulman comparé, Vol.1: Théorie générale de l'acte juridique*, Mouton et cie., 1965, paragr. 250, spéc. p. 207.

123 Les causes du *gharar*. Le Pr AL-DARIR a recensé précisément les différentes manifestations du *gharar* et a proposé des critères permettant de l'identifier. Ses travaux se basent sur une synthèse de la position des différentes écoles juridiques sunnites sur le sujet, participant ainsi à préciser les contours de la notion. A l'aune des critères qu'il a établis, le Pr AL-DARIR identifie les types d'ignorance susceptibles d'entacher le contrat de *gharar*⁵⁶³. Il résulte ainsi de la détermination insuffisante de la prestation ou du caractère incertain de son exécution⁵⁶⁴.

124 Le *gharar* né de la détermination insuffisante de la prestation. Le droit islamique contraint à une exacte détermination de la prestation⁵⁶⁵. Le *gharar* apparaît en cas d'imprécision du genre, de l'espèce, de la qualité ou de la quantité de la chose objet du contrat. Un contrat qui stipulerait que « cette chose » est vendue sans préciser son genre serait illicite⁵⁶⁶. Les malékites admettent l'ignorance si l'acheteur dispose d'une clause d'« inspection » (*khiyar al-ru'yah*) lui permettant d'obtenir l'anéantissement du contrat. Les hanafites acceptent une telle vente au motif que l'acheteur dispose naturellement du droit de révoquer le contrat après avoir inspecté la chose.

Le *gharar* est caractérisé quand le genre est mentionné mais pas l'espèce⁵⁶⁷. La vente d'« un animal », sans préciser s'il s'agit d'un mouton ou d'un chameau, génère un *gharar* excessif. La qualité exacte de la chose doit être déterminée, ce que le Pr AL-DARIR nomme « l'identité spécifique de la chose »⁵⁶⁸. Malgré le détail du genre et de l'espèce, un conflit peut apparaître quant à l'identification de la chose. Ainsi, si le contrat a pour objet la vente d'un mouton particulier au sein d'un troupeau ou d'un vêtement parmi d'autres il faut pouvoir l'identifier. La majorité des *fuqaha* s'accorde à penser que la description des caractéristiques est une condition *sine qua non* de la validité du contrat de vente. Les hanafites sont partagés, certains retenant que la description est une condition de validité, d'autres que l'acheteur peut se prévaloir du *khiyar al-ru'yah* et par conséquent n'imposent pas la description des caractéristiques. Les malékites conditionnent la licéité du contrat à la description tant de la chose que

⁵⁶³ AL-DARIR, Al Siddiq Mohammad Al Amin, *op. cit.*, p. 23-34.

⁵⁶⁴ Sur la détermination de la chose objet du contrat, v. aussi EL HABIB TIJKANI, Mohamed, « Législation des ventes » in *Les sciences de la Chari'a pour les économistes*, Banque Islamique de Développement, actes de séminaires, n°44, p. 150 et s.

⁵⁶⁵ LINANT DE BELLEFONDS, Yvon, *op. cit.*, paragr. 249 et s.

⁵⁶⁶ AAOIFI, norme charaïque n°31, art. 5.2.1.1 ; v. aussi *Ibid.*, paragr. 250, spéc. p. 206.

⁵⁶⁷ *Ibid.*, art. 5.2.1.2.

⁵⁶⁸ *Ibid.*, art. 5.2.1.3 et 5.2.1.4.

du prix. Les shaféites se répartissent en trois groupes sur la question. Le premier retient que le contrat doit préciser toutes les caractéristiques de la chose. Le second, que seules les caractéristiques pertinentes doivent être détaillées. Le dernier, que le contrat est valide sans qu'il soit nécessaire d'énoncer les caractéristiques puisque le vendeur dispose du *khiyar al-ru'yah*. Les hanbalites se prononcent contre le contrat qui ne précise ni les caractéristiques de la chose ni son prix.

L'ignorance de l'une des parties résulte encore de quantité de la chose⁵⁶⁹. Il convient de spécifier la masse ou le volume quand il s'agit d'une chose mesurable ainsi que le prix à payer.

Malgré une description précise de la chose, certains juristes considèrent qu'on ne peut vendre ce qui est hors de vue⁵⁷⁰. La question fait débat parmi les écoles juridiques, certaines considèrent que le *gharar* n'est pas caractérisé si les règles précédentes sont respectées, d'autres le retiennent si l'objet n'est pas présent et en vue. Al-Shafi'i et ses disciples optent pour cette dernière position en faisant valoir que la description n'est pas suffisante pour attester de la connaissance de la chose⁵⁷¹. Les autres écoles ne partagent pas cet avis et admettent le contrat si la chose est suffisamment décrite. Cette dernière conception a été adoptée par l'AAOIFI dans sa norme consacrée au *gharar*.

L'ignorance liée au temps est majeure, spécifiquement quant au terme⁵⁷². Les différentes écoles s'entendent sur la prohibition du contrat qui ne spécifierait pas le terme, la date de paiement ou de délivrance de la chose.

Le prix doit être précisé et ne peut être fixé unilatéralement par l'une des parties ou par un tiers⁵⁷³. Mais il peut être déterminé par référence au prix du marché au jour de l'achat, aux usages des parties ou à un indice. Dans cette dernière hypothèse le *gharar* est tolérable⁵⁷⁴.

125 Le *gharar* né de l'incertitude quant à l'exécution de la prestation. Le rejet de l'incertitude dans les contrats conduit à exclure que la prestation soit future⁵⁷⁵. Le contrat qui, au moment de sa conclusion, porte sur une chose qui n'existe pas encore

⁵⁶⁹ *Ibid.*, art. 5.2.1.5.

⁵⁷⁰ *Ibid.*, art. 5.8.

⁵⁷¹ AL-DARIR, Al Siddiq Mohammad Al Amin, *Al-Gharar in Contracts and Its Effects on Contemporary Transactions*, Islamic Research and Training Institute, 1997, p. 33.

⁵⁷² AAOIFI, norme charaïque n°31, art. 5.3.

⁵⁷³ *Ibid.*, art. 5.2.2

⁵⁷⁴ *Ibid.*

⁵⁷⁵ *Ibid.*, art. 5.7.

ou dont l'existence future est incertaine n'est pas valide. Lorsque l'existence de la chose est normalement certaine, le Pr AL-DARIR est d'avis que le contrat devrait être admis⁵⁷⁶. Un auteur a mis en exergue le caractère controversé du rejet des prestations futures qui ne concerne réellement que les biens⁵⁷⁷. Une application rigoureuse de la règle conduirait à exclure les contrats de prestation de service ayant pour objet la création d'une chose. Afin de ne pas limiter plus que de raison l'économie islamique, les juristes ont établi deux exceptions au principe. La première prend la forme du contrat *salam* par lequel une personne vend une chose fongible à terme en contrepartie d'un paiement immédiat⁵⁷⁸. Il doit sa licéité à l'intérêt qu'il présente pour les agriculteurs en leur offrant une opportunité de financement dans l'attente des récoltes ainsi qu'à sa reconnaissance par Mahomet⁵⁷⁹. Le contrat *salam* ne déroge que peu à la prohibition du *gharar* car l'exigence de détermination exacte de la prestation demeure et qu'une chose fongible est aisément substituable. La seconde dérogation au principe concerne le contrat *istisna* qui, bien qu'il soit régulièrement assimilé à un contrat de vente, est davantage un contrat d'entreprise⁵⁸⁰. En dehors de ces cas, en présence d'un contrat translatif de propriété, la prestation doit être exécutée immédiatement⁵⁸¹. La règle conduit à rejeter la vente de la chose d'autrui puisque la délivrance ne peut être assurée. Dans le cadre d'une opération d'achat-revente, l'acheteur doit être en possession du bien avant de le revendre, ce qui confère à l'opération de *murabaha* son caractère complexe⁵⁸².

126 Exclusion de certains contrats en raison de leur nature. La prohibition du *gharar* amène à rejeter certains contrats qui sont illicites par nature. La vente de deux choses en une seule est dénoncée par les écoles juridiques sans qu'elles ne s'accordent sur ce que recouvre une telle opération⁵⁸³. Ce peut être un contrat où les parties se vendent mutuellement une chose. La double vente correspond aussi à l'hypothèse où l'une des parties propose de vendre telle chose à tel prix ou une autre à tel autre prix.

⁵⁷⁶ AL-DARIR, Al Siddiq Mohammad Al Amin, *Al-Gharar in Contracts and Its Effects on Contemporary Transactions*, Islamic Research and Training Institute, 1997, p. 32.

⁵⁷⁷ LINANT DE BELLEFONDS, Yvon, *Traité de droit musulman comparé, Vol. 1: Théorie générale de l'acte juridique*, Mouton et cie., 1965, paragr. 221 et s.

⁵⁷⁸ V. AAOIFI, Norme charaïque n°10.

⁵⁷⁹ EL-GAMAL, Mahmoud, *Finance islamique*, De Boeck, 2010, p. 114. ; AAOIFI, Norme charaïque n°10, Annexe B.

⁵⁸⁰ LINANT DE BELLEFONDS, Yvon, *op. cit.*, paragr. 224.

⁵⁸¹ AAOIFI, Norme charaïque n°31, art. 5.4.

⁵⁸² Sur ce contrat, v. le second titre de la seconde partie.

⁵⁸³ AAOIFI, Norme charaïque n°25, art. 2.2.

Il s'agit parfois de la vente d'une chose contre deux prix où le vendeur s'engage à céder la chose pour tel prix comptant ou tel autre, supérieur, à terme⁵⁸⁴.

La vente avec arrhes (*arbun* ou *arban*) est discutée en doctrine mais rejetée par les shaféites, les malékites, les hanafites ainsi que les zaydites⁵⁸⁵ sur la base d'un hadith rapporté par Malik Ibn-Anas. Les hanbalites soutiennent une telle vente en déclarant invalide le hadith et invoque le récit dans lequel le calife Umar aurait admis l'achat d'un immeuble avec arrhes⁵⁸⁶. La position de ces derniers est difficilement soutenable, tant un tel contrat implique le *gharar*. L'AAOIFI a pourtant admis le versement d'arrhes en se référant à une résolution de l'Académie Internationale du Fiqh Islamique⁵⁸⁷.

La prohibition du *gharar* a conduit à l'exclusion de plusieurs ventes qui étaient pratiquées dans l'Arabie préislamique⁵⁸⁸. La vente au caillou (*bay' al-hasat*) se décline en plusieurs variantes. Les parties décident qu'elles seront liées par la vente si l'une d'entre elles lance un caillou. Le jet du caillou peut aussi servir à désigner, en la touchant, la chose qui sera vendue. Enfin l'une des parties peut stipuler qu'elle achètera, ou vendra, telle chose et permet à l'autre de s'y opposer jusqu'à ce que la première laisse tomber le caillou⁵⁸⁹. La vente au toucher (*mulamasa*)⁵⁹⁰ par laquelle l'acheteur touche la chose sans l'examiner. La vente au jet (*munâbadha*) où le contrat est conclu si l'une ou l'autre des parties jette la chose à l'autre sans que l'acheteur ne puisse s'y opposer.

La vente sous condition suspensive (*mu'allaq*) est dénoncée par la majorité des *fuqaha* parce qu'elle dépend d'un événement futur et incertain⁵⁹¹. Une condition suspensive ne peut être stipulée dans un contrat translatif de droits réels⁵⁹². Le *gharar* est d'autant plus présent que la date à laquelle la vente aura lieu est incertaine ou inconnue des

⁵⁸⁴ COMAIR-OBEID, Nayla, *Les contrats en droit musulman des affaires*, Economica, 1995, p. 62.

⁵⁸⁵ Courant religieux appartenant au chiisme.

⁵⁸⁶ VOGEL, Frank E. et HAYES, Samuel L., *Islamic Law and Finance*, BRILL, 1998, p. 157 VISSER, Hans, *Islamic finance*, Edward Elgar, 2009, p. 71.

⁵⁸⁷ Résolution n°72(3/8) de l'Académie Internationale du Fiqh Islamique.

⁵⁸⁸ COMAIR-OBEID, Nayla, *Les contrats en droit musulman des affaires*, Economica, 1995, p. 60-61.

⁵⁸⁹ ABDULLAH ALWI HAJI HASSAN, *Sales and contracts in early Islamic commercial law*, Islamic Research Institute, International Islamic University, 1994, p. 70 AL-DARIR, Al Siddiq Mohammad Al Amin, *Al-Gharar in Contracts and Its Effects on Contemporary Transactions*, Islamic Research and Training Institute, 1997, p. 17.

⁵⁹⁰ *Sahîh Al-Bukhari*, hadith n°2144, v. aussi *Sahîh Muslim*, hadiths n°1511 et 1512.

⁵⁹¹ Ainsi que le relèvent certains auteurs, « l'insertion d'une condition, résolutoire ou suspensive, crée une incertitude » même si elle ne remet pas en question l'équilibre des prestations, v. MALAURIE, Philippe, AYNÈS, Laurent et GAUTIER, Pierre-Yves, *Droit des contrats spéciaux*, 11^e éd., LGDJ, 2020, paragr. 675.

⁵⁹² CHÉHATA, Chafik, *Théorie générale de l'obligation en droit musulman hanéfite*, Sirey, 1969, paragr. 74 et s. LINANT DE BELLEFONDS, Yvon, *Traité de droit musulman comparé, Vol.1: Théorie générale de l'acte juridique*, Mouton et cie., 1965, paragr. 539 et s.

parties. Les hanafites analysent cette vente comme une forme de pari⁵⁹³. Pour la même raison, à savoir l'incertitude à l'issue du terme, la vente *mudhaf* n'est pas admise. Il s'agit d'une vente dans laquelle le transfert de propriété, la délivrance et le paiement sont soumis à un terme. En droit islamique, le transfert de propriété doit être concomitant à la formation du contrat, de même que l'obligation de délivrer la chose⁵⁹⁴. Parce qu'ils ne sont pas translatifs de propriété *stricto sensu*, les contrats de louage ne sont pas concernés par la règle. En pratique, un terme précis pourrait être stipulé dans le contrat de vente dissipant ainsi les doutes. Les juristes objectent toutefois que l'exécution étant reportée, il n'est pas sûr que la volonté des parties soit alors la même qu'au moment de la conclusion du contrat. Pas plus que l'on est certain de l'état de la chose ou de sa valeur à l'échéance du terme⁵⁹⁵.

127 Identification du *gharar* au moyen de la théorie des jeux. Sami AL-SUWAILEM assimile le contrat entaché de *gharar* à un jeu à somme nulle avec gains incertains⁵⁹⁶. Dans un tel jeu, les gains de l'un correspondent aux pertes de l'autre, ce qui induit une compétition. L'auteur avance que c'est l'incertitude ou le risque qui incite une partie à conclure un contrat qu'elle sait favorable à l'un des contractants uniquement⁵⁹⁷. Parce qu'il profite uniquement à l'un des contractants, un tel contrat est contraire au principe d'équivalence des prestations qui prévaut dans le droit islamique. Au contraire, dans les jeux à somme positive chacun est gagnant à divers degrés ou tous sont perdants. Un contrat qui s'inscrit dans ce schéma respecte l'idéal islamique. Des gains des contractants dépend l'acceptation par les *fuqaha* du contrat conclu. Sami AL-SUWAILEM met au point une méthode objective de mesure du *gharar* qui consiste à déterminer dans quel jeu les parties sont engagées, et à quel degré, pour juger de la licéité du contrat⁵⁹⁸.

⁵⁹³ AL-DARIR, Al Siddiq Mohammad Al Amin, *Al-Gharar in Contracts and Its Effects on Contemporary Transactions*, Islamic Research and Training Institute, 1997, p. 18.

⁵⁹⁴ Sur ce point, v. CHÉHATA, Chafik, *op. cit.*, paragr. 49, 68 et s. LINANT DE BELLEFONDS, Yvon, *op. cit.*, p. 431 et s.

⁵⁹⁵ AL-DARIR, Al Siddiq Mohammad Al Amin, *op. cit.*, p. 18-19.

⁵⁹⁶ AL-SUWAILEM, Sami, « Towards an objective measure of gharar in exchange », *Islamic Economic Studies*, Vol. 7, n° 1&2, octobre 1999-avril 2000, p. 61.

⁵⁹⁷ *Ibid.*, p. 98.

⁵⁹⁸ *Ibid.*

128 Le corollaire de la prohibition du *maysir*. Entendu dans une acception large, le *gharar* est encore présent dans les jeux de hasard et la spéculation⁵⁹⁹. Les travaux de Sami AL-SUWALEIM rejoignent la pensée de François GUERANGER pour qui un contrat assorti d'une trop grande incertitude est semblable à un jeu de hasard, *maysir* ou *qimâr*⁶⁰⁰. Le terme désigne littéralement le jeu⁶⁰¹, les paris étant une grande passion des Arabes de la période préislamique⁶⁰². Or, de telles pratiques sont dénoncées vertement dans le Coran⁶⁰³. Là où la prohibition du *gharar* est issue de la Sunna, celle du *maysir* provient du Coran, source première du droit islamique. En liant les deux notions⁶⁰⁴, les juristes renforcent la condamnation du *gharar*. Cela étant, les notions ne sont pas synonymes et il serait erroné de les confondre. Le *maysir* renvoie au pari ou au jeu de hasard avec mise, conduisant à enrichir une partie au détriment d'une autre. Il génère ainsi un profit illégitime, puisque réalisé sans effort, qui détourne l'Homme des activités productrices. En cela, il est pour Abderrazak BELABES un jeu à somme nulle qui, au contraire de celui à somme positive, ne repose pas sur l'échange et l'avantage mutuel⁶⁰⁵. L'auteur réfute de surcroît l'assimilation systématique du *gharar* et du *maysir* à la spéculation⁶⁰⁶. Entendue comme la prise délibérée d'un risque, la spéculation ne serait prohibée que lorsqu'elle concerne une activité illicite. Le risque n'est pas catégoriquement interdit en islam, en témoigne la licéité de l'association au travers du contrat *mudarabah*. Il ne l'est que lorsque cela est susceptible de conduire à l'enrichissement de l'un au détriment de l'autre. La raison en est la même que pour la prohibition du *riba*, à savoir la lutte contre le profit illicite lié au défaut d'équivalence des prestations⁶⁰⁷. La spéculation financière est plus décrite, bien qu'Abderrazak BELABES recense des avis divergents⁶⁰⁸. Malek ABOU HAMDAN rejette, dans sa thèse, « toute explication/interprétation prétendant être « unique » et « objective » du concept de « Gharar interdit » dans nos termes financiers contemporains »⁶⁰⁹. Il relève

⁵⁹⁹ Pour un auteur, la condamnation du *gharar* repose sur la prohibition coranique du *maysir*, v. RAYNER, Susan Elizabeth, *The Theory of Contracts in Islamic Law: A Comparative Analysis With Particular Reference to the Modern Legislation in Kuwait, Bahrain and the United Arab Emirates*, thèse de doctorat, Fitzwilliam College, Cambridge, 1989, p. 233.

⁶⁰⁰ GUÉRANGER, François, *Finance islamique*, Dunod, 2009, p. 38.

⁶⁰¹ SAÏDANE, Dhafer, *La finance islamique à l'heure de la mondialisation*, 2^e éd., RB éd., 2011, p. 48.

⁶⁰² SCHACHT, Joseph, *Introduction au droit musulman*, Maisonneuve et Larose, 1999, p. 125.

⁶⁰³ Coran, sourate 2, verset 219, sourate 5, versets 90-91.

⁶⁰⁴ SCHACHT, Joseph, *op. cit.*, p. 125.

⁶⁰⁵ BELABES, Abderrazak, « Le lien entre finance et économie islamiques via le modèle principal "ZR" », *Etudes en économie islamique*, Vol. 4, n°1, janvier 2010, p.26-27.

⁶⁰⁶ *Ibid.*, p.27.

⁶⁰⁷ LINANT DE BELLEFONDS, Yvon, *Traité de droit musulman comparé, Vol.1: Théorie générale de l'acte juridique*, Mouton et cie., 1965, paragr. 247.

⁶⁰⁸ BELABES, Abderrazak, *op. cit.*, p.27.

⁶⁰⁹ ABOU HAMDAN, Malek, *Produits dérivés, risques de marché et « Gharar »* [microfiche], Thèse de doctorat, Université Panthéon-Assas, 2013, p. 230.

toutefois un courant majoritaire au sein des *fuqaha* se prononçant contre la spéculation financière et les produits dérivés⁶¹⁰. La doctrine française adopte cette position, assimilant la spéculation au *maysir*⁶¹¹. La règle conduit à exclure les produits dérivés⁶¹² tels que les contrats à terme⁶¹³ ou les options⁶¹⁴.

129 Conséquence de la prohibition du *maysir* : l'adossement à un actif tangible. Le Pr Geneviève CAUSSE-BROQUET relie le *maysir* à l'obligation d'adossé toute opération islamique à un actif tangible. Pour Anouar HASSOUNE⁶¹⁵, cette contrainte lie la finance islamique à l'économie réelle. La notion d'actif tangible est plus évocatrice pour le financier que pour le juriste, le Pr Gilbert PARLEANI précise qu'il ne s'agit pas nécessairement d'un bien matériel ou corporel ; « *des contrats ou des créances peuvent être des actifs tangibles, et peuvent être eux-mêmes objets de contrats, pourvu cependant que le titulaire final soit exposé directement ou indirectement aux profits ou aux pertes résultant de la valeur ou de l'exploitation d'un actif corporel ou matériel* »⁶¹⁶. La finance conventionnelle pratique les valeurs mobilières adossées à un actif, plus connues sous leurs dénomination anglosaxonne *asset-backed securities* (ABS), qui désignent des titres émis par un véhicule *ad hoc* afin de lui permettre d'acheter des actifs auxquels ils sont adossés. La contrainte impose que les *sukuk*, les titres financiers islamiques soient adossés à des actifs sous-jacents. En conséquence, et pour ne pas enfreindre la prohibition du *riba*, la rémunération du porteur de titre sera fonction de l'actif et non pas un intérêt prédéterminé. Les *sukuk* offrent certes une diversité moindre que les titres financiers conventionnels mais confèrent à leur porteur une sécurité appréciable.

Les manifestations du *gharar* sont diverses et sa prohibition restreint considérablement la liberté contractuelle. En vertu de l'ordre moral islamique, les

⁶¹⁰ *Ibid.*, p. 336.

⁶¹¹ CAUSSE-BROQUET, Geneviève, *La finance islamique*, 2^e éd., RB éd., 2012, p. 36 RUIMY, Michel, *La finance islamique*, A. Franel, 2008, p. 22 JOUABER SNOUSSI, Kaouther, *La finance islamique*, La Découverte, 2012, p. 8 LÉVY, Aldo, *Finance islamique*, Gualino-Lextenso, 2012, p. 59.; LASSERRE CAPDEVILLE, Jérôme, « Les principe de la finance islamique : présentation et illustration, *RD bancaire et fin.*, mars-avril 2011, étude 13, p.20; PARLEANI, Gilbert, « Regards pragmatiques sur la finance islamique », *RD bancaire et fin.*, mars-avril 2012, dossier 12, p.77.

⁶¹² RUIMY, Michel, *op. cit.*, p. 23. L'AAOFI rejette les produits dérivés tels qu'il sont pratiqués dans la finance conventionnelle, v. AAOFI, Norme charaïque n°20, art. 5.

⁶¹³ CAUSSE-BROQUET, Geneviève, *op. cit.*, paragr. 86.

⁶¹⁴ L'Académie Internationale du Fiqh Islamique a prohibé les options dans sa résolution n°63/1/7. Concernant les swaps, certains auteurs avancent qu'ils pourraient être admis, v. AHMED, Habib et KHAN, Tariqullah, « Risk management in Islamic banking » in HASSAN M. Kabir et LEWIS Mervyn Keith (dir.), *Handbook of Islamic banking*, Edward Elgar Publishing, 2007, p. 152 et s. EL-GAMAL, Mahmoud, *Finance islamique*, De Boeck, 2010, p. 91.

⁶¹⁵ HASSOUNE, Anouar, « Principes de structuration des « *sukuk* », *Les cahiers de la finance islamique*, n°1, juin 2009, p. 20.

⁶¹⁶ PARLEANI, Gilbert, « Regards pragmatiques sur la finance islamique », *RD bancaire et fin.*, mars-avril 2012, dossier 12.

jurisconsultes ont condamné nombre de contrats utilisés dans la finance conventionnelle parmi lesquels l'ensemble des contrats aléatoires. La raison en est l'incertitude induisant un déséquilibre contractuel permettant à l'une des parties de réaliser un profit illégitime.

B) L'incertitude source d'un déséquilibre contractuel

130 Contrats aléatoires et jeu. L'existence des contrats aléatoires apparaît comme un paradoxe tant leur nature contraste avec la fonction du contrat d'assurer la sécurité et la prévisibilité⁶¹⁷. En proposant d'identifier le *gharar* au moyen de la théorie des jeux, Sami AL-SUWALEIM⁶¹⁸ met en exergue la proximité des contrats aléatoires avec le jeu⁶¹⁹. L'affirmation est d'autant plus vraie si l'on s'intéresse au champ lexical de l'aléa. Le terme provient du latin, où il désigne le coup de dés, et se voit souvent associé au hasard et au risque. Heureuse coïncidence, ou non, le mot « hasard » apparu au XIIe siècle est originaire de l'arabe *az zhar* signifiant « dé à jouer »⁶²⁰. Quant au terme « risque », il proviendrait du grec *rhizikon* désignant le hasard⁶²¹. Cela laisse supposer qu'à l'origine des contrats aléatoires, on trouve le jeu de dés. Or le jeu est une activité de divertissement susceptible de détourner l'homme de Dieu, d'où la condamnation coranique⁶²². L'islam s'est attaché, à travers les révélations divines, à bannir les comportements jugés nuisibles à la communauté. Cela est vrai pour l'alcool, l'usure, mais aussi les paris qui étaient une passion des anciens Arabes⁶²³. Cette vision négative du contrat de jeu se retrouve chez Portalis qui, à l'occasion des travaux préparatoires du Code civil, l'avait fermement condamné justifiant ainsi la règle énoncée à l'article 1965⁶²⁴.

⁶¹⁷ SIMLER, Philippe, *JCl. Civil Code*, art. 1964, fasc. unique, paragr. 1 ; LASSERRE-KIESOW, Valérie, « L'aléa », *JCP G* 2009.182, paragr. 2.

⁶¹⁸ V. *supra*, paragr. 127.

⁶¹⁹ Le jeu et le pari sont d'ailleurs la première catégorie de contrats aléatoires envisagée par le Code civil, v. C. civ., art. 1965 et s.

⁶²⁰ *Trésor de la langue française*, v° Hasard.

⁶²¹ JULIA, Guilhem, « La réception juridique du hasard » in *Jeux, argent et droit : [actes du colloque tenu le 13 décembre 2012 à Paris]*, Dalloz, 2013, p. 2.

⁶²² Coran, sourate 2, verset 219, sourate 5, versets 90-91.

⁶²³ SCHACHT, Joseph, *Introduction au droit musulman*, Maisonneuve et Larose, 1999, p. 125.

⁶²⁴ *Discours, Rapports et travaux inédits sur le Code civil*, Joubert, 1844, p. 282 et s. : « A la différence des contrats ordinaires qui rapprochent les hommes, les promesses contractées au jeu les divisent et les isolent. On ne peut être heureux au jeu que par l'infortune des autres : tout sentiment naturel entre joueurs est étouffé, tout lien social est rompu. Un joueur forme le vœu

131 Aléa et déséquilibre contractuel. Les contrats aléatoires constituent une catégorie à part des contrats à titre onéreux excluant, en principe, tout contrôle de l'équilibre contractuel. L'économie du contrat est subordonnée par les parties à un événement incertain qui implique un défaut d'équivalence des prestations⁶²⁵. Elles s'entendent pour que le gain de l'une soit corrélatif à la perte de l'autre. Cette volonté apparaît contraire à l'ordre moral islamique qui s'oppose à ce que l'enrichissement se fasse au détriment d'autrui. Il suffit pour s'en convaincre de s'intéresser aux exceptions au principe de l'illicéité du jeu. Ainsi, est-il admis que le gagnant d'une compétition reçoive une récompense si elle provient d'une tierce personne. Le gain est licite s'il ne résulte pas de l'appauvrissement des autres participants et s'il encourage à développer certaines qualités reconnues par l'islam⁶²⁶. C'est la raison pour laquelle les courses de chevaux sont admises parce qu'elles les entraînent à la guerre, de même que les concours portant sur la connaissance du droit islamique ou du Coran⁶²⁷. A l'instar du *riba*, il apparaît que la prohibition du *gharar* trouve sa raison dans la recherche de l'équilibre des prestations⁶²⁸. Mais là où la règle se limitait à certains biens concernant le *riba*, elle a une portée plus générale pour le *gharar* puisqu'elle concerne l'ensemble des contrats aléatoires.

132 L'ignorance source du déséquilibre contractuel. Les raisons de la prohibition du *gharar* sont à rechercher une nouvelle fois dans le souci du droit islamique de préserver l'équité et son attachement au respect de l'équilibre des prestations en vue de prévenir tout profit illicite⁶²⁹. Le *gharar* est réprouvé car il résulte de l'ignorance (*jahl*) de l'une des parties qui pourrait se trouver désavantagée⁶³⁰. Les parties doivent connaître la teneur de la prestation, à défaut le contrat pourrait être déséquilibré. Ce n'est pas tant l'inexistence de la chose, pas plus que l'incertitude, qui sont répréhensibles *per se*, mais le fait que le bénéfice de l'une des parties est certain et celui de l'autre non. Dans une telle situation, le gain est fonction d'un événement

inhumain et impie de prospérer aux dépens de ses semblables ; il est réduit à maudire le bien qui leur arrive, et à ne se complaire que dans leur ruine ».

⁶²⁵ BÉNABENT, Alain, *Droit des contrats spéciaux civils et commerciaux*, 14^e éd., LGDJ, 2021, paragr. 913.

⁶²⁶ Sur ce point, v. ALDEEB ABU-SAHLIEH, Sami Awad, *Religion et droit dans les pays arabes*, Presses universitaires de Bordeaux, 2008, p. 231 et s.

⁶²⁷ SCHACHT, Joseph, *Introduction au droit musulman*, Maisonneuve et Larose, 1999, p. 125.

⁶²⁸ Pour un avis similaire, v. COMAIR-OBEID, Nayla, *Les contrats en droit musulman des affaires*, Economica, 1995, p. 59.

⁶²⁹ LINANT DE BELLEFONDS, Yvon, *Traité de droit musulman comparé, Vol. 1: Théorie générale de l'acte juridique*, Mouton et cie., 1965, paragr. 219.

⁶³⁰ COMAIR-OBEID, Nayla, *op. cit.*, p. 59.

favorable et non de l'effort, ce qui le rend d'autant plus condamnable au regard de l'ordre moral islamique⁶³¹. On retrouve là le principe de protection de la partie faible, notamment des consommateurs, présent tant en droit français qu'en droit communautaire. A cet égard, François GUÉRANGER rapproche la prohibition du *gharar* de celle des clauses abusives dans les contrats de consommation. L'auteur ajoute qu'un contrat complexe génère un déséquilibre en présence d'une partie moins instruite que l'autre⁶³². Plus que la prohibition des clauses abusives, qui génère un déséquilibre des prérogatives des parties, c'est à nouveau la lésion qui est concernée par la prohibition du *gharar*. Mahomet, commerçant, connaissait à n'en pas douter les risques liés à l'ignorance d'une des parties contractantes⁶³³. En conséquence, il a entendu proscrire les contrats entachés de *gharar* en imposant que chaque partie ait une parfaite connaissance des prestations échangées⁶³⁴. Cette prohibition, à l'instar de celle du *riba* vise à assurer l'équilibre économique des prestations et, partant, l'effectivité de la justice commutative⁶³⁵.

133 Condamnation de la spéculation. La finance islamique est d'autant plus hostile à la spéculation qu'elle s'assimile au jeu et au pari. Elle se définit comme « *l'opération sur valeurs, immeubles ou marchandises, faites en vue de réaliser un gain en profitant des fluctuations du marché* »⁶³⁶. Il s'agit ainsi d'une activité marquée par un aléa, l'évolution incertaine du marché, et permettant de réaliser un gain résultant uniquement de la prise de risque. Le spéculateur se livre à une forme de pari, en supposant que le prix de vente sera supérieur au prix d'acquisition. Le gain qui en résulte est méprisable parce qu'il ne découle pas d'un travail réel. Si certains appellent à distinguer la « bonne » spéculation, qui serait indispensable au marché, de celle néfaste⁶³⁷, le droit islamique n'opère quant à lui aucune différence. Cette conception a un temps été partagée en droit français avant que la loi du 28 mars 1885 n'amorce un revirement de

⁶³¹ HASSAN, Hussein, *op. cit.*, p. 290 et s.

⁶³² GUÉRANGER, François, *Finance islamique*, Dunod, 2009, p. 37.

⁶³³ Pour un avis similaire, v. SALEH, Nabil A, *Unlawful gain and legitimate profit in Islamic law*, Cambridge University Press, 1986, p. 49.

⁶³⁴ *Ibid.* : « *This idea of protecting the weak against the exploitation by the strong led to the elaboration of a rule of general application, commanding that any transaction should be devoid of uncertainty and speculation, and this, according to learned men and legal scholars, could only be secured by the contracting parties' having perfect knowledge of the countervalues intended to be exchanged as a result of their transaction, otherwise there is an unacceptable degree of gharar* ».

⁶³⁵ En ce sens, v. CHÉHATA, Chafik, *Théorie générale de l'obligation en droit musulman hanéfite*, Sirey, 1969, paragr. 46 et 73. ; HASSAN, Hussein, *op. cit.*, p. 292.

⁶³⁶ CORNU, Gérard (Dir.), *Vocabulaire juridique*, 12^e éd., 2017, V°Spéculation.

⁶³⁷ Pour une défense de la spéculation, v. PELOUZE, Frédéric, « Nous sommes tous des spéculateurs ! », *JCP G* 2011.1375.

la position⁶³⁸. De cette hostilité originelle, subsiste la qualification de pari pour les instruments financiers à terme⁶³⁹. Ces derniers sont souvent concernés par la spéculation, ce qui explique en partie leur rejet dans la finance islamique. L'autre raison tient à ce que les instruments financiers à terme sont parfois qualifiés de contrat aléatoire⁶⁴⁰.

134 Rejet des contrats conditionnels. La prohibition des contrats aléatoires se conçoit aisément au regard des finalités de l'ordre moral islamique tandis que celle des contrats conditionnels apparaît, *a priori*, plus surprenante. Le droit romain opérait une distinction entre ces deux catégories de contrat à travers la *venditio spei*, vente d'une espérance, et la *venditio rei speratae*, vente de la chose espérée. La différence est souvent illustrée à travers l'exemple de la pêche coup de filet. Dans la *venditio spei*, l'acheteur accepte de payer le prix, peu importe que le filet contienne du poisson ou non, ce qui en fait un contrat aléatoire. Dans la *venditio rei speratae*, la vente est subordonnée à l'existence de la chose, le contrat n'est formé que si le poisson est pêché⁶⁴¹. Pour autant, les prestations des parties sont connues dès la formation du contrat ce qui amène à qualifier la *venditio rei speratae* de contrat commutatif. Dans un cas comme dans l'autre, les obligations des parties sont affectées par un événement incertain. Ce point commun se retrouve mis en exergue en droit français dans les définitions respectives du contrat aléatoire⁶⁴² et de l'obligation conditionnelle⁶⁴³. Les contrats aléatoires et les contrats conditionnels se distinguent néanmoins en ce que l'événement incertain détermine l'équilibre du contrat dans les premiers et son existence dans les seconds. En conséquence, une réflexion hâtive pourrait laisser supposer que seule l'interdiction des contrats aléatoires est justifiée. Or, l'insertion d'une condition, résolutoire ou suspensive, crée une incertitude⁶⁴⁴. Cela explique, selon le Pr Chafik CHEHATA, « *la répugnance à valider les obligations conditionnelles* »

⁶³⁸ L. du 28 mars 1885 sur les marchés à terme, art. 1^{er} : « *Tous marchés à terme sur effets publics et autres, tous marchés à livrer sur denrées et marchandises sont réputés légaux.*

Nul ne peut, pour se soustraire aux obligations qui en résultent, se prévaloir de l'article 1965 du code civil, lors même qu'ils se résoudraient par le paiement d'une simple différence ».

⁶³⁹ MULLER, Anne-Catherine, « Aléa et marchés financiers » in ASSOCIATION HENRI CAPITANT (dir.), *L'aléa : journées nationales*, t. XIV, Dalloz, 2011, p.75-98.

⁶⁴⁰ *Ibid.*, p. 77 et s.

⁶⁴¹ BÉNABENT, Alain, *Droit des contrats spéciaux civils et commerciaux*, 14^e éd., LGDJ, 2021, paragr. 924.

⁶⁴² C. civ., art. 1108 al. 2 : « *Il est aléatoire lorsque les parties acceptent de faire dépendre les effets du contrat, quant aux avantages et aux pertes qui en résulteront, d'un événement incertain* ».

⁶⁴³ C. civ, art. 1304 al. 1^{er} : «

⁶⁴⁴ MALAURIE, Philippe, AYNÈS, Laurent et GAUTIER, Pierre-Yves, *Droit des contrats spéciaux*, 11^e éd., LGDJ, 2020, paragr. 675.

puisque le droit islamique a tendance à écarter tout élément aléatoire⁶⁴⁵. Cet avis n'est pas partagé par le Pr Yvon LINANT DE BELLEFONDS jugeant « *insuffisante l'explication de ceux qui ne voient dans la répugnance du Fiqh à valider la condition et même le terme, qu'une simple conséquence logique de son hostilité à l'égard de tout ce qui est aléatoire, et de sa crainte du défaut d'équivalence dans les prestations de deux parties* »⁶⁴⁶. L'auteur estime que le rejet de l'acte conditionnel est davantage justifié par le principe selon lequel l'acte doit être formé et exécuté dans une même unité de temps⁶⁴⁷. Loin d'être contradictoires, les deux analyses sont au contraire complémentaires. Il est certain que le droit islamique est marqué par le rejet de l'incertitude étendant la prohibition du *gharar* au-delà des contrats aléatoires. De même qu'il ne saurait être nié que les contrats conditionnels s'opposent au principe imposant que les effets du contrat soient concomitants à sa formation. Le dénominateur commun est ici la volonté de protéger les parties au contrat en imposant une parfaite connaissance de la teneur et de la portée de leurs obligations. Or, le contrat conditionnel apparaît comme un obstacle à la réalisation de cette fin. La prohibition des termes, notamment suspensifs, dans les contrats translatifs de propriété tient aux mêmes raisons⁶⁴⁸, le Pr Chafik CHEHATA mettant, à nouveau, en avant l'idée d'équivalence⁶⁴⁹. Le juriste occidental serait étonné de constater que le terme est traité par les juristes musulmans classiques comme une condition, *lato sensu*⁶⁵⁰. Les prestations monétaires peuvent toutefois être affectées d'un terme. Dans ce cas, et l'exception témoigne une nouvelle fois de la volonté de protéger la partie faible, le terme est présumé stipulé dans l'intérêt du débiteur qui seul peut y renoncer⁶⁵¹.

La prohibition du *gharar*, à l'instar de celle du *riba*, est motivée par des considérations religieuses et morales privilégiant l'équilibre des prestations à la liberté contractuelle. En excluant l'incertitude dans les contrats à titre onéreux, le droit islamique prévient tout risque d'appauvrissement injuste de l'une des parties. La règle a pour conséquence le rejet des contrats aléatoires et, partant, des contrats d'assurance conventionnels.

⁶⁴⁵ CHÉHATA, Chafik, *Théorie générale de l'obligation en droit musulman hanéfite*, Sirey, 1969, paragr. 75.

⁶⁴⁶ LINANT DE BELLEFONDS, Yvon, *Traité de droit musulman comparé, Vol. I: Théorie générale de l'acte juridique*, Mouton et cie., 1965, paragr. 537.

⁶⁴⁷ *Ibid.*

⁶⁴⁸ LINANT DE BELLEFONDS, Yvon, *op. cit.*, paragr. 535 et 537.

⁶⁴⁹ CHÉHATA, Chafik, *Théorie générale de l'obligation en droit musulman hanéfite*, Sirey, 1969, paragr. 73.

⁶⁵⁰ LINANT DE BELLEFONDS, Yvon, *op. cit.*, p. 535. L'auteur

⁶⁵¹ *Ibid.*, paragr. 554 CHÉHATA, Chafik, *op. cit.*, paragr. 69.

III] Le rejet des contrats d'assurance conventionnelle

135 Appréhension tardive du contrat d'assurance par les légistes. Le contrat d'assurance est ignoré des juristes des premiers siècles de l'Islam⁶⁵². La raison en est que son développement est relativement récent en comparaison d'autres contrats. Bien que le prêt à la grosse aventure, permettant un partage des risques⁶⁵³, fût connu des Grecs durant l'Antiquité, il ne constituait pas véritablement un contrat d'assurance⁶⁵⁴. Le développement du commerce international à travers le transport maritime marque l'apparition de l'assurance moderne avec un décret du Doge de Gênes en 1336⁶⁵⁵. En France, l'ordonnance de la Marine de 1681 est le premier texte à encadrer l'assurance maritime⁶⁵⁶, mais l'assurance sur la vie est expressément exclue⁶⁵⁷. La prohibition sera levée par un arrêt du Conseil du Roi du 3 novembre 1787⁶⁵⁸. Ce développement tardif de l'assurance trouverait sa cause dans la réprobation des religions abrahamiques qui attribuent tout événement à la volonté divine⁶⁵⁹. Au XIXe siècle, Ibn Abidin est le premier juriste musulman à se prononcer sur l'assurance moderne. A cette époque, l'assurance maritime est la première à être importée en terre d'Islam par les commerçants européens qui en faisaient une exigence traditionnelle. Ainsi, lorsqu'un musulman voulait affréter un navire appartenant à un européen, ce dernier lui demandait, en sus du prix de loyer, de verser une somme destinée à couvrir tous les risques qui pouvaient survenir au cours du voyage⁶⁶⁰. Ibn Abidin condamne cette pratique lorsque le contrat est conclu dans un territoire musulman au motif qu'il

⁶⁵² KHORSHID, Aly, *Islamic Insurance*, 1re éd., Routledge, 2007, p. 12 et 46 HIMEUR, Chihab Mohammed, *Les contrats de la finance islamique*, Larcier, 2018, p. 71.

⁶⁵³ Pothier définissait ainsi le prêt à la grosse aventure : « *Le contrat de prêt à la grosse aventure est un contrat par lequel l'un des contractants, qui est le prêteur, prête à l'autre, qui est l'emprunteur, une certaine somme d'argent, à condition qu'en cas de perte des effets pour lesquels cette somme a été prêtée, arrivée par quelque fortune de mer, ou accident de force majeure, le prêteur n'en aura aucune répétition, si ce n'est jusqu'à concurrence de ce qui en restera, et qu'au cas d'heureuse arrivée, ou au cas qu'elle n'aurait été empêchée que par le vice de la chose, ou par la faute du maître ou des marins, l'emprunteur sera tenu de rendre au prêteur la somme avec un certain profit contenu, pour le prix du risque desdits effets dont le prêteur s'est chargé* », v. *Œuvres complètes de Pothier*, t. 9, Traité du contrat de prêt à la grosse aventure, Thomine et Fortic, 1821

⁶⁵⁴ CHAGNY, Muriel et PERDRIX, Louis, *Droit des assurances*, 4^e éd., LGDJ, 2018, paragr. 5.

⁶⁵⁵ TURGNE, Franck, *JCl. Responsabilité civile et Assurances*, fasc. 610, paragr. 8.

⁶⁵⁶ CHAGNY, Muriel et PERDRIX, Louis, *op. cit.*, paragr. 8.

⁶⁵⁷ Ordonnance de la Marine de 1681, Livre III, Titre 6, art. X : « *Défendons de faire aucune assurance sur la vie de personnes* ».

⁶⁵⁸ CHAGNY, Muriel et PERDRIX, Louis, *op. cit.*, paragr. 12.

⁶⁵⁹ HIMEUR, Chihab Mohammed, *Les contrats de la finance islamique*, Larcier, 2018, p. 70 et s.

⁶⁶⁰ ALDEEB ABU-SAHLIEH, Sami Awad, *Religion et droit dans les pays arabes*, Presses universitaires de Bordeaux, 2008, p. 505 KHORSHID, Aly, *Islamic Insurance*, 1re éd., Routledge, 2007, p. 13.

repose sur un événement incontrôlable qui ne saurait donner lieu à une obligation⁶⁶¹. Il est néanmoins toléré pour cet auteur de recourir à l'assurance maritime lorsque les parties ont contracté dans un pays non musulman⁶⁶².

Les *fuqaha* rejetant l'aléa dans les contrats à titre onéreux, on comprend aisément que l'assurance conventionnelle soit exclue du domaine de la finance islamique par une majorité de la doctrine (A). Mais parce que le contrat d'assurance constitue un instrument de protection contre les risques et de financement, les juristes ont élaboré une alternative (B).

A) *Le rejet d'une majorité de la doctrine*

136 Absence d'*ijma*. Contrairement à ce qu'a pu affirmer un auteur, il n'existe aucun consensus à propos de l'assurance conventionnelle au sein de la doctrine islamique⁶⁶³. Ces divergences s'expliquent en partie par l'appréhension tardive du contrat d'assurance. Le Pr Aly KHORSHID répertorie les avis des *fuqaha* en six groupes allant du rejet sans exception à l'admission intégrale⁶⁶⁴. Sans reprendre une distinction aussi exhaustive, il convient d'évoquer les arguments des légistes majoritaires s'opposant à l'assurance conventionnelle (1) et ceux qui y sont favorables (2).

1) *Les arguments de la doctrine majoritaire*

137 L'aléa inhérent au contrat d'assurance. La majorité de la doctrine islamique rejette le contrat d'assurance parce qu'il génère, en raison de sa nature, tous les types de *gharar* proscrits⁶⁶⁵. L'aléa étant exclu des contrats à titre onéreux on comprend aisément les raisons qui commandent la condamnation de l'assurance conventionnelle. L'ancien article 1964 du Code civil rangeait expressément le contrat d'assurance au sein de la catégorie des contrats aléatoires. Bien qu'à la suite de l'abrogation de cet article, le contrat d'assurance ne soit plus nommé par le Code civil, il constitue bien un

⁶⁶¹ KHORSHID, Aly, *op. cit.*, p. 12.

⁶⁶² CHARBONNIER, Jacques, *Islam*, Larcier, 2011, p. 162 KHORSHID, Aly, *op. cit.*, p. 14.

⁶⁶³ RUIMY, Michel, *La finance islamique*, A. Franel, 2008, p. 40.

⁶⁶⁴ KHORSHID, Aly, *op. cit.*, p. 60 et s.

⁶⁶⁵ NEHMÉ, Aline, *L'assurance entre loi islamique et droit positif*, IRJS, 2015, paragr. 112 et s.

contrat aléatoire au sens de l'article 1108 du Code civil⁶⁶⁶. La jurisprudence a d'ailleurs énoncé que l'aléa constitue l'essence même du contrat d'assurance⁶⁶⁷. Dans ce contrat, les parties s'entendent pour que leurs prestations soient fonction d'un événement futur et incertain qui génère nécessairement un déséquilibre économique. Après les travaux d'Ibn Abidin, plusieurs *fuqaha* ont émis des fatwas au début du XXe siècle à l'encontre de l'assurance conventionnelle en établissant une analogie avec le pari⁶⁶⁸.

138 Le *riba* dans l'assurance commerciale. La condamnation de l'assurance conventionnelle n'est pas uniquement fondée sur la prohibition du *gharar* et du *maysir* mais aussi sur celle du *riba*. L'assuré s'engage à verser périodiquement une prime en contrepartie de la couverture du risque par l'assureur. En cas de réalisation du risque, l'assuré perçoit une somme qui peut être inférieure ou supérieure au montant total des primes versées, ce qui caractérise le *riba*. Dans le cas contraire, l'assureur conserve les primes et l'assuré ne reçoit rien. Dans les deux hypothèses, il existe un excédent générant un défaut d'équivalence en valeur des prestations caractéristique du *riba al-fadl*⁶⁶⁹. Le *riba al-nasih* serait aussi présent en raison du décalage dans le temps entre le paiement de la prime et l'exécution de la prestation due en cas de sinistre⁶⁷⁰. Le *riba* peut encore résulter de l'investissement des primes dans des activités productrices d'intérêts⁶⁷¹.

139 Contrariété de l'assurance conventionnelle à des principes secondaires. D'autres arguments que ceux reposant sur les principes majeurs de la finance islamique ont été avancés à l'encontre de l'assurance conventionnelle. Il est ainsi reproché au contrat d'assurance de ne pas faire partie des contrats nommés en droit islamique⁶⁷². Or, dans ce système, la liberté contractuelle est bien plus limitée qu'en droit français⁶⁷³.

⁶⁶⁶ C. civ., art. 1108 disposant que le contrat est aléatoire : « parties acceptent de faire dépendre les effets du contrat, quant aux avantages et aux pertes qui en résulteront, d'un événement incertain ».

⁶⁶⁷ Civ. 1^{re}, 11 oct. 1994, n°93-11.295, *Bull. civ. I*, n°277. La question du caractère aléatoire du contrat a pu être posée à propos de certaines assurances vie. La chambre mixte de la Cour de cassation a reconnu l'existence d'un aléa dans ces contrats, v. Ch. mixte, 23 nov. 2004, n° 01-13.592, 02-11.352, 02-17.507, 03 - 13.673, *Bull. ch. mixte*, n° 4. Le Pr Jérôme KULLMAN estime qu'avec l'adoption de l'article 1108 du Code civil, ce débat n'a plus lieu d'être, v. KULLMAN, Jérôme, « Le contrat d'assurance et le nouvel article 1108 du Code civil : commutatif et/ou aléatoire ? », *RGDA* 2018.64.

⁶⁶⁸ NEHMÉ, Aline, *op. cit.*, paragr. 244 et s. ALDEEB ABU-SAHLIEH, Sami Awad, *Religion et droit dans les pays arabes*, Presses universitaires de Bordeaux, 2008, p. 505.

⁶⁶⁹ KHORSHID, Aly, *Islamic Insurance*, 1^{re} éd., Routledge, 2007, p. 63 et s. NEHMÉ, Aline, *op. cit.*, paragr. 249.

⁶⁷⁰ NEHMÉ, Aline, *op. cit.*, paragr. 249.

⁶⁷¹ VISSER, Hans, *Islamic finance*, Edward Elgar, 2009, p. 102 KHORSHID, Aly, *op. cit.*, p. 65-66 NEHMÉ, Aline, *op. cit.*, paragr. 249.

⁶⁷² KHORSHID, Aly, *op. cit.*, p. 65.

⁶⁷³ LINANT DE BELLEFONDS, Yvon, *Traité de droit musulman comparé, Vol.1: Théorie générale de l'acte juridique*, Mouton et cie., 1965, paragr. 270 et s.

L'assurance sur la vie est aussi l'objet de critiques en ce qu'elle est contraire au *qadar*, le principe de prédestination selon lequel la destinée de l'homme est décidée par Dieu⁶⁷⁴. A cela, s'ajoute l'interdiction de la stipulation pour autrui en droit islamique des contrats⁶⁷⁵. Les contrats d'assurance sur la vie prévoient parfois que le contrat est conclu au bénéfice d'un tiers désigné par le stipulant. Ce faisant, le contrat peut servir à mettre en échec les règles relatives aux successions. Le droit islamique connaît un principe s'apparentant à la réserve héréditaire en droit français⁶⁷⁶. Les juristes ont estimé que le contrat porte atteinte au droit des héritiers⁶⁷⁷. Enfin, le contrat d'assurance serait contraire à l'obligation d'entraide et de coopération entre membres de la *oumma*⁶⁷⁸. Pour autant, cette vision n'est pas partagée par l'ensemble des juristes.

2) *Les arguments de la doctrine minoritaire*

140 Absence de contrariété aux principes cardinaux de la finance islamique. Dans une fatwa rendue en 1903, Muhammad ABDUH s'était prononcé en faveur du contrat d'assurance sur la vie qu'il assimilait à un contrat *mudarabah*, ce qui avait permis à des compagnies occidentales de s'implanter dans le pays⁶⁷⁹. Un avis contraire a été rendu l'année suivante par le Mufti d'Egypte Muhammad BAKHIT. Le juriste syrien Mustafa AL-ZARQA a adopté une position favorable après avoir constaté que rien dans la charia ne s'opposait à l'assurance sous quelque forme que ce soit. Elle serait même légitimée par les sources sacrées du droit islamique parce qu'elle permet de lutter contre les risques et les pertes⁶⁸⁰. Il est vrai que le Coran enjoint les croyants à s'entraider⁶⁸¹, mais il convient d'objecter que les assureurs n'agissent pas de façon désintéressée. AL-ZARQA perçoit pourtant dans l'assurance conventionnelle, un moyen de regrouper les risques afin d'en prévenir les conséquences⁶⁸². Pour le savant,

⁶⁷⁴ SALEH, Nabil A, *Unlawful gain and legitimate profit in Islamic law*, Cambridge University Press, 1986, p. 100.

⁶⁷⁵ KHORSHID, Aly, *op. cit.*, p. 65.

⁶⁷⁶ Sur ce point, v. MILLIOT, Louis et BLANC, François-Paul, *Introduction à l'étude du droit musulman*, Dalloz, 2001, paragr. 637.

⁶⁷⁷ KHORSHID, Aly, *op. cit.*, p. 65.

⁶⁷⁸ *Ibid.*, p. 66.

⁶⁷⁹ *Ibid.*, p. 47 et s. ALDEEB ABU-SAHLIEH, Sami Awad, *Religion et droit dans les pays arabes*, Presses universitaires de Bordeaux, 2008, p. 505.

⁶⁸⁰ AL-ZARQA, Mustafa, cité par EL-GAMAL, Mahmoud, *Finance islamique*, De Boeck, 2010, p. 187.

⁶⁸¹ A titre d'illustration, Coran, sourate 5, verset 2.

⁶⁸² VISSER, Hans, *Islamic finance*, Edward Elgar, 2009, p. 103.

l'aléa devient ainsi acceptable⁶⁸³ et le *gharar* se situerait plutôt dans la non-assurance plutôt que dans l'assurance⁶⁸⁴.

Mohammad Najatullah SIDDIQI considère, à l'instar d'Al-ZARQA, que les principes essentiels de l'assurance ne sont pas contraires aux principes fondamentaux islamiques. Le degré d'ignorance n'est pas suffisant pour que le *gharar* soit jugé excessif⁶⁸⁵. Plutôt que d'exclure l'assurance conventionnelle, il conviendrait de la purger de ses éléments qui permettent l'exploitation⁶⁸⁶. L'auteur restreint néanmoins la pratique en proposant que les risques essentiels soient couverts par des assurances contrôlées par l'Etat ce qui limiterait d'autant les excès de l'assurance commerciale⁶⁸⁷.

141 Admission de l'assurance conventionnelle par le Grand Mufti d'Egypte. Un avis majeur en faveur de l'assurance conventionnelle a été rendu par l'ancien Grand Mufti d'Egypte de 2003 à 2013, Ali GOMAA. Son raisonnement est exposé dans une fatwa de septembre 2004⁶⁸⁸. Il relève que les partisans de l'assurance commerciale font valoir que le Prophète ne s'est pas prononcé contre la validité du contrat. A cela s'ajoute la proximité entre l'assurance et la *mudarabah* que Mahomet a approuvé et qui satisfait aux exigences islamiques de partage des profits et des pertes et de solidarité. Ali GOMAA considère que de même qu'ont été admises les assurances mutuelles et sociales, il devrait en être ainsi pour l'assurance commerciale en raison des similitudes entre elles. Le juriconsulte légitime l'assurance vie dont le *gharar* serait absent en raison de la nature du contrat qui se base sur des contributions volontaires. En outre, la généralisation du recours à l'assurance permettrait de réduire l'ignorance des parties quant à leurs engagements, et partant le *gharar*. L'auteur affirme que l'étude de différents contrats d'assurance ne révèle aucune incompatibilité rédhibitoire avec les principes charaïques. Seules quelques clauses seraient sujettes à modification. Le Grand Mufti conclut à l'admission de l'assurance conventionnelle et de, façon plus surprenante, encourage son recours.

⁶⁸³ KHORSHID, Aly, *Islamic Insurance*, 1re éd., Routledge, 2007, p. 63.

⁶⁸⁴ NEHMÉ, Aline, *L'assurance entre loi islamique et droit positif*, IRJS, 2015, paragr. 295.

⁶⁸⁵ SIDDIQI, Mohammad Nejatullah, *Muslim economic thinking: a survey of contemporary literature*, The Islamic Foundation, 1981, p. 26.

⁶⁸⁶ *Ibid.*, p. 27.

⁶⁸⁷ SIDDIQI, Mohammad Nejatullah, *Insurance in an Islamic economy*, The Islamic Foundation, 1985, p. 67-69. Cité par CHARBONNIER, Jacques, *Islam*, Larcier, 2011, p. 64.

⁶⁸⁸ La fatwa est reproduite et traduite dans EL-GAMAL, Mahmoud, *Finance islamique*, De Boeck, 2010, p. 188 et s.

Malgré les arguments développés en sa faveur, la majorité de la doctrine islamique condamne le contrat d'assurance. L'ensemble des arguments exposés à son encontre ont conduit l'Académie du Fiqh Islamique à émettre une fatwa déclarant que toute forme d'assurance conventionnelle est contraire à l'islam et a proposé comme alternative un contrat basé sur « *la charité et la coopération* »⁶⁸⁹.

B) L'alternative à l'assurance conventionnelle : le takaful

142 Exclusion du caractère onéreux. La prohibition du *gharar* affectant les contrats à titre onéreux, les juristes ont envisagé un système fondé sur la gratuité. Plutôt que de payer une prime, la personne désirant se prémunir contre les risques auxquels elle est exposée consent des dons réguliers au fonds d'assurance. Afin de se conformer aux exigences islamiques, ce fonds dispose de la personnalité morale et, partant, d'un patrimoine propre⁶⁹⁰. L'indemnisation des assurés en cas de survenance d'un sinistre est réalisée au moyen des contributions apportées par l'ensemble d'entre eux, faisant ainsi reposer l'assurance islamique sur la mutualité (1). Malgré une apparente conformité à l'ordre moral islamique, le *takaful* n'est pas exempt de critiques (2).

1) Une alternative reposant sur la mutualité

143 Emergence du takaful. En langue arabe, le mot assurance est traduit par le terme *ta'min* qui signifie rassurer, protéger, garantir⁶⁹¹. Probablement pour insister sur sa conformité à la charia, le terme *takaful* a été préféré pour désigner l'alternative islamique à l'assurance conventionnelle imaginée par les juristes. Dérivé du mot « kafala », le *takaful* signifie littéralement « garantie mutuelle »⁶⁹² et résume le principe qui sous-tend l'assurance islamique. La création de l'Islamic Insurance Company of Sudan est régulièrement citée comme l'évènement marquant l'émergence des institutions de *takaful*⁶⁹³. La Malaisie s'est avérée être un pays pionnier dans le

⁶⁸⁹ Résolution n°9(9/2) de l'Académie Internationale du Fiqh Islamique.

⁶⁹⁰ AAOFI, Norme charaïque n°26, art. 2.

⁶⁹¹ KHORSHID, Aly, *Islamic Insurance*, 1re éd., Routledge, 2007, p. 11 NEHMÉ, Aline, *L'assurance entre loi islamique et droit positif*, IRJS, 2015, paragr. 147.

⁶⁹² SALEH, Nabil A, *Unlawful gain and legitimate profit in Islamic law*, Cambridge University Press, 1986, p. 100 NEHMÉ, Aline, *op. cit.*, paragr. 158 CHARBONNIER, Jacques, *Islam*, Larcier, 2011, p. 173.

⁶⁹³ A titre d'illustration, v. CHARBONNIER, Jacques, *op. cit.*, p. 177 VISSER, Hans, *Islamic finance*, Edward Elgar, 2009, p. 104 MAKHLOUF, Amel, *L'émergence d'un droit international de la finance islamique*, IRJS éditions, 2015, paragr. 378.

développement du *takaful* en Asie avec l'adoption d'une loi qui lui est consacrée en 1984 et qui établit un cadre juridique particulièrement favorable. Cette loi instaure un système où l'assurance islamique coexiste avec l'assurance conventionnelle. Le *takaful* y est défini comme un « *un schéma basé sur la fraternité, la solidarité et l'assistance mutuelle qui assure une aide financière mutuelle ainsi qu'une assistance aux participants en cas de besoin et dans lequel les participants acceptent de contribuer à cette fin* »⁶⁹⁴. En Iran, la révolution islamique a été suivie de la nationalisation des compagnies d'assurances étrangères afin de les mettre en conformité avec les principes charaïques, faisant du pays l'un des chefs de file dans le domaine. Ce succès repose en partie sur la tolérance des religieux iraniens, d'obédience chiite, envers l'assurance conventionnelle⁶⁹⁵. L'Arabie saoudite s'est longtemps opposée à toute forme d'assurance, y compris islamique, avant de les autoriser progressivement au cours des années 1980⁶⁹⁶. En Europe, la première compagnie *takaful* s'est implantée au Luxembourg en 1983 à l'initiative de Dar al-Maal al-Islami Trust basé à Genève.

144 Fondements juridiques du *takaful*. La prohibition du *gharar* concernant les contrats à titre onéreux et non ceux à titre gratuit, les juristes ont imaginé un expédient fondé sur la contribution volontaire. La solidarité et la charité étant au cœur de l'ordre moral islamique, le Coran enjoint aux croyants de s'entraider⁶⁹⁷ puisque tous les musulmans sont frères⁶⁹⁸. La *zakat*, l'aumône légale, fait partie des cinq piliers de l'islam et constitue un impôt de charité obligatoire, mais aussi un acte de purification pour le croyant et un moyen de redistribution des richesses pour la collectivité⁶⁹⁹. On comprend alors les raisons qui ont conduit les juristes musulmans à recourir au *takaful*. Les arguments traditionnellement avancés pour justifier de sa licéité sont exposés dans l'annexe B qui accompagne la norme n°26 de l'AAOIFI consacrée à l'assurance islamique⁷⁰⁰. Dans sa résolution condamnant l'assurance conventionnelle, l'Académie Internationale du Fiqh Islamique a affirmé que seule était conforme à la charia,

⁶⁹⁴ Takaful act 1984, Part. 1, 2. La loi malaisienne sur le *takaful* est disponible en ligne sur le site internet de la banque centrale du pays < https://www.bnm.gov.my/documents/act/en_takaful_act.pdf > (Consulté le 27 septembre 2022).

⁶⁹⁵ CHARBONNIER, Jacques, *op. cit.*, p. 174.

⁶⁹⁶ *Ibid.*, p. 174 et s.

⁶⁹⁷ Coran, sourate 5, verset 2.

⁶⁹⁸ Coran, sourate 49, verset 10.

⁶⁹⁹ LAMCHICHI, Abderrahim, « Le concept de solidarité en Islam » in *La solidarité: un sentiment républicain ?*, PUF, 1992, p. 166.

⁷⁰⁰ AAOIFI, Norme charaïque n°26, Annexe B.

l'assurance mutuelle basée sur la charité et la coopération⁷⁰¹. Dans un contrat d'assurance classique, l'assuré s'engage à verser une prime en contrepartie de la prestation de l'assureur, lui conférant ainsi son caractère onéreux. Dans le cadre d'une assurance islamique, afin de contourner la prohibition du *gharar*, la prime est remplacée par une contribution nommée *tabarru*, que les juristes qualifient opportunément de donation pour lui conférer le caractère d'acte à titre gratuit⁷⁰².

145 Différents modèles de *takaful* mais une structure commune. Plusieurs contrats nommés du droit islamique sont utilisés afin de structurer le *takaful* lui conférant ainsi différentes formes selon les intentions des parties. Peu importe le modèle retenu, on retrouve une distinction entre les assurés, appelés les participants, et l'opérateur *takaful* chargé de la gestion de l'institution d'assurance islamique. L'opérateur peut être choisi parmi les porteurs de police d'assurance ou, plus généralement, être une société par actions⁷⁰³. Dans ce dernier cas, les institutions d'assurance islamique ont pour particularité de posséder deux fonds, l'un dit fonds *takaful* qui sert à recueillir les contributions des assurés, l'autre dit fonds d'actionnaires qui recueille les apports des associés⁷⁰⁴. Ces deux fonds doivent être strictement séparés afin de satisfaire aux règles islamiques⁷⁰⁵. Les actifs de l'un des fonds ne peuvent en aucun être intégrés à l'autre, de sorte qu'en cas de déficit du fonds *takaful*, il devra être recouru à un prêt à titre gratuit⁷⁰⁶. Cette exigence n'apparaît pas clairement dans la norme de l'AAOIFI n°26 consacrée à l'assurance islamique si ce n'est de façon indirecte dans deux articles. D'abord à l'article 2, imposant que le fonds d'assurance dispose de la personnalité morale et d'un patrimoine propre. Ensuite, à l'article 5.2 énonçant que la société de gestion doit tenir des comptes séparés du fonds d'assurance⁷⁰⁷. Le reste des dispositions vise le fonds d'assurance sans évoquer un caractère dual. Que le *takaful* prenne la forme d'une structure mutualiste, *taauni*, ou d'une société par actions, il doit disposer d'un comité de supervision charaïque ainsi que d'un comité d'audit interne qui se

⁷⁰¹ Résolution n°9(9/2) de l'Académie Internationale du Fiqh Islamique.

⁷⁰² AAOIFI, Norme charaïque n° 26, art. 3 ; NEHMÉ, Aline, *L'assurance entre loi islamique et droit positif*, IRJS, 2015, paragr. 203 MALIK, Adnan et ULLAH, Karim, *Introduction to Takaful*, Palgrave Macmillan, 2019, p. 40 MAKHLOUF, Amel, *L'émergence d'un droit international de la finance islamique*, IRJS éditions, 2015, paragr. 387.

⁷⁰³ AAOIFI, Norme charaïque n°26, art. 2.

⁷⁰⁴ CHARBONNIER, Jacques, *Islam*, Larcier, 2011, p. 192 et s.

⁷⁰⁵ TOLEFAT, Abdulrahman Khalil et ASUTAY, Mehmet, *Takaful investment portfolios: a study of the composition of takaful funds in the GCC and Malaysia*, Wiley, 2013, p. 32 MALIK, Adnan et ULLAH, Karim, *op. cit.*, p. 60 ABDEL KARIM, Rifaat Ahmed, ARCHER, Simon et VOLKER, Nienhaus, *Takaful Islamic Insurance*, John Wiley & Sons, 2009, p. 38.

⁷⁰⁶ AAOIFI, Norme charaïque n°26, art. 10.8 ; ABDEL KARIM, Rifaat Ahmed, ARCHER, Simon et VOLKER, Nienhaus, *op. cit.*, p. 11 TOLEFAT, Abdulrahman Khalil et ASUTAY, Mehmet, *op. cit.*, p. 35.

⁷⁰⁷ AAOIFI, Norme charaïque n°26, art. 5.2

prononcent sur la licéité des opérations au droit islamique. Les avis rendus par le comité de supervision charaïque lient l'entreprise d'assurance⁷⁰⁸.

146 Le modèle *mudarabah*. Le premier modèle dit *mudarabah* repose sur le contrat éponyme⁷⁰⁹. L'AAOFI définit la *mudarabah* comme une société « *instituée en vue de partager le profit et dans laquelle le rab al-mal apporte les biens et le mudarib son expertise* »⁷¹⁰. Elle s'apparente à la société en commandite en droit français. Dans un *takaful* reposant sur une *mudarabah*, les assurés apportent les fonds en qualité de *rab al-mal* tandis que l'opérateur *takaful* agit en tant que *mudarib* afin de gérer le fonds d'assurance. En vertu de cette qualité, l'opérateur perçoit une rémunération correspondant au profit réalisé à travers l'investissement des contributions. Les participants bénéficient quant à eux de l'excédent du fond *takaful* ainsi que du profit engendré par les investissements. Le modèle *mudarabah* s'est imposé en Malaisie⁷¹¹. Il présente pour inconvénient d'inciter l'opérateur à maximiser le profit dégagé par les investissements pour augmenter ses bénéfices au détriment des assurés avec qui il est associé. Afin de limiter un tel risque, il est prévu que le *mudarib* engage sa responsabilité en cas de fraude ou de faute dans la gestion de la société⁷¹².

⁷⁰⁸ *Ibid.*, art. 5.9

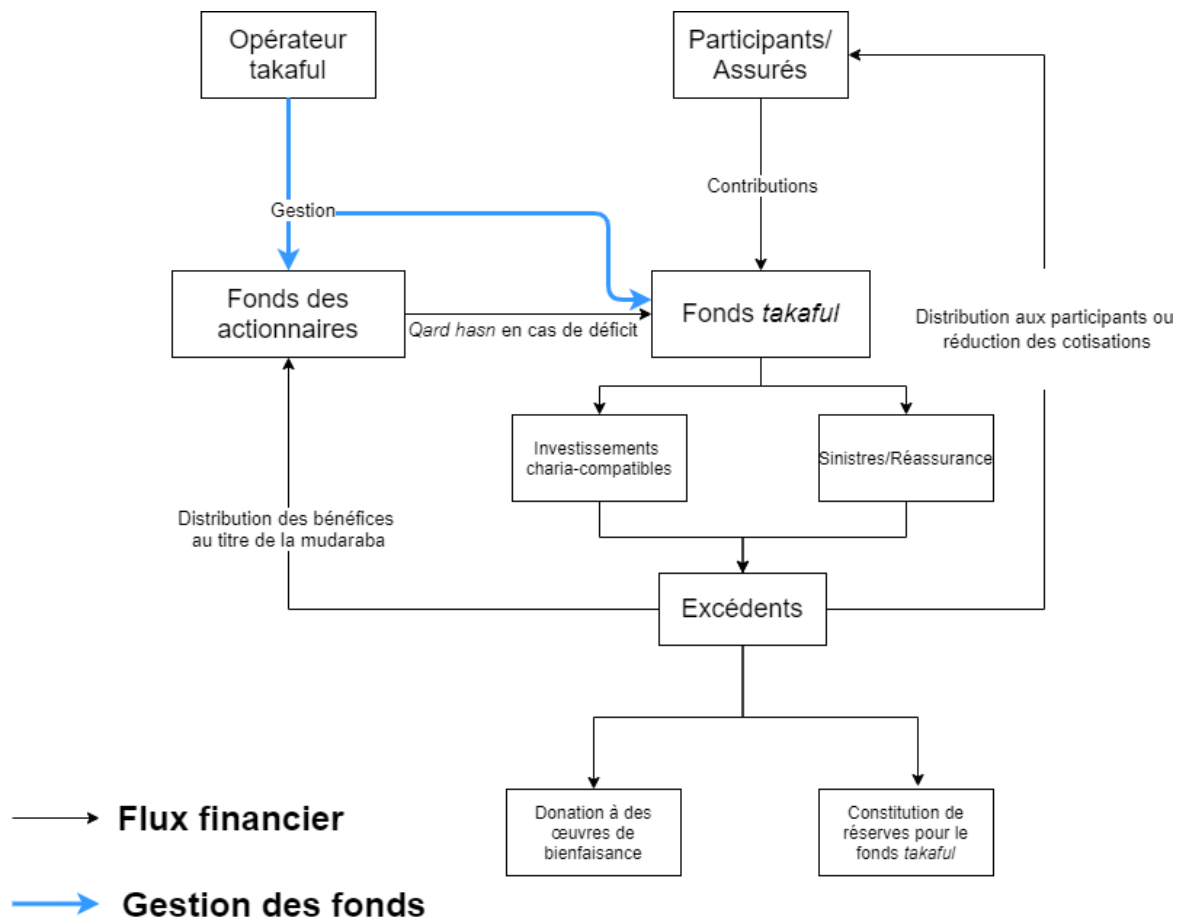
⁷⁰⁹ Pour une présentation et une analyse de ce contrat, v. le dernière chapitre de notre thèse.

⁷¹⁰ AAOFI, Norme charaïque n° 13, art. 2.

⁷¹¹ MALIK, Adnan et ULLAH, Karim, *Introduction to Takaful*, Palgrave Macmillan, 2019, p. 61 TOLEFAT, Abdulrahman Khalil et ASUTAY, Mehmet, *Takaful investment portfolios: a study of the composition of takaful funds in the GCC and Malaysia*, Wiley, 2013, p. 36.

⁷¹² AAOFI, Norme charaïque n° 13, art. 4.4 et Norme charaïque n°26, art. 10.2.

Schéma simplifié d'un *takaful* reposant sur une *mudarabah*⁷¹³



⁷¹³ Notre schéma.

147 Le modèle *wakala*. Plutôt que de recourir à un partenariat, il peut être préféré un schéma où l'opérateur *takaful* ne peut prétendre qu'à la seule rémunération liée à la gestion des fonds. Pour ce faire, les personnes désirant s'assurer contre les risques créent une société qui conclut un contrat *wakala* avec l'opérateur *takaful* prenant la forme d'une société par action⁷¹⁴. Il s'agit de l'équivalent islamique du mandat auquel l'AAOIFI consacre une norme spécifique⁷¹⁵. Dans ce modèle, l'opérateur *takaful* est le *wakil*, c'est-à-dire le mandataire, et la société d'assurance constituée entre les participants est le mandant⁷¹⁶. Comme le mandat en droit français, le contrat *wakala* est en principe conclu à titre gratuit⁷¹⁷ mais il est admis qu'il soit rémunéré⁷¹⁸. L'opérateur gère le fonds *takaful* et perçoit pour ce service une somme fixée et non plus un pourcentage des bénéfices liés aux investissements comme dans le modèle *mudarabah*⁷¹⁹. Il s'agit toutefois d'un principe puisque l'AAOIFI reconnaît que la rémunération du mandataire peut être « *augmentée d'un pourcentage du résultat déterminé pour l'opération objet du mandat, et ce à titre d'incitation* »⁷²⁰. Il ne faudrait pas toutefois que cette faculté s'impose comme un principe à travers des clauses de style, au risque que ce modèle reproduise les dangers du *takaful* reposant sur la *mudarabah*. Un auteur a mis en exergue l'inconvénient lié à la révocabilité *ad nutum* du mandat en droit islamique⁷²¹. S'il est vrai que le contrat *wakala* peut être librement résilié à l'initiative de l'une ou l'autre des parties⁷²², c'est à la condition qu'il ne soit pas rémunéré⁷²³. Or, tel n'est pas le cas en présence d'une institution *takaful* qui a recourt au *wakala*. Ce modèle a pour avantage que l'ensemble des profits générés par le fonds d'assurance bénéficie entièrement aux participants.

⁷¹⁴ AAOIFI, Norme charaïque n° 26, art. 2.

⁷¹⁵ AAOIFI, Norme charaïque n°23.

⁷¹⁶ ABDEL KARIM, Rifaat Ahmed, ARCHER, Simon et VOLKER, Nienhaus, *Takaful Islamic Insurance*, John Wiley & Sons, 2009, p. 13 MALIK, Adnan et ULLAH, Karim, *Introduction to Takaful*, Palgrave Macmillan, 2019, p. 58 et s. TOLEFAT, Abdulrahman Khalil et ASUTAY, Mehmet, *Takaful investment portfolios: a study of the composition of takaful funds in the GCC and Malaysia*, Wiley, 2013, p. 33.

⁷¹⁷ C. civ., art. 1986 : « *Le mandat est gratuit s'il n'y a convention contraire* ». Rappelant le principe, v. Civ. 1^{re}, 4 mai 2012, n° 11-10.943, *Bull. civ. I*, n°100, CCC 2012.200, obs. L Leveneur.

⁷¹⁸ AAOIFI, Norme charaïque n°23, art. 4.2

⁷¹⁹ *Ibid.*, art. 4.2.3. Étonnamment, bien que cet article affirme que la rémunération du mandataire doit être déterminée, l'article 4.2.4 énonce qu'il convient de se référer au prix du marché si elle n'a pas été fixée.

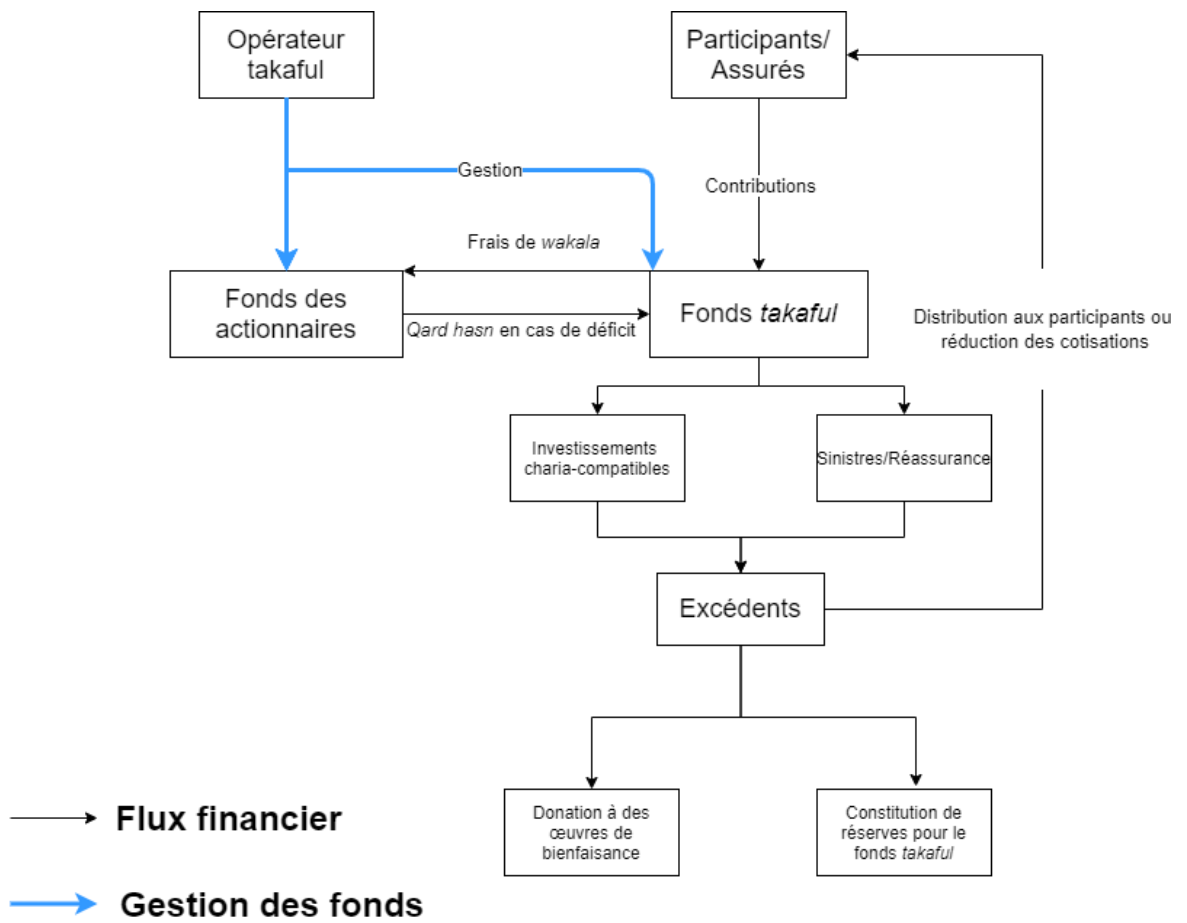
⁷²⁰ *Ibid.*, art. 4.2.6.

⁷²¹ CHARBONNIER, Jacques, *Islam*, Larcier, 2011, p. 189.

⁷²² AAOIFI, Norme charaïque n°23, art. 2.1.2.

⁷²³ *Ibid.*, art. 4.3.2

Schéma simplifié d'un *takaful* reposant sur le *wakala*⁷²⁴.



⁷²⁴ Notre schéma.

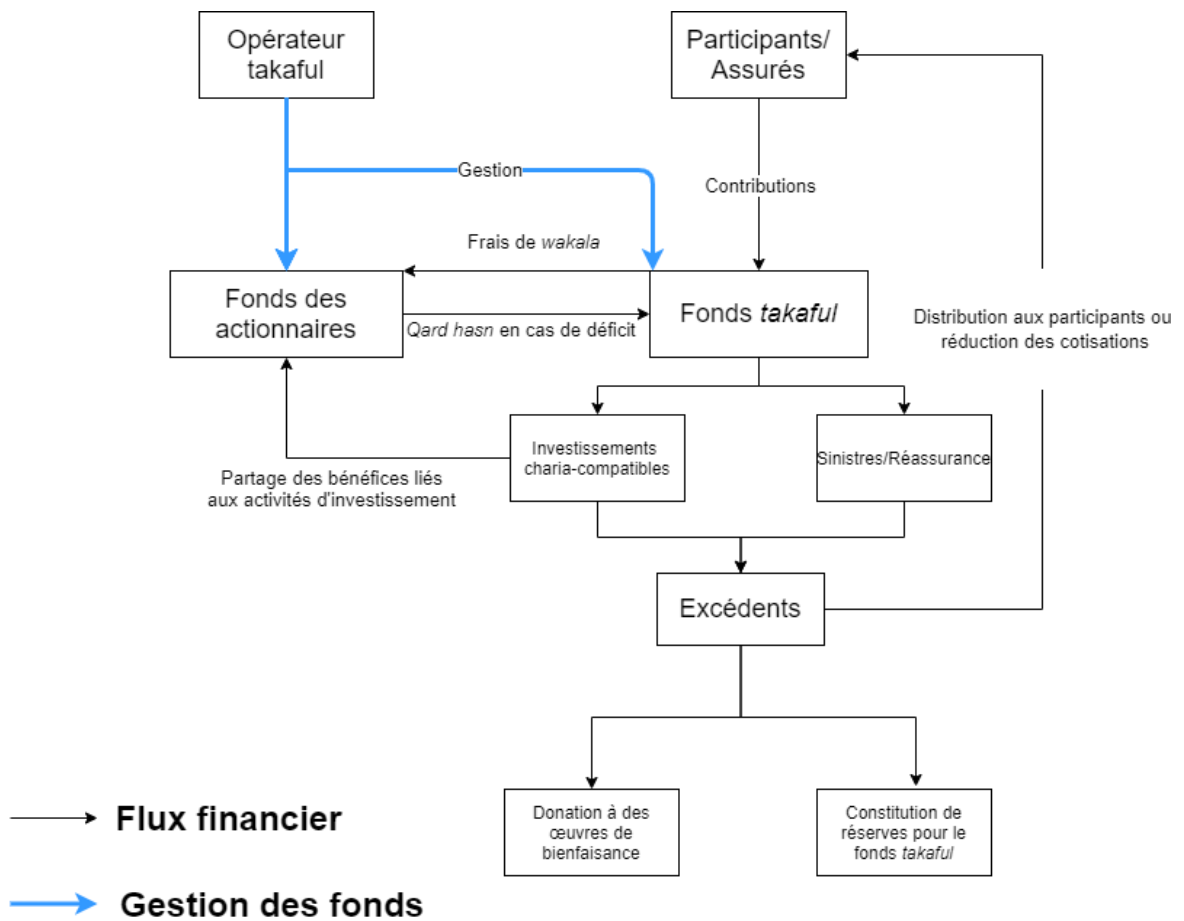
148 Le modèle hybride. Le *takaful* peut encore reposer sur une utilisation conjointe de la *mudarabah* et du *wakala*⁷²⁵. Dans ce modèle, les personnes désirant s'assurer concluent un contrat *wakala* avec une société de gestion qui agit en tant qu'opérateur pour gérer les souscriptions⁷²⁶. Les participants et l'opérateur recourent en outre au contrat *mudarabah* afin de gérer le fonds d'investissement constitué au sein du fonds d'assurance permettant ainsi un partage des bénéfices⁷²⁷. L'opérateur dispose alors de deux sources de rémunération. La première prend la forme de frais de gestion des activités de souscription tandis que la seconde correspond aux bénéfices générés par le fonds d'investissement. Le modèle hybride de *takaful* est envisagé par l'AAOFI à travers la norme 26 consacrée à l'assurance islamique.

⁷²⁵ TOLEFAT, Abdulrahman Khalil et ASUTAY, Mehmet, *Takaful investment portfolios: a study of the composition of takaful funds in the GCC and Malaysia*, Wiley, 2013, p. 38 et s.

⁷²⁶ *Ibid.*, art 4.2

⁷²⁷ *Ibid.*

Schéma simplifié d'un *takaful* hybride⁷²⁸.



149 Le modèle *waqf*. La création du fonds d'assurance suscite des difficultés puisque le droit islamique requiert qu'il dispose de la personnalité morale et d'un patrimoine propre⁷²⁹, ce qui n'est pas le cas en pratique lorsqu'il est constitué au sein d'une société de *takaful*. Un modèle palliant ce problème a été suggéré en se fondant sur le contrat *waqf*, bien qu'il soit ignoré de la norme de l'AAOFI consacrée à l'assurance islamique. Le *waqf* fait néanmoins l'objet d'une norme spécifique qui le définit comme l'acte par lequel une personne propriétaire d'un bien le rend inaliénable et transfère, à titre

⁷²⁸ Notre schéma.

⁷²⁹ AAOFI, Norme charaïque n°26, art. 2.

gratuit, l'usufruit à un bénéficiaire⁷³⁰. Le *waqf* évoque la fiducie en droit français⁷³¹ ou le *trust* en droit anglo-américain, bien que l'AAOFI rejette toute assimilation⁷³². Il s'inspire en partie des fondations pieuses des Eglises orientales, d'où le fait qu'il soit parfois traduit comme tel⁷³³, créant par là une confusion entre l'acte et l'institution. Dans le cadre d'un *takaful*, l'institution *waqf* sert à la création du fonds d'assurance⁷³⁴. Pour ce faire, les actionnaires de la société d'assurance font des donations afin d'instituer le fonds et de lui conférer la personnalité morale⁷³⁵. Les participants apportent ensuite leurs contributions au *waqf* et deviennent, par cet acte, les bénéficiaires du fonds pour une durée prévue par le contrat⁷³⁶. A l'instar de la fiducie en droit français⁷³⁷, le constituant du *waqf* peut en être le bénéficiaire⁷³⁸. Les biens du fond peuvent être investis, comme dans les autres modèles, sur la base d'un contrat *mudarabah*⁷³⁹. L'opérateur *takaful* perçoit une rémunération en vertu du contrat de *wakala* conclu pour la gestion du *waqf* et une partie des bénéfices liés aux investissements s'ils reposent sur une *mudarabah*.

150 Limites du modèle *waqf*. Ce modèle, s'il semble plus conforme à l'ordre moral islamique que les précédents, parce qu'il fait appel à une fondation pieuse, n'en fait pas moins l'objet de critiques⁷⁴⁰. La première tient à la nature même du contrat *waqf* censé permettre un acte de charité. On peut concevoir qu'il en est ainsi en matière d'assurance vie quand le bénéficiaire est un tiers, mais tel n'est pas le cas lorsque le contrat profite au donateur⁷⁴¹. En outre, le bien objet du *waqf* doit être rendu

⁷³⁰ AAOFI, Norme charaïque n°33, art. 2.1. La traduction officielle en langue française de la norme définit le *waqf* en ces termes : « *Le mot waqf en langue arabe signifie immobilisation. En droit musulman, il se définit comme l'immobilisation d'un bien, qui est soustrait à toutes les formes d'aliénation translatives de propriété et dont l'usufruit est bénévolement attribué aux dévolutaires* ». Nous adoptons une correction de la traduction qui se rapproche de la définition retenue par Mmes Dominique SOURDEL et Janine SOURDEL-THOMINE : « *Bien de mainmorte, déclaré inaliénable par son propriétaire qui en affecte les revenus à une fondation pieuse ou charitable, notamment madrasa, couvent ou khânqâh et hôpital ou maristan* », v. *Vocabulaire de l'Islam*, Que sais-je ?, Puf, 2002, V°Waqf.

⁷³¹ C. civ., art. 2011 : « *La fiducie est l'opération par laquelle un ou plusieurs constituants transfèrent des biens, des droits ou des sûretés, ou un ensemble de biens, de droits ou de sûretés, présents ou futurs, à un ou plusieurs fiduciaires qui, les tenant séparés de leur patrimoine propre, agissent dans un but déterminé au profit d'un ou plusieurs bénéficiaires* ».

⁷³² AAOFI, norme charaïque n°33, art. 1.

⁷³³ SCHACHT, Joseph, *Introduction au droit musulman*, Maisonneuve et Larose, 1999, p. 28.

⁷³⁴ TOLEFAT, Abdulrahman Khalil et ASUTAY, Mehmet, *Takaful investment portfolios: a study of the composition of takaful funds in the GCC and Malaysia*, Wiley, 2013, p. 44.

⁷³⁵ *Ibid.*

⁷³⁶ ABDEL KARIM, Rifaat Ahmed, ARCHER, Simon et VOLKER, Nienhaus, *Takaful Islamic Insurance*, John Wiley & Sons, 2009, p. 16.

⁷³⁷ C. civ., art. 2016 : « *Le constituant ou le fiduciaire peut être le bénéficiaire ou l'un des bénéficiaires du contrat de fiducie* ».

⁷³⁸ AAOFI, Norme charaïque n°33, art. 2.3.4.

⁷³⁹ *Ibid.*, art. 5.2.4.

⁷⁴⁰ Pour une présentation des critiques adressées au modèle *waqf*, v. KHORSHID, Aly, *Islamic Insurance*, 1re éd., Routledge, 2007, p. 21 et s.

⁷⁴¹ Il peut cependant être objecté que le *waqf* profite à l'ensemble des assurés et, partant, n'est pas privé de son caractère charitable.

inaliénable, ce qui, en théorie, empêche d'utiliser les sommes apportées par les participants pour les indemniser en cas de réalisation du sinistre. Seuls les profits engendrés par ces sommes pourraient être utilisés à cette fin. En pratique, les bénéficiaires du *waqf* changent constamment, ce qui entre en contradiction avec les règles qui lui sont applicables selon l'école hanbalite⁷⁴². Les partisans de ce courant rejettent par ailleurs l'institution d'un *waqf* reposant sur des sommes d'argent⁷⁴³. Cet avis n'est pas partagé par l'AAOFI qui admet la création d'un *waqf* temporaire⁷⁴⁴ concernant une somme d'argent, mais dans des conditions similaires à celles du quasi-usufruit en droit français⁷⁴⁵. Cette règle restreint considérablement l'intérêt de recourir au contrat *waqf*, puisque les participants devraient être indemnisés au moyen des revenus générés par les investissements, lesquels pourraient s'avérer insuffisants. Les objections adressées au modèle *waqf* expliquent qu'il ne soit usité qu'au Pakistan⁷⁴⁶.

151 Classification de l'assurance islamique. Il est traditionnellement distingué entre le *takaful* général et le *takaful* famille, rappelant ainsi la *summa divisio* en droit français entre assurance de dommages et assurance de personnes⁷⁴⁷. Le *takaful* général correspond à la catégorie des assurances de dommages et repose généralement sur le modèle *wakala*⁷⁴⁸. Il est, comme en droit français, régi par le principe indemnitaire⁷⁴⁹ qui vise à rétablir le patrimoine de l'assuré dans son état antérieur à la réalisation du sinistre. Il permet aux institutions *takaful* de couvrir les mêmes risques que les assureurs conventionnels, sous réserve qu'ils soient licites. A titre d'illustration, si l'on conçoit aisément qu'une distillerie d'alcool puisse se garantir contre les risques d'incendie par une assurance conventionnelle, elle ne saurait en revanche recourir au *takaful* parce que son activité est contraire aux règles islamiques.

Le *takaful* famille est similaire aux assurances de personnes puisqu'il permet à l'assuré de se couvrir contre les risques liés à son décès, sa survie ou à une atteinte corporelle⁷⁵⁰.

⁷⁴² KHORSHID, Aly, *op. cit.*, p. 21 et s.

⁷⁴³ *Ibid.*, p. 20.

⁷⁴⁴ AAOIFI, Norme charaïque n°33, art. 3.1.4. Cet article de l'AAOIFI impose que seuls les revenus générés par les sommes d'argent puissent être dépensés et que le montant principal soit conservé. Concernant le quasi-usufruit en droit français, l'article 587 du Code civil dispose : « Si l'usufruit comprend des choses dont on ne peut faire usage sans les consommer, comme l'argent, les grains, les liqueurs, l'usufruitier a le droit de s'en servir, mais à la charge de rendre, à la fin de l'usufruit, soit des choses de même quantité et qualité soit leur valeur estimée à la date de la restitution ».

⁷⁴⁵ *Ibid.*, art. 3.4.3.2

⁷⁴⁶ MALIK, Adnan et ULLAH, Karim, *Introduction to Takaful*, Palgrave Macmillan, 2019, p. 65.

⁷⁴⁷ Sur cette distinction v., CHAGNY, Muriel et PERDRIX, Louis, *Droit des assurances*, 4^e éd., LGDJ, 2018, paragr. 43 et s. LAMBERT-FAIVRE, Yvonne et LEVENEUR, Laurent, *Droit des assurances*, 14^e éd., Dalloz, 2017, paragr. 65 et s..

⁷⁴⁸ Pour une présentation du *takaful* général, v. MALIK, Adnan et ULLAH, Karim, *op. cit.*, p. 95.

⁷⁴⁹ C. assur., art. L. 121-1.

⁷⁵⁰ MALIK, Adnan et ULLAH, Karim, *op. cit.*, p. 76 et s.

A l'instar des compagnies d'assurance conventionnelle, le *takaful* famille propose aussi des contrats de capitalisation⁷⁵¹ ou de natalité-nuptialité⁷⁵². Ainsi un contrat *takaful* peut servir à financer les études ou le mariage d'un enfant, le pèlerinage à la Mecque que doit accomplir tout musulman, ou encore constituer un complément de retraite⁷⁵³. Surtout, le contrat *mudarabah* proposé dans le cadre du *takaful* famille se présente comme le succédané du contrat d'assurance vie conventionnel condamné par la majorité de la doctrine islamique. En adoptant une classification similaire et en proposant, peu ou prou, les mêmes services que les entreprises d'assurance conventionnelle, le *takaful* ouvre la voie à la critique.

2) Une alternative critiquable

152 Critique du recours au *tabarru*. La légitimation du *takaful* repose sur la substitution de la prime par le don afin de contourner la prohibition du *gharar* frappant les contrats à titre onéreux. Il s'agit selon l'AAOIFI, du principal critère de distinction entre l'assurance islamique et l'assurance conventionnelle, l'une visant à réaliser un profit au contraire de l'autre⁷⁵⁴. A l'aune des modèles de *takaful* étudiés, cette assertion convainc difficilement tant la recherche d'un gain est présente, que ce soit pour l'opérateur à travers la gestion du fonds ou pour les participants avec l'investissement des contributions. L'intention libérale caractéristique de la donation fait alors défaut. En droit islamique, la donation est définie comme « *le fait d'acquérir la propriété d'une chose sans contre-prestation* »⁷⁵⁵. Partant, elle est, de même qu'en droit français⁷⁵⁶, un acte à titre gratuit. Si l'un des participants contribue au fonds *takaful* ce n'est pas pour que d'autres en bénéficient en cas de sinistre, mais bien pour prévenir les risques auxquels il est exposé. A cet égard, si le recours au *waqf* semble préférable

⁷⁵¹ L'article R. 321-1, 24. du Code des assurances reconnaît la capitalisation comme une opération d'assurance et la définit comme « *Toute opération d'appel à l'épargne en vue de la capitalisation et comportant, en échange de versements uniques ou périodiques, directs ou indirects, des engagements déterminés quant à leur durée et à leur montant* ».

⁷⁵² En droit français cette opération d'assurance correspond à « *toute opération ayant pour objet le versement d'un capital en cas de mariage ou de naissance d'enfants* », v. C. assur., art. R. 321-1, 21.

⁷⁵³ MALIK, Adnan et ULLAH, Karim, *op. cit.*, p. 77.

⁷⁵⁴ AAOIFI, Norme charaïque 26, Annexe B.

⁷⁵⁵ BEN ISH'ÂQ, Khalil, *Abrégé de la loi musulmane selon le rite de l'imâm Malek*, III Le patrimoine, La Maison des livres, Alger, 1961, p. 150.

⁷⁵⁶ C. civ., art. 893 al.1 : « *La libéralité est l'acte par lequel une personne dispose à titre gratuit de tout ou partie de ses biens ou de ses droits au profit d'une autre personne* ».

pour la constitution du fonds, il ne permet pas de conférer véritablement à l'assurance islamique le caractère charitable qui lui fait défaut.

153 Critique de la structure du *takaful*. En théorie, l'AAOIFI reconnaît aux participants la faculté de gérer eux-mêmes le fonds d'assurance⁷⁵⁷. L'entreprise d'assurance *takaful* ne repose pas alors sur une société commerciale mais sur une entreprise d'assurance mutuelle, *taauni*, disposant d'un seul fonds et dépourvu d'objet commercial⁷⁵⁸. En raison des difficultés inhérentes à la gestion, l'entreprise *taauni* est gérée par des professionnels à qui l'on a consenti un mandat⁷⁵⁹. En pratique, il paraît peu probable que les participants se réunissent spontanément pour constituer une entreprise mutuelle d'assurance. En outre, certains pays musulmans ne disposent pas d'un cadre juridique favorable à l'émergence des compagnies d'assurance mutuelle, ce qui explique que la plupart des *takaful* reposent sur une société commerciale⁷⁶⁰. Mais que l'entreprise repose sur l'une ou l'autre de ces formes, le *gharar*, l'élément principal reproché à l'assurance conventionnelle, demeure. A cela, il convient d'objecter que la finalité de la prohibition du *gharar* est d'éviter l'enrichissement de l'une des parties au détriment de l'autre. Dans l'entreprise d'assurance mutuelle, les qualités d'assurés et d'assureurs sont confondues, conférant au *takaful* sa licéité. Lorsque l'entreprise prend la forme d'une société commerciale, la séparation des fonds est censée assurer le respect des exigences en reconnaissant aux participants la propriété du fonds d'assurance. Encore faut-il que le droit régissant le *takaful* admette une telle séparation des fonds. Cette exigence constitue d'ailleurs un obstacle à son introduction en droit français⁷⁶¹.

154 Critiques portant sur les similarités entre l'assurance islamique et l'assurance conventionnelle. Le *takaful* a beau être présenté comme reposant sur la « *fraternité, la solidarité et l'assistance mutuelle* »⁷⁶², il n'en constitue pas moins un moyen pour l'opérateur *takaful* de réaliser un profit. L'objet commercial de ces sociétés contredit

⁷⁵⁷ AAOIFI, Norme charaïque n°26, art. 2

⁷⁵⁸ NEHMÉ, Aline, *L'assurance entre loi islamique et droit positif*, IRJS, 2015, paragr. 602 et s.

⁷⁵⁹ *Ibid.*, paragr. 606.

⁷⁶⁰ ABDEL KARIM, Rifaat Ahmed, ARCHER, Simon et VOLKER, Nienhaus, *Takaful Islamic Insurance*, John Wiley & Sons, 2009, p. 69 EL-GAMAL, Mahmoud, *Finance islamique*, De Boeck, 2010, p. 208.

⁷⁶¹ Sur ce point, v. la section suivante.

⁷⁶² Takaful act 1984, Part. 1, 2. La loi malaisienne sur le *takaful* est disponible en ligne sur le site internet de la banque centrale du pays < https://www.bnm.gov.my/documents/act/en_takaful_act.pdf > (Consulté le 27 septembre 2022).

le caractère charitable revendiqué. En tant que mandataire, l'opérateur a le droit à une rémunération fixe, mais à laquelle peut s'ajouter une part variable fonction du profit généré par le fonds *takaful*. En tant que *mudarib*, son intérêt est de maximiser ses gains à travers l'investissement des contributions des participants. Dans ce dernier cas, l'opérateur peut soit inciter à l'augmentation des contributions soit prendre un risque accru dans le choix des investissements. En cela, l'entreprise d'assurance islamique adoptant une forme commerciale est similaire aux entreprises conventionnelles. Cette proximité se retrouve encore dans la pratique des contrats d'assurance. Ainsi, la contribution d'un participant peut être calculée selon les principes actuariels⁷⁶³. Elle est alors fonction du risque auquel est exposé l'assuré et du montant de la garantie dont il bénéficie. La pratique des exclusions de garantie ou des franchises est aussi permise⁷⁶⁴.

L'assurance conventionnelle et l'assurance *takaful* ont en commun d'offrir un mode sûr de financement. Dans la première, l'assureur n'est exposé qu'à un très faible risque de pertes en raison du nombre de souscripteurs, à moins qu'une situation d'une ampleur exceptionnelle soit à l'origine de multiples sinistres. Dans la seconde, l'opérateur *takaful* reçoit une rémunération certaine en tant que mandataire et n'est susceptible de perdre que le fruit de son travail en tant que *mudarib*. On comprend qu'il ait été nécessaire de développer une alternative à l'assurance conventionnelle afin que les institutions financières islamiques puissent rivaliser avec celles soumises à des règles plus libérales, mais à bien des égards le *takaful* paraît contraire à l'esprit de la finance islamique. La proximité qu'entretient le *takaful* avec l'assurance conventionnelle conduit à une double interrogation. Il pourrait être considéré comme le fruit d'un *hiyal*, une ruse destinée à contourner la prohibition du *gharar*. Aussi, est-il permis de s'interroger sur la pertinence du rejet de l'assurance conventionnelle. Au-delà des arguments basés sur les préceptes charaïques, un auteur considère que la cause principale de la condamnation du contrat d'assurance classique repose sur son extranéité. Inconnu du droit islamique il a d'abord suscité la méfiance puis la défiance car perçu comme un moyen d'exploiter les musulmans en leur proposant un service qui leur est étranger⁷⁶⁵.

⁷⁶³ AAOFI, Norme charaïque n°26, art. 7.2.

⁷⁶⁴ AAOFI, Norme charaïque n°26, art. 9.

⁷⁶⁵ KHORSHID, Aly, *Islamic Insurance*, 1re éd., Routledge, 2007, p. 71.

Afin qu'il soit véritablement fondé sur la coopération ainsi que la charité, et pour répondre aux critiques qui lui sont adressées, le *takaful* devrait être exempt de tout caractère commercial. Les institutions financières islamiques à l'origine des entreprises *takaful* sont en majorité des banques tenues, comme les personnes physiques, à l'accomplissement d'actes charitables. La gestion bénévole du fonds d'assurance pourrait répondre à cette obligation. Dès lors, seuls seraient déduits des contributions des participants, les frais supportés par l'opérateur *takaful* en tant que gestionnaire. A cette condition, le *takaful* serait vraiment l'alternative à l'assurance conventionnelle qu'il prétend être, mais il s'agit là d'un vœu pieux.

155 Conclusion section 1. A l'instar du *riba*, le *gharar* génère un déséquilibre en valeur des prestations. Pour assurer la justice commutative, le droit islamique entend exclure l'incertitude dans les contrats à titre onéreux. Cela requiert que les parties aient une parfaite connaissance des prestations ainsi que l'exécution immédiate de leurs obligations dans les contrats translatifs de droits réels. L'incertitude n'est tolérée que sous réserve de l'utilité impérieuse du contrat. La prohibition du *gharar* a pour conséquence majeure de proscrire les contrats aléatoires dont le contrat d'assurance est l'archétype. La majorité des *fuqaha* s'accorde sur le rejet de l'assurance conventionnelle parce qu'elle contreviendrait aux deux principes cardinaux de la finance islamique. Mais parce que le contrat d'assurance est désormais indispensable et qu'il constitue une source majeure de financement, la doctrine islamique a envisagé un expédient, le *takaful*. Cette alternative repose sur la mutualité en substituant notamment le don à la prime. Plusieurs structures permettent aux musulmans de bénéficier de contrats similaires à ceux proposés par les entreprises d'assurance conventionnelle. Cette volonté de rivaliser avec les institutions traditionnelles expose le *takaful* à un certain nombre de critiques qui pourrait conduire à un rejet d'ensemble de la finance islamique.

La prohibition du *gharar* se présente comme une restriction majeure apportée à la liberté contractuelle. La rigueur de la règle interroge sur sa réception en droit français où les contrats aléatoires constituent une catégorie à part entière⁷⁶⁶.

⁷⁶⁶ En témoigne le Titre XII du troisième livre du Code civil consacré aux contrats aléatoires.

Section 2 : La prohibition du gharar en droit français

156 Admission des contrats aléatoires en droit français. Le droit islamique rejette l'incertitude et fait primer la justice commutative sur la liberté contractuelle. Dès son élaboration, le Code civil consacre un principe inverse et reconnaît la licéité des contrats aléatoires auxquels il consacre un titre. L'ordonnance du 10 février 2016 a mis fin à la coexistence de deux définitions des contrats aléatoires jugées discordantes⁷⁶⁷, l'une en droit commun⁷⁶⁸, l'autre en droit spécial⁷⁶⁹. L'article 1108 du Code civil précise désormais que le contrat « *est aléatoire lorsque les parties acceptent de faire dépendre les effets du contrat, quant aux avantages et aux pertes qui en résulteront, d'un événement incertain* ». Le nouveau texte insiste sur la fonction de l'aléa qui est d'affecter l'équilibre du contrat⁷⁷⁰. Ainsi, l'avantage de l'une des parties se fait au détriment de l'autre⁷⁷¹. A nouveau, le droit français est indifférent au déséquilibre économique objectif du contrat lui préférant une approche subjective. Le contrat doit produire ses effets puisque les parties l'ont voulu.

157 Admission du jeu. Le Code civil est, à l'origine, marqué par une méfiance à l'égard de certains contrats aléatoires comme en témoigne l'article 1965 à propos du jeu et du pari⁷⁷². Tout le paradoxe de ce texte est de nier au contrat de jeu ses effets bien qu'il soit expressément envisagé comme un contrat spécial⁷⁷³. Parmi les raisons invoquées pour justifier cette position, l'une est commune à l'ordre moral islamique : la dette de jeu ne saurait être admise car le gain doit provenir du labeur. L'époque moderne est pourtant marquée par une inflexion du principe. La chambre mixte de la Cour de cassation a admis la licéité de la dette de jeu née d'un contrat conclu avec un casino⁷⁷⁴ puisque la pratique des jeux de hasard est admise dans ces établissements⁷⁷⁵.

⁷⁶⁷ BÉNABENT, Alain, *Droit des contrats spéciaux civils et commerciaux*, 14^e éd., LGDJ, 2021, paragr. 917.

⁷⁶⁸ C. civ., art. 1104 anc.

⁷⁶⁹ C. civ., art. 1964 anc.

⁷⁷⁰ BÉNABENT, Alain, *op. cit.*, paragr. 923.

⁷⁷¹ DESHAYES, Olivier, GENICON, Thomas et LAITHIER, Yves-Marie, *Réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations*, 2^e éd., LexisNexis, 2018, p. 73.

⁷⁷² C. civ., art. 1905 : « *La loi n'accorde aucune action pour une dette de jeu ou pour le paiement d'un pari* ».

⁷⁷³ Sur ce point, v. GUENZOU, Youssef, « Le jeu, contrat spécial » in *Jeux, argent et droit : [actes du colloque tenu le 13 décembre 2012 à Paris]*, Dalloz, 2013, p. 29 et s.

⁷⁷⁴ Ch. mixte, 14 mars 1980, n°7, *Bull. civ. ch. mixte*, n°3: *Gaz. Pal.* 1980.1.290, concl. Robin.

⁷⁷⁵ C. sec. int., art. L. 321-1 et s.

Plus récemment, le développement des jeux en ligne a conduit le législateur à les légaliser afin d'encadrer leur pratique⁷⁷⁶.

158 Admission de la spéculation. L'exception de jeu posée par l'article 1965 du Code civil pourrait laisser supposer que le droit français est hostile à la spéculation. La notion ne fait l'objet d'aucune définition juridique précise, que ce soit en droit interne ou communautaire⁷⁷⁷. Mme Anne-Dominique MERVILLE y voit « *un achat pour revendre dans le but d'obtenir à court terme un gain par une différence de cours* »⁷⁷⁸. M. Marc FAVERO relève que la spéculation contient « *un triple sens: celui de l'observation de faits, celui de l'anticipation du futur, anticipation qui s'inscrivait dans un cadre religieux. La spéculation cherche donc à surmonter les aléas du futur, aléa signifiant justement jeu de dés en latin, d'où le lien entre la notion de spéculation et celle de jeu* »⁷⁷⁹. Cette proximité de la spéculation et du jeu⁷⁸⁰ a justifié une hostilité à l'égard des marchés à terme au cours du XIXe siècle⁷⁸¹. La loi du 28 mars 1885 les a rendus licites et a expressément exclu l'application de l'article 1965 du Code civil⁷⁸². Les lois postérieures ont conservé ce principe en élargissant son domaine à tous les contrats financiers, au point qu'un auteur a estimé que la « *loi donne aux spéculateurs heureux son appui et jusqu'au concours le cas échéant de la force publique s'il doit obliger sa contrepartie malheureuse à exécuter ses obligations* »⁷⁸³.

Le droit français n'interdit pas les contrats aléatoires, pas plus qu'il ne prohibe le jeu et la spéculation qu'il se contente au mieux d'encadrer⁷⁸⁴. Pour autant, ce serait se méprendre que de penser que la prohibition du *gharar* est un principe qui lui est

⁷⁷⁶ L. n° 2010-476 du 12 mai 2010 relative à l'ouverture à la concurrence et à la régulation du secteur des jeux d'argent et de hasard en ligne

⁷⁷⁷ COURET, Alain, LE NABASQUE, Hervé, COQUELET, Marie-Laure *et al.*, *Droit financier*, 3^e éd., Dalloz, 2019, paragr. 1140.

⁷⁷⁸ MERVILLE, Anne-Dominique, *Droit financier*, 3^e éd., Gualino, 2017, paragr. 37.

⁷⁷⁹ FAVERO, Marc, « De la notion de spéculation à une réforme de l'exception de jeu », *JCP E* 2005. 405.

⁷⁸⁰ Un auteur affirme qu'il ne fait guère de doute que le législateur qualifie les instruments financiers à terme de pari, v. MULLER, Anne-Catherine, « Aléa et marchés financiers » *in* ASSOCIATION HENRI CAPITANT (dir.), *L'aléa*, Dalloz, 2011, p. 81.

⁷⁸¹ MERVILLE, Anne-Dominique, *op. cit.*, paragr. 37. *Contra*. BADON-PASCAL, Edouard, *Des marchés à terme : Commentaire de la loi du 28 mars 1885*, Administration du droit financier, 1895, spéc. p. 6 et s. L'auteur fait état d'une jurisprudence fluctuante, d'abord bienveillante à l'égard des marchés à terme de 1805 à 1823 puis plus nuancée par la suite.

⁷⁸² L. du 28 mars 1885 sur les marchés à terme, art. 1^{er} : « *Tous marchés à terme sur effets publics et autres, tous marchés à livrer sur denrées et marchandises sont réputés légaux.*

Nul ne peut, pour se soustraire aux obligations qui en résultent, se prévaloir de l'article 1965 du code civil, lors même qu'ils se résoudraient par le paiement d'une simple différence ».

⁷⁸³ ALAMOWITCH, Stéphan, « Faut-il réglementer la spéculation ? Comment le faire ? Aspects de droit français », *Droit & affaires* 2009, n°7, p. 46 et s., spéc. p. 47. Plus sévère un auteur, qualifie la spéculation de « *cancer de l'économie* », v. PELTIER, Frédéric, « Spéculation : Comment le droit peut éradiquer la spéculation boursière ? », *JCP G* 2011.1260.

⁷⁸⁴ V. à titre d'illustration. C. mon. fin., art. L. 421-16

purement étranger. Des considérations de justice contractuelle sont présentes en droit français à travers l'exigence d'un contenu certain du contrat⁷⁸⁵ imposant que la prestation soit déterminée (I). La prohibition du *gharar* suscite plus de difficultés en ce qui concerne la réception du *takaful* (II).

I] La détermination de la prestation

159 Le contenu certain du contrat. Aux termes de l'article 1128 du Code civil, il est exigé que le contrat ait un contenu licite et certain. La notion de contenu est malheureuse, en ce qu'elle manque de clarté et s'apparente à « *une sorte de fourre-tout* »⁷⁸⁶, mais elle aurait pour avantage d'être reprise par plusieurs projets européens d'harmonisation du droit⁷⁸⁷. Il est admis qu'elle recouvre les notions d'objet et de cause évincées par la réforme du droit des contrats⁷⁸⁸. Partant, en énonçant que le contenu du contrat doit être certain, le législateur a-t-il adopté des dispositions similaires à la prohibition du *gharar* ? Avant la réforme, il était traditionnellement distingué entre l'objet du contrat et l'objet de l'obligation. La première notion désignait « *l'opération contractuelle considérée, non dans ses éléments, les obligations, mais dans sa globalité* »⁷⁸⁹, en somme l'opération juridique à réaliser⁷⁹⁰. Elle permettait notamment au juge de contrôler la licéité du contrat. Bien que l'objet du contrat ne soit pas mentionné dans la réforme, il est repris à l'article 1162 du Code civil à travers l'examen de la conformité des stipulations à l'ordre public. La notion d'objet de l'obligation renvoie quant à elle à ce qui est dû par le débiteur. Autrefois envisagée aux articles 1129 et 1130 du Code civil, elle est désormais évoquée à l'article 1163 du même code. Il convient de noter une évolution dans la rédaction des textes. L'obligation n'a plus

⁷⁸⁵ TERRÉ, François, SIMLER, Philippe, LEQUETTE, Yves *et al.*, *Droit civil*, 12^e éd., Dalloz, 2018, paragr. 342, spéc. p. 386.

⁷⁸⁶ GHESTIN, Jacques et LABARTHE, Françoise, « Observations générales », *LPA* 4 sept. 2015, n°177, p. 17. Bien que le terme « contenu » suscite des critiques négatives de la doctrine, le Doyen Carbonnier estimait qu'il désignait la notion d'objet en français moderne, v. CARBONNIER, Jean, *Droit civil, T. 2: Les biens, les obligations*, PUF, 2017, paragr. 969.

⁷⁸⁷ Rapport au Président de la République relatif à l'ordonnance n° 2016-131 du 10 février 2016 portant réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations : JO, 11 février 2016, n°0035, texte n°25.

⁷⁸⁸ En ce sens, v. DESHAYES, Olivier, GENICON, Thomas et LAITHIER, Yves-Marie, *Réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations*, 2^e éd., LexisNexis, 2018, p. 197 et s. CHANTEPIE, Gaël et LATINA, Mathias, *La réforme du droit des obligations*, 2^e éd., Dalloz, 2018, paragr. 283 et s. TERRÉ, François, SIMLER, Philippe, LEQUETTE, Yves *et al.*, *op. cit.*, paragr. 342, spéc. p. 386. Le rapport au Président de la République accompagnant l'ordonnance de 2016 reconnaît d'ailleurs « *le contenu du contrat, [...], inclut ce qui relève en droit français de l'objet et de la cause* ».

⁷⁸⁹ TERRÉ, François, SIMLER, Philippe, LEQUETTE, Yves *et al.*, *op. cit.*, paragr. 354.

⁷⁹⁰ BUFFELAN-LANORE, Yvaine et LARRIBAU-TERNEYRE, Virginie, *Droit civil*, 16^e éd., Sirey, 2018, paragr. 1258 GHESTIN, Jacques, LOISEAU, Grégoire et SERINET, Yves-Marie, *La formation du contrat. Tome 2, l'objet et la cause, les nullités*, LGDJ, 2013, paragr. 57 et s.

pour objet une « chose » comme le précisait les textes anciens, mais une « prestation »⁷⁹¹. Le changement a été salué par les commentateurs de la réforme pour qui ce second terme est plus vaste que le premier et évite les controverses relatives à la nature des obligations⁷⁹². Il n'occasionne guère de changements puisque la réforme du droit des contrats reprend les règles relatives à l'objet de l'obligation⁷⁹³. Lorsque l'article 1128 du Code civil dispose que le contenu du contrat doit être certain ce n'est pas pour soumettre la validité du contrat à la production d'effets, une telle affirmation étant dénuée d'intérêts. Le texte doit être interprété à l'aune de l'article 1163 du Code civil. Ainsi, l'exigence d'un contenu certain du contrat impose que la prestation soit possible, déterminée ou du moins déterminable⁷⁹⁴. Cette obligation porte sur toute prestation, qu'elle soit monétaire (**B**) ou non (**A**).

A) La détermination de la prestation non monétaire

160 Admission de la prestation future. D'emblée, il convient de relever une différence entre le droit français et le droit islamique à propos de la prestation. Le premier retient qu'elle puisse être future tandis que le second se montre plus restrictif. Dans les deux systèmes, la limite ne concerne pas les prestations de service qui ont nécessairement un caractère futur⁷⁹⁵. En droit islamique, la contrainte porte, en particulier, sur le transfert de propriété d'un bien, corporel ou non qui, au nom de la prohibition du *gharar*, ne peut pas être futur. Cela implique qu'il n'est pas admis de vendre ce que l'on ne possède pas ou ce qui n'existe pas encore.

Par principe, le droit français interdit la vente de la chose d'autrui⁷⁹⁶ car nul ne peut transférer plus de droits qu'il n'en a⁷⁹⁷. Il n'est ainsi pas permis de vendre par anticipation ce dont on n'est pas encore propriétaire et ce, pour la même raison que le droit islamique, parce que le transfert de propriété opère *solo consensu*⁷⁹⁸. La Cour de

⁷⁹¹ C. civ., art. 1163 al. 1^{er}.

⁷⁹² DESHAYES, Olivier, GENICON, Thomas et LAITHIER, Yves-Marie, *Réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations*, 2^e éd., LexisNexis, 2018, p. 305 CHANTEPIE, Gaël et LATINA, Mathias, *La réforme du droit des obligations*, 2e éd., Dalloz, 2018, paragr. 409 HOUTCIEFF, Dimitri, *Droit des contrats*, 4^e éd., Bruylant, 2018, paragr. 372.

⁷⁹³ En ce sens, v. notamment TERRÉ, François, SIMLER, Philippe, LEQUETTE, Yves *et al.*, *Droit civil*, 12^e éd., Dalloz, 2018, paragr. 360 BUFFELAN-LANORE, Yvaine et LARRIBAU-TERNEYRE, Virginie, *op. cit.*, paragr. 1293 et s.

⁷⁹⁴ V. DESHAYES, Olivier, GENICON, Thomas et LAITHIER, Yves-Marie, *op. cit.*, p. 304.

⁷⁹⁵ En témoigne l'existence de l'*istisna* qui est un contrat d'entreprise. Sur ce contrat, v. le titre 2 de la seconde partie.

⁷⁹⁶ C. civ., art. 1599.

⁷⁹⁷ Selon l'adage *Nemo plus juris ad alium transferre potest quam ipse habet*.

⁷⁹⁸ Le Rapport au Président de la République précise : « *Conséquence de l'abandon en amont de la distinction entre les obligations de donner, de faire, et de ne pas faire, le transfert de propriété est érigé en effet légal du contrat, consécutif à l'échange des consentements* ».

cassation a ainsi prononcé la nullité d'une vente conclue sous la condition suspensive d'acquisition du bien par le vendeur qui s'analysait comme une condition purement potestative⁷⁹⁹. La solution retenue par les Hauts magistrats rappelle les raisons de la prohibition du *gharar* en ce qu'elle protège l'une des parties de l'arbitraire de l'autre. Il suffit toutefois que le vendeur soit devenu propriétaire des biens avant que l'acheteur invoque la nullité pour faire échec à l'article 1599 du Code civil⁸⁰⁰. Le contrat est valide si le transfert de propriété intervient au moment où le vendeur est propriétaire de la chose. En pratique, nombreux sont les contrats concernant un bien dont le vendeur n'est pas encore propriétaire au moment de leur conclusion. En dehors de la vente, il est admis qu'un prêt puisse concerner des titres non encore acquis⁸⁰¹.

Concernant la chose qui n'existe pas encore, le droit français est plus libéral que le droit islamique. Certes ce dernier reconnaît, par exception, la licéité de la vente *salam* qui est le contrat par lequel le vendeur reçoit paiement du prix en contrepartie de la délivrance à terme d'une chose future. Mais ce contrat, originellement admis pour répondre aux besoins des agriculteurs⁸⁰², est soumis à des conditions strictes qui limitent son usage aux choses fongibles et obligent à prévoir un terme précis⁸⁰³. En dehors de ce cas, Mahomet a interdit aux croyants de vendre le fœtus d'une chamelle⁸⁰⁴ ou les fruits d'un arbre qui ne sont pas encore mûrs⁸⁰⁵. Au contraire, le droit français admet que le bien puisse ne pas exister au moment de la conclusion du contrat, il suffit qu'il soit possible. Le Code civil admet expressément la vente d'un immeuble à construire⁸⁰⁶ ou le gage de choses futures⁸⁰⁷. Il a en outre été jugé, que « *des créances futures ou éventuelles peuvent faire l'objet d'un contrat, sous la réserve de leur suffisante identification* »⁸⁰⁸. Dans l'hypothèse où la chose future viendrait à ne pas exister, il faut distinguer les contrats commutatifs des contrats aléatoires. Dans les premiers, la prestation est un élément essentiel du contrat susceptible de conduire à son

⁷⁹⁹ Civ. 3^e, 13 oct. 1993, n° 91-15.424, Bull. civ. III, n°121 : D. 1994.231, note Paisant ; JCP 1994. II. 22280, note Dagorne-Labbe. La solution devrait être différente lorsque le vendeur est contraint d'acquérir la chose

⁸⁰⁰ En ce sens, v. GHESTIN, Jacques, LOISEAU, Grégoire et SERINET, Yves-Marie, *La formation du contrat. Tome 2, l'objet et la cause, les nullités*, LGDJ, 2013, paragr. 77.

⁸⁰¹ Com. 24 mai 2016, n° 14-25.921 et 14-28.111, *RTD com.* 2016, note B. Bouloc, *RTD civ.* 2016.843, note H. Barbier.

⁸⁰² EL-GAMAL, Mahmoud, *Finance islamique*, De Boeck, 2010, p. 114.

⁸⁰³ V. AAOIFI, norme charaïque n°10.

⁸⁰⁴ *Sahîh Muslim*, hadith n° 1514 ; *Sahîh Al-Bukhari*, hadith n°2143

⁸⁰⁵ *Sunan Abi Dawud*, hadith n°3361 ; *Sahîh Al-Bukhari*, hadith n°2189 ; *Sahîh Muslim*, hadith n° 1536.

⁸⁰⁶ C. civ., art. 1601-1 et s. Bien que désignées sous le terme de vente, les ventes d'immeuble à construire ont une nature hybride qui emprunte au contrat d'entreprise.

⁸⁰⁷ C. civ., art. 2333.

⁸⁰⁸ Civ. 1^{re}, 20 mars 2001, Bull. civ I, n°76 : D. 2001.3110, note Aynès ; JCP 2002. II. 10124, note Goaziou.

anéantissement si la chose vient à ne pas exister⁸⁰⁹. Dans les seconds, l'incertitude est caractéristique du contrat qui demeure parfaitement valide.

161 Degré de détermination de la prestation. L'article 1162 al. 2 du Code civil reprend l'ancien article 1129 en exigeant que la prestation soit déterminée ou du moins déterminable. La raison est commune à la prohibition du *gharar*, il s'agit de protéger le créancier de l'obligation contre l'arbitraire du débiteur⁸¹⁰. Pour illustrer, l'importance de la règle, Demolombe prenait l'exemple du contrat par lequel l'une des parties s'engage à livrer un animal. Il suffirait qu'elle fournisse un insecte au créancier pour satisfaire à son obligation⁸¹¹. En imposant la détermination de la prestation tant le droit français que le droit islamique préviennent cet écueil. La reprise de la règle par la réforme du droit des contrats amène à distinguer selon que l'objet de l'obligation est un service ou une chose *stricto sensu*. Dans ce dernier cas on différencie les corps certains des choses de genre.

S'agissant de la première catégorie, elle renvoie à une « chose corporelle déterminée dans sa matérialité, spécifiée dans son individualité : un bijou de famille, tel sac de blé différencié par une marque, etc. »⁸¹². Il faut, pour satisfaire à l'exigence de détermination, que le corps certain soit désigné dans le contrat⁸¹³ et que son identification soit précise⁸¹⁴. Il a ainsi été considéré que l'objet de l'obligation n'était pas suffisamment déterminé lorsque la promesse synallagmatique de vente visait un « lot d'environ 700 à 900 m² (surface exacte à convenir) »⁸¹⁵. Le droit français se montre néanmoins plus souple que le droit islamique qui exige un degré supérieur de précision. A titre d'illustration, il a été jugé que des parties communes pouvaient valablement être cédées en l'absence d'un état descriptif de division⁸¹⁶.

⁸⁰⁹ Certains auteurs évoquent la caducité de l'acte dans un tel cas, v. BÉNABENT, Alain, *Droit des contrats spéciaux civils et commerciaux*, 14^e éd., LGDJ, 2021, paragr. 161 HOUTCIEFF, Dimitri, *Droit des contrats*, 4^e éd., Bruylant, 2018, p. 375. D'autres privilégient la nullité, v. LARROUMET, Christian et BROS, Sarah, *Les obligations*, Economica, 2018, paragr. 379, spéc. p. 364. Pour une étude des sanctions dans le cas où la chose viendrait à ne pas naître, v. GHESTIN, Jacques, LOISEAU, Grégoire et SERINET, Yves-Marie, *La formation du contrat. Tome 2, l'objet et la cause, les nullités*, LGDJ, 2013, paragr. 88 et s. Les auteurs concluent que la nullité est la sanction la plus appropriée : « Lors de sa conclusion, l'un des termes de l'échange manque et il n'est pas admissible, au point de vue de la justice commutative, que le contrat puisse être considéré comme valablement formé si ce terme de l'échange continue de manquer », *ibid.*, paragr. 90.

⁸¹⁰ HOUTCIEFF, Dimitri, *op. cit.*, paragr. 381.

⁸¹¹ DEMOLOMBE, Charles, *Cours de Code civil*, t. 12, Stienon, 1868, paragr. 313.

⁸¹² CORNU, Gérard (Dir.), *Vocabulaire juridique*, 12^e éd., 2017, V^o Certain(*corps).

⁸¹³ TERRÉ, François, SIMLER, Philippe, LEQUETTE, Yves *et al.*, *Droit civil*, 12^e éd., Dalloz, 2018, paragr. 367.

⁸¹⁴ FABRE-MAGNAN, Muriel, *Droit des obligations: 1-Contrat et engagement unilatéral*, 5^e éd., Presses Universitaires de France, 2019, paragr. 607 HOUTCIEFF, Dimitri, *Droit des contrats*, 4^e éd., Bruylant, 2018, paragr. 382.

⁸¹⁵ Civ. 3^e, 7 janv. 2016, n^o14-19.125, *RTD civ.* 2016.96, obs. H. Barbier.

⁸¹⁶ Civ. 3^e, 10 sept. 2008, n^o07-16.858, *Bull. civ.* III, n^o131, D. 2008.2285. V. aussi, Civ. 3^e, 15 févr. 1984, n^o 82-15.465, *Bull. civ.* III, n^o41 : Considérant que l'objet était déterminable dès lors que la superficie du terrain était mentionnée dans l'acte, et ce, bien que le vendeur dût en conserver une partie de zero hectare huit déterminée selon le tracé des acquéreurs.

Les choses de genre désignent les choses fongibles qui sont ainsi aisément remplaçables⁸¹⁷. Pour que la prestation soit déterminée, il convient, comme en droit islamique, d'en identifier l'espèce et la quotité afin de prévenir toute confusion possible⁸¹⁸. L'exigence est illustrée à travers les affaires « Point vidéo club » portant sur la location commerciale de cassettes vidéo. Dans un premier arrêt la première chambre civile de la Cour de cassation a estimé que l'objet était suffisamment déterminé lorsque le contrat prévoyait la location de deux cents cassettes vidéo dont le genre était mentionné mais pas les titres⁸¹⁹. Un an plus tard la chambre commerciale a prononcé la nullité du contrat au motif que la définition de l'objet était laissée à la discrétion de l'une des parties⁸²⁰. Dans cette affaire, la location portait sur le même nombre de cassettes réparties en trois séries dont la constitution dépendait entièrement de la volonté du bailleur. A ce stade, la Cour semblait exiger une précision accrue de l'espèce comparable aux règles relatives au *gharar*. Elle s'en éloigne dans un arrêt du 20 mars 2001 dans lequel elle a retenu que la prestation était suffisamment déterminée « quant à l'espèce et à la quantité » dans un contrat qui prévoyait la location de deux cents vidéogrammes de « tous genres », « peu important que l'identification des films dépende de la volonté de leur propriétaire et non de celle du locataire »⁸²¹. La solution a été réitérée à propos d'un contrat portant sur la location de matériel informatique où l'identification dépendait cette fois-ci de la volonté du preneur⁸²². Confrontés à une telle situation, les *fuqaha* auraient considéré que le contrat était entaché de *gharar*. En présence d'une prestation portant sur un service, l'exigence de détermination est renforcée⁸²³. Il convient de préciser ce à quoi s'engage le débiteur pour que le contrat soit valide. Tel n'est pas le cas lorsqu'il est prévu que l'une des parties devra « faire un geste »⁸²⁴. De même, la nullité du contrat doit être prononcée lorsque l'une des parties s'engage à construire deux maisons en contrepartie de la cession d'un terrain en

⁸¹⁷ CORNU, Gérard (Dir.), *op. cit.*, v°Chose

⁸¹⁸ LARROUMET, Christian et BROS, Sarah, *Les obligations*, Economica, 2018, paragr. 381, spéc. p. 349.

⁸¹⁹ Civ. 1^{re}, 23 mai 1995, n°94-15.255, *Bull. civ. I*, n°214: *RTD civ.* 1995.620, note J. Mestre; *D.* 1996.113, note L. Aynès.

⁸²⁰ Com., 19 nov. 1996, n°94-14.530, *Bull. civ. IV*, n°275 : *D.* 1997.609, note A. Zelcevic-Duhamel. La Cour de cassation a approuvé les juges du fond qui ont estimé que le contrat laissait au bailleur la faculté de définir de façon discrétionnaire l'objet « en lui permettant de répartir, à sa guise, entre les séries, les films donnés en location, à des rémunérations différentes ». Madame Ana ZELCEVIC-DUHAMEL estime que la solution n'est pas en contradiction avec l'arrêt précédent en raison d'une différence dans les contrats. Dans la première affaire le genre des films était mentionné et les cassettes n'étaient pas réparties en trois séries. La justification semble néanmoins fragile.

⁸²¹ Com., 20 mars 2001, n° 97-18.759, *RJDA* 2001.768.

⁸²² Com., 8 juin 2017, n°14-15.417, *Contrats, conc. consom.* 2017, comm. 176 N. Mathey.

⁸²³ MOUIAL BASSILANA, Eva et RACINE, Jean-Baptiste, *JCl. Civil Code*, art. 1162 à 1171, fasc. 30, mars 2018, paragr. 38.

⁸²⁴ Com., 28 févr. 1983, n° 81-14.921, *Bull. civ. IV*, n°86 : *Defrénois* 1984, art. 33230, n° 9, obs. J.-L. Aubert.

raison de « *l'imprécision des prestations dont était assortie l'obligation de construire* »⁸²⁵. Sur ce point, le droit français rejoint les exigences islamiques.

162 L'admission de la prestation simplement déterminable. Aux termes de l'article 1163 al. 2 du Code civil, il est admis que la prestation ne soit que déterminable. L'alinéa 3 du même article précise qu'il en est ainsi lorsque la prestation « *peut être déduite du contrat ou par référence aux usages ou aux relations antérieures des parties, sans qu'un nouvel accord des parties soit nécessaire* ». En admettant que la prestation puisse être déterminée sur la base de ces critères, le droit français adopte une position différente de celle des *fuqaha*. Le fait que la prestation ne soit que déterminable est à même de générer un conflit entre les parties, ce pour quoi le *Fiqh* se montre plus restrictif⁸²⁶. A plus forte raison, il n'est pas permis, en droit islamique, que la détermination de la prestation soit abandonnée à un tiers. En droit français, la lettre de l'article 1163 al. 3 du Code civil pourrait laisser suggérer le contraire⁸²⁷. En outre, en cas d'indétermination de la prestation, l'article 1166 du Code civil prévoit que le débiteur doit offrir une prestation conforme aux attentes légitimes du créancier. Une telle disposition doit être écartée dans le cadre d'un financement islamique puisque le non-respect de l'exigence de détermination de la prestation conduit à la nullité du contrat.

L'article 1163 du Code civil imposant la détermination de la prestation sans opérer de distinction, cette obligation doit être étendue aux prestations monétaires.

B) La détermination de la prestation monétaire

163 La détermination du prix avant la réforme du droit des contrats. Les contrats de fourniture ont fait l'objet d'un feuilleton judiciaire au cours de la seconde partie du XXe siècle à propos de la détermination du prix. Ces contrats avaient pour particularité d'être conclus pour une durée relativement longue, empêchant que le prix soit déterminé par avance, bien qu'il fût déterminable par renvoi au tarif du fournisseur ou

⁸²⁵ Civ. 3^e, 9 déc. 1986, n° 85-13.373, *Bull. civ. III*, n°177, *Defrénois* 1987. 1187, obs. G. Vermelle.

⁸²⁶ AAOFI, Norme charaïque n°31, Annexe B. V. aussi CHÉHATA, Chafik, *Théorie générale de l'obligation en droit musulman hanéfite*, Sirey, 1969, paragr. 42, spéc. p. 64 LINANT DE BELLEFONDS, Yvon, *Traité de droit musulman comparé, Vol.1: Théorie générale de l'acte juridique*, Mouton et cie., 1965, paragr. 249.

⁸²⁷ En faveur de cette faculté, v. DESHAYES, Olivier, GENICON, Thomas et LAITHIER, Yves-Marie, *Réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations*, 2^e éd., LexisNexis, 2018, p. 306-307. Contra CHANTEPIE, Gaël et LATINA, Mathias, *La réforme du droit des obligations*, 2e éd., Dalloz, 2018, paragr. 414.

au prix du marché au jour de l’approvisionnement⁸²⁸. Arguant que les fournisseurs se trouvaient dans une situation qui leur permettaient de déterminer unilatéralement le prix, les distributeurs demandèrent la nullité du contrat. L’argument prospéra auprès de la Cour de cassation qui annula systématiquement les contrats de fourniture sur le fondement de l’article 1591 du Code civil⁸²⁹. Il était pourtant critiquable de réduire ces contrats à une simple vente, aussi la Cour décida ensuite de recourir au droit commun en se fondant sur l’ancien article 1129 du Code civil⁸³⁰. A ce stade, les juges du droit adoptaient des règles similaires à la prohibition du *gharar*⁸³¹. Une grande partie de la doctrine a critiqué cette solution au motif qu’elle aurait permis aux distributeurs d’échapper à leurs obligations⁸³². Justifiée par un contentieux massif, une évolution de la position de la Cour de cassation est notable dans les arrêts *Alcatel* du 29 novembre 1994 dans lesquels les juges rejettent la nullité de la convention dès lors que le prix était déterminable et qu’il n’était pas allégué que le fournisseur « eût abusé de l’exclusivité qui lui était réservée pour majorer son tarif dans le but d’en tirer un profit illégitime »⁸³³. Le revirement est acté par une série d’arrêts rendus par l’Assemblée plénière le 1^{er} décembre 1995 qui a décidé que l’article 1129 du Code civil n’était pas applicable à la détermination du prix qui pouvait être librement fixé par le fournisseur, sauf à démontrer un abus donnant lieu à résiliation ou indemnisation⁸³⁴. La Cour de cassation a ensuite précisé que l’article 1129 du Code civil était inapplicable « en toute matière », à moins qu’un texte spécial n’en dispose autrement⁸³⁵. Par ces décisions, les

⁸²⁸ Pour un rappel chronologique de la jurisprudence relative à la détermination du prix antérieure à la réforme du droit des contrats, v. TERRÉ, François, SIMLER, Philippe, LEQUETTE, Yves *et al.*, *Droit civil*, 12^e éd., Dalloz, 2018, paragr. 372 et s. FABRE-MAGNAN, Muriel, *Droit des obligations: 1-Contrat et engagement unilatéral*, 5^e éd., Presses Universitaires de France, 2019, paragr. 608 et s. HOUTCIEFF, Dimitri, *Droit des contrats*, 4^e éd., Bruylant, 2018, paragr. 386.

⁸²⁹ Com., 25 nov. 1971, n°70-10.753, Bull. civ. IV, n°107 : D. 1972.353, note J. Ghestin.

⁸³⁰ Com., 11 oct. 1978, n° 77-10.155, 77-11.485, 77-11.624, Bull. civ. IV, n° 223 à 225 : D. 1979.135, note R. Houin ; *JCP G* 1979.II.19304, note Y. Loussouarn ; *Rép. Commaile* 1979.43, note M. Vasseur ; *RTD com.* 1979. 311, obs. J. Hémarid ; *RJ com.* 1979. 377, obs. Ph. Le Tourneau ; *RTD civ.* 1979.129, obs. Y. Loussouarn ; Com., 11 déc. 1978, n°77-12.154, Bull. civ. IV, n°303.

⁸³¹ L’exigence ne portait cependant pas sur certaines catégories de contrat parmi lesquels les contrats d’entreprise et de mandat dont il était admis en raison de leurs spécificités que le prix pouvait ne pas être déterminé. V. à titre d’illustration, Civ. 3^e, 18 janv. 1977, n° 74-15.237, Bull. civ. III, n°25.

⁸³² V. notamment AYNES, Laurent, « Indétermination du prix dans les contrats de distribution : comment sortir de l’impasse ? », *D.* 1993.25 ; VOGEL, Louis, « Plaidoyer pour un revirement : contre l’obligation de détermination du prix dans les contrats de distribution », *D.* 1995.155.

⁸³³ Civ. 1^{re}, 29 nov. 1994, n° 91-21.009 et 92-16.267, Bull. civ. I, n°348, *D.* 1995.122, note L. Aynès ; *JCP* 1995.II.22371, note J. Ghestin ; *Contrats, conc., consom.* 1995, n° 24, obs. L. Leveneur ; *RTD civ.* 1995.358, note J. Mestre.

⁸³⁴ Ass. plén., 1^{er} décembre 1995, 4 arrêts ; n° 91-15.57, 91-15.599, 91-69.653 et 93-13.688, Bull. civ. ass. plén., n°7 à 9, *BICC* 15 janv. 1996, p. 10, concl. Jéol, note Fossereau ; *D.* 1996. 13, concl. Jéol, note Aynès ; *JCP* 1996.II.22565, concl. Jéol, note Ghestin ; *Gaz. Pal.* 1995.1.626, concl. Jéol, note de Fontbressin ; *Deffrénois* 1996. 747, obs. Delebecque ; *RTD civ.* 1996. 153, obs. Mestre.

⁸³⁵ Civ. 1^{re}, 12 mai 2004, n°03-13.847, *RDC* 2004.925, obs. D. Mazeaud..

juges du droit ont rompu avec une position favorable à la réception de la finance islamique.

164 La détermination du prix après la réforme du droit des contrats : l'applicabilité de l'article 1163 du Code civil. En énonçant, sans distinction, que la prestation doit être déterminée ou déterminable, le législateur a-t-il entendu revenir sur la solution des arrêts du 1^{er} décembre 1995 ? Certains auteurs considèrent que l'article 1163 du Code civil est un bris de jurisprudence⁸³⁶, tandis que d'autres y voient au contraire une consécration des règles prétoriennes⁸³⁷. Plusieurs arguments plaident en faveur de l'application de l'article 1163 al. 2 du Code civil à la détermination du prix dans les contrats. Le premier d'entre eux tient à la formulation générale du texte qui ne procède à aucune distinction. En vertu du principe *ubi lex non distinguit*⁸³⁸, il convient de considérer le prix comme une prestation⁸³⁹. De plus, les articles 1164 et 1165 du Code civil ne sont véritablement pertinents que si l'on considère que le prix doit être déterminé ou déterminable dans les contrats. A quoi aurait-il servi que le législateur reconnaisse la faculté de fixer unilatéralement le prix dans les contrats cadre et les contrats de prestation de service s'il n'avait pas à être, par principe au moins, déterminable ? La rédaction même de ces articles suggère qu'ils sont conçus comme des dispositions dérogoratoires à l'article 1163⁸⁴⁰. Un auteur relève pourtant que le Rapport au président de la République précise que les articles 1164 et 1165 du Code civil « *s'intéressent plus particulièrement au prix* », ce qui, d'après lui, reviendrait à

⁸³⁶ En ce sens, v. MALINVAUD, Philippe, MEKKI, Mustapha et SEUBE, Jean-Baptiste, *Droit des obligations*, 16^e éd., LexisNexis, 2021, paragr. 279 CHANTEPIE, Gaël et LATINA, Mathias, *La réforme du droit des obligations*, 2^e éd., Dalloz, 2018, paragr. 418 DESHAYES, Olivier, GENICON, Thomas et LAITHIER, Yves-Marie, *Réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations*, 2^e éd., LexisNexis, 2018, p. 307 et s.spéc. p. 309 TERRÉ, François, SIMLER, Philippe, LEQUETTE, Yves *et al.*, *Droit civil*, 12^e éd., Dalloz, 2018, paragr. 377 et s. FAGES, Bertrand, *Droit des obligations*, 8^e éd., LGDJ, 2018, paragr. 178 HOUTCIEFF, Dimitri, *Droit des contrats*, 4^e éd., Bruylant, 2018, paragr. 391-1 et 393 et s. RAYNARD, Jacques et SEUBE, Jean-Baptiste, *Droit des contrats spéciaux*, 9^e éd., LexisNexis, 2017, paragr. 130 BÉNABENT, Alain, *Droit des contrats spéciaux civils et commerciaux*, 14^e éd., LGDJ, 2021, paragr. 164. ; BLANC, Nathalie, v° Prix in MAZEAUD Denis, BOFFA Romain et BLANC Nathalie (dir.), *Dictionnaire du contrat*, LGDJ, 2018, p. 881 et s.spéc. p. 883.

⁸³⁷ En ce sens, v. MOURY, Jacques, « La détermination du prix dans le « nouveau » droit commun des contrats », *D.* 2016.1013, spéc. paragr. 3 et s. ; GRIMALDI, Cyril, « La fixation du prix », *RDC* 2017.558, spéc. paragr. 6 et s. ; MALAURIE, Philippe, AYNÈS, Laurent et STOFFEL-MUNCK, Philippe, *Droit des obligations*, 11^e éd., LGDJ, 2017, paragr. 600, spéc. p. 345.

⁸³⁸ *Ubi lex non distinguit, nec nos distinguere debemus* : Là où la loi ne distingue pas, nous ne devons pas distinguer.

⁸³⁹ Contra GRIMALDI, Cyril, *op. cit.*, paragr. 6 : « *Est-ce que l'article 1163 s'applique au prix, autrement dit, est-ce que le prix est une prestation ? La lettre du texte ne s'y oppose pas, certes, mais on peut douter que cela soit conforme à son esprit. À titre liminaire, on observera que si le législateur avait considéré le prix comme une « prestation » au sens de l'article 1163, il l'aurait probablement dit expressément, lui qui s'est montré si soucieux de l'accessibilité et de l'intelligibilité des nouveaux textes* ».

⁸⁴⁰ DESHAYES, Olivier, GENICON, Thomas et LAITHIER, Yves-Marie, *Réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations*, 2^e éd., LexisNexis, 2018, p. 310 TERRÉ, François, SIMLER, Philippe, LEQUETTE, Yves *et al.*, *Droit civil*, 12^e éd., Dalloz, 2018, paragr. 378.

écarter l'application de l'article 1163 à la détermination du prix⁸⁴¹. Une autre interprétation du rapport apparaît davantage conforme à l'esprit de ces textes. Si les articles 1164 et 1165 concernent « plus particulièrement » le prix, c'est que tel est déjà le cas pour l'article 1163 du Code civil. La réforme revient à la solution antérieure aux arrêts de l'Assemblée plénière en corrigeant ce qu'elle avait d'excessif. Ce faisant, la réforme du droit des contrats adopte désormais un principe comparable au *Fiqh*. Les légistes exigent certes que la prestation soit déterminée, mais l'AAOIFI admet parfois que le prix soit déterminable, bien que les conditions soient plus strictes, car il s'agit dans ce cas d'un *gharar* léger⁸⁴². Des auteurs rapportent néanmoins que, par principe, aucune indétermination n'est permise quand il s'agit du prix et qu'il est prohibé de laisser à un tiers le soin de le fixer⁸⁴³. Bien que plus libérale, l'AAOIFI refuse que le prix soit déterminable par référence à un indice évoluant dans le temps tel que le LIBOR⁸⁴⁴.

165 Détermination unilatérale du prix dans les contrats cadre. L'abandon des solutions dégagées par l'Assemblée plénière n'est que partiel. La réforme du droit des contrats a consacré le principe de détermination unilatérale du prix dans les contrats cadre qu'avait affirmé la Cour de cassation⁸⁴⁵. L'article 1164 du Code civil reconnaît une telle faculté sous réserve de respecter deux conditions. D'abord, il convient que les parties aient admis cette faculté⁸⁴⁶, la fixation unilatérale ne saurait être déduite de l'absence de fixation du prix si l'on s'en tient à la lettre du texte⁸⁴⁷. Ensuite, la partie qui exerce cette faculté doit justifier le montant en cas de contestation, à savoir « *exposer comment le prix a été calculé, au regard des prévisions des parties* »⁸⁴⁸. En

⁸⁴¹ GRIMALDI, Cyril, *op. cit.*, paragr. 7.

⁸⁴² AAOIFI, Norme charaïque n°31, art 5.2.2. La norme fournit des exemples de *gharar* léger. Sont ainsi valables les ventes au prix du marché au jour de l'achat, au cours de clôture au jour de l'achat, ou au dernier prix dans les enchères, au prix déterminé par les usages des parties entre elles ou encore lorsque le prix est déterminé par une unité telle la vente au kilo.

⁸⁴³ LINANT DE BELLEFONDS, Yvon, *Traité de droit musulman comparé, Vol.1: Théorie générale de l'acte juridique*, Mouton et cie., 1965, paragr. 250, spéc. p.206 SALEH, Nabil A, *Unlawful gain and legitimate profit in Islamic law*, Cambridge University Press, 1986, p. 62. Du même avis, v. AAOIFI, Norme charaïque n°31, art. 5.2.2.

⁸⁴⁴ AAOIFI, Norme charaïque n°8, art. 4.6.

⁸⁴⁵ Ass. plén., 1^{er} décembre 1995, préc.

⁸⁴⁶ LABARTHE, Françoise, « La fixation unilatérale du prix dans les contrats cadre et prestations de service. Regards interrogatifs sur les articles 1164 et 1165 du Code civil », JCP G 2016.642.

⁸⁴⁷ En ce sens, v. DESHAYES, Olivier, GENICON, Thomas et LAITHIER, Yves-Marie, *Réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations*, 2^e éd., LexisNexis, 2018, p. 311 TERRÉ, François, SIMLER, Philippe, LEQUETTE, Yves et al., *Droit civil*, 12^e éd., Dalloz, 2018, paragr. 386. *Contra*, GRIMALDI, Cyril, *op. cit.*, paragr. 16. A lire le Rapport au Président de la République, il semble fonder de privilégier la première interprétation : « *il est précisé que dans les contrats cadre, le prix peut être fixé unilatéralement par un des contractants, si les parties en ont convenu conformément à ce que permettent la plupart des Etats européens [...]* ».

⁸⁴⁸ Rapport au Président de la République relatif à l'ordonnance n° 2016-131 du 10 février 2016 portant réforme du droit des contrats, préc.

cas d'abus, le débiteur peut demander des dommages-intérêts et la résiliation du contrat. La rédaction de l'article 1164 du Code civil ne permet pas d'affirmer avec certitude que le prix dans les contrats cadre doit être déterminable. Des auteurs ont avancé que le contrat encourt la nullité dès lors qu'il est silencieux sur la fixation du prix. Au soutien de leur affirmation, ils relèvent que l'article 1164 du Code civil se contente de reconnaître la faculté de désignation unilatérale du prix et n'évoque aucune exception quant à l'exigence de détermination du prix posé par l'article 1163 du même code⁸⁴⁹.

En admettant que le prix soit déterminé unilatéralement dans les contrats-cadre, le droit français se distingue du droit islamique qui rejette expressément une telle faculté⁸⁵⁰. Pour autant, la règle n'entre en conflit avec les exigences islamiques que si le contrat stipule la possibilité pour l'une des parties de fixer unilatéralement le prix. A défaut, elle ne saurait s'arroger ce pouvoir.

166 Détermination du prix par le créancier dans les contrats de prestation de service. L'article 1165 du Code civil constitue la seconde exception à l'exigence de détermination commune du prix posé par l'article 1163 du même code. Contrairement au texte qui le précède, l'article 1165 ne conditionne pas la faculté de fixation unilatérale du prix à un accord entre les parties et la réserve au seul prestataire de service⁸⁵¹. Le texte se distingue encore en ne faisant plus de la détermination du prix une condition de validité du contrat, celle-ci pouvant intervenir au stade de l'exécution⁸⁵². La raison en est, qu'en raison de la nature des contrats de prestation de service, il serait complexe de fixer le prix au moment de la formation de l'acte. Le législateur a pris soin de définir la notion de contrat cadre⁸⁵³, mais n'a consacré aucune disposition à celle de prestation de service. La jurisprudence a admis de longue date que le prix n'a pas à être déterminé dans les contrats d'entreprise⁸⁵⁴. Le législateur a-t-il entendu reprendre cette solution en employant un vocable nouveau ?⁸⁵⁵ Le Rapport

⁸⁴⁹ En ce sens, TERRÉ, François, SIMLER, Philippe, LEQUETTE, Yves *et al.*, *op. cit.*, paragr. 386 DESHAYES, Olivier, GENICON, Thomas et LAITHIER, Yves-Marie, *op. cit.*, p. 311.

⁸⁵⁰ AAOFI, Norme charaïque n°31, art 5.2.2 ;

⁸⁵¹ C. civ., art. 1165 al. 1 : « Dans les contrats de prestation de service, à défaut d'accord des parties avant leur exécution, le prix peut être fixé par le créancier, à charge pour lui d'en motiver le montant en cas de contestation ».

⁸⁵² LARDEUX, Gwendoline « Le contrat de prestation de service dans les nouvelles dispositions du Code civil », *D.* 2016.1659 ; TERRÉ, François, SIMLER, Philippe, LEQUETTE, Yves *et al.*, *op. cit.*, paragr. 392.

⁸⁵³ C. civ., art. 1111.

⁸⁵⁴ Civ. 1^{re}, 15 juin 1973, n°72-12.062, Bull. civ. I, n°202 : considérant à propos du louage d'ouvrage qu'un « accord préalable sur le montant exact de la rémunération n'est pas un élément essentiel du contrat de cette nature ».

⁸⁵⁵ En ce sens, v. CHANTEPIE, Gaël et LATINA, Mathias, *La réforme du droit des obligations*, 2e éd., Dalloz, 2018, paragr. 418.

au Président de la République suggère que la catégorie de contrat de prestation de service est plus large que celle de contrat d'entreprise⁸⁵⁶. *A priori*, cette nouvelle catégorie intégrerait l'ensemble des contrats d'entreprise auxquels seraient ajoutés les contrats de mandat et de dépôt⁸⁵⁷. Plus généralement un auteur estime que les contrats de prestation de service pourraient recouvrir tous les contrats qui consistent en ce que l'on appelait, antérieurement à la réforme, une obligation de faire⁸⁵⁸. La notion de prestation de service étant plus économique que juridique⁸⁵⁹, l'incertitude demeure quant à ses contours⁸⁶⁰.

La règle est contraire à la prohibition du *gharar* et s'avère plus problématique en ce qu'elle s'applique en cas de silence du contrat sur le prix. Elle ne devrait toutefois guère poser de difficultés tant on conçoit mal que les parties à un contrat de finance islamique méconnaissent l'exigence charaïque de détermination du prix.

167 Détermination du prix dans les contrats de vente. La plupart des financements consentis par les banques islamiques reposent sur des contrats de vente tels la *murabaha*, le *salam* ou l'*ijarah wa iqtina*⁸⁶¹. Le droit français, à travers l'article 1591 du Code civil, fait de la détermination du prix une condition de validité du contrat de vente⁸⁶². Contrairement à ce que pourrait laisser entendre le texte qui exige que le prix soit déterminé, la jurisprudence a admis de longue date qu'il ne soit que déterminable⁸⁶³. En cela, la règle fait écho à celle de l'article 1163 du Code civil. Cet article précise que la prestation est déterminable « *lorsqu'elle peut être déduite du contrat ou par référence aux usages ou aux relations antérieures des parties, sans qu'un nouvel accord des parties soit nécessaire* ». Cela amène à s'interroger quant au maintien de la jurisprudence antérieure à la réforme applicable à la détermination du prix de vente. Il convient de constater que les exigences des juges quant à la déterminabilité sont similaires aux conditions énoncées en droit commun⁸⁶⁴. Il est ainsi

⁸⁵⁶ « *Consacrant également une jurisprudence de la Cour de cassation, l'ordonnance autorise le créancier à fixer unilatéralement le prix dans les contrats de prestation de service, tels les contrats d'entreprise [...]* ».

⁸⁵⁷ LARDEUX, Gwendoline, *op. cit.* ; DESHAYES, Olivier, GENICON, Thomas et LAITHIER, Yves-Marie, *Réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations*, 2^e éd., LexisNexis, 2018, p. 318.

⁸⁵⁸ LARDEUX, Gwendoline, *préc.*

⁸⁵⁹ LARROUMET, Christian et BROS, Sarah, *Les obligations*, Economica, 2018, paragr. 388, spéc. p. 357.

⁸⁶⁰ Pour une étude de la notion de contrat de prestation de service, v. LARDEUX, Gwendoline, *op. cit.* ; LABARTHE, Françoise, *op. cit.* ; DESHAYES, Olivier, GENICON, Thomas et LAITHIER, Yves-Marie, *op. cit.*, p. 317 et s.

⁸⁶¹ Pour une analyse de ces contrats, v. le second titre de la seconde partie de notre thèse.

⁸⁶² C. civ., art. 1591 : « *Le prix de la vente doit être déterminé et désigné par les parties* ».

⁸⁶³ Cass. req., 7 janvier 1925, *DH* 1925.57 ; Civ. 1^{re}, 2 déc. 1997, n°95-16.720, Bull. civ. I, n°340, *JCP* 1998.I.129, n° 1, obs. Jamin ; *RTD civ.* 1998.898, obs. Mestre

⁸⁶⁴ En ce sens, v. RAYNARD, Jacques et SEUBE, Jean-Baptiste, *Droit des contrats spéciaux*, 9^e éd., LexisNexis, 2017, paragr. 128 et 130.

considéré que le prix du contrat de vente n'est pas déterminable lorsqu'il dépend d'un nouvel accord entre les parties⁸⁶⁵. En revanche, le prix de la vente est déterminable lorsqu'il peut se déduire du contrat⁸⁶⁶. Il est loisible aux parties de prévoir que le prix sera fixé au moyen d'un mécanisme de calcul dès lors qu'il est indépendant de leur volonté⁸⁶⁷. Il a ainsi été jugé, dans le cadre d'une cession de créances, que le prix pouvait être subordonné au montant des créances recouvrées⁸⁶⁸. A nouveau, le droit français accorde une plus grande latitude aux parties que le droit islamique qui impose que le prix soit fixé précisément et ne tolère, qu'à titre exceptionnel, qu'il puisse être déterminable. En outre, aux termes de l'article 1592 du Code civil, la détermination du prix de vente peut être laissée à l'appréciation d'un tiers, ce qui est rejeté par les normes de l'AAOIFI pourtant plus libérales que les juristes classiques⁸⁶⁹. Pour autant, il ne faudrait pas en conclure que le droit français ne permet pas d'assurer *a minima* la prohibition du *gharar*. Dès lors que le prix est indéterminé, parce que non fixé expressément ou indéterminable, le contrat encourt la nullité⁸⁷⁰.

A travers l'exigence de détermination de la prestation, le droit français adopte des règles qui, bien que plus libérales, évoquent la prohibition du *gharar*. S'agissant d'un seuil minimal imposé aux parties, rien ne leur interdit de se soumettre à des normes plus contraignantes. Sur ce point, le principe islamique n'entre pas en conflit avec le droit commun des contrats. La condamnation des contrats d'assurance, au motif qu'ils sont entachés de *gharar*, contraint à recourir au *takaful* dont la réception est plus problématique.

⁸⁶⁵ Com., 14 juin 1988, n°86-15.049, *Bull. civ. IV*, n°206, *D.* 1989.89, note Ph Malaurie

⁸⁶⁶ Cass. req., 7 janvier 1925, préc. : « il suffit pour la formation du contrat que le prix puisse être déterminé en vertu des clauses du contrat, par voie de relation avec des éléments qui ne dépendent plus ni de l'une ni de l'autre des parties »

⁸⁶⁷ Com., 7 avr. 2009, n°07-18.907, *Bull. civ. IV*, n°48 : *Dr et patr.*, juill-août 2009, p.89 note L. Aynès, *RTD civ.* 2009. 321, obs. B. Fages : « s'il résulte de l'article 1591 du code civil que le prix de la vente doit être déterminé et désigné par les parties, ces dispositions n'imposent pas que l'acte porte lui-même indication du prix, mais seulement que ce prix soit déterminable ; que tel est le cas lorsqu'il est lié à la survenance d'un événement futur ne dépendant pas de la seule volonté de l'une des parties ni d'accords ultérieurs entre elles ».

⁸⁶⁸ Com. 7 avr. 2009, n° 07-18.907, *Bull. civ. IV*, n°48 : *JCP E* 2009.1947, note R. Marty ; *RTD civ.* 2009.321, obs. B. Fages ; *RTD com.* 2009.608, obs. B. Bouloc. Il s'agissait en l'espèce d'une cession d'un portefeuille de créances dont une partie du prix était déterminée et l'autre était fonction du montant des créances recouvrées. La chambre commerciale a retenu que « le prix est déterminable, pour partie au moment de la cession, et pour partie au fur et à mesure du recouvrement des créances ».

⁸⁶⁹ AAOIFI, Norme charaïque n°31, art. 5.2.2.

⁸⁷⁰ Com. 22 mars 2016, n°14-14.218, *Bull. civ. IV*, n°1172, *BICC*, n°848 : *D.* 2016. 1037, chron. Tréard, Arbellot, Le Bras et Gauthier ; *RTD civ.* 2016. 343, obs. Barbier ; *RTD com.* 2016. 317, obs. Bouloc ; *RDC* 2016. 435, note Laithier ; *ibid.* 481, note Sautonie-Laguionie et Wicker.

II] La réception du *takaful*

168 *Takaful* et définition de l'assurance en droit français. Le Code des assurances ne définit pas l'opération d'assurance, aussi convient-il de se référer à la doctrine. Sous l'Ancien Régime, Pothier définissait le contrat d'assurance comme celui par lequel « *l'un des contractants se charge du risque des cas fortuits auxquels une chose est exposée, et s'oblige envers l'autre contractant de l'indemniser de la perte que lui causeraient ces cas fortuits, s'ils arrivaient ; moyennant une somme que l'autre contractant lui donne, ou s'oblige de lui donner, pour le prix des risques dont il le charge* »⁸⁷¹. Si la définition est ancienne et concerne l'assurance de chose, elle n'en contient pas moins les trois éléments constitutifs de tout contrat d'assurance que sont la prime, le risque et une prestation de garantie en cas de sinistre⁸⁷². Un auteur ajoute un quatrième élément qui est la mutualisation des risques⁸⁷³. Le *takaful* regroupe l'ensemble de ces éléments. Le participant s'engage à verser une contribution qui peut être perçue comme le pendant islamique de la prime. Bien que cette dernière s'entende généralement de la somme d'argent correspondant à la contrepartie du service obtenu⁸⁷⁴, la qualification de donation du *tabarru* en droit islamique ne constitue pas un obstacle à une assimilation. D'abord, parce que qualifier l'acte de donation est critiquable tant en droit français qu'en droit islamique. Ensuite, parce que la volonté réelle du participant est d'obtenir une prestation du fonds *takaful* en cas de sinistre. Enfin, l'assurance islamique insiste particulièrement sur le principe de mutualisation qui est d'ailleurs l'un de ses éléments caractéristiques. Partant, les opérations de *takaful* doivent recevoir la qualification d'opération d'assurance. La réception du *takaful* en droit français amène à distinguer les contrats (A) des entreprises d'assurance (B).

A) La réception des contrats *takaful*

169 *Tabarru* et donations. La licéité de l'assurance islamique repose sur la substitution de la prime, prévue dans les contrats conventionnels, par une donation nommée *tabarru*. La prohibition du *gharar* s'appliquant aux contrats à titre onéreux, on perçoit

⁸⁷¹ POTHIER, *Traité des contrats aléatoires*, Debure, 1765, p. 5.

⁸⁷² CHAGNY, Muriel et PERDRIX, Louis, *Droit des assurances*, 4^e éd., LGDJ, 2018, paragr. 25.

⁸⁷³ MAYAUX, Luc, Rép. civ. Dalloz, V^o Assurance: généralités, janv. 2015, paragr. 4.

⁸⁷⁴ CORNU, Gérard (dir.), *Vocabulaire juridique*, PUF, 12^e éd., V^o Prime.

que cette qualification est une ruse (*hila*) afin d'échapper à la règle. En droit français, le *tabarru* ne saurait être qualifié de donation. Aux termes de l'article 893 alinéa 1 du Code civil, la « *libéralité est l'acte par lequel une personne dispose à titre gratuit de tout ou partie de ses biens ou de ses droits au profit d'une autre personne* ». Si en théorie, le *tabarru* s'inscrit dans une perspective altruiste, il consiste en pratique pour une personne à se garantir contre les risques auxquels elle est exposée. L'intention libérale fait alors défaut et le *tabarru* ne saurait être qualifié de donation⁸⁷⁵. On pourrait envisager qu'il s'agit d'une donation avec charge. Le participant ferait don de sa contribution au fonds d'assurance à la condition qu'une somme d'argent lui soit versée en cas de sinistre. Cette analyse a été suggérée par Mme Aline NEHME dans sa thèse. L'auteur assimile le *tabarru* à un don manuel avec charge⁸⁷⁶. Comme plusieurs auteurs l'ont cependant fait remarquer, la qualification de libéralité doit être écartée lorsque la charge est supérieure à ce qui est donné⁸⁷⁷. Or, dans de nombreux cas, la somme versée au titre de l'indemnisation sera bien plus conséquente que les contributions apportées par le participant. A cela s'ajoute, les contraintes liées aux conditions de forme de la donation⁸⁷⁸ ainsi qu'à sa fiscalité⁸⁷⁹. Le juge étant tenu de restituer aux actes leur exacte qualification⁸⁸⁰, il ne devrait pas manquer de considérer que le *tabarru* n'est pas une donation en droit français mais le versement d'une prime. Cela ne devrait néanmoins pas nécessairement faire obstacle à la réalisation d'opérations de *takaful*. L'assimilation du *tabarru* à la donation est critiquable dans les deux systèmes juridiques. Il est difficilement contestable que le contrat *takaful* doit être qualifié de contrat à titre onéreux. Cela ne le prive pas pour autant de la licéité en droit islamique dès lors que les jurisconsultes qualifient le *tabarru* d'acte à titre gratuit. Il apparaît davantage nécessaire de respecter le principe de séparation des fonds, particulièrement si l'entreprise d'assurance est une société ayant un objet commercial. Bien que le contrat soit à titre onéreux en droit français, cela ne le prive pas nécessairement de sa licéité en droit islamique.

⁸⁷⁵ Pour un avis similaire, v. MAKHLOUF, Amel, *L'émergence d'un droit international de la finance islamique*, IRJS éditions, 2015, paragr. 387.

⁸⁷⁶ NEHMÉ, Aline, *L'assurance entre loi islamique et droit positif*, IRJS, 2015, paragr. 208, spéc. paragr. 213.

⁸⁷⁷ TERRÉ, François, GAUDEMET, Sophie et LEQUETTE, Yves, *Droit civil*, 4^e éd., Dalloz, 2013, paragr. 349. Ce principe a été adopté de longue date par la Cour de cassation, v. Req. 21 déc. 1887, DP 1888.1.256 ; Civ. 7 févr. 1912, S.1914. 1. 305, note L. Huguency

⁸⁷⁸ C. civ., art. 931

⁸⁷⁹ Les dons, mêmes manuels, sont soumis aux droits de mutation à titre gratuit, V. CGI, art. 757.

⁸⁸⁰ C. pr. civ., art. 12 al. 2.

170 Classification des contrats *takaful* en droit français. L'existence d'une dichotomie parmi les contrats *takaful* évoque la *summa divisio* des contrats d'assurance en droit français⁸⁸¹. Le Code des assurances opère une distinction entre les assurances de dommage et les assurances de personne⁸⁸². La première catégorie est soumise au principe indemnitaire⁸⁸³ et se divise en deux catégories que sont les assurances de choses et les assurances de responsabilité qui garantissent l'assuré contre le préjudice qu'il cause à autrui. La seconde catégorie ne protège non plus le patrimoine de l'assuré mais sa personne. On distingue en son sein les assurances-vie, faisant dépendre la prestation de l'assureur du décès ou de la survie de l'assuré, des assurances non-vie par lesquelles l'assureur s'engage à verser à l'assuré une somme en cas de dommage ou de maladie.

Les contrats *takaful* se répartissent en deux catégories que sont le *takaful* général et le *takaful* famille. La réception des contrats de la première catégorie ne pose guère de difficultés tant ils sont proches des contrats conventionnels ; à condition toutefois que le risque garanti ne concerne pas une activité ou un acte considéré comme illicite. Ainsi, en matière d'assurance de véhicule terrestre à moteur, il n'est pas permis de prévoir une indemnisation du conducteur s'il circulait en état d'alcoolémie. Dans une telle hypothèse, s'agissant d'une assurance obligatoire⁸⁸⁴, l'entreprise *takaful* serait tout de même contrainte d'indemniser la victime du préjudice causé par l'assuré⁸⁸⁵. Sur ce point, seules quelques restrictions s'appliquent afin de se conformer aux préceptes charaïques.

171 L'assurance *takaful*, alternative à l'assurance vie⁸⁸⁶. La réception de l'assurance vie islamique suscite plus d'interrogations. Classiquement, les assureurs offrent au souscripteur la faculté d'investir le capital soit en fonds euro soit en unité de compte⁸⁸⁷. L'assurance vie dont l'épargne repose sur un fonds euros semble incompatible avec les exigences islamiques en ce qu'elle confère au souscripteur la garantie de son capital

⁸⁸¹ Sur la distinction entre *takaful* général et *takaful* famille, v. paragr. 170.

⁸⁸² Sur cette distinction v., CHAGNY, Muriel et PERDRIX, Louis, *Droit des assurances*, 4^e éd., LGDJ, 2018, paragr. 43 et s. LAMBERT-FAIVRE, Yvonne et LEVENEUR, Laurent, *Droit des assurances*, 14^e éd., Dalloz, 2017, paragr. 65 et s.

⁸⁸³ C. assur., art. L. 121-1.

⁸⁸⁴ C. assur., art. L. 211-1.

⁸⁸⁵ Aux termes de l'article L. 211-6 du Code des assurances : « Est réputée non écrite toute clause stipulant la déchéance de la garantie de l'assuré en cas de condamnation pour conduite en état d'ivresse ou sous l'empire d'un état alcoolique ou pour conduite après usage de substances ou plantes classées comme stupéfiants ».

⁸⁸⁶ L'assurance vie islamique est désignée dans les normes de l'AAOIFI sous l'appellation « assurance *takaful* », V. AAOIFI, Norme charaïque n°26, art. 6.2.

⁸⁸⁷ L'article L. 131-1 al. 2 du Code des assurances dispose que les unités de compte sont « constituées de valeurs mobilières ou d'actifs offrant une protection suffisante de l'épargne investie et figurant sur une liste dressée par décret en Conseil d'Etat ».

ainsi qu'un rendement déterminé. Un tel contrat serait contraire à la prohibition du *riba*. En revanche, lorsque les fonds sont investis en unité de compte, l'assuré s'expose à un risque légitimant ainsi ses gains⁸⁸⁸. L'intérêt du droit français est de n'imposer aucun de ces choix, les parties peuvent librement opter pour l'investissement en unités de compte.

La question des clauses d'exclusion de garantie, notamment en cas de suicide est plus problématique. Au sein des contrats d'assurance vie le risque assuré est tantôt la vie, tantôt le décès, voire les deux. En présence d'une assurance en cas de vie, l'assureur s'engage à exécuter sa prestation à une date déterminée si l'assuré survit. Ce contrat a pour particularité qu'en cas de décès prématuré, l'épargne est conservée par l'assureur⁸⁸⁹, ce qui justifie le rejet de l'assurance conventionnelle par la charia⁸⁹⁰. Parmi les assurances en cas de décès, il convient de distinguer l'assurance vie entière de l'assurance temporaire de décès. Dans la première l'assureur s'engage à exécuter sa prestation peu importe la date à laquelle le décès intervient, tandis qu'il est libéré de cette obligation dans la seconde si l'assuré survit à la date déterminée⁸⁹¹. Seule l'assurance vie entière pourrait satisfaire aux principes charaïques. Mais le droit français prévoit des dispositions protectrices du souscripteur qui entrent en conflit avec le droit islamique. Le suicide est condamné par l'islam et doit ainsi faire l'objet d'une exclusion de garantie⁸⁹². L'article L. 132-7 du Code des assurances a longtemps énoncé un principe similaire avant que le législateur n'opère un revirement. L'article retient désormais que le contrat d'assurance en cas de décès est privé d'effet « *si l'assuré se donne volontairement la mort au cours de la première année* ». Mais le second alinéa impose la couverture du risque de suicide dès la deuxième année. Il s'agit d'une règle d'ordre public à laquelle les parties ne peuvent déroger.

Le sort des contributions apportées par le participant dans le cadre d'un contrat d'assurance de capitalisation interroge aussi en droit français. En matière d'assurance vie conventionnelle, l'assureur devient propriétaire de la prime, mais l'assuré dispose

⁸⁸⁸ En ce sens, v. MAKHLOUF, Amel, *L'émergence d'un droit international de la finance islamique*, IRJS éditions, 2015, paragr. 445 et s.

⁸⁸⁹ CHAGNY, Muriel et PERDRIX, Louis, *Droit des assurances*, 4^e éd., LGDJ, 2018, paragr. 1023.

⁸⁹⁰ Dans les contrats en cas de vie, il est parfois prévu une contre-assurance par laquelle l'assureur s'engage à restituer les primes aux héritiers. Il perçoit pour cela une prime spécifique et conserve les intérêts générés par les primes investies. La doctrine s'interroge sur l'existence d'un aléa dans un tel contrat, v. *Ibid.*, paragr. 1024 LAMBERT-FAIVRE, Yvonne et LEVENEUR, Laurent, *Droit des assurances*, 14^e éd., Dalloz, 2017, paragr. 1006. L'absence de caractère aléatoire ne suffirait pas cependant à rendre le contrat licite puisque le *riba* serait caractérisé.

⁸⁹¹ CHAGNY, Muriel et PERDRIX, Louis, *op. cit.*, paragr. 1026 et s.

⁸⁹² Coran, sourate IV, verset 29.

d'un droit de créance à son encontre⁸⁹³. Dans l'assurance islamique, les contributions appartiennent au fonds *takaful* et non à l'entreprise d'assurance. Cette nuance n'est pas anodine dans un système de droit où la séparation juridique des fonds ne peut être effective⁸⁹⁴.

Le Code des assurances prévoit l'existence d'une faculté de rachat au profit du souscripteur à laquelle l'assureur est tenu de faire droit⁸⁹⁵. Elle est néanmoins conditionnée à l'existence d'une provision mathématique et se voit exclue des contrats exposés à un risque d'antisélection⁸⁹⁶. Les juristes qualifiant la contribution du participant de donation, la faculté de rachat ne devrait pas être admise dans le cadre d'une opération *takaful*. Le caractère d'ordre public de cette faculté ne faisant aucun doute, le souscripteur ne peut y renoncer *ab initio*.

Malgré les divergences évoquées, les opérations de *takaful* sont parfois soumises à des règles similaires à celles régissant l'assurance conventionnelle. L'AAOFI prévoit expressément que le bénéficiaire perd tout droit lorsqu'il a été condamné pour avoir donné volontairement la mort à l'assuré⁸⁹⁷. Le Code des assurances adopte une position similaire⁸⁹⁸.

172 Exemple de contrat d'assurance vie islamique en France. La société Swiss Life a lancé en 2012 un contrat, nommé Salam-Epargne & Placement⁸⁹⁹. Il s'agit d'une assurance mixte garantissant ainsi le versement du capital par l'assureur soit au souscripteur en cas de survie de l'assuré à l'échéance du terme du contrat, soit au bénéficiaire en cas de décès prématuré. Il est intéressant de constater que ce contrat prévoit un investissement en unités de compte auprès d'un fonds islamique. Ce faisant, il satisfait à la règle interdisant de garantir le capital ainsi que le rendement des investissements. Mais quant au respect du caractère islamique, les stipulations se contentent d'énoncer, en annexe, que le contrat est exempt de *riba* et de *gharar* et

⁸⁹³ CHAGNY, Muriel et PERDRIX, Louis, *op. cit.*, paragr. 1042 LAMBERT-FAIVRE, Yvonne et LEVENEUR, Laurent, *op. cit.*, paragr. 1047.

⁸⁹⁴ V. *infra* nos développements relatifs à la réception du *takaful* en droit français.

⁸⁹⁵ C. assur., art. L. 132-23 al. 10.

⁸⁹⁶ L'article L. 132-23 al. 1 du Code des assurances vise : « les assurances temporaires en cas de décès ainsi que les rentes viagères immédiates ou en cours de service ne peuvent comporter ni réduction ni rachat. Les assurances de capitaux de survie et de rente de survie, les assurances en cas de vie sans contre-assurance et les rentes viagères différées sans contre-assurance ». Tandis que certaines assurances sont dépourvues de provision mathématique d'autres n'ont d'intérêt pour l'assureur que si l'assuré ne dispose pas d'une faculté de rachat. Ainsi, lorsque la prestation de l'assureur est conditionnée à la survie de l'assuré, reconnaître une faculté de rachat au profit du souscripteur lui permettrait de neutraliser le caractère aléatoire de l'opération s'il avait connaissance de la dégradation de l'état de santé de l'assuré.

⁸⁹⁷ AAOFI, Norme charaïque n° 26, art. 6.2.3

⁸⁹⁸ C. assur., art. L. 132-24.

⁸⁹⁹ Malgré une homonymie, ce contrat est distinct du contrat *salam* en droit islamique.

attirent l'attention du souscripteur sur la nécessité de désigner un bénéficiaire conformément aux exigences charaïques⁹⁰⁰. Le contrat stipule, dans une clause intitulée « objet du contrat », qu'il « *a pour objet de permettre, par des versements libres ou programmés, la constitution d'un capital* » sans qu'il soit fait référence à l'intention des parties de réaliser une opération conforme au droit islamique. Ce choix d'une intégration *a minima* des principes de la charia est révélateur de l'intention réelle des entreprises d'assurance, plus motivées par la recherche du profit que par le souci de respecter l'ordre moral islamique. La charia-compatibilité revendiquée peut alors être perçue comme un argument destiné à capter la clientèle musulmane et à justifier des tarifs supérieurs à ceux pratiqués pour les contrats ordinaires⁹⁰¹. Nonobstant cette critique, le contrat a été approuvé par le comité charia français CIFIE⁹⁰². La raison tient à ce que l'assurance mixte, support du *takaful* famille, constitue davantage une opération d'épargne qu'un contrat d'assurance au sens strict⁹⁰³.

Critiquable sous certains aspects, l'assurance vie charia-compatible proposée par la société Swiss Life n'en démontre pas moins que le droit français se montre favorable aux contrats *takaful*. Un constat similaire peut être dressé à propos des entreprises d'assurance islamique.

B) La réception de l'entreprise d'assurance takaful

173 Forme sociale du *takaful*. En droit islamique, l'entreprise d'assurance peut adopter soit une forme commerciale au moyen d'une société par actions soit une forme mutualiste à travers le *taauni*⁹⁰⁴. L'intérêt du droit français est de prévoir une règle

⁹⁰⁰ « Le Souscripteur souhaitant respecter les règles de l'Islam doit renseigner une clause bénéficiaire respectant les règles suivantes.

Les héritiers légitimes musulmans(1) [parents, enfants(2), frères, sœurs, conjoint(e)s...] ne peuvent pas être bénéficiaires (cf. Hadith : « Pas de testament au profit d'un héritier légitime. »(3)) sauf accord des autres héritiers légitimes et le bénéficiaire (autre que l'héritier légitime) ne peut recevoir au-delà du tiers de la fortune du défunt. Si le Souscripteur a transmis plus du tiers de sa fortune à un bénéficiaire, l'autorisation de ses héritiers légitimes sera indispensable pour l'application de sa volonté (de son testament) ».

⁹⁰¹ A cet égard, le contrat Salam de Swiss life prévoit des frais de 4,95 % à l'entrée et au versement, et de 1,10% au titre de la gestion, ce qui a été critiqué, v. SIMONI, Charlotte, « Swiss Life fait payer cher son assurance vie halal », *L'Express-Votre argent*, 11 septembre 2012. En ligne sur <https://votreargent.lexpress.fr/assurance-vie/swiss-life-fait-payer-cher-son-assurance-vie-halal_1586492.html> (Consulté le 27 septembre 2022).

⁹⁰² Le modèle de ce contrat peut être consulté en ligne < <https://ribh.files.wordpress.com/2015/10/contrat-salam-epargne-et-placement-contact.pdf>> (Consulté le 27 septembre 2022).

⁹⁰³ Du même avis, v. MAKHLOUF, Amel, *L'émergence d'un droit international de la finance islamique*, IRJS éditions, 2015, p. 257, note 1035. Malgré une controverse doctrinale, la Cour de cassation a estimé que « le contrat d'assurance dont les effets dépendent de la durée de la vie humaine comporte un aléa au sens des articles 1964 du Code civil, L. 310-1,1 et R 321-1,20. du Code des assurances et constitue un contrat d'assurance sur la vie », v. Ch. mixte, 23 nov. 2004, n° 01-13.592, 02-11.352, 02-17.507, 03-13.673, *Bull. ch. mixte*, n° 4

⁹⁰⁴ Sur ce point v. la section précédente.

similaire, renforçant ainsi son attractivité en matière de finance islamique. Le Code des assurances dispose que l'entreprise d'assurance doit être constituée sous la forme d'une société anonyme, d'une société d'assurance mutuelle ou d'une société européenne⁹⁰⁵.

174 Le *takaful* sous forme d'une société anonyme. Il est fort probable que l'introduction des entreprises d'assurance islamique en France reproduise la répartition constatée à l'échelle mondiale en faveur des sociétés anonymes. Elles sont, par définition, des sociétés par actions soumises aux dispositions du Code de commerce⁹⁰⁶, sous réserve de quelques dérogations lorsque leur activité a trait à l'assurance⁹⁰⁷. Mme Amel MAKHLOUF considère que la constitution d'une entreprise *takaful* sous forme d'une société anonyme soulève une difficulté majeure en raison de la distribution des dividendes aux actionnaires qui serait contraire à l'esprit d'entraide, de solidarité et de partage⁹⁰⁸. Bien que la critique mérite d'être approuvée au regard de l'esprit du droit islamique, il convient d'objecter qu'en prévoyant que le fonds d'assurance puisse être géré par une société par actions, l'AAOIFI n'a pas estimé que la distribution des dividendes est contraire aux exigences charaïques⁹⁰⁹. En outre, la société anonyme fait partie des sociétés reconnues par les jurisconsultes musulmans⁹¹⁰. L'entreprise *takaful* pourrait ainsi être constituée en droit français sous la forme d'une société anonyme.

175 Le *takaful* sous la forme d'une société d'assurance mutuelle. L'admission des entreprises d'assurance constituées en société d'assurance mutuelle est un atout du droit français en faveur du développement du *takaful*. Le Code des assurances dispose que ces sociétés « *sont des personnes morales de droit privé ayant un objet non commercial [...] constituées pour assurer les risques apportés par leurs sociétaires* »⁹¹¹. Cette définition de la société d'assurance mutuelle autorise une analogie avec la compagnie *takaful taauni*⁹¹². Les deux sont dépourvus d'objet commercial, ce qui renforce d'autant le caractère charitable prôné par les jurisconsultes. La société d'assurance mutuelle s'apparente à une association en raison

⁹⁰⁵ C. assur., art. L. 322-1.

⁹⁰⁶ C. com., art. L. 225-1.

⁹⁰⁷ C. assur., art. L. 332-4. Et s.

⁹⁰⁸ MAKHLOUF, Amel, *L'émergence d'un droit international de la finance islamique*, IRJS éditions, 2015, paragr. 404.

⁹⁰⁹ AAOIFI, Norme charaïque n°26, art. 2.

⁹¹⁰ AAOIFI, Norme charaïque n° 12, art. 2.2.2.

⁹¹¹ C. assur., art. L. 322-26-1.

⁹¹² Pour un avis similaire, v. NEHMÉ, Aline, *L'assurance entre loi islamique et droit positif*, IRJS, 2015, paragr. 628 et s.

de son caractère civil et de l'absence de capital social⁹¹³. A cela s'ajoute, dans les deux cas, la confusion des qualités d'assureur et d'assuré puisque les membres de la société sont des sociétaires. Dans un système reposant sur la coopération et la solidarité, la société d'assurance mutuelle présente un avantage certain en conférant une voix à chaque sociétaire, sans que les statuts ne puissent déroger au principe⁹¹⁴. A l'instar de ce qui est pratiqué dans le *takaful* pour les participants, il est prévu que les sociétaires puissent bénéficier des excédents de recettes⁹¹⁵. La société d'assurance mutuelle peut être à cotisations fixes ou variables sous réserve, dans cette dernière hypothèse, qu'elle ne pratique pas d'opérations sur la vie ou de capitalisation⁹¹⁶. En présence d'une société d'assurance mutuelle à cotisations variables, un énième rapprochement peut être réalisé avec l'entreprise *takaful taauni*. Cette dernière est en droit d'exiger des participants qu'ils augmentent leur contribution en cas de déficit de trésorerie ou, à l'inverse, de permettre une diminution en cas d'excès. Un principe similaire est retenu en droit français en se fondant sur l'article R. 322-71 al. 4 du Code des assurances⁹¹⁷. La Cour de cassation a approuvé l'appel de complément de cotisations au motif qu'il vise à « *sauvegarder le juste coût de l'assurance auquel doivent tendre les sociétés mutuelles d'assurance* », mais à la condition de justifier du bien-fondé de la décision⁹¹⁸. A noter que depuis la loi PACTE⁹¹⁹, les sociétés d'assurance mutuelles « *peuvent préciser une raison d'être, constituée des principes dont elles se dotent et pour le respect desquels elles entendent affecter des moyens dans la réalisation de leur activité* »⁹²⁰. Cette nouvelle disposition n'est pas dénuée d'intérêt puisqu'elle permet à la société de mettre en avant son caractère islamique et notamment l'attention qu'elle porte à réaliser des opérations respectueuses de la prohibition du *riba* et du *gharar*.

Il a été regretté que la société d'assurance mutuelle ne permette pas une séparation légale entre le fonds d'assurance et le patrimoine de l'entreprise⁹²¹. Mais cette exigence doit disparaître en présence d'une société où les assurés sont des sociétaires. Une telle confusion justifie aussi qu'il ne soit pas nécessaire d'analyser la contribution du

⁹¹³ *Ibid.*, art. L. 322-26-1 al. 2.

⁹¹⁴ *Ibid.*, art. L. 322-26-1-1.

⁹¹⁵ *Ibid.*, art. R. 322-43.

⁹¹⁶ *Ibid.*, art. L. 322-26-1 al. 1.

⁹¹⁷ Sur ce point, v. DESERT, Maxime Henri, Variations autour de la cotisation variable des sociétés d'assurance mutuelle, RGDA 2004.889.

⁹¹⁸ Civ. 1^{re}, 15 janv. 2002, n°99-11.704, *Bull. civ. I*, n°10: RGDA 2002. 373, note Bigot

⁹¹⁹ L. n° 2019-486 du 22 mai 2019 relative à la croissance et la transformation des entreprises.

⁹²⁰ C. assur, art. L. 322-26-1-2.

⁹²¹ MAKHLOUF, Amel, *L'émergence d'un droit international de la finance islamique*, IRJS éditions, 2015, paragr. 403.

participant comme une donation. Chacune des cotisations bénéficie à l'ensemble des sociétaires et non à une société commerciale qui réalise un profit à travers le contrat. Il faut avoir à l'esprit que la prohibition du *gharar* est motivée par la poursuite de la justice commutative. Or, il n'est pas à craindre que l'assureur s'enrichisse au détriment de l'assuré puisque ces deux qualités sont réunies en une même personne au sein d'une société d'assurance mutuelle⁹²².

176 Limites de la société d'assurance mutuelle. On serait tenté de voir dans la société d'assurance mutuelle, la forme sociale idoine pour constituer une entreprise *takaful* en droit français tant elle satisfait, à de nombreux égards, aux idéaux islamiques. Malgré une proximité indéniable avec le *takaful taauni*, il est peu probable que la structure mutualiste s'impose comme la forme sociale type. Certaines raisons tiennent à la constitution de l'entreprise. La France bénéficie certes d'une culture et d'un cadre juridique favorables à la société d'assurance mutuelle, mais il n'en demeure pas moins que son objet non commercial constitue un frein à sa création. Le Code des assurances prévoit que la société est en principe administrée par un conseil d'administration, mais les statuts peuvent prévoir qu'il sera préféré un directoire et un conseil de surveillance⁹²³. Dans l'un ou l'autre de ces cas, les membres sont élus par les sociétaires en leur sein et, pour partie, par les salariés⁹²⁴. Ce mode de gouvernance exclut l'opérateur *takaful* et ce d'autant plus que la gestion de la société ne peut pas être confiée à un tiers⁹²⁵. La constitution de l'entreprise *takaful* relève alors de l'initiative des personnes désirant s'assurer. Leur réunion spontanée est d'autant plus compliquée qu'il est exigé que la société d'assurance mutuelle soit composée d'au moins cinq cents adhérents⁹²⁶. Pour ces raisons, les entreprises de *takaful* sous forme d'une société d'assurance mutuelle seront certainement minoritaires en dépit de leur charia-compatibilité. Une solution pour intégrer l'opérateur *takaful* serait éventuellement de recourir à la constitution d'une société de groupe d'assurance permettant à une entreprise de nouer et gérer « *des liens de solidarité financière importants et durables* »

⁹²² Il pourrait être objecté que l'entreprise d'assurance est une personne juridiquement distincte de celle de l'assuré. Mais en tant que sociétaire, l'assuré bénéficie des excédents réalisés par l'entreprise.

⁹²³ *Ibid.*, art. L. 322-26-2 al. 1.

⁹²⁴ *Ibid.*, art. L. 322-26-2 al. 3 et 4.

⁹²⁵ *Ibid.*, art. R. 322-55-1, III: « *Les sociétés d'assurance mutuelles ne peuvent en aucun cas attribuer à forfait leur gestion à quelque personne ou à quelque organisme que ce soit* ».

⁹²⁶ *Ibid.*, art. R. 322-47, 2^o.

avec une société d'assurance mutuelle⁹²⁷. Ces liens naissent non pas d'une prise de participation⁹²⁸, mais d'une convention d'affiliation librement négociée⁹²⁹.

177 Mutuelles d'assurance. Les sociétés d'assurance mutuelles ne sont pas les seules personnes morales adoptant une structure mutualiste à être autorisées à pratiquer des opérations d'assurance. Ce droit est reconnu aux mutuelles tout en le limitant aux assurances de personnes⁹³⁰. L'exclusion des assurances de dommage incite à préférer la société d'assurance mutuelle pour transposer le *takaful* en droit français. Les mutuelles partagent avec ces dernières des caractères communs : elles sont des personnes morales à but non lucratif⁹³¹, mais soumises au Code de la mutualité et non au Code des assurances. La définition des mutuelles la rapproche de l'idéal défendu par le *takaful* puisqu'elles mènent « *notamment au moyen des cotisations versées par leurs membres, et dans l'intérêt de ces derniers et de leurs ayants droit, une action de prévoyance, de solidarité et d'entraide, dans les conditions prévues par leurs statuts, afin de contribuer au développement culturel, moral, intellectuel et physique de leurs membres et à l'amélioration de leurs conditions de vie* »⁹³². L'intérêt de la mutuelle est restreint puisque seules les personnes physiques peuvent bénéficier de ses prestations⁹³³ contrairement aux sociétés d'assurance mutuelles.

178 Le guichet islamique au sein des entreprises conventionnelles. Il est plausible que l'émergence de l'assurance islamique se réalise non pas par la constitution de sociétés qui lui sont dédiées, mais par la création de guichets au sein des entreprises conventionnelles. Il est ici envisagé l'offre de produits d'assurance islamique par une société classique plutôt que la création d'une filiale. Il s'agit, pour la société d'assurance conventionnelle, d'un moyen intéressant de « tester » le marché sans être soumis aux contraintes inhérentes à la constitution d'une structure *takaful*⁹³⁴. A l'aune des normes de l'AAOIFI, on peut supposer que l'entreprise d'assurance doit avoir nécessairement un caractère islamique. D'abord, parce qu'il est exigé que certains

⁹²⁷ C. assur, art. L. 322-1-2.

⁹²⁸ La prise de participation dans une société d'assurance mutuelle est impossible.

⁹²⁹ MOREAU, Jean-Pierre, « Les nouvelles structures de groupe dans l'assurance », *RGDA* 2001.916.

⁹³⁰ C. mut., art. L. 111-1, I, 1°. Les opérations d'assurance autorisées sont détaillées à l'article R. 211-2 du même code.

⁹³¹ *Ibid.*, art. L. 110-1.

⁹³² *Ibid.*, art L. 111-1, I.

⁹³³ *Ibid.*, art. L. 114-1, I. Les personnes morales peuvent être admises en tant que membres honoraires uniquement mais ne peuvent pas bénéficier des prestations de la mutuelle.

⁹³⁴ CHARBONNIER, Jacques, *Islam*, Larcier, 2011, p. 195.

principes figurent expressément dans les statuts de la société⁹³⁵. Ensuite, en raison du mode particulier de gouvernance des entreprises *takaful* qui doivent disposer d'un comité de conformité charia⁹³⁶. Pour autant, l'Islamic Financial Services Board, chargé de l'élaboration de normes à destination des autorités de régulation et de supervision, ne semble pas s'opposer à l'existence de guichets islamiques au sein des entreprises d'assurance conventionnelle. L'organisation exige néanmoins qu'elles se dotent d'un comité de conformité charia et qu'il soit opéré une stricte séparation entre les activités conventionnelles et islamiques. Cela implique, comme pour la structure *takaful* sous forme d'une société anonyme, que le principe de la ségrégation des fonds soit observé⁹³⁷. En faveur de la création de guichets islamiques, un auteur considère encore que la charia ne s'y oppose pas, conduisant plusieurs Etats à les admettre⁹³⁸.

En pratique, on constate que de nombreuses entreprises conventionnelles proposent désormais des contrats basés sur le *takaful*⁹³⁹, y compris au Pakistan malgré une opposition originelle⁹⁴⁰. A la Réunion, Allianz a développé un contrat d'assurance vie charia-compatible⁹⁴¹. Sur l'ensemble du territoire, la société *Swiss Life* propose un contrat similaire nommé Salam-Epargne & Placement⁹⁴².

Au-delà des considérations d'opportunité, la création de guichets islamiques ne pose guère de difficultés en droit français dès lors qu'ils prennent corps au sein d'une entreprise d'assurance conventionnelle déjà agréée. L'exigence de séparation de fonds amène néanmoins à nuancer cette affirmation.

179 La séparation des fonds. En vertu de la prohibition du *gharar*, les contributions des participants ne doivent pas intégrer le patrimoine de l'entreprise d'assurance si celle-ci a un objet commercial. Cela requiert l'existence de deux fonds, l'un correspondant au patrimoine de la société d'assurance, appelé fonds des actionnaires, l'autre au fonds *takaful*, qui doit disposer de la personnalité morale et d'un patrimoine

⁹³⁵ AAOIFI, Norme charaïque n°26, art. 5.

⁹³⁶ *Ibid.*, art. 5.9.

⁹³⁷ IFSB, *IFSB-20 : Key elements in the supervisory review process of takāful/retakāful undertaking*, déc. 2018, paragr. 129 et s. En ligne sur < <https://www.ifsb.org/published.ph> > (Consulté le 27 septembre 2022).

⁹³⁸ NEHMÉ, Aline, *L'assurance entre loi islamique et droit positif*, IRJS, 2015, paragr. 668.

⁹³⁹ TOLEFAT, Abdulrahman Khalil et ASUTAY, Mehmet, *Takaful investment portfolios: a study of the composition of takaful funds in the GCC and Malaysia*, Wiley, 2013, p. 52.

⁹⁴⁰ MAKHLOUF, Amel, *L'émergence d'un droit international de la finance islamique*, IRJS éditions, 2015, paragr. 405.

⁹⁴¹ ACERFI, « Un nouveau produit d'assurance-vie shariah compliant validé par des membres d'ACERFI », 16 déc. 2018. En ligne sur < <http://acerfi.org/un-nouveau-produit-dassurance-vie-shariah-compliant-valide-par-des-membres-dacerfi/> > (Consulté le 22 septembre 2022).

⁹⁴² *V. supra*, paragr. 172.

propre⁹⁴³. Si la contrainte est envisageable d'un point de vue comptable, elle soulève des difficultés juridiques. Mme Amel MAKHLOUF a suggéré de procéder à une séparation contractuelle de ces fonds⁹⁴⁴. Il s'agit pour l'entreprise de tenir une comptabilité séparée et de s'engager à n'utiliser les contributions que dans le cadre du *takaful*. Les profits réalisés, à travers l'investissement des contributions, par l'entreprise d'assurance seraient attribués au fonds *takaful* et les bénéfices redistribués aux participants. L'inconvénient de cette solution réside dans l'absence de personnalité morale du fonds *takaful*. Partant, il est impossible de prévoir qu'en cas de déficit du fonds, l'entreprise d'assurance s'engage à lui accorder un prêt à titre gratuit. Surtout, les contributions des participants seront légalement perçues comme des primes qui deviennent alors la propriété de la société. En conséquence, le fonds d'assurance n'est pas protégé des créanciers de l'entreprise d'assurance⁹⁴⁵.

180 Constitution du fonds d'assurance et fiducie. Afin de constituer le fonds d'assurance, certains légistes musulmans ont suggéré de recourir au *waqf*, institution charitable islamique dont les caractéristiques évoquent la fiducie⁹⁴⁶. L'article 2011 du Code civil la définit comme « *l'opération par laquelle un ou plusieurs constituants transfèrent des biens, des droits ou des sûretés, ou un ensemble de biens, de droits ou de sûretés, présents ou futurs, à un ou plusieurs fiduciaires qui, les tenant séparés de leur patrimoine propre, agissent dans un but déterminé au profit d'un ou plusieurs bénéficiaires* ». L'existence d'un patrimoine propre est un atout majeur de la fiducie qui répond à l'exigence de séparation des fonds dans le cadre du *takaful*. Dans l'hypothèse d'une faillite du fiduciaire, le patrimoine est protégé de ses créanciers⁹⁴⁷. Le procédé a pu être recommandé à travers la fiducie-gestion de sommes d'argent afin, pour les personnes morales, de protéger leurs dépôts d'une éventuelle défaillance de l'établissement de crédit⁹⁴⁸. Il a pour intérêt d'être respectueux de la règle voulant que l'opérateur *takaful* ne devienne pas propriétaire des contributions des participants ainsi que de l'obligation de tenir une comptabilité séparée.

⁹⁴³ V. nos développements consacrés au *takaful* en droit islamique à la section précédente.

⁹⁴⁴ MAKHLOUF, Amel, *L'émergence d'un droit international de la finance islamique*, IRJS éditions, 2015, paragr. 427.

⁹⁴⁵ Pour un avis similaire, v. NEHMÉ, Aline, *L'assurance entre loi islamique et droit positif*, IRJS, 2015, paragr. 672. MAKHLOUF, Amel, *op. cit.*, paragr. 430.

⁹⁴⁶ V. la présentation du modèle à la section précédente.

⁹⁴⁷ C. civ., art. 2024 : « *L'ouverture d'une procédure de sauvegarde, de redressement judiciaire ou de liquidation judiciaire au profit du fiduciaire n'affecte pas le patrimoine fiduciaire* ».

⁹⁴⁸ DUBERTRET, Matthieu, « La fiducie-gestion de sommes d'argent ou la garantie illimitée des dépôts », *Rev. banque*, déc. 2011, n°742-743, p. 94 et s.

Plusieurs arguments plaident en faveur de la constitution du fonds d'assurance au moyen de la fiducie. Il résulte de sa définition légale, que la fiducie peut être constituée par une pluralité de constituants au profit d'un ou plusieurs bénéficiaires⁹⁴⁹. Par ailleurs, les qualités de constituants et de bénéficiaire peuvent être confondues⁹⁵⁰. Celle de fiduciaire est réservée à un nombre restreint de personnes mais qui inclut les établissements de crédit ainsi que les entreprises d'assurance régies par l'article L. 310-1 du Code des assurances⁹⁵¹.

Il existe pourtant des obstacles majeurs à l'usage de la fiducie. Le *takaful* reposant sur une mutualisation des risques, cela implique une évolution constante des constituants et des bénéficiaires. Si la pluralité n'est pas en soi un obstacle, le cadre juridique de la fiducie ne permet pas de tels changements. Les constituants doivent être identifiés dans le contrat de fiducie à peine de nullité et les dispositions du Code civil ne semblent pas admettre de modifications postérieures⁹⁵². La fiducie ne peut alors servir à la création du fonds d'assurance *takaful* contrairement au *waqf* en droit islamique. Il reste qu'elle pourrait se présenter comme une alternative à l'assurance vie qui serait conforme au droit islamique. Le constituant agirait comme le souscripteur en transférant des sommes d'argent au fiduciaire qui serait en charge de leur gestion. La technique a cependant une limite liée à la prohibition de la fiducie-libéralité⁹⁵³ qui impose dans notre hypothèse que le constituant soit le bénéficiaire du contrat ainsi qu'à l'absence d'une fiscalité attractive dont bénéficie l'assurance vie.

181 Adaptation du droit français en faveur du *takaful*. Mme Aline NEHME a suggéré la création d'un code régissant l'assurance *takaful* ou, du moins, l'ajout d'un titre qui lui soit consacré au sein du Code des assurances⁹⁵⁴. Une telle évolution du droit français n'est ni souhaitable ni réalisable. Cela conduirait à la coexistence de deux régimes applicables aux assurances et serait difficilement réalisable. Certes, la qualification de donation du *tabarru* et l'impossibilité de créer un fonds *takaful* disposant d'un patrimoine propre au sein d'une société anonyme sont autant d'entraves

⁹⁴⁹ C. civ., art. 2011.

⁹⁵⁰ *Ibid.*, art. 2016.

⁹⁵¹ *Ibid.*, art. 2015.

⁹⁵² *Ibid.*, art. 2018, 3°.

⁹⁵³ *Ibid.*, art. 2013.

⁹⁵⁴ NEHMÉ, Aline, *L'assurance entre loi islamique et droit positif*, IRJS, 2015, paragr. 455.

à la réception de l'assurance islamique en droit français. Il ne faudrait pas pour autant y renoncer à la suite de ce constat.

182 Attractivité du droit français dans le domaine de la mutualité. En admettant la constitution de sociétés d'assurance mutuelles, le droit français présente un intérêt certain contrairement à d'autres systèmes juridiques⁹⁵⁵. Il exclut certes que la gestion puisse être assurée par un opérateur *takaful*, mais il satisfait pleinement à l'ordre moral islamique prohibant l'enrichissement d'une partie en raison du caractère aléatoire de sa prestation. Bien que l'assurance conventionnelle ait été condamnée par une partie de la doctrine islamique, l'entreprise d'assurance mutuelle semble satisfaire aux principes charaïques sous réserve de ne pas investir les cotisations des sociétaires dans des activités illicites. Le Pr Mahmoud EL-GAMAL a regretté le faible développement des structures mutualistes au profit de celles commerciales⁹⁵⁶. L'admission par l'AAOIFI des entreprises d'assurance sous forme de sociétés anonymes surprend, tant leur fonctionnement contraste avec les exigences de la *fatwa* de l'Académie Internationale du Fiqh Islamique⁹⁵⁷. Seule l'entreprise mutuelle est conforme à l'esprit du *takaful* en ce qu'elle permet d'éviter le recours à la donation source de difficultés juridiques dans de nombreux états. Il en est de même concernant le principe de séparation des fonds qui n'est plus nécessaire dans une structure détenue par les assurés. Si la réception du *takaful* sous forme d'une société anonyme est source de difficultés, c'est parce qu'il permet la réalisation d'un profit qui ne bénéficie pas aux participants. Les règles de l'AAOIFI démontrent la volonté de l'institution de permettre une économie islamique intégrant l'activité d'assurance afin de concurrencer la finance conventionnelle. Cet objectif se concilie mal avec la recherche d'une opération d'assurance conforme aux préceptes charaïques. Il serait préférable que seule la forme mutualiste soit admise par les jurisconsultes afin que la finance islamique ne soit pas perçue comme hypocrite⁹⁵⁸. Si toutefois seule la forme commerciale était privilégiée, cela contraindrait à reconnaître l'existence d'un patrimoine d'affectation contraire à la théorie de l'unicité du patrimoine d'Aubry et Rau que l'introduction de la fiducie n'a

⁹⁵⁵ A titre d'illustration, Madame Aline NEHME relève que les entreprises d'assurance mutuelles n'existent pas en droit libanais, v. *Ibid.*, paragr. 632.

⁹⁵⁶ EL-GAMAL, Mahmoud, *Finance islamique*, De Boeck, 2010, p. 207 et s.

⁹⁵⁷ Résolution n°9(9/2) de l'Académie Internationale du Fiqh Islamique.

⁹⁵⁸ En ce sens, v. EL-GAMAL, Mahmoud, *op. cit.*, p. 212. Selon l'auteur : « *La mutualité dans le secteur bancaire et de l'assurance islamique peut jouer un rôle important dans la redéfinition de l'image « islamique » de la finance islamique* ».

pas remise en question⁹⁵⁹. L'usage du modèle *wakala*, permettant à l'opérateur *takaful* de gérer une société d'assurance mutuelle, requiert la suppression du III de l'article R. 322-55-1 du Code des assurances. Il est cependant peu probable que le législateur intervienne pour reconnaître l'existence d'un patrimoine d'affectation au profit des sociétés d'assurance anonymes, de même qu'il n'est pas nécessaire que l'entreprise d'assurance mutuelle soit gérée par un opérateur *takaful*. Ces dernières pourraient être développées à l'initiative d'associations culturelles⁹⁶⁰.

183 Conclusion section 2. L'admission des contrats aléatoires et de la spéculation pourrait laisser supposer que la prohibition du *gharar* ne pourrait pas être observée en droit français. Un principe pourtant similaire est reconnu à travers l'exigence d'un contenu certain du contrat imposant, notamment, que la prestation soit déterminée pour que le contrat soit valide. La règle se situe néanmoins à un degré inférieur à celle du droit islamique. Le rejet du *gharar* emporte celui des contrats d'assurance conventionnelle et contraint à recourir au *takaful*. La qualification de donation de la contribution ainsi que l'obligation de séparation des fonds au sein de l'entreprise d'assurance suscitent des difficultés en droit français qui disparaissent lorsque l'entreprise est constituée sous une forme mutualiste. Les opérations de *takaful* pourraient ainsi être réalisées en droit français en recourant à une société d'assurance mutuelle qui satisfait à l'ordre moral islamique.

184 Conclusion chapitre 2. La prohibition du *gharar* est un instrument de protection des parties et de lutte contre le profit illégitime. Le rejet de l'incertitude dans les contrats à titre onéreux contraint à une exacte détermination de la prestation et conduit à l'exclusion de toute stipulation qui serait de nature à mettre en péril l'exécution du contrat. A nouveau, le droit islamique entend assurer le maintien de l'équilibre des prestations. La principale difficulté de la règle réside dans la distinction opérée par les jurisconsultes entre le *gharar* majeur prohibé et le *gharar* mineur toléré. L'illicéité des contrats aléatoires a entraîné la condamnation de l'assurance conventionnelle et l'émergence d'une alternative charia-compatible, le *takaful*. La large portée restrictive

⁹⁵⁹ Sur ce dernier point, v. DUPICHOT, Philippe, « L'unicité du patrimoine aujourd'hui : Observations introductives », *JCP N* 2009.1356.

⁹⁶⁰ Sur le rôle que pourraient jouer les mosquées dans le développement du *takaful*, v. HIMEUR, Chihab Mohammed et ABDELMOUMEN, Nedra, *La finance islamique face au droit français*, L'Harmattan, 2015, p. 89 et s.

de la règle semble en opposition avec le droit français des contrats reposant sur le principe de la liberté contractuelle. Il apparaît pourtant qu'en imposant à l'acte un contenu certain, le droit français dispose d'un régime évoquant la prohibition du *gharar*. La réception du *takaful* génère davantage de difficultés en raison de ses spécificités. Elles disparaissent en présence d'une société d'assurance mutuelle qui satisfait à l'esprit de l'assurance islamique. Sur ce point, la place consacrée à la mutualité en droit français constitue un atout majeur dans la réception de la finance islamique.

185 Conclusion titre 1. Les deux principes cardinaux de la finance islamique sont des instruments complémentaires au service de la lutte contre le profit illégitime nuisible à la communauté. Pour ce faire, ils assurent le maintien de l'équivalence des prestations dans les contrats à titre onéreux, au détriment de la liberté contractuelle reconnue aux parties. En adoptant un principe inverse, il aurait pu être supposé que le droit français entre en conflit avec les principes de la finance islamique. Leur analyse révèle, au contraire, qu'ils ne sont pas complètement étrangers au droit français. La prohibition du *riba* évoque la sanction de la lésion, quoiqu'elle ne soit admise qu'à titre exceptionnel. Elle rappelle surtout l'interdiction de principe du prêt à intérêt sous l'Ancien Régime dont la prohibition, résiduelle, de l'usure est une survivance. La prohibition du *riba* peut d'autant plus être observée par les parties que la stipulation d'un intérêt n'est pas une condition essentielle de l'opération de crédit au sens de l'article L. 313-1 du Cod monétaire et financier. En outre, la règle n'étant pas d'ordre public, les parties peuvent décider de renoncer aux dispositions de l'article 1168 du Code civil affirmant l'indifférence de la lésion en droit commun. La prohibition du *gharar* emporte des conséquences plus importantes en ce qu'elle exclut l'incertitude dans les contrats à titre onéreux et impose par là une exacte détermination de la prestation. Le rejet des contrats aléatoires, ainsi que des instruments financiers dérivés, qui en résulte contraint à recourir une alternative à l'assurance conventionnelle. Pour autant, le droit français n'ignore pas, pour des considérations parfois similaires, que la prestation doit être suffisamment déterminée. Si la transposition du *takaful* est source de difficultés lorsque l'opérateur est une société commerciale, l'existence en droit français d'entreprise d'assurance mutualiste permet de satisfaire aux règles islamiques. L'étude des principes cardinaux des contrats de la finance islamique a permis de révéler leur fonction : la préservation de l'équilibre contractuel. Cette préoccupation est

partagée par le droit français qui n'hésite plus désormais à sanctionner le déséquilibre contractuel excessif. Cette convergence entre les deux systèmes juridiques explique l'absence de conflit des prohibitions du *riba* et du *gharar* avec le droit français.

Mais la préservation de l'équilibre contractuel ne se résume pas à ces seuls principes. Elle est renforcée par deux théories élaborées par les jurisconsultes musulmans.

TITRE 2 : LA COMPATIBILITE DES THEORIES DOCTRINALES

186 Absence d'une théorie générale du contrat. L'étude du droit commun des contrats de finance islamique se confronte au refus des auteurs anciens d'élaborer une théorie générale⁹⁶¹. On serait tenté de l'expliquer par l'aversion des *fuqaha* pour des principes doctrinaux qui viendraient concurrencer les règles révélées. N'envisager que cette seule justification serait méconnaître que le droit islamique « *est un droit essentiellement empirique et même à caractère casuistique* »⁹⁶². Les juristes entendent avant tout résoudre des cas particuliers et ne se préoccupent guère de dégager des principes généraux⁹⁶³. A cet égard, un auteur a souligné que « *par leur génie traditionnel, les fuqahâ' ont toujours été plus enclins aux subtiles analyses qu'aux idées générales* »⁹⁶⁴.

187 Existence de deux théories propres au *fiqh*. L'absence d'une théorie générale du contrat n'empêche pas de dégager deux théories particulières dont chacune semble en contradiction avec un principe directeur du droit français des contrats. La première, la théorie des clauses adjointes, est, telle qu'interprétée par une majorité des *madhâhib*, une restriction majeure de la liberté contractuelle des parties déjà réduite par les prohibitions du *riba* et du *gharar* (**Chapitre 1**)⁹⁶⁵. Son importance ne doit pas être négligée en ce qu'elle joue en droit islamique « *un rôle exorbitant* »⁹⁶⁶ qui apparaît difficilement conciliable avec les exigences de la finance moderne. Surtout, elle révèle une conception objective du contrat paraissant exclure le rôle de la volonté des parties dans la formation de l'acte.

⁹⁶¹ En ce sens, v. HASSAN, Hussein, « Contracts in Islamic Law: The principles of Commutative Justice and Liberty », *Journal of Islamic Studies* 2002, Vol. 13, n°3, p. 257-297, spéc. p. 259 ; SALEH, Nabil, « Definition and formation of contract under Islamic and Arab laws », *Arab Law Quarterly* 1990, Vol. 5, n°3, p. 101 ; LINANT DE BELLEFONDS, Yvon, *Traité de droit musulman comparé, Vol.1: Théorie générale de l'acte juridique*, Mouton et cie., 1965, paragr. 59 CHÉHATA, Chafik, *Droit musulman: Applications au Proche-Orient*, Dalloz, 1970, paragr. 164 et 211.

⁹⁶² CHÉHATA, Chafik, *op. cit.*, paragr. 164.

⁹⁶³ En ce sens, v. LINANT DE BELLEFONDS, Yvon, *op. cit.*, paragr. 2.

⁹⁶⁴ *Ibid.*, paragr. 59.

⁹⁶⁵ LINANT de BELLEFONDS, Yvon, « L'autonomie de la volonté en droit musulman », *Revue algérienne, tunisienne et marocaine de législation et de jurisprudence*, Mars-avril 1958, p. 89 : « *l'extrême étroitesse du domaine laissé à la liberté contractuelle est en premier lieu la conséquence directe d'une théorie intitulée théorie des clauses adjointes (shurut al muqtarina bel 'aqd) où le Fiqh a tenté de fixer les limites de cette liberté* ».

⁹⁶⁶ CHEHATA, Chafik, « Le concept de contrat en droit musulman », *Archives de philosophie du droit*, T. 13, 1968, p. 138, spéc. paragr. 24.

La seconde, la théorie des options (*khiyarat*), est à l'origine d'un système qui confère à l'une ou à l'ensemble des parties la faculté de résoudre l'acte unilatéralement en dépit du principe de la force obligatoire des contrats (**Chapitre 2**). Preuve du caractère essentiel des options, l'AAOIFI leur consacre trois normes⁹⁶⁷. Chacune de ces théories contribue à préserver l'équilibre contractuel qui est la préoccupation première des jurisconsultes musulmans.

⁹⁶⁷ AAOIFI, Normes charaïques n° 48, 51 et 52.

Chapitre 1 : Théorie des clauses adjointes et liberté contractuelle

188 La liberté de déterminer le contenu du contrat. En droit français, aux termes de l'article 1102 du Code civil, le principe de la liberté contractuelle se décline en quatre facultés. Les deux premières, qui pourraient être regroupées, concernent une liberté positive, celle de contracter, et une autre négative, celle de ne pas contracter. Le principe reconnaît en outre à chacun la faculté de choisir son cocontractant. Ces trois premiers aspects se retrouvent dans le *fiqh* qui retient que le contrat naît de l'échange de déclarations concordantes. La quatrième, la faculté de déterminer la forme et le contenu du contrat, est discutée parmi les *fuqaha* amenant certains auteurs à considérer que le principe de la liberté contractuelle n'existe pas en droit islamique⁹⁶⁸, ou à ne lui envisager du moins qu'une portée très restreinte⁹⁶⁹. Les deux prohibitions cardinales de la finance islamique illustrent les atteintes portées au principe en restreignant considérablement la liberté des parties. Outre ces règles majeures, le principe se voit atténué par la théorie des clauses adjointes.

189 Les clauses adjointes. La notion d'autonomie de la volonté, en ce qu'elle désigne « le pouvoir qu'a la volonté de se donner sa propre loi »⁹⁷⁰, est absente du droit islamique qui considère que seul Dieu est législateur⁹⁷¹. En conséquence, les effets du contrat résultent non pas de l'intention des parties mais de la charia. Cette conception partagée par l'ensemble des écoles juridiques sunnites est à l'origine de la théorie des clauses adjointes qui constituerait « le meilleur exemple qui puisse être donné à un juriste occidental afin d'expliquer les limites de la liberté contractuelle en droit musulman »⁹⁷². En langue arabe, ces clauses sont désignées sous l'expression « *shurut al muqtarina bil 'aqd* » traduisible par « condition jointe » au contrat⁹⁷³. Le terme « *shart* », dont *shurut* est le pluriel, signifie littéralement la condition, mais renvoie

⁹⁶⁸ En ce sens, v. SCHACHT, Joseph, *Introduction au droit musulman*, Maisonneuve et Larose, 1999, p. 123. ; ARABI, Oussama, « Contract Stipulations (Shurut) in Islamic Law: The Ottoman Majalla and Ibn Taymiyya », *International Journal of Middle East Studies*, Fév. 1998, Vol. 30, n°1, p. 29 ; SALEH, Nabil, « Freedom of Contract: What Does It Mean in the Context of Arab Laws? », *Arab Law Quarterly* 2001, Vol. 16, n°4, p. 346-357.

⁹⁶⁹ En ce sens, v. CHÉHATA, Chafik, *Théorie générale de l'obligation en droit musulman hanéfite*, Sirey, 1969, paragr. 117 et s. LINANT DE BELLEFONDS, Yvon, *Traité de droit musulman comparé, Vol.1: Théorie générale de l'acte juridique*, Mouton et cie., 1965, paragr. 270.

⁹⁷⁰ RANOUIL, Véronique, *L'autonomie de la volonté*, Presses universitaires de France, 1980, p. 9.

⁹⁷¹ SALEH, Nabil, *op. cit.*, p. 346.

⁹⁷² COMAIR-OBEID, Nayla, *Les contrats en droit musulman des affaires*, Economica, 1995, p. 33.

⁹⁷³ LINANT DE BELLEFONDS, Yvon, « L'autonomie de la volonté en droit musulman », *Revue algérienne, tunisienne et marocaine de législation et de jurisprudence*, Mars-avril 1958, p. 96.

aussi aux clauses d'un acte juridique. La clause adjointe est ainsi celle par laquelle les parties entendent modifier les effets légaux du contrat⁹⁷⁴. Une telle clause suscite la méfiance des juristes musulmans à son égard, d'abord parce qu'elle s'interpréterait comme une offense à Dieu en tant que législateur, ensuite parce qu'elle offrirait un moyen aux parties de ruser afin de contourner les prohibitions du *riba* et du *gharar*.

La théorie des clauses adjointes se caractérise par son hostilité à l'égard de l'autonomie de la volonté (**section 1**). Elle est la conséquence directe du rôle reconnu à la volonté individuelle en droit des contrats (**section 2**).

Section 1 : Une théorie hostile à l'autonomie de la volonté

190 Une hostilité partagée par la majorité des *madhâhib*. L'islamologue Joseph SCHACHT estimait que reconnaître un véritable principe de liberté contractuelle est incompatible avec le contrôle moral qu'entend exercer le droit islamique sur les contrats⁹⁷⁵. Pour autant, si les écoles juridiques s'accordent sur la nécessité de limiter la volonté des parties à travers la théorie des clauses adjointes, leurs avis divergent quant à la prohibition partielle ou totale de ces clauses, faisant ainsi varier considérablement le degré de liberté contractuelle. Le rigorisme de la majorité des écoles du *fiqh* envers les clauses adjointes (**I**) contraste avec le libéralisme hanbalite en la matière et qui constitue désormais la doctrine dominante (**II**).

I] L'interprétation rigoriste de la majorité des écoles

191 La prohibition totale par l'école zâhirite. Au sein des écoles juridique sunnites, le zâhirisme marquait une position stricte à l'encontre des clauses adjointes. Bien que ce courant soit aujourd'hui disparu, il fût un temps considéré comme la quatrième école de droit avant d'être remplacé par l'école hanbalite⁹⁷⁶. Fondée par Dawud AL-Asbahani, l'école zâhirite doit en partie son rayonnement au juriste andalou Ibn Hazm qui a contribué à diffuser ses idées. Elle demeure célèbre pour son interprétation

⁹⁷⁴ LINANT DE BELLEFONDS, Yvon, *Traité de droit musulman comparé, Vol.1: Théorie générale de l'acte juridique*, Mouton et cie., 1965, paragr. 272.

⁹⁷⁵ SCHACHT, Joseph, *Introduction au droit musulman*, Maisonneuve et Larose, 1999, p. 123.

⁹⁷⁶ ALDEEB ABU-SAHLIEH, Sami Awad, *Introduction à la société musulmane*, Eyrolles, 2005, p. 39.

littérale des normes religieuses sacrées⁹⁷⁷ et son rejet du raisonnement par analogie⁹⁷⁸. Cette position explique la prohibition de toute clause adjointe au contrat sur la base de deux hadiths. Selon le premier, Mahomet se serait demandé ce à quoi songent les gens qui ont tendance « à exiger des conditions qui ne se trouvent pas dans le Livre de Dieu ? Celui qui exige une condition ne se trouvant pas dans le Livre de Dieu, alors cette condition est considérée nulle ; même si on exige cent conditions. La clause de Dieu est plus juste et solide »⁹⁷⁹. Ce récit aboutit à un paradoxe, l'école zâhirite considérant que tout ce qui n'est pas explicitement prohibé par les normes sacrées est autorisé⁹⁸⁰. En vertu de ce principe, ses disciples auraient dû reconnaître la licéité de toute clause que ni le Coran ni la Sunna ne condamnent expressément. Ils privilégient pourtant la règle contraire en ne prenant en considération que le sens littéral du hadith qui restreint considérablement la liberté contractuelle. L'atteinte est d'autant plus regrettable que l'école zâhirite rejette les contrats innommés en se référant à un autre récit dans lequel Mahomet condamne toute innovation⁹⁸¹. Ibn Hazm en déduisait que seuls étaient licites les contrats reconnus par le Coran, la Sunna ou le consensus des compagnons du Prophète⁹⁸². Sa position illustre les limites de la doctrine littéraliste qui ne s'embarrasse guère des considérations pratiques. L'école zâhirite retient une théorie des clauses adjointes, aux antipodes du principe de la liberté contractuelle en droit français, qui aurait préjudicié au développement de l'économie islamique si elle avait été généralisée.

Les écoles hanéfite et shaféite, bien qu'elle se réfèrent aux mêmes hadiths, adoptent une position un tant soit peu plus modérée, mais qui conserve une certaine rigueur (**A**). La prohibition de principe des clauses adjointes est en revanche atténuée en droit malékite (**B**).

⁹⁷⁷ Contrairement aux autres écoles qui doivent leur nom à leurs fondateurs, l'école zâhirite tire son nom du principe sur lequel elle repose. En arabe, le terme *zâhir* désigne le « sens littéral », v. COULSON, Noel J., *Histoire du droit islamique*, Presses universitaires de France, 1995, p. 69.

⁹⁷⁸ ALDEEB ABU-SAHLIEH, Sami Awad, *op. cit.*, p. 39.

⁹⁷⁹ *Sahîh Al-Bukhari*, hadith n° 2155 ; *Sahîh Muslim*, hadith n° 1504

⁹⁸⁰ ALDEEB ABU-SAHLIEH, Sami Awad, *op. cit.*, p. 39.

⁹⁸¹ *Sahîh Al-Bukhari*, hadith n° 2697 ; *Sahîh Muslim*, hadith n° 1718 : « Celui qui innove dans notre religion une chose qui n'en fait pas partie, son acte doit être annulé ».

⁹⁸² LINANT DE BELLEFONDS, Yvon, *Traité de droit musulman comparé, Vol.1: Théorie générale de l'acte juridique*, Mouton et cie., 1965, paragr. 273.

A) *Une rigueur marquée en droit hanéfite-shaféite*

192 Distinction des clauses *sahîh* et des clauses *fâsid*⁹⁸³. Le rigorisme des zâhirites est en partie partagé par les hanéfites et les shaféites qui considèrent, par principe, que toute clause adjointe est nulle (*fâsid*). Ils reconnaissent néanmoins, avec les malékites, que certaines clauses sont valables (*sahîh*) alors même qu'elles n'ont pas été expressément approuvées par les sources sacrées⁹⁸⁴. La distinction opérée est heureuse, mais elle ne doit pas occulter que, selon l'école à laquelle les parties se réfèrent, la liberté contractuelle est fortement limitée ou, au contraire, plus large. Parmi les quatre écoles juridiques canoniques, l'école hanéfite, bien que réputée pour son ouverture d'esprit⁹⁸⁵, est la plus réticente à admettre la licéité d'une clause adjointe.

193 Clauses *sahîh* selon le rite hanéfite. Une classification tripartite des clauses valides est adoptée par les disciples d'Abu Hanifa⁹⁸⁶ et reprise dans la *Medjellé*, le Code civil ottoman⁹⁸⁷.

La première catégorie concerne celles qui se bornent à confirmer les effets du contrat reconnus par la charia (*shurut yaqtadih al-'aqd*). Elles ne posent aucune difficulté, au point que les zâhirites les tenaient aussi pour valides⁹⁸⁸. Ainsi, si les parties stipulent que le transfert de propriété se réalise concomitamment à la formation du contrat de vente elles ne font que rappeler un effet légal. Il en est de même pour la clause prévoyant que le futur propriétaire pourra se servir de la chose comme bon lui semble ou que l'acheteur s'engage à payer le prix. Dans une terminologie qu'il emprunte à Pothier, le Pr Chéhata qualifie ces clauses d'*essentialia* parce que le contrat les implique nécessairement avant toute stipulation⁹⁸⁹.

Une clause est encore *sahîh* lorsque ses effets s'accordent avec ceux que produit naturellement l'acte (*shart mulâ'im li'l-'aqd*). Il s'agit des stipulations qui visent à garantir l'exécution du contrat parmi lesquelles l'obligation de constituer un gage, la conclusion du contrat sous la condition qu'un tiers se porte caution ou la faculté pour

⁹⁸³ Le terme signifie « altéré, irrégulier ». D'où il en résulte qu'il est généralement traduit par « nul » dans un texte juridique, v. SOURDEL, Dominique, SOURDEL-THOMINE, Janine, *Vocabulaire de l'Islam*, PUF, 2002, V°Fâsid.

⁹⁸⁴ LINANT DE BELLEFONDS, Yvon, *op. cit.*, paragr. 276, spéc. p. 232.

⁹⁸⁵ ALDEEB ABU-SAHLIEH, Sami Awad, *Introduction à la société musulmane*, Eyrolles, 2005, p. 29.

⁹⁸⁶ Pour une étude de ces trois catégories, v. LINANT DE BELLEFONDS, Yvon, *op. cit.*, paragr. 277 et s. ; COMAIR-OBEID, Nayla, *Les contrats en droit musulman des affaires*, Economica, 1995, p. 36 et s.

⁹⁸⁷ *Medjellé*, art. 186 et s. La présence de la doctrine juridique hanafite dans la *Medjellé* s'explique par l'influence qu'a exercée cette école au sein de l'Empire ottoman.

⁹⁸⁸ LINANT DE BELLEFONDS, Yvon, *op. cit.*, paragr. 277.

⁹⁸⁹ CHÉHATA, Chafik, *Théorie générale de l'obligation en droit musulman hanéfite*, Sirey, 1969, p. 108.

l'une des parties de résoudre le contrat en cas d'inexécution par l'autre partie de son obligation⁹⁹⁰. Les hanéfites ne les admettent néanmoins que restrictivement afin qu'elles s'harmonisent avec l'acte sur le fondement de l'*istihsân*, la préférence juridique⁹⁹¹. En présence d'une stipulation obligeant à la constitution d'une sûreté, la clause ne sera valide que sous réserve qu'elle respecte le principe de l'unité de l'acte juridique. Ainsi, la sûreté doit être constituée concomitamment à la formation de l'acte principal. A titre d'illustration, dans l'hypothèse d'un gage avec dépossession, le bien doit être remis au moment de la conclusion du contrat principal⁹⁹². Chéhata appelle ces clauses « *naturalia* » parce qu'elles s'intègrent en harmonie avec l'acte⁹⁹³.

La troisième catégorie des clauses *sahîh* est constituée de celles que la pratique a conduit à légitimer (*shurut al-ladhi fih ta'amul*)⁹⁹⁴ et que Chéhata nomme *accidentalia*⁹⁹⁵. Comme pour les précédentes, les hanéfites n'en admettent qu'un nombre restreint dont la plupart sont relatives au contrat de vente⁹⁹⁶. La raison en est, outre qu'elles aménagent les effets du contrat, que ces clauses procureraient un avantage dépourvu de contrepartie. Elles ne sont alors guère d'utilité pour pallier les limites que la liberté contractuelle se voit imposée. Les quelques clauses valables appartenant à cette catégorie sont tolérées en vertu de l'importance que revêt la coutume en droit islamique⁹⁹⁷. Elles consistent, pour la plupart, à contraindre le vendeur à utiliser la chose dans le cadre d'une prestation de service. La *Medjellé* en fournit quelques exemples : « *telle est la vente d'une fourrure, sous condition qu'elle sera cousue à un vêtement, celle d'une serrure sous condition qu'elle sera posée à sa place et celle d'un vêtement déchiré sous condition qu'il sera rapiécé* »⁹⁹⁸. A travers ces clauses, le contrat de vente se rapproche du contrat *istisna* que la nécessité a conduit à admettre bien qu'il déroge au principe de la prohibition du *gharar*⁹⁹⁹.

⁹⁹⁰ *Medjellé*, art 187.

⁹⁹¹ LINANT DE BELLEFONDS, Yvon, *op. cit.*, paragr. 281. L'*istihsân* est un mode d'élaboration de la norme qui consiste, pour des raisons pratiques, soit à écarter un résultat du raisonnement analogique au profit d'un autre moins évident, soit à déroger à un principe général, v. KHALLĀF, 'Abd al-Wahhāb, *Les fondements du droit musulman*, Editions Al Qalam, 1997, p. 113 ALDEEB ABU-SAHLIEH, Sami Awad, *Introduction à la société musulmane*, Eyrolles, 2005, p. 185 TOUALBI, Issam et BENTOUNÈS, Khaled, *Introduction historique au droit musulman*, Albouraq, 2013, p. 243.

⁹⁹² LINANT DE BELLEFONDS, Yvon, *op. cit.*, paragr. 279 bis.

⁹⁹³ CHÉHATA, Chafik, *Théorie générale de l'obligation en droit musulman hanéfite*, Sirey, 1969, p. 120.

⁹⁹⁴ *Medjellé*, art. 188.

⁹⁹⁵ CHÉHATA, Chafik, *op. cit.*, paragr. 120.

⁹⁹⁶ LINANT DE BELLEFONDS, Yvon, *Traité de droit musulman comparé, Vol.1: Théorie générale de l'acte juridique*, Mouton et cie., 1965, paragr. 280.

⁹⁹⁷ ARABI, Oussama, « Contract Stipulations (Shurut) in Islamic Law: The Ottoman Majalla and Ibn Taymiyya », *International Journal of Middle East Studies*, Fév. 1998, Vol. 30, n°1, p. 35.

⁹⁹⁸ *Medjellé*, art. 188. D'après la traduction de ARISTARCHI BEY, Grégoire, *Législation ottomane, Sixième partie contenant le Code civil ottoman : Livre I-VIII*. Constantinople : Bureau du Journal Thraky : 1881, p. 52 et s.

⁹⁹⁹ Sur ce contrat, v. nos développements au dernier titre de notre étude.

La liste ténue de clauses valables en droit hanéfite contraste avec la liberté contractuelle reconnue en droit français. Elle est en outre un obstacle au développement de la finance islamique tant les contrats d'affaires sont d'ordinaire le domaine d'expression privilégié de cette liberté.

194 Le principe de l'unité de l'acte juridique propre aux hanéfites. La répugnance à la stipulation de clauses adjointes manifestée par les hanéfites a des raisons multiples. La première tient à la méfiance exercée à l'encontre des stipulations qui permettraient de contourner les prohibitions du *riba* et du *gharar* et menaceraient l'équilibre des prestations¹⁰⁰⁰. La deuxième repose sur les hadiths du Prophète contraignant à ce qu'une clause tire sa licéité du Coran ou de la Sunna. Une troisième est en lien avec le principe de l'unité de l'acte selon lequel « *le phénomène contractuel doit se réaliser sous le signe des « trois unités »* » : unité de temps, de lieu et d'opération juridique¹⁰⁰¹. Les principes d'unité de temps et de lieu requièrent que le contrat soit conclu au cours d'une seule séance contractuelle (*majlis al-'aqd*)¹⁰⁰². Appliqués strictement, ces principes conduiraient au rejet des contrats entre absents, ce qui paraît inenvisageable en des temps modernes. Le principe de l'unité de l'acte contraint encore à ce que le contrat ne réalise qu'une opération juridique ce qui, en d'autres termes, revient à affirmer qu'il « *ne faut pas qu'il y ait un contrat dans le contrat* »¹⁰⁰³. La règle s'infère des hadiths rapportant que Mahomet aurait interdit qu'un seul acte prévoit deux ventes¹⁰⁰⁴ ou qu'une vente soit liée à un prêt¹⁰⁰⁵. Il convient toutefois de relever que ces récits sont absents des recueils d'Al-Bukhari et de Muslim qui n'ont retenu que les hadiths qu'ils considèrent authentiques, ce qui pourrait expliquer que la théorie de l'unité soit absente dans les autres écoles.

195 Clauses *fâsid*. L'identification des clauses adjointes est rendue d'autant plus aisée que les hanéfites considèrent qu'est *fâsid* toute clause qui n'est pas *sahîh*. Ainsi en est-il d'une clause immorale¹⁰⁰⁶, contraire à un interdit rituel¹⁰⁰⁷ ou dont les effets sont en

¹⁰⁰⁰ L'école admet toutefois l'usage des *hiyal*, les ruses juridiques qui permettent de contourner certaines prohibitions.

¹⁰⁰¹ CHÉHATA, Chafik, *Théorie générale de l'obligation en droit musulman hanéfite*, Sirey, 1969, p. 116.

¹⁰⁰² LINANT DE BELLEFONDS, Yvon, *Traité de droit musulman comparé, Vol.1: Théorie générale de l'acte juridique*, Mouton et cie., 1965, p. 282.

¹⁰⁰³ CHÉHATA, Chafik, *op. cit.*, paragr. 119, spéc. p. 108.

¹⁰⁰⁴ *Jami' at-Tirmidhi*, hadith n°1231 ;

¹⁰⁰⁵ *Sunan Abu-Da'ud*, hadith n°3504.

¹⁰⁰⁶ CHÉHATA, Chafik, *op. cit.*, paragr. 121.

¹⁰⁰⁷ ARABI, Oussama, *op. cit.*, p. 36 et s.

opposition avec ceux que la charia reconnaît au contrat¹⁰⁰⁸. Dans chacune de ces hypothèses, la nullité de la clause entraîne celle de l'acte dans son ensemble. C'est d'autant plus vrai si elle confère à l'une des parties un avantage dépourvu de contrepartie¹⁰⁰⁹ parce qu'elle s'apparente alors à une forme de *riba* qui, avec le *gharar*, sont sujets à la même sanction¹⁰¹⁰. Chéhata tempère pourtant l'intransigeance de l'école hanéfite en affirmant que seule la clause est atteinte par la nullité si elle ne génère aucun profit pour l'une des parties¹⁰¹¹. Ainsi en est-il si les parties stipulent que l'acquéreur ne pourra jouir librement de la chose vendue. La clause est adjointe parce que contraire aux effets légaux du contrat de vente. L'anéantissement du contrat n'est toutefois pas justifié en l'absence d'un profit pour le vendeur, l'équilibre des prestations étant préservé. Cette conception se retrouve à l'article 189 de la *Medjellé* aux termes duquel la clause d'un contrat de vente qui ne bénéficie à aucune des parties ne dispose d'aucun effet *ab initio* et, partant, ne prive pas l'acte de sa validité. La règle évoque le réputé non écrit en droit français qui, plus qu'une forme de nullité partielle, s'apparente davantage à une forme d'inexistence¹⁰¹² en préservant le contrat¹⁰¹³. En toute circonstance, les parties pourraient, d'après un auteur, éviter la nullité du contrat en éradiquant d'un commun accord la clause adjointe¹⁰¹⁴. A défaut, l'acte ne peut faire l'objet d'une confirmation, contraignant les parties à procéder à la réfection du contrat.

196 Clauses adjointes en droit shaféite. Les shaféites partagent avec les hanéfites une conception sensiblement similaire des clauses adjointes¹⁰¹⁵, malgré une doctrine moins élaborée. La distinction entre les stipulations *sahîh* et *fasîd* existe, mais seules deux catégories sont retenues au sein des premières¹⁰¹⁶. Les clauses licites sont celles qui confirment les effets que la charia fait produire au contrat et celles qui sont utiles à l'exécution du contrat ou que la nécessité impose. Les shaféites regroupent ainsi en

¹⁰⁰⁸Un auteur propose une catégorisation des clauses *fâsid*, v. LINANT DE BELLEFONDS, Yvon, *Traité de droit musulman comparé, Vol.1: Théorie générale de l'acte juridique*, Mouton et cie., 1965, paragr. 288. Il distingue les clauses qui:

- enfreignent directement les règles du *Fiqh* et de la morale
- dénaturent l'obligation principale
- « ne se concilient » pas avec le résultat juridique que le *Fiqh* fait produire à l'acte principal
- N'ont pas été admises au titre de la pratique et de l'usage.

¹⁰⁰⁹ CHÉHATA, Chafik, *op. cit.*, paragr. 119, spéc. p. 108.

¹⁰¹⁰ LINANT DE BELLEFONDS, Yvon, *op. cit.*, paragr. 289.

¹⁰¹¹ CHÉHATA, Chafik, *op. cit.*, paragr. 119, spéc. p. 108.

¹⁰¹² Sur ce point, v. nos développements paragr. 460.

¹⁰¹³ C. civ., art. 1184 al. 2.

¹⁰¹⁴ LINANT DE BELLEFONDS, Yvon, *Traité de droit musulman comparé, Vol.1: Théorie générale de l'acte juridique*, Mouton et cie., 1965, paragr. 125.

¹⁰¹⁵ COMAIR-OBEID, Nayla, *Les contrats en droit musulman des affaires*, Economica, 1995, p. 36.

¹⁰¹⁶ LINANT DE BELLEFONDS, Yvon, *op. cit.*, paragr. 285.

une seule les deux dernières catégories théorisées par les hanéfites qui exigeaient que la clause soit « *mulâ'im* », c'est-à-dire que ses effets soient en harmonie avec les effets légaux du contrat. Cette condition est absente des traités juridiques shaféites et malékites¹⁰¹⁷ qui, contrairement à l'école hanéfite, valident les clauses utiles à l'acte par principe sans recourir à l'*istihsan*¹⁰¹⁸. Cela amène les juristes de ces deux écoles à étendre le nombre et la portée des clauses licites sans contrainte d'une admission préalable. La validité de principe des clauses utiles à l'acte s'explique en outre par l'absence de principe de l'unité de l'acte juridique propre aux hanéfites imposant notamment la stricte séparation des contrats. Cela confère aux parties une liberté accrue bien qu'elle demeure très limitée. En pratique, la constitution de sûretés s'en trouve facilitée car il n'est pas nécessaire que la caution soit connue ou que le bien objet du gage soit déterminé¹⁰¹⁹. Concernant les effets des clauses *fâsid*, l'école shaféite adopte une position peu ou prou analogue à celle hanéfite¹⁰²⁰. L'école malékite se distingue des deux précédentes par une doctrine moins hostile aux clauses adjointes.

B) Une rigueur atténuée en droit malékite

197 Validité de principe des clauses adjointes. Averroès rapporte dans la *Bidaya*¹⁰²¹, son œuvre juridique majeure, que l'imam Malek distinguait entre trois catégories de clauses¹⁰²². A l'instar des autres écoles, la première est constituée des clauses *sahîh*. En théorie, les malékites admettent par principe les clauses adjointes. En pratique, le principe est relégué au rang d'exception en raison de la définition des clauses *sahîh* retenue par les malékites¹⁰²³. Les clauses considérées comme telles sont celles qui complètent ou précisent les effets que la charia fait produire à l'acte, ainsi que celles qui ne contrarient pas ces effets. En apparence souple, la condition est cependant interprétée strictement¹⁰²⁴, ce qui rapproche la doctrine malékite de celles des écoles hanéfite et shaféite.¹⁰²⁵ A l'instar de cette dernière, les malékites ne s'embarrassent

¹⁰¹⁷ *Ibid.*, paragr. 279.

¹⁰¹⁸ COMAIR-OBEID, Nayla, *op. cit.*, p. 38.

¹⁰¹⁹ *Ibid.*, p. 37.

¹⁰²⁰ IBN RUSHD, NYAZEE, Imran Ahsan Khan (trad.) *The Distinguished Jurist's Primer*, vol. 2, Garnet, 2000, p. 192 et s. ; LINANT DE BELLEFONDS, Yvon, *op. cit.*, paragr. 287.

¹⁰²¹ *Bidâyat Al-mujtahid wa nihâyat Al-muqtasid*

¹⁰²² IBN RUSHD, *op. cit.*, p. 193.

¹⁰²³ LINANT DE BELLEFONDS, Yvon, *op. cit.*, paragr. 286.

¹⁰²⁴ *Id.*

¹⁰²⁵ LINANT DE BELLEFONDS, Yvon, *op. cit.*, paragr. 286.

pas d'une construction doctrinale aussi élaborée que celle des hanéfites. Les deux autres catégories concernent respectivement les clauses *fâsid* qui invalident l'acte et celles qui le préservent en n'étant sujet qu'à une nullité partielle. Une quatrième catégorie se distinguerait dans la pensée malékite concernant les clauses, stipulées par l'un des contractants, qui entraîneraient la nullité du contrat quand elles lui bénéficient mais laisseraient subsister l'acte dans le cas contraire¹⁰²⁶.

198 Classification des clauses adjointes selon leur degré de contrariété. Pour connaître la catégorie à laquelle appartient une clause adjointe il convient d'apprécier sa contrariété à la charia. Toute la difficulté réside dans les distinctions opérées entre les différents degrés d'atteintes aux principes du droit des contrats, notamment aux prohibitions du *riba* et du *gharar*. Malek et ses disciples tolèrent la contrariété quand elle est insignifiante, retiennent la nullité de la clause seulement si elle est plus prononcée et condamnent le contrat dans son ensemble quand elle est excessive¹⁰²⁷. En pratique, l'atteinte significative est souvent retenue, bien que les *fuqaha* admettent la clause ne dérogeant que temporairement aux effets légaux du contrat. Ainsi, si le vendeur d'une maison stipule qu'il lui sera permis de l'habiter pendant un mois après la vente, la clause est valide car l'atteinte est tolérable¹⁰²⁸. A l'inverse, si le contrat exclut le droit pour l'acquéreur d'habiter la maison au bénéfice du vendeur l'atteinte sera excessive car la clause contrarierait l'effet principal de l'acte. La tolérance malékite s'illustre à travers la constitution de suretés dont la validité n'est pas remise en cause quand la caution est inconnue ou le gage non déterminé au moment de la vente¹⁰²⁹. Cependant, en dehors de telles exceptions, les clauses adjointes valables en droit malékite correspondent peu ou prou à celles des droits hanéfite et shaféite. Il n'en demeure pas moins que l'école malékite se montre par principe plus favorable au principe de la liberté contractuelle qu'en droit hanéfite-shaféite.

199 Critique de l'interprétation extensive de la théorie des clauses adjointes. Une pluralité de causes semble commander le rejet de principe des clauses adjointes par les hanéfites et leur restriction significative par les shaféites et les malékites. Les hadiths,

¹⁰²⁶ IBN RUSHD, *op. cit.*, p. 193

¹⁰²⁷ *Ibid.*, p. 193 et s.

¹⁰²⁸ *Ibid.* ; COMAIR-OBEID, Nayla, *Les contrats en droit musulman des affaires*, Economica, 1995, p. 38.

¹⁰²⁹ LINANT DE BELLEFONDS, Yvon, *Traité de droit musulman comparé, Vol.1: Théorie générale de l'acte juridique*, Mouton et cie., 1965, paragr. 279, spéc. p. 234.

en apparence explicites, les condamnant ont servi de fondement aux doctrines des trois écoles juridique sunnites. Une autre interprétation de ces récits que celle retenue par les *fuqaha* aurait pourtant pu aboutir à une doctrine différente. L'exclusion des clauses qui ne sont pas dans « le Livre de Dieu » pourrait suggérer que le Prophète a entendu proscrire toute stipulation qui serait contraire à une norme coranique. Un auteur a en outre mis en exergue que les jurisconsultes procèdent à une sélection arbitraire des récits de la Sunna afin de soutenir leur théorie et qu'ils auraient pu soit en retenir une interprétation différente soit se référer à d'autres¹⁰³⁰.

Toutes les écoles du *fiqh* n'adoptent pas une doctrine hostile à l'égard des clauses adjointes. L'école hanbalite se distingue par son libéralisme qui évoque le principe de la liberté contractuelle en droit français.

II] L'interprétation libérale de l'école hanbalite

200 Une doctrine contraire. L'école hanbalite considère, à l'instar des autres écoles juridiques sunnites, que ce ne sont pas les parties qui confèrent ses effets au contrat, mais la charia¹⁰³¹. En dépit de cette base commune, les hanbalites se distinguent en admettant que toute stipulation est valable par principe tant qu'elle n'est pas amoral, expressément interdite par le Coran ou la Sunna ou contraire à la finalité de l'acte (A).¹⁰³² Leur doctrine rappelle en cela la conception malékite des clauses adjointes, sans que la définition des clauses *sahîh* n'impose les mêmes limites¹⁰³³. Elle autorise un rapprochement avec le droit français qui ne doit cependant pas occulter l'absence dans ce dernier d'une théorie similaire à celle des clauses adjointes (B).

¹⁰³⁰ En ce sens, v. *Ibid.*, paragr. 292. : « on sait bien que jamais les hadiths n'ont gêné les fuqahâ' dans leur élaboration de la loi, chaque école n'en retenant que ce dont elle peut tirer parti, pour étayer sa doctrine ».

¹⁰³¹ ABDULLAH, Atikullah, « The Doctrine of the Freedom of Contract (Hurriyyat al-Ta'āqud) in Islamic Mu'āmalāt: An exposition on the concept and rules of the contract of muqāwalah in the construction industry », *Islamic Studies* 2011, Vol. 50, n°3-4, p. 366 ; *Ibid.*, paragr. 274.

¹⁰³² MAZIDI, Sepideh, « Vers une harmonisation de la Chari'a avec le commerce international », *La Revue du Centre Michel de l'Hospital*, n°18, p. 93 ; COMAIR-OBEID, Nayla, *Les contrats en droit musulman des affaires*, Economica, 1995, p. 39 LINANT DE BELLEFONDS, Yvon, *op. cit.*, paragr. 274.

¹⁰³³ Un auteur estime que les doctrines hanbalites, malékites et chiïtes sont celles qui reconnaissent un principe de liberté contractuelle, v. ZAHRAA, Mahdi, « Negotiating Contracts in Islamic and Middle Eastern Laws' », *Arab Law Quarterly* 1998, Vol. 13, n°3, p. 274.

A) *La validité de principe des clauses adjointes*

201 Critique hanbalite des autres écoles. Ibn Hanbal, fondateur éponyme de l'école, conteste les thèses de ses prédécesseurs en se référant à un hadith¹⁰³⁴ rapportant que Mahomet aurait acheté un chameau à la condition que son propriétaire puisse continuer à le monter jusqu'à la fin de leur voyage¹⁰³⁵. Les actes du Prophète n'étant pas susceptibles d'être interrogés, Ibn Hanbal en a déduit que la stipulation d'une clause adjointe était valable par principe¹⁰³⁶. L'un de ses disciples, Ibn Qayyim Al Jawziyyah, écrivait à ce sujet que les juristes des autres écoles « *n'ont pas de règles précises sur lesquelles se baser* » et que « *tout clause qui n'est pas contraire aux règles de Dieu et à son Livre, parce qu'elle pourrait faire l'objet d'une obligation principale, devient elle-même obligatoire si elle est jointe à un acte valable* »¹⁰³⁷. Les hanbalites admettent en conséquence la plupart des stipulations rejetées par les autres écoles.

202 Reconnaissance d'un principe de liberté contractuelle. L'interprétation hanéfite du hadith enjoignant aux musulmans de ne pas stipuler de clauses qui « *ne se trouvent pas dans le livre de Dieu* » a entraîné la condamnation des contrats innommés¹⁰³⁸. L'exégèse hanbalite du même récit les autorise en retenant que seuls sont *fâsid* les clauses et les actes contraires au Coran et à la Sunna¹⁰³⁹. Ce faisant, les hanbalites consacrent un principe qui s'apparente à la liberté contractuelle telle que la conçoivent les systèmes juridiques occidentaux modernes. Leur opposition avec les autres écoles est encore marquée par l'admission des clauses qui ne bénéficient qu'à l'un des contractants. Elle repose sur la contestation de l'authenticité des hadiths invoqués en faveur de la prohibition dont les hanbalites constatent qu'ils sont absents des *Sahîh* de Muslim et d'Al-Bukhari¹⁰⁴⁰. Ibn Hanbal étant réputé pour sa maîtrise de la Sunna, il a pu légitimement se convaincre qu'il convenait de rejeter ces récits. Il en résulte que les clauses *fâsid* sont en nombre bien plus restreint en droit hanbalite que dans les doctrines des autres écoles.

¹⁰³⁴ ARABI, Oussama, « Contract Stipulations (Shurut) in Islamic Law: The Ottoman Majalla and Ibn Taymiyya », *International Journal of Middle East Studies*, Fév. 1998, Vol. 30, n°1, p. 39.

¹⁰³⁵ *Sahîh Al-Bukhari*, hadith n° 2718 ; *Sahîh Muslim*, hadith n° 715 ; *Sunan Abu-Da'ud*, hadith n°3505 ; *Sunan Al-Nasa'i*, hadith n°4637.

¹⁰³⁶ ARABI, Oussama, *op. cit.*, p. 39.

¹⁰³⁷ Ibn Qayyim Al Jawziyyah, *I'lâm al-muwaqî'in*, Munîr ad-Damachqî, II, p. 337 cité par .LINANT DE BELLEFONDS, Yvon, *Traité de droit musulman comparé, Vol.1: Théorie générale de l'acte juridique*, Mouton et cie., 1965, paragr. 274.

¹⁰³⁸ *Sahîh Al-Bukhari*, hadith n° 2155 ; *Sahîh Muslim*, hadith n°1504.

¹⁰³⁹ ABDULLAH, Atikullah, *op. cit.*, p 367 et s.

¹⁰⁴⁰ ARABI, Oussama, *op. cit.*, p. 40.

203 Les clauses *fâsid* en droit hanbalite. Des auteurs ont réparti en trois catégories les clauses rejetées par les juristes hanbalites¹⁰⁴¹. La première se compose des clauses immorales, ce qui ne surprend guère au regard du rôle majeur de la morale dans le *fiqh* de cette école. La suivante, regroupe toutes les stipulations en contradiction avec une règle expresse du Coran ou de la Sunna. Elle constitue la principale limite au principe de licéité des clauses adjointes. En se référant au hadith dans lequel Mahomet interdit de stipuler deux conditions (*shurut*) dans une vente¹⁰⁴², les hanbalites sanctionnent par la nullité la conclusion de deux contrats dont l'un dépend de la formation de l'autre. A titre d'illustration, tel est le cas lorsque le vendeur d'une chose stipule que la vente est soumise à la condition que l'acheteur la lui loue ensuite. La règle a pour finalité de prévenir toute utilisation de subterfuges pour contourner la prohibition du *riba*. Le même hadith sert encore de fondement à certains juristes pour n'admettre qu'une clause véritablement adjointe par acte¹⁰⁴³. La règle ne concerne que les stipulations qui modifient les effets que la charia fait produire à l'acte, ce qui exclut les clauses qui confirment ou sont en harmonie avec ces effets. Il s'agit d'une interprétation littérale du hadith qui n'admet la stipulation que d'une seule clause adjointe. La troisième catégorie des clauses *fâsid* concerne celles contraires à la finalité du contrat. Il en est ainsi d'une clause d'inaliénabilité contenue dans un contrat de vente car le transfert de propriété doit s'accompagner du droit de disposer librement de la chose¹⁰⁴⁴.

204 Doctrine d'Ibn Taymiyya. Le libéralisme hanbalite est accru dans les écrits d'Ibn Taymiyya, jurisconsulte controversé du XIII^e siècle¹⁰⁴⁵, qui ne reprennent pas la règle élaborée par ses condisciples limitant à une le nombre de clauses adjointes admises dans un contrat¹⁰⁴⁶. Le *faqîh* considère que toute clause qui n'a pas été expressément interdite par Dieu ou son prophète est licite et condamne « *le fait de surprendre le*

¹⁰⁴¹ LINANT DE BELLEFONDS, Yvon, *Traité de droit musulman comparé, Vol.1: Théorie générale de l'acte juridique*, Mouton et cie., 1965, paragr. 275 COMAIR-OBEID, Nayla, *Les contrats en droit musulman des affaires*, Economica, 1995, p. 39.

¹⁰⁴² *Sunan Abu-Da'ud*, hadith n°3504 ; *Sunan Al-Nasa'i*, hadith n°4611, *Jami` at-Tirmidhi*, hadith n°1234.

¹⁰⁴³ ARABI, Oussama, *op. cit.*, p. 39 ; LINANT DE BELLEFONDS, Yvon, *op. cit.*, paragr. 275.

¹⁰⁴⁴ YVON LINANT DE BELLEFONDS, Yvon, *op. cit.*, paragr. 275.

¹⁰⁴⁵ Bien qu'Ibn Taymiyya ait incontestablement contribué à l'essor de l'école hanbalite, Joseph SCHACHT considère que sa doctrine n'est pas représentative de cette école, v. SCHACHT, Joseph, *Esquisse d'une histoire du droit musulman*, Libr. orientale et américaine Max Besson, 1953, p. 59. Ibn Taymiyya exerce cependant une influence majeure dans la doctrine wahhabite.

¹⁰⁴⁶ ARABI, Oussama, *op. cit.*, p. 42.

consentement d'autrui ou de violer ses engagements »¹⁰⁴⁷. Sa doctrine restreint la liste des clauses *fâsid* et présente des similarités avec le droit français des contrats en érigeant la liberté contractuelle et la force obligatoire en principes.

205 Naissance tardive de l'école hanbalite. La doctrine hanbalite en matière de clauses adjointes contraste avec le rigorisme habituel de cette école en d'autres domaines. Elle interroge d'autant plus, qu'elle s'oppose à la position de l'école hanéfite d'ordinaire présentée comme la plus libérale des quatre *madâhib*¹⁰⁴⁸ et dont le fondateur était pourtant un commerçant¹⁰⁴⁹. Un auteur suggère que les divergences s'expliqueraient par l'écart temporel entre ces deux écoles¹⁰⁵⁰. Il est vrai qu'Ibn Hanbal est, dans l'ordre chronologique, le dernier des grands maîtres à fonder son école au moment de l'essor de la civilisation islamique. Sa pensée s'intègre à une époque où les échanges commerciaux sont supérieurs à celle d'Abu Hanifa et où les juristes bénéficient d'un certain recul sur les idées de leurs prédécesseurs. Les hanbalites ont pu constater les restrictions occasionnées à la réalisation de certaines opérations financières par la conception hanéfite des clauses adjointes.

206 Importance des sources du *fiqh*. Outre la justification temporelle, les divergences de doctrine pourraient encore trouver leur cause dans la conception qu'ont les différentes écoles des sources du droit. Dans la pratique de l'*ijtihad*, les hanéfites ont recours à plusieurs techniques d'élaboration de la norme parmi lesquelles le raisonnement par analogie, le jugement préférentiel et l'opinion personnelle¹⁰⁵¹. Bien qu'il s'y réfère, Abu Hanifa manifestait une certaine méfiance à l'égard des hadiths dont il doutait de l'authenticité et n'hésitait pas en conséquence à les écarter au profit d'un raisonnement logique¹⁰⁵². Tout comme lui, ses disciples sont par ailleurs de fervents adeptes des *hiyal*¹⁰⁵³, les ruses juridiques leur permettant de contourner une norme de rang supérieur en privilégiant la lettre plutôt que l'esprit. Ce faisant, ils ont

¹⁰⁴⁷ IBN TAYMIYYA, *Al-Fatawa* XXIX, p. 346-347 cité par JAHEL, Sélim, *La place de la Chari'a dans les systèmes juridiques des pays arabes*, Éd. Panthéon-Assas, 2012, p. 223.

¹⁰⁴⁸ SFEIR, Antoine, *Brève histoire de l'islam à l'usage de tous*, Flammarion, 2015, p. 58.

¹⁰⁴⁹ TOUALBI, Issam et BENTOUNÈS, Khaled, *Introduction historique au droit musulman*, Albouraq, 2013, p. 275.

¹⁰⁵⁰ ARABI, Oussama, *op. cit.*, p.30

¹⁰⁵¹ GARDET, Louis et CHEBEL, Malek, *L'Islam*, Desclée de Brouwer, 2002, p. 190 ALDEEB ABU-SAHLIEH, Sami Awad, *Introduction à la société musulmane*, Eyrolles, 2005, p. 29 TOUALBI, Issam et BENTOUNÈS, Khaled, *op. cit.*, p. 275.

¹⁰⁵² TOUALBI, Issam et BENTOUNÈS, Khaled, *op. cit.*, p. 276 ALDEEB ABU-SAHLIEH, Sami Awad, *op. cit.*, p. 29.

¹⁰⁵³ Pour une étude d'ensemble des *hiyal*, v. notamment HORII, Satoe, « Reconsideration of Legal Devices (Hiyal) in Islamic Jurisprudence: The Hanafis and Their "Exits" (Makhārij) », *Islamic Law and Society* 2002, n°3, p. 312-357

établi des règles qui leur paraissaient à même d'assurer la défense de l'ordre moral islamique, et dans le cas des clauses adjointes, de l'équilibre contractuel. *A contrario*, Ibn Hanbal était un traditionniste réputé qui, en tant que tel, niait aux *hiyal* tout pouvoir normatif car ils dérogeaient aux véritables sources du droit qu'étaient pour lui le Coran et la Sunna¹⁰⁵⁴. Son aversion pour le rationalisme le conduisait à préférer un hadith dont la chaîne de transmission était incertaine plutôt que de recourir au raisonnement¹⁰⁵⁵. Le principe de licéité des clauses adjointes a ainsi pu s'inférer du récit rapportant que Mahomet aurait admis un contrat soumis à une condition, les autres hadiths devant s'interpréter comme énonçant des règles dérogatoires.

207 Absence d'un véritable principe de liberté contractuelle : la limite des prohibitions du *riba* et du *gharar*. La doctrine libérale à l'égard des clauses adjointes ne suffit pas à affirmer que l'école hanbalite reconnaît un principe de liberté contractuelle au sens où le conçoit le droit français¹⁰⁵⁶. Certes Ibn Hanbal et ses disciples se sont distingués très tôt par leurs thèses favorables à un tel principe. A cet égard, le Pr Sélim JAHEL considère que « *c'est là, à n'en pas plus douter, la consécration du principe de l'autonomie de la volonté et de la liberté contractuelle* »¹⁰⁵⁷. La licéité de principe des clauses adjointes ne doit pas pour autant occulter les limites considérables apportées à la liberté contractuelle par les prohibitions du *riba* et du *gharar*. Il pourrait être objecté que cette liberté se voit également restreinte en droit français avec le développement exponentiel des règles d'ordre public, notamment en droit de la consommation, sans que le principe de la liberté contractuelle ne soit remis toutefois en question¹⁰⁵⁸. Pour autant, les parties disposent d'une plus grande latitude que dans le droit hanbalite qui proscribit les contrats aléatoires et toute stipulation d'intérêt. Malgré ce constat, il est indéniable que le libéralisme hanbalite concernant les clauses adjointes sied plus à l'émergence de la finance islamique que le rigorisme hanéfite. Il n'est alors pas étonnant que cette position ait été reprise par plusieurs états arabes ainsi que par l'AAOFI.

¹⁰⁵⁴ SCHACHT, Joseph, *Esquisse d'une histoire du droit musulman*, Libr. orientale et américaine Max Besson, 1953, p. 72.

¹⁰⁵⁵ TOUALBI, Issam et BENTOUNÈS, Khaled, *op. cit.*, p. 288.

¹⁰⁵⁶ En ce sens, v. ARABI, Oussama, *op. cit.*, p. 43.

¹⁰⁵⁷ JAHEL, Sélim, *La place de la Chari'a dans les systèmes juridiques des pays arabes*, Éd. Panthéon-Assas, 2012, p. 223.

¹⁰⁵⁸ Sur ce point, v. nos développements consacrés à la notion d'ordre public au sein du chapitre « L'intégration des principes par incorporation au contrat ».

208 Consécration étatiques modernes de la doctrine hanbalite. Le rapport adressé au grand vizir accompagnant la *Medjellé* fait état des discussions au sein du comité de rédaction à propos des clauses adjointes¹⁰⁵⁹. Bien que les auteurs du code aient consacré la doctrine hanéfite influente sous l'Empire Ottoman, un auteur relate qu'une réforme proposée en 1922 était envisagée en faveur des thèses hanbalites¹⁰⁶⁰. Cette évolution tardive témoigne de la nécessité au XXe siècle d'adapter une législation devenue un obstacle à la modernisation de l'économie. Le texte proposé prévoyait qu'une stipulation qui ne profitait qu'à l'une des parties était valide, rompant ainsi avec la conception hanéfite des clauses adjointes¹⁰⁶¹. L'avènement de la République de Turquie consécutive à la chute de l'Empire Ottoman a entraîné l'abrogation de la *Medjellé* en 1926 au profit d'un Code civil turc calqué sur le modèle suisse.

La doctrine hanbalite se retrouve dans la législation de plusieurs états arabes réalisant un compromis entre tradition et modernité en empruntant tantôt au droit islamique, tantôt aux systèmes occidentaux et au droit français en particulier. Cette synthèse de différents systèmes juridiques présente un intérêt certain dans le cadre d'un contrat international de finance islamique¹⁰⁶². Le Code civil jordanien de 1976, en son article 164, fait référence à la conception hanéfite des clauses adjointes tout en ajoutant, tel que l'affirment les hanbalites, qu'un contrat peut contenir une clause qui ne bénéficie qu'à l'une des parties ou à un tiers. Cette conception est reprise à l'article 206 du Code civil des Emirats Arabes unis rédigée en des termes similaires. Il est intéressant de constater que les Codes de ces pays ont expressément repris l'exigence unanimement partagée par les quatre écoles juridiques selon laquelle la clause ne doit pas être contraire à la fin juridique de l'acte auquel elle est jointe et qu'elle peut tirer sa licéité de l'usage ou de la coutume.

209 Consécration de la doctrine hanbalite dans les normes de l'AAOIFI. Dans son travail d'élaboration de normes charaïques à destination des institutions de finance islamique, l'AAOIFI, consciente de l'inadéquation de la doctrine hanéfite aux exigences de l'économie moderne, adopte en partie les thèses hanbalites. Bien qu'elle

¹⁰⁵⁹ ARISTARCHI BEY, Grégoire, *Législation ottomane, Sixième partie contenant le Code civil ottoman : Livre I-VIII*. Constantinople : Bureau du Journal Thraky : 1881, p 12 et s.

¹⁰⁶⁰ ARABI, Oussama, *op. cit.*, p. 31.

¹⁰⁶¹ *Jerede-i 'Adliyye*, Ankara: Yeni Gun Press, 1922, 2:95 cité par ARABI, Oussama, *op. cit.*, p. 31

¹⁰⁶² Sur ce point, v. *supra* nos développements à propos de la désignation du droit applicable à un contrat international au sein du premier titre de la seconde partie.

ne fasse pas expressément mention de sa préférence pour la doctrine de cette école, l'organisation affirme, dans une annexe accompagnant la norme consacrée au contrat *murabaha*, que « toute condition¹⁰⁶³ est en principe licite et valide »¹⁰⁶⁴. Ce ralliement aux enseignements hanbalites s'infère encore de la citation, dans l'annexe d'une autre norme, d'un passage de l'*Ilam al-muwaqqi'in*, ouvrage dans lequel l'auteur hanbalite Ibn Qayyim approuve la stipulation des clauses adjointes¹⁰⁶⁵. La reconnaissance du principe de licéité de ces clauses rapproche les normes de l'AAOIFI de la conception française du principe de liberté contractuelle et permet la réalisation effective d'opérations de finance islamique qui auraient été entravées si les règles hanafites avaient été préférées. Ce libéralisme s'estompe s'agissant de la faculté d'effectuer plusieurs opérations juridiques en un seul contrat, mais demeure à propos des ensembles contractuels dont l'AAOIFI admet la validité sous réserve, néanmoins, qu'ils ne constituent pas un moyen de s'affranchir de la prohibition du *riba*¹⁰⁶⁶. Ainsi, il n'est pas permis de stipuler, par une clause insérée au contrat de vente, que le bien, une fois vendu, sera donné à bail au vendeur, ce que l'on rencontre en finance conventionnelle à travers la cession-bail encore connue sous le terme anglais *lease-back*.

En raison de son adéquation aux contraintes modernes, la théorie hanbalite des clauses adjointes a supplanté celles des autres *madhâhib*¹⁰⁶⁷ et tend à rapprocher le droit hanbalite du droit français. On ne trouve toutefois dans ce dernier qu'une évocation très superficielle de la théorie des clauses adjointes.

B) L'absence d'une théorie des clauses adjointes en droit français

210 Plan. Au regard de la valeur accordée au principe de la liberté contractuelle en droit français, on pourrait penser *a priori* que la théorie des clauses adjointe ne trouve aucun écho au sein de ce système juridique. En faveur de cette hypothèse, on relève que plusieurs clauses prohibées en droit hanbalite, parce qu'elles aménagent l'effet principal du contrat, sont admises en droit français (I). *A contrario*, les dispositions

¹⁰⁶³ Le terme condition est ici la traduction littérale du mot arabe *shart* qui désigne aussi les clauses.

¹⁰⁶⁴ AAOIFI, Norme charaïque n°8, Annexe D. D'après la traduction officielle en langue française des normes de l'AAOIFI.

¹⁰⁶⁵ IBN QAYYIM, *Ilam al-muwaqqi'in*, 1 :334 cité par AAOIFI, Norme charaïque n°25, Annexe B.

¹⁰⁶⁶ AAOIFI, Norme charaïque n°25, art. 3.

¹⁰⁶⁷ En ce sens, v. JAHEL, Sélim, *La place de la Chari'a dans les systèmes juridiques des pays arabes*, Éd. Panthéon-Assas, 2012, p. 223. « Aujourd'hui tous les auteurs de droit musulman, mêmes ceux qui se rattachent à d'autres écoles s'y sont ralliés. Ainsi Mustapha Al-Zarka d'obédience hanéfite en fait-il l'apologie, faisant observer, notamment, que ce sont les fuqaha hanbalites qui ont découvert les premiers et pratiqué l'autonomie de la volonté dès le VIII^e siècle de notre ère, bien avant qu'elle n'ait été adoptée par le droit occidental ».

sanctionnant les clauses abusives, parce qu'elles génèrent un déséquilibre entre les droits et obligations des parties, peuvent rappeler la théorie des clauses adjointes (2).

1) *La validité de principe des clauses aménageant l'effet principal du contrat*

211 Validité des clauses de réserve de propriété. En droit français, comme en droit islamique, le principe est que le transfert de propriété opère *solo consensu*¹⁰⁶⁸. Antérieurement à la réforme du droit des contrats, le Code civil, en son article 1101, reconnaissait expressément une classification tripartite des obligations parmi laquelle l'obligation de donner. Il existait ainsi, en théorie, l'obligation de *dare* empruntée au droit romain qui consistait pour l'une des parties à transférer la propriété de la chose¹⁰⁶⁹. Un auteur a remis en cause la pertinence d'une telle obligation qualifiée dans un article « d'impossible » et « d'inutile »¹⁰⁷⁰, bien que d'autres, minoritaires, l'aient défendue en critiquant le principe du transfert de propriété *solo consensu*¹⁰⁷¹. Le législateur a abandonné la *summa divisio* des obligations et l'article 1196 al. 1^{er} du Code civil lève toute ambiguïté en disposant que le transfert est concomitant à la conclusion du contrat. Le droit islamique et le droit français convergent sur ce point. Ils divergent s'agissant de la faculté qu'ont les parties de déroger au principe. L'article 1196 al. 1^{er} du Code civil n'est qu'une règle supplétive, le deuxième alinéa reconnaissant que le transfert de propriété « peut être différé par la volonté des parties, la nature des choses ou l'effet de la loi ». L'article 2367 du même code dispose en ce sens que la propriété d'un bien peut être retenue en garantie au moyen d'une clause de réserve de propriété qui suspend l'effet translatif du contrat. En pratique, les clauses dérogeant au transfert de propriété *solo consensu* se rencontrent fréquemment, au point qu'un auteur ait regretté la consécration du principe¹⁰⁷². Outre la clause de réserve propriété, les parties conviennent parfois, singulièrement en matière de vente immobilière, de différer le

¹⁰⁶⁸ C. civ., art. 1196 al. 1^{er} ; spéc. à propos de la vente C. civ, art. 1583 Concernant le droit islamique, v. CHÉHATA, Chafik, *Théorie générale de l'obligation en droit musulman hanéfite*, Sirey, 1969, paragr. 49.

¹⁰⁶⁹ GAZZANIGA, Jean-Louis, *Introduction historique au droit des obligations*, 1. éd., PUF, 1992, p. 24.

¹⁰⁷⁰ FABRE-MAGNAN, Muriel « Le mythe de l'obligation de donner », *RTD civ.* 1996.85.

¹⁰⁷¹ CHAZAL, Jean-Pascal, VINCENTE, Serge, « Le transfert de propriété par l'effet des obligations dans le Code civil », *RTD Civ.* 2000.477 ; WESTER-OUISSE, Véronique « Le transfert de propriété *solo consensu* : principe ou exception ? », *RTD Civ.* 2013.99.

¹⁰⁷² CHAUVIRE, Philippe, « Les effets du contrat dans le projet d'ordonnance portant réforme du droit des obligations », *Gaz. Pal.* 30 avr. 2015, n°120, p. 29, spéc. paragr. 16

transfert de propriété en stipulant une clause de réitération de la vente par acte authentique. De telles clauses sont rejetées par l'AAOFI malgré son libéralisme car contraires à la théorie des clauses adjointes que l'organisation entend préserver¹⁰⁷³. Il s'agit là de l'une des limites, imposée par la conception islamique du contrat, à l'adaptation des normes religieuses à l'époque moderne et aux contraintes d'une finance mondialisée. Il existe toutefois un moyen dans le *fiqh* de différer l'effet translatif du contrat en stipulant un *khiyar al-shart* dont la validité fait l'objet d'un consensus¹⁰⁷⁴.

212 Licéité des clauses d'inaliénabilité. L'ensemble des *madhâhib* s'accorde à condamner les clauses d'inaliénabilité au motif qu'elles s'opposent à la fin juridique de l'acte qui suppose que l'acquéreur puisse librement disposer de la chose qu'il reçoit¹⁰⁷⁵. L'article 900-1 du Code civil les admet lorsqu'elles sont stipulées dans un acte à titre gratuit, sous réserve toutefois qu'elles soient temporaires et justifiées par un intérêt sérieux et légitime. Le législateur ne s'étant pas exprimé à propos des contrats conclus à titre onéreux, la question de la licéité des clauses d'inaliénabilité dans de tels actes aurait pu être discutée, et ce, d'autant plus que ces clauses sont susceptibles de perturber l'équilibre du contrat et porter atteinte au droit de propriété¹⁰⁷⁶. Cette préoccupation est absente en matière de libéralités impliquant, par nature, l'absence de contrepartie. La Cour de cassation s'est prononcée favorablement aux clauses d'inaliénabilité stipulées dans les contrats à titre onéreux mais limite leur usage en les soumettant au régime de l'article 900-1 du Code civil¹⁰⁷⁷. Ainsi, contrairement à la théorie des clauses adjointes, le droit français admet qu'une clause puisse restreindre la faculté de disposer librement d'un bien acquis à l'occasion d'une vente.

L'admission des clauses différant le transfert de propriété ne doit pas amener à conclure, sur la base d'un raisonnement hâtif, que la théorie des clauses adjointes est parfaitement inconnue du droit français. Pour s'en convaincre, il suffit de constater les

¹⁰⁷³ AAOFI, Norme charaïque n°8, art. 5.4. L'organisation précise, dans l'annexe D accompagnant la norme n°8, que l'interdiction de clause de réserve de propriété s'explique par son incompatibilité avec l'effet légal du contrat qui est le transfert de la propriété.

¹⁰⁷⁴ Sur ce point, v. nos développements relatifs aux options conventionnelles.

¹⁰⁷⁵ LINANT DE BELLEFONDS, Yvon, *Traité de droit musulman comparé, Vol.1: Théorie générale de l'acte juridique*, Mouton et cie., 1965, paragr. 275, spéc. p. 231.

¹⁰⁷⁶ REVET, Thierry, « La Cour de cassation réaffirme la validité des clauses d'inaliénabilité insérées dans les actes à titre onéreux », *RTD civ.* 2008.126.

¹⁰⁷⁷ Civ. 1^{re}, 31 oct. 2007, n°05-14.238, *Bull. civ I*, n°337 : *D.* 2008.963, note A.-L. Thomat-Raynaud ; *RDC* 2008/1, obs. Y.-M. Laithier; *RTD Civ.* 2008.126, note Th. Revet

similarités entre cette théorie et certaines restrictions apportées par le législateur à la liberté qu'ont les parties de déterminer le contenu du contrat lorsque la clause génère un déséquilibre contractuel significatif.

2) *L'évocation de la théorie des clauses adjointes à travers la sanction des clauses générant un déséquilibre contractuel excessif*

213 Prohibition des clauses privant de sa substance l'obligation essentielle du débiteur. Un premier rapprochement peut être opéré à travers l'article 1170 du Code civil¹⁰⁷⁸. Le texte consacre la saga jurisprudentielle de la Cour de cassation initiée par l'arrêt *Chronopost*¹⁰⁷⁹ et achevée par l'arrêt *Faurecia II*¹⁰⁸⁰ dans lequel les juges ont affirmé que « seule est réputée non écrite la clause limitative de réparation qui contredit la portée de l'obligation essentielle souscrite par le débiteur ». Ainsi la Haute juridiction admet les clauses limitatives ou exonératoires de responsabilité sous réserve qu'elles n'entraînent pas la disparition d'une obligation essentielle du contrat, le privant d'intérêt pour l'une des parties. La formule de l'article 1170 du Code civil diffère quelque peu de celle des juges du droit, puisque la clause doit retirer à l'obligation essentielle « sa substance »¹⁰⁸¹, autrement dit le contenu qui la caractérise¹⁰⁸². Par ailleurs, le texte concerne « toute clause », ce qui étend sa portée, au-delà des clauses limitatives ou exonératoires de responsabilité, à toute stipulation qui porte une atteinte considérable au cœur du contrat¹⁰⁸³. L'article 1170 ne confère pas seulement un fondement textuel au maintien de la jurisprudence de la Cour de cassation rendu nécessaire par la disparition de la notion de cause, il est aussi, par sa rédaction, un nouvel instrument offert au juge pour sanctionner le déséquilibre contractuel qui

¹⁰⁷⁸ « Toute clause qui prive de sa substance l'obligation essentielle du débiteur est réputée non écrite ».

¹⁰⁷⁹ Com., 22 oct. 1996, n°93-18.632, *Bull. civ. IV*, n°261 : *D.* 1997.121, note Sériaux ; *Dr. et patr.*, janv. 1997, n° 1552, obs. Chauvel ; *JCP* 1997. II. 22881, note Cohen ; *JCP* 1997. I. 4002, note Fabre-Magnan ; *ibid.* I.4025 n°17, obs. Viney ; *CCC* 1997. Comm. 24, obs. Leveneur ; *Defrénois* 1997. 333, obs. D. Mazeaud ; *RTD civ.* 1997. 419, obs. Mestre.

¹⁰⁸⁰ Com., 29 juin 2012, n°09-11.841, *Bull. civ. IV*, n°115 : *D.* 2010.1832, note Mazeaud ; *D.* 2010.1697 , édito. Rome ; *D.* 2011. 35, obs. Brun et Gout ; *D.* 2011. 472, obs. Amrani-Mekki et Fauvarque-Cosson ; *RTD civ.* 2010.555, obs. Fages ; *RDC* 2010. 1220, obs. Laithier, *RDC* 2010. 1253, obs. Deshayes.

¹⁰⁸¹ Des auteurs ont reproché l'emploi par le législateur d'une formule ésotérique, v. DESHAYES, Olivier, GENICON, Thomas et LAITHIER, Yves-Marie, *Réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations*, 2^e éd., LexisNexis, 2018, p. 334.

¹⁰⁸² DELEBECQUE, Philippe, « Article 1168 : clause privant de sa substance l'obligation essentielle du contrat », *RDC* 2015.759.

¹⁰⁸³ En ce sens, v. MEKKI, Mustapha, « Réforme du droit des obligations : clauses et substance de l'obligation essentielle (C. civ., art. 1170) », *JCP N* 2016.1227 ; DESHAYES, Olivier, GENICON, Thomas et LAITHIER, Yves-Marie, *op. cit.*, p. 335.

serait excessif¹⁰⁸⁴. D'aucuns ont, à cet égard, mis en exergue les restrictions apportées par le texte à la liberté contractuelle¹⁰⁸⁵. L'article 1170 du Code civil apparaît par conséquent comme une disposition de justice contractuelle qui n'est pas sans rappeler la théorie des clauses adjointes.

214 Prohibition des clauses abusives en droit de la consommation. A l'aune de ses objectifs, la théorie des clause adjointes trouverait une autre évocation dans la prohibition des clauses abusives, ces dernières se définissant par le déséquilibre significatif qu'elles engendrent entre les droits et obligations des parties¹⁰⁸⁶. Il a été affirmé, à raison, que l'hostilité à l'égard des clauses adjointes trouvait avant tout sa cause dans la répugnance à voir les parties modifier les effets du contrat tels que les a envisagés la charia¹⁰⁸⁷. Il ne faudrait pas négliger pour autant qu'à travers cette théorie, les juristes ont aussi cherché à assurer le respect de l'équilibre contractuel imposé par l'ordre moral islamique. Cette préoccupation, au cœur de la notion de clause abusive, a reçu une première consécration en droit français à l'occasion de la loi n°78-23 du 10 janvier 1978 dite loi Scrivener. Aux termes de l'article 35 de cette loi, la clause, pour être abusive, devait être imposée au non-professionnel ou au consommateur par « *un abus de la puissance économique de l'autre partie* » et conférer « *à cette dernière un avantage excessif* ». Il fallait en outre que la clause ait été interdite par décret, sans quoi elle ne pouvait être sanctionnée. Face aux contraintes d'un tel système, les juges se sont arrogés le droit de sanctionner une clause abusive, quand bien même ce caractère n'aurait pas été reconnu par décret¹⁰⁸⁸. En vue d'harmoniser la législation des Etats membres en matière de clauses abusives, la directive 93/13/CEE les définit en son article 3 comme celles « *n'ayant pas fait l'objet d'une négociation individuelle* » et créant au détriment du consommateur « *un déséquilibre significatif entre les droits et obligations des parties* »¹⁰⁸⁹. Ces nouveaux critères d'identification d'une clause abusive ont été substitués à ceux de la loi Scrivener à

¹⁰⁸⁴ Pour un avis similaire, v. LE GAC-PECH, Sophie, « Les nouveaux remèdes au déséquilibre contractuel dans la réforme du Code civil », *LPA* 16 août 2016, n°119, p.6. Selon l'auteur, « *la vérification de l'atteinte portée à l'obligation essentielle paraît nettement plus intrusive que ne l'était l'analyse causaliste. Avec l'obligation du débiteur, se trouve visée la contreprestation et non pas l'obligation essentielle du contrat, soit la cause de l'obligation si l'on raisonne selon la théorie classique* ».

¹⁰⁸⁵ *Ibid.* ; HOUTCIEFF, Dimitri, *Droit des contrats*, 4^e éd., Bruylant, 2018, paragr. 438.

¹⁰⁸⁶ Sur ce point, v. FIN-LANGER, Laurence, *L'équilibre contractuel*, LGDJ, 2002, paragr. 189.

¹⁰⁸⁷ LINANT DE BELLEFONDS, Yvon, *Traité de droit musulman comparé, Vol.1: Théorie générale de l'acte juridique*, Mouton et cie., 1965, paragr. 292 et s.

¹⁰⁸⁸ Civ. 1^{re}, 14 mai 1991, n°89-20.999, *Bull. civ. I*, n°153; *D.* 1991.449, note Ghestin; *JCP* 1991.II.21763, note Paisant.

¹⁰⁸⁹ Directive 93/13/CEE du Conseil, du 5 avril 1993, concernant les clauses abusives dans les contrats conclus avec les consommateurs.

l'occasion de la transposition de la directive par la loi n°95-96 du 1^{er} février 1995 et demeurent aujourd'hui à l'article L. 212-1 du Code de la consommation. A ce stade il pourrait être objecté qu'à la différence des clauses adjointes concernant le droit commun des contrats, la prohibition des clauses abusives se limitait au droit de la consommation.

215 Prohibition des clauses abusives en droit de la concurrence. A l'occasion de la loi n°2008-776 du 4 août 2008¹⁰⁹⁰, le législateur a procédé à une première extension du domaine de la notion aux contrats conclus entre professionnels afin de sanctionner les pratiques restrictives de concurrence. Depuis l'ordonnance n° 2019-359 du 24 avril 2019, l'article L. 442-1 du Code de commerce réprime en des termes larges l'avantage manifestement disproportionné et le déséquilibre significatif¹⁰⁹¹, suggérant « *une prise en compte quasi généralisée de la lésion dans les contrats entre professionnels* »¹⁰⁹².

216 Prohibition des clauses excessives dans les contrats d'adhésion. L'ordonnance du 10 février 2016 a marqué une évolution majeure en étendant la notion de clause abusive au droit commun des contrats. Dans une première version, l'article 1171 du Code civil, reprenant la formule désormais classique, disposait qu'est réputée non écrite toute clause d'un contrat d'adhésion qui crée un déséquilibre significatif entre les droits et obligations des parties. L'idée d'introduire dans le Code civil la notion de clause abusive a été diversement appréciée par la doctrine¹⁰⁹³, certains auteurs la jugeant « excessive » et « dangereuse »¹⁰⁹⁴, un « nouveau Waterloo »¹⁰⁹⁵, tandis que d'autres ont plaidé en sa faveur l'estimant justifiée « *tant d'un point de vue politique que technique* ». Le projet de la Chancellerie inquiétait en ce que la règle intéressait à

¹⁰⁹⁰ L. n° 2008-776 du 4 août 2008 de modernisation de l'économie.

¹⁰⁹¹ C. com, art. L. 442-1, I : « I. - Engage la responsabilité de son auteur et l'oblige à réparer le préjudice causé le fait, dans le cadre de la négociation commerciale, de la conclusion ou de l'exécution d'un contrat, par toute personne exerçant des activités de production, de distribution ou de services :

1° D'obtenir ou de tenter d'obtenir de l'autre partie un avantage ne correspondant à aucune contrepartie ou manifestement disproportionné au regard de la valeur de la contrepartie consentie ;

2° De soumettre ou de tenter de soumettre l'autre partie à des obligations créant un déséquilibre significatif dans les droits et obligations des parties ».

¹⁰⁹² CHAGNY, Muriel, « Quelle refonte du titre IV du livre IV du Code de commerce après l'ordonnance n° 2019-359 du 24 avril 2019 ? », *JCP E* 2019, act. 304.

¹⁰⁹³ V. contre cette extension BICHERON, Frédéric, « N'abusons pas de la clause abusive », *Gaz. Pal.*, 30 avr. 2015, n°120, p. 24 ; BOFFA, Romain, « Juste clause (et injuste clause) », *D.* 2015.335 ; STOFFEL-MUNCK, Philippe « Les clauses abusives: on attendait Grounchy », *Dr. et patr.* 2014, n°240, p. 56.

¹⁰⁹⁴ BOFFA, Romain, *op. cit.*, spéc. paragr. 17 et s.

¹⁰⁹⁵ STOFFEL-MUNCK, Philippe, *op. cit.*

l'origine l'ensemble des contrats et non les seuls contrats d'adhésion comme l'ordonnance l'a finalement retenu à la suite des critiques de la doctrine. Il était pourtant envisagé dès l'origine d'exclure le prix et la définition de l'objet du contrat de l'appréciation du déséquilibre significatif. Si le législateur avait adopté le texte du projet, le Code civil aurait alors disposé d'une règle dont l'esprit aurait rappelé celui à l'œuvre dans la finance islamique.

La loi de ratification du 20 avril 2018 a été l'occasion d'ajouter deux conditions supplémentaires à l'article 1171, celles que la clause doit avoir été non négociable et déterminée à l'avance par l'une des parties¹⁰⁹⁶, restreignant davantage le contrôle du juge. Il est vrai qu'il était paradoxal de limiter ainsi la liberté contractuelle à l'heure de sa consécration formelle. Le péril passé, la liberté contractuelle demeure, en apparence et pour un temps du moins. Ceux fidèles à la pensée libérale originelle du Code civil s'en féliciteront, les autres regretteront une occasion manquée d'accentuer la justice contractuelle. Il n'en demeure pas moins que cette dernière tend à devenir le principe comme en témoignent les « *nouveaux remèdes au déséquilibre contractuel* »¹⁰⁹⁷ consacrés par le législateur à l'occasion de la réforme du droit des contrats. Ces évolutions évoquent sous certains aspects la théorie des clauses adjointes, dans des proportions toutefois moindres si on les compare à la doctrine de la majorité des *madâhib*.

Nonobstant les prohibitions du *riba* et du *gharar*, la doctrine hanbalite des clauses adjointes se rapproche de la conception française de la liberté contractuelle, permettant dès lors de dresser un constat favorable à sa réception en droit français. Les parties à un contrat de finance islamique pourraient trouver un intérêt à se référer à cette école pour rédiger l'acte sans être limitées outre mesure par une conception trop rigoriste de la notion. A la différence du *riba* et du *gharar* dont les manifestations peuvent être difficiles à identifier et justifient l'intégration de la prohibition¹⁰⁹⁸, il est plus aisé de reconnaître une clause adjointe et il appartient alors aux contractants de s'assurer qu'ils n'en stipulent pas une. A défaut, le droit français ne permettrait de sanctionner que certaines clauses entraînant un déséquilibre significatif ou portant une atteinte considérable au cœur du contrat. Dans le cadre d'une opération internationale,

¹⁰⁹⁶ La rédaction de l'article 1171 du Code civil à la suite de la loi de ratification rappelle celle de l'article 3 de la directive 93/13/CEE du 5 avril 1993.

¹⁰⁹⁷ Pour reprendre l'expression du professeur Sophie LE GAC-PECH, LE GAC-PECH, Sophie, « Les nouveaux remèdes au déséquilibre contractuel dans la réforme du Code civil », *op. cit.*

¹⁰⁹⁸ Sur ce point, v. le Titre 2 de la première partie consacrée à l'intégration des principes de la finance islamique.

l'influence qu'a exercée l'école hanbalite sur le droit des contrats de plusieurs pays arabes offre aux parties la possibilité de désigner une *lex contractus* adaptée aux exigences modernes.

217 Conclusion section 1. La théorie des clauses adjointes apparaît comme une entrave majeure au développement de la finance islamique et à sa réception en droit français. Une telle restriction de la liberté contractuelle se conçoit difficilement en un domaine où elle constitue d'ordinaire le principe. Elle conduit au rejet d'un nombre considérable de clauses habituellement stipulées dans les contrats conventionnels, notamment en vue d'assurer l'exécution par les parties de leurs obligations. Tel est le cas de la clause de réserve de propriété, parce qu'elle s'oppose à l'effet principal du contrat de vente qu'est le transfert de la propriété, ou de la clause pénale qui s'assimile au *riba*¹⁰⁹⁹. A contre-courant des trois autres écoles juridiques, l'école hanbalite n'exprime pas de position hostile à l'encontre des clauses adjointes, au point qu'un auteur a affirmé que ses disciples avaient dégagé le principe de la liberté contractuelle dès le IX^e siècle « *bien avant qu'il ne fût connu en Europe* »¹¹⁰⁰. Si une telle assertion semble quelque peu excessive, elle illustre l'attitude libérale des hanbalites en la matière.

Section 2 : Le rôle de la volonté dans la théorie des clauses adjointes

218 Plan. La théorie des clauses adjointes entrave l'expression de la volonté individuelle. Partant, on pourrait en déduire qu'à la différence du droit français, les *fuqaha* ne reconnaissent à la volonté qu'un rôle secondaire dans le processus contractuel. En faveur de cette hypothèse, on relève que les clauses de réserve de propriété et d'inaliénabilité ne contreviennent pas aux prohibitions du *riba* et du *gharar*. De telles stipulations sont *fâsid* parce qu'elles s'opposent à l'effet principal de l'acte qu'est le transfert de la propriété. La cause réelle de la théorie des clauses adjointes émerge alors, celle d'une conception objective du contrat qui n'attache guère d'importance à la volonté individuelle et qui distinguerait ainsi le *fiqh* du droit français. Aux termes de l'article 1100-1 al. 1^{er} du Code civil les actes juridiques « *sont des*

¹⁰⁹⁹ AAOFI, Norme charaïque n°8, Annexe D.

¹¹⁰⁰ JAHEL, Sélim, « Les principes généraux du droit dans les systèmes arabo-musulmans au regard de la technique juridique contemporaine », *RIDC* 2003, p. 113.

manifestations de volonté destiné à produire des effets de droit ». Plus précisément, le contrat est décrit comme un accord de volontés entre deux ou plusieurs personnes¹¹⁰¹. Pour les tenants de la théorie volontariste, « *la volonté est le fondement du contrat, au sens où un contrat n'est valable que si, et parce que, il s'est formé par une rencontre des volontés des parties; c'est pour cette raison que ses effets deviennent obligatoires* »¹¹⁰². On aurait pu s'attendre à ce qu'il en soit de même concernant le *fiqh*, d'autant plus que les deux systèmes juridiques ont fait du formalisme une exception¹¹⁰³. Un auteur adopte cependant un avis extrême qui nie tout rôle à la volonté en droit islamique des contrats (I)¹¹⁰⁴. La théorie des clauses adjointes serait alors la conséquence de la théorie objective du contrat. Sa démonstration semble convenir aux interprétations les plus extensives de la théorie mais n'explique pas le libéralisme hanbalite. Certes la volonté des parties se voit restreinte par la théorie des clauses adjointes, mais elle n'est pas ignorée pour autant (II).

I] La négation du rôle essentiel de la volonté

219 Négation du rôle de la volonté par Chéhata. Auteur d'une thèse consacrée à *La théorie générale de l'obligation en droit musulman hanéfite*, publiée simultanément en français et en arabe¹¹⁰⁵, Chéhata conteste que la volonté des parties ait une quelconque importance en droit islamique, allant jusqu'à déclarer qu'elle « *ne joue aucun rôle dans le processus contractuel* »¹¹⁰⁶. Cette assertion pourrait être imputée à une conception différente de la volonté chez un juriste spécialiste du *fiqh*, mais l'auteur, qui a été professeur associé à la faculté de droit de Paris, maîtrise la langue française et le droit civil. L'auteur a entendu démontrer sa théorie à travers une étude du contrat en droit hanéfite qu'il considère être le plus représentatif du droit islamique¹¹⁰⁷. Ainsi, si l'on

¹¹⁰¹ C. civ., art. 1101.

¹¹⁰² ROCHFELD, Judith, *Les grandes notions du droit privé*, PUF, 2013, p. 418.

¹¹⁰³ V. à propos du droit islamique, SALEH, Nabil, « Freedom of Contract: What Does It Mean in the Context of Arab Laws? », *Arab Law Quarterly* 2001, Vol. 16, n°4, p. 347 et s. ; LINANT DE BELLEFONDS, Yvon, *Traité de droit musulman comparé, Vol.1: Théorie générale de l'acte juridique*, Mouton et cie., 1965, paragr. 140 et s. CHÉHATA, Chafik, *Théorie générale de l'obligation en droit musulman hanéfite*, Sirey, 1969, paragr. 123.

¹¹⁰⁴ CHEHATA, Chafik, « Le concept de contrat en droit musulman », *Archives de philosophie du droit*, T. 13, 1968, p. 129 et s.

¹¹⁰⁵ CHEHATA, Chafik, *La théorie générale de l'obligation en droit musulman hanéfite*, Le Caire : Imprimerie Noury & Fils, 1936. Pour nos travaux nous utilisons une version remaniée de cette thèse citée à la note précédente. A noter la parution plus récente chez Dalloz CHAFIK, Chéhata, FADALLAH, Ibrahim (Préf.), *Essai d'une théorie générale de l'obligation en droit musulman*, Dalloz, 2005.

¹¹⁰⁶ CHEHATA, Chafik, « Le concept de contrat en droit musulman », *op. cit.*, spéc. p. 135.

¹¹⁰⁷ *Ibid.*

s'en tient à ses travaux, la volonté ne contribue pas à la formation du contrat (A), pas plus qu'elle n'est à l'origine du caractère obligatoire de l'acte (B).

A) *La négation de la volonté formatrice du contrat*

220 Un échange de déclarations. Plutôt que d'un accord de volontés, le contrat en droit islamique naitrait d'un échange de déclarations¹¹⁰⁸. D'après le *Trésor de la langue française*, la volonté renvoie à la « *faculté de l'homme de se déterminer, en toute liberté et en fonction de motifs rationnels, à faire ou à ne pas faire quelque chose* ». La déclaration évoque l'action d'énoncer « *de façon expresse [...] ses idées, ses pensées ou ses sentiments* ». A l'aune de ces définitions, on perçoit que la déclaration est susceptible de créer des effets juridiques sans ou à l'encontre de la volonté¹¹⁰⁹. En outre, on pourrait penser que seul le contrat qui reposerait sur un accord de volontés supposerait un acte d'intelligence, la déclaration pouvant être l'œuvre d'une personne privé de discernement. Chéhata n'est pas de cet avis et considère au contraire que déclarer implique de saisir la signification des propos tenus, ce qui révèle un acte d'intelligence (*aql*)¹¹¹⁰. Ainsi, à l'instar du droit français, les actes accomplis par un incapable sont sanctionnés par la nullité en droit islamique, avec une nuance concernant les hanéfites qui considèrent que ces actes sont inexistant¹¹¹¹. Cela permet à Chéhata d'affirmer que pour les juristes musulmans, l'acte juridique n'est pas un « *acte de volonté. Ce n'est pas parce que le sujet de l'acte l'a voulu qu'il existe. C'est seulement en tant qu'il l'a « pensé », qu'il en a saisi la signification* »¹¹¹².

221 La nécessité d'une intention. A considérer que le contrat ne résulterait pas d'un accord de volontés, mais d'un échange de déclarations, il se forme du moins, comme en droit français¹¹¹³, de la rencontre d'une offre (*ijâb*) et d'une acceptation (*qabûl*)¹¹¹⁴.

¹¹⁰⁸ *Ibid.*, spéc. paragr. 6 et s.

¹¹⁰⁹ En ce sens, v. SCHACHT, Joseph, *Introduction au droit musulman*, Maisonneuve et Larose, 1999, p. 101.

¹¹¹⁰ CHEHATA, Chafik, « Le concept de contrat en droit musulman », *op. cit.*, paragr. 6.

¹¹¹¹ Sur les actes accomplis par les incapables, v. notamment LINANT DE BELLEFONDS, Yvon, *Traité de droit musulman comparé, Vol.1: Théorie générale de l'acte juridique*, Mouton et cie., 1965, p. 245 et s. L'auteur explique ici, contrairement à la théorie de Chéhata, que les actes accomplis par les personnes privées de discernement sont nuls car la volonté est présumée leur manquer.

¹¹¹² CHEHATA, Chafik, « Le concept de contrat en droit musulman », *op. cit.*, paragr. 7.

¹¹¹³ C. civ., art. 1113.

¹¹¹⁴ ZAHRAA, Mahdi, « Negotiating Contracts in Islamic and Middle Eastern Laws' », *Arab Law Quarterly* 1998, Vol. 13, n°3, p. 265 et s. ; LINANT DE BELLEFONDS, Yvon, *op. cit.*, p. 146 et s. CHEHATA, Chafik, *Théorie générale de l'obligation en droit musulman hanéfite*, Sirey, 1969, paragr. 139.

Les conditions exigées pour la validité de l'offre sont sensiblement les mêmes dans les deux systèmes juridiques, à savoir qu'elle doit être ferme et précise¹¹¹⁵. Il faut ainsi une double intention (*qasd*) de conclure le contrat, celle de l'émetteur de l'offre et celle de l'acceptant. En droit islamique, l'acte accompli par une personne privée de discernement serait nul en raison de ce défaut d'intention¹¹¹⁶, de même lorsque la déclaration est dépourvue de sérieux (*hazl*)¹¹¹⁷. Si l'on perçoit l'absence d'intention dans la plaisanterie, on pourrait objecter qu'elle est présente chez la personne incapable ou dont le discernement est temporairement aboli. Chéhata anticipe cette critique en avançant que la déclaration d'un incapable est jugé inexistante à cause de ses facultés mentales, rendant l'élément intentionnel surrogatoire¹¹¹⁸. Cela l'amène à s'interroger sur ce que recouvre la notion d'intention d'après les juristes et à introduire la notion de *rida* qui s'en distingue. L'élément intentionnel exigé pour la formation du contrat serait « une sorte d'*animus* qui accompagne la déclaration », « un état d'esprit orienté vers la fin que doit réaliser l'acte »¹¹¹⁹. Pour autant, le contrat ne doit pas ses effets à cet état d'esprit mais, comme le rappelle l'auteur, à la charia ainsi que l'ont théorisé les juristes.

222 Distinction du *ridà* et du consentement. L'article 1128 du Code civil fait du consentement des parties la première des conditions de validité du contrat. Il faut ainsi que la volonté de s'engager soit réelle, ce qui suppose d'être en état de saisir la portée de ses actes¹¹²⁰, mais aussi qu'elle soit libre et entière, c'est-à-dire qu'elle soit exempte de tout vice. Le droit français en reconnaît trois qui sont l'erreur, le dol et la violence¹¹²¹, sanctionnés par la nullité relative de l'acte¹¹²². Pour nier à la volonté un rôle dans la formation du contrat, Chéhata évoque le *ridà* que certains auteurs assimilent au consentement¹¹²³. Il s'agit pour l'auteur d'un élément psychologique distinct de l'intention dont il affirme qu'il se distingue du consentement¹¹²⁴. Le *rida* est

¹¹¹⁵ Concernant le droit français, C. civ., art. 1114. Concernant le droit islamique, v. ZAHRAA, Mahdi, *op. cit.*, p. 269 ; CHÉHATA, Chafik, *op. cit.*, paragr. 139.

¹¹¹⁶ CHEHATA, Chafik, « Le concept de contrat en droit musulman », *op. cit.*, paragr. 9.

¹¹¹⁷ *Ibid.* paragr. 10.

¹¹¹⁸ *Ibid.* paragr. 9.

¹¹¹⁹ *Ibid.*, paragr. 10. L'islamologue Joseph Schacht opère lui aussi un rapprochement entre l'intention (*niyya*) et l'*animus* « visant à produire des effets juridiques, et s'exprimant dans une déclaration », v. SCHACHT, Joseph, *Introduction au droit musulman*, Maisonneuve et Larose, 1999, p. 101.

¹¹²⁰ L'article 1129 du Code civil dispose qu'il est nécessaire d'être sain d'esprit pour pouvoir contracter.

¹¹²¹ C. civ., art. 1130.

¹¹²² C. civ., art. 1131.

¹¹²³ SALEH, Nabil, « Definition and formation of contract under Islamic and Arab laws », *Arab Law Quarterly* 1990, Vol. 5, n°3, p. 107.

¹¹²⁴ CHEHATA, Chafik, « Le concept de contrat en droit musulman », *op. cit.*, paragr. 12, spéc. p. 134.

un « *phénomène extrinsèque à la volonté* » qui porte sur la déclaration et correspond à « *l'état de sécurité dans lequel se trouve l'esprit du déclarant* »¹¹²⁵.

223 Absence d'une théorie des vices du consentement. L'auteur en veut pour preuve que les juristes n'ont pas établi de théorie des vices du consentement comme on la rencontre en droit civil, seule la violence (*ikrâh*) est traitée dans les manuels comme une cause de nullité du contrat¹¹²⁶. La déclaration exprimée sous la contrainte n'empêche pas la formation de l'acte car l'intention de contracter est malgré tout présente. Le *ridâ* fait cependant défaut ouvrant la voie à l'anéantissement de l'acte par la nullité¹¹²⁷. Il ne serait pas pour autant un élément formateur puisque son absence n'entrave pas la formation du contrat qui n'est que vicié. A cet égard, Chéhata cite Ibn Abidin pour qui la vente conclue sous l'empire de la violence n'en est pas moins une vente¹¹²⁸. Le contrat encourt la nullité non pas parce que le consentement a été vicié, mais parce que la déclaration a été émise dans des conditions illicites.

224 Absence de nullité du contrat pour dol. Pour convaincre que la volonté importe peu dans le *fiqh*, Chéhata rappelle que ni le dol ni l'erreur ne sont sanctionnés au titre du défaut de consentement. Les manœuvres frauduleuses ne sont répréhensibles en droit islamique, particulièrement hanéfite, que si elles s'accompagnent d'une lésion¹¹²⁹. Cette conception diffère de celle retenue en droit français où le dol consiste à obtenir le consentement de l'autre partie par des manœuvres ou des mensonges¹¹³⁰. On retrouve dans le pendant islamique du dol (*tagrîr*), la préoccupation principale des juristes qu'est l'équilibre des prestations. Plutôt que le dol, c'est davantage la lésion qui est sanctionnée lorsqu'elle s'accompagne de manœuvres frauduleuses, ce qui tendrait à démontrer que la volonté importe peu dans le processus contractuel¹¹³¹.

225 Absence de nullité du contrat pour erreur. L'erreur (*khata*) n'est pas non plus envisagée par les *fuqaha* comme un vice du consentement et n'est que peu traitée dans

¹¹²⁵ *Ibid.*, spéc. p. 134.

¹¹²⁶ En ce sens, COMAIR-OBEID, Nayla, *Les contrats en droit musulman des affaires*, Economica, 1995, p. 95 LINANT DE BELLEFONDS, Yvon, *Traité de droit musulman comparé, Vol.1: Théorie générale de l'acte juridique*, Mouton et cie., 1965, paragr. 195.

¹¹²⁷ CHEHATA, Chafik, « Le concept de contrat en droit musulman », *op. cit.*, paragr. 12.

¹¹²⁸ *Ibid.*

¹¹²⁹ COMAIR-OBEID, Nayla, *op. cit.*, p. 103 LINANT DE BELLEFONDS, Yvon, *op. cit.*, paragr. 451.

¹¹³⁰ C. civ., art. 1137.

¹¹³¹ Sur l'abandon de la nécessité d'une lésion pour caractériser le dol, v. *infra* nos développements relatifs aux options légales.

leurs ouvrages¹¹³². La notion d'erreur s'entend de « *l'opinion contraire à la réalité* » qui, dans certaines hypothèses, est cause de nullité du contrat en droit français. Dans le *fiqh*, le contrat est inexistant, à savoir qu'il est réputé ne pas être formé, lorsque l'une des parties s'est trompée sur la nature du contrat ou sur la substance de l'objet¹¹³³. Il ne s'agit pas alors d'un vice du consentement, mais d'une discordance entre les déclarations¹¹³⁴. Une telle conception évoque l'erreur-obstacle en droit français laquelle, comme en droit islamique, empêche la formation du contrat. Il en est ainsi, dit Chéhata lorsque l'une des parties déclare acheter une pierre précieuse, mais que celle-ci n'est en fait constituée que de verre¹¹³⁵. En transposant l'exemple en droit français, il apparaît qu'il s'agit d'une erreur sur les qualités essentielles de la chose, laquelle est un vice du consentement susceptible d'entraîner la nullité du contrat. Il est intéressant de constater que pour les juristes musulmans l'inexistence du contrat dans une pareille situation se fonde sur la théorie de l'objet et non sur celle de l'erreur¹¹³⁶. Cette dernière n'est véritablement envisagée qu'en l'absence d'une qualité stipulée (*wasf*). Toute la difficulté réside dans la distinction de ce qui est une qualité essentielle (*jins*) de ce qui ne l'est pas. En l'absence de la qualité stipulée, le contrat est valablement formé mais les *fuqaha* considèrent qu'il peut être résolu pour inexécution au moyen d'une option (*khiyar*)¹¹³⁷. Il n'est ainsi à aucun moment question de protéger le consentement de l'une des parties. S'agissant de l'erreur portant sur la déclaration, à savoir quand l'une des parties prononce un mot à la place d'un autre, Chéhata explique qu'elle n'est pas un obstacle à la formation du contrat. La déclaration émane d'une personne douée de raison et possède l'élément formateur qu'est *l'animus*. Il ne lui manque que le *rida*, considéré ici comme « *l'état de sécurité contre ses propres réflexes, dans lequel doit se trouver l'esprit du déclarant* »¹¹³⁸.

226 La volonté exclue du processus contractuel. Après avoir démontré que le *rida* ne s'assimilait pas au consentement, l'auteur en conclut que la volonté des parties n'intervient pas dans le processus contractuel¹¹³⁹. L'acte se forme par la rencontre des

¹¹³² LINANT DE BELLEFONDS, Yvon, *op. cit.*, paragr. 496.

¹¹³³ CHÉHATA, Chafik, *Théorie générale de l'obligation en droit musulman hanéfite*, Sirey, 1969, paragr. 157 LINANT DE BELLEFONDS, Yvon, *op. cit.*, paragr. 500.

¹¹³⁴ CHEHATA, Chafik, « Le concept de contrat en droit musulman », *op. cit.*, paragr. 15.

¹¹³⁵ CHÉHATA, Chafik, *op. cit.*, paragr. 157.

¹¹³⁶ *Ibid.*, paragr. 158 LINANT DE BELLEFONDS, Yvon, *op. cit.*, paragr. 500.

¹¹³⁷ Sur ce point, v. la première section du chapitre suivant.

¹¹³⁸ CHEHATA, Chafik, « Le concept de contrat en droit musulman », *op. cit.*, paragr. 16.

¹¹³⁹ *Ibid.*, paragr. 17.

déclarations, lesquelles sont des actes de raisons justifiant que les incapables ne puissent pas valablement contracter. Plutôt que la volonté, c'est l'intention qui est, en droit islamique, l'élément formateur du contrat et qui s'assimile à un *animus*¹¹⁴⁰. Il n'est pas alors nécessaire que la déclaration de l'une des parties s'accorde avec sa volonté pour que l'acte soit valide, il suffit que l'esprit du déclarant soit en état de sécurité¹¹⁴¹. Chéhata nie ainsi à la volonté le rôle qui lui est reconnu en droit français. Elle ne contribue pas selon lui à la formation du contrat, pas plus qu'elle ne lui confère ses effets qui se réalisent tels que la charia les a prévus. La volonté étant absente du processus contractuel, elle ne saurait être à l'origine ni de la force obligatoire du contrat ni de la création d'obligations.

B) La négation de la volonté créatrice d'obligations

227 Force obligatoire du contrat. Dans la conception autonomiste du contrat en droit français, la volonté est présentée comme la source et la justification du caractère obligatoire de l'acte¹¹⁴². La théorie de l'autonomie de la volonté, aujourd'hui critiquée¹¹⁴³, se fondait notamment sur l'ancien article 1134 al. 1^{er} du Code civil qui disposait que les « *conventions légalement formées tiennent lieu de loi à ceux qui les ont faites* »¹¹⁴⁴. Si le principe a été repris dans une rédaction similaire à l'article 1103 du Code civil, d'autres fondements que la volonté ont pu être invoqués pour justifier le principe de la force obligatoire¹¹⁴⁵. L'existence du principe de la force obligatoire du contrat n'est pas contestée en droit islamique, bien qu'il puisse aisément lui être dérogé par la stipulation du *khiyar al-shart*¹¹⁴⁶ et qu'il existe un certain nombre d'actes révocables unilatéralement¹¹⁴⁷. Ces derniers appartiennent cependant à la catégorie des

¹¹⁴⁰ Un auteur a pu parler en droit français d'*animus contrahendi* entendu comme l'intention d'entrer dans une relation juridique, de s'obliger par un lien de droit., v. FABRE-MAGNAN, Muriel, *Droit des obligations: 1-Contrat et engagement unilatéral*, 5^e éd., Presses Universitaires de France, 2019, paragr. 229.

¹¹⁴¹ *Ibid.*

¹¹⁴² V. à titre d'illustration CARBONNIER, Jean, *Droit civil. T. 1: Introduction, les personnes, la famille, l'enfant, le couple*, PUF, 2017, paragr. 931 BÉNABENT, Alain, *Droit des obligations*, 19^e éd., LGDJ, 2021, paragr. 68.

¹¹⁴³ V. sur ce point, v. *infra* paragr. 436.

¹¹⁴⁴ Carbonnier qualifiait cet article de « citadelle de l'autonomie de la volonté », v. CARBONNIER, Jean, *op. cit.*, paragr. 169.

¹¹⁴⁵ Pour une présentation de ces différents fondements, v. FABRE-MAGNAN, Muriel, *Droit des obligations: 1-Contrat et engagement unilatéral*, 5^e éd., Presses Universitaires de France, 2019, paragr. 123 et s.

¹¹⁴⁶ Concernant cette clause, v. nos développements relatifs aux options conventionnelles.

¹¹⁴⁷ Parmi les actes révocables Yvon LINANT DE BELLEFONDS cite le mandat, la société, le dépôt, le commodat et la donation, v. LINANT DE BELLEFONDS, Yvon, *Traité de droit musulman comparé, Vol.1: Théorie générale de l'acte*

actes non obligatoires (*gayr lazîm*) et se distinguent de ceux qui s'imposent aux parties dès leur formation (*lazîm*)¹¹⁴⁸.

228 Absence de caractère obligatoire de la promesse de contrat dans le *fiqh*. Afin de démontrer que le principe de la force obligatoire n'a pas pour fondement la volonté, Chéhata prend l'exemple de la promesse unilatérale (*wa'd*) que les jurisconsultes distinguent nettement du contrat (*aqd*). Le Code civil, en son article 1124, qualifie au contraire la promesse unilatérale de contrat, lui reconnaissant par-là un caractère obligatoire¹¹⁴⁹. En conséquence, le promettant ne peut se rétracter pendant le délai d'option laissé au bénéficiaire pour empêcher la formation du contrat. La règle expressément énoncée par le deuxième alinéa de l'article 1124 a été voulue, par le législateur, comme un bris de la jurisprudence *Consorts Cruz* de 1993 par laquelle la Haute juridiction retenait que le non-respect de la promesse s'analysait en la violation d'une obligation de faire, sanctionnée par le versement de dommages-intérêts¹¹⁵⁰. En vertu du caractère obligatoire de l'acte, le contrat conclu avec un tiers en violation de la promesse est nul. Il suffit pour cela que le tiers ait eu connaissance de la promesse¹¹⁵¹. A rebours de la position française, les jurisconsultes musulmans considèrent que la promesse est dépourvue de caractère contraignant¹¹⁵².

229 La promesse : un simple engagement moral. Le promettant n'est tenu d'aucune obligation juridique envers le bénéficiaire, ce dernier ne pouvant demander ni l'exécution forcée ni, en principe, la réparation du préjudice dont il serait victime¹¹⁵³, et ce, alors même qu'il aurait accepté la promesse¹¹⁵⁴. Il ne pèse sur le promettant qu'une simple contrainte morale, le Coran citant en exemple Ismaël qui était « *sincère*

juridique, Mouton et cie., 1965, paragr. 102. Des exceptions existent cependant, le mandat ne peut être librement révoqué lors qu'il est rémunéré, v. AAOFI, Norme charaïque n°23, art. 4.3.2

¹¹⁴⁸ Sur la distinction de ces actes, v. *Ibid.*, paragr. 98 et s.

¹¹⁴⁹ C. civ., art. 1124 al. 1^{er} : « *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* ».

¹¹⁵⁰ Civ. 3^e, 15 déc. 1993, n°91-10.199, Bull. civ. III, n° 174 : *JCP N* 1995.II.31, obs. D. Mazeaud, Defrenois 1994.795, obs. P. Delebecque ; RTD civ. 1994, note J. Mestre.

L'intention du législateur de mettre un terme à la jurisprudence *Consorts Cruz* est affirmée dans le rapport au Président de la République accompagnant l'ordonnance de réforme des contrats, v. Rapport au Président de la République relatif à l'ordonnance n° 2016-131 du 10 février 2016 portant réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations : *JO*, 11 février 2016, n°0035, texte n°25.

¹¹⁵¹ C. civ., art. 1124 al. 3.

¹¹⁵² CHEHATA, Chafik, « Le concept de contrat en droit musulman », *op. cit.*, paragr. 18.

¹¹⁵³ L'AAOFI, tout en affirmant que la promesse est dépourvue de caractère obligatoire, retient cependant que le bénéficiaire a droit à la réparation du préjudice qu'il subit en raison de la violation par le promettant de son engagement, v. AAOFI, Norme charaïque n°49, art. 3.4.

¹¹⁵⁴ CHEHATA, Chafik, « Le concept de contrat en droit musulman », *op. cit.*, paragr. 18.

en sa promesse »¹¹⁵⁵ et enjoignant les croyants à tenir parole¹¹⁵⁶. L'absence de force obligatoire de la promesse pourrait s'expliquer d'après Chéhata par sa nature impliquant un engagement de conclure un contrat à l'avenir¹¹⁵⁷. Il importe peu que l'on considère que la promesse fait naître une obligation de faire¹¹⁵⁸ ou ne confère qu'un droit d'option au bénéficiaire¹¹⁵⁹, la formation du contrat promis est fonction de cette seule partie. La promesse a ainsi pour objet une chose future, or le droit islamique manifeste une aversion pour de tels actes car ils impliquent le *gharar*. Il peut être objecté que la prohibition du *gharar* ne concerne que les contrats à titre onéreux et que tel n'est pas nécessairement le cas s'agissant de la promesse unilatérale. En outre, la démonstration de Chéhata est sujette à critique en ce qu'elle repose sur la promesse que les juristes se refusent à qualifier de contrat. L'auteur a néanmoins entendu souligner à travers cet exemple que la volonté est si peu considérée en droit islamique que la promesse est dénuée de caractère obligatoire.

230 Fondements possibles du principe en droit islamique. Plutôt qu'à la volonté, il semble que le principe de la force obligatoire des contrats doit davantage son origine au Coran qui enjoint aux musulmans de respecter leurs engagements¹¹⁶⁰. Il s'agit d'une justification positiviste du principe, le contrat s'impose aux parties non pas parce qu'elles l'ont voulu, mais parce que le Coran, norme suprême, l'énonce. Le principe se déduirait encore de l'importance de la morale en droit islamique, le non-respect des engagements étant contraire aux valeurs de l'islam. La force obligatoire du contrat a ainsi d'autres fondements envisageables que la volonté qui, selon Chéhata, ne jouerait aucun rôle dans le processus contractuel. A cet égard, il convient de relever qu'en Angleterre et aux Etats-Unis le principe se justifie par la théorie de la *reliance* d'après laquelle chaque contractant est tenu d'exécuter sa prestation afin de protéger les attentes légitimes de l'autre. Le Pr Muriel FABRE-MAGNAN constate que dans cette conception ce n'est « *pas tant la volonté elle-même qui marque la naissance de*

¹¹⁵⁵ Coran, Sourate 19, verset 54.

¹¹⁵⁶ Coran, Sourate 61, versets 2-3 : « *Ô vous les croyants ! Pourquoi dites-vous ce que vous ne faites pas ? Dire ce que vous ne faites pas est grandement haïssable auprès de Dieu* ». Le verset aurait pu s'interpréter comme conférant à la promesse un caractère obligatoire.

¹¹⁵⁷ CHEHATA, Chafik, « Le concept de contrat en droit musulman », *op. cit.*, paragr. 20.

¹¹⁵⁸ Ce qui était la position de la Cour de cassation dans l'arrêt *Consorts Cruz*.

¹¹⁵⁹ Conception consacrée par l'article 1124 du Code civil.

¹¹⁶⁰ V. notamment Coran, sourate V, verset 1 : « *Ô vous qui croyez ! Respectez vos engagements !* ». Le Pr Sami a recensé les versets appelant les musulmans à être fidèles à leurs engagements, v. ALDEEB ABU-SAHLIEH, Sami Awad, *Introduction à la société musulmane*, Eyrolles, 2005, p. 389.

l'obligation que l'expression de cette volonté, sa communication ; laquelle implique nécessairement l'existence d'autrui »¹¹⁶¹. En cela la théorie de la *reliance* se rapproche de la position défendue par Chéhata pour qui le contrat se forme au moyen de la déclaration que doit respecter celui dont elle émane. Les différentes explications avancées pour fonder le principe de la force obligatoire en droit islamique démontrent qu'il est envisageable d'exclure la volonté. La justification positiviste pourrait d'ailleurs être étendue au droit français puisque l'article 1103 du Code civil énonce le principe. Ce serait ignorer toutefois que le législateur a fait de la volonté la pierre angulaire du droit des contrats¹¹⁶².

231 La notion d'obligation. Il ressort de l'article 1101 du Code civil que le contrat possède deux caractéristiques : il est un accord de volontés d'une part et source d'obligations d'autre part¹¹⁶³. Chéhata a critiqué l'approche du contrat en droit islamique sous le prisme de la volonté, puis a contesté qu'il vise à créer des obligations¹¹⁶⁴ ; ce qui *a priori* apparaît d'autant plus paradoxal qu'il est l'auteur d'une *Théorie générale de l'obligation en droit musulman hanéfite*¹¹⁶⁵. La notion d'obligation provient du droit romain où elle est longtemps demeurée indéfinie avant qu'Ulpien ne la décrive au III^e siècle comme un *vinculum iurus*, un lien de droit¹¹⁶⁶. On trouve dans les *Institutes* de Justinien une définition de la notion proche de son acception moderne : « *L'obligation est le lien de droit par lequel nous sommes tenus de payer quelque chose à quelqu'un en vertu du droit de notre cité* »¹¹⁶⁷. A l'aune de cette définition, il convient de constater que les jurisconsultes romains n'ont pas fait reposer la notion sur la volonté des contractants. Si le débiteur de l'obligation est contraint de l'exécuter c'est en vertu du « droit de la cité ». Le doyen Carbonnier reprend peu ou prou la formulation pour décrire l'obligation comme « *le lien de droit existant spécialement entre deux personnes, en vertu duquel l'une doit faire quelque chose pour l'autre* »¹¹⁶⁸.

¹¹⁶¹ FABRE-MAGNAN, Muriel, *Droit des obligations: 1-Contrat et engagement unilatéral*, 5^e éd., Presses Universitaires de France, 2019, paragr. 126.

¹¹⁶² En s'intéressant à l'occurrence du terme « volonté », l'on constate qu'il apparaît dans sept articles du titre III, du livre III du Code civil : C. civ., art. 1100-1, 1101, 1113, 1114, 1118, 1196, 1213

¹¹⁶³ C. civ., art. 1101 : « *Le contrat est un accord de volontés entre deux ou plusieurs personnes destiné à créer, modifier, transmettre ou éteindre des obligations* ».

¹¹⁶⁴ CHEHATA, Chafik, « Le concept de contrat en droit musulman », *op. cit.*, paragr. 20 et s., spéc. paragr. 20 et 22

¹¹⁶⁵ CHEHATA, Chafik, *La théorie générale de l'obligation en droit musulman hanéfite*, Le Caire : Imprimerie Noury & Fils, 1936.

¹¹⁶⁶ GAZZANIGA, Jean-Louis, *Introduction historique au droit des obligations*, 1. éd., PUF, 1992, paragr. 6.

¹¹⁶⁷ *Obligatio est iuris vinculum quo necessitate astringimur alicujus solvendae rei secundum nostrae civitatis iura*, v. *Institutes* de Justinien, Livre 3, titre 13.

¹¹⁶⁸ CARBONNIER, Jean, *Droit civil. T. 1: Introduction, les personnes, la famille, l'enfant, le couple*, PUF, 2017, paragr. 922.

Le lien de droit constitue l'élément essentiel de la notion, il induit un rapport entre au moins deux personnes. Le Pr Muriel FABRE-MAGNAN a mis en exergue que cette idée de lien était partagée par un certain nombre de cultures au sein desquelles le terme employé pour désigner le contrat y fait référence¹¹⁶⁹. L'auteur mentionne notamment le terme arabe '*aqd* dont le pluriel, *uqud*, est présent dans le verset enjoignant aux croyants de respecter leurs engagements¹¹⁷⁰ et qui signifie faire un nœud avec des cordes¹¹⁷¹. On pourrait alors s'attendre à ce que le contrat en droit islamique soit, à l'instar de ce qu'énonce le Code civil, destiné à générer des obligations, mais il en n'est rien pour Chéhata.

232 Le contrat créateur d'une situation juridique nouvelle. En droit français, l'obligation naît surtout, mais pas exclusivement, des contrats et donc de la volonté des parties. L'emploi par le législateur, à l'article 1101 du Code civil, de la formule « *destiné à créer, modifier, transmettre ou éteindre des obligations* » est significatif de la fonction attribuée au contrat. A s'en tenir à la démonstration de Chéhata, la volonté des parties est pratiquement ignorée par le droit islamique et ne pourrait ainsi être source d'obligations. L'auteur ne nie pas pour autant que la notion d'obligation puisse exister dans le *fiqh*¹¹⁷², mais il estime en revanche que le contrat n'est pas conçu autour d'elle. Il l'explique par la fonction attribuée au contrat par les *fuqaha* qui ne vise pas à engendrer des obligations, mais à créer un nouvel état des choses¹¹⁷³.

233 Le mythe de l'obligation de donner. Pour mieux saisir la fonction du contrat, il faut à nouveau se référer à la vente, considérée être le contrat type¹¹⁷⁴ ; ce qui est d'autant plus vrai s'agissant de la finance islamique. Le principal effet du contrat de vente est le transfert de la propriété de la chose qui, de même que par principe en droit français, se réalise dès la conclusion du contrat¹¹⁷⁵. La différence majeure entre les deux systèmes juridiques est qu'il n'est pas admis de différer cet effet en droit islamique

¹¹⁶⁹ FABRE-MAGNAN, Muriel, *Le droit des contrats*, Humensis, 2018, p. 49.

¹¹⁷⁰ Coran, Sourate 5, verset 1.

¹¹⁷¹ FABRE-MAGNAN, Muriel, *op. cit.*, p. 49.

¹¹⁷² Il suffit pour s'en convaincre de s'intéresser à la *Théorie générale des obligations en droit hanéfite* de l'auteur où il distingue trois types d'obligations *dayn*, '*ayn* et '*amal* qui correspondent respectivement aux obligations ayant pour objet une chose fongible, un corps certain et une prestation de service, v. CHEHATA, Chafik, *Théorie générale de l'obligation en droit musulman hanéfite*, Sirey, 1969, p. 169 et s.

¹¹⁷³ CHEHATA, Chafik, « Le concept de contrat en droit musulman », *op. cit.*, paragr. 20

¹¹⁷⁴ V. en ce sens SALEH, Nabil, « Definition and formation of contract under Islamic and Arab laws », *Arab Law Quarterly* 1990, Vol. 5, n°3, p. 101 ; CHEHATA, Chafik, « Le concept de contrat en droit musulman », *op. cit.*, paragr. 21 ; SCHACHT, Joseph, *Introduction au droit musulman*, Maisonneuve et Larose, 1999, p. 129.

¹¹⁷⁵ C. civ., art. 1196 et 1583.

sans enfreindre la prohibition des clauses adjointes¹¹⁷⁶. La raison en est que les effets du contrat sont censés se réaliser concomitamment à sa formation telle que la charia les a voulus. Il n'existe ainsi aucune obligation de donner à la charge du vendeur, ce qu'un auteur a également affirmé à propos du droit français¹¹⁷⁷. Le paiement du prix peut en revanche être réalisé à l'échéance du terme convenu entre les parties. Cette faculté s'explique par la conception islamique du contrat de vente en lien avec un objet et si le « *le prix peut être payé à l'échéance du terme convenu, c'est que le prix ne constitue pas l'objet propre de la vente* »¹¹⁷⁸. Chéhata rappelle que les jurisconsultes considèrent que le prix intègre le patrimoine du vendeur dès la formation du contrat, mais son paiement peut intervenir *a posteriori* car il s'agit d'une « *quantité de choses fongibles dont la propriété passe au moment de la tradition* »¹¹⁷⁹. En outre, l'obligation de payer le prix n'est pas à proprement parler un effet du contrat, seul le transfert de propriété l'est¹¹⁸⁰. Dans ce système, le contrat n'a pas vocation à créer des obligations, mais à réaliser une fin déterminée¹¹⁸¹. La volonté individuelle n'entre pas en considération, ce qui justifie qu'il n'existe pas dans le *fiqh* un véritable principe de la liberté contractuelle¹¹⁸². La théorie des clauses adjointes n'est que la conséquence de la définition classique du contrat.

234 Le fondement véritable du principe de la force obligatoire : l'équilibre des prestations. A admettre que la volonté ne confère pas au contrat sa force obligatoire et ne fait naître aucune obligation, on est en droit de s'interroger sur ce qui contraint les parties à exécuter leur engagement. Le fondement serait à rechercher, comme en ce qui concerne les prohibitions du *riba* et du *gharar*, dans l'exigence de l'équilibre des prestations. Les jurisconsultes distinguent peu ou prou les actes conclus à titre onéreux (*mu'âwadât*) des actes à titre gratuit, seuls les premiers étant obligatoires tandis que les seconds demeurent librement révocables¹¹⁸³. La différence de régime s'expliquerait

¹¹⁷⁶ Certains *khiyarat* ont cependant pour effet de différer l'effet translatif du contrat, v. sur ce point le chapitre suivant de ce titre.

¹¹⁷⁷ FABRE-MAGNAN, Muriel « Le mythe de l'obligation de donner », *RTD civ.* 1996.85. Le titre de ce paragraphe est une référence à l'article de l'auteur.

¹¹⁷⁸ CHEHATA, Chafik, « Le concept de contrat en droit musulman », *op. cit.*, paragr. 21

¹¹⁷⁹ *Id.*

¹¹⁸⁰ « *Quoi qu'il en soit, et l'obligation de livrer la chose vendue et l'obligation de payer le prix ne sont jamais considérées comme autant d'effets découlant du contrat. L'effet du contrat de vente, c'est proprement le transfert de propriété. Accessoirement à cet effet, des droits naissent de part et d'autre en fonction de cet effet et non comme effets du contrat lui-même (Kasani, V 243, I, 18)* », v. CHEHATA, Chafik, « Le concept de contrat en droit musulman », *op. cit.*, paragr. 21.

¹¹⁸¹ *Ibid.*, paragr. 22.

¹¹⁸² *Ibid.*, paragr. 23

¹¹⁸³ Sur la distinction des actes en droit islamique, v. LINANT DE BELLEFONDS, Yvon, *Traité de droit musulman comparé, Vol.1: Théorie générale de l'acte juridique*, Mouton et cie., 1965, p. 65 et s. Il existe plusieurs catégories au sein de ce que

par la nature des actes à titres onéreux impliquant que chaque partie reçoive un avantage en contrepartie de celui qu'elle procure. Chéhata illustre à nouveau son raisonnement en se référant à la vente. Si l'acquéreur est tenu de payer le prix, c'est parce que l'équilibre du contrat doit être préservé¹¹⁸⁴. A défaut, en raison de l'effet translatif de la vente, le refus d'exécuter l'obligation entraînerait l'appauvrissement du vendeur sans que ce dernier ait eu une intention libérale. L'ordre moral islamique commande que l'acquéreur paye le prix car il « *constitue l'équivalent de la chose* », ne pas le faire serait « *rompre l'équilibre que tout contrat doit assurer* »¹¹⁸⁵. L'existence d'une contrepartie détermine le caractère obligatoire de l'acte expliquant que la donation n'est plus révocable lorsqu'elle est assortie d'une charge. La réflexion peut être étendue à certains contrats à titre gratuit tel le dépôt ou le prêt. L'obligation de restitution qui pèse sur le dépositaire ou l'emprunteur réside là encore dans l'exigence d'équivalence. Si elle n'est pas exécutée, le débiteur s'enrichit au détriment du créancier. C'est ainsi que certains auteurs classiques ont considéré que l'obligation de l'emprunteur naît, non pas du contrat, mais du fait d'avoir reçu la somme¹¹⁸⁶. Chéhata écrit, à raison, que la notion d'équivalence « *sous-tend toute la théorie du contrat en droit musulman* », qu'elle est de « *portée générale* » et qu'elle « *déborde les cadres du phénomène contractuel* »¹¹⁸⁷. On la retrouve s'agissant de la réparation du fait dommageable où la matière est, comme en droit français, gouvernée par le principe de réparation intégrale¹¹⁸⁸ imposant d'indemniser la victime « *sans qu'il en résulte pour elle ni perte ni profit* »¹¹⁸⁹. Ce principe répond, comme les prohibitions du *riba* et du *gharar*, à un impératif de défense de l'ordre moral islamique. Le principe de l'équilibre des prestations régit ainsi l'ensemble de la finance islamique où il constitue la contrainte sous-jacente à chaque opération. Il est difficilement concevable, dans un tel système, que la volonté des parties puisse menacer ce principe, justifiant qu'elle ne puisse pleinement s'exprimer.

l'on pourrait qualifier d'actes à titre gratuit parmi lesquelles les libéralités et les semi-libéralités. Les premières concernent notamment la donation, le testament, la remise de dettes ou encore le prêt à usage, tandis que les secondes incluent le prêt ou le cautionnement, v. *ibid.*, spéc. p. 66, paragr. 70.

¹¹⁸⁴ CHEHATA, Chafik, « Le concept de contrat en droit musulman », *op. cit.*, paragr. 26.

¹¹⁸⁵ CHEHATA, Chafik, « Le concept de contrat chez Saint Thomas d'Aquin et dans la pensée juridique musulmane », *Archives de philosophie du droit et de philosophie sociale* 1961, Vol. 47, p. 177.

¹¹⁸⁶ CHEHATA, Chafik, « Le concept de contrat en droit musulman », *op. cit.*, paragr. 29 citant Kasani, V, 206,1, 24.

¹¹⁸⁷ *Ibid.*, paragr. 26

¹¹⁸⁸ CHEHATA, Chafik, « Le concept de contrat en droit musulman », *op. cit.*, paragr. 28.

¹¹⁸⁹ Civ. 2^e, 5 juill. 2001, n° 99-18.712, Bull. civ. II, n°135.

235 Théorie objective du contrat. A s'en tenir à la démonstration de Chéhata, la définition du contrat dans le *fiqh* diffère de celle du droit français tant la volonté ne semble jouer qu'un rôle négligeable. Le contrat ne se forme pas à l'occasion de l'échange des consentements mais des déclarations. La volonté des parties ne confère pas à l'acte sa force obligatoire, pas plus qu'elle n'engendre des obligations. Les parties sont tenues de respecter leurs engagements au motif de l'impérieuse nécessité de respecter l'ordre moral islamique. Si le droit français s'attache aux sujets de l'obligation, le droit islamique à l'inverse se préoccupe de l'objet de l'obligation. En comparant le contrat dans les deux systèmes juridiques, on constate que deux conceptions s'opposent. L'une, subjective, considère que le contrat est un accord de volontés relatif à des obligations établissant un lien de droit entre les personnes¹¹⁹⁰. Dans une telle théorie, la volonté des parties joue un rôle primordial. L'autre conception, objective, repose sur le principe que le lien n'est pas tant entre les personnes qu'entre une personne et un objet¹¹⁹¹. Elle s'explique en partie parce que le contrat de vente constitue le modèle type dans le *fiqh*. Pour reprendre les mots de Chéhata « *la notion d'échange plane sur toute la théorie de l'obligation et gouverne toutes les solutions reçues en droit musulman* »¹¹⁹². La conception objective ne laisse guère de place à la volonté des parties qui doit être restreinte afin d'assurer le respect de l'ordre moral. Partant, il ne saurait exister un véritable principe de la liberté contractuelle dans les contrats de finance islamique. Il a pourtant été démontré, que la doctrine hanbalite, en partie reprise dans les normes de l'AAOFI, accordait aux parties un degré de liberté appréciable amenant à tempérer la conclusion de Chéhata.

II] La prise en considération de la volonté des parties

236 Objections à la démonstration de Chéhata. Nier que la volonté joue un rôle dans le phénomène contractuel peut sembler excessif. Les travaux de Chéhata prêtent le flanc à la critique en ce qu'il les a volontairement restreints à l'étude de la seule doctrine hanéfite qui, si elle représente l'école historiquement la plus influente dans le

¹¹⁹⁰ La définition de l'obligation comme un lien de droit

¹¹⁹¹ D'après Chéhata, la conception islamique du contrat rejoint la philosophie traditionnelle aristotélicienne ou thomiste, « *l'élément décisif de la relation juridique réside dans l'objet* », v. CHEHATA, Chafik, « Le concept de contrat en droit musulman », *op. cit.*, paragr. 31.

¹¹⁹² CHEHATA, Chafik, « Le concept de contrat en droit musulman », *op. cit.*, paragr. 29

monde musulman, n'est pas unique. D'aucuns pourraient reprocher à l'auteur ses arguties, notamment quant à sa distinction du *ridà* et du consentement ou de l'intention qui constituerait un *animus* et non une volonté¹¹⁹³. Deux critiques peuvent être adressées à sa démonstration. L'auteur ne fait d'une part aucune mention de l'existence dans le *fiqh* d'un principe du consensualisme (A)¹¹⁹⁴. Il déduit d'autre part, notamment de l'absence d'une théorie des vices du consentement, que « *si la déclaration doit être sainement émise, ce n'est point dans la mesure où elle doit concorder avec la volonté* ». Or, il semble que cette absence doit davantage être imputée à une théorie objective du consentement plutôt qu'à une absence de prise en considération de la volonté individuelle (B).

A) *L'existence du principe du consensualisme dans le fiqh*

237 Absence de formalisme. Le droit français des contrats est dominé par le principe du consensualisme ainsi que l'énonce l'article 1172 al. 1^{er} du Code civil. Cela signifie que les contrats se forment par le seul échange des consentements peu importe le mode d'expression¹¹⁹⁵. Le législateur n'ignore pas pour autant qu'il existe des situations où un certain formalisme est rendu nécessaire, de même que la formation de certains contrats peut être conditionnée à la remise effective d'une chose¹¹⁹⁶. Dans les systèmes juridiques émergents, le formalisme constitue d'ordinaire le principe comme ce fût le cas en droit romain¹¹⁹⁷. Le droit islamique des contrats a pourtant été marqué dès l'origine par l'absence de formalisme. Un auteur a rejeté l'argument proposant d'expliquer une telle différence par le caractère religieux de ce droit¹¹⁹⁸. La raison tiendrait davantage aux circonstances des premières révélations qui eurent lieu au cours de la période mecquoise¹¹⁹⁹. A cette époque la cité, haut lieu du commerce dans la région, était dirigée par des marchands qui avaient instauré un droit commercial

¹¹⁹³ Ibid, paragr. 17.

¹¹⁹⁴ En ce sens, v. LINANT DE BELLEFONDS, Yvon, *Traité de droit musulman comparé, Vol.1: Théorie générale de l'acte juridique*, Mouton et cie., 1965, paragr. 140. « On ne peut sérieusement refuser de reconnaître que le droit musulman est un système essentiellement consensuel ».

¹¹⁹⁵ C. civ., art. 1109 al. 1^{er}.

¹¹⁹⁶ C. civ., art. 1172 al. 2 et al. 3.

¹¹⁹⁷ Sur ce point, v. LÉVY, Jean-Philippe et CASTALDO, André, *Histoire du droit civil*, Dalloz, 2010, paragr. 441.

¹¹⁹⁸ LINANT DE BELLEFONDS, Yvon, *Traité de droit musulman comparé, Vol.1: Théorie générale de l'acte juridique*, Mouton et cie., 1965, paragr. 140.

¹¹⁹⁹ Ibid.

coutumier qui distinguait la Mecque des autres villes de la péninsule arabique régies par le droit tribal¹²⁰⁰. Le formalisme apparaissant comme une contrainte dans le domaine des affaires, il est logique qu'il ait été écarté par la législation mecquoise. Mahomet, qui était commerçant comme plusieurs de ses compagnons, n'avait aucun intérêt en tant que chef spirituel à revenir sur ce principe dans un premier temps¹²⁰¹. Ce n'est que tardivement que l'on voit poindre un léger formalisme dans une sourate médinoise enjoignant aux croyants de consigner les dettes par écrit¹²⁰², mais la règle est davantage motivée par des considérations liées à la preuve que par la volonté de faire de l'écrit une condition de validité du contrat¹²⁰³.

238 Exceptions au formalisme. L'absence de formalisme n'est pas un principe absolu, en témoigne l'existence d'exceptions. Le *fiqh* n'ignore pas la catégorie des contrats réels, parmi lesquels le contrat *salam* dont la formation est sujette au paiement du prix¹²⁰⁴. Pour d'autres contrats, la remise de la chose est nécessaire à leur perfection, ce qui signifie qu'ils sont formés par l'échange des déclarations mais qu'ils ne produiront effet qu'une fois la tradition effectuée. Il s'agit notamment du prêt à usage ('*âriyya*), du prêt de consommation (*qard*), du gage ou de la donation¹²⁰⁵. Chéhata les assimile toutefois à de véritables contrats réels en considérant que le lien qui existe avant la remise de la chose est « *purement illusoire* »¹²⁰⁶. A propos du prêt, il est intéressant de constater qu'il est, en droit islamique comme en droit français, un contrat réel sous réserve dans ce dernier système juridique qu'il ne soit pas consenti par un établissement crédit¹²⁰⁷. Il existe enfin de rares contrats solennels comme le mariage qui, en raison de son importance, requiert la présence de témoins d'après l'ensemble des écoles juridiques. Elle n'est exigée qu'*ad probationem* pour les malékites mais *ad*

¹²⁰⁰ SCHACHT, Joseph, *Esquisse d'une histoire du droit musulman*, Libr. orientale et américaine Max Besson, 1953, p. 10
COULSON, Noel J., *Histoire du droit islamique*, Presses universitaires de France, 1995, p. 12.

¹²⁰¹ SCHACHT, Joseph, *op. cit.*, p. 12.

¹²⁰² Coran, Sourate 2, verset 282.

¹²⁰³ En ce sens, v. SALEH, Nabil, « Definition and formation of contract under Islamic and Arab laws », *Arab Law Quarterly* 1990, Vol. 5, n°3, p. 114.

¹²⁰⁴ LINANT DE BELLEFONDS, Yvon, *Traité de droit musulman comparé, Vol.1: Théorie générale de l'acte juridique*, Mouton et cie., 1965, paragr. 144. Cette exigence est reprise par l'AAOIFI, mais elle admet d'y déroger v. AAOIFI, Norme charaïque n°10, art. 3.1.3.

¹²⁰⁵ CHÉHATA, Chafik, *Théorie générale de l'obligation en droit musulman hanéfite*, Sirey, 1969, paragr. 128.

¹²⁰⁶ *Ibid.*

¹²⁰⁷ La remise de la chose est une condition de formation du contrat de prêt en droit français. A défaut, même en cas d'accord des volontés, il ne s'agit que d'une promesse de prêt dont l'inexécution ne peut donner lieu qu'à l'attribution de dommages-intérêts, v. Civ. 1^{re}, 20 juill. 1981, n° 80-12.529, *Bull. civ. I*, n° 267; Civ. 1^{re}, 7 mars 2006, n° 02-20.374, *Bull. civ. I*, n°138 Dr. et patr. 2006, n° 152, p. 90. A contrario, le prêt consenti par un établissement de crédit est qualifié de contrat consensuel, v. Civ. 1^{re}, 28 mars 2000, n° 97-21.422, *Bull. civ. I*, n° 105, *JCP* 2000. II. 10296, concl. Sainte Rose ; *D.* 2000. 482, note S. Piedelièvre

validitatem pour les autres¹²⁰⁸. On constate que si les exceptions à l'absence de formalisme existent en droit islamique, leur nombre est particulièrement restreint.

239 Verbalisme¹²⁰⁹. Le contrat en droit islamique se forme par l'échange des déclarations concordantes de chacune des parties. La particularité de ce système juridique est de faire de la parole le mode quasi exclusif d'expression de leur intention¹²¹⁰, l'écrit n'étant jamais exigé voire parfois réprouvé¹²¹¹. Plusieurs raisons pourraient être invoquées pour expliquer une telle prééminence. La première, déjà évoquée pour justifier l'absence de formalisme, tiendrait au contexte de l'émergence du droit des contrats reprenant en partie le droit coutumier des commerçants mecquois. La communauté musulmane primitive étant composée en partie de marchands, la parole apparaît comme plus adaptée aux affaires. Une autre raison tiendrait à l'alphabétisation de la population, l'écrit étant réservé à ceux qui ont reçu une instruction. Il pourrait être objecté à ces deux premières raisons qu'elles n'expliquent pas que les écoles juridiques, si ce n'est l'école malékite, n'admettent les signes comme moyen d'expression qu'en faveur du muet¹²¹². D'après Chéhata, ce verbalisme serait un « *vestige de la vieille puissance magique du verbe, du mot rituel qui lie* »¹²¹³. La parole joue un rôle essentiel dans l'islam comme en atteste le mot « Coran » provenant de l'arabe « *qur'ân* » signifiant « récitation » et qui dérive du verbe *qaar'a*. Ce dernier apparaît à plusieurs reprises dans le livre sacré notamment sous sa forme impérative *iqrâ'*¹²¹⁴, or la récitation suppose l'oralité. Le Coran se présente en outre comme le recueil de la parole de Dieu transmise par l'ange Gabriel à Mahomet qui l'a ensuite rapportée aux croyants. La maxime de Loysel sied particulièrement au droit islamique des contrats « *on lie les bœufs par les cornes et les hommes par les paroles* ».

240 La théorie de la séance contractuelle. Affirmer que la rencontre d'une offre et d'une acceptation suffit à former le contrat serait en partie erroné, encore faut-il qu'elle

¹²⁰⁸ LINANT DE BELLEFONDS, Yvon, *Traité de droit musulman comparé, Vol.1: Théorie générale de l'acte juridique*, Mouton et cie., 1965, paragr. 145.

¹²⁰⁹ L'expression est empruntée à Chéhata, v. CHÉHATA, Chafik, *op. cit.*, paragr. 123. Elle est également reprise par Yvon Linant de Bellefonds, v. LINANT DE BELLEFONDS, Yvon, *op. cit.*, paragr. 148.

¹²¹⁰ LINANT DE BELLEFONDS, Yvon, *op. cit.*, paragr. 148 et s.

¹²¹¹ *Ibid.*, paragr. 141.

¹²¹² Sur le refus de reconnaître le signe comme un moyen d'expression de la déclaration par une personne en capacité de s'exprimer oralement, v. *Ibid.*, paragr. 155.

¹²¹³ CHÉHATA, Chafik, *Théorie générale de l'obligation en droit musulman hanéfite*, Sirey, 1969, paragr. 124.

¹²¹⁴ SOURDEL, Dominique, SOURDEL-THOMINE, Janine, *Vocabulaire de l'Islam*, PUF, 2002, V°Coran.

ait eu lieu au cours de la séance contractuelle (*majlis al-‘aqd*). Cette théorie contraste de par ses exigences avec le verbalisme qualifié par un auteur de « *principe du pur consensualisme* »¹²¹⁵, elle en constitue néanmoins sa rançon. Ecarter l’écrit au profit de la parole impose que l’échange des déclarations aient lieu en un même temps et en un même lieu afin de s’assurer qu’elles soient véritablement concordantes. Le verbalisme pose aussi la question des contrats *inter absentes*. Les écoles juridiques sunnites reconnaissent unanimement la théorie de la séance contractuelle mais leurs avis divergent quant aux règles applicables¹²¹⁶.

241 Déroulement de la séance contractuelle. Le *majlis* commence lorsque les parties se réunissent et prend fin quand elles se séparent ou que l’une d’entre elles manifeste son intention d’y mettre un terme¹²¹⁷. Les hanbalites et malékites considèrent dans ce dernier cas que s’assimile à la séparation tout ce que la coutume et les usages ont considéré comme tels¹²¹⁸. Les hanéfites retiennent la conception la plus critiquable en faisant du moindre changement d’attitude ou de position physique une cause de séparation. Ainsi la séance prend fin si l’une des parties se lève alors qu’elle était assise, de même si elle se met à marcher alors qu’elle était immobile¹²¹⁹. Chéhata explique la position hanéfitte par la nécessité que l’acceptation suive immédiatement l’offre afin que les contractants soient liés¹²²⁰. Cette exigence se retrouve particulièrement présente parmi les shaféites, tandis que la faculté d’accepter perdure pendant tout le *majlis* pour les autres écoles¹²²¹. La séparation mettant fin à la séance contractuelle, il n’est pas véritablement pertinent de s’interroger sur la faculté qu’à le pollicitant de se rétracter avant l’acceptation.

La règle diffère du droit français où l’article 1116 du Code civil dispose que l’offre doit être maintenue jusqu’à l’expiration du délai fixé par son auteur ou, à défaut, dans un délai raisonnable. Le deuxième alinéa de cet article ajoute cependant que la rétractation en violation des dispositions du premier alinéa empêche la formation du contrat. La question du retrait est différente dans l’hypothèse où l’acceptation est

¹²¹⁵ LINANT DE BELLEFONDS, Yvon, *op. cit.*, paragr. 167.

¹²¹⁶ *Ibid.*, paragr. 169.

¹²¹⁷ CHÉHATA, Chafik, *Théorie générale de l’obligation en droit musulman hanéfitte*, Sirey, 1969, paragr. 140 LINANT DE BELLEFONDS, Yvon, *op. cit.*, paragr. 169.

¹²¹⁸ Ibn Qudâma, *Al-mughnî*, III, 565 cité par LINANT DE BELLEFONDS, Yvon, *op. cit.*, paragr. 170.

¹²¹⁹ CHÉHATA, Chafik, *op. cit.*, paragr. 140 LINANT DE BELLEFONDS, Yvon, *op. cit.*, paragr. 170, spéc. p. 149.

¹²²⁰ CHÉHATA, Chafik, *op. cit.*, paragr. 141.

¹²²¹ LINANT DE BELLEFONDS, Yvon, *op. cit.*, paragr. 171.

intervenue au cours du *majlis*, les avis divergent alors selon les écoles. Les hanéfites et les malékites considèrent que le contrat est formé et aucune des parties ne peut se raviser unilatéralement, et ce, même si le *majlis* n'a pas pris fin¹²²².

242 *Khiyar al-majlis*. Les shaféites et les hanbalites ont au contraire reconnu aux parties une faculté de dédit, tant qu'elles ne se sont pas séparées, en se fondant sur des hadiths rapportés Ibn 'Umar et Hakim Ibn Hizam jugés *sahîh* par Al-Bukhari et de Muslim¹²²³. Il s'agit de l'une des « options » reconnues en droit islamique nommée *khiyar al-majlis* qui peut être exercée par n'importe quelles des parties sous réserve que la session contractuelle n'ait pas pris fin. Son intérêt est de protéger les contractants contre une déclaration trop hâtive, mais elle ne s'applique qu'aux contrats patrimoniaux. Le *khiyar al-majlis* évoque en cela le délai de rétraction que peuvent prévoir la loi ou le contrat ainsi que l'énonce l'article 1122 du Code civil¹²²⁴ et que l'on rencontre notamment en droit de la consommation. Cet article, diversement apprécié¹²²⁵, issu de l'ordonnance du 10 février 2016 a introduit en droit commun un mécanisme du droit spécial qui pourrait trouver son utilité afin de transposer les options du droit islamique¹²²⁶. Il pourra cependant être objecté que l'option de séance n'a vocation à être exercée qu'au cours d'un délai très bref puisque le droit s'éteint avec la séparation des parties. Au contraire, les délais légaux de rétraction en droit français sont souvent de plusieurs jours¹²²⁷.

243 Contrats *inter absentes*. La théorie de la séance contractuelle exigeant la réunion physique des parties, la conclusion de contrats entre absents devrait *a priori* être impossible. Une telle position serait inconciliable avec les exigences modernes, d'autant plus s'agissant de la finance islamique. Aussi les juristes ont-ils envisagé des règles dérogeant à la rigueur du *majlis*. Les déclarations des parties ne pouvant être directement émises par la parole lorsqu'elles sont absentes, l'écrit retrouve

¹²²² *Ibid.*, paragr. 176. SALEH, Nabil, « Freedom of Contract: What Does It Mean in the Context of Arab Laws? », *Arab Law Quarterly* 2001, Vol. 16, n°4, p. 348

¹²²³ *Sahîh Al-Bukhari*, hadith n° 2110 et 2111 ; *Sahîh Muslim*, hadith n°1531 et 1532.

¹²²⁴ C. civ., art. 1122 : «

¹²²⁵ V. pour un avis favorable : LOISEAU, Grégoire, Observations sur le projet d'ordonnance, LPA 4 sept. 2015, p. 51. Contra, MOLFESSIS, Nicolas, « La formation du contrat », JCP 2015, suppl. au n°21, p.6, spéc. n°14.

¹²²⁶ Sur ce point, v. le chapitre suivant.

¹²²⁷ A titre d'illustration le consommateur dispose d'un délai de quatorze jours pour exercer son droit de rétraction lorsque le contrat a été conclu à distance : C. consom., art. L. 221-18.

alors le rôle qui lui était nié¹²²⁸. Il ne constitue cependant pas l'unique moyen de conclure le contrat, le pollicitant pouvant envoyer un messenger qui parlera en son nom. Si en principe le *majlis* requiert une unité de temps et de lieu, la seconde condition doit nécessairement être écartée¹²²⁹. L'unité devient fictive, la séance est supposée se dérouler au lieu de l'acceptation¹²³⁰ et le contrat se forme en conséquence à cet endroit. Les jurisconsultes ont ainsi consacré la théorie de l'émission de l'acceptation¹²³¹ à la différence du droit français qui retient la théorie contraire¹²³².

244 Séance contractuelle et finance islamique. Les dérogations prévues au fonctionnement du *majlis al-'aqd* afin de permettre la conclusion de contrats entre absents ne suffisent pas à adapter la théorie aux exigences modernes des affaires. On aurait alors pu s'attendre à ce qu'elle soit purement abandonnée par l'AAOIFI au profit du simple échange des déclarations sans l'exigence de l'unité de temps et de lieu. Elle est pourtant expressément mentionnée à la norme charaïque n°38 consacrée aux « transactions financières par internet »¹²³³. La reprise dans cette norme du *majlis al-'aqd* rappelle que la finance islamique est avant tout soumise au droit éponyme. La norme n°38 distingue selon que le contrat à distance est conclu par conversation en ligne, audio ou vidéo, ou par écrit au moyen de la messagerie ou du courrier électronique. Le premier cas est régi par les règles classiques de la séance contractuelle¹²³⁴, tandis que le second se voit appliquer celles des contrats conclus entre absents¹²³⁵. Il est intéressant de constater que l'AAOIFI a consacré la conception des malékites et des hanbalites, à savoir que la séance prend fin dès lors que la conversation est terminée, interrompue ou que les parties parlent d'autre chose que du contrat, mais qu'une brève interruption conforme aux usages n'est pas suffisante¹²³⁶. L'organisation se montre libérale en retenant que l'offre et l'acceptation peuvent être exprimées par

¹²²⁸ LINANT DE BELLEFONDS, Yvon, *Traité de droit musulman comparé, Vol.1: Théorie générale de l'acte juridique*, Mouton et cie., 1965, paragr. 177 CHÉHATA, Chafik, *Théorie générale de l'obligation en droit musulman hanéfite*, Sirey, 1969, paragr. 142.

¹²²⁹ Dans son annexe B accompagnant la norme charaïque n°38, l'AAOIFI, citant les écrits de jurisconsultes de renom, affirme qu'en matière d'unité de la séance contractuelle, c'est la simultanéité temporelle qui importe. V. AAOIFI, Norme charaïque n°38, Annexe B.

¹²³⁰ LINANT DE BELLEFONDS, Yvon, *op. cit.*, paragr. 178.

¹²³¹ *Ibid.* CHÉHATA, Chafik, *op. cit.*, paragr. 143.

¹²³² C. civ, art. 1121 : « *Le contrat est conclu dès que l'acceptation parvient à l'offrant. Il est réputé l'être au lieu où l'acceptation est parvenue* ».

¹²³³ L'expression arabe « *majlis al-'aqd* » ne figure pas dans la traduction française officielle des normes de l'AAOIFI mais apparaît dans la version en langue anglaise.

¹²³⁴ AAOIFI, Norme charaïque n°38, art. 4.1. V. aussi Résolution n°52(6/3) de l'Académie Internationale du Fiqh Islamique.

¹²³⁵ *Ibid.*, art. 4.2.

¹²³⁶ *Ibid.*, art. 4.1.1.

tout moyen indiquant que les parties ont manifesté leur consentement¹²³⁷. Il est à noter qu'à l'instar de l'article 1114 du Code civil¹²³⁸, l'offre doit être ferme et précise¹²³⁹, à défaut il s'agira d'une simple invitation à entrer en négociation¹²⁴⁰. En matière de contrats entre absents, l'AAOIFI s'est fondée sur l'avis d'une partie de la doctrine malékite¹²⁴¹ et sur une résolution de l'Académie Internationale du Fiqh Islamique¹²⁴² pour imposer au pollicitant de maintenir son offre jusqu'au terme du délai qu'il a fixé¹²⁴³. Ce faisant la règle se rapproche du droit français¹²⁴⁴, elle s'en différencie toutefois s'agissant de l'offre faite sans précision de délai qui peut toujours être librement rétractée selon l'AAOIFI¹²⁴⁵. Enfin, l'organisation a consacré, comme les jurisconsultes avant elle, la théorie de l'émission de l'acceptation¹²⁴⁶.

245 Abandon du verbalisme par l'AAOIFI. A considérer uniquement le verbalisme, on pourrait penser que le droit islamique repose sur le consensualisme puisque le contrat se forme par le seul échange de déclarations concordantes. Il manque cependant, si l'on se réfère à la définition du contrat consensuel donnée par l'article 1109 du Code civil, la possibilité d'exprimer la déclaration par tout moyen. Or, le droit islamique ne reconnaît, en principe, qu'à la parole le pouvoir de lier les parties, l'écrit ne jouant qu'un rôle probatoire et les signes ne pouvant être utilisés que par le muet¹²⁴⁷. L'exception notable concerne l'école malékite admettant que la déclaration puisse être exprimée par tout moyen¹²⁴⁸, ce qui a pu conduire certains auteurs modernes à affirmer que le contrat peut se former par écrit¹²⁴⁹. L'AAOIFI semble s'être inspirée de la doctrine de cette école puisqu'elle énonce dans l'article 5.1 de la norme n°38 que le contrat conclu par voie électronique peut l'être peu importe le mode d'expression de la

¹²³⁷ *Ibid.*, art. 5.1. Dans le cadre d'un contrat conclu sur internet, le fait de cliquer sur un bouton de validation suffit à caractériser l'acceptation, v. *Ibid.*, art. 5.4.

¹²³⁸ C. civ., art. 1114 : « L'offre, faite à personne déterminée ou indéterminée, comprend les éléments essentiels du contrat envisagé et exprime la volonté de son auteur d'être lié en cas d'acceptation. A défaut, il y a seulement invitation à entrer en négociation ».

¹²³⁹ L'offre doit préciser les droits et obligations des parties et l'impossibilité pour le pollicitant de se rétracter, v. AAOIFI, Norme charaïque n°38, art. 5.2

¹²⁴⁰ *Ibid.*, art. 5.3.

¹²⁴¹ V. *Ibid.*, annexe B.

¹²⁴² Résolution n°52(6/3) de l'Académie Internationale du Fiqh Islamique, 3°.

¹²⁴³ AAOIFI, Norme charaïque n°38, art. 4.2.2.

¹²⁴⁴ C. civ., art. 1116 al. 1^{er} : « Elle ne peut être rétractée avant l'expiration du délai fixé par son auteur ou, à défaut, l'issue d'un délai raisonnable ».

¹²⁴⁵ AAOIFI, Norme charaïque n°38, art. 4.2.1. V. pour une autre illustration : AAOIFI, Norme charaïque n°1, art. 2.8.2.

¹²⁴⁶ AAOIFI, Norme charaïque n° 1, art. 6.

¹²⁴⁷ V. *supra*, paragr. 239.

¹²⁴⁸ LINANT DE BELLEFONDS, Yvon, *Traité de droit musulman comparé, Vol.1: Théorie générale de l'acte juridique*, Mouton et cie., 1965, paragr. 155, spéc. p. 134.

¹²⁴⁹ V. dénonçant une telle généralisation : *Ibid.*, paragr. 178, spéc. p. 156.

déclaration. Pour justifier la règle au regard du droit islamique, l'organisation soutient que les juristes ont défini le contrat comme l'accord de deux volontés¹²⁵⁰. L'usage du mot « volonté » surprend au vu de la démonstration de Chéhata, mais il pourrait s'expliquer par le choix des traducteurs d'employer ce terme, évocateur pour le juriste français, plutôt que l'expression « déclarations concordantes ». Dans la traduction de la norme en langue anglaise, on constate l'emploi du terme « *will* »¹²⁵¹ se traduisant par « volonté ». L'objection apportée à propos de la version française pourrait être réitérée s'agissant de celle anglaise, justifiant ainsi de s'intéresser à la version originale de la norme en arabe. On remarque alors la présence du terme « *irada* », signifiant volonté¹²⁵², qui ne laisse guère de doutes quant à la conception du contrat qu'a adoptée l'AAOIFI. A la différence de Chéhata, Sanhuri, à l'origine du Code civil égyptien d'inspiration française¹²⁵³, considérait que la volonté des parties était une condition nécessaire de la formation du contrat¹²⁵⁴.

246 Contraintes linguistiques. L'AAOIFI ne se prononce pas sur l'une des règles classiques du droit des contrats qu'est l'obligation d'employer dans la déclaration un temps et un mode adéquats. Cette exigence fait l'objet d'un consensus parmi les quatre écoles classiques et un auteur l'a qualifiée « *d'exception à la règle du consensualisme* »¹²⁵⁵. Quand elles s'expriment en arabe, les parties doivent idéalement employer le parfait (*al-mâdi*) qui suggère que leur accord est actuel, bien qu'il indique une action déjà passée. Dans le cas où elles recourent à l'aoriste (*al-mudâri*), qui désigne aussi bien le présent que l'avenir, il faut alors s'assurer qu'elles n'ont pas voulu que leur accord soit futur. L'impératif est admis par toutes les écoles à l'exception des hanéfites qui le rejettent mais tolèrent son usage s'agissant du verbe « prendre »¹²⁵⁶. L'emploi du futur est prohibé car le droit islamique interdit les engagements à l'avenir, le contrat est dans cette hypothèse considéré comme inexistant. Appliquée à la langue

¹²⁵⁰ AAOIFI, Norme charaïque n°38, Annexe B : « Le fondement charaïque de la formation d'un contrat conclu par internet, quel que soit le moyen utilisé, au moment de l'expression de l'acceptation de l'autre partie, que le pollicitant en soit informé ou pas, est la décision des juristes affirmant que le contrat est l'accord de deux volontés : dès lors que le cocontractant a exprimé son acceptation, les deux volontés se sont accordées et le contrat est formé ». D'après la traduction officielle des normes de l'AAOIFI en français.

¹²⁵¹ « *Shari'ah scholars define contract as "the concordance of two wills"* ».

¹²⁵² SOURDEL, Dominique, SOURDEL-THOMINE, Janine, Vocabulaire de l'Islam, PUF, 2002, V°Irâda.

¹²⁵³ Sur l'influence qu'a exercé Sanhuri sur les codes civils de nombreux pays arabes : v. SALEH, Nabil, « Civil Codes of Arab Countries: The Sanhuri Codes », *Arab Law Quarterly* 1993, Vol. 8, n°2, p. 161 et s.

¹²⁵⁴ SANHURI, *Masâdir al-haqq*, vol. II, p. 187, n°1 cité par SALEH, Nabil, « Definition and formation of contract under Islamic and Arab laws », *Arab Law Quarterly* 1990, Vol. 5, n°3, p. 108.

¹²⁵⁵ LINANT DE BELLEFONDS, Yvon, *Traité de droit musulman comparé, Vol.1: Théorie générale de l'acte juridique*, Mouton et cie., 1965, paragr. 146.

¹²⁵⁶ *Ibid.*, paragr. 146, spéc. p. 129.

française, la règle devrait conduire à privilégier l'indicatif voire l'impératif et à rejeter le conditionnel et le subjonctif car ces modes expriment une incertitude. Parmi les temps de l'indicatif, il faudrait exclure l'ensemble des temps futurs afin de satisfaire à la prohibition des engagements à l'avenir. Le silence de l'AAOFI sur la règle ne permet pas d'affirmer qu'elle a entendu abandonner cette exigence alors qu'elle a consacré la théorie de la séance contractuelle. Si tel est le cas, il ne pourrait alors être nié qu'il existe dans le *fiqh* un principe du consensualisme.

247 Un principe du consensualisme en demi-teinte La formation du contrat par le seul échange des déclarations concordantes des parties permettrait de caractériser, en droit islamique, l'existence du principe du consensualisme et, partant, d'affirmer que leur volonté joue un rôle dans le processus contractuel. Le Pr Yvon LINANT DE BELLEFONDS estime que ce système juridique a largement adopté « *le principe du pur consensualisme* » en professant « *il y a de cela plus de dix siècles, le principe si épuré de l'acte juridique tirant toute sa valeur de la seule volonté de l'homme* »¹²⁵⁷. Pourtant, l'étude des règles régissant la formation du contrat convainc de nuancer un tant soit peu l'affirmation, d'autant plus si on les compare à celles du droit français. Ainsi, si un auteur retient dans un premier temps que les contrats islamiques ne sont soumis à aucune solennité, il relève dans un second qu'il « *existe une sorte de formalité, sinon de formalisme, en ce qui concerne la rencontre de l'offre et l'acceptation* »¹²⁵⁸. Tout en soutenant que le droit islamique des contrats est dominé par le principe du consensualisme, le Pr Yvon LINANT DE BELLEFONDS a concédé « *qu'un certain « verbalisme » y tiennent lieu assez souvent de formalités* »¹²⁵⁹. La primauté de l'oralité au détriment d'autres modes d'expression de la déclaration, qui selon les écoles se retrouvent soient exclus soient strictement encadrés¹²⁶⁰, constitue un premier obstacle à la caractérisation d'un principe du consensualisme comparable à celui consacré en droit français, la théorie de la séance contractuelle étant le second. S'agissant de cette dernière, le Pr Yvon LINANT DE BELLEFONDS a reconnu que l'on éprouve des difficultés à la concilier avec le principe du consensualisme, mais que la théorie est la contrepartie nécessaire à l'absence de formalisme¹²⁶¹. Il n'en demeure pas moins qu'il

¹²⁵⁷ *Ibid.*, paragr. 167.

¹²⁵⁸ SALEH, Nabil, « Freedom of Contract: What Does It Mean in the Context of Arab Laws? », *op cit.*, p. 347.

¹²⁵⁹ LINANT DE BELLEFONDS, Yvon, *op. cit.*, paragr. 140.

¹²⁶⁰ Si ce n'est pour l'école malékite qui se montre la plus libérale à ce sujet.

¹²⁶¹ LINANT DE BELLEFONDS, Yvon, *op. cit.*, paragr. 167.

ne peut être affirmé que la simple rencontre des volontés suffit à former le contrat. L'AAOFI n'a pas érigé le verbalisme en principe comme les juristes classiques ont pu le faire. L'organisation a déduit d'une résolution de l'Académie Internationale du Fiqh Islamique¹²⁶² que la déclaration pouvait être exprimée par tout moyen, y compris ceux modernes¹²⁶³. Elle a en revanche consacré la théorie de la séance contractuelle dont elle adopte une conception plus proche de la doctrine des hanbalites et des malékites que des hanéfites et shaféites dont les règles sont incompatibles avec les exigences modernes. Ainsi, si l'absence de formalisme classiquement affirmée par les auteurs ne saurait toutefois conduire à soutenir que le droit islamique dispose d'un principe du consensualisme identique à celui adopté en droit français, il ne peut être nié qu'au regard des doctrines malékites et hanbalites, et plus récemment des normes de l'AAOFI, ce principe existe. En conséquence la volonté des parties ne se voit pas complètement exclue du processus contractuel contrairement à ce qu'a énoncé Chéhata. Les travaux de l'auteur doivent encore être nuancés en ce qu'il peut être dégagé du *fiqh* une théorie objective du consentement.

B) Une théorie objective du consentement

248 Distinction entre volonté interne et volonté déclarée¹²⁶⁴. D'après le *Vocabulaire juridique* de l'Association Henri Capitant, la volonté déclarée désigne *stricto sensu* « la volonté exprimée par déclaration écrite ou orale ou même par geste » et, *lato sensu*, « la volonté manifestée soit expressément (volonté expresse [...]) soit tacitement, par des actes indiquant clairement la volonté de contracter »¹²⁶⁵. Elle se distingue de la volonté interne qui renvoie à « la volonté réelle correspondant à l'intention véritable de l'auteur de l'acte »¹²⁶⁶. En somme, la volonté interne correspond au phénomène psychologique et la volonté déclarée à son extériorisation¹²⁶⁷, chacun de ces éléments

¹²⁶² Résolution n°52(6/3) de l'Académie Internationale du Fiqh Islamique.

¹²⁶³ AAOFI, Norme charaïque n°1, Annexe B ; *ibid.*, Norme charaïque n°38, Annexe B.

¹²⁶⁴ Sur la différence entre volonté interne et volonté déclarée : BIENVENU, Jean-Jacques, « De la volonté interne à la volonté déclarée : Un moment de la doctrine française », *Droits* 1998, n° 28, p. 3 et s.

¹²⁶⁵ CORNU, Gérard (Dir.), *Vocabulaire juridique*, 13^e éd., 2020, V°Volonté

¹²⁶⁶ *Ibid.*

¹²⁶⁷ En ce sens, v. TERRÉ, François, SIMLER, Philippe, LEQUETTE, Yves *et al.*, *Droit civil*, 12^e éd., Dalloz, 2018, paragr. 147, spéc. p. 183.

étant nécessaires à la formation du contrat. Les difficultés surgissent, lorsque la volonté manifestée par l'une des parties diverge de sa volonté réelle.

249 Théorie subjective du consentement en droit français. Le droit français est d'ordinaire présenté comme privilégiant la volonté interne à la volonté déclarée¹²⁶⁸. Cette conception subjective serait perceptible à l'article 1188 du Code civil al. 1^{er} du Code civil disposant que le juge doit interpréter le contrat d'après la « *commune intention des parties* ». Une autre évocation de cette conception pourrait encore être trouvée à l'article 1162 du Code civil énonçant 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* ». A la suite de la réforme du droit des contrats opérée par l'ordonnance du 10 février 2016, la notion de « but » se substitue à celle de « cause ». La doctrine et la jurisprudence adoptaient une analyse dualiste de la seconde en distinguant la cause objective de la cause subjective. Cette dernière permettait au juge, en se fondant sur l'ancien article 1133 du Code civil¹²⁶⁹, de s'intéresser aux mobiles des contractants afin de se prononcer sur leur licéité. Prendre en considération les mobiles, entendus comme la raison qu'avaient les parties de contracter¹²⁷⁰, pour prononcer la nullité du contrat, c'est bien privilégier la volonté interne à la volonté déclarée. C'est d'autant plus vrai qu'après avoir exigé que le mobile de l'une des parties ait été connu de l'autre¹²⁷¹, la Cour de cassation a retenu le contraire¹²⁷². Il suffit que l'intention réelle de l'une des parties soit illicite pour entraîner la nullité du contrat. L'article 1162 du Code civil a sur ce point consacré la jurisprudence de la Haute juridiction. L'abandon de la cause qu'il réalise au profit du « but » du contrat n'opère qu'un changement sémantique¹²⁷³. Le principe demeure, le but s'assimile aux mobiles

¹²⁶⁸ V. à titre d'illustration FABRE-MAGNAN, Muriel, *Le droit des contrats*, Humensis, 2018, paragr. 470. « *En droit français, ce qui compte c'est la volonté interne du contractant, son adhésion intime et psychologique au contrat, et l'extériorisation de cette volonté n'a de valeur qu'autant qu'elle rend compte de la volonté intime* » ; CARBONNIER, Jean, *Droit civil. T. 1: Introduction, les personnes, la famille, l'enfant, le couple*, PUF, 2017, paragr. 952. : « *Qu'est-ce que la volonté ? C'est la volonté interne, l'adhésion psychologique de chaque contractant à l'acte ; la manifestation extérieure n'a de valeur que par sa conformité à ce vouloir intime* » ;

¹²⁶⁹ C. civ., art. 1133 anc. : « *La cause est illicite, quand elle est prohibée par la loi, quand elle est contraire aux bonnes moeurs ou à l'ordre public* ».

¹²⁷⁰ CHANTEPIE, Gaël et LATINA, Mathias, *La réforme du droit des obligations*, 2e éd., Dalloz, 2018, paragr. 405.

¹²⁷¹ Civ. 1^{re}, 4 déc. 1956, JCP 1957.II.10008, note J. Mazeaud.

¹²⁷² Civ. 1^{re}, 7 oct. 1998, n°96-14.359, Bull. civ. I, n°331, JCP 1996.II.22747, note G. Plaisant.

¹²⁷³ DESHAYES, Olivier, GENICON, Thomas, LAITHIER, Yves-Marie, « Ratification de l'ordonnance portant réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations », *JCP G* 2018, doct. 529, spéc. paragr. 10.

des parties¹²⁷⁴, amenant certains auteurs à souhaité la réintroduction de la notion de cause¹²⁷⁵.

250 Théorie objective du consentement : l'exemple du droit allemand. A la différence du droit français, d'autres systèmes juridiques, parmi lesquels le droit allemand et le droit américain, adoptent une conception objective de la volonté consistant à s'intéresser davantage à son extériorisation qu'au phénomène psychologique interne. Le droit allemand des contrats repose sur la notion fondamentale de déclaration de volonté (*Willenserklärung*)¹²⁷⁶ à laquelle le *BGB*¹²⁷⁷ consacre un titre. L'article 116 de ce code illustre la vision objective qu'a adoptée le législateur en retenant que la volonté déclarée prime la volonté réelle¹²⁷⁸. La lecture de l'article 133 du *BGB* laisserait pourtant supposer le contraire en disposant qu'il convient, dans l'interprétation du contrat, de rechercher la volonté réelle¹²⁷⁹. La règle doit cependant être conciliée avec l'article 157 du même Code aux termes duquel le contrat s'interprète comme l'exige la bonne foi en tenant compte des usages¹²⁸⁰. La Cour fédérale de justice a ainsi jugé que l'absence de conscience d'émettre une déclaration de volonté n'en prive pas moins cette dernière de son efficacité dès lors que son auteur pouvait se rendre compte qu'elle pouvait être perçue comme la volonté de s'engager d'après le principe de bonne foi et les usages¹²⁸¹. A bien des égards, les droits hanéfites et shaféites se rapprochent du droit allemand s'agissant de la préférence pour la volonté déclarée.

251 Théories mixtes. Dans sa thèse, M. Paul GAIARDO a mis en exergue que les conceptions adoptées par le droit français et le droit américain ne sont pas aussi strictes qu'on les présente d'ordinaire¹²⁸². L'auteur considère, à propos du premier, qu'il

¹²⁷⁴ CHANTEPIE, Gaël et LATINA, Mathias, *La réforme du droit des obligations*, 2e éd., Dalloz, 2018, paragr. 405.

¹²⁷⁵ BOFFA, Romain, « La validité du contrat », *Gaz. Pal.* 30 avr. 2015, p. 18 et s., spéc. paragr. 20 et 21 ; CHENEDE, François, « La cause est morte... vive la cause ? », *Contrats, conc. consom.* 2016, doss. 4.

¹²⁷⁶ V. la présentation de Saleilles, SALEILLES, Raymond, *De la déclaration de volonté : contribution à l'étude de l'acte juridique dans le Code civil allemand*, Pichon, 1901.

¹²⁷⁷ *Bürgerliches Gesetzbuch*

¹²⁷⁸ BGB, art. 116 : « Une déclaration de volonté n'est pas nulle par cela seul que celui de qui elle émane ait entendu par voie de réserve mentale, ne pas vouloir ce qu'il a déclaré. Cette déclaration est nulle lorsqu'elle est de celles qui doivent être adressées à un tiers, et que celui-ci avait connaissance de la réserve mentale de l'auteur de la déclaration ». D'après la traduction de Saleilles, v. SALEILLES, Raymond op. cit., p. 5.

¹²⁷⁹ BGB, art. 133 : « Pour ce qui est de l'interprétation d'une déclaration de volonté, il y a lieu de rechercher la volonté réelle et de ne pas s'en tenir au sens littéral de l'expression ».

¹²⁸⁰ WITZ, Claude, *Le droit allemand*, Dalloz, 2018, p. 117 et s.spéc. p. 119.

¹²⁸¹ *Bundesgerichtshof*, 7 juin 1984 citée par *Ibid.*, p. 118.

¹²⁸² GAIARDO, Paul, « Les théories objective et subjective du contrat », LGDJ, 2020.

s'inscrit dans une théorie subjective objectivée du consentement tandis que le second retiendrait une théorie objective subjectivée. Chéhata ayant justifié l'exclusion de la volonté dans le phénomène contractuel par une conception objective du contrat, il convient de s'interroger s'il ne faudrait pas distinguer entre volonté réelle et volonté déclarée en droit islamique.

252 La primauté de la déclaration verbale. Le droit islamique étant de nature religieuse, on s'attendrait à ce que seule soit prise en considération la volonté réelle de chacune des parties. A défaut, ce serait offrir aux parties un moyen de se soustraire à certaines règles charaïques au moyen du mensonge¹²⁸³. Mais ainsi que l'a souligné un auteur, une telle conception pourrait, selon certains jurisconsultes, s'avérer source d'incertitude et aboutir à l'arbitraire et, partant, à l'injustice¹²⁸⁴. La notion de déclaration au cœur du droit du droit islamique des contrats laisse supposer que ce système juridique a opté pour la volonté déclarée plutôt que pour la volonté interne. A nouveau, il apparaît nécessaire de distinguer selon les écoles juridiques, les hanbalites adoptant une théorie moins objective que les autres. Afin d'exposer les divergences, il convient de s'intéresser à la simulation ainsi qu'au mobile illicite.

253 La simulation. Pour diverses raisons, les parties peuvent avoir intérêt à dissimuler leur volonté réelle en créant un acte apparent, dit ostensible, contredit par un autre, la contre-lettre¹²⁸⁵. En droit français, suivant la théorie subjective de la volonté, l'acte occulte produit effet entre parties, mais ne peut être opposé aux tiers qui peuvent néanmoins s'en prévaloir¹²⁸⁶. La validité de principe de la contre-lettre est écartée en certaines hypothèses lorsqu'elle constitue une fraude¹²⁸⁷. Malgré ces exceptions, il n'en

¹²⁸³ Les parties pourraient ainsi consentir à un contrat en apparence valide qui dissimule en réalité un prêt à intérêt.

¹²⁸⁴ LINANT DE BELLEFONDS, Yvon, « *Volonté interne et volonté déclarée en droit musulman* », *RIDC* 1958, n°3, p. 511 « *Certes, nous aurons, dans l'autre monde, à rendre compte de nos volitions internes mais, en attendant, fonder les relations juridiques entre les hommes sur un phénomène psychologique aussi secret et aussi variable que la volonté interne, c'est créer dans la vie économique et sociale une telle incertitude que, finalement, sous couleur d'équité et de moralité, on aboutit le plus souvent à l'arbitraire et, partant, à l'injustice* ».

¹²⁸⁵ Selon les juges du droit, « *la notion de contre-lettre suppose l'existence de deux conventions, l'une ostensible, l'autre occulte, intervenues entre les mêmes parties dont la première est destinée à modifier ou annuler les stipulations de la première* », Civ. 1^{re}, 13 janv. 1953, *Bull. civ. I*, n°15.

¹²⁸⁶ C. civ., art. 1201.

¹²⁸⁷ C. civ., art. 1202 : « *Est nulle toute contre-lettre ayant pour objet une augmentation du prix stipulé dans le traité de cession d'un office ministériel*.

Est également nul tout contrat ayant pour but de dissimuler une partie du prix, lorsqu'elle porte sur une vente d'immeubles, une cession de fonds de commerce ou de clientèle, une cession d'un droit à un bail, ou le bénéfice d'une promesse de bail portant sur tout ou partie d'un immeuble et tout ou partie de la soulte d'un échange ou d'un partage comprenant des biens immeubles, un fonds de commerce ou une clientèle ».

demeure pas moins que la simulation n'est pas une cause de nullité de l'acte secret *per se*.

254 La vente fictive dans le *fiqh*. En droit islamique, les avis des juristes divergent à propos de la vente *taljiâ*. Il s'agit d'une vente fictive¹²⁸⁸ permettant notamment à une personne de protéger ses biens d'une éventuelle confiscation ou saisie¹²⁸⁹. Afin de savoir si les *fuqaha* privilégient la volonté déclarée ou la volonté interne, il convient de s'intéresser au sort réservé à l'acte ostensible en cas de litige. Fidèles à leur conception objective du contrat, les shaféites considèrent que l'acte est valable car il satisfait aux conditions de sa formation¹²⁹⁰. Un adage propre à l'école hanéfite pourrait pourtant laisser supposer que ses disciplines font prévaloir la volonté interne : « *dans les conventions, il faut considérer l'intention des parties et non pas le sens des mots et des phrases* ». On le retrouve codifié et érigé en principe directeur à l'article 3 de la *Medjellé*. En apparence claire, l'adage aurait un sens différent de celui que l'on serait enclin à lui prêter. Il signifierait en réalité qu'il faut interpréter les mots selon leur sens usuel, celui que la pratique a consacré, plutôt que leur sens littéral ou étymologique¹²⁹¹. Les hanéfites admettent que si les deux parties reconnaissent la simulation, la vente est nulle en raison de l'absence de sérieux de la déclaration (*hazl*)¹²⁹². Dans l'hypothèse où chacune des parties soutient une thèse contraire, Abu Hanifa ne s'attarde qu'à l'acte apparent et considère que la vente est valide¹²⁹³. Les malékites et les hanbalites déclarent, quant à eux, que la vente *taljiâ* est nulle.

255 La dissimulation du prix. La préemption (*al-shuf'ah*¹²⁹⁴), définie comme la faculté dont dispose une personne de se substituer à l'acheteur dans une vente immobilière, est connue du droit islamique et particulièrement du droit hanéfite où elle bénéficie d'un domaine d'application plus étendu que dans les autres écoles¹²⁹⁵. Restreint au seul copropriétaire dans ces dernières, le droit de préemption peut aussi

¹²⁸⁸ KHAN, Muhammad Akram, *Islamic Economics and Finance: A Glossary*, 2^e éd., Routledge, 2007, V^o Bai' al-talj'iah.

¹²⁸⁹ LINANT DE BELLEFONDS, Yvon, « *Volonté interne et volonté déclarée en droit musulman* », *op. cit.* p. 513.

¹²⁹⁰ *Ibid.*, p. 514.

¹²⁹¹ *Ibid.*, p. 512.

¹²⁹² *Ibid.*, p. 514.

¹²⁹³ *Ibid.* Yvon LINANT DE BELLEFONDS rapporte néanmoins l'avis divergent de deux disciples d'Abu Hanifa pour qui la vente est nulle car il manque le consentement d'une des parties.

¹²⁹⁴ La préemption est prise en considération par l'AAOIFI à l'article 7 de la norme charaïque n°42.

¹²⁹⁵ V. à ce sujet, HORIL, Satoe, « Pre-emption and Private Land Ownership in Modern Egypt: No Revival of Islamic Legal Tradition », *Islamic Law and Society* 2011, n°2, p. 177 et s., spéc. p. 182. Yvon LINANT DE BELLEFONDS rapporte que la préemption n'est admise en droit malékite et shaféite qu'au bénéfice du copropriétaire indivis, LINANT DE BELLEFONDS, Yvon, « *Volonté interne et volonté déclarée en droit musulman* », *op. cit.* p. 515.

être exercé, d'après les hanéfites, par le titulaire d'une servitude ou par le propriétaire d'un bien contigu¹²⁹⁶. Afin de déjouer cette faculté, certains auteurs spécialistes des *hiyal* ont envisagé plusieurs expédients parmi lesquels le don au futur acheteur d'une partie de l'immeuble¹²⁹⁷ ou l'augmentation fictive du prix de vente¹²⁹⁸. Dans cette dernière hypothèse, l'acte ostensible n'est pas privé de validité, permettant à un auteur d'affirmer qu'en ce domaine l'école hanéfitte privilégie la volonté déclarée à la volonté interne¹²⁹⁹. Pour se convaincre de la conception qu'a adoptée cette école, il est utile de s'intéresser au sort de l'acte conclu dans un but illicite.

256 Ignorance des mobiles par les shaféites. L'intérêt que porte chaque école aux mobiles des contractants est révélateur de la conception qu'elles ont adoptée. L'école shaféite s'en tient à l'avis de son fondateur qui n'attachait d'importance qu'à la volonté déclarée : « *Le principe d'où je pars est: que tout acte est valable quand il l'est en apparence. Je ne l'annule pas, en raison de soupçons (sur l'intention des parties ou des relations antérieures (qui ont pu exister entre elles). La validité de l'acte repose sur sa régularité apparente. L'intention des parties ne peut que le rendre « makruh », si cette intention est telle que, déclarée dans l'acte, elle eût entraîné la nullité de cet acte* »¹³⁰⁰. Pour illustrer sa position, Al-Shafi'i prend l'exemple de la vente d'une épée à un homme dont on sait qu'il envisage de commettre un meurtre. L'acte n'encourt pas la nullité car l'acheteur pourrait ne pas tuer¹³⁰¹. L'autre exemple concerne la vente du jus de raisin à une personne dont on soupçonne qu'elle le transformera en vin. A nouveau Al-Shafi'i considère que le contrat n'est critiquable que sur le plan de la morale et reconnaît sa validité en droit¹³⁰². La théorie objective du contrat des juristes shaféites les a conduits à admettre la validité de la vente *al-'inah* fermement rejetée par les hanbalites et les malékites¹³⁰³. D'après l'AAOFI, elle consiste en « *l'achat d'une*

¹²⁹⁶ *Ibid.* En matière de préemption, l'AAOFI a adopté la conception hanéfitte et reconnaît cette faculté au voisin du vendeur, v. AAOFI, Norme charaïque n°42, art. 7.1.

¹²⁹⁷ SCHACHT, Joseph, *Introduction au droit musulman*, Maisonneuve et Larose, 1999, p. 120.

¹²⁹⁸ LINANT DE BELLEFONDS, Yvon, « *Volonté interne et volonté déclarée en droit musulman* », *op. cit.* p. 515

¹²⁹⁹ L'auteur fonde son affirmation sur les travaux du cheikh Abou Zahra, v. LINANT DE BELLEFONDS, Yvon, « *Volonté interne et volonté déclarée en droit musulman* », *op. cit.* p. 515

¹³⁰⁰ Al-Shafi'i, *Kitab al-umm*, vol. 3, p. 65 cité par LINANT DE BELLEFONDS, Yvon, « *Volonté interne et volonté déclarée en droit musulman* », *op. cit.* p. 517, v. aussi pour une citation en anglais, ARABI, OUSSAMA, « *Intention and Method in Sanhūrī's Fiqh: Cause as Ulterior Motive* », *Islamic Law and Society* 1997, n°2, p. 212.

¹³⁰¹ « *La vente d'une épée à celui qu'on soupçonne de vouloir l'utiliser pour commettre un meurtre, est « makruh » (réprouvée) et non pas « haram » (légalement défendu), car finalement il pourrait ne pas tuer* », v. *ibid.*

¹³⁰² « *De même est « makruh » la vente du jus de raisin à celui qu'on soupçonne de vouloir le transformer en vin, mais la vente est valable (juridiquement)* », v. *ibid.*

¹³⁰³ SHAHARUDDIN, Amir, « *The Bay' al-'Inah Controversy in Malaysian Islamic Banking* », *Arab Law Quarterly* 2012, n°4, p. 499-511, spéc. p. 501 ; ROSLY, Saiful Azhar, SANUSI, Mahmood, « *Some Issues of Bay' al-'Inah in Malaysian Islamic Financial Markets* », *Arab Law Quarterly* 2001, n°3, p. 263-280, spéc. p. 274.

marchandise moyennant le paiement fractionné ou différé du prix et sa revente au comptant au vendeur originaire à un prix moindre »¹³⁰⁴. Parce qu'elle constitue un subterfuge pour pratiquer le *riba*¹³⁰⁵, l'AAOIFI a condamné la vente *al-'inah*¹³⁰⁶. Les shaféites, ignorant les mobiles des contractants, considèrent que chaque contrat de vente est licite et concluent, partant, à la licéité de l'opération¹³⁰⁷.

257 Ignorance des mobiles par les hanéfites. Aucune reconnaissance explicite de l'intention ou du mobile des parties ne figurerait dans la théorie du contrat hanéfite¹³⁰⁸. A cet égard, Chéhata a écrit que « *le motif est si peu pris en considération qu'il est nettement admis que la vente d'un objet est toujours valable même si elle a été consentie pour des fins illicites* »¹³⁰⁹. En conséquence, les hanéfites n'invalident pas la vente du jus de raisin à une personne qui le destine à la vinification¹³¹⁰. De même, il est permis de louer une maison à un chrétien qui entend la transformer en église, à moins que cette destination illégale ne soit expressément mentionnée dans le contrat de bail¹³¹¹. Ce qui importe, c'est que l'objet principal du contrat soit licite et que l'acte ne contienne aucune clause adjointe prohibée¹³¹². Le contrat serait par contre nul si l'une des parties stipule expressément qu'elle poursuit un but illicite¹³¹³, démontrant ainsi que seule la volonté déclarée est prise en considération. Concernant la vente *al-'inah*, les avis des auteurs hanéfites divergent. Abu Hanifa n'admet qu'une variante de ce contrat faisant intervenir un tiers dans l'opération¹³¹⁴. Deux de ses disciples, Ash Shaybani et Yussef, se montrent bien plus favorables à l'*al-'inah*¹³¹⁵. Le premier y voit

¹³⁰⁴ AAOIFI, Norme charaïque n°30, art. 2. D'après la traduction réalisée par la commission finance islamique de Paris Europlace, v. *Finance islamique : Les normes de conformité de l'AAOIFI*, vol.1, Edition ESKA, 2013. L'opération peut aussi faire intervenir un tiers, v. AAOIFI, Norme charaïque n°25, Annexe C, V°Al-'inah.

¹³⁰⁵ AAOIFI, Norme charaïque n°25, Annexe C, V°Al-'inah.

¹³⁰⁶ V. à titre d'illustration AAOFI, Norme charaïque n°8, art. 2.2.3 et 2.2.4 ; AAOFI, Norme charaïque n°9, art. 3.4 et 8.5 ; AAOFI, Norme charaïque n°25, art. 4.2, AAOFI, Norme charaïque n°30, art. 4.5 ; AAOFI, Norme charaïque n°49, art. 3.3. L'illicéité de la vente est encore rappelée par l'organisation dans les annexes qui accompagnent de nombreuses normes.

¹³⁰⁷ LINANT DE BELLEFONDS, Yvon, « *Volonté interne et volonté déclarée en droit musulman* », *op. cit.* p. 520 ; ROSLY, Saiful Azhar, SANUSI, Mahmood, *op. cit.*, p. 274.

¹³⁰⁸ ARABI, OUSSAMA, *op. cit.*, p. 201.

¹³⁰⁹ CHÉHATA, Chafik, *Théorie générale de l'obligation en droit musulman hanéfite*, Sirey, 1969, paragr. 48.

¹³¹⁰ LINANT DE BELLEFONDS, Yvon, « *Volonté interne et volonté déclarée en droit musulman* », *op. cit.* p. 521 ; ARABI, OUSSAMA, *op. cit.*, p. 215.

¹³¹¹ LINANT DE BELLEFONDS, Yvon, *Traité de droit musulman comparé, Vol.1: Théorie générale de l'acte juridique*, Mouton et cie., 1965, paragr. 373, spéc. p. 300.

¹³¹² *Ibid.*, paragr. 373, spéc. p. 299.

¹³¹³ *Id.*

¹³¹⁴ Al-Zuhayli précise, qu'en condamnant la vente *al-'inah* sans intermédiaire, Abu Hanifa s'écarte de la règle générale qu'il a énoncée d'après laquelle c'est ce qu'ont exprimé les parties qui importe et non leur intention, v. AL-ZUHAYLI, Wahbah, EL-GAMAL, Mahmoud (Trad.), *Financial transactions in Islamic jurisprudence*, vol. 1, Dar Al-Fikr, 2001, p. 115, spéc. note 123.

¹³¹⁵ LINANT DE BELLEFONDS, Yvon, « *Volonté interne et volonté déclarée en droit musulman* », *op. cit.* p. 521 ; ARABI, OUSSAMA, *op. cit.*, p. 216. Il est à noter que Ash Shaybani et Yussef ont été les auteurs de traités consacrés aux hiyal, les ruses juridiques, v. SCHACHT, Joseph, *Introduction au droit musulman*, Maisonneuve et Larose, 1999, p. 72.

un acte hautement réprouvé (*makruh*)¹³¹⁶ mais qui n'en est pas moins valide¹³¹⁷. Le second adopte l'opinion la plus permissive, qui s'est ensuite imposée comme celle de l'école, en ne réprouvant ni en ne réprimant la vente *al-'inah*¹³¹⁸.

258 La position malékite. Dans la prise en considération des mobiles des parties, les droits malékites et hanbalites adopteraient, selon Sanhuri, des théories similaires à celles des droits civils modernes¹³¹⁹. Un auteur a critiqué l'assimilation des deux écoles en arguant que les textes invoqués par Sanhuri pour justifier son affirmation n'étaient guère probants¹³²⁰. Certes les malékites interdisent, comme les hanbalites, la vente du jus de raisin à celui qui le destine à la vinification¹³²¹. Mais Yvon LINANT DE BELLEFONDS relève les hésitations de Sanhuri devant le passage suivant de Hattab¹³²² « *La vente du raisin à celui qui va le presser pour en faire du vin ou la vente de vêtements de soie à (l'homme) qui les portera sont nulles* »¹³²³. Il faut envisager, d'après le premier, que le juriste ait condamné la vente uniquement parce que le vendeur a eu connaissance de la destination de la chose. Il cite à l'appui de sa démonstration un texte de Sha'rani rangeant les malékites au côté des shaféites et des hanéfites¹³²⁴. L'auteur soutient encore, en se référant aux travaux de Santillana, que les malékites ont permis la vente *al-'inah*¹³²⁵. Il en conclut que, s'il ne peut être ignoré que les doctrines malékites et hanbalites présentent des similarités¹³²⁶, elles ne sont pas pour autant assimilables¹³²⁷. Cela n'empêche pas l'auteur de reconnaître qu'il existe au sein de l'école malékite une tendance à prendre en considération « *le motif variable et subjectif qui a pu habiter le cerveau de celui qui s'oblige* », mais elle n'a pas dégagé de principe ferme et général¹³²⁸. Il est à noter que des auteurs rapportent une opinion

¹³¹⁶ EL-GAMAL, Mahmoud, *Finance islamique*, De Boeck, 2010, p. 100.

¹³¹⁷ AL-ZUHAYLI, Wahbah, EL-GAMAL, Mahmoud (Trad.), *op. cit.*, p. 114 et s., spéc. p. 115 ; BILLAH, Muhammad Masum, « Extensive use of Hilah in Islamic banking and finance », *Islamic Quarterly* 2015, n°1, p. 72.

¹³¹⁸ LINANT DE BELLEFONDS, Yvon, « *Volonté interne et volonté déclarée en droit musulman* », *op. cit.* p. 521.

¹³¹⁹ SANHURI, *Masâdir al-haqq*, IV, p. 75 et s. cité LINANT DE BELLEFONDS, Yvon, *Traité de droit musulman comparé, Vol.1: Théorie générale de l'acte juridique*, Mouton et cie., 1965, paragr. 376, spéc. p. 301. ; ARABI, OUSSAMA, *op. cit.*, p. 216

¹³²⁰ LINANT DE BELLEFONDS, Yvon, « *Volonté interne et volonté déclarée en droit musulman* », *op. cit.* p. 518.

¹³²¹ AL-ZUHAYLI, Wahbah, EL-GAMAL, Mahmoud (Trad.), *op. cit.*, p. 117.

¹³²² Juriste malékite du XVIe siècle.

¹³²³ HATTÂB, Commentaire de Hâilil, IV, p. 267 cité par LINANT DE BELLEFONDS, Yvon, *Traité de droit musulman comparé, Vol.1: Théorie générale de l'acte juridique*, Mouton et cie., 1965, paragr. 379, spéc. p. 304.

¹³²⁴ « *Aux dires des trois Imams, la vente du jus de raisin, pour en faire du vin, est valable (sahih) mais réprouvé (ma'a al Karaha), tandis que d'après Ahmad (Ibn Hanbal), elle n'est pas valable* », SHA'RANI, Mizan al Kubra, II, p. 74 cité par LINANT DE BELLEFONDS, Yvon, « *Volonté interne et volonté déclarée en droit musulman* », *op. cit.* p. 518.

¹³²⁵ LINANT DE BELLEFONDS, Yvon, « *Volonté interne et volonté déclarée en droit musulman* », *op. cit.*, p. 521.

¹³²⁶ LINANT DE BELLEFONDS, Yvon, *op. cit.*, paragr. 380.

¹³²⁷ *Ibid.*, paragr. 381.

¹³²⁸ *Ibid.*

contraire s'agissant de la vente *al-inah*¹³²⁹. Parmi eux, Al-Zuhayli se réfère à l'avis de plusieurs éminents juristes malékites pour affirmer que la vente *al- 'inah* est invalide¹³³⁰.

259 Prise en considération du mobile par les hanbalites. L'école hanbalite étant réputée rigoriste¹³³¹, il n'est pas surprenant qu'elle attache un rôle primordial aux mobiles des parties¹³³². Sa doctrine est résumée par Ibn Qudama, l'un de ses disciples, dans le *Mughni*. Il suffit, pour que le contrat soit invalide, que le mobile illicite de l'une des parties soit connu ou qu'il soit permis de s'en convaincre¹³³³. Pour Ibn Qayyim Al-Jawziyya, autre auteur hanbalite, il est certain que l'intention de chaque partie affecte la validité du contrat¹³³⁴. Ainsi, la vente du jus du raisin en vue de sa vinification est unanimement prohibée par les juristes hanbalites, de même que la vente d'armes à des bandits de grands chemins ou à toute personne susceptible d'entrer en guerre avec les musulmans¹³³⁵. Il en résulte que deux transactions stipulées dans les mêmes termes mais dont les mobiles sont différents pourraient, l'une être valide, l'autre non¹³³⁶. La prise en considération des mobiles des parties conduit à la condamnation de la vente *al- 'inah* puisque, malgré son apparente licéité, elle constitue un expédient destiné à contourner l'interdiction du *riba*¹³³⁷. Elle entraîne aussi le rejet des actes admis par les hanéfites et les shaféites sur le fondement des *hiyal*, car ils sont conformes à la lettre mais non à l'esprit de la règle. Ibn Qayyim Al-Jawziyya se distinguait de ses condisciples, et notamment de son maître Ibn Taymiyya¹³³⁸, en approuvant les *hiyal*

¹³²⁹ EL-GAMAL, Mahmoud, *Finance islamique*, De Boeck, 2010, p. 102. ; ROSLY, Saiful Azhar, SANUSI, Mahmood, *op.cit.*, p. 274 ; SHAHARUDDIN, Amir, *op. cit.*, p. 501.

¹³³⁰ L'auteur fait référence parmi les auteurs malékites à Averroès, Al-Hattab, Ibn Juzayy et Al-Qarafi, v. AL-ZUHAYLI, Wahbah, EL-GAMAL, Mahmoud (Trad.), *op. cit.*, p. 115, note 126.

¹³³¹ En ce sens, v. TOUALBI, Issam et BENTOUNÈS, Khaled, *Introduction historique au droit musulman*, Albouraq, 2013, p. 285 ALDEEB ABU-SAHLIEH, Sami Awad, *Introduction à la société musulmane*, Eyrolles, 2005, p. 32.

¹³³² En ce sens, v. ARABI, OUSSAMA, *op. cit.*, p. 217 et 221.

¹³³³ « Si ce mobile est prouvé, il invalide certainement la vente, qui est également nulle, si le vendeur connaît l'intention (illicite) de l'acheteur, que ce soit par suite de ses propres dires (à l'acheteur) ou par suite d'indices précis prouvant le mobile (illicite). Mais si le cas est douteux- par exemple, la chose est acquise par une personne dont on ne connaît pas le métier; le jus de raisin est acquis par une personne qui fabrique, tout à la fois du vinaigre (licite) et du vin (défendu), et qui ne précise par son intention- alors la vente est valable; mais si le caractère illicite est établi, alors la vente est nulle », IBN QUDAMA AL-MAQDISI, Al Mughni, t. IV, p. 222 et s., cité par LINANT DE BELLEFONDS, Yvon, « Volonté interne et volonté déclarée en droit musulman », *op. cit.*, p. 517.

¹³³⁴ IBN QAYYIM AL-JAWZIYYA, *I'lam al-muwaqqi'in*, vol. III, pp. 95 et s. cité par SALEH, Nabil, « Definition and formation of contract under Islamic and Arab laws », *Arab Law Quarterly* 1990, Vol. 5, n°3, p. 110 ; ARABI, OUSSAMA, *op. cit.*, p. 218

¹³³⁵ AL-ZUHAYLI, Wahbah, EL-GAMAL, Mahmoud (Trad.), *op. cit.*, p. 117 ; SALEH, Nabil, « Freedom of Contract: What Does It Mean in the Context of Arab Laws? », *Arab Law Quarterly* 2001, Vol. 16, n°4, p. 350.

¹³³⁶ ARABI, OUSSAMA, *op. cit.*, p. 218

¹³³⁷ AL-ZUHAYLI, Wahbah, EL-GAMAL, Mahmoud (Trad.), *op. cit.*, p. 117.

¹³³⁸ Les hanbalites condamnent l'usage des *hiyal*, Ibn Taymiyya les réprouvant fermement, v. SCHACHT, Joseph, *Introduction au droit musulman*, Maisonneuve et Larose, 1999, p. 72 DE WAËL, Henri, *Le droit musulman*, CHEAM, 1989, p. 59 TOUALBI, Issam et BENTOUNÈS, Khaled, *Introduction historique au droit musulman*, Albouraq, 2013, p. 263.

envisagés en vue d'atteindre une fin légitime¹³³⁹. Il interdit en revanche la ruse dont le moyen, bien que licite, poursuit un but illicite. Il en est ainsi lorsqu'une personne prête de l'argent sans stipuler d'intérêts, mais qu'elle incite le débiteur à lui faire un don¹³⁴⁰. L'avis d'Ibn Qayyim Al-Jawziyya sur les *hiyal* ne diverge en réalité que peu de la doctrine hanbalite, puisque leur admission en matière contractuelle est conditionnée pour l'auteur à l'intention licite des parties. Dans l'appréciation du mobile des contractants, comme en matière de simulation, le *maddhab* hanbalite privilégie la volonté interne à la volonté déclarée.

260 Rapprochement de la doctrine hanbalite et du droit français. A la suite de Sanhuri, des auteurs ont souligné, qu'en se référant à l'intention des parties pour apprécier la validité de l'acte, les juristes hanbalites adoptaient une conception rappelant la notion de cause impulsive et déterminante en droit français telle qu'elle existait antérieurement à la réforme du droit des contrats¹³⁴¹. Une théorie générale de la cause est absente du droit romain, bien que les motifs n'étaient pas ignorés¹³⁴². La théorie française emprunte davantage aux écrits des théologiens catholiques, Saint Thomas d'Aquin en particulier, soucieux de contrôler la moralité des actes par l'examen du but auquel ils tendent¹³⁴³. Cette préoccupation est partagée par l'école hanbalite pour qui la condamnation morale doit être aussi légale¹³⁴⁴. Sanhuri s'est évertué à démontrer que les hanbalites ont, à cet effet, adopté une conception subjective de la volonté similaire à celle des juristes chrétiens du moyen-âge, sans que l'auteur ne prétende qu'il y ait eu d'influence¹³⁴⁵. Ses travaux complètent ceux de Chéhata qui ne s'était intéressé qu'à la doctrine hanéfite pour affirmer que le droit islamique adoptait une théorie fortement objective du contrat¹³⁴⁶. Sanhuri considère que l'émergence de la cause accompagne celle du consensualisme¹³⁴⁷. La volonté individuelle se voyant reconnaître le pouvoir de faire naître des obligations, il est naturel de chercher à contrôler le but qu'elle poursuit au regard de la loi et des bonnes mœurs¹³⁴⁸. A l'instar

¹³³⁹ SCHACHT, Joseph, *op. cit.*, p. 72 TOUALBI, Issam et BENTOUNÈS, Khaled, *op. cit.*, p. 264.

¹³⁴⁰ ALDEEB ABU-SAHLIEH, Sami Awad, *Introduction à la société musulmane*, Eyrolles, 2005, p. 283.

¹³⁴¹ SALEH, Nabil, « Definition and formation of contract under Islamic and Arab laws », *op. cit.*, p. 110 ; ARABI, OUSSAMA, « Intention and Method in Sanhūrī's Fiqh: Cause as Ulterior Motive », *Islamic Law and Society* 1997, n°2, p. 200 et s.

¹³⁴² GAZZANIGA, Jean-Louis, *Introduction historique au droit des obligations*, 1. éd., PUF, 1992, paragr. 122 LÉVY, Jean-Philippe et CASTALDO, André, *Histoire du droit civil*, Dalloz, 2010, paragr. 571.

¹³⁴³ LÉVY, Jean-Philippe et CASTALDO, André, *op. cit.*, paragr. 572.

¹³⁴⁴ ARABI, Oussama, *op. cit.*, p. 221.

¹³⁴⁵ *Ibid.*, p. 217.

¹³⁴⁶ Sur ce point, v. *supra* paragr. 219.

¹³⁴⁷ SANHURI, *Masâdir al-haqq*, vol. IV, p. 5 cité par ARABI, Oussama, *op. cit.*, p. 206.

¹³⁴⁸ *Ibid.*, p. 23 et s. cité par ARABI, Oussama, *op. cit.*, p. 206 et s.

des autres auteurs, Sanhuri ne nie pas que les mobiles des parties n'importent guère dans les théories shaféites et hanéfite du contrat qui n'accordent d'importance qu'à la volonté déclarée¹³⁴⁹. Il confirme que les hanbalites, et les malékites à un degré moindre, ont adopté une conception inverse qu'il rapproche de celle française. L'auteur en veut pour preuve que dans ces droits, comme en droit français, la simple connaissance par l'une des parties de l'intention illicite de l'autre suffit à rendre le contrat nul¹³⁵⁰.

261 Existence d'une théorie de la cause en droit hanbalite d'après Sanhuri. L'une des œuvres majeures du juriste est la rédaction du Code civil égyptien qu'il a voulu moderne en intégrant les principes essentiels de la charia¹³⁵¹ tout en s'inspirant des droits français et allemand¹³⁵². Pour ce faire, il a tenté de distinguer en droit musulman une théorie de la cause à travers la notion de *sabab*¹³⁵³ qu'il utilise dans un sens subjectif que ne lui conférait pas les juristes classiques¹³⁵⁴. Ainsi, si la théorie de la cause n'est pas expressément formulée, elle serait perceptible chez les auteurs malékites et, encore plus, chez les hanbalites. Dans son entreprise de rapprochement du droit islamique et du droit français, Sanhuri assimile *al-sabab*¹³⁵⁵ à la cause subjective¹³⁵⁶. Il est vrai que la doctrine hanbalite rappelle le principe affirmé par les articles 1133, ancien, et 1162, nouveau, du Code civil. Les deux droits sanctionnent par la nullité tout acte dont le but est illicite, et ce, peu importe qu'il ait été ignoré de l'une des parties¹³⁵⁷. Il n'est pas certain qu'il puisse être déduit pour autant l'existence de la cause en droit hanbalite. La thèse de Sanhuri pourrait se voir reprocher de n'avoir su éviter l'un des écueils majeurs du droit comparé en percevant en droit islamique une notion qui lui est inconnue. On ne saurait nier pour autant la proximité du droit

¹³⁴⁹ Pour une présentation de l'analyse de Sanhuri consacrée aux droits hanéfites et shaféites, v. ARABI, Oussama, *op. cit.*, spéc. p. 212 et s.

¹³⁵⁰ SANHURI, *Masâdir al-haqq*, vol. IV, p. 75 et s. cité par ARABI, Oussama, *op. cit.*, p. 221.

¹³⁵¹ A propos du Code civil égyptien, Sanhuri aurait déclaré : « *Nous avons pris du Chari'a tout ce qui était possible de prendre, en tenant présents les principes essentiels de la législation moderne* » cité par VELIDEDEOGLU, Hifzi Veldet, « Le mouvement de codification dans les pays musulmans - ses rapports avec les mouvements juridiques occidentaux: Rapport général présenté au Ve congrès de l'Académie Internationale de Droit Comparé à Bruxelles (4- 9 VIII 1958) », *Annales de la Faculté de Droit d'Istanbul* 1959, p. 38.

¹³⁵² Pour une étude de la contribution de Sanhuri aux codes civils des pays arabes, v. BECHOR, Guy, *The Sanhuri Code, and the Emergence of Modern Arab Civil law (1932 to 1949)*, Brill, 2007 ; SALEH, Nabil, « Civil Codes of Arab Countries: The Sanhuri Codes », *Arab Law Quarterly* 1993, Vol. 8, n°2, p. 161 et s.

¹³⁵³ A propos de l'existence éventuelle de la cause en droit islamique, v. LINANT DE BELLEFONDS, Yvon, *Traité de droit musulman comparé, Vol.1: Théorie générale de l'acte juridique*, Mouton et cie., 1965, p. 280 et s.

¹³⁵⁴ ARABI, Oussama, *op. cit.*, p. 201 et 203.

¹³⁵⁵ Sur les différentes acceptations du terme *sabab* en arabe, v. *ibid.*, spéc. note 3.

¹³⁵⁶ *Ibid.*, p 203.

¹³⁵⁷ V. à propos du droit hanbalite : IBN QUDAMA AL-MAQDISI, Al Mughni, t. IV, p. 222 et s., cité par LINANT DE BELLEFONDS, Yvon, « *Volonté interne et volonté déclarée en droit musulman* », *op. cit.*, p. 517. A propos du droit français : antérieurement à la réforme Civ. 1^{er}, 7 oct. 1998, n°96-14.359, Bull. civ. I, n°331, JCP 1996.II.22747, note G. Plaisant ; depuis C. civ., art. 1162.

hanbalite et du droit français s'agissant de la prise en considération des mobiles des parties. Cela tend à démontrer que le droit islamique n'est pas, pour toutes les écoles, purement objectif, et que la volonté, contrairement à ce qu'a affirmé Chéhata joue un rôle dans le phénomène contractuel.

262 Conclusion section 2. La restriction de la liberté contractuelle dans le *Fiqh* pourrait s'expliquer par le rôle que joue la volonté dans la formation du contrat. A en croire Chéhata, « *l'objectivisme du droit musulman est poussé jusqu'à ses extrêmes limites* »¹³⁵⁸. L'acte ne naîtrait pas de l'accord de volontés comme en droit français, mais de l'échange de déclarations. Il ne viserait pas non plus à créer des obligations et, par conséquent, de lien de droit entre les parties¹³⁵⁹. L'acte ne servirait qu'à la réalisation d'une fin déterminée¹³⁶⁰ et l'objet serait l'élément décisif de la relation juridique¹³⁶¹. On comprendrait alors, la nécessité de limiter la faculté de déterminer librement le contenu du contrat. Chéhata explique cette conception par l'importance de la notion d'équivalence qui « *sous-tend toute la théorie du contrat en droit musulman* »¹³⁶². Pour autant il n'est pas certain que la volonté ne joue aucun rôle dans le processus contractuel comme l'a soutenu l'auteur¹³⁶³. Ce constat intervient tardivement dans sa pensée, car si l'importance de la théorie de l'équivalence est soulignée dans sa thèse, Chéhata ne niait pourtant pas à ce stade que le contrat soit un accord de volontés¹³⁶⁴. Il le distinguait néanmoins de la conception française en faisant remarquer que « *la définition classique du contrat ne dit pas que c'est un accord de volontés créateur d'obligations*¹³⁶⁵ » et qu'il conviendrait plutôt de le définir « *comme un accord de volontés créateur d'un nouvel état des choses* »¹³⁶⁶.

On ne retrouve pas, chez d'autres auteurs, la négation du rôle de la volonté dans le processus contractuel¹³⁶⁷. L'AAOIFI a d'ailleurs, semble-t-il, défini le contrat

¹³⁵⁸ CHEHATA, Chafik, « Le concept de contrat en droit musulman », *Archives de philosophie du droit*, T. 13, 1968, p. 135, paragr. 17.

¹³⁵⁹ *Ibid.*, p. 138, paragr. 22.

¹³⁶⁰ *Ibid.*

¹³⁶¹ *Ibid.* p. 141, paragr. 32.

¹³⁶² *Ibid.*, p. 139, paragr. 28.

¹³⁶³ *Ibid.*, p. 135, paragr.

¹³⁶⁴ CHÉHATA, Chafik, *Théorie générale de l'obligation en droit musulman hanéfite*, Sirey, 1969, paragr. 115. L'auteur écrit « *Le contrat implique essentiellement une offre et une acceptation, donc un accord de volontés* ». Il consacre en outre des développements à la volonté déclarée et à la volonté réelle, v. *ibid.*, p. 115 et s.

¹³⁶⁵ L'auteur souligne.

¹³⁶⁶ CHÉHATA, Chafik, *op. cit.*, paragr. 115.

¹³⁶⁷ A titre d'illustration : Yvon LINANT DE BELLEFONDS prétend que la volonté est une condition fondamentale de l'acte juridique, v. LINANT DE BELLEFONDS, Yvon, *Traité de droit musulman comparé, Vol.1: Théorie générale de l'acte juridique*, Mouton et cie., 1965, paragr. 138. L'auteur y consacre plusieurs chapitres ; Sanhuri partage cet avis, v. SANHURI,

comme un accord de volontés¹³⁶⁸. On relève, en ce sens, que le contrat se forme, tant en droit islamique qu'en droit français, de la rencontre d'une offre et d'une acceptation. Si cela suggère l'existence du principe du consensualisme, les règles relatives à la théorie du *majlis al-'aqd* tiennent lieu d'un certain formalisme. La notion de déclaration au cœur du droit des contrats amène à s'interroger quant à la nécessité de distinguer entre la volonté déclarée et la volonté interne. Plutôt que de considérer, à l'instar de Chéhata, que la volonté n'intervient pas dans la formation du contrat, il apparaît que certaines écoles juridiques n'attachent d'importance qu'à la volonté déclarée. L'étude du *fiqh* des quatre écoles juridiques met en exergue que les hanéfites et les shaféites privilégient, comme en droit allemand, la volonté exprimée tandis que les malékites, dans une moindre mesure, et les hanbalites, en toutes circonstances, s'intéressent à l'intention réelle des parties. Ainsi les premiers s'en tiennent à une conception purement objective du contrat, ce qui expliquerait que l'erreur et le dol ne soient pas sanctionnés par la nullité puisque seule la volonté déclarée importerait. Les hanbalites adopteraient à l'inverse une théorie plus subjective¹³⁶⁹, en témoigne leur position en matière de simulation et de prise en considération des mobiles des parties. Le droit hanbalite des contrats rappelle en cela la conception française, ce qui a conduit Sanhuri à rapprocher les deux systèmes juridiques. Ainsi il peut être objecté à la démonstration de Chéhata que la volonté individuelle ne semble pas exclue du droit islamique des contrats, Sanhuri ne distinguait d'ailleurs pas le *ridà* du consentement¹³⁷⁰. Ce dernier a néanmoins reconnu, après avoir soutenu le contraire¹³⁷¹, que la fonction première du contrat n'était pas de créer des obligations mais de créer un nouvel état des choses¹³⁷², sans nier toutefois que des obligations soient générées par l'acte¹³⁷³.

263 Conclusion chapitre 1. Les prohibitions du *riba* et du *gharar* ne constituent pas les seules limites à la faculté des parties de déterminer librement le contenu du contrat

Masâdir al-haqq, vol. II, p. 187, n°1 cité par SALEH, Nabil, « Definition and formation of contract under Islamic and Arab laws », Arab Law Quarterly 1990, Vol. 5, n°3, p. 108.

¹³⁶⁸ V. AAOIFI, Norme charaïque n°38, Annexe B.

¹³⁶⁹ Soit une théorie objective subjectivée pour reprendre l'expression employé par M. Paul GAIARDO dans sa thèse, v. GAIARDO, Paul, « Les théories objective et subjective du contrat », LGDJ, 2020.

¹³⁷⁰ SALEH, Nabil, « Definition and formation of contract under Islamic and Arab laws », Arab Law Quarterly 1990, Vol. 5, n°3, p. 108

¹³⁷¹ SANHURI, *Nazariyat al-'aqd*, Egypte, 1963, p. 63 cité par SALEH, Nabil, « Definition and formation of contract under Islamic and Arab laws », *op. cit.*, p. 103

¹³⁷² SANHURI, *Masâdir al-haqq*, vol. I, p. 77 cité par SALEH, Nabil, « Definition and formation of contract under Islamic and Arab laws », *op. cit.*, p. 103.

¹³⁷³ *Ibid.*, p. 40.

de finance islamique. La théorie des clauses adjointes, admise par l'ensemble des écoles, conduit à s'interroger quant à l'existence même de cette faculté. En la matière, les écoles hanéfites et shaféites ont consacré les règles les plus sévères qui seraient difficiles de concilier avec les exigences modernes ; *a fortiori* dans le domaine de la finance. La doctrine malékite se montre *a priori* plus libérale en admettant plus largement les clauses adjointes, mais la définition de ces clauses conduit en pratique au rejet d'un grand nombre d'entre elles.

Il est paradoxal de constater que l'école qui attache le plus d'importance à la morale est aussi celle qui reconnaît un plus grand degré de liberté contractuelle aux parties. Les hanbalites se distinguent en effet des autres *madhahib* en admettant par principe la validité des clauses adjointes. Afin de justifier la répugnance des hanéfites à admettre les clauses adjointes, Chéhata a invoqué la théorie de l'unité de l'acte sous-tendue par la notion d'équivalence¹³⁷⁴. Restreindre la liberté contractuelle des parties serait ainsi un moyen d'assurer le respect de cette notion au cœur du droit islamique des contrats. Mais comment expliquer alors que les hanbalites, connus pour leur rigueur morale, aient adopté une position opposée s'agissant des clauses adjointes ? La prise en considération de la volonté individuelle semble expliquer les divergences entre les différentes écoles juridiques. En s'intéressant aux règles régissant la formation du contrat en droit islamique, on pourrait supposer, à l'instar de Chéhata, que la volonté n'intervient pas dans le processus contractuel. En conséquence, il n'y aurait pas de raison de laisser les parties stipuler librement des clauses que la charia n'a pas prévues. Cela aurait pour avantage d'expliquer la position des shaféites et des hanéfites, mais ignorerait les doctrines malékites et hanbalites. Il apparaît plutôt que les premiers n'accordent d'importance qu'à la volonté déclarée des parties. Les écoles hanéfites et shaféites ont alors opté pour une théorie purement objective du contrat¹³⁷⁵. Chéhata reconnaissait à cet égard que « *l'esprit général qui domine la matière, en droit musulman, est à tendance objective. Il ressemble à celui qui a inspiré les rédacteurs du Code civil allemand de 1900* »¹³⁷⁶. A l'opposé, l'école hanbalite fait primer la volonté réelle des parties en toutes circonstances, ce qui la rapproche des systèmes

¹³⁷⁴ CHÉHATA, Chafik, *Théorie générale de l'obligation en droit musulman hanéfite*, Sirey, 1969, paragr. 119, spéc. p. 108. ; Id., CHEHATA, Chafik, « Le concept de contrat en droit musulman », op. cit., paragr. 24.

¹³⁷⁵ En ce sens, v. LINANT DE BELLEFONDS, Yvon, « Volonté interne et volonté déclarée en droit musulman », op. cit., p. 521.

¹³⁷⁶ CHEHATA, Chafik, « Les survivances musulmanes dans la codification du droit civil égyptien », *RIDC* 1965, p. 844.

juridiques à tendance subjectiviste comme le droit français. La théorie purement objective du contrat justifie que la volonté des parties n'intervienne que dans une moindre mesure et, partant, que ces dernières n'aient qu'une liberté limitée quant au contenu du contrat. Au contraire, dans une théorie subjective du contrat, la volonté des parties trouve davantage à s'exprimer. La doctrine hanbalite n'est pas aussi paradoxale qu'elle semble l'être au premier abord. En prenant en considération l'intention réelle des parties, les juristes hanbalites s'assurent qu'elles n'useront pas de leur liberté pour atteindre un but illicite. La vente *al-'inah* a ainsi été condamnée car sous son apparente licéité, elle dissimule un moyen de contourner la prohibition du *riba*. *A contrario*, la conception hanéfite-shaféite du contrat a conduit à admettre une telle vente car chacun des contrats, considéré isolément, est licite¹³⁷⁷.

A la question de savoir si le droit islamique reconnaît le principe de la liberté contractuelle, la réponse ne saurait être catégorique. La liberté des parties apparaît fortement restreinte en droit hanéfite et en droit shaféite, ce qui conforterait les arguments des auteurs qui prétendent qu'elle n'existe pas¹³⁷⁸. Elle est légèrement plus prononcée en droit malékite, bien qu'elle demeure éloignée des systèmes juridiques modernes. La liberté contractuelle est par contre bien plus prononcée en droit hanbalite dont les règles régissant la formation du contrat se rapprochent du droit français. Mustapha Al-Zarka¹³⁷⁹ prétendait ainsi que les juristes hanbalites avaient découvert et pratiqué l'autonomie de la volonté dès le VIII^e siècle avant qu'elle n'ait été adoptée par le droit occidental¹³⁸⁰. L'adéquation du droit hanbalite à l'époque contemporaine¹³⁸¹ explique que les états musulmans l'aient adopté en ce qui concerne la liberté contractuelle¹³⁸². La théorie des clauses adjointes telle que la conçoivent les hanéfites et les shaféites est tombée en désuétude. Il est heureux que l'AAOFI ait consacré en la matière la conception hanbalite¹³⁸³ tant les autres théories auraient entravé le

¹³⁷⁷ Il peut être estimé que l'usage des *hiyal* par les écoles hanéfites et shaféites répond à un besoin d'atténuer la rigueur de la théorie des clauses adjointes qu'elles ont adoptée.

¹³⁷⁸ SALEH, Nabil, « Freedom of Contract: What Does It Mean in the Context of Arab Laws? », *Arab Law Quarterly* 2001, Vol. 16, n°4, p. 356 ; SCHACHT, Joseph, *Introduction au droit musulman*, Maisonneuve et Larose, 1999, p. 123.

¹³⁷⁹ (1907-1995), Juriste d'obédience hanéfite.

¹³⁸⁰ AL-ZARKA, Mustapha, *Al Fiqh Al-Islami Fi Thawbihi Al-Jadid*, 7^e éd., Dar-al-Fiqr, n°266, p. 349 cité par JAHEL, Sélim, *La place de la Chari'a dans les systèmes juridiques des pays arabes*, Éd. Panthéon-Assas, 2012, p. 223.

¹³⁸¹ Un auteur a fait observer que la théorie hanbalite du contrat se rapprochait du libéralisme juridique moderne : « *The Hanbali theory of contract manifests a freshness of spirit and a deep sense of ethical commitment that approach those of modern legal liberalism* », v. ARABI, Oussama, « Contract Stipulations (Shurut) in Islamic Law: The Ottoman Majalla and Ibn Taymiyya », *International Journal of Middle East Studies*, Fév. 1998, Vol. 30, n°1, p. 38.

¹³⁸² Sur l'existence de la liberté contractuelle dans les droits des états arabes, v. notamment SALEH, Nabil, « Freedom of Contract: What Does It Mean in the Context of Arab Laws? », , op. cit., p. 346 et s.

¹³⁸³ AAOIFI, Norme charaïque n°8, Annexe D

développement de la finance islamique. Ainsi, l'étude de la formation du contrat de finance islamique à travers la théorie des clauses adjointes démontre qu'il n'existe pas d'incompatibilité manifeste avec le droit français. Pour autant ce seul constat ne suffit pas, il faut encore s'intéresser à une autre particularité du *fiqh* qu'est la théorie des options.

Chapitre 2 : Théorie des options et force obligatoire du contrat

264 Le système des options, un palliatif. La théorie objective du contrat en droit islamique est la cause de l'absence d'une théorie des vices du consentement. Elle explique par ailleurs que le *fiqh* ignore tout principe général de résolution du contrat pour inexécution, par l'une des parties, de ses obligations¹³⁸⁴. En droit français, le vice du consentement et l'inexécution d'obligation sont susceptibles de donner lieu respectivement à la nullité et à la résolution du contrat. La justice contractuelle étant la préoccupation majeure des *fuqaha*, ces atteintes ne sauraient être dépourvues de sanction en ce qu'elles menacent l'équilibre des prestations. Seulement, les juristes musulmans procèdent différemment afin de préserver cet équilibre¹³⁸⁵. Ils ont pour cela élaboré un système original d'options (*khiyarat*) propre au *fiqh*. L'option confère à son titulaire un droit potestatif¹³⁸⁶, en ce sens qu'il dispose de la faculté de résoudre le contrat ou de le confirmer. Le système des options pallie ainsi l'absence tant d'une théorie des vices du consentement que d'un principe général de résolution du contrat pour inexécution. A travers le *khiyar al-shart*, les options permettent en outre à l'une des parties de saisir la portée de son engagement. Elles constituent une énième démonstration qu'en droit islamique le principe de l'équilibre contractuel a une valeur supérieure au principe de la force obligatoire des contrats¹³⁸⁷.

265 Un contrat *gayr lâzim*. Le contrat assorti d'un *khiyar* est imparfait tant que le droit d'option demeure¹³⁸⁸. Parmi les actes valables d'emblée (*nâfid*), les *fuqaha* distinguent selon que le contrat est obligatoire (*lâzim*) ou non (*gayr lâzim*). Le *khiyar* rend le

¹³⁸⁴ En ce sens, v. JAHEL, Sélim, *La place de la Chari'a dans les systèmes juridiques des pays arabes*, Éd. Panthéon-Assas, 2012, p. 278. Sur l'absence d'un principe de résolution pour exécution, v. WOHDUL Islam, Muhammad, « Dissolution of Contract in Islamic Law », *Arab Law Quarterly* 1998, n°4, spéc. p. 358 ; AMKHANN, Adnan, « Termination for Breach in Arab Contract Law », *Arab Law Quarterly* 1995, n°1, p. 17.

¹³⁸⁵ En ce sens, v. DONINI, Valentina, « Protection of Weaker Parties and Economic Challenges: An Overview of Arab Countries' Consumer Protection Laws », *The Rabel Journal of Comparative and International Private Law*, Oct. 2014, p. 784-808, spéc. p. 790.

¹³⁸⁶ Le droit potestatif est défini comme celui qui confère le « pouvoir, pour son titulaire, d'influer sur une situation juridique préexistante en la modifiant, l'éteignant ou en en créant une nouvelle, par sa seule volonté unilatérale et sans que son partenaire, placé dans une position de totale sujétion, puisse y faire obstacle », v. ROCHFELD, Judith, « Les droits potestatifs accordés par le contrat » in *Mélanges Jacques Ghestin*, LGDJ, 2001, p. 747 et s., spéc. p. 748, paragr. 3.

¹³⁸⁷ WOHDUL Islam, Muhammad, « Dissolution of Contract in Islamic Law », *Arab Law Quarterly* 1998, n°4, p. 336-368, spéc. p. 356.

¹³⁸⁸ Sur ce point, v. JAHEL, Sélim, *La place de la Chari'a dans les systèmes juridiques des pays arabes*, Éd. Panthéon-Assas, 2012, p. 246 et s. LINANT DE BELLEFONDS, Yvon, *Traité de droit musulman comparé, Vol.1: Théorie générale de l'acte juridique*, Mouton et cie., 1965, paragr. 382. ; AL-ZUHAYLI, Wahbah, EL-GAMAL, Mahmoud (Trad.), *Financial transactions in Islamic jurisprudence*, vol. 1, Dar Al-Fikr, 2001, p. 165.

contrat *gayr lâzim* car il est possible pour le titulaire de l'option de l'anéantir. Dans cet état, les juristes considèrent, à l'exception des hanbalites, que les effets du contrat sont suspendus à l'égard du titulaire du *khiyar*¹³⁸⁹. Le contrat devient parfait dès lors que le bénéficiaire de l'option choisit de le confirmer ou que l'option s'éteint. Un auteur a cependant contesté qu'un contrat assorti d'un *khiyar* soit considéré *gayr lâzim*¹³⁹⁰. Il argue de l'autonomie de la théorie des *khiyarat* et d'une différence majeure entre les deux institutions. Tandis que la révocation d'un acte *gayr lâzim* laisse subsister les effets dans le passé, sa résolution au moyen d'une option produit un effet rétroactif, l'acte étant supposé n'avoir jamais existé.

Les spécificités du système des options amènent à se demander comment, en s'appuyant sur le droit positif français, les parties peuvent disposer des mêmes prérogatives que celles que leur confèrent les *khiyarat*. La réflexion doit opérer en deux temps en étudiant d'abord les options légales, primordiales puisque conférées par la loi (**section 1**), puis les options conventionnelles qui naissent de la volonté des parties (**section 2**).

Section 1 : Les options légales

266 Diversité des options légales. Un auteur a dénombré dix-sept options légales en droit islamique des contrats¹³⁹¹. Dans son œuvre d'harmonisation des doctrines des différentes écoles, l'AAOIFI n'en retient qu'une partie. La raison en est que toutes ne font pas l'objet d'un consensus parmi les *fuqaha* et que certaines n'intéressent guère la finance islamique puisqu'elles concernent uniquement les actes extrapatrimoniaux. Les auteurs classiques ne consacrent que peu de développements aux options légales s'attardant davantage sur le *khiyar al-shart*, option stipulée qui confère à son bénéficiaire la faculté de résoudre discrétionnairement le contrat¹³⁹². Ces options sont pourtant d'une importance majeure en ce qu'elles assurent la protection de la partie considérée comme faible. Ainsi de nombreuses règles du *fiqh* ne sont pas sanctionnées, comme procède le droit français, par la nullité, mais par la reconnaissance à l'une des

¹³⁸⁹ JAHEL, Sélim, *op. cit.*, p. 249.

¹³⁹⁰ LINANT DE BELLEFONDS, Yvon, *op. cit.*, paragr. 101.

¹³⁹¹ IBN 'ÂBIDIN, *Radd al-Muhtâr*, IV, p. 64 cité par *Ibid.*, paragr. 384.

¹³⁹² En ce sens, v. COMAIR-OBEID, Nayla, *Les contrats en droit musulman des affaires*, Economica, 1995, p. 81 LINANT DE BELLEFONDS, Yvon, *op. cit.*, paragr. 384.

parties d'un droit d'option. Une exception notable porte sur la violence, seul véritable vice du consentement, cause de nullité du contrat¹³⁹³. La plupart des *khiyarat* traités par les normes de l'AAOIFI ne profitent qu'à la partie qui reçoit soit la propriété soit l'usage d'une chose. Cela peut surprendre mais s'explique par l'importance du contrat de vente en matière d'actes patrimoniaux. On perçoit à travers l'étude des options légales que l'acheteur est généralement perçu comme la partie faible. Le vendeur est supposé connaître la chose tant quant à sa valeur que quant à ses éventuels défauts. Surtout, l'acheteur peut toujours être contraint à l'exécution forcée de sa prestation¹³⁹⁴, rendant superfétatoire la reconnaissance d'un *khiyar* en faveur du vendeur.

Il ressort des normes de l'AAOIFI que les options légales retenues par l'organisation se classent en deux catégories, l'une concernant les options en cas de dol (I), l'autre les options en cas de manquement à une obligation principale (II).

I] Les options pour dol

267 Différentes variétés de dol. En droit islamique, le dol n'est, pas plus que l'erreur, considéré comme un vice du consentement¹³⁹⁵. Il ne faudrait pas en déduire pour autant qu'il est ignoré des *fuqaha*. La partie qui en est victime se voit reconnaître une option qui lui confère la faculté d'anéantir le contrat. On distingue traditionnellement le dol verbal (*qawli* ou *lafzi*) du dol par action (*fi'li*), rappelant la définition de la notion en droit français aux termes de laquelle « *le dol est le fait pour un contractant d'obtenir le consentement de l'autre par des manœuvres ou des mensonges* »¹³⁹⁶. Cette distinction classique est reprise par l'AAOIFI dans une norme n°48 consacrée aux « *options pour tromperie de confiance* »¹³⁹⁷ incluant une option pour lésion excessive (*khiyar al-ghabn*). Envisager la lésion au côté du dol peut paraître surprenant mais s'explique par l'absence d'autonomie originelle des deux notions¹³⁹⁸. Il fallait ainsi, pour bénéficier de l'option, que le dol ait été lésionnaire, ni l'un ni l'autre n'étant sanctionnés

¹³⁹³ Sur ce point, v. CHÉHATA, Chafik, *Théorie générale de l'obligation en droit musulman hanéfite*, Sirey, 1969, paragr. 146 et s.spéc. paragr. 148 LINANT DE BELLEFONDS, Yvon, *op. cit.*, p. 169 et s. COMAIR-OBEID, Nayla, *op. cit.*, p. 96 et s.

¹³⁹⁴ CHÉHATA, Chafik, *op. cit.*, paragr. 207.

¹³⁹⁵ En ce sens, v. LINANT DE BELLEFONDS, Yvon, *op. cit.*, paragr. 452 COMAIR-OBEID, Nayla, *op. cit.*, p. 95.; CHEHATA, Chafik, « Le concept de contrat en droit musulman », *Archives de philosophie du droit*, T. 13, 1968, p. 129 et s., spéc. p. 134, paragr. 13.

¹³⁹⁶ C. civ., art. 1137 al. 1^{er}. Notons que le deuxième alinéa ajoute un troisième élément matériel qu'est la dissimulation.

¹³⁹⁷ D'après la traduction officielle des normes de l'AAOIFI.

¹³⁹⁸ « *La lésion apparaît ainsi comme n'ayant pas d'existence autonome. En fait, l'on ne doit parler que de dol lésionnaire* », CHÉHATA, Chafik, *Théorie générale de l'obligation en droit musulman hanéfite*, Sirey, 1969, paragr. 155, spéc. p. 124.

isolément¹³⁹⁹. Cette conception démontrait que ce n'était pas tant la protection du consentement qui importait que la nécessité de préserver l'équivalence des prestations. Elle était surtout adoptée par les *fūqaha* hanéfites, ce qui explique qu'on la retrouve dans la *Medjellé* aux articles 356¹⁴⁰⁰ et 357¹⁴⁰¹. La doctrine des autres écoles en la matière s'avère plus incertaine, bien qu'il semble qu'elle ait été assez proche¹⁴⁰². L'autonomisation des deux notions se voit consacrée par la norme n°48 de l'AAOIFI puisqu'il n'est plus exigé que le dol ait été lésionnaire pour permettre l'exercice de l'option, de même qu'il n'est plus nécessaire que la lésion ait résulté d'un dol¹⁴⁰³. Il convient alors de tenir compte de cette évolution et de distinguer les options pour dol *stricto sensu* (A) de l'option pour lésion (B) qui, si elle s'autonomise, continue à être perçue comme une option pour dol.

A) *Les options pour dol stricto sensu*

268 L'option en cas dol verbal. L'AAOIFI envisage le dol verbal dans le cadre de la vente en reconnaissant à l'acheteur le bénéfice de l'option (*khiyar al-taghrir*) en cas « *de fausse description de l'objet de la vente, par le vendeur lui-même ou par un complice sur son instigation, et ce dans le but d'augmenter le prix de vente au-delà du juste prix* »¹⁴⁰⁴. Il ressort de cette définition que le dol verbal a pour finalité d'amener l'acheteur à conclure un contrat déséquilibré. Ce n'est pas tant l'atteinte à l'intégrité du consentement qui est sanctionnée que le défaut d'équivalence des prestations, illustrant à nouveau le caractère objectif du droit islamique¹⁴⁰⁵. L'AAOIFI cite quelques exemples de dol verbal qui tendent toutefois à le rapprocher du dol par mensonge en

¹³⁹⁹ COMAIR-OBEID, Nayla, *Les contrats en droit musulman des affaires*, Economica, 1995, p. 102 et s.

¹⁴⁰⁰ « *La lésion excessive sans dol ne donne pas à la partie lésée le droit de faire rescinder la vente. Mais lorsqu'il s'agit de biens de mineurs, la lésion excessive suffit pour vicier le contrat.*

Les biens Vakouf et ceux du domaine de l'Etat sont assimilés, à cet égard, aux biens des mineurs ».

¹⁴⁰¹ « *Lorsque le dol de l'une des parties contractantes fait éprouver à l'autre une lésion excessive, la partie lésée a le droit de faire rescinder la vente* ».

¹⁴⁰² V. en ce sens, LINANT DE BELLEFONDS, Yvon, *Traité de droit musulman comparé, Vol.1: Théorie générale de l'acte juridique*, Mouton et cie., 1965, paragr. 457 et s.469, 488 et . L'auteur rapporte cependant que les juristes musulmans modernes considèrent que la caractérisation du dol pour sanctionner la lésion n'est exigée que par l'école hanéfite.

¹⁴⁰³ Antérieurement à la publication des normes de l'AAOIFI, un auteur notait : « *En principe il n'y a pas rescision si celle-ci ne s'accompagne pas de dol (Majalla, art. 356). Mais cet élément psychologique n'est plus exigé, et la lésion, à elle seule, donne ouverture à une option [...]* », v. *Ibid.*, paragr. 483. V. aussi en ce sens, CHÉHATA, Chafik, *Théorie générale de l'obligation en droit musulman hanéfite*, Sirey, 1969, paragr. 155.

¹⁴⁰⁴ AAOIFI, Norme charaïque n°48, art. 2.1 : « *L'option de rescision pour dol déclaratif est le droit de l'acheteur de rescinder le contrat pour fausse description de l'objet de la vente, par le vendeur lui-même ou par un complice sur son instigation, et ce dans le but d'augmenter le prix de vente au- au-delà du juste prix* ». Entendu dans un sens strict, l'emploi du verbe « rescinder » pourrait suggérer la nécessité de caractériser une lésion. En l'absence d'éléments en faveur de cette interprétation dans la norme de l'AAOIFI, il semble que cela soit du à une traduction approximative.

¹⁴⁰⁵ L'annexe B de la norme charaïque n°48 de l'AAOIFI semble pourtant supposer le contraire.

droit français. Il est ainsi caractérisé lorsque le vendeur déclare fallacieusement que le bien correspond aux besoins de l'acheteur¹⁴⁰⁶. Dans cette hypothèse il n'est nullement question d'augmenter le prix de la chose, mais bien d'inciter l'autre partie à contracter. Il en est de même lorsque les résultats d'une société sont falsifiés afin d'inciter à l'achat d'actions¹⁴⁰⁷. Pour autant, il ne faudrait pas assimiler le dol verbal à un vice du consentement. Un auteur a soutenu en ce sens que « *les fausses allégations ne sont envisagées que comme des faits générateurs de responsabilité civile, et jamais sous l'angle de leurs incidences sur le consentement* »¹⁴⁰⁸. Un rapprochement avec le droit français peut être opéré s'agissant de la prise en considération des agissements d'un tiers complice. La définition de l'AAOIFI la reconnaît expressément¹⁴⁰⁹, de même que l'article 1138 al. 2 du Code civil¹⁴¹⁰. Une autre illustration du dol verbal, faisant intervenir un tiers, suggère qu'il dépasse le domaine du dol par mensonge. Il s'agit de la surenchère par un complice dans l'intention d'augmenter le prix d'achat (*munajashah* ou *najash*)¹⁴¹¹. En droit français, le fait serait qualifiable de manœuvres dolosives car il s'agit davantage d'agissements que d'un mensonge. Le dol verbal apparaît être envisagé littéralement et recouper toute déclaration du vendeur ou de son complice. Il n'est en conséquence pas identique au dol par mensonge en droit français, bien qu'il s'y apparente¹⁴¹². Etrangement, les traductions officielles de la norme n°48 en anglais et français justifient l'option en cas de dol, qu'il soit verbal ou par action, par l'atteinte portée au principe du consentement mutuel¹⁴¹³. Cette affirmation, à rebours de la conception classique des *fuqaha*, tendrait à rapprocher la notion du droit français. Elle peut être imputée, soit à une erreur de traduction¹⁴¹⁴, soit à une volonté

¹⁴⁰⁶ *Ibid.*, art. 2.2.3 : « Déclarations fallacieuses faites dans le but de convaincre l'acheteur que le bien vendu répond à ses attentes ou qu'il est désormais indisponible sur le marché ».

¹⁴⁰⁷ *Ibid.*, art. 2.2.4 : « Annonce de faux résultats d'une société pour inciter les investisseurs à en acheter les actions ».

¹⁴⁰⁸ L'auteur ajoute « Si bien qu'en raisonnant a contrario, on peut parfaitement soutenir que tous ces exemples, qui prétendent, viendraient à l'appui de la thèse du dol, vice du consentement en droit musulman, prouvent, plutôt, que le dol verbal est par lui-même sans influence sur la validité des contrats, en d'autres termes, que le dol n'est pas un vice du consentement », v. LINANT DE BELLEFONDS, Yvon, *Traité de droit musulman comparé, Vol.1: Théorie générale de l'acte juridique*, Mouton et cie., 1965, paragr. 467.

¹⁴⁰⁹ AAOIFI, Norme charaïque n°48, art. 2.1.

¹⁴¹⁰ C. civ., art. 1138 : « Le dol est également constitué s'il émane du représentant, gérant d'affaires, préposé ou porte-fort du contractant.

Il l'est encore lorsqu'il émane d'un tiers de connivence ».

¹⁴¹¹ AAOIFI, Norme charaïque n°48, art. 2.2.2

¹⁴¹² L'assimilation du dol verbal au dol par mensonge a été rejetée par un auteur, v. LINANT DE BELLEFONDS, Yvon, *Traité de droit musulman comparé, Vol.1: Théorie générale de l'acte juridique*, Mouton et cie., 1965, paragr. 466. : « Nous sommes [...] très loin de la notion occidentale du dol, si par dol verbal il faut entendre les mensonges qui ont déterminé une personne à contracter et sans lesquels elle ne se serait pas engagée, ce dol « déterminant » ayant pour effet de rendre le contrat annulable ».

¹⁴¹³ AAOIFI, Norme charaïque n°48, Annexe B.

¹⁴¹⁴ Le traducteur a pu être influencé par la conception française du dol.

des traducteurs, voire des rédacteurs de la norme, de rapprocher le dol en droit islamique du système occidental.

269 L'option en cas de dol par action. La sanction du dol par action se fonderait sur un hadith du Prophète¹⁴¹⁵ interdisant de lier les pis d'une bête afin qu'ils enflent pour que l'acheteur croît à tort qu'elle est une bonne laitière (*al-musarrat*)¹⁴¹⁶. L'AAOIFI reconnaît à l'acheteur la possibilité d'exercer une option (*khiyar al-tadlis*) en raison des agissements du vendeur, ou d'un tiers de connivence, destinés à dissimuler l'état réel de la chose et d'inciter l'acheteur à contracter¹⁴¹⁷. Ainsi conçu, le dol par action rappelle les manœuvres dolosives qui désignent en droit français « *toutes les machinations, toutes les mises en scène, tous les artifices qu'une personne peut mettre en œuvre pour surprendre le consentement de son partenaire et l'amener à contracter* »¹⁴¹⁸. L'AAOIFI exige, comme en droit français¹⁴¹⁹, la caractérisation de l'élément intentionnel qui peut aisément se déduire des agissements de l'auteur du dol ou de son complice¹⁴²⁰. Il faut en outre que l'acheteur ait été induit en erreur, l'option lui étant refusée s'il a eu connaissance de l'intention dolosive du vendeur avant de contracter¹⁴²¹. On infère de la définition du dol par action que l'erreur doit avoir un caractère déterminant. Une dernière condition suggère, contrairement à ce qu'énonce l'annexe B de la norme n°48, que le dol n'est pas sanctionné au titre du vice du consentement. Il faut, pour pouvoir exercer l'option, que les effets du dol persistent, de sorte que si l'état de la chose venait à s'améliorer, l'acheteur ne pourrait plus résoudre le contrat¹⁴²². La règle est fidèle à la conception objective du droit musulman et laisse entendre que c'est davantage l'atteinte patrimoniale que l'atteinte à l'intégrité du consentement qui est sanctionnée.

270 La réticence dolosive. L'article 1137 al. 2 du Code civil assimile au dol « *la dissimulation intentionnelle par l'un des contractants d'une information dont il sait le*

¹⁴¹⁵ En ce sens, v. LINANT DE BELLEFONDS, Yvon, *op. cit.*, paragr. 455 COMAIR-OBEID, Nayla, *Les contrats en droit musulman des affaires*, Economica, 1995, p. 105.

¹⁴¹⁶ « *Ne gonflez pas les pis des brebis et des chèvres en vous abstenant de les traire. Cependant celui qui achète une telle bête est entre deux choix, après l'avoir traitée : soit qu'il l'accepte, soit qu'il la rend avec mesure de dattes* », D'après la traduction de AHMED, Arkat (trad.), *Le Sahih d'al-Bukhârî*, Vol. 3, Al-Maktaba Al-A'sriyyah, 2003, hadith n°2148 ; *Sahih Muslim*, hadith n°1524.

¹⁴¹⁷ AAOIFI, Norme charaïque n° 48, art. 3.1.

¹⁴¹⁸ TERRÉ, François, SIMLER, Philippe, LEQUETTE, Yves *et al.*, *Droit civil*, 12^e éd., Dalloz, 2018, paragr. 299, spéc. p. 336.

¹⁴¹⁹ V. à titre d'illustration, Civ. 1^{re}, 12 nov. 1987, n°85-18.350, *Bull. civ. I*, n°293, *RTD civ.* 1998.339, obs. J. Mestre.

¹⁴²⁰ AAOIFI, Norme charaïque n°48, art. 3.2.1.

¹⁴²¹ *Ibid.*, art. 3.2.2.

¹⁴²² *Ibid.*, art. 3.2.3

caractère déterminant pour l'autre »¹⁴²³. L'ordonnance du 10 février 2016 a par-là codifié une jurisprudence constante depuis un arrêt du 15 janvier 1971 sanctionnant la réticence dolosive¹⁴²⁴. L'AAOFI n'envisage, dans sa norme n°48, que le dol verbal et le dol par action, ces deux variétés impliquant des actes positifs. *A contrario*, la réticence dolosive suppose que l'une des parties se soit volontairement abstenue de transmettre une information déterminante. On pourrait alors en déduire que l'AAOFI n'a pas entendu reconnaître à l'acquéreur le droit d'exercer l'option en cas de réticence dolosive de la part du vendeur. Il est vrai que les auteurs classiques n'ont pas fait de la dissimulation intentionnelle d'une information une cause en soi de résolution du contrat, ce qui laisserait suggérer que le droit islamique y est indifférent¹⁴²⁵. En réalité, la réticence dolosive est prise en considération sur le fondement, non pas du dol, mais de la théorie des vices¹⁴²⁶. Fidèles à la théorie objective du contrat, les *fuqaha* s'intéressent davantage à la chose qu'à l'intégrité du consentement, expliquant que seul l'acquéreur peut exercer une option. Le silence gardé intentionnellement sur l'état de la chose sera sanctionné incidemment dès lors que l'acheteur pourra démontrer l'existence d'un vice dont il n'a pas eu connaissance au moment de contracter.

271 Exercice de l'option. Qu'il s'agisse de dol verbal ou de dol par action, l'AAOFI prévoit que l'exercice de l'option a pour effet de résoudre le contrat¹⁴²⁷. *Lato sensu*, la résolution renvoie à l'action d'anéantir ou au résultat de cette action. Dans une acception stricte, la résolution désigne l'anéantissement, en principe rétroactif¹⁴²⁸, de l'acte lorsque l'une des parties ne peut exécuter son obligation, soit du fait de sa faute, soit par l'effet d'une cause étrangère¹⁴²⁹. En matière de dol, il n'est pas question de l'inexécution de l'une des parties, mais on peut s'interroger sur l'effet rétroactif de l'option. Bien que la norme ne le précise pas, il est permis d'affirmer, si l'on s'en tient à la conception classique des juristes, que l'anéantissement de l'acte rétroagit au

¹⁴²³ La loi de ratification n°2018-287 du 20 avril 2018 a mis un terme aux controverses que suscitait la rédaction de l'article 1137 al. 2 du Code civil en des termes généraux pouvant s'interpréter en un bris de jurisprudence. Dans l'arrêt Baldus (Civ. 1^{re}, 3 mai 200, n°98-11.381, *Bull. civ.* I, n°131), la Cour de cassation a considéré que l'acquéreur d'un bien n'est pas tenu d'informer le vendeur de sa valeur véritable et a, en conséquence, écarté la réticence dolosive. L'alinéa de l'article 1137 du Code civil consacre désormais la jurisprudence Baldus en énonçant que « *ne constitue pas un dol le fait pour une partie de ne pas révéler à son cocontractant son estimation de la valeur de la prestation* ».

¹⁴²⁴ Civ. 3e, 15 janv. 1971, n°69-12.180, *Bull. civ.* III, n°38, RTD civ. 1971.839, note Y. Loussouarn

¹⁴²⁵ Sur ce point, v. LINANT DE BELLEFONDS, Yvon, *Traité de droit musulman comparé, Vol.1: Théorie générale de l'acte juridique*, Mouton et cie., 1965, paragr. 470 et s.

¹⁴²⁶ *Ibid.*, paragr. 472.

¹⁴²⁷ AAOIFI, Norme charaïque n°48, art 2.3 (pour le dol verbal) et art. 3.4.1 (pour le dol par action).

¹⁴²⁸ L'ordonnance de réforme du droit des contrats du 10 février 2016 a cependant abandonné le principe de l'effet rétroactif de la résolution, v. C. civ., art. 1229.

¹⁴²⁹ CORNU, Gérard (Dir.), *Vocabulaire juridique*, 13^e éd., 2020, V°Résolution.

jour de sa formation¹⁴³⁰. Il est à noter que les auteurs classiques reconnaissaient à l'acquéreur la possibilité de demander une réduction du prix, cette sanction étant parfois même le principe, en particulier dans les écoles malékite et hanbalite¹⁴³¹. La norme n°48 ne fait aucune mention de cette faculté, seul l'anéantissement de l'acte étant envisagé. S'il décide de ne pas exercer l'option, l'acquéreur ne peut prétendre à une indemnisation au titre du dol dont il a été victime¹⁴³². L'AAOIFI ne précise pas non plus le délai imparti à l'acheteur pour se prévaloir de l'option pour tromperie. Elle se contente d'énoncer que la restitution de la chose doit intervenir dans le « délai d'usage » sans le définir¹⁴³³. L'option s'éteint par la perte ou la consommation de la chose, ou encore par la volonté de l'acquéreur de la conserver¹⁴³⁴. Elle a pour particularité, qu'elle concerne le dol verbal, par action ou la lésion, d'être intransmissible, y compris aux héritiers du bénéficiaire¹⁴³⁵.

272 Distinction du dol en droit français et en droit islamique. L'absence d'une théorie des vices du consentement parmi les *fuqaha* empêche toute assimilation du dol dans les deux systèmes juridiques. En droit français, le dol est conçu comme une atteinte à l'intégrité du consentement privant le contrat de l'un de ses éléments formateurs et ouvrant, par conséquent, la voie à une action en nullité¹⁴³⁶. A l'inverse, les jurisconsultes musulmans ne considèrent pas que le dol affecte la validité de l'acte, ce qui explique qu'il n'est pas une cause de nullité. Cela ne signifie pas que le consentement n'est pas une condition de formation du contrat, mais il n'est pas nécessaire qu'il soit libre et éclairé pour que l'acte soit valablement formé et produise ses effets. Il suffit pour s'en convaincre de constater que l'option pour tromperie n'est reconnue qu'au bénéfice du seul acquéreur. Si le dol était, en droit islamique, un vice du consentement, les auteurs auraient étendu le droit d'option à toute partie dupée par son cocontractant. Cette conception souligne à nouveau les différences entre la théorie subjective du contrat en droit français et la théorie objective adoptée par les juristes musulmans. La sanction du dol n'a pas un fondement psychologique mais patrimonial,

¹⁴³⁰ V. en ce sens, CHÉHATA, Chafik, *Théorie générale de l'obligation en droit musulman hanéfite*, Sirey, 1969, paragr. 209
LINANT DE BELLEFONDS, Yvon, *Traité de droit musulman comparé, Vol.1: Théorie générale de l'acte juridique*, Mouton et cie., 1965, paragr. 398.

¹⁴³¹ LINANT DE BELLEFONDS, Yvon, *op. cit.*, paragr. 473.

¹⁴³² *Ibid.*, art. 3.4.3

¹⁴³³ AAOIFI, Norme charaïque n°48, art. 2.3.2 et art. 3.4.3

¹⁴³⁴ *Ibid.*, art. 2.4.1 et 3.5

¹⁴³⁵ *Ibid.*, art. 2.5, art. 3.5 et art. 4.6.

¹⁴³⁶ C. civ., art. 1131.

le principe de l'équilibre des prestations étant encore sous-jacent. On peut justifier que l'option ne soit admise qu'en faveur de l'acquéreur par le fait que le vendeur est supposé connaître la chose. Sur ce point, on peut opérer un rapprochement entre les deux systèmes juridiques, puisque l'article 1137 al. 3 du Code civil dispose que « *ne constitue pas un dol le fait pour une partie de ne pas révéler à son cocontractant son estimation de la valeur de la prestation* »¹⁴³⁷. Une autre similitude entre les deux conceptions du dol est d'ailleurs à relever. Elle concerne la sanction, qui bien qu'il s'agisse d'une nullité pour l'une et, *lato sensu*, d'une résolution pour l'autre, n'en a pas moins un effet similaire qu'est l'anéantissement rétroactif du contrat. La définition française du dol, en tant que vice du consentement, confère à la notion un domaine plus large qu'en droit islamique où elle est centrée sur la chose. Ainsi, malgré une différence quant à la méthode, le dol tel qu'envisagé par les *fuqaha* peut toujours être sanctionné en droit français. Un autre constat s'impose s'agissant de l'option pour lésion.

B) *L'option pour lésion*

273 Le *khiyar al-ghabn*. Il a été rappelé l'interdépendance originelle du dol et de la lésion abandonnée en faveur de l'autonomisation des deux notions¹⁴³⁸. L'AAOIFI ne fait aucune allusion à la première dans la définition de l'option pour lésion « *reconnue à l'acheteur lorsqu'il s'avère que le prix de la chose vendue est supérieur à l'estimation maximale faite par les experts* »¹⁴³⁹. L'organisation précise que « *la lésion qui ouvre droit à la rescision est celle que l'usage des commerçants, variable selon l'époque et le lieu, considère comme majeure, au vu de l'estimation des experts* ». A l'aune de ces précisions, la seule lésion excessive suffirait pour que l'acquéreur puisse exercer l'option. Les exemples accompagnant la norme suggèrent pourtant le contraire puisque le dol est perceptible, ou du moins sous-jacent, dans chacun d'eux¹⁴⁴⁰. La

¹⁴³⁷ La solution était acquise depuis l'arrêt Baldus (Civ. 1^{re}, 3 mai 200, n°98-11.381, *Bull. civ.* I, n°131), mais avait été ignorée par l'ordonnance du 10 février 2016. La loi de ratification n°2018-287 du 20 avril 2018 est venue la consacrer. D'aucuns objecteront que le texte français ne se limite pas à l'acquéreur puisqu'il concerne l'ensemble des parties. Hormis le cas spécifique, et rare, des ventes dites fiduciaires (sur ce point, v. LINANT DE BELLEFONDS, Yvon, *Traité de droit musulman comparé, Vol.1: Théorie générale de l'acte juridique*, Mouton et cie., 1965, paragr. 476.), le droit islamique n'impose aucune obligation à l'acquéreur d'informer l'autre partie de la valeur de la prestation.

¹⁴³⁸ V. *supra* paragr. 267.

¹⁴³⁹ AAOIFI, Norme charaïque n°48, art. 4.1.

¹⁴⁴⁰ *Ibid.*, art 4.3.1 : « La vente au crédule [*mustarsil*] dans laquelle l'acheteur délaisse la négociation du prix, faisant confiance au vendeur pour le garder de toute lésion », ; art. 4.3.2 : « *La connivence entre courtiers et vendeurs conduisant à l'augmentation artificielle des prix au-delà du juste prix* » ; art. 4.3.3 « *L'usage du dol [verbal] dans le but d'induire les exportateurs en erreur quant aux prix pratiqués dans le pays importateur et d'exploiter leur ignorance en proposant un prix* »

présence de l'option pour lésion au sein d'une norme consacrée aux « options pour tromperie de confiance » pourrait plaider en faveur de cette interprétation. A l'encontre de cette hypothèse, on ne perçoit à travers ces exemples, et dans le titre de la norme, qu'une influence résiduelle de la règle antérieure qui n'admettait que la lésion qualifiée¹⁴⁴¹. Si la caractérisation du dol était nécessaire, l'AAOIFI n'aurait pas manqué de le mentionner expressément, or seules deux conditions sont énoncées : que la lésion ait été excessive¹⁴⁴² et qu'elle ait été ignorée de l'acquéreur¹⁴⁴³.

274 Appréciation de la lésion excessive. Les normes de l'AAOIFI ne précisent pas le seuil à partir duquel la lésion est considérée comme excessive dans un contrat de finance islamique, se contentant de renvoyer à l'appréciation des experts¹⁴⁴⁴. Ces derniers doivent déterminer la valeur maximale de la prestation en se référant aux usages commerciaux en vigueur au temps et au lieu du contrat, ce qui est en accord avec la règle traditionnellement admise¹⁴⁴⁵. Des auteurs rapportent la mention de taux dans certains ouvrages au-delà desquels la lésion devient excessive. Il en serait ainsi si elle est de plus 1/5^e pour les immeubles, de 1/10^e pour les animaux et de 1/20^e pour les biens meubles¹⁴⁴⁶. D'après Chéhata, la lésion est jugée excessive lorsqu'elle dépasse d'un vingtième la valeur de la prestation¹⁴⁴⁷.

275 Indifférence de principe du droit français des contrats à la lésion¹⁴⁴⁸. La réception de l'option pour lésion se heurte à la règle de l'article 1168 du Code civil énonçant que le défaut d'équivalence des prestations n'est pas une cause de nullité dans les contrats synallagmatiques, à moins que la loi n'en dispose autrement. Parmi ces exceptions, le droit français prévoit que les actes courants accomplis par le mineur sont

inférieur » ; art. 4.3.4 « L'arrangement entre les vendeurs et les commerciaux dans le but de vendre les biens à un prix supérieur au juste prix ».

¹⁴⁴¹ Ce qui tendait à rapprocher la notion du droit allemand, v. BGB, art. 138 al .2 « Est nul tout acte juridique par lequel une personne se fait promettre ou accorder, soit à elle-même soit à une autre personne, en contrepartie d'une prestation, des avantages patrimoniaux en disproportion flagrante avec cette prestation, et cela par exploitation de l'état de nécessité, de l'inexpérience, du défaut de capacité de jugement ou de la grande faiblesse de caractère d'autrui ». D'après la traduction de LARDEUX, Gwendoline, LEGAIS, Raymond, PEDAMON, Michel, WITZ, Claude, *Code civil allemand: Traduction commentée*, Dalloz, 2010.

¹⁴⁴² AAOIFI, Norme charaïque n°48, art. 4.1

¹⁴⁴³ *Ibid.*, art. 4.2

¹⁴⁴⁴ *Ibid.*, art. 4.1.

¹⁴⁴⁵ LINANT DE BELLEFONDS, Yvon, *Traité de droit musulman comparé, Vol.1: Théorie générale de l'acte juridique*, Mouton et cie., 1965, paragr. 484.

¹⁴⁴⁶ CHÉHATA, Chafik, *Théorie générale de l'obligation en droit musulman hanéfite*, Sirey, 1969, paragr. 155 LINANT DE BELLEFONDS, Yvon, *op. cit.*, paragr. 485.

¹⁴⁴⁷ CHÉHATA, Chafik, *op. cit.*, paragr. 155.

¹⁴⁴⁸ Sur ce point, v. paragr. 101 et s.

susceptibles d'être annulés pour simple lésion¹⁴⁴⁹. On retrouve la règle en droit islamique qui a été codifiée à l'article 356 de la *Medjellé*¹⁴⁵⁰. Si cette exception intéresse peu la finance islamique, il en va autrement de l'admission de la lésion en matière de ventes d'immeubles. L'article 1674 du Code civil reconnaît le droit au vendeur, lésé de plus de sept douzièmes dans le prix d'un immeuble, d'exercer l'action en rescision du contrat. Similairement au droit islamique, la valeur de l'immeuble doit être estimée par des experts¹⁴⁵¹ « *suivant son état et sa valeur au moment de la vente* »¹⁴⁵². La différence notable repose sur la partie protégée de la lésion : l'acquéreur dans le *fiqh* et le vendeur en droit français. Il demeure un fondement susceptible de sanctionner la lésion dans les contrats conclus entre professionnels. Dans sa rédaction issue de l'ordonnance du 24 avril 2019¹⁴⁵³, l'article L. 442-1, I, 2° du Code de commerce réprime le fait pour l'une des parties de soumettre, ou de tenter de soumettre, l'autre partie à des obligations créant un déséquilibre significatif dans les droits et obligations des parties¹⁴⁵⁴. Or, la Cour de cassation a jugé que ce déséquilibre significatif peut « *résulter d'une inadéquation du prix au bien vendu* »¹⁴⁵⁵. Plus encore, l'article L. 442-1, I, 1° sanctionne le fait « *d'obtenir ou de tenter d'obtenir de l'autre partie un avantage ne correspondant à aucune contrepartie ou manifestement disproportionné au regard de la valeur de la contrepartie consentie* ». La nouvelle formule, plus générale que celle de l'ancien article L. 442-6, I, 1° du Code de commerce¹⁴⁵⁶, autorise, à n'en pas douter, un contrôle généralisé de la lésion en ce que

¹⁴⁴⁹ C. civ., art. 1149 al. 1^{er} : « *Les actes courants accomplis par le mineur peuvent être annulés pour simple lésion. Toutefois, la nullité n'est pas encourue lorsque la lésion résulte d'un événement imprévisible* ».

¹⁴⁵⁰ « *La lésion excessive sans dol ne donne pas à la partie lésée le droit de faire rescinder la vente. Mais lorsqu'il s'agit de biens de mineurs, la lésion excessive suffit pour vicier le contrat.*

Les biens Vakouf et ceux du domaine de l'Etat sont assimilés, à cet égard, aux biens des mineurs ».

¹⁴⁵¹ C. civ., art. 1678.

¹⁴⁵² Ibid., art.

¹⁴⁵³ Ordonnance n° 2019-359 du 24 avril 2019 portant refonte du titre IV du livre IV du code de commerce relatif à la transparence, aux pratiques restrictives de concurrence et aux autres pratiques prohibées.

¹⁴⁵⁴ « *I. - Engage la responsabilité de son auteur et l'oblige à réparer le préjudice causé le fait, dans le cadre de la négociation commerciale, de la conclusion ou de l'exécution d'un contrat, par toute personne exerçant des activités de production, de distribution ou de services :*

[...]

2° De soumettre ou de tenter de soumettre l'autre partie à des obligations créant un déséquilibre significatif dans les droits et obligations des parties ».

¹⁴⁵⁵ Com. 25 janv. 2017, n° 15-23.547, *Bull. civ. IV* : D. 2017.481, note F. Buy ; *JCP E* 2017. 1135, note Le Gac-Pech ; *RTD civ.* 2017. 383, obs. Barbier ; *RTD com.* 2017. 601, obs. Chagny. La solution a été rendue sur le fondement de l'ancien article L. 442-6 du Code de commerce désormais repris à l'article L. 442-1, I du même code. Le Conseil constitutionnel, saisi d'une QPC a reconnu la constitutionnalité de l'ancien article L. 442-6 du Code de commerce qui permet « *au juge de se fonder sur le prix pour caractériser l'existence d'un déséquilibre significatif dans les obligations des partenaires commerciaux* », v. Cons. const., 30 nov. 2018, n° 2018-749 QPC, *JCP E* 2018, 1638, note M. Behar-Toulchais.

¹⁴⁵⁶ Le texte ancien visait expressément les services, v. C. com., art. L. 442-6, I, 1° ancien « *1° D'obtenir ou de tenter d'obtenir d'un partenaire commercial un avantage quelconque ne correspondant à aucun service commercial effectivement rendu ou manifestement disproportionné au regard de la valeur du service rendu* [...] ».

la condition de soumission n'est pas exigée¹⁴⁵⁷. Il appartient au juge d'apprécier ce qui constitue une contrepartie « manifestement » disproportionnée, l'emploi de l'adverbe instaurant un garde-fou dans la prise en considération de la lésion. S'agissant de la sanction, la lecture de l'article L. 442-1, I du Code de commerce suggère que seule la responsabilité civile de l'auteur des pratiques peut être engagée. Mais l'article L.442-4 du même code permet à la victime des pratiques restrictives de concurrence, et à elle seule, de faire constater par le juge la nullité des clauses, ou des contrats illicites, et de demander la restitution des avantages indus¹⁴⁵⁸.

A la différence des options pour dol, la réception de l'option pour lésion se heurte à un principe contraire en droit français, le déséquilibre en valeur des prestations n'étant sanctionné qu'à titre exceptionnel. Si ces options naissent à la suite de la méconnaissance d'une règle relative à la formation du contrat, d'autres, en revanche, intéressent son exécution et sont conférées à l'une des parties lorsque l'autre manque à une obligation fondamentale.

II] Les options sanctionnant le manquement à une obligation principale

276 Deux options. Au sein de la catégorie des options légales, certaines ont été théorisées par les juristes musulmans en vue de protéger la partie qui, dans un contrat à titre onéreux, reçoit la propriété ou l'usage d'une chose qui est différente de celle attendue. L'autre partie, en manquant à son obligation, risque de porter atteinte à l'équilibre des prestations, justifiant que le contrat puisse être anéanti. Aux termes de l'article 1603 du Code civil, le vendeur « *a deux obligations principales, celles de délivrer et celle de garantir la chose qu'il vend* ». La règle se retrouve dans le *fiqh*, le

¹⁴⁵⁷ V. en ce sens, CHAGNY, Muriel, « La refonte du Titre IV du Livre IV... en attendant une nouvelle réforme ? », *RTD com.* 2019.353 ; BEHAR-TOUCHAIS, Martine, « Le contrôle de la lésion en droit commercial, avec l'interdiction de l'avantage disproportionné », *RDC* 2019, n°4, p. 41 et s.

¹⁴⁵⁸ La Cour de cassation a reconnu cette faculté y compris sous l'empire du droit ancien dont les dispositions laissaient subsister un doute, v. Com. 30 sept. 2020, n° 18-25.204, *AJ contrat* 2020. 561, note M. Chagny.

créancier insatisfait dispose d'une option lorsque la chose est atteinte d'un vice **(A)** ou quand elle est non conforme à ce qui a été stipulé **(B)**.

A) *L'option pour vice*

277 Plan. L'option pour vice, *khiyar al'-ayb* en arabe, est l'œuvre des jurisconsultes dont il convient d'étudier le régime (1) pour constater qu'elle présente de nombreuses similarités avec la garantie des vices cachés en droit français (2).

1) *Le khiyar al-'ayb dans le fiqh*

278 *Khiyar al-'ayb*. L'option pour vice figure au rang des options majeures reconnues à l'acheteur, ainsi qu'au locataire¹⁴⁵⁹, dont les *fuqaha* s'accordent à reconnaître le caractère légal¹⁴⁶⁰. Il n'est alors pas étonnant que l'AAOIFI envisage son régime dans une norme n°51 consacrée aux « options de résolution pour altération de l'intégrité »¹⁴⁶¹. Des auteurs ont rapporté l'embarras des jurisconsultes pour asseoir l'existence de l'option qui n'est expressément envisagée dans aucune source sacrée du droit islamique¹⁴⁶². Le hadith de la *musarrat*, la bête dont les pis ont été liés¹⁴⁶³, déjà utile à l'option pour dol, est régulièrement invoqué comme fondement de l'option pour vice, y compris par l'AAOIFI¹⁴⁶⁴. L'organisation définit cette option comme celle reconnue « à l'acheteur¹⁴⁶⁵ suite à la découverte d'un vice caché au moment de la conclusion de la vente »¹⁴⁶⁶.

279 Conditions de l'option pour vice. Il ressort de la définition de l'AAOIFI que la mise en œuvre de l'option est soumise à l'existence d'un vice (*ayb*) caché. Il semble

¹⁴⁵⁹ Entendu dans une acception large, la prestation de service étant conçue comme un louage d'ouvrage, v. AAOIFI, Norme charaïque n°34.

¹⁴⁶⁰ COMAIR-OBEID, Nayla, *Les contrats en droit musulman des affaires*, Economica, 1995, p. 81 LINANT DE BELLEFONDS, Yvon, *Traité de droit musulman comparé, Vol.1: Théorie générale de l'acte juridique*, Mouton et cie., 1965, paragr. 411.

¹⁴⁶¹ La traduction officielle en français du titre de la norme ne permet pas de se rendre compte des options envisagées. En langue anglaise, le titre est plus évocateur « Options to Revoke Contracts Due to Incomplete Performance », littéralement « options de résolution pour exécution imparfaite ».

¹⁴⁶² COMAIR-OBEID, Nayla, *op. cit.*, p. 84 LINANT DE BELLEFONDS, Yvon, *op. cit.*, paragr. 412.

¹⁴⁶³ « Ne gonflez pas les pis des brebis et des chammelles en vous abstenant de les traire. Cependant celui qui achète une telle bête est entre deux choix, après l'avoir traitée : soit qu'il l'accepte, soit qu'il la rend avec mesure de dattes », D'après la traduction de AHMED, Arkat (trad.), *Le Sahih d'al-Bukhâry*, Vol. 3, Al-Maktaba Al-A'sriyyah, 2003, hadith n°2148 ; *Sahih Muslim*, hadith n°1524.

¹⁴⁶⁴ AAOIFI, Norme charaïque n°51, Annexe B.

¹⁴⁶⁵ Nulle mention n'est faite de l'hypothèse du locataire mais il est traditionnellement admis qu'il puisse en bénéficier.

¹⁴⁶⁶ AAOIFI, Norme charaïque n°51, art. 2.1. La norme en français ne fait pas apparaître une précision que l'on retrouve dans la traduction anglaise et qui évoque la faculté d'anéantir le contrat.

que l'emploi de l'adjectif « caché » puisse être imputé à un rapprochement volontaire des traducteurs avec le droit français, car cette condition n'est pas exigée au regard de la conception classique de la notion¹⁴⁶⁷. Il suffit, pour se convaincre de l'erreur de traduction, de s'intéresser aux conditions, cumulatives, requises pour exercer l'option pour vice¹⁴⁶⁸. La première porte sur l'existence d'un défaut important de la chose, existant au moment de la vente, qui diminue soit son usage soit sa valeur¹⁴⁶⁹. Cette conception est similaire à celle adoptée par l'auteur shaféite Al-Ramlî¹⁴⁷⁰ et qui se distingue de la doctrine hanéfite, codifiée dans la Medjellé, n'exigeant qu'une « diminution de la valeur de la chose à dire d'experts »¹⁴⁷¹. Il faut en outre que l'élimination du vice entraîne un coût additionnel pour l'acquéreur¹⁴⁷². La troisième condition démontre que ce n'est pas tant le vice caché qui est sanctionné que le défaut qui est ignoré par l'acquéreur, peu importe que le vendeur en ait eu connaissance ou non¹⁴⁷³. A l'inverse du droit français¹⁴⁷⁴, le vice apparent permet, en droit islamique, d'exercer l'option¹⁴⁷⁵. Encore faut-il que les parties n'aient stipulé aucune clause d'exclusion de la garantie des vices, laquelle est admise à l'exception des contrats *ijarah* et *istisna*¹⁴⁷⁶. Enfin, l'AAOIFI énonce une dernière condition, superfétatoire tant elle s'avère évidente, imposant que le vice ne soit pas le fait de l'acquéreur¹⁴⁷⁷.

280 Exercice de l'option pour vice. L'AAOIFI ne fait aucune mention du délai imparti à l'acquéreur pour se prévaloir de l'option pour vice. A l'instar de l'option pour dol, l'organisation se contente de préciser que la restitution doit intervenir dans un délai d'usage après la prise de possession de la chose et la découverte du vice¹⁴⁷⁸. La référence aux usages pourrait suggérer qu'il convient de prendre en considération soit les pratiques en matière de contrats islamiques soit la législation du pays dans lequel

¹⁴⁶⁷ Sur ce point, v. LINANT DE BELLEFONDS, Yvon, *Traité de droit musulman comparé, Vol.1: Théorie générale de l'acte juridique*, Mouton et cie., 1965, p. 333, spéc. paragr. 413, 417 et 421.

¹⁴⁶⁸ AAOIFI, Norme charaïque n°51, art. 2.2.

¹⁴⁶⁹ *Ibid.*, art. 2.2.1. A nouveau la traduction française mentionne le « vice caché », ce qui n'est pas le cas en langue anglaise.

¹⁴⁷⁰ AL-RAMLÎ, *Nihâyat al-Muhtâj*, IV, 32 cité par

¹⁴⁷¹ Medjellé, art. 338 « On appelle vices (*aïb*) les défauts qui diminuent la valeur de la chose à dire d'experts ».

¹⁴⁷² AAOIFI, Norme charaïque n°51, art. 2.2.2.

¹⁴⁷³ *Ibid.*, art. 2.2.3

¹⁴⁷⁴ C. civ., art. 1642 : « Le vendeur n'est pas tenu des vices apparents et dont l'acheteur a pu se convaincre lui-même ».

¹⁴⁷⁵ Un auteur souligne que la plupart du temps, le vice sanctionné est apparent : « il ressort que le 'ayb du droit musulman n'est pas toujours un vice caché, puisqu'une grande partie des défauts énumérés sont plus ou moins apparents. En général, les auteurs se contentent de déclarer que le vice doit être inconnu, c'est-à-dire ignoré de l'acheteur, car s'il en avait eu connaissance, soit au moment de la conclusion, soit au moment de la prise de possession, il serait alors censé avoir renoncé à se prévaloir au droit d'opter », LINANT DE BELLEFONDS, Yvon, *Traité de droit musulman comparé, Vol.1: Théorie générale de l'acte juridique*, Mouton et cie., 1965, paragr. 417.

¹⁴⁷⁶ AAOIFI, Norme charaïque n°51, art. 2.2.4

¹⁴⁷⁷ *Ibid.*, art. 2.2.5.

¹⁴⁷⁸ *Ibid.*, art. 2.4

l'acte est situé. Dans la première hypothèse, le délai pour exercer l'option serait assez court puisque les juristes hanéfites et shaféites reconnaissent classiquement un délai de trois jours pour exercer l'option stipulée (*khiyar al-shart*)¹⁴⁷⁹. En faveur de cette interprétation, on relève que l'usage de la chose après la découverte du vice rédhibitoire entraîne la déchéance du droit d'option¹⁴⁸⁰. Dans le cas où le délai d'usage est déterminé par la législation du pays dans lequel le contrat est situé, l'option en droit français verrait son régime aligné sur l'action rédhibitoire qui doit être exercée dans un délai de deux ans à compter de la découverte du vice¹⁴⁸¹.

281 Effets de l'option pour vice. L'acquéreur de la chose affectée d'un vice choisit entre la ratification du contrat et sa résolution¹⁴⁸². Dans ce dernier cas il convient de distinguer selon qu'il est entré ou non en possession de la chose. Si l'acquéreur exerce l'option alors qu'il a déjà pris possession de la chose, la résolution ne pourra intervenir qu'avec l'accord du vendeur ou, à défaut, par décision du juge¹⁴⁸³. Dans le cas contraire, si la découverte du vice est antérieure à la prise de possession, la résolution peut être unilatérale¹⁴⁸⁴. Sur ce point, la norme de l'AAOIFI reprend la doctrine classique des *fuqaha*¹⁴⁸⁵. Elle demeure par contre silencieuse quant à la possibilité pour l'acquéreur d'obtenir une réduction du prix tout en conservant la chose¹⁴⁸⁶. Cette faculté est rejetée par l'ensemble des écoles juridiques, hormis les hanbalites qui reconnaissent que l'acquéreur a le droit à une indemnité correspondant à la différence entre la valeur de la chose privée du vice et sa valeur réelle¹⁴⁸⁷. Lorsque l'acquéreur opte pour la résolution du contrat, qu'elle soit amiable ou judiciaire, il a droit à la restitution intégrale du prix de la chose¹⁴⁸⁸. Le principe n'est écarté que si la chose a été

¹⁴⁷⁹ LINANT DE BELLEFONDS, Yvon, *Traité de droit musulman comparé, Vol.1: Théorie générale de l'acte juridique*, Mouton et cie., 1965, paragr. 391 COMAIR-OBEID, Nayla, *Les contrats en droit musulman des affaires*, Economica, 1995, p. 71.

¹⁴⁸⁰ AAOIFI, Norme charaïque n°51, art. 2.8.4.

¹⁴⁸¹ C. civ., art. 1648 : « L'action résultant des vices rédhibitoires doit être intentée par l'acquéreur dans un délai de deux ans à compter de la découverte du vice.

Dans le cas prévu par l'article 1642-1, l'action doit être introduite, à peine de forclusion, dans l'année qui suit la date à laquelle le vendeur peut être déchargé des vices ou des défauts de conformité apparents ».

¹⁴⁸² AAOIFI, Norme charaïque n°51, art. 2.5

¹⁴⁸³ *Id.*

¹⁴⁸⁴ *Id.*

¹⁴⁸⁵ LINANT DE BELLEFONDS, Yvon, *Traité de droit musulman comparé, Vol.1: Théorie générale de l'acte juridique*, Mouton et cie., 1965, paragr. 425.

¹⁴⁸⁶ L'AAOIFI évoque cette faculté, dans l'Annexe B accompagnant la norme, qu'elle rejette au motif que les parties n'ont pas spécifié de prix pour chacun des attributs de la chose et que le vendeur n'aurait peut-être pas accepté de la vendre à un prix inférieur. Elle reconnaît cependant que les hanbalites adoptent une position différente.

¹⁴⁸⁷ V. en ce sens LINANT DE BELLEFONDS, Yvon, *op. cit.*, paragr. 424.

¹⁴⁸⁸ AAOIFI, Norme charaïque n°51, art. 2.5

consommée, qu'elle a péri ou que son état a été modifié, l'acheteur conservant néanmoins le droit à l'indemnisation¹⁴⁸⁹.

282 Extinction de l'option pour vice. Outre l'expiration du délai, le droit d'option reconnu à l'acquéreur s'éteint pour diverses causes. Il peut s'agir de la disparition du vice justifiant l'option¹⁴⁹⁰, de la renonciation explicite du bénéficiaire¹⁴⁹¹, de l'acceptation explicite du vice¹⁴⁹² ou de la destruction de la chose par l'acheteur¹⁴⁹³. L'extinction de l'option est encore susceptible de résulter de l'acceptation tacite du vice. Il en est ainsi lorsque l'acquéreur, après avoir découvert le vice, use de la chose, en perçoit les fruits ou l'aliène¹⁴⁹⁴. En somme, l'exercice par l'acquéreur de ses prérogatives de propriétaire entraîne la déchéance du droit d'option.

283 Option pour « cause de fragmentation de la vente » (*khiyar tafarruq al-safaq*).

A la suite de l'option pour vice, l'AAOIFI reconnaît à l'acquéreur le droit de résoudre le contrat « *lorsque le statut du contrat ne s'applique pas à la totalité de son objet entraînant une fragmentation de la transaction* »¹⁴⁹⁵. La traduction officielle de la définition est maladroite et ne permet pas véritablement d'appréhender ce que recouvre l'option. La version anglaise des normes de l'AAOIFI¹⁴⁹⁶, ainsi que les illustrations de cas donnant naissance au droit d'option¹⁴⁹⁷, pallient cette difficulté. A l'aune de ces derniers, on perçoit que l'AAOIFI reconnaît à l'acquéreur une option en cas d'exécution imparfaite de la prestation du vendeur. La seule condition requise est l'ignorance de l'acheteur quant au fait que le contrat ne pourrait être que partiellement exécuté¹⁴⁹⁸. L'AAOIFI affirme expressément qu'il s'agit d'une variante de l'option

¹⁴⁸⁹ *Ibid.*, art. 2.6.

¹⁴⁹⁰ *Ibid.*, art. 2.8.1.

¹⁴⁹¹ *Ibid.*, art. 2.8.2.

¹⁴⁹² *Ibid.*, art. 2.8.3.

¹⁴⁹³ *Ibid.*, art. 2.8.5.

¹⁴⁹⁴ *Ibid.*, art. 2.8.4.

¹⁴⁹⁵ *Ibid.*, art. 3.1

¹⁴⁹⁶ « *The option to revoke a contract owing to deal fragmentation is the The option to revoke a contract owing to deal fragmentation is the option of the buyer to revoke a contract (a package deal) that no longer includes everything that was contracted for, resulting in the longer includes everything that was contracted for, resulting in the package deal becoming fragmented* ».

¹⁴⁹⁷ AAOIFI, Norme Charaïque n°51, art. 3.3.1 et s. Sont cités comme exemples :

- « *La vente par une personne de ce qu'il (sic) possède et de ce qui est propriété d'une tierce personne dans un même lot, sans l'approbation de cette dernière ; ainsi que la vente par l'un des associés de toutes les parts de la société, sans solliciter l'approbation du reste des associés ;*
- *La perte d'une partie du droit sur la chose vendue en raison de l'apparition d'un droit d'un tiers sur la même chose ;*
- *La détérioration partielle de l'objet de la vente avant sa livraison (délivrance effective ou légale ;*
- *L'indisponibilité d'une partie de l'objet du contrat à la date de délivrance dans un contrat salam »*

¹⁴⁹⁸ *Ibid.*, art. 3.2

pour vice¹⁴⁹⁹, s'inscrivant ainsi dans la tendance assimilationniste des *fuqaha*¹⁵⁰⁰. Elle s'en distingue cependant quant à ses effets puisque si le vendeur peut opter pour la résolution du contrat, il peut préférer la réduction du prix proportionnelle à l'inexécution¹⁵⁰¹.

2) *La transposition du khiyar al'-ayb sur le fondement de la garantie des vices cachés*

284 Convergences et divergences avec la garantie des vices cachés. De par sa définition, l'option pour vice évoque la garantie des vices cachés en droit français. L'article 1641 du Code civil dispose que « *le vendeur est tenu de la garantie à raison des défauts cachés de la chose vendue qui la rendent impropre à l'usage auquel on la destine, ou qui diminuent tellement cet usage que l'acheteur ne l'aurait pas acquise, ou n'en aurait donné qu'un moindre prix, s'il les avait connus* ». Il ressort de ce texte que la garantie des vices cachés partage avec l'option pour vice des similitudes (a) qui ne doivent pas pour autant occulter les différences (b). Les obstacles n'étant pas dirimants les parties peuvent procéder à des adaptations pour transposer le *khiyar al-'ayb*.

a) *Les convergences avec la garantie des vices cachés*

285 Champ d'application. La première condition partagée entre l'option pour vice et la garantie des vices cachés concerne le champ d'application des deux notions. L'article 1641 du Code civil vise la vente et la norme de l'AAOIFI, plus largement, les contrats à titre onéreux¹⁵⁰². La garantie des vices cachés se rencontre en dehors de la

¹⁴⁹⁹ *Ibid.*, Annexe B « *Le fondement de la licéité de l'option de résolution pour cause de fragmentation de la vente est qu'elle représente une forme de vice (certains traités la citent parmi les cas de vice rédhibitoire)* ».

¹⁵⁰⁰ Yvon LINANT DE BELLEFONDS a écrit en ce sens : « *on trouve de nombreuses options dont on peut dire qu'elles ne sont que des cas particuliers de l'option pour vice* », v. LINANT DE BELLEFONDS, Yvon, *Traité de droit musulman comparé, Vol.1: Théorie générale de l'acte juridique*, Mouton et cie., 1965, paragr. 434.

¹⁵⁰¹ AAOIFI, Norme charaïque n°51, art. 3.4.

¹⁵⁰² *Ibid.*, art. 2.3

vente puisque des dispositions semblables sont prévues pour le bail¹⁵⁰³, le prêt à usage¹⁵⁰⁴ ou dans certains contrats d'entreprise¹⁵⁰⁵.

286 Le vice. Il faut encore caractériser l'existence d'un vice inhérent à la chose, ce qui implique un défaut de celle-ci et exclut que la garantie s'applique au cas où la chose s'avère inadaptée aux attentes de l'acheteur¹⁵⁰⁶. La Cour de cassation a ainsi jugé que le vice étant nécessairement inhérent à la chose elle-même, il ne peut résulter de l'association de deux médicaments¹⁵⁰⁷. Dans les deux systèmes juridiques, le défaut doit rendre la chose impropre à son usage normal. En droit français il faut, plus précisément que le vice empêche l'usage normal, ou le diminue, à tel point que l'acheteur n'aurait pas contracté, ou à un prix inférieur, s'il avait eu connaissance du vice. La condition impose une appréciation objective de la destination de la chose fondée sur la « normalité » en droit français et les « usages admis » dans le *fiqh*. Une autre exigence partagée porte sur l'antériorité du vice à la formation du contrat. L'AAOIFI précise qu'il doit être présent « *au moment de la conclusion de la vente* »¹⁵⁰⁸, ce que l'on retrouve en droit français où il est exigé qu'il soit apparu, ou du moins en germe, préalablement à la livraison de la chose¹⁵⁰⁹. Un dernier point commun porte sur la persistance du défaut lors de la mise en œuvre de l'action en garantie des vices cachés ou de l'option pour vice. Concernant la première, la jurisprudence considère que la réparation du vice par le vendeur empêche l'exercice de l'action rédhibitoire¹⁵¹⁰. Si la réparation est le fait de l'acheteur, il devrait conserver la possibilité d'exercer l'action

¹⁵⁰³ C. civ., art. 1721 : « *Il est dû garantie au preneur pour tous les vices ou défauts de la chose louée qui en empêchent l'usage, quand même le bailleur ne les aurait pas connus lors du bail.* »

S'il résulte de ces vices ou défauts quelque perte pour le preneur, le bailleur est tenu de l'indemniser ».

¹⁵⁰⁴ *Ibid.*, art. 1891 : « *Lorsque la chose prêtée a des défauts tels qu'elle puisse causer du préjudice à celui qui s'en sert le prêteur est responsable, s'il connaissait les défauts et n'en a pas averti l'emprunteur* ».

¹⁵⁰⁵ V. dans le domaine de la construction C. civ., art. 1792 : « *Tout constructeur d'un ouvrage est responsable de plein droit, envers le maître ou l'acquéreur de l'ouvrage, des dommages, même résultant d'un vice du sol, qui compromettent la solidité de l'ouvrage ou qui, l'affectant dans l'un de ses éléments constitutifs ou l'un de ses éléments d'équipement, le rendent impropre à sa destination.* »

Une telle responsabilité n'a point lieu si le constructeur prouve que les dommages proviennent d'une cause étrangère ».

¹⁵⁰⁶ V. en ce sens BOFFA, Romain, v° Garantie des vices cachés in MAZEAUD Denis, BOFFA Romain et BLANC Nathalie (dir.), *Dictionnaire du contrat*, LGDJ, 2018, p. 629.

¹⁵⁰⁷ Civ. 1^{re}, 8 avr. 1986, n°84-11.443, *Bull. civ. I*, n°82, *JCP* 1987. II. 20721, note Viala et Viandier; *RTD civ.* 1986. 779, obs. J. Huet.

¹⁵⁰⁸ AAOIFI, Norme charaïque n°51, art. 2.1.

¹⁵⁰⁹ Com., 9 fév. 1965, n° 59-11.825 : « *si les risques de la chose vendue sont à la charge de l'acquéreur à partir du transfert de la propriété, il n'en est plus de même si la chose transférée était antérieurement atteinte de vice cache ou si ledit vice existait déjà à l'état de germe* ».

¹⁵¹⁰ Com., 1^{er} févr. 2011, n°10-11.269, *Bull. civ. IV*, n°15, *D.* 2011. 516, obs. Delpech; *CCC* 2011, n° 111, obs. Leveneur. La Cour précise néanmoins que l'acheteur peut solliciter l'indemnisation du préjudice éventuellement subi du fait de ce vice.

estimatoire reconnue à l'article 1644 du Code civil¹⁵¹¹. S'agissant de l'option pour vice, ce droit s'éteint par la disparition du vice peu importe la cause¹⁵¹². Malgré ces rapprochements entre les deux notions, on relève un certain nombre de divergences.

b) *Les divergences*

287 Vice caché contre vice ignoré. Aux termes de l'article 1641 du Code civil, le vice affectant la chose doit être caché. Par conséquent, le « *vendeur n'est pas tenu des vices apparents et dont l'acheteur a pu se convaincre lui-même* »¹⁵¹³. L'exclusion se justifie par l'obligation de délivrance pesant sur le vendeur et permettant à l'acquéreur de refuser la chose si elle présente un défaut ostensible¹⁵¹⁴. L'assujettissement de la garantie aux seuls vices cachés astreint l'acheteur à adopter un comportement diligent dont l'exigence est accrue s'il est un professionnel¹⁵¹⁵. Il ne saurait invoquer son ignorance de l'existence du vice pour justifier de l'exercice de la garantie. La notion de vice caché ne signifie pas en outre qu'il est nécessaire que le vendeur en ait eu connaissance¹⁵¹⁶ ou qu'il l'ait dissimulé. Dans cette hypothèse, indépendamment de l'action rédhibitoire ou estimatoire, l'acheteur peut prétendre à une indemnité¹⁵¹⁷. La qualité des parties au contrat influe sur l'appréciation du vice caché. Le vendeur professionnel est présumé connaître les défauts de la chose vendue, même à un professionnel¹⁵¹⁸. La jurisprudence se révèle bienveillante à l'égard de l'acheteur profane en reconnaissant aisément le caractère occulte du vice dès lors qu'il a procédé à un examen au moins superficiel de la chose¹⁵¹⁹. Elle est, en revanche, plus sévère à l'encontre de l'acheteur professionnel¹⁵²⁰, en particulier lorsqu'il est de la même

¹⁵¹¹ En ce sens, v. BÉNABENT, Alain, *Droit des contrats spéciaux civils et commerciaux*, 14^e éd., LGDJ, 2021, paragr. 237.

¹⁵¹² AAOIFI, Norme charaïque n°51, art. 2.8.1.

¹⁵¹³ C. civ., art. 1642.

¹⁵¹⁴ En ce sens, v. COLLART DUTILLEUL, François et DELEBECQUE, Philippe, *Contrats civils et commerciaux*, 11^e éd., Dalloz, 2019, paragr. 264 BÉNABENT, Alain, *op. cit.*, paragr. 238.

¹⁵¹⁵ Le comportement attendu de l'acheteur non-professionnel est celui d'une personne normalement avisée, v. Civ. 1^{re}, 10 mars 1993, n°91-12.319, *Bull. civ. I*, n°111. En présence d'un acheteur professionnel, la jurisprudence retient à son égard une présomption simple de connaissance du vice, Civ. 1^{re}, 18 déc. 1962, n° 58-12.358, *Bull. civ. I*, n°554, *D.* 1963.114

¹⁵¹⁶ C. civ., art. 1643 : « *Il est tenu des vices cachés, quand même il ne les aurait pas connus, à moins que, dans ce cas, il n'ait stipulé qu'il ne sera obligé à aucune garantie* ».

¹⁵¹⁷ C. civ., art. 1645 : « *Si le vendeur connaissait les vices de la chose, il est tenu, outre la restitution du prix qu'il en a reçu, de tous les dommages et intérêts envers l'acheteur* ». Sur l'autonomie de l'action indemnitaire, v. Com., 19 juin 2012, n°11-13.176, *Bull. civ. IV*, n°132, *RDI* 2012. 519, obs. Malinvaud; *RTD civ.* 2012. 741, obs. Gautier; *RDC* 2012. 1248, obs. Quézel-Ambrunaz; *ibid.* 2013. 101, obs. Borghetti

¹⁵¹⁸ Com., 27 nov. 1991, n°89-19.546, *Bull. civ. IV*, n°367, *RTD com.* 1992. 664, obs. B. Bouloc.

¹⁵¹⁹ V. note n°1515.

¹⁵²⁰ *Ibid.*

spécialité que le vendeur¹⁵²¹. Pour autant, il ne pèse sur lui qu'une présomption simple de connaissance du vice qui peut être renversée s'il s'avère que le vice était indécélable¹⁵²².

L'option pour vice n'est pas conditionnée au caractère occulte du défaut, il suffit que l'acheteur l'ait ignoré¹⁵²³. Le vice apparent ne fait pas obstacle à l'exercice du droit d'option, lui conférant un domaine d'application plus large que la garantie des vices cachés en droit français. Il convient alors, pour transposer l'option pour vice, que les parties procèdent à une extension conventionnelle de la garantie des vices cachés.

288 Critères d'appréciation du vice rédhibitoire. L'option pour vice et la garantie des vices cachés se distinguent quant à la notion de vice rédhibitoire. En droit français, ne peut être qualifié comme tel que le défaut qui rend la chose impropre à son usage. A ce critère de caractérisation du vice rédhibitoire, les *fuqaha* en ajoutent un second qu'est la diminution de la valeur de la chose indépendamment de toute perturbation de l'usage¹⁵²⁴. Le Code civil, en son article 1641, envisage l'hypothèse où l'acheteur n'aurait donné qu'un moindre prix s'il avait eu connaissance du vice, mais c'est à la condition que le vice diminue l'usage normal de la chose. Les juristes musulmans semblent en outre plus enclins que le juge français à reconnaître le caractère rédhibitoire d'un vice. A cet égard, un auteur soulignait qu'en « *droit hanéfite, le vice est toujours rédhibitoire* » et que cette conception ne diffère guère des autres écoles¹⁵²⁵. Les auteurs classiques se réfèrent souvent à la vente d'esclaves pour illustrer ce qui constitue ou non un vice rédhibitoire¹⁵²⁶. Il en est ainsi du simple fait de loucher, d'avoir les paupières tombantes ou une calvitie¹⁵²⁷. La jurisprudence française s'attache à une conception fonctionnelle du vice excluant la prise en considération des qualités secondaires qui n'affectent pas véritablement l'usage. Le vice doit présenter une gravité suffisante, ce qui est le cas lorsqu'un terrain vendu comme constructible ne

¹⁵²¹ Com., 5 oct. 1965, n° 62-13.728, D. 1965.831 : « *Tout chauffeur de camion, tant soit peu expérimenté, sait interpréter le sens d'une bielle coulée [...] les chauffeurs professionnels devraient connaître, au moment de la vente, l'état défectueux du moteur* ».

¹⁵²² Civ. 1^{re}, 15 oct. 2014, n°13-21.555, RTD com. 2014.844, note. B. Bouloc. A propos de la boiterie d'un cheval acquis pourtant par un professionnel mais dont l'ampleur n'a pu être révélée qu'au moyen d'examen vétérinaires complémentaires et une mesure d'expertise judiciaire.

¹⁵²³ AAOIFI, Norme charaïque n°51, art. 2.2.3.

¹⁵²⁴ *Ibid.*, art. 2.2.1.

¹⁵²⁵ LINANT DE BELLEFONDS, Yvon, *Traité de droit musulman comparé, Vol.1: Théorie générale de l'acte juridique*, Mouton et cie., 1965, paragr. 413.

¹⁵²⁶ La vente d'esclaves constituait aussi un domaine d'application important de la garantie des vices cachés en droit romain, v. LÉVY, Jean-Philippe et CASTALDO, André, *Histoire du droit civil*, Dalloz, 2010, paragr. 496 et s.

¹⁵²⁷ LINANT DE BELLEFONDS, Yvon, *op. cit.*, paragr. 416.

permet pas, en raison de son instabilité et de son humidité, l'édification d'une construction sans travaux de confortation inhabituels¹⁵²⁸. En revanche, l'absence de raccordement d'un immeuble au réseau d'assainissement collectif, comme le requiert le règlement d'urbanisme, ne permet pas de caractériser l'existence d'un vice rédhibitoire¹⁵²⁹.

289 Différence quant aux effets. Dans le cadre de la garantie légale des vices cachés, l'acheteur se voit offrir la faculté d'exercer soit l'action rédhibitoire, soit l'action estimatoire¹⁵³⁰. Le choix est purement discrétionnaire, la jurisprudence précisant qu'il n'est pas nécessaire qu'il soit justifié¹⁵³¹. Il est cependant des cas où l'acheteur ne peut plus se prévaloir du libre choix et où seule l'action estimatoire est possible. L'article 1647 du Code civil prévoit que la perte de la chose par cas fortuit fait obstacle à l'exercice de l'action rédhibitoire, mais il demeure permis d'obtenir une réduction du prix par la voie de l'action estimatoire¹⁵³². La règle vaut pour toutes les hypothèses où la restitution de la chose est impossible, qu'elle ait été revendue¹⁵³³ ou, plus généralement, qu'elle ait péri par le fait, ou non, de l'acheteur¹⁵³⁴. Il semble en outre que seule l'action estimatoire soit envisageable quand la gravité du défaut ne suffit pas à caractériser un vice rédhibitoire¹⁵³⁵. Au contraire de l'option pour vice, ni le Code civil, ni la jurisprudence ne font de l'utilisation de la chose après découverte du vice une entrave à l'action rédhibitoire.

En droit islamique, ainsi que le reprend la norme n°51 de l'AAOIFI, l'option pour vice n'a pour seul effet que la résolution de la vente¹⁵³⁶. Cela justifie que la destruction de la chose ou son aliénation éteigne le droit d'option dont bénéficie l'acheteur¹⁵³⁷. Si les parties à un contrat de finance islamique désirent se conformer scrupuleusement au

¹⁵²⁸ Civ. 3^e, 17 janv. 1990, n°88-13.866, *Bull. civ.* III, n° 26, *D.* 1991. Somm. 168, obs. O. Tournafond.

¹⁵²⁹ Civ. 3^e, 28 mars 2007, n°06-12.461, *Bull. civ.* III, n°50, *D.* 2007. *AJ* 1139; *JCP N* 2007. 1302, n° 15, obs. S. Piedelièvre; *Defrénois* 2007. 1014, note Dagorne-Labbe; *CCC* 2007, n° 168, note Leveneur; *LPA* 12 nov. 2007, obs. Pimont; *RDC* 2007. 1199, obs. Brun.

¹⁵³⁰ C. civ., art. 1644 : « Dans le cas des articles 1641 et 1643, l'acheteur a le choix de rendre la chose et de se faire restituer le prix, ou de garder la chose et de se faire rendre une partie du prix, telle qu'elle sera arbitrée par experts ».

¹⁵³¹ Civ. 3^e, 15 déc. 2015, n° 14-24.567, *RTD civ.* 2016. 356, obs. H. Barbier

¹⁵³² Civ. 1^{re}, 3 déc. 1996, n°94-19.176, *Bull. civ. I*, n° 441 ; *D.* 1997.32 ; *RTD com.* 1997.499, obs. B. Bouloc.

¹⁵³³ Com. 17 mai 1982, n° 80-16.040, *Bull. civ. IV*, n° 182, *D.* 1983. IR 479, obs. C. Larroumet

¹⁵³⁴ Civ. 1^{re}, 12 janv. 1994, n° 91-15.825, *Bull. civ. I*, n° 23; *RTD civ.* 1994. 878, obs. Gautier

¹⁵³⁵ Com. 6 mars 1990, n° 88-14.929, *Bull. civ. IV*, n° 75 ; *RTD com.* 1990. 629, obs. B. Bouloc ; Civ. 3^e, 25 juin 2014, n° 13-17.254, *Bull. civ. III*, n°92 ; *AJDI* 2015. 219, obs. Borel; *RTD civ.* 2014. 902, obs. Gautier; *JCP* 2014, n° 1035, note Dubarry. Dans ces deux arrêts, la Cour de cassation a retenu que le juge, saisi d'une action à titre principal et d'une action estimatoire à titre subsidiaire, est fondé à faire droit à la seconde quand il estime que le défaut n'est pas de nature à justifier la demande en résolution de la vente mais est suffisamment grave pour justifier une diminution du prix.

¹⁵³⁶ AAOIFI, Norme charaïque n° 51, art. 2.5. A l'exception des hanbalites qui admettent une réduction du prix.

¹⁵³⁷ *Ibid.*, art 2.8.

fiqh, elles devraient stipuler une clause excluant la faculté d'exercer l'action estimatoire. La validité d'une telle clause serait toutefois fonction de la qualité des parties, la jurisprudence ayant refusé de lui faire produire effet dans un contrat impliquant un vendeur professionnel et un acheteur profane¹⁵³⁸. En l'espèce, la clause contraignait l'acheteur à accepter le remplacement de la chose défectueuse, ce qui, d'après la Cour de cassation excluait qu'il puisse choisir la restitution plutôt que la diminution du prix. La position a été réitérée par la troisième chambre civile de la Cour qui a affirmé que la clause, substituant la garantie de l'article 1646-1 à celle des articles 1641 et 1643, excluait le libre choix de l'acheteur et ne saurait, en conséquence, être invoquée par le vendeur professionnel¹⁵³⁹. Dans les deux arrêts, la clause empêchait l'exercice de l'action rédhibitoire ou estimatoire dès lors que le vendeur s'engageait à réparer ou à remplacer la chose. On pourrait alors supposer que si la faculté d'exercer l'action rédhibitoire était conservée, la clause serait licite peu importe la qualité des parties. Il semble pourtant que la Cour de cassation montre une hostilité à l'égard des clauses portant atteinte au libre choix de l'acheteur¹⁵⁴⁰. Cependant, il convient de rappeler que les juristes hanbalites, contrairement aux autres écoles, reconnaissent le droit à l'acheteur de conserver la chose et de demander une réduction du prix¹⁵⁴¹.

290 Différence quant au délai. L'AAOIFI ne fait aucune mention du délai imparti à l'acheteur pour exercer l'option pour vice, tout juste se contente-t-elle de préciser que la restitution doit intervenir dans le délai admis par l'usage¹⁵⁴². Il est permis de penser que l'option doit être exercée dans un délai bref à compter de la découverte du vice¹⁵⁴³. Dans sa rédaction originelle, l'article 1648 al. 1^{er} du Code civil prévoyait un principe similaire en disposant que l'action en garantie des vices cachés devait être intentée dans « *un bref délai, suivant la nature des vices rédhibitoires, et l'usage du lieu où la vente a été faite* »¹⁵⁴⁴. La référence au bref délai a aujourd'hui disparu au profit d'une

¹⁵³⁸ Civ. 1^{re}, 5 mai 1982, n° 81-10.315, *Bull. civ. I*, n°163, *RTD com.* 1983. 118, n° 12, note Hémard et Bouloc.

¹⁵³⁹ Civ. 3^e, 11 mai 1994, n°92-17.454, *Bull. civ. III*, n°95, *RDI* 1195.117, note Groslière et Saint-Alary-Houin

¹⁵⁴⁰ En ce sens, v. GROSLIERE, Jean-Claude, SAINT-ALARY-HOUIN, Corinne, note sous Civ. 3e, 11 mai 1994, préc., *RDI* 1995.117.

¹⁵⁴¹ L'AAOIFI mentionne l'avis divergent des hanbalites : v. Norme charaïque n°51, Annexe B. V. aussi. LINANT DE BELLEFONDS, Yvon, *Traité de droit musulman comparé, Vol.1: Théorie générale de l'acte juridique*, Mouton et cie., 1965, paragr. 424.

¹⁵⁴² AAOIFI, Norme charaïque n°51, art. 2.4.

¹⁵⁴³ V. *supra* paragr. 280.

¹⁵⁴⁴ Le second alinéa de l'article 1648 introduisait déjà un régime dérogatoire pour la vente d'un immeuble à construire. Dans ce cas, « *l'action doit être introduite, à peine de forclusion, dans l'année qui suit la date à laquelle le vendeur peut être déchargé des vices apparents* ».

rédaction nouvelle enfermant l'action dans un délai de deux ans à compter de la découverte du vice.

291 Transmissibilité de l'action. Classiquement, l'acheteur exerce l'action en garantie des vices cachés contre la personne qui lui a vendu la chose. En droit français, le sous-acquéreur se voit reconnaître la faculté d'agir directement contre l'un des vendeurs antérieurs¹⁵⁴⁵. Il s'agit d'une action de nature contractuelle¹⁵⁴⁶ dont le fondement repose sur la transmission des actions à titre d'accessoires juridiques¹⁵⁴⁷. Toute action délictuelle à l'encontre de l'un des vendeurs intermédiaires est donc exclue et chacun d'entre eux peut opposer à l'acquéreur final les moyens de défense qu'il aurait pu invoquer à l'encontre de son acquéreur¹⁵⁴⁸. L'action en garantie des vices cachés a pour particularité que, si elle se transmet en principe avec la chose vendue, elle peut être exercée par le vendeur intermédiaire, si elle présente pour lui un intérêt direct et certain¹⁵⁴⁹. Dans le cas où l'acquéreur final décide d'agir contre son vendeur, ce dernier pourra donc exercer une action récursoire à l'encontre de son propre vendeur, sous réserve que les conditions de la garantie soient remplies avec pour particularité que le délai court à compter du jour de l'assignation par l'acquéreur¹⁵⁵⁰.

Le *fiqh* retenant une théorie objective du contrat, on pourrait s'attendre à ce que l'option pour vice soit transmissible avec la chose. La norme n°51 de l'AAOIFI se révèle pourtant silencieuse à ce sujet, bien qu'elle semble suggérer que le droit est attaché non pas à la chose mais à la personne. En faveur de cette interprétation, on relève que l'organisation ne manque pas de préciser lorsque l'option est transmissible, comme elle le fait s'agissant de l'option pour défaut de conformité¹⁵⁵¹. Un auteur affirme cependant que le décès du bénéficiaire n'éteint pas l'option qui est transmise à ses héritiers, à condition toutefois que cet événement soit postérieur à la découverte du vice¹⁵⁵². Nonobstant cette exception, il semble que l'option ne se transmette pas, excluant en conséquence l'action directe de l'acquéreur final. En droit islamique, l'option pour vice

¹⁵⁴⁵ V. à titre d'illustration, Civ. 3^e, 7 mars 1990, n° 88-15.668, *Bull. civ.* III, n°72.

¹⁵⁴⁶ Civ. 1^{re}, 9 oct. 1979, n°78-12.502, *Bull. civ.* I, n° 241.

¹⁵⁴⁷ En ce sens, v. BÉNABENT, Alain, *Droit des contrats spéciaux civils et commerciaux*, 14^e éd., LGDJ, 2021, paragr. 239. ; BARRET, Olivier, BRUN, Philippe, *Rép. civ. Dalloz*, v° Vente : effets, janv. 2020, paragr. 591.

¹⁵⁴⁸ Civ. 1^{re}, 7 juin 1995, n°93-13.898, *Bull. civ.* I, n°249, *D.* 1996. 395, note D. Mazeaud, *D.* 1996, somm. 14, obs. O. Tournafond

¹⁵⁴⁹ Civ. 1^{re}, 19 janv. 1988, n° 86-13.449, *Bull. civ.* I n°20.

¹⁵⁵⁰ Civ. 1, 24 oct. 2000, n°98-19.337, *CCC* 2001, n° 6, note Leveneur.

¹⁵⁵¹ AAOIFI, Norme charaïque n°51, art. 4.4. *Contra* concernant les options pour dol ou pour lésion, l'AAOIFI énonce qu'elles ne sont pas transmissibles, AAOIFI, Norme charaïque n°48, art. 2.5, 3.6 et 4.6.

¹⁵⁵² LINANT DE BELLEFONDS, Yvon, *Traité de droit musulman comparé, Vol.1: Théorie générale de l'acte juridique*, Mouton et cie., 1965, paragr. 433.

n'est pas considérée comme un accessoire de la chose comme l'est la garantie des vices cachés en droit français.

Les divergences relevées ne constituent pas des obstacles dirimants à la réception de l'option pour vice en droit français. Il est loisible aux parties d'adapter le régime de la garantie des vices cachés pour la rapprocher du *khiyar al-'ayb*.

c) *Les adaptations envisageables*

292 Limitation des clauses d'exclusion ou de restriction de la garantie des vices cachés. Les *fuqaha* admettent largement les clauses exonérant le vendeur de la garantie des vices¹⁵⁵³. Elles sont considérées s'intégrer harmonieusement à l'acte et ne constituent donc pas des clauses adjointes¹⁵⁵⁴. L'AAOFI consacre le principe en reconnaissant la validité de ces clauses dans les ventes *stricto sensu* seulement puisqu'elle les rejette dans les contrats *ijarah* et *istisna*¹⁵⁵⁵.

A priori, le principe se retrouve, en droit français, à l'article 1643 du Code civil disposant que le vendeur est tenu de la garantie des vices cachés à moins qu'il « *n'ait stipulé qu'il ne sera obligé à aucune garantie* ». La jurisprudence a considérablement réduit la portée de l'exception, au point de la renverser dans les contrats impliquant un vendeur professionnel et un acheteur particulier. Dans ces derniers, le vendeur est présumé irréfragablement connaître les vices de la chose et être de mauvaise foi, ce qui l'empêche de se prévaloir d'une clause évasive ou limitative de la garantie des vices cachés¹⁵⁵⁶. La Cour de cassation entretient une conception extensive de la notion de vendeur professionnel en faisant entrer dans cette catégorie toute personne qui par, sa profession, pouvait déceler le défaut. Elle a ainsi considéré que s'assimile à un vendeur professionnel le technicien du bâtiment qui a vendu un immeuble après l'avoir bâti ou construit¹⁵⁵⁷. La jurisprudence de la Cour a été consacrée par la législation sur les clauses abusives dans les contrats de consommation¹⁵⁵⁸. Toute clause aménageant la garantie des vices cachés au détriment du consommateur, ou du non-professionnel, est, de manière irréfragable, présumée abusive aux termes de l'article R. 212-1, 6° et 7° du

¹⁵⁵³ AL-ZUHAYLI, Wahbah, EL-GAMAL, Mahmoud (Trad.), *Financial transactions in Islamic jurisprudence*, vol. 1, Dar Al-Fikr, 2001, p. 201 ; *Ibid.*, paragr. 422.

¹⁵⁵⁴ CHÉHATA, Chafik, *Théorie générale de l'obligation en droit musulman hanéfite*, Sirey, 1969, paragr. 117, spéc. p. 107.

¹⁵⁵⁵ AAOIFI, Norme charaïque n°51, art. 2.2.4.

¹⁵⁵⁶ Civ. 1^{re}, 16 avr. 1996, n°94-15.955, *Bull. civ. I*, n°188 ; *RTD com.* 1997. 134, obs. B. Bouloc.

¹⁵⁵⁷ Civ. 3^e, 26 févr. 1980, n°78-15.556, *Bull. civ. III*, n°47 ; *Gaz. Pal.* 1981. 2. 646, note Leneveu.

¹⁵⁵⁸ C. consom., art. L. 212-1.

Code de la consommation¹⁵⁵⁹. L'hostilité de la jurisprudence à l'égard des clauses exclusives ou limitatives de la garantie s'étend aux contrats conclus entre professionnels de spécialités différentes¹⁵⁶⁰. Elles ne seront valides qu'entre professionnels de la même spécialité, sous réserve que le vendeur ne soit pas de mauvaise foi¹⁵⁶¹. Le principe de l'article 1643 du Code civil trouve alors à s'appliquer, l'effet de la clause ne pouvant être paralysé qu'à la condition de démontrer que le vendeur connaissait le vice et n'en a pas informé l'acheteur¹⁵⁶². Dans le cadre d'un contrat de finance islamique régi par le droit français, les clauses exclusives ou limitatives de la garantie des vices cachés ont une efficacité plus limitée qu'en droit islamique. Leur admission restreinte ne constitue néanmoins pas un obstacle à la réception de ces contrats, rien n'imposant aux parties de les stipuler.

293 Extension conventionnelle de la garantie. Il résulte de l'analyse comparative de l'option pour vice et de la garantie des vices cachés, qu'un vice rédhibitoire en droit français sera toujours considéré comme tel en droit islamique, mais la réciproque n'est pas vraie. Rien n'empêche les parties, en vertu du principe de la liberté contractuelle, de stipuler que le contrat sera anéanti en cas de découverte d'un défaut répondant aux conditions de l'option pour vice. Cela aurait pour avantage de prendre en considération le vice qui, bien qu'apparent, était ignoré de l'acheteur ou le défaut superficiel qui ne répond pas au critère d'impropriété tel que la jurisprudence française le conçoit. La clause étant stipulée en faveur de l'acheteur, elle est conforme à l'esprit de la garantie des vices cachés. Elle ne saurait, en outre, être qualifiée de clause purement potestative puisque sa mise en œuvre dépend de la découverte d'un vice et non de la simple volonté de l'acheteur. La jurisprudence manifeste une attitude bienveillante à l'égard des clauses extensives de garantie¹⁵⁶³, laissant supposer que les parties puissent transposer

¹⁵⁵⁹ « Dans les contrats conclus entre des professionnels et des consommateurs, sont de manière irréfutable présumées abusives, au sens des dispositions des premier et quatrième alinéas de l'article L. 212-1 et dès lors interdites, les clauses ayant pour objet ou pour effet de :

6° Supprimer ou réduire le droit à réparation du préjudice subi par le consommateur en cas de manquement par le professionnel à l'une quelconque de ses obligations ;

7° Interdire au consommateur le droit de demander la résolution ou la résiliation du contrat en cas d'inexécution par le professionnel de ses obligations de délivrance ou de garantie d'un bien ou de son obligation de fourniture d'un service ».

¹⁵⁶⁰ Com., 19 mars 2013, n°11-26.566, *Bull. civ. IV*, n°45 : *D.* 2013. 835, obs. Delpech; *ibid.* 1947, note Hontebeyrie; *RTD com.* 2013. 323, obs. Boulloc; *JCP* 2013, n° 705, note Pillet; *RDC* 2013. 967, obs. Le Bourg et Quézel-Ambrunaz; *ibid.* 1360, obs. Borghetti.

¹⁵⁶¹ Com., 7 nov. 2006, n°05-10.793, *RDI* 2007. 330, obs. Trébulle. Refusant de faire produire effet à une clause de non-garantie des vices cachés après qu'il a été établi que le vendeur avait connaissance de la présence d'amiante dans certaines des cellules vendues et qu'il a sciemment dissimulé un élément de dépréciation susceptible de faire revenir l'acheteur sur sa décision de contracter à ce prix

¹⁵⁶² Civ. 3°, 28 mars 2007, n° 06-12.299, *Bull. civ. III*, n° 49, *RDI* 2007. 330, obs. Trébulle.

¹⁵⁶³ V. à titre d'illustration, c

le régime de l'option pour vice dans leur accord. La clause prendrait la forme d'une clause résolutoire dont l'article 1225 al. 1^{er} énonce « *qu'elle précise les engagements dont l'inexécution entraînera la résolution du contrat* ». Le second alinéa de l'article autorise la résolution du contrat s'il a été convenu « *que celle-ci résulterait du seul fait de l'inexécution* ». Les parties pourront ainsi, conformément aux normes de l'AAOFI, stipuler que la découverte du vice antérieurement à la prise de possession permet à l'acheteur de résoudre le contrat. Par ailleurs, depuis l'ordonnance du 17 février 2005¹⁵⁶⁴, le législateur a consacré les clauses extensives de garantie sous l'appellation de « *garantie commerciale* » et les a réglementées quand elles sont stipulées dans le cadre d'un contrat de consommation¹⁵⁶⁵.

294 Finalité commune. A travers la garantie des vices cachés, le Code civil envisage un régime qui, bien que différent sur certains points, n'en rappelle pas moins l'option pour vice. Il est intéressant de constater ces similarités qui peuvent s'expliquer par une finalité commune. Il a été souligné que la garantie des vices cachés servait à « *corriger le déséquilibre né de l'inutilité économique de la chose acquise* » et visait à « *restaurer un équilibre perturbé et non à indemniser l'utilisateur par l'allocation de dommages-intérêts* »¹⁵⁶⁶. Ce constat résonne en droit islamique où l'équilibre des prestations constitue la préoccupation première des *fuqaha*. L'option pour vice est, à l'instar de la prohibition du *riba* et du *gharar*, un instrument de préservation de cet équilibre. L'acheteur doit pouvoir résoudre le contrat car la chose qu'il a reçue a, en raison de son défaut, une valeur moindre que celle qu'il a donnée. Le contrat étant déséquilibré, les juristes musulmans considèrent qu'il doit être anéanti.

La garantie des vices cachés et l'option pour vice se bornent à protéger le vendeur qui reçoit une chose atteinte d'un défaut, mais elles s'avèrent inefficaces au

¹⁵⁶⁴ Ordonnance du 17 février 2005 relative à la garantie de la conformité du bien au contrat, due par le vendeur professionnel au consommateur

¹⁵⁶⁵ C. consom., art. L. 217-15 : « *La garantie commerciale s'entend de tout engagement contractuel d'un professionnel à l'égard du consommateur en vue du remboursement du prix d'achat, du remplacement ou de la réparation du bien ou de la prestation de tout autre service en relation avec le bien, en sus de ses obligations légales visant à garantir la conformité du bien.*

La garantie commerciale fait l'objet d'un contrat écrit, dont un exemplaire est remis à l'acheteur.

Le contrat précise le contenu de la garantie, les modalités de sa mise en œuvre, son prix, sa durée, son étendue territoriale ainsi que le nom et l'adresse du garant.

En outre, il mentionne de façon claire et précise que, indépendamment de la garantie commerciale, le vendeur reste tenu de la garantie légale de conformité mentionnée aux articles L. 217-4 à L. 217-12 et de celle relative aux défauts de la chose vendue, dans les conditions prévues aux articles 1641 à 1648 et 2232 du code civil.

Les dispositions des articles L. 217-4, L. 217-5, L. 217-12 et L. 217-16 ainsi que l'article 1641 et le premier alinéa de l'article 1648 du code civil sont intégralement reproduites dans le contrat.

En cas de non-respect de ces dispositions, la garantie demeure valable. L'acheteur est en droit de s'en prévaloir ».

¹⁵⁶⁶ BOFFA, Romain et MATHIEU, Marie-Laure Préfacier, « La destination de la chose », Defrénois, 2008, paragr. 449-3.

cas où la chose n'est pas conforme à ce qui a été stipulé. Il s'agit du domaine d'une autre option légale, le *khiyar al-wasf*.

B) L'option pour défaut de conformité

295 Plan. La préservation de l'équilibre contractuel contraint chacune des parties à exécuter sa prestation telle qu'elle a été précisément déterminée. Raisonnant sur le modèle du contrat de vente, les jurisconsultes reconnaissent à l'acheteur une option lorsque la chose présente des caractéristiques différentes de celles convenues (1). Un rapprochement peut être opéré avec l'obligation de délivrance conforme en droit français (2).

1) Le khiyar al-wasf dans le fiqh

296 Définition. L'acheteur bénéficie d'une option pour défaut de conformité « *lorsque l'objet de la vente est dépourvu d'une caractéristique stipulée explicitement ou tacitement dans le contrat* »¹⁵⁶⁷. Les shaféites et les hanbalites l'associent à l'option pour vice¹⁵⁶⁸, ce qui expliquerait qu'elles fassent l'objet d'une même norme de l'AAOIFI, mais elle est parfois classée parmi les options pour dol¹⁵⁶⁹. L'option pour défaut de conformité est admise par l'ensemble des écoles juridiques¹⁵⁷⁰ et repose sur *l'istihsan*, la préférence juridique¹⁵⁷¹.

297 Conditions de l'option. L'AAOIFI mentionne quatre conditions dont la réunion est exigée pour l'exercice de l'option. Il est en premier lieu nécessaire que la qualité stipulée soit licite au regard de la charia¹⁵⁷². Elle doit, de plus, conformément à la prohibition du *gharar*, être décrite en détail afin qu'il n'existe aucune ambiguïté¹⁵⁷³. Il faut encore que cette qualité réponde à un besoin de l'acheteur, augmente la valeur de

¹⁵⁶⁷ AAOIFI, Norme charaïque n°51, art. 4.1.

¹⁵⁶⁸ AL-ZUHAYLI, Wahbah, EL-GAMAL, Mahmoud (Trad.), *Financial transactions in Islamic jurisprudence*, vol. 1, Dar Al-Fikr, 2001, p. 168.

¹⁵⁶⁹ AAOIFI, Norme charaïque n°51, Annexe B.

¹⁵⁷⁰ *Ibid.*

¹⁵⁷¹ AL-ZUHAYLI, Wahbah, EL-GAMAL, Mahmoud (Trad.), *Financial transactions in Islamic jurisprudence*, vol. 1, Dar Al-Fikr, 2001, p. 168.

¹⁵⁷²¹⁵⁷² AAOIFI, Norme charaïque n°51, art. 4.2.1.

¹⁵⁷³ *Ibid.*, art. 4.2.2.

la chose ou l'améliore¹⁵⁷⁴. A travers cette exigence, l'AAOIFI impose que la qualité stipulée revêt un intérêt, ce qui est le cas, précise-t-elle, lorsque le contrat prévoit que la voiture vendue doit être équipée d'une boîte de transmission automatique¹⁵⁷⁵. Enfin, l'absence de la qualité stipulée doit être constatée au moment de la délivrance, excluant que la découverte puisse être ultérieure¹⁵⁷⁶.

298 Assimilation de la non-conformité de la chose à une indétermination de la prestation. Le rejet du *gharar* contraint les parties à déterminer précisément leurs prestations respectives. Ainsi, lorsque le contrat porte sur chose, il est nécessaire que le genre, l'espèce et la qualité aient été décrits. En dehors de la fraude, la délivrance d'une chose non conforme aux stipulations contractuelles s'assimile à une indétermination de la prestation. Les juristes sont unanimes à considérer que le défaut de précision du genre de la chose enfreint gravement la prohibition du *gharar* et prive le contrat de sa validité¹⁵⁷⁷. Les hanafites, dans un système qui leur est propre, distinguent entre le contrat inexistant (*bâtil*) et le contrat vicié (*fâsid*). Le contrat est *bâtil* quand il est privé de l'un des éléments nécessaires à sa formation¹⁵⁷⁸. Il est *fâsid* quand il satisfait aux conditions de sa formation, mais qu'il enfreint une règle charaïque telle que les prohibitions du *riba*, du *gharar* ou des clauses adjointes¹⁵⁷⁹. Les autres écoles ne distinguent pas entre le contrat *bâtil* et le contrat *fâsid*, entretenant la confusion entre les deux notions au profit d'une nullité unique¹⁵⁸⁰. L'indétermination grave de la prestation entraîne, pour toutes les écoles, la nullité de l'acte, ce qui a conduit Sanhuri à la rapprocher de la théorie de l'erreur en droit français¹⁵⁸¹. Si l'absence de précision du genre de la chose est toujours une indétermination grave, celle de l'espèce est sujette à débat, bien qu'il semble se dégager de l'opinion majoritaire qu'elle le soit¹⁵⁸². L'absence de précision de la qualité n'est qu'un cas

¹⁵⁷⁴ *Ibid.*, art. 4.2.3.

¹⁵⁷⁵ *Ibid.*

¹⁵⁷⁶ *Ibid.*, art. 4.2.4.

¹⁵⁷⁷ LINANT DE BELLEFONDS, Yvon, *Traité de droit musulman comparé, Vol.1: Théorie générale de l'acte juridique*, Mouton et cie., 1965, paragr. 250, p. 206. Sur ce point, v. aussi le chapitre 2 de la première partie de nos travaux.

¹⁵⁷⁸ Il en est ainsi lorsque les déclarations échangées ne concordent ou ne respectent pas les règles de la séance contractuelle, quand l'une des parties ne dispose pas de la capacité de contracter ou encore quand la chose n'existe pas, soit qu'elle est future soit qu'elle est impossible. En ce sens v. CHÉHATA, Chafik, *Théorie générale de l'obligation en droit musulman hanéfite*, Sirey, 1969, paragr. 164.

¹⁵⁷⁹ *Ibid.*, paragr. 168 LINANT DE BELLEFONDS, Yvon, *op. cit.*, paragr. 124.

¹⁵⁸⁰ Les hanbalites et les shaféites adoptent une conception proche de la théorie du contrat *bâtil* des hanafites, tandis que la doctrine malékite s'apparente plus à la théorie du contrat *fâsid*, v. en ce sens LINANT DE BELLEFONDS, Yvon, *op. cit.*, paragr. 112.

¹⁵⁸¹ SANHURI, *Masâdir al-haqq*, vol. II et III. Sur la critique de ce rapprochement, v. *Ibid.*, paragr. 494 et s.

¹⁵⁸² *Ibid.*, paragr. 250.

d'indétermination légère qui ne prive pas l'acte de sa validité, mais confère un droit d'option à l'acheteur.

299 Raisons de l'assimilation. On pourrait objecter que les règles évoquées sont relatives à la formation du contrat et ne concernent pas le cas où la chose délivrée s'avère non conforme à ce qui a été stipulé. Il faut avoir à l'esprit la particularité du droit islamique qui ne conçoit pas le contrat comme créateur d'obligations¹⁵⁸³. La vente constituant le modèle type, et le transfert de propriété étant concomitant à la formation de l'acte, l'obligation du vendeur est supposée se réaliser instantanément. Les phases de formation et d'exécution du contrat se confondent. Ainsi si la chose vendue n'est pas conforme aux stipulations contractuelles, les *fuqaha* l'assimilent à une indétermination de l'objet. Cette conception explique le rapprochement, bien que critiquable sur certains points, opéré par Sanhuri avec la notion d'erreur. Plusieurs auteurs envisagent d'ailleurs l'absence de conformité de la chose au sein de développements consacrés à l'erreur¹⁵⁸⁴. Dans son Traité de droit musulman comparé, Yvon LINANT DE BELLEFONDS, étudie ainsi l'erreur dans un titre V consacré aux options¹⁵⁸⁵. Il est vrai que certaines hypothèses sont assimilables à une erreur au sens du droit français. Tel est le cas de l'exemple classique parmi les *fuqaha* de la vente où l'une des parties déclare acheter une pierre précieuse qui se révèle, en réalité, être en verre¹⁵⁸⁶. Le contrat est nul, tant en droit français qu'en droit islamique, pour erreur dans l'un¹⁵⁸⁷ et pour différence de genre (*jins*) de la chose dans l'autre. Par contre, si la chose vendue est bien une pierre précieuse, mais que sa couleur diffère de celle stipulée, le contrat n'est pas nul mais l'acheteur bénéficie du *khiyar al wasf*¹⁵⁸⁸. En somme tout dépend de l'importance de l'écart entre la prestation convenue et celle réalisée. Si la différence est majeure, les *fuqaha* considèrent que les parties ne se sont pas véritablement mises d'accord sur la chose et que le contrat est, en conséquence, inexistant. Dans le cas où la différence n'est que mineure, à savoir qu'elle ne porte que

¹⁵⁸³ V. *supra* paragr. 232.

¹⁵⁸⁴ CHÉHATA, Chafik, *Théorie générale de l'obligation en droit musulman hanéfite*, Sirey, 1969, paragr. 157 et s. COMAIR-OBEID, Nayla, *Les contrats en droit musulman des affaires*, Economica, 1995, p. 109.

¹⁵⁸⁵ LINANT DE BELLEFONDS, Yvon, *op. cit.*

¹⁵⁸⁶ CHÉHATA, Chafik, *op. cit.*, paragr. 157 LINANT DE BELLEFONDS, Yvon, *op. cit.*, paragr. 501 COMAIR-OBEID, Nayla, *op. cit.*, p. 111.

¹⁵⁸⁷ C. civ., art 1132 et 1133 al. 1^{er}.

¹⁵⁸⁸ En ce sens, LINANT DE BELLEFONDS, Yvon, *op. cit.*, paragr. 500.

sur une simple qualité, le contrat est valide mais peut être résolu¹⁵⁸⁹. Cette conception a conduit Chéhata à affirmer qu'une théorie de l'erreur en droit islamique est « *superflue* »¹⁵⁹⁰. L'importance attachée à la théorie de l'objet dans le *fiqh* suffit à envisager les cas qui donneraient lieu à l'action en nullité pour erreur en droit français, mais aussi à une action fondée sur l'obligation de délivrance conforme¹⁵⁹¹. Dans un système juridique retenant une théorie objective, et non subjective, du contrat, une théorie de l'erreur est, en effet, superfétatoire.

300 Distinction entre la différence majeure et la différence mineure. Le *khiyar al-wasf* a pour domaine d'application la différence mineure. Toute la difficulté pour savoir si le contrat est nul ou si l'acheteur peut juste se prévaloir d'une option réside dans l'identification de la simple qualité. La norme de l'AAOIFI la décrit maladroitement comme celle répondant à un besoin de l'acheteur justifiant l'augmentation du prix ou améliorant la chose¹⁵⁹². Pour saisir le domaine d'application de l'option, il convient alors de se référer aux travaux des auteurs classiques. Ces derniers ont dégagé des cas d'espèce un critère tiré de l'utilité ou de la fin habituellement recherchée¹⁵⁹³. Ainsi, c'est la destination objective de la chose qui détermine si le contrat est nul ou s'il peut être résolu par l'acheteur. La nullité s'applique si la chose remise ne permet pas de respecter la destination objective de la chose stipulée. Pour reprendre l'exemple illustrant la norme de l'AAOIFI, la vente est résoluble si la voiture est équipée d'une transmission manuelle alors que le contrat stipulait qu'elle devait être automatique. Elle serait par contre nulle si l'acheteur reçoit une voiture citadine alors qu'il avait été convenu qu'elle était destinée à la course automobile. Dans tous les cas, l'acquéreur qui se voit remettre une chose différente de celle stipulée est protégé, seule la sanction diffère.

¹⁵⁸⁹ Pour un avis similaire, v. ARABI, Oussama, « Al-Sanhūrī's reconstruction of the islamic law of contract defects », *Journal of Islamic Studies* 1995, n°2, p. 153-172. V. aussi CHÉHATA, Chafik, *Droit musulman: Applications au Proche-Orient*, Dalloz, 1970, paragr. 157. L'auteur résume parfaitement la doctrine des *fuqaha* : « Si l'objet envisagé par le déclarant existe mais présente en fait des qualités autres, le contrat est formé mais pourra être résolu. Est-ce parce qu'il y a erreur sur la chose ? Les textes ne le disent pas. En fait, cependant, acheter un objet comme présentant telle qualité qui lui fait défaut c'est commettre une erreur. Pour les auteurs, c'est inexécuter une condition du contrat et le contrat peut être résolu ».

¹⁵⁹⁰ CHÉHATA, Chafik, *Théorie générale de l'obligation en droit musulman hanéfite*, Sirey, 1969, paragr. 158.

¹⁵⁹¹ Sur le rapprochement avec l'obligation de délivrance conforme, v. *infra* paragr. 303 et s.

¹⁵⁹² AAOIFI, Norme charaïque n°51, art.

¹⁵⁹³ LINANT DE BELLEFONDS, Yvon, *Traité de droit musulman comparé, Vol.1: Théorie générale de l'acte juridique*, Mouton et cie., 1965, paragr. 503.

301 Effets de l'option. L'option pour défaut de conformité, à l'instar de toutes les autres, confère à l'acheteur la faculté de résoudre le contrat ou de le confirmer. S'il opte pour cette seconde possibilité, il ne saurait prétendre à être indemnisé en raison du défaut de la qualité stipulée¹⁵⁹⁴. Les *fuqaha* justifient ce refus au motif que la prestation constitue un ensemble indivisible et que la qualité stipulée ne représente pas une portion spécifique du prix¹⁵⁹⁵. Cette position est critiquable en ce qu'il est possible d'estimer la perte de valeur représentée par l'absence de la qualité convenue. Elle l'est d'autant plus que, lorsque la restitution est impossible comme dans le cadre d'une prestation de service, l'acheteur peut prétendre obtenir une réduction du prix correspondant à la valeur de la qualité manquante¹⁵⁹⁶. L'AAOIFI précise que cette valeur est « *déterminée par l'évaluation de la chose vendue avec et sans la caractéristique faisant défaut* »¹⁵⁹⁷. Il était ainsi parfaitement concevable que l'acheteur puisse obtenir une réduction du prix tout en conservant la chose.

302 Délai d'exercice de l'option. Dans la version officielle en langue française, la norme n°51 de l'AAOIFI énonce que « *le droit de résolution pour défaut de conformité s'exerce immédiatement en prenant en compte les usages admis* »¹⁵⁹⁸. La règle, ainsi formulée, laisse entendre que l'acheteur doit opter aussitôt la délivrance réalisée. La lecture de la version anglaise infirme cette interprétation puisqu'il en ressort que c'est le droit d'option qui apparaît dès que la prestation n'est pas conforme à ce qui a été stipulé. Quant au délai imparti pour l'exercer, cette version du texte renvoie aux usages¹⁵⁹⁹. Les deux traductions ne laissent par ailleurs aucun doute quant à l'assimilation du régime de l'option pour défaut de conformité à celui de l'option pour vice. Le droit conféré par la première s'éteint donc dans les mêmes conditions que la seconde. En cas de décès de l'acheteur, l'option peut être exercée par ses héritiers¹⁶⁰⁰. L'AAOIFI justifie la règle au motif qu'il s'agit d'un droit non pas attaché à la personne mais à la chose¹⁶⁰¹.

¹⁵⁹⁴ AAOIFI, Norme charaïque n°51, art. 4.3.1.

¹⁵⁹⁵ *Ibid.*, Annexe B ; AL-ZUHAYLI, Wahbah, EL-GAMAL, Mahmoud (Trad.), *Financial transactions in Islamic jurisprudence*, vol. 1, Dar Al-Fikr, 2001, p. 168.

¹⁵⁹⁶ AAOIFI, Norme charaïque n°51, art. 4.3.2.

¹⁵⁹⁷ *Ibid.*

¹⁵⁹⁸ *Ibid.*, art. 4.4.

¹⁵⁹⁹ « *The option to revoke for breach of description, like the option to revoke The option to revoke for breach of description, like the option to revoke for defect, is granted immediately subject to custom and ceases in the for defect, is granted immediately subject to custom and ceases in the circumstances in which the option to revoke due to defect ceases* ».

¹⁶⁰⁰ AAOIFI, Norme charaïque n°51, art. 4.5.

¹⁶⁰¹ *Ibid.*, Annexe B.

La non-conformité de la chose due au défaut d'une qualité stipulée est sanctionnée dans le *fiqh* au moyen d'une option. Elle pourrait l'être, en droit français, sur le fondement de l'obligation de délivrance.

2) *La transposition du khiyar al-wasf sur le fondement de l'obligation de délivrance conforme*

303 Définition. Aux termes de l'article 1603 du Code civil, le vendeur est tenu de « deux obligations principales, celle de délivrer et celle de garantir la chose qu'il vend ». L'obligation de délivrance, dans son acceptation originelle, s'entend du « transport de la chose vendue en la puissance et possession de l'acheteur »¹⁶⁰². Mais, corolaire du principe de la force obligatoire des contrats, il ne suffit pas que le vendeur ait délivré une chose pour être libéré de son obligation. Il faut encore que cette chose soit conforme à ce qui a été convenu. La Cour de cassation énonce ainsi que « la notion de conformité ou non-conformité est inhérente à l'obligation de délivrance »¹⁶⁰³.

304 Appréciation objective de la conformité. L'obligation de délivrance conforme a un domaine plus large que le *khiyar al-wasf*. Elle implique que la chose livrée soit en état d'usage et donc conforme aux normes administratives ou privées, ce qui n'est pas le cas d'un hôtel dont l'installation électrique ne répond pas aux normes de sécurité¹⁶⁰⁴. Elle ne se confond pas avec la garantie des vices cachés qui sanctionne l'impropriété à l'usage appréciée à l'aune de la destination normale de la chose¹⁶⁰⁵.

305 Appréciation subjective de la conformité : une différence entre la chose livrée et la chose convenue. L'obligation de délivrance conforme s'apparente à l'option pour défaut de conformité en ce qu'elles protègent l'acheteur qui reçoit une chose présentant une qualité différente de celle stipulée. Dans les deux systèmes juridiques, la qualité peut entrer dans le champ contractuel explicitement ou tacitement. La Cour de cassation a ainsi jugé « que la commande d'une chose neuve s'entend normalement d'une chose sans défaut ; que, dans le cas contraire, l'acheteur est en droit de refuser la

¹⁶⁰² C. civ., art. 1604.

¹⁶⁰³ Civ. 3^e, 10 oct. 2012, n°10-28.309, *Bull. civ.* III, n°140.

¹⁶⁰⁴ Com. 21 janv. 1992, n° 89-13.811, *Bull. civ.* IV, n° 33: *RTD com.* 1992. 855, obs. B. Bouloc

¹⁶⁰⁵ Civ. 1^{re}, 8 déc. 1993, n°91-19.627, *Bull. civ.* I, n°362: *D.* 1994. 212; *ibid.* Chron. 115, par Bénaben

livraison »¹⁶⁰⁶. Il s'agissait en l'espèce d'une voiture dont la peinture présentait des ondulations très légères, défaut qui n'aurait pas permis à l'action en garantie des vices cachés de prospérer. Les exemples en la matière sont légion, la jurisprudence exige que la chose livrée réponde précisément aux caractéristiques stipulées, ce qui, à titre d'illustration, n'est pas le cas si le livre porte un numéro de tirage différent de celui indiqué dans le contrat¹⁶⁰⁷. En retenant que l'obligation de délivrance n'est satisfaite que par la remise de la chose convenue, le droit français confère à celle-ci une portée qui dépasse le domaine d'application de l'option pour défaut de conformité. La prestation du vendeur doit être réalisée telle que les parties l'ont déterminée, peu importe que la différence soit majeure ou mineure. L'obligation de délivrance conforme recouvre ainsi les cas de nullité du contrat en présence d'une différence majeure et d'option pour défaut de conformité si elle n'est que mineure.

306 Sanction du défaut de la qualité convenue. L'acheteur victime de l'inexécution par le vendeur de son obligation de délivrance conforme se voit reconnaître un droit d'option entre la résolution du contrat ou l'exécution forcée¹⁶⁰⁸. Il faut néanmoins, pour que l'action puisse prospérer, que l'acheteur ait émis des réserves lors de la réception de la chose non conforme¹⁶⁰⁹. La règle tend à rapprocher l'obligation de délivrance conforme de l'option pour défaut de conformité, cette dernière devant être exercée dans un court délai. En revanche, l'acheteur qui a formulé des réserves lors de la délivrance bénéficie, en droit français, d'un délai de cinq ans afin de sanctionner l'inexécution de l'obligation¹⁶¹⁰. Il est admis que les conditions de la résolution de la vente s'apprécient à l'aune du droit commun des contrats¹⁶¹¹. L'article 1224 du Code civil reconnaît que, outre la clause résolutoire, la résolution de l'acte peut résulter, si l'inexécution est suffisamment grave, d'un acte unilatéral du créancier ou d'une décision de justice¹⁶¹². L'absence de la qualité, si elle est jugée accessoire, peut ainsi conduire le juge à estimer qu'elle est insuffisante pour justifier l'anéantissement du contrat. La clause résolutoire présente alors un intérêt certain en permettant aux parties de se dispenser de cette

¹⁶⁰⁶ Civ. 1^{re}, 4 avr. 1991, n°89-17.550, *Bull. civ. I*, n°130, D. 1992. Somm. 201, obs. Tournafond.

¹⁶⁰⁷ Civ. 1^{re}, 26 nov. 1980, n°79-14.547, *Bull. civ. I*, n°310: RTD civ. 1981. 647, obs. Cornu.

¹⁶⁰⁸ C. civ., art. 1610.

¹⁶⁰⁹ Com. 1^{er} mars 2005, n°03-19.296, *Bull. civ. IV*, n°42, D. 2005. IR 799 : « l'acceptation sans réserve de la marchandise vendue par l'acheteur lui interdit de se prévaloir du défaut de conformité » ;

¹⁶¹⁰ C. civ., art. 2224.

¹⁶¹¹ En ce sens, v. BÉNABENT, Alain, *Droit des contrats spéciaux civils et commerciaux*, 14^e éd., LGDJ, 2021, paragr. 194.

¹⁶¹² C. civ., art. 1224 : « La résolution résulte soit de l'application d'une clause résolutoire soit, en cas d'inexécution suffisamment grave, d'une notification du créancier au débiteur ou d'une décision de justice ».

condition¹⁶¹³. Bien que l'article 1610 du Code civil évoque la possibilité pour l'acheteur de « *demander la résolution de la vente* », rien ne semble s'opposer à ce qu'il fasse usage de la faculté de résolution unilatérale que lui confère l'article 1224 du même code¹⁶¹⁴. Cette faculté est encadrée dans des conditions plus strictes que l'option pour défaut de conformité en droit islamique. Il est nécessaire que le créancier ait mis en demeure le débiteur d'exécuter son obligation dans un délai raisonnable et qu'il l'ait alerté sur les conséquences de son inaction¹⁶¹⁵. Ce n'est que si l'inexécution persiste après la mise en demeure que le créancier peut notifier au débiteur la résolution du contrat¹⁶¹⁶. L'article 1226 précise que la résolution unilatérale s'exerce aux « *risques et périls* » du créancier, le débiteur pouvant à tout moment saisir le juge pour contester la gravité de l'inexécution¹⁶¹⁷. Pour ces raisons, il apparaît préférable de stipuler une clause résolutoire¹⁶¹⁸.

307 Contenance non conforme : la superficie de l'immeuble. En vertu de cette obligation, le vendeur est encore contraint, aux termes de l'article 1616 du Code civil, de livrer une chose selon la contenance convenue¹⁶¹⁹. En matière mobilière, cela implique la délivrance de la quantité convenue. L'option pour défaut de conformité ne concerne pas ce cas de figure puisqu'il ne s'agit pas à, proprement parler, d'une qualité de la chose. Il en est autrement dans la vente d'immeuble si les parties indiquent la superficie du bien. Il s'agit bien d'une qualité qui porte sur une différence mineure à l'aune du critère établi par les *fuqaha* puisqu'une superficie supérieure ou inférieure ne constitue pas un obstacle à la destination objective de la chose.

308 Sanctions spécifiques. Le Code civil distingue selon que la vente de l'immeuble a été faite pour un prix global ou en considération de la superficie¹⁶²⁰. Dans la première éventualité, la différence de superficie importe peu si elle est de moins d'un vingtième de celle convenue¹⁶²¹. A défaut, le vendeur ou l'acheteur, selon que la superficie est

¹⁶¹³ Sur ce point, v. *infra* paragr. 345 et s.

¹⁶¹⁴ Pour un avis similaire, v. GATSI, Jean, PELLIER, Jean-Denis, *JCl. Contrats – Distribution*, fasc. 310: VENTE– Obligation de délivrance du vendeur– Sanction de l'inexécution, paragr. 73.

¹⁶¹⁵ C. civ., art. 1226, al. 1 et 2.

¹⁶¹⁶ *Ibid.*, al. 3.

¹⁶¹⁷ *Ibid.*, al. 4.

¹⁶¹⁸ Sur ce point v. *infra* paragr. 345 et s.

¹⁶¹⁹ C. civ., art. 1616 : « *Le vendeur est tenu de délivrer la contenance telle qu'elle est portée au contrat, sous les modifications ci-après exprimées* ».

¹⁶²⁰ C. civ., art. 1617 et s.

¹⁶²¹ C. civ., art. 1619.

supérieure ou inférieure, pourra réclamer une augmentation ou une diminution du prix. L'acheteur n'est cependant pas contraint de supporter une augmentation du prix et peut préférer se désister du contrat¹⁶²².

Dans la seconde hypothèse, le prix de la vente est fonction de la superficie, contraignant le vendeur à délivrer la quantité exacte si l'acheteur l'exige¹⁶²³. Le vendeur ne peut offrir une réduction du prix que s'il lui est impossible de fournir la quantité stipulée. L'acheteur n'est tenu à une augmentation du prix que si la superficie est supérieure d'un vingtième à celle convenue, mais il peut décider d'opter pour la résolution du contrat¹⁶²⁴. A noter que l'article 46 de la loi du 10 juillet 1965 prévoit un régime semblable applicable à la vente d'un lot de copropriété¹⁶²⁵.

309 Sanction unique dans le *fiqh* : la résolution du contrat. Les sanctions du non-respect de l'obligation de délivrance en matière immobilière diffèrent de l'effet de l'option pour défaut de conformité qui se limite à la résolution du contrat, l'AAOFI excluant expressément toute réduction du prix. Or, les articles 1617 et suivants du Code civil retiennent qu'une superficie inférieure à celle convenue ne constitue pas une inexécution suffisamment grave pour que l'acheteur puisse demander la résolution de la vente. Cette exigence est présente en droit commun des contrats. L'article 1224 du Code civil dispose que, si elle ne résulte pas d'une clause résolutoire, la résolution s'envisage en « *cas d'inexécution suffisamment grave* ». Pour autant, l'acheteur ne serait pas privé de fondements pour obtenir l'anéantissement de la vente.

310 Action en nullité pour vice du consentement. Le premier fondement reposerait sur les vices du consentement dans le cas où la superficie du bien est entrée dans le champ contractuel et constitue l'une des raisons qui a poussé l'acheteur à s'engager¹⁶²⁶. Si le vendeur a volontairement dissimulé la surface réelle, l'acheteur pourrait obtenir la nullité du contrat pour dol, sauf à retenir la distinction contestée entre dol principal

¹⁶²² *Ibid.*, art. 1620.

¹⁶²³ *Ibid.*, art. 1617.

¹⁶²⁴ *Ibid.*, art. 1618.

¹⁶²⁵ L. n° 65-557 du 10 juillet 1965 fixant le statut de la copropriété des immeubles bâtis, art. 46, al. 6 et 7 : « *Si la superficie est supérieure à celle exprimée dans l'acte, l'excédent de mesure ne donne lieu à aucun supplément de prix.*

Si la superficie est inférieure de plus d'un vingtième à celle exprimée dans l'acte, le vendeur, à la demande de l'acquéreur, supporte une diminution du prix proportionnelle à la moindre mesure ».

¹⁶²⁶ Sur ce point, v. BARRET, Olivier, « Les recours offerts à l'acquéreur contre le vendeur au cas de superficie insuffisante de l'immeuble vendu », *RTD civ.* 2012.207.

et dol incident. L'erreur, telle qu'elle résulte de la réforme du droit des contrats, justifie la nullité du contrat quand elle porte notamment sur les « *qualités essentielles de la prestation due* ». L'article 1133 al. 1^{er} énonce que ces qualités s'entendent de celles « *expressément ou tacitement convenues et en considération desquelles les parties ont contracté* ». Il est clair, à la lecture de ce texte, que la qualité essentielle est celle que les parties ont érigée comme telle, illustrant par-là la théorie subjective des vices du consentement en droit français. Cette condition pourrait être satisfaite par la mention de la superficie dans le contrat. D'autant plus que cette caractéristique est traditionnellement déterminante dans les ventes immobilières, *a fortiori* lorsqu'elle sert à déterminer le prix de cession. Mais le juge pourrait considérer que la simple mention ne suffit pas à faire de la superficie une qualité essentielle du contrat. Pourtant, sous l'empire de la conception antérieure de l'erreur reposant sur la qualité substantielle, la jurisprudence a accueilli l'action en nullité motivée par une différence de la superficie de l'immeuble¹⁶²⁷. En outre, la Cour de cassation a censuré un arrêt retenant que le manquement à l'obligation de délivrance était l'unique fondement de la responsabilité encourue pour la non-conformité de la chose délivrée à la chose convenue. La Haute juridiction a affirmé à cette occasion que sont « *recevables les actions fondées, d'une part, sur la non-conformité de la chose vendue et, d'autre part, sur l'erreur commise sur une qualité substantielle de cette chose* »¹⁶²⁸.

311 Intérêt de la clause résolutoire L'autre fondement utile à l'anéantissement du contrat en cas de différence de la superficie serait la stipulation d'une clause résolutoire. Les articles 1616 et suivants du Code civil ne revêtent pas un caractère impératif¹⁶²⁹, comme en témoigne la validité, bien que restreinte, des clauses de non-garantie de contenance. Les parties peuvent ainsi librement prévoir que toute différence entre la superficie convenue et celle réelle donnera lieu à la possibilité pour l'acheteur de résoudre le contrat. La méthode présente l'intérêt de se rapprocher de l'option pour défaut de conformité en ce que la résolution intervient de plein droit par l'effet de la

¹⁶²⁷ Civ. 3^e, 9 oct. 2013, n°12-20.107 : *Gaz. Pal.* 17 déc. 2013, n° 351, p. 44, obs. V. Zalewski-Sicard ; Defrénois 2014.283, obs. H. Périnet-Marquet. Admettant la nullité pour erreur du contrat de réservation lorsque la superficie figurant sur le permis de construire est presque deux fois moins importante que celle indiquée sur un plan fourni au réservataire. Il ressort de l'arrêt que l'importance de la différence est à l'origine de l'erreur sur les qualités substantielles, ce qui, interprété a contrario, suggère qu'une différence minimale exclurait l'atteinte au consentement ; v. aussi Civ. 23 nov. 1931 : *DP* 1932. 1. 129, note Josserand, où la contenance du terrain était une qualité substantielle.

¹⁶²⁸ Civ. 1^{re}, 25 mars 2003, n°00-22.058, *JCP* 2003.I.170, obs. Sérinet

¹⁶²⁹ En ce sens, v. BARRET, Olivier, BRUN, Philippe, *Rép. civ. Dalloz*, v° Vente : effets, janv. 2020, paragr. 247.

clause. Dans l'ensemble des contrats de vente, la clause permet de s'affranchir de la condition de gravité exigée par l'article 1224 du Code civil pour justifier de la résolution du contrat. En l'absence d'une clause résolutoire, l'acheteur s'expose au risque de voir le juge considérer que l'inexécution n'est pas suffisamment grave pour prononcer la résolution de l'acte et ordonner, en conséquence, l'exécution forcée du contrat ou l'allocation de dommages intérêts¹⁶³⁰. La clause, pour être valide, doit être rédigée dans des termes clairs et précis afin qu'elle soit non équivoque¹⁶³¹. S'agissant d'une qualité stipulée, la rédaction de la clause ne devrait pas soulever de difficultés. Les parties peuvent en outre écarter la condition de la mise en demeure préalable pour que la clause opère de plein droit¹⁶³².

312 Régime particulier des contrats de consommation. L'obligation de délivrance conforme, en dehors du Code civil, existe encore en droit de la consommation. La transposition de la directive n°1994-44 du 25 mai 1999¹⁶³³ a introduit dans le Code de la consommation une garantie légale de conformité regroupant, en les aménageant, l'obligation de délivrance d'une chose conforme et la garantie des vices cachés¹⁶³⁴. L'ordonnance du 29 septembre 2021 modernise la garantie en l'étendant aux biens et services numériques¹⁶³⁵. Cette garantie n'est reconnue qu'au profit de l'acheteur contractant en qualité de consommateur¹⁶³⁶ et doit être exercée dans un délai de deux ans à compter du jour de la délivrance de la chose¹⁶³⁷. Elle présente pour particularité d'offrir une option en cas de défaut de conformité de la chose, l'acheteur pouvant choisir entre sa réparation ou son remplacement¹⁶³⁸. L'option disparaît toutefois si le choix entraîne pour le vendeur un coût manifestement disproportionné¹⁶³⁹. L'article L. 217-8 al. 1 du Code de la consommation précise que la résolution du contrat, ou la

¹⁶³⁰ C. civ., art. 1228 : « Le juge peut, selon les circonstances, constater ou prononcer la résolution ou ordonner l'exécution du contrat, en accordant éventuellement un délai au débiteur, ou allouer seulement des dommages et intérêts ».

¹⁶³¹ C. civ., art. 1225 al. 1^{er}.

¹⁶³² *Ibid.*, al. 2.

¹⁶³³ Directive 1999/44/CE du Parlement européen et du Conseil du 25 mai 1999 sur certains aspects de la vente et des garanties des biens de consommation.

¹⁶³⁴ C. consom., art. L. 217-3 et s.

¹⁶³⁵ Ordonnance n° 2021-1247 du 29 septembre 2021 relative à la garantie légale de conformité pour les biens, les contenus numériques et les services numériques

Pour une analyse de ce texte, v. LOISEAU, Grégoire, « L'ordonnance du 29 septembre 2021 : un texte fondateur d'un droit des contrats portant sur les biens et services numériques », *Comm. com. électr.* 2021, étude 21.

¹⁶³⁶ C. consom., art. L. 217-1.

¹⁶³⁷ *Ibid.*, art. L. 217-3.

¹⁶³⁸ *Ibid.*, art. L. 217-8.

¹⁶³⁹ *Ibid.*, art. L. 217-12.

réduction du prix, ne sont envisageables qu'à titre subsidiaire¹⁶⁴⁰. Les hypothèses de mise en œuvre de ces sanctions sont détaillées par l'article L. 217-14 du même Code¹⁶⁴¹. Le texte précise que la résolution de la vente ne peut résulter d'un défaut mineur. Ainsi, dans le cadre d'un contrat soumis aux dispositions du Code de la consommation, l'acheteur ne pourrait pas toujours obtenir la résolution du contrat. En vue de rapprocher la garantie légale de conformité de l'option en droit islamique, les parties pourraient stipuler une clause par laquelle l'acheteur renoncerait par avance à la réparation, ou au remplacement du bien, au profit de la seule action en résolution de la vente. Une telle clause serait néanmoins réputée non écrite¹⁶⁴².

313 Option du consommateur. On peut se demander si les dispositions spéciales du Code de la consommation font obstacle à la possibilité pour l'acheteur de se prévaloir des règles de droit commun du Code civil. En faveur de cette faculté, l'article L. 217-30 du Code de la consommation dispose que l'acheteur n'est pas privé « *du droit d'exercer l'action résultant des vices rédhibitoires telle qu'elle résulte des articles 1641 à 1649 du Code civil ou toute autre action de nature contractuelle ou extracontractuelle qui lui est reconnue par la loi* ». L'acheteur pourrait ainsi exercer une action en résolution du contrat, fondée sur le droit commun, en raison de la délivrance par le vendeur d'une chose non conforme à ce qui a été convenu¹⁶⁴³. A cet égard, la Cour de cassation a censuré l'arrêt d'une cour d'appel qui avait rejeté l'action en garantie des vices cachés en vertu du principe de non-cumul des dispositions du

¹⁶⁴⁰ « *En cas de défaut de conformité, le consommateur a droit à la mise en conformité du bien par réparation ou remplacement ou, à défaut, à la réduction du prix ou à la résolution du contrat, dans les conditions énoncées à la présente sous-section* ».

¹⁶⁴¹ « *Le consommateur a droit à une réduction du prix du bien ou à la résolution du contrat dans les cas suivants* :

1° *Lorsque le professionnel refuse toute mise en conformité ;*

2° *Lorsque la mise en conformité intervient au-delà d'un délai de trente jours suivant la demande du consommateur ou si elle lui occasionne un inconvénient majeur ;*

3° *Si le consommateur supporte définitivement les frais de reprise ou d'enlèvement du bien non conforme, ou s'il supporte l'installation du bien réparé ou de remplacement ou les frais y afférents ;*

4° *Lorsque la non-conformité du bien persiste en dépit de la tentative de mise en conformité du vendeur restée infructueuse.*

Le consommateur a également droit à une réduction du prix du bien ou à la résolution du contrat lorsque le défaut de conformité est si grave qu'il justifie que la réduction du prix ou la résolution du contrat soit immédiate. Le consommateur n'est alors pas tenu de demander la réparation ou le remplacement du bien au préalable ».

¹⁶⁴² Avant la réforme opérée par l'ordonnance du 29 septembre 2022, l'article L. 241-5 du Code de la consommation le prévoyait expressément : « *Les conventions qui écartent ou limitent directement ou indirectement les droits résultant des articles L. 217-1 à L. 217-20 relatifs à la garantie de conformité des biens, à la garantie commerciale ou aux prestations de services après-vente, conclues entre le vendeur et l'acheteur avant que ce dernier n'ait formulé de réclamation, sont réputées non écrites* ».

¹⁶⁴³ V. en faveur de cette faculté, SALVAT, Odile, « La garantie spéciale de conformité et l'obligation générale de délivrance conforme : quel choix d'action pour l'acheteur », CCC 2006, ét. 18, spéc. paragr. 10 ; COLLART DUTILLEUL, François et DELEBECQUE, Philippe, *Contrats civils et commerciaux*, 11^e éd., Dalloz, 2019, paragr. 230.

Code civil et du Code de la consommation. La Cour a rejeté l'existence d'un tel principe en affirmant que « *le choix d'invoquer la garantie des vices cachés ne prive pas l'acquéreur de la possibilité d'invoquer la garantie de conformité prévue par le code de la consommation* »¹⁶⁴⁴. Pour autant, l'action fondée sur les règles du Code civil ne permet la résolution du contrat que si l'inexécution est suffisamment grave¹⁶⁴⁵. Sur ce point, le principe est similaire à celui posé par l'article L. 217-14 du Code de la consommation. Il demeure alors, pour échapper à cette condition, la possibilité de stipuler une clause résolutoire au profit de l'acheteur. Certes, les dispositions du Code de la consommation ont un caractère impératif, mais la clause protégeant l'acheteur consommateur, sa validité ne devrait pas être contestée dès lors qu'elle ne le prive pas du droit de demander la réparation ou le remplacement de la chose¹⁶⁴⁶.

314 Conclusion section 1. Les options légales revêtent une importance majeure en ce qu'elles assurent la protection de l'une des parties au contrat, généralement l'acheteur. Cela suppose notamment de pouvoir résoudre le contrat si son consentement a été obtenu par le dol ou si le vendeur manque à l'une de ses obligations principales. Le système des options légales ne saurait être transposé tel quel en droit français. Pour autant, l'anéantissement de l'acte peut être recherché sur le fondement de règles du droit des contrats. S'agissant du dol, la partie qui en est victime peut agir en nullité au titre du vice du consentement. De même, le contractant qui reçoit une chose atteinte d'un vice ou non conforme aux stipulations contractuelles peut obtenir la résolution du contrat. Cela suppose néanmoins quelques aménagements contractuels pour satisfaire pleinement aux règles du *fiqh*. La clause résolutoire présente à cet égard un intérêt certain. Seule l'option pour lésion se heurte à un principe contraire en droit commun des contrats qui ne constitue cependant pas une règle impérative. Il existe par ailleurs en droit spécial des hypothèses où le législateur a entendu sanctionner la lésion. En outre, lorsque la lésion s'apparente au *riba*, la nullité du contrat devrait être prononcée dès lors que les parties ont intégré à l'acte les prohibitions cardinales de la finance islamique¹⁶⁴⁷.

¹⁶⁴⁴ Civ. 1^{re}, 1 juill. 2020, n°19-11.119, D. 2020, note N. Balat.

¹⁶⁴⁵ C. civ., art. 1224.

¹⁶⁴⁶ Pour un avis similaire, v. RAYNARD, Jacques et SEUBE, Jean-Baptiste, *Droit des contrats spéciaux*, 9^e éd., LexisNexis, 2017, paragr. 186, spéc. p. 186.

¹⁶⁴⁷ Sur ce point, v. le titre premier de la seconde partie.

A travers les options légales, on constate que si le droit islamique procède autrement, il sanctionne les mêmes atteintes aux intérêts privés que le droit français. Les *khiyarat* ne se limitent pas aux options légales, mais s'étendent encore aux options conventionnelles théorisées par les juristes dans la finalité commune qu'est la protection de la partie faible.

Section 2 : Les options conventionnelles

315 Une option majeure et d'autres options secondaires. Les options conventionnelles désignent celles qui ne résultent non pas automatiquement de la loi mais qu'il est loisible aux parties de stipuler. Au sein de cette catégorie, le *khiyar al-shart* revêt une importance capitale, au point de rendre superfétatoires les autres options en ce qu'il confère à l'une des parties, voire aux deux, une faculté de dédit (I). Ce *khiyar* est d'ailleurs la seule option conventionnelle à faire l'objet d'un consensus parmi les *madhâhib*. L'AAOIFI reconnaît toutefois d'autres options qui ne sont que secondaires dès lors que le *khiyar al-shart* a été stipulé (II).

I] Le *khiyar al-shart*, option majeure du *fiqh*

316 Définition. L'expression *khiyar al-shart* désigne en langue arabe la condition d'option¹⁶⁴⁸, la clause d'option ou l'option stipulée¹⁶⁴⁹. Le Pr Sélim JAHEL la décrit comme une « *clause de repentir qui peut être stipulée dans un contrat en faveur de l'une des parties, des deux à la fois ou même d'un tiers* »¹⁶⁵⁰. Cette définition est similaire à celle retenue par l'AAOIFI dans la norme n°52, si ce n'est que l'institution précise que le droit d'option doit être enfermé dans un délai¹⁶⁵¹. Elle se distingue des options étudiées précédemment en ce qu'elle peut être stipulée en faveur de chacune

¹⁶⁴⁸ JAHEL, Sélim, *La place de la Chari'a dans les systèmes juridiques des pays arabes*, Éd. Panthéon-Assas, 2012, p. 241.

¹⁶⁴⁹ LINANT DE BELLEFONDS, Yvon, *Traité de droit musulman comparé, Vol.1: Théorie générale de l'acte juridique*, Mouton et cie., 1965, paragr. 385. Ces deux dernières traductions sont préférables à la première.

¹⁶⁵⁰ JAHEL, Sélim, *op. cit.*, p. 241.

¹⁶⁵¹ AAOIFI, Norme charaïque n°52, art. 2.1 : « *L'option stipulée de rétractation est un droit institué par stipulation qui donne aux cocontractants, individuellement ou collectivement, ou même à un tiers, la faculté d'exécuter le contrat ou de se rétracter, dans un délai bien déterminé. Ce droit s'exprime par toute formulation attestant la révocabilité du contrat et la possibilité de sa résolution durant la période de l'option* ».

des parties, y compris d'un tiers ce qui correspond généralement à l'hypothèse du mandataire. Des auteurs perçoivent dans le *khiyar al-shart* une condition purement potestative en ce qu'elle permet à l'une, ou à l'ensemble, des parties d'anéantir le contrat à son gré¹⁶⁵². La clause se heurte ainsi au principe de la force obligatoire de l'acte et enfreint, *a priori*, la prohibition des clauses adjointes. Partant, sa validité devrait être remise en cause. Il n'en est rien, la clause de dédit est admise tant dans le *fiqh* (A) qu'en droit français (B).

A) *Le khiyar al-shart dans le fiqh*

317 Fondements. Le *khiyar al-shart* fait l'objet d'un consensus au sein des quatre écoles juridiques, ce qui surprend au regard du rejet des clauses génératrices d'incertitude telles que la condition suspensive¹⁶⁵³. Pour reconnaître sa validité, les juristes invoquent un hadith rapportant que le Prophète aurait conseillé à un homme, se plaignant d'être lésé à l'occasion des contrats, de déclarer « *pas de tromperie, je me réserve l'option de trois jours* »¹⁶⁵⁴. Il est intéressant de constater que ce hadith est absent des recueils de Muslim et d'Al-Bukhari réputés faire autorité en raison de la démarche de leurs auteurs qui n'ont retenu que les récits dont l'authenticité leur a semblé indiscutable¹⁶⁵⁵. Le hadith est par contre mentionné dans les recueils d'Al-Sawkani et d'Ibn Hibban. L'ouvrage de ce dernier est d'ailleurs cité par l'AAOIFI pour reconnaître la validité du *khiyar al-shart*¹⁶⁵⁶. Il fallait, semble-t-il, un fondement charaïque pour justifier que l'option puisse déroger à un certain nombre de prohibitions majeures. Ce serait se méprendre que de croire que l'option stipulée s'oppose aux grands principes du droit des contrats. Elle apparaît, au contraire, comme un énième moyen d'assurer la protection des intérêts des parties. Il convient de se rappeler que la vente est regardée par les *fuqaha* comme le modèle type du contrat et que, dans le *fiqh* comme en droit français, le transfert de propriété opère *solo consensu*. Ainsi, le *khiyar al-shart* permet à son bénéficiaire de saisir la pleine portée de son engagement en lui permettant, s'il le désire, de s'en délier. Ce faisant, il constitue « *un remède aux*

¹⁶⁵² JAHÉL, Sélim, *op. cit.*, p. 278 LINANT DE BELLEFONDS, Yvon, *op. cit.*, paragr. 385.

¹⁶⁵³ LINANT DE BELLEFONDS, Yvon, *op. cit.*, paragr. 386.

¹⁶⁵⁴ Le hadith est cité par plusieurs auteurs, v. JAHÉL, Sélim, *op. cit.*, p. 242 LINANT DE BELLEFONDS, Yvon, *op. cit.*, paragr. 387 COMAIR-OBEID, Nayla, *Les contrats en droit musulman des affaires*, Economica, 1995, p. 72.

¹⁶⁵⁵ Cela n'empêche pas un auteur de prétendre que le *khiyar al-shart* a de « *solides fondements sharaiques* », v. JAHÉL, Sélim, *op. cit.*, p. 242.

¹⁶⁵⁶ AAOIFI, Norme charaïque n°52, Annexe B.

engagements hâtifs » expliquant que l’option soit parfois désignée chez les malékites sous l’expression « option de réflexion » (*sart at-tarrawa*)¹⁶⁵⁷. Ces vertus justifient que l’option stipulée apparaisse dans la plupart des codifications modernes du monde musulman, à l’exception notable du Code civil égyptien, ce qui tend à infirmer les propos de Sanhuri sur l’intégration dans ce code des grands principes de la charia¹⁶⁵⁸. La *Medjellé* lui consacre un chapitre entier et envisage son régime aux articles 300 et suivants¹⁶⁵⁹. L’option se retrouve dans le Code civil libanais où elle constitue une exception à un principe d’inspiration française. L’article 84 al. 1^{er} de ce code dispose que « *l’obligation est nulle lorsque son existence même dépend de la seule volonté de celui qui s’oblige* »¹⁶⁶⁰. Le deuxième alinéa ajoute toutefois que « *chacune des parties, ou l’une d’elles, peut se réserver la faculté de déclarer, dans un délai déterminé, si elle entend maintenir le contrat ou le résilier* ».

318 Domaine d’application. Par définition, le *khiyar al-shart* ne concerne que les actes obligatoires susceptibles de résolution comme la vente, le bail, la cession de dette ou le cautionnement¹⁶⁶¹. En revanche, l’option ne peut être stipulée dans les contrats réels comme la vente *salam*, car la formation de l’acte est conditionnée au paiement immédiat du prix, ou le contrat de change, parce que l’échange doit être immédiat¹⁶⁶². L’option s’avère inutile dans les actes qui par nature sont librement révocables, cela inclut le mandat à titre gratuit, le dépôt, le prêt à usage, la donation et le testament¹⁶⁶³.

319 Condition de validité de l’option. L’AAOIFI énumère cinq conditions à respecter pour que la clause d’option produise ses effets¹⁶⁶⁴. En premier lieu, elle doit avoir été insérée dans le contrat qu’elle concerne, à moins que l’usage n’admette qu’elle soit antérieure. Il demeure possible aux contractants, en cas d’accord mutuel, de stipuler la clause *a posteriori*¹⁶⁶⁵.

¹⁶⁵⁷ LINANT DE BELLEFONDS, Yvon, *op. cit.*, paragr. 387.

¹⁶⁵⁸ V., note n° 1351.

¹⁶⁵⁹ L’article 300 de la *Medjellé* dispose : « *On peut valablement stipuler dans une vente la condition, que, dans un délai fixé, l’une ou l’autre des parties contractantes ou toutes les deux à la fois, auront le choix de résoudre le contrat ou de le rendre obligatoire en le confirmant* ».

¹⁶⁶⁰ La règle est inspirée de l’ancien article 1174 du Code civil français, désormais énoncée à l’article 1304-2 de ce code.

¹⁶⁶¹ AAOIFI, Norme charaïque n°52, art. 2.3.

¹⁶⁶² *Ibid.*

¹⁶⁶³ JAHEL, Sélim, *La place de la Chari’a dans les systèmes juridiques des pays arabes*, Éd. Panthéon-Assas, 2012, p. 252
LINANT DE BELLEFONDS, Yvon, *Traité de droit musulman comparé, Vol.1: Théorie générale de l’acte juridique*, Mouton et cie., 1965, paragr. 388.

¹⁶⁶⁴ AAOIFI, Norme charaïque n°52, art 2.2.

¹⁶⁶⁵ *Ibid.*, art. 2.2.1.

L'option doit être enfermée dans un délai bien spécifié, ce qui exclut qu'il puisse simplement dépendre de la réalisation d'un événement comme l'intervention d'un expert ou l'atteinte d'un seuil par un indice de référence¹⁶⁶⁶. Les hanéfites et les shaféites se réfèrent au hadith servant à fonder l'option stipulée pour limiter à trois jours son délai d'exercice. L'option dérogeant à plusieurs principes du droit des contrats, les juristes de ces écoles ont entendu limiter sa durée¹⁶⁶⁷. Cette préoccupation est absente du *madhhab* hanbalite dont les membres partagent l'opinion divergente d'Abu Yusuf et de Muhammad Al-Shabânî, deux disciples d'Abu Hanifa, qui n'imposent aucune limitation de délai¹⁶⁶⁸. Les malékites adoptent quant à eux une position intermédiaire reposant sur l'opinion de leur maître, l'imam Malek, qui estimait que le délai devait varier en fonction du contrat¹⁶⁶⁹. Les codifications modernes du droit islamique des contrats ont opté pour la solution hanbalite qui laisse aux parties le soin de déterminer le délai. L'AAOIFI consacre une règle empruntant aux doctrines hanbalites et malékites selon laquelle « *il n'y a pas de limite inférieure ou supérieure à la longueur de la durée de l'option, sous réserve qu'elle ne s'écarte pas de l'usage afférant à la vente* »¹⁶⁷⁰.

La validité de la clause d'option est encore soumise à la condition qu'elle prenne effet dès la formation du contrat¹⁶⁷¹. L'exigence est logique en ce que la clause entraînant l'anéantissement rétroactif de l'acte, il est supposé ne pas avoir pu produire d'effet. L'AAOIFI admet que l'option ne puisse concerner qu'une partie seulement de l'accord des parties. Il convient alors, pour qu'elle soit valide, de préciser sur quels éléments du contrat elle peut être exercée¹⁶⁷². Enfin, si l'option est stipulée dans un contrat portant sur une chose, celle-ci doit conserver l'état qui était le sien au moment de la formation du contrat¹⁶⁷³.

320 Effets de l'option avant sa mise en œuvre. Les avis des jurisconsultes divergent quant aux effets de la clause tant qu'elle demeure en suspens. Les hanbalites affirment

¹⁶⁶⁶ *Ibid.*, art 2.2.2.

¹⁶⁶⁷ En ce sens, v. LINANT DE BELLEFONDS, Yvon, *Traité de droit musulman comparé, Vol.1: Théorie générale de l'acte juridique*, Mouton et cie., 1965, paragr. 391.

¹⁶⁶⁸ *Ibid.*

¹⁶⁶⁹ *Ibid.* JAHÉL, Sélim, *La place de la Chari'a dans les systèmes juridiques des pays arabes*, Éd. Panthéon-Assas, 2012, p. 255.

¹⁶⁷⁰ AAOIFI, Norme charaïque n°52, art. 2.2.2.

¹⁶⁷¹ *Ibid.*, art. 2.2.3.

¹⁶⁷² *Ibid.*, art. 2.2.4.

¹⁶⁷³ *Ibid.*, art. 2.2.5. La règle n'implique pas que l'amélioration de la chose fasse obstacle à l'exercice de l'option. Seule la détérioration ou la perte de la chose sont susceptibles d'entraîner la disparition de l'option. A cet égard, la cinquième condition de validité du *khiyar al-shart* est critiquable en ce qu'elle s'apparente davantage à un cas d'extinction du droit d'option.

que le droit d'option n'empêche pas le contrat de produire ses effets, quitte à en régler les conséquences en cas d'anéantissement de l'acte¹⁶⁷⁴. Les hanéfites prônent un tout autre principe, retenu par l'AAOIFI¹⁶⁷⁵, amenant à distinguer selon que la clause bénéficie à l'une ou à l'ensemble des parties. Dans ce dernier cas, les obligations de chacune des parties sont suspendues. Les *fuqaha* raisonnent à nouveau par référence au contrat de vente et neutralisent l'effet principal qu'est le transfert de propriété (*hiqm al'aqd*). Le vendeur conserve la propriété de la chose et l'acheteur n'est pas tenu d'en payer le prix¹⁶⁷⁶. Le vendeur demeurant propriétaire, il peut librement disposer de la chose sans devoir recueillir l'accord de l'autre partie¹⁶⁷⁷. Tout acte de disposition sur la chose s'interprète en effet comme un exercice tacite du droit de résolution du contrat. Peu importe, dans cette hypothèse, que l'acheteur ait préalablement confirmé le contrat, le droit de résolution l'emporte sur la ratification¹⁶⁷⁸.

Seule l'obligation de l'acheteur est suspendue lorsqu'il s'est réservé l'option. Cela conduit à la réunion, en principe interdite par le *fiqh*, de la chose et de son prix dans le même patrimoine¹⁶⁷⁹. Les jurisconsultes l'admettent en raison de l'existence de l'option qui, soit entraînera la restitution de la chose en cas de résolution, soit le paiement du prix si l'acheteur la conserve. Il peut librement en faire usage¹⁶⁸⁰, mais si la chose périt ou qu'il en dispose le contrat sera réputé avoir été ratifié¹⁶⁸¹.

La règle est symétriquement inverse lorsque l'option a été stipulée au profit du vendeur. La chose demeure dans son patrimoine, mais l'acheteur est tenu de payer le prix. Le vendeur peut remettre volontairement la chose à l'acheteur sans que cela ne s'analyse en une renonciation au droit d'option¹⁶⁸². Il peut encore la vendre, ce qui s'interprète alors comme l'exercice du droit de résolution du contrat¹⁶⁸³.

¹⁶⁷⁴ JAHÉL, Sélim, *La place de la Chari'a dans les systèmes juridiques des pays arabes*, Éd. Panthéon-Assas, 2012, p. 249.

¹⁶⁷⁵ L'AAOIFI reconnaît expressément avoir consacré la solution hanéfite, v. AAOFI, Norme charaïque n°52, Annexe B.

¹⁶⁷⁶ AAOIFI, Norme charaïque n°52, art. 2.5.1.

¹⁶⁷⁷ *Ibid.*, art. 2.4.4 et 2.5.1

¹⁶⁷⁸ LINANT DE BELLEFONDS, Yvon, *Traité de droit musulman comparé, Vol.1: Théorie générale de l'acte juridique*, Mouton et cie., 1965, paragr. 398.

¹⁶⁷⁹¹⁶⁷⁹ AAOIFI, Norme charaïque n°52, art. 2.5.2. Abu Hanifa désapprouvait cette solution. Il en prônait une autre qui consistait à ce que la chose sorte du patrimoine du vendeur sans intégrer celui de l'acheteur. Le maître n'a cependant pas été suivi sur ce point par ses disciples, v. JAHÉL, Sélim, *La place de la Chari'a dans les systèmes juridiques des pays arabes*, Éd. Panthéon-Assas, 2012, p. 250 LINANT DE BELLEFONDS, Yvon, *op. cit.*, paragr. 401.

¹⁶⁸⁰ *Ibid.*, art. 2.4.2.

¹⁶⁸¹ *Ibid.*, art. 2.5.2.

¹⁶⁸² *Ibid.*, art. 2.4.3.

¹⁶⁸³ *Ibid.*, art. 2.4.4.

321 Résolution du contrat. L'option confère à son titulaire la faculté d'anéantir le contrat sans être tenu de justifier son choix¹⁶⁸⁴. On peut s'interroger sur la nécessité d'informer l'autre contractant de sa décision. Les auteurs classiques sont divisés à ce sujet, certains faisant de la notification de la résolution une condition de son efficacité tandis que d'autres ne l'exigent pas¹⁶⁸⁵. L'AAOIFI a fait sienne la conception des premiers en imposant au bénéficiaire de l'option de notifier son choix à l'autre partie en cas de résolution¹⁶⁸⁶. La disparition du contrat engendre des difficultés lorsque l'acheteur est entré en possession, sans nécessairement qu'il en soit devenu propriétaire. Dans cette hypothèse chacune des parties est tenue de restituer ce qu'elle a reçu mais l'état de la chose a pu évoluer entretemps. Pour prévenir tout litige inhérent à la restitution, l'AAOIFI envisage la question de ce qu'elle qualifie « d'accroissement » de la chose tant que l'option est en suspens et qui recouvre trois situations¹⁶⁸⁷.

La première correspond à l'accroissement physique de la chose par elle-même et que l'organisation illustre par l'exemple de l'exploitation agricole. Dans ce cas l'acheteur en bénéficie s'il ratifie le contrat, ce qui suppose, *a contrario*, que l'accroissement reviendra au vendeur si le contrat est anéanti. En revanche, si ce dernier est titulaire du droit d'option il demeure, en conséquence, propriétaire de la chose et tout accroissement lui revient peu importe sa décision¹⁶⁸⁸.

La deuxième situation est celle « *de l'accroissement séparé de l'actif et qui n'en est pas issu* »¹⁶⁸⁹. Il s'agit notamment de l'hypothèse où l'acheteur a perçu une indemnité réparant un dommage causé à la chose par un tiers durant le délai de l'option. Il peut la conserver s'il opte pour la ratification du contrat, mais, à défaut, il doit la transmettre au vendeur¹⁶⁹⁰.

La troisième, décrite comme « *l'accroissement séparé de l'actif et qui en est issu, tel que les dividendes des actions et le loyer des actifs donnés en bail* »¹⁶⁹¹, évoque la notion de fruits dans son acception juridique. Les fruits générés par la chose appartiennent au vendeur, la norme de l'AAOIFI ne distinguant pas selon qu'il est

¹⁶⁸⁴ *Ibid.*, art. 2.4.1.

¹⁶⁸⁵ LINANT DE BELLEFONDS, Yvon, *Traité de droit musulman comparé, Vol.1: Théorie générale de l'acte juridique*, Mouton et cie., 1965, paragr. 394.

¹⁶⁸⁶ AAOIFI, Norme charaïque n°52, art. 2.7.2. Cette condition n'est pas exigée s'agissant de la ratification du contrat.

¹⁶⁸⁷ *Ibid.*, art. 2.6. L'AAOIFI ne s'intéresse qu'à l'accroissement en valeur de la chose.

¹⁶⁸⁸ *Ibid.*, art. 2.6.1.

¹⁶⁸⁹ *Ibid.*, art. 2.6.2.

¹⁶⁹⁰ *Ibid.*

¹⁶⁹¹ *Ibid.*, art. 2.6.3.

titulaire ou non de l'option¹⁶⁹². La solution se justifie quand le vendeur bénéficie du droit d'option puisqu'il est demeuré propriétaire de la chose. Elle se conçoit au contraire difficilement quand l'option n'a pas été stipulée en sa faveur, la propriété de la chose étant alors transférée à l'acheteur. Ce dernier devrait pouvoir conserver les fruits de la chose s'il choisit de ratifier l'acte. Ce n'est qu'en cas de résolution que l'équité inhérente au droit islamique commanderait la restitution des fruits de la chose.

322 Transfert des risques. Le vendeur répond de la perte de la chose s'il en a conservé la possession. Dans le cas où l'option a été stipulée en faveur de l'acheteur, le transfert de propriété s'accompagne du transfert des risques. Le principe est alors similaire à celui du droit français gouverné par l'adage *res perit domino*¹⁶⁹³. Si la chose périt entre les mains de l'acheteur mais que le vendeur est titulaire de l'option, le premier n'est tenu d'indemniser le second que s'il a commis une faute¹⁶⁹⁴.

323 Extinction de l'option stipulée. L'option s'éteint à l'expiration du délai convenu par les parties, l'acte devenant alors véritablement obligatoire (*lâzim*)¹⁶⁹⁵. L'AAOIFI ne fait aucune mention du sort de l'option en cas de décès de son titulaire, suggérant qu'elle n'est pas affectée par cet événement¹⁶⁹⁶. Les écrits des auteurs classiques s'avèrent sur ce point de peu d'utilité tant leurs avis divergent. Les hanbalites et les hanéfites considèrent que le droit d'option est attaché à la personne et prend fin à son décès¹⁶⁹⁷. La position hanéfite s'explique par la doctrine de l'école en matière successorale n'admettant que la transmission de la propriété et non des droits¹⁶⁹⁸. Pour les malékites et les shaféites, l'option est entrée dans le patrimoine de son bénéficiaire et se transmet aux héritiers¹⁶⁹⁹. L'option s'éteint, et le contrat est résolu, si la chose vient à périr avant la délivrance¹⁷⁰⁰.

¹⁶⁹² *Ibid.*

¹⁶⁹³ C. civ., art. 1196 al. 3 : « 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 ».

¹⁶⁹⁴ AAOIFI, Norme charaïque n°52, art. 2.5.3.

¹⁶⁹⁵ *Ibid.*, art. 2.7.1.

¹⁶⁹⁶ Elle le précise, en revanche, s'agissant de deux autres options conventionnelles : l'option pour défaut de paiement et l'option de désignation. La première disparaît en cas de décès de son bénéficiaire tandis que la seconde est transmise aux héritiers, v. AAOIFI, Norme charaïque n° 52, art. 3.4 et 4.3.

¹⁶⁹⁷ AL-ZUHAYLI, Wahbah, EL-GAMAL, Mahmoud (Trad.), *Financial transactions in Islamic jurisprudence*, vol. 1, Dar Al-Fikr, 2001, p. 187 ; LINANT DE BELLEFONDS, Yvon, *Traité de droit musulman comparé, Vol.1: Théorie générale de l'acte juridique*, Mouton et cie., 1965, paragr. 393.

¹⁶⁹⁸ AL-ZUHAYLI, Wahbah, EL-GAMAL, Mahmoud (Trad.), *op. cit.*, p. 187.

¹⁶⁹⁹ *Ibid.* ; LINANT DE BELLEFONDS, Yvon, *op. cit.*, paragr. 393.

¹⁷⁰⁰ AAOIFI, Norme charaïque n°52, art. 2.7.3.

324 Usages modernes du *khiyar al-shart*. L'option stipulée était conçue originellement comme un moyen de conférer, à l'une ou à l'ensemble des parties, un délai de réflexion supplémentaire avant de s'engager définitivement¹⁷⁰¹. Elle peut aujourd'hui être employée à d'autres fins pour répondre à des contraintes modernes. La promesse de contrat n'étant classiquement pas contraignante en droit islamique¹⁷⁰², l'option peut constituer un succédané efficace. L'intérêt est certain dans les opérations de financement tripartites où l'intervention d'un financier, généralement une banque islamique, est nécessaire. L'hypothèse peut être illustrée au moyen de l'opération de *murabaha*¹⁷⁰³. Le contrat offre une alternative au prêt à intérêt consistant pour le financier à acheter la chose que son client veut acquérir pour lui revendre à un prix supérieur dont la différence avec le prix d'achat représente la rémunération. Le financier ne peut s'assurer que le client s'engage à lui racheter la chose puisque la promesse d'achat est dépourvue de caractère obligatoire. Il est ainsi exposé au risque que son client n'honore pas son engagement et qu'il ne puisse revendre le bien. La solution consiste pour le financier à stipuler, en sa faveur, une option dans le contrat de vente initial, lui permettant de résoudre l'acte si son client n'acquiert pas la chose. On ne saurait, en revanche, envisager l'option dans le contrat de vente entre le financier et le client tant que le premier n'est pas devenu propriétaire de la chose. L'option stipulée ne retarde pas la formation du contrat mais ses effets, ce qui impose que le financier soit devenu propriétaire de la chose pour que l'acte soit valide. A défaut ce serait enfreindre la prohibition du *gharar*. Dans des opérations moins complexes, le contrat assorti d'une option stipulée s'apparente à une promesse de contrat.

325 Alternative à la clause de réserve de propriété. La théorie des clauses adjointes conduit à la condamnation des clauses de réserve de propriété parce qu'elles empêchent la réalisation de l'effet principal du contrat. Pour pallier ce rejet, les parties peuvent stipuler une option au profit du vendeur qui aboutira au même résultat. En dehors du contrat de vente, l'option stipulée présente un intérêt dans tout contrat translatif de propriété afin de garantir le créancier contre les risques auxquels il est exposé,

¹⁷⁰¹ L'AAOIFI rappelle qu'il s'agit là de l'usage premier de l'option, v. AAOIFI, Norme charaïque n°52, art. 2.8.1.

¹⁷⁰² CHÉHATA, Chafik, *Théorie générale de l'obligation en droit musulman hanéfite*, Sirey, 1969, paragr. 179. L'AAOIFI reprend cette conception originelle en la nuancant. La promesse est ainsi dépourvue de caractère obligatoire sauf quand la loi ou la coutume l'impose, v. AAOIFI, Norme charaïque n° 49, art. 3.4 et 4.2.

¹⁷⁰³ Sur ce contrat, v. le dernier titre de notre thèse.

notamment si le débiteur n'exécute pas son obligation ou s'il fait l'objet d'une procédure collective¹⁷⁰⁴.

326 Alternative au contrat d'option ? Dans le domaine des instruments financiers dérivés, le *khiyar al-shart* pourrait être envisagé en tant qu'expédient à la prohibition du contrat d'option conventionnel¹⁷⁰⁵. L'AAOIFI, se référant à une résolution de l'Académie Internationale du Fiqh Islamique, rejette la validité de ce contrat car le droit d'option ne peut faire l'objet d'une cession à titre onéreux¹⁷⁰⁶. Un auteur a souligné l'intérêt que présente le *khiyar al-shart* dans une perspective de couverture contre les risques de variation des prix¹⁷⁰⁷. En faveur d'un tel usage, on relève que l'AAOIFI présente l'option stipulée comme une alternative charaïque aux contrats d'option, bien qu'elle ajoute que l'option seule n'est pas négociable¹⁷⁰⁸. Elle énonce en outre qu'il « *est illicite d'utiliser l'option stipulée de rétraction aux fins de couverture contre le risque de fluctuation des prix durant son délai de validité* »¹⁷⁰⁹. Partant, il semble que le *khiyar al-shart* ne puisse servir de substitut islamique au contrat d'option.

Qualifié d'option en droit islamique, le *khiyar al-shart* s'analyse en une clause conférant une faculté de dédit à l'une voire à l'ensemble des parties. Ce droit potestatif s'oppose en apparence aux principes de la force obligatoire du contrat et de la prohibition des conditions potestatives. Le juge français a pourtant reconnu la licéité des clauses de dédit.

¹⁷⁰⁴ En cela, l'option s'apparente à l'option stipulée pour défaut de paiement, v. *infra* l'étude qui lui est consacrée

¹⁷⁰⁵ AAOIFI, Norme charaïque n°20, art. 5.2.2 et norme charaïque n°21, art. 3.13

Pour une définition du contrat d'option, v. COURET, Alain, LE NABASQUE, Hervé, COQUELET, Marie-Laure *et al.*, *Droit financier*, 3^e éd., Dalloz, 2019, paragr. 1281. « *Une option - autrefois improprement qualifiée de « négociable »- est un contrat qui confère à une partie, qu'on appelle l'acheteur de l'option, la faculté d'acquérir (option d'achat, couramment appelée « call », car elle permet d'appeler l'actif sous-jacent) ou de vendre (option de vente, « put » en anglais car elle permet de remettre l'actif sous-jacent) à une autre partie, dite vendeur de l'option, une quantité déterminée d'un actif sous-jacent à un prix d'exercice (strike en anglais) convenu (qui est en principe celui pratiqué sur le marché à terme ferme lors de la conclusion du contrat). Cette faculté d'acheter ou de vendre étant consentie pendant une certaine période ou à une date déterminée ».*

¹⁷⁰⁶ AAOIFI, Norme charaïque n°20, Annexe B. Concernant le texte de référence, v. Résolution n°63(17), II,b de l'Académie Internationale du Fiqh Islamique concernant les marchés financiers : « *Les contrats d'option actuellement en vigueur sur les marchés financiers sont un nouveau genre de contrat qui ne correspondent à aucun contrat charaïque nommé. De plus, l'objet de ces contrats n'est ni une somme d'argent, ni un profit ou un droit financier qui peut être rémunéré, c'est pourquoi la charia prohibe ces contrats* » (notre traduction d'après la version anglaise de la résolution).

¹⁷⁰⁷ AL-AMINE, Muhammad al-Bashir Muhammad, *Risk management in Islamic finance*, Brill, 2008, p. 228 et s.

¹⁷⁰⁸ AAOIFI, Norme charaïque n°20, art 5.2.3.2. V. aussi, admettant l'utilisation du *khiyar al-shart* comme instrument de couverture, Résolution n°238(9/24) de l'Académie Internationale du Fiqh Islamique concernant les opérations de couverture dans les institutions financières islamiques.

¹⁷⁰⁹ *Ibid.*, Norme charaïque n°52, 2.8.5

B) La transposition du khiyar al-shart au moyen de la clause de dédit

327 Distinction de la promesse de contrat. En ce qu'il confère à son bénéficiaire un droit d'option, le *khiyar al-shart* évoque la promesse unilatérale de contrat. L'article 1124 du Code civil dispose : « *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* ». Il ressort de cette définition, bien que centrée sur le droit d'option, des différences significatives entre l'option stipulée en droit islamique et la promesse en droit français. La première n'est qu'une simple clause d'un acte quand la seconde est un véritable contrat. C'est d'autant plus vrai en présence d'une promesse synallagmatique de contrat. Dans le cadre de la réforme du droit des contrats, le législateur ne s'est intéressé qu'à la promesse unilatérale, considérant sans doute qu'il n'était nul besoin d'envisager un régime spécifique à la promesse synallagmatique parce qu'elle contient déjà tous les éléments du contrat cible¹⁷¹⁰. La promesse unilatérale porte sur un contrat à moitié formé auquel il manque le consentement du bénéficiaire de l'option¹⁷¹¹. Le *khiyar al-shart* porte, quant à lui, sur un contrat déjà formé ce qui amène à le distinguer de la promesse malgré le droit d'option qu'il confère.

328 *Khiyar al-shart* et clause résolutoire. La clause résolutoire est la première qui vient à l'esprit quand on évoque la possibilité d'une résolution unilatérale du contrat. Elle ne peut cependant être assimilée au *khiyar al-shart* en ce que, au sens de l'article 1225 du Code civil, elle suppose l'inexécution d'une obligation. La distinction de l'option stipulée et de la clause de résiliation est plus délicate. Sous cette appellation, la seconde recouvre un ensemble de clauses mettant fin au contrat. Elle peut ainsi désigner une variété de clauses résolutoires permettant l'anéantissement du contrat pour l'avenir sans remettre en cause les effets passés. Elle renvoie encore, en dehors de toute inexécution, à la clause reconnaissant à l'une des parties la faculté de rompre unilatéralement le contrat et s'apparente en cela au *khiyar al-shart*.

¹⁷¹⁰ Pour une critique de ce silence, v. CHENEDE, François, HERRNBERGER, Olivier, « Les avant-contrats », *JCP N* 2017.1164, spéc. paragr. 26 et s.

¹⁷¹¹ En ce sens, CHANTEPIE, Gaël et LATINA, Mathias, *La réforme du droit des obligations*, 2e éd., Dalloz, 2018, paragr. 262.

329 Le *khiyar al-shart* : une clause de dédit. L'option stipulée du *fiqh* correspond davantage à la clause de dédit qui « *insérée par les parties dans un contrat, [...] leur permet – soit à toutes deux, soit à l'une- « de se dédire, c'est-à-dire d'effacer par volonté unilatérale le contrat »* »¹⁷¹². Se dédire, c'est « *désavouer, rétracter ce qu'on a dit auparavant* » ou encore « *manquer à sa parole, à sa promesse* »¹⁷¹³. Stipuler une clause de dédit, c'est ainsi autoriser l'une des parties à revenir sur son engagement et à porter atteinte à la force obligatoire du contrat. Un tel acte apparaissait méprisable dans la société de l'Ancien régime où le respect de la parole donnée était érigé en norme morale, religieuse et juridique¹⁷¹⁴, en témoigne la persistance d'une expression populaire¹⁷¹⁵. La faculté de dédit était difficilement concevable pour les rédacteurs du Code civil qui ont affirmé que les « *conventions légalement formées tiennent lieu de loi à ceux qui les ont faites* »¹⁷¹⁶. Elle n'était expressément envisagée qu'à propos de la promesse de vente en cas de versement d'arrhes, limitant alors son domaine à une forme particulière d'avant contrat et à l'existence d'une contrepartie¹⁷¹⁷.

330 La clause de dédit : une atteinte consentie au principe de la force obligatoire des contrats. Un auteur a fait remarquer que si la force obligatoire du contrat avait autrefois une valeur presque religieuse, tel n'est plus le cas désormais, « *les dogmes anciens se sont ternis et la clause de dédit a un champ beaucoup plus large* »¹⁷¹⁸. Un autre souligne que la clause de dédit n'affecte pas la force obligatoire des contrats¹⁷¹⁹. Bien qu'en principe l'une des parties ne puisse à elle-seule, mettre discrétionnairement fin au contrat¹⁷²⁰, rien n'interdit que ce droit lui soit conféré par l'acte. La clause de dédit n'heurte alors pas le principe de la force obligatoire des contrats, mais, au contraire, parce qu'elle a été consentie par chacune des parties, doit voir ses effets se

¹⁷¹² BOYER, Louis, « La clause de dédit » in *Mélanges offerts à Pierre Raynaud*, Dalloz-Sirey, 1985, p. 43.

¹⁷¹³ D'après le *Trésor de la langue française* informatisé, v° Dédire disponible sur < <http://atilf.atilf.fr/>>.

¹⁷¹⁴ Sur l'influence du droit canonique et de la théorie des péchés de la langue, v. FABRE-MAGNAN, Muriel, *Le droit des contrats*, Humensis, 2018, p. 56 et s.

¹⁷¹⁵ « Cochon qui s'en dédit », l'expression assimile celui qui revient sur son engagement à un animal qui avait un temps pour réputation de vivre dans la saleté.

¹⁷¹⁶ C. civ., art. 1134 al. 1^{er} anc., désormais repris à l'article 1103 du même code.

¹⁷¹⁷ *Ibid.*, art. 1590 : « *Si la promesse de vendre a été faite avec des arrhes chacun des contractants est maître de s'en départir,*

Celui qui les a données, en les perdant,

Et celui qui les a reçues, en restituant le double ».

¹⁷¹⁸ BOYER, Louis, « La clause de dédit », *op. cit.*, p. 44.

¹⁷¹⁹ CHANTEPIE, Gaël, « Clause de dédit » in BUY, Frédéric, LAMOUREUX, Marie, MESTRE, Jacques *et al.*, *Les principales clauses des contrats d'affaires*, 2e éd., LGDJ, 2018, paragr. 420.

¹⁷²⁰ C. civ., art. 1193 : « *Les contrats ne peuvent être modifiés ou révoqués que du consentement mutuel des parties, ou pour les causes que la loi autorise* ».

réaliser en vertu de celui-ci. Son fondement n'est autre que le principe de la liberté contractuelle¹⁷²¹. La clause présente en outre certaines vertus, dont notamment celle d'assurer la protection du consentement de son bénéficiaire qui, bien qu'exempt de vice, n'est pas pour autant éclairé et réfléchi¹⁷²².

A cet égard, la clause de dédit s'accorde avec l'esprit de l'article 1122 du Code civil qui dispose que le contrat peut prévoir un délai de rétractation permettant à son bénéficiaire de rétracter son consentement¹⁷²³. Certains auteurs ont perçu dans cet article « *une exception grave au consensualisme et à la force obligatoire du contrat* »¹⁷²⁴. Le *Rapport au Président de la République* accompagnant l'ordonnance de réforme du droit des contrats précise que l'article 1122 du Code civil intéresse « *quasi exclusivement des conventions déterminées par des lois spéciales, essentiellement en droit de la consommation* »¹⁷²⁵, il n'empêche qu'il plaide en faveur de la validité des clauses de dédit en introduisant en droit commun des dispositions de droit spécial¹⁷²⁶.

331 Faculté de dédit à titre gratuit. Antérieurement à l'article 1122 du Code civil, la jurisprudence avait déjà admis la validité des clauses de dédit, y compris lorsque la faculté conférée l'est à titre gratuit¹⁷²⁷. On aurait pu supposer le contraire à l'aune de l'article 1590 du même code qui, s'agissant des promesses de vente, conditionne l'existence de cette faculté au versement d'arrhes. Un auteur avait pourtant estimé que la faculté de dédit pouvait avoir un caractère de gratuité¹⁷²⁸. Certes, en pratique, elle s'accompagne souvent d'une contrepartie financière, mais cette dernière n'est en rien obligatoire¹⁷²⁹. L'inverse aurait constitué un obstacle à la réception en droit français du

¹⁷²¹ *Ibid.*, art. 1102. V. en ce sens, MAZEAUD, Denis, v° Clause de dédit in MAZEAUD Denis, BOFFA Romain et BLANC Nathalie (dir.), *Dictionnaire du contrat*, LGDJ, 2018, p. 153.

¹⁷²² BOYER, Louis, « La clause de dédit », *op. cit.*, p. 44

¹⁷²³ « *La loi ou le contrat peuvent prévoir un délai de réflexion, qui est le délai avant l'expiration duquel le destinataire de l'offre ne peut manifester son acceptation ou un délai de rétractation, qui est le délai avant l'expiration duquel son bénéficiaire peut rétracter son consentement* ».

¹⁷²⁴ DESHAYES, Olivier, GENICON, Thomas et LAITHIER, Yves-Marie, *Réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations*, 2^e éd., LexisNexis, 2018, p. 161.

¹⁷²⁵ Rapport au Président de la République relatif à l'ordonnance n° 2016-131 du 10 février 2016 portant réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations : *JO*, 11 février 2016, n°0035, texte n°25

¹⁷²⁶ En ce sens, v. DESHAYES, Olivier, GENICON, Thomas et LAITHIER, Yves-Marie, *op. cit.*, p. 162. « *A bien y réfléchir, la stipulation d'un délai conventionnel de rétraction n'est rien d'autre qu'une clause de dédit* ». Les auteurs regrettent que l'article 1122 du Code civil soit une occasion manquée de régir cette clause.

¹⁷²⁷ *Com.*, 30 oct. 2000, n°98-11.224: *D.* 2001.3241, note D. Mazeaud ; *Contrats, conc. consom.* 2001, comm. 21, note L. Leveneur : « *rien n'interdit qu'une partie s'engage envers une autre avec une faculté de dédit gratuite* ».

¹⁷²⁸ BOYER, Louis, « La clause de dédit », *op. cit.*, p. 46.

¹⁷²⁹ En ce sens, HUMANN, Claire, « La spécificité de la clause de dédit », *RDI* 1997.169, spéc. paragr. 10 et s. L'auteur présente la faculté de dédit comme « un droit onéreux » mais concède qu'elle puisse être consentie à titre gratuit. *Contra* BÉNABENT, Alain, *Droit des contrats spéciaux civils et commerciaux*, 14^e éd., LGDJ, 2021, paragr. 115. pour qui la clause est soumise à

khiyar al-shart qui ne saurait s'accompagner d'une contrepartie pécuniaire. Bien que ni les traités des auteurs classiques, ni les normes de l'AAOIFI n'en fassent mention, elle pourrait s'apparenter à une forme de *riba*¹⁷³⁰.

332 Faculté unilatérale ou bilatérale. Le *khiyar al-shart* peut être stipulé en faveur de l'une ou de l'ensemble des parties. En théorie, il devrait en être de même concernant la clause de dédit¹⁷³¹, mais certaines situations amènent à nuancer cette affirmation. Il s'agit d'abord des contrats d'adhésion dans lesquels toute clause qui crée un déséquilibre significatif entre les droits et obligations des parties au contrat est réputée non écrite¹⁷³². Dans ces contrats, le juge pourrait estimer que la faculté de dédit qui ne profite qu'à la partie forte génère un tel déséquilibre. Il faudrait alors, pour le prévenir, que la clause de dédit soit stipulée en faveur des deux parties¹⁷³³. L'unilatéralité de la faculté de dédit interroge encore dans les relations entre professionnels et consommateurs. La clause qui ne profiterait qu'aux premiers devrait être qualifiée d'abusives au sens de l'article L. 212-1 du Code de la consommation. Elle est en effet irréfragablement présumée abusive lorsqu'elle confère au professionnel le droit de résilier discrétionnairement le contrat, sans reconnaître au consommateur la même faculté¹⁷³⁴. Dans ce domaine, la clause de dédit inspirée de l'option stipulée du *fiqh*, si elle reconnaît une faculté de dédit unilatérale, ne peut être stipulée qu'en faveur du consommateur. Lorsque la faculté est bilatérale, la clause devrait produire ses effets, autorisant le professionnel à s'en prévaloir¹⁷³⁵.

333 Prohibition des conditions potestatives. La clause de dédit semble *a priori* heurter le principe de nullité des conditions potestatives énoncé par l'article 1304-2 du Code civil¹⁷³⁶. Une partie de la doctrine a déploré que le législateur ait repris la règle

la condition « qu'elle stipule le paiement d'une contrepartie à la charge de celui qui se dédit, sans quoi elle ouvrirait à son profit une condition résolutoire purement potestative, rendant nulle la vente elle-même (art. 1304-2) ».

¹⁷³⁰ En ce sens, v. JAHEL, Sélim, *La place de la Chari'a dans les systèmes juridiques des pays arabes*, Éd. Panthéon-Assas, 2012, p. 254. ; v. aussi AAOIFI, Norme charaïque n°54, art. 10.1

¹⁷³¹ BOYER, Louis, « La clause de dédit », *op. cit.*, p. 46.

¹⁷³² C. civ., art. 1171.

¹⁷³³ V. en ce sens CHANTEPIE, Gaël, « Clause de dédit » in BUY, Frédéric, LAMOUREUX, Marie, MESTRE, Jacques *et al.*, *Les principales clauses des contrats d'affaires*, 2e éd., LGDJ, 2018, paragr. 420, spéc. p. 210.

¹⁷³⁴ C. consom., art. R. 212-1, 8°.

¹⁷³⁵ La clause qui reconnaît au professionnel le droit de résilier le contrat sans délai de préavis est toutefois présumée abusive, C. consom., art. R212-2, 4°.

¹⁷³⁶ « Est nulle l'obligation contractée sous une condition dont la réalisation dépend de la seule volonté du débiteur. Cette nullité ne peut être invoquée lorsque l'obligation a été exécutée en connaissance de cause ».

de l'ancien article 1174 à l'occasion de la réforme du droit des contrats¹⁷³⁷. Le *khiyar al-shart* a été présenté comme une « *condition suspensive, purement potestative* »¹⁷³⁸. Il est vrai qu'à l'égard de son bénéficiaire, l'option stipulée agit comme une condition suspensive tant qu'elle n'est pas exercée. Elle a en revanche l'effet d'une condition résolutoire lorsque le titulaire de l'option décide d'anéantir le contrat. La clause de dédit a fait l'objet du même rapprochement avec la condition purement potestative¹⁷³⁹. La Cour de cassation a néanmoins admis sa validité y compris lorsque la faculté de dédit est conférée à titre gratuit¹⁷⁴⁰. Pour un auteur, le paiement d'une contrepartie par celui qui se dédit serait pourtant un élément nécessaire pour faire obstacle à la caractérisation d'une condition résolutoire purement potestative¹⁷⁴¹. Faut-il en déduire que la Haute juridiction a énoncé une solution *contra legem* ? L'assimilation de la clause de dédit à une condition potestative résulte d'une confusion entre condition potestative et droit potestatif¹⁷⁴². La nullité des conditions potestatives répond à un objectif de préservation de l'équilibre contractuel¹⁷⁴³. Il importe que l'obligation concernée par la condition ne soit pas subordonnée à la volonté du débiteur. Or, la clause de dédit n'affecte pas cet équilibre puisqu'elle met fin non pas à l'obligation de son bénéficiaire mais au contrat dans son ensemble¹⁷⁴⁴. En outre, la faculté de dédit ne saurait être qualifiée de condition puisqu'elle ne correspond pas à la définition de la notion. Au sens de de l'article 1304-2 du Code civil, la condition s'entend de la « *modalité de l'obligation subordonnant la formation ou la résolution de celle-ci à la survenance d'un événement futur et incertain* »¹⁷⁴⁵. La faculté de dédit se distingue de la condition parce qu'elle ne porte pas sur une modalité de l'obligation, mais sur un élément nécessaire à la formation du contrat, le consentement¹⁷⁴⁶. Elle confère à son titulaire un droit d'option, celui de mettre fin au contrat ou de le poursuivre, qui

¹⁷³⁷ Défavorable à la reconduction de la règle, v. DESHAYES, Olivier, GENICON, Thomas et LAITHIER, Yves-Marie, *Réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations*, 2^e éd., LexisNexis, 2018, p. 651 CHANTEPIE, Gaël et LATINA, Mathias, *La réforme du droit des obligations*, 2^e éd., Dalloz, 2018, paragr. 774. *Contra* CHÉNEDÉ, François, *Le nouveau droit des contrats et des obligations*, Dalloz, 2018, p. 190, spéc. paragr. 211.42.

¹⁷³⁸ LINANT DE BELLEFONDS, Yvon, *Traité de droit musulman comparé, Vol.1: Théorie générale de l'acte juridique*, Mouton et cie., 1965, paragr. 385.

¹⁷³⁹ V. à titre d'illustration CHANTEPIE, Gaël et LATINA, Mathias, *op. cit.*, paragr. 774.

¹⁷⁴⁰ Com., 30 oct. 2000, n°98-11.224, préc. note n°1727

¹⁷⁴¹ BÉNABENT, Alain, *Droit des contrats spéciaux civils et commerciaux*, 14^e éd., LGDJ, 2021, paragr. 115.

¹⁷⁴² Sur cette notion, v. ROCHFELD, Judith, « Les droits potestatifs accordés par le contrat » *in Mélanges Jacques Ghestin*, LGDJ, 2001, p. 747 et s.

¹⁷⁴³ En ce sens, v. BOYER, Louis, « La clause de dédit » *in op. cit.*, p. 50 ; GRANOTIER, Julien, « Le droit unilatéral de rompre le contrat: de la faculté de dédit à la clause de « *break-up fees* » », *D.* 2014.1960, spéc. paragr. 18.

¹⁷⁴⁴ *Ibid.*, p. 51 : « *Et il faut insister, à cet égard, sur le fait que, venant se greffer sur l'accord de volontés, la faculté de dédit concerne, bien plus globalement et directement le contrat lui-même, que l'obligation du bénéficiaire* ».

¹⁷⁴⁵ CORNU, Gérard (Dir.), *Vocabulaire juridique*, 13^e éd., 2020, V°Condition, spéc. 2, b/.

¹⁷⁴⁶ En ce sens, v. MAZEAUD, Denis, V°Clause de dédit *in op. cit.*, spéc. p. 154 ; COLLART DUTILLEUL, François, *Les contrats préparatoires à la vente d'immeuble*, Sirey, 1988, paragr. 208 et s.

appartient à la catégorie des droits potestatifs¹⁷⁴⁷. Un tel droit confère le « *pouvoir, pour son titulaire, d'influer sur une situation juridique préexistante en la modifiant, l'éteignant ou en en créant une nouvelle, par sa seule volonté unilatérale et sans que son partenaire, placé dans une position de totale sujétion, puisse y faire obstacle* »¹⁷⁴⁸. Plus précisément, s'agissant du droit d'option, le titulaire ne dispose pas d'un pouvoir aussi étendu puisqu'il ne peut s'exprimer que de manière limitée, soit par la ratification du contrat, soit par son anéantissement. Le Pr Mathias LATINA, sans contester la validité des clauses de dédit au regard de l'article 1304-2 du Code civil, critique la distinction opérée entre droits potestatifs et conditions potestatives. Il s'agirait pour lui d'arguties, les droits potestatifs n'étant « *rien d'autre que ce que la doctrine classique appelait des « conditions purement potestatives* »¹⁷⁴⁹.

334 L'effet suspensif de la clause de dédit en question. D'après un auteur, la stipulation d'une clause de dédit suspendrait les obligations des parties jusqu'à l'expiration du délai¹⁷⁵⁰. Cela s'expliquerait aisément si l'on considérait, en raison de la clause, que le contrat n'est véritablement formé qu'à l'échéance du droit d'option. Cette analyse ne convient toutefois qu'à la promesse unilatérale où seul le promettant s'est engagé. On la conçoit difficilement lorsque les deux parties ont manifesté leur consentement, mais que l'une d'elle s'est réservée, avec l'accord de l'autre, le droit de le rétracter¹⁷⁵¹. En ce sens, la Cour de cassation a affirmé que la faculté de dédit ne fait pas obstacle à la perfection de la vente¹⁷⁵², ce qui permet d'en déduire que le contrat est formé¹⁷⁵³. Partant, rien ne devrait s'opposer à ce qu'il produise ses effets. Certains auteurs ne partagent pas cet avis et prétendent que la faculté de dédit ne s'envisage

¹⁷⁴⁷ BOYER, Louis, « La clause de dédit » *in op. cit.*, p. 53. L'auteur considère d'ailleurs qu'il serait préférable de substituer l'expression d'option à celle « floue de faculté ».

¹⁷⁴⁸ ROCHFELD, Judith, « Les droits potestatifs accordés par le contrat » *in Mélanges Jacques Ghestin*, LGDJ, 2001, p. 747 et s., spéc. p. 748, paragr. 3.

¹⁷⁴⁹ LATINA, Mathias, V°Condition in MAZEAUD Denis, BOFFA Romain et BLANC Nathalie (dir.), *Dictionnaire du contrat*, LGDJ, 2018, p. 250, spéc. p.252. L'auteur reconnaît la validité des droits potestatifs dans la limite du déséquilibre significatif entre les droits et les obligations des parties ; V. aussi CHANTEPIE, Gaël et LATINA, Mathias, *La réforme du droit des obligations*, 2e éd., Dalloz, 2018, paragr. 774. : « *C'est se payer de mots que de considérer que les clause de dédit, les clauses de résiliation unilatérale, ou encore le réméré sont autre chose que des conditions purement potestatives. En d'autres termes, le droit positif pourchasse les conditions potestatives, mais valide généralement les droits potestatifs, et ce, alors même que ces deux « concepts » recouvrent des réalités identiques* ».

¹⁷⁵⁰ BOYER, Louis, « La clause de dédit » *in op. cit.*, p. 53.

¹⁷⁵¹ Pour un avis similaire, v. BUCHER, Charles-Edouard, « La clause de dédit », *Contrats, conc. consom.* 2020, form. 3.

¹⁷⁵² Civ. 1^{re}, 6 oct. 1965, n°62-13.460, *Bull. civ.* I, n°516.

¹⁷⁵³ En ce sens, v. CHANTEPIE, Gaël, « Clause de dédit » *in op. cit.*, paragr. 423 : « *La clause de dédit ne diffère pas la formation du contrat au non-exercice de la faculté concédée aux parties, elle leur offre la possibilité de revenir sur un contrat définitivement formé et, dans certaines hypothèses, déjà en cours d'exécution* », v. aussi FRASSON, Vanessa, *Les clauses de fin de contrat*, William Dross (dir.), thèse de doctorat, Université de Lyon III, 2014, spéc. paragr. 907.

qu'en l'absence d'exécution du contrat¹⁷⁵⁴. Au soutien de cette solution, on relève que le législateur suspend parfois la mise en œuvre du contrat quand il reconnaît un droit de rétractation à l'une des parties¹⁷⁵⁵. Il ne s'agit cependant pas d'un principe¹⁷⁵⁶ et rien ne justifie qu'il en soit ainsi quand la faculté de dédit est d'origine conventionnelle¹⁷⁵⁷. La mise en œuvre de la clause de dédit alors que le contrat a déjà reçu un commencement d'exécution est possible et donne lieu à des restitutions entre les parties. La limite concerne les ventes immobilières où la clause devient inefficace dès lors que les formalités de publicité ont été accomplies¹⁷⁵⁸.

335 Effet suspensif de l'option stipulée. La spécificité du *khiyar al-shart*, tel que l'envisage l'AAOIFI et les *fuqaha* hanéfites, est de suspendre les obligations du titulaire du droit d'option. Lorsque chacune des parties en est bénéficiaire, les effets du contrat sont différés. En droit français, si l'on considère que le contrat produit ses effets malgré l'existence de la faculté de dédit, les parties peuvent convenir de les reporter¹⁷⁵⁹. La difficulté survient lorsque le droit d'option n'est réservé qu'à une seule d'entre elles. Celle-ci voit ses obligations suspendues tant que demeure la faculté de dédit tandis que l'autre partie est tenue d'exécuter le contrat. Le risque est de voir le juge, nonobstant la distinction entre condition potestative et droit potestatif, considérer que la clause enfreint la règle de l'article 1304-2 du Code civil. Contrairement à la clause de dédit, le *khiyar al-shart* ne porte pas uniquement sur un élément de formation du contrat, mais aussi sur l'obligation de son titulaire en la suspendant. Cela explique qu'il ait pu être qualifié de « *condition suspensive purement potestative* »¹⁷⁶⁰. Pour autant, une telle assimilation est critiquable en ce que l'option stipulée ne conditionne pas la naissance de l'obligation qui existe déjà, mais ne devient exigible qu'à l'échéance du délai d'option. Ainsi, soit le titulaire de la faculté de dédit décide de s'en prévaloir et le contrat est anéanti, soit il y renonce et il doit alors exécuter son obligation. Dès lors

¹⁷⁵⁴ BOYER, Louis, « La clause de dédit » *in op. cit.*, p. 47 et p. 53 ; BUCHER, Charles-Edouard, *op. cit.*, 2. ; GRANOTIER, Julien, *op. cit.*, paragr. 11 ;

¹⁷⁵⁵ V à titre d'illustration, C. consom., art. L. 312-25 à propos des crédits à la consommation.

¹⁷⁵⁶ Le droit de rétractation reconnu au consommateur à l'occasion d'un contrat conclu à distance et hors établissement ne fait pas obstacle à son exécution. Le Code de la consommation envisage d'ailleurs le régime des restitutions, C. consom., art. L. 221-23 et s.

¹⁷⁵⁷ Considérant que la faculté de dédit peut être conciliée avec l'exécution du contrat v. FRASSON, Vanessa, *op. cit.*, paragr. 908 ; MIGNOT, Marc, JCl. Civil Code, Art. 1590, fasc. unique, paragr. 60 ; CHANTEPIE, Gaël, « Claude de dédit » *in op. cit.*, paragr. 423.

¹⁷⁵⁸ En ce sens, v. CHANTEPIE, Gaël, « Claude de dédit » *in op. cit.*, paragr. 423, spéc. p. 212.

¹⁷⁵⁹ S'agissant du transfert de propriété, l'article 1196 al. 2 du Code civil dispose que « ce transfert peut être différé par la volonté des parties »

¹⁷⁶⁰ LINANT DE BELLEFONDS, Yvon, *Traité de droit musulman comparé, Vol.1: Théorie générale de l'acte juridique*, Mouton et cie., 1965, paragr. 385.

que l'on estime que la clause de dédit n'enfreint pas le principe de la nullité des conditions potestatives, les parties devraient pouvoir convenir que le titulaire du droit d'option n'est tenu d'exécuter son obligation qu'à l'échéance du délai. Ainsi si l'on prend l'exemple où le *khiyar al-shart* est stipulé au profit de l'acheteur qui peut l'exercer dans un délai de trente jours après la conclusion du contrat, mais que le vendeur s'engage à délivrer la chose immédiatement, les parties sont libres de prévoir que le paiement interviendra trente jours après la délivrance de la chose. Le fondement n'est autre que le principe de la liberté contractuelle.

Pour prévenir tout risque de confusion avec la condition purement potestative, deux possibilités s'offrent aux parties désireuses de stipuler un *khiyar al-shart*. Elles peuvent d'abord se détacher de la doctrine hanéfite pour se référer aux auteurs hanbalites qui retiennent que l'option stipulée n'empêche pas le contrat de produire l'ensemble de ses effets. L'autre moyen consiste à reconnaître la faculté de dédit à chacune des parties et à différer la mise en œuvre du contrat à l'échéance du droit d'option. En revanche, si l'on considère que la faculté de dédit suspend, en droit français, la mise en œuvre du contrat, peu importe qu'elle soit unilatérale ou bilatérale.

336 Mise en œuvre de la clause de dédit. La faculté de dédit est qualifiée de droit discrétionnaire¹⁷⁶¹. Elle permet à son titulaire de l'exercer sans devoir motiver sa décision. Cela n'empêche pas le juge de contrôler que sa mise en œuvre ne dégénère pas en abus, le caractère discrétionnaire du droit d'option ne pouvant justifier l'atteinte au principe de l'exécution de bonne foi des contrats¹⁷⁶². Il a ainsi été jugé que la clause était privée d'efficacité lorsque l'exercice de la faculté de dédit n'avait pour autre finalité que de permettre à son bénéficiaire d'échapper aux conséquences de la violation de ses obligations contractuelles¹⁷⁶³. Le droit d'option peut s'exercer de manière tacite ou expresse¹⁷⁶⁴. La renonciation à la faculté de dédit a ainsi pu être déduite du comportement de son titulaire qui a toléré que l'acquéreur modifie la chose et paye les impôts fonciers avant la réitération par acte authentique¹⁷⁶⁵. Il apparaît préférable, en cas de dédit, de conditionner son efficacité à la notification par le bénéficiaire de sa

¹⁷⁶¹ BOYER, LOUIS, « La clause de dédit » *in op. cit.*, p.54 CHANTEPIE, Gaël, « Clause de dédit » *in op. cit.*, paragr. 422 ; GRANOTIER, Julien, *op. cit.*, spéc. paragr. 17 et s. ; HUMANN, Claire, « La spécificité de la clause de dédit », *RDI* 1997.169.

¹⁷⁶² C. civ., art. 1104.

¹⁷⁶³ Civ. 1^{re}, 10 sept. 2014, n°13-22.722 et 13-23.409.

¹⁷⁶⁴ BOYER, Louis, « La clause de dédit » *in op. cit.*, p. 54 ; MIGNOT, Marc, *op. cit.*, paragr. 64.

¹⁷⁶⁵ Civ. 3^e, 28 janv. 1971, n°69-13.366, Bull. civ. III, n°67.

décision à l'autre partie, de préférence par lettre recommandée avec accusé de réception. Si cela permet de lever toute ambiguïté, rien n'empêche toutefois que l'exercice du dédit soit tacite¹⁷⁶⁶.

337 Validité du *khiyar al-shart* en droit français. Les parties devraient pouvoir assortir leur accord d'une option stipulée en s'inspirant du modèle de la clause de dédit. La jurisprudence admettant que la faculté de dédit puisse être conférée à titre gratuit, la clause ne devrait pas tomber sous le coup de la prohibition des conditions purement potestatives. La validité de ces clauses tend à démontrer le caractère désuet de l'article 1304-2 du Code civil, des auteurs y percevant même de la schizophrénie¹⁷⁶⁷. On ne peut en effet nier la proximité évidente entre les clauses de dédit et la notion de condition potestative. Le législateur a cependant jugé utile de réaffirmer la nullité de obligations contractées sous de telles conditions malgré les critiques à l'encontre de la notion. Les conditions potestatives imposées par un rapport de force peuvent être éliminées au moyen des dispositions sanctionnant le déséquilibre significatif entre les droits et obligations des parties¹⁷⁶⁸. Il n'était ainsi pas judicieux de reconduire une règle polémique. La faculté de dédit conventionnelle, quand elle profite à la partie faible, présente certaines vertus. Elle lui permet notamment de réfléchir sur la portée de son engagement, ce qui explique que le législateur lui reconnaisse parfois un droit légal de rétractation¹⁷⁶⁹. La clause peut en outre servir à étendre le délai de ces droits. Lorsque les relations des parties s'inscrivent dans un rapport d'égalité, la clause de dédit ne devrait soulever aucune difficulté. Plus qu'elle ne heurte le principe de la force obligatoire des contrats, elle doit au contraire recevoir application en vertu de ce principe. Le *khiyar al-shart* est ainsi transposable en droit français en stipulant une clause de dédit et il trouve parfois écho à travers les délais légaux de rétractation. Le constat de cette compatibilité s'étend aux autres options conventionnelles.

¹⁷⁶⁶ Pour une illustration v. Reims, ch. civ., 1re sect., 2 juin 2009 : JurisData n° 2009-379716. Dans cette affaire, l'usage tacite de la faculté de dédit a été déduit de courriers contradictoires envoyés par l'acheteur dans lesquels il demande tantôt la restitution des arrhes, tantôt l'exécution du contrat.

¹⁷⁶⁷ CHANTEPIE, Gaël et LATINA, Mathias, *La réforme du droit des obligations*, 2e éd., Dalloz, 2018, paragr. 774.

¹⁷⁶⁸ C. civ., art. 1171 ; C. com, art. L 442-1 ; C. consom, art. L 212-1 et s.

¹⁷⁶⁹ V. à titre d'illustration, CCH, art L. 271-1 et s. ; C consom., art. L. 221-18 et s., L. 222-7 et s., L. 312-25.

II] Les options conventionnelles secondaires

338 Plan. Outre le *khiyar al-shart*, l'AAOIFI reconnaît la validité de deux autres options conventionnelles malgré l'absence de consensus des *madhâhib* à leur sujet. La première, l'option pour défaut de paiement, permet à l'une des parties de résoudre le contrat lorsque l'autre n'exécute pas son obligation de payer (A). La seconde, l'option de désignation, se rapproche davantage du *khiyar al-shart*. Elle confère à son titulaire la faculté de choisir une chose parmi plusieurs déterminées par avance ou de résoudre le contrat (B).

A) L'option pour défaut de paiement

339 Définition. Le *khiyar al-naqd* s'entend de l'option stipulée en faveur du créancier d'une obligation monétaire lui permettant, en cas d'inexécution à la date convenue, de résoudre le contrat¹⁷⁷⁰. Il est parfois présenté comme une forme particulière du *khiyar al-shart*¹⁷⁷¹, bien que contrairement à ce dernier sa mise en œuvre ne dépende pas de la volonté du bénéficiaire de l'option mais de l'absence de paiement de l'acheteur.

340 Fondements. A considérer que le *khiyar al-naqd* est un variété d'option stipulée, les arguments invoqués pour retenir la validité de l'une peuvent être transposés à l'autre. L'AAOIFI rappelle qu'il s'agit de la position adoptée par les hanéfites, les malékites et les hanbalites qui reconnaissent la licéité de l'option pour défaut de paiement sur la base du *qiyas*¹⁷⁷². L'option se justifie en outre par l'intérêt qu'elle présente pour les parties. Pour le vendeur, elle lui offre la faculté d'anéantir le contrat au cas où l'acheteur n'exécute pas son obligation à l'échéance du terme convenu. Il semble, mais la norme de l'AAOIFI est ambiguë, que l'option puisse être stipulée en faveur de l'acheteur. Cette possibilité se déduit de l'annexe B accompagnant la norme

¹⁷⁷⁰ AAOIFI, Norme charaïque n°52, art. 3.1. Dans la version officielle en français de la norme, l'option n'est envisagée qu'en faveur du « vendeur ou du bailleur ». La version anglaise énonce cependant que le vendeur et l'acheteur peuvent en être bénéficiaires. Classiquement, les auteurs ne mentionnent que la première possibilité, v. AMKHANN, Adnan, « Termination for Breach in Arab Contract Law », *Arab Law Quarterly* 1995, n°1, p. 18 ; WOHIDUL Islam, Muhammad, « Dissolution of Contract in Islamic Law », *Arab Law Quarterly* 1998, n°4, p. 336-368.

¹⁷⁷¹ AL-ZUHAYLI, Wahbah, EL-GAMAL, Mahmoud (Trad.), *Financial transactions in Islamic jurisprudence*, vol. 1, Dar Al-Fikr, 2001, p. 169.

¹⁷⁷² AAOIFI, Norme charaïque n°52, Annexe B.

qui précise que l'option permet à l'acheteur de s'assurer de sa capacité de paiement. Si une telle faculté peut surprendre à l'aune de la définition de l'option, elle se conçoit dès lors que l'on admet qu'il s'agit d'une forme de *khiyar al-shart*. Les ottomans ont consacré l'option pour défaut de paiement aux articles 313 et suivants de la *Medjellé* dont la rédaction peut laisser suggérer que chacune des parties puisse l'exercer¹⁷⁷³.

341 Conditions de validité. L'option ne s'envisage que dans les contrats où il est admis que le paiement puisse être différé. En conséquence, elle est exclue du contrat *salam* et du contrat de change qui supposent pour leur formation le paiement immédiat du prix¹⁷⁷⁴. Traditionnellement, le délai du *khiyar al-naqd* était limité à trois jours, notamment chez les juristes hanéfites et hanbalites¹⁷⁷⁵. Les rédacteurs de la *Medjellé*, pourtant d'obédience hanéfite, n'ont pas repris cette règle, laissant aux parties la faculté de déterminer le terme à l'issue duquel l'option peut être exercée¹⁷⁷⁶. Elle est encore absente de la norme n°52 de l'AAOIFI qui énonce que « *le vendeur a le droit de résoudre le contrat si l'acheteur ne paye pas dans le délai déterminé* »¹⁷⁷⁷. Le maintien de la limite aurait eu pour conséquence de priver le *khiyar al-naqd* de tout intérêt puisqu'il aurait été préférable pour les parties de stipuler un *khiyar al-shart* dont la durée n'est pas restreinte.

342 Effet de l'option pour défaut de paiement. A l'instar des autres options, le *khiyar al-naqd* confère à son bénéficiaire la faculté de résoudre le contrat en cas de non-paiement du prix¹⁷⁷⁸. Un auteur rapporte toutefois que, selon les doctrines hanéfite et hanbalite, le contrat est anéanti dès lors que le paiement n'est pas intervenu dans le délai convenu¹⁷⁷⁹. Le terme « d'option » serait alors impropre pour désigner le *khiyar al-naqd* qui s'apparenterait davantage à une clause résolutoire expresse. Le caractère automatique de la résolution n'est pas mentionné dans la *Medjellé*. Certes l'article 313 de ce code dispose que « *faute de paiement au terme convenu, la vente sera résiliée* »,

¹⁷⁷³ *Medjellé*, art. 313 : « *Les parties contractantes peuvent valablement convenir d'un terme pour le paiement du prix, avec la condition que, faute de paiement au terme convenu, la vente sera résiliée. C'est ce qu'on appelle Hiar-i-nakd* » ; art. 314 : « *La vente faite sous la condition de l'article précédent devient annulable, si l'acheteur ne paie pas le prix dans le délai convenu* ».

¹⁷⁷⁴ AAOIFI, Norme charaïque n°52, art. 3.2.

¹⁷⁷⁵ AL-ZUHAYLI, Wahbah, EL-GAMAL, Mahmoud (Trad.), *op. cit.*, p. 169 et s. ; CHÉHATA, Chafik, *Théorie générale de l'obligation en droit musulman hanéfite*, Sirey, 1969, paragr. 207.

¹⁷⁷⁶ *Medjellé*, art. 313 et 314, préc.

¹⁷⁷⁷ AAOIFI, Norme charaïque n°52, art. 3.3.

¹⁷⁷⁸ *Ibid.*

¹⁷⁷⁹ AL-ZUHAYLI, Wahbah, EL-GAMAL, Mahmoud (Trad.), *op. cit.*, p. 170.

mais l'article suivant ajoute que la « *vente devient annulable*¹⁷⁸⁰ *si l'acheteur ne paye pas le prix dans le délai convenu* ». L'AAOIFI retient un principe similaire, le bénéficiaire de l'option ayant « *le droit* » de résoudre le contrat¹⁷⁸¹. La formulation du texte écarte toute automaticité de la résolution.

343 Extinction du droit d'option. La norme de l'AAOIFI relative au *khiyar al-naqd* ne fait état que de la mort du bénéficiaire comme cause d'extinction du droit d'option. Cela s'entend si l'on considère que seul le créancier de l'obligation de payer le prix peut être titulaire de l'option. Il existe en revanche plusieurs hypothèses où l'option disparaît si l'on admet qu'elle puisse être étendue au débiteur de l'obligation. Il en est ainsi s'il dispose de la chose ou si elle est détériorée, soit de son fait, soit du fait d'un tiers. Le contrat devient alors *lazîm* et le créancier peut réclamer l'exécution forcée de l'obligation¹⁷⁸².

344 Résolution du contrat pour inexécution. Dans le *fiqh*, l'inexécution d'une obligation monétaire n'entraîne la résolution du contrat que si le *khiyar al-naqd* a été stipulé¹⁷⁸³. Le principe est, en l'absence d'une telle clause, que le contrat est susceptible de faire l'objet d'une exécution forcée, ce qui rend inutile de l'anéantir¹⁷⁸⁴. En droit français, le créancier d'une obligation peut obtenir la résolution de l'acte dès lors que le débiteur ne respecte pas son engagement. Elle figure parmi les cinq sanctions de l'inexécution, cumulables entre elles sous réserve qu'elles ne soient pas incompatibles, reconnues par l'article 1217 du Code civil. Lorsque l'inexécution est suffisamment grave, elle peut être soit unilatérale soit judiciaire¹⁷⁸⁵. L'obligation de payer le prix étant essentielle¹⁷⁸⁶, son inexécution suffit à caractériser la gravité exigée pour justifier l'anéantissement du contrat. Il n'est ainsi pas nécessaire de stipuler une clause résolutoire comme en droit islamique, bien que cela présente un intérêt.

¹⁷⁸⁰ Nous soulignons. La rédaction du texte suggère l'absence de caractère automatique de l'anéantissement du contrat.

¹⁷⁸¹ AAOIFI, Norme charaïque n°52, art. 3.3.

¹⁷⁸² AL-ZUHAYLI, Wahbah, EL-GAMAL, Mahmoud (Trad.), *op. cit.*, p. 170.

¹⁷⁸³ Sur l'absence de la résolution pour inexécution en droit islamique, v. WOHIDUL Islam, Muhammad, « Dissolution of Contract in Islamic Law », *Arab Law Quarterly* 1998, n°4, spéc. p. 358.

¹⁷⁸⁴ CHÉHATA, Chafik, *Théorie générale de l'obligation en droit musulman hanéfite*, Sirey, 1969, paragr. 56 et s.207.

¹⁷⁸⁵ C. civ., art. 1224.

¹⁷⁸⁶ V. à propos du contrat de vente, C. civ., art. 1650 : « *La principale obligation de l'acheteur est de payer le prix au jour et au lieu réglés par la vente* ».

345 Le *khiyar al-naqd* : Une clause résolutoire. Les parties peuvent toujours décider d'assortir leur accord d'une clause résolutoire pour transposer l'option pour défaut de paiement. Le *khiyar al-naqd* s'apparente en effet à une telle clause en ce qu'il permet l'anéantissement du contrat si le paiement n'intervient pas à l'issue du terme convenu. Afin de préserver le droit d'option, il serait préférable que les parties ne prévoient pas que la résolution intervienne *de plano*. En principe, l'efficacité de la clause résolutoire est soumise à la mise en demeure préalable du débiteur de l'obligation, bien que les parties puissent y déroger¹⁷⁸⁷. La clause présente en outre l'intérêt de permettre d'aménager les effets de la résolution. Antérieurement à la réforme du droit du contrat, il était admis que la résolution entraînait l'anéantissement rétroactif du contrat qui était réputé n'avoir jamais existé¹⁷⁸⁸. L'article 1229 du Code civil dispose désormais qu'elle « *met fin au contrat* » et abandonne le principe rétroactivité¹⁷⁸⁹. Or, la résolution du contrat résultant d'une option pour défaut de conformité a un caractère rétroactif. Au moyen de la clause résolutoire, les parties peuvent rétablir le principe pour se conformer aux règles du *fiqh*¹⁷⁹⁰. Il convient de rappeler que pour être valide, la clause résolutoire doit préciser les engagements sur lesquels elle porte afin qu'elle soit dépourvue d'équivocité¹⁷⁹¹.

346 Limites à la validité de la clause résolutoire. Le législateur a parfois jugé utile de restreindre l'efficacité des clauses résolutoires dans certains domaines. Il en est ainsi en matière de bail commercial où la résiliation du contrat ne peut intervenir qu'un mois après un commandement demeuré infructueux¹⁷⁹². La règle est similaire s'agissant des baux d'habitation, à la différence que le délai est de deux mois¹⁷⁹³. En dehors du contrat de bail, on retrouve le principe dans la vente d'immeuble à construire, la clause résolutoire ne produisant effet qu'un mois après la mise en demeure infructueuse¹⁷⁹⁴. Il est encore présent en matière de contrat d'assurance, l'assureur ne pouvant mettre fin au contrat que quarante jours après qu'il ait mis en demeure l'assuré de payer la

¹⁷⁸⁷ C. civ., art. 1225 al .2

¹⁷⁸⁸ V. à titre d'illustration, Com., 12 oct. 1982, n°81-10.984, *Bull. civ. IV*, n°309: *JCP* 1984.II.20166, note Signoret.

¹⁷⁸⁹ Le rapport au Président de la République motive l'abandon du principe par les conséquences de la rétroactivité qui engendre des restitutions, v. Rapport au Président de la République relatif à l'ordonnance n° 2016-131 du 10 février 2016 portant réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations : *JO*, 11 février 2016, n°0035, texte n°25.

¹⁷⁹⁰ *Ibid.*

¹⁷⁹¹ C. civ., art. 1225, al. 1^{er}.

¹⁷⁹² C. com., art. L. 145-41.

¹⁷⁹³ L. n° 89-462 du 6 juillet 1989 tendant à améliorer les rapports locatifs et portant modification de la loi n° 86-1290 du 23 décembre 1986, art. 24, I

¹⁷⁹⁴ CCH, art. L. 261-13.

prime¹⁷⁹⁵. La Cour de cassation a jugé que toute clause qui prévoit un délai inférieur aux dispositions d'ordre public est nulle dans son intégralité¹⁷⁹⁶.

347 Absence de déséquilibre significatif. La clause résolutoire s'inspirant du *khiyar al-naqd* ne devrait pas voir sa validité contestée au motif qu'elle générerait un déséquilibre entre les droits et obligations des parties. Elle se contente d'encadrer la résolution du contrat lorsque l'une des parties n'exécute pas son obligation principale. Ainsi, si l'on se réfère à la liste noire des clauses abusives, l'option pour défaut de paiement ne restreint pas les droits de l'une des parties, pas plus qu'elle ne confère de prérogatives supplémentaires à l'autre¹⁷⁹⁷. Le constat est identique s'agissant des clauses de la liste grise, l'option ne soumet pas « *la résolution ou la résiliation du contrat à des conditions ou modalités plus rigoureuses pour le consommateur que pour le professionnel* »¹⁷⁹⁸. En conséquence, la clause résolutoire reprenant le *khiyar al-naqd* ne s'avère pas contraire aux dispositions de l'article L. 212-1 du Code de la consommation, pas plus qu'à celles de l'article 1171 du Code civil ou de l'article L. 442-1 du Code de commerce.

Il s'avère ainsi possible de transposer en droit français le *khiyar al-naqd*, et ce d'autant plus que la jurisprudence rappelle que la stipulation d'une clause résolutoire n'empêche pas le créancier insatisfait de préférer l'exécution forcée du contrat¹⁷⁹⁹, lui conférant ainsi un véritable droit d'option. La réception de l'option de désignation s'avère en revanche plus complexe.

B) L'option de désignation

348 Définition. Le *khiyar al-ta'yin* est décrit par l'AAOIFI comme « *le droit de l'acheteur de désigner parmi les choses mentionnées dans le contrat, celle qui lui*

¹⁷⁹⁵ C. assur., art. L. 113-3, al. 2 et 3.

¹⁷⁹⁶ Civ. 3^e, 8 déc. 2010, n°09-16.939, *Bull. civ. III*, n°215 ; D. 2011.9, obs. Y. Rouquet ; D. 2011.1786, spéc. p. 1792, obs. M.-P. Dumont-Lefrand ; *AJDI* 2011. 362, obs. M.-P. Dumont-Lefrand ; *AJDI* 2011. 519, obs. J.-P. Blatter ; *RTD com.* 2011. 316, obs. F. Kendérian ; *JCP* 2011. 239, note H. Kenfack ; *Ibid.* 63, note P. Grosser ; *Loyers et copr.* 2011. Comm. 45, obs. Chavance ; *Rev. loyers* 2011. 14, obs. Lebel ; *Administrer* 2/2011. 22, note Barbier ; *Dr. et pr.* 2011. 95, obs. Schütz ; *Gaz. Pal. Rec.* 2011. 1. 974, obs. Ch.-É. Brault. La clause résolutoire avait été stipulée dans un contrat de bail commercial et prévoyait un délai de quinze jours.

¹⁷⁹⁷ La clause reproduisant le *khiyar al-naqd* ne contredit aucune des dispositions de l'article R. 212-1 du Code de la consommation, spéc. 6° à 11°

¹⁷⁹⁸ C. consom., art. R. 212-2.

¹⁷⁹⁹ Civ. 3^e, 27 avr. 2017, n°16-13.625, *Bull. civ. III*, n°52 ; D. 2017. 1595, note Tirel ; *ibid.* 1572, obs. Dumont-Lefrand ; *RTD civ.* 2017. 854, obs. Barbier ; *RTD com.* 2017. 291, obs. Monéger ; *RDC* 2017. 455, note Seube.

convient, et ce durant une durée déterminée »¹⁸⁰⁰. Il s'agit, plus précisément, d'une option stipulée que les hanéfites considèrent comme une variété du *khiyar al-shart* et étudient comme tel¹⁸⁰¹. Elle permet à son bénéficiaire, soit de ratifier le contrat en choisissant une chose parmi plusieurs déterminées par avance, soit de le résoudre en n'en désignant aucune. Bien que la norme de l'AAOIFI ne vise que l'acheteur en tant que titulaire de l'option, il est classiquement admis, à l'instar du *khiyar al-naqd*, que l'option puisse être stipulée en faveur du vendeur¹⁸⁰². Cette possibilité surprend au regard de la règle qui veut que la partie qui ne bénéficie pas de l'option doive exécuter son obligation¹⁸⁰³. L'acheteur doit-il le prix de l'ensemble des choses ou de la plus chère d'entre elles ? Les auteurs, peut-être par embarras, n'évoquent pas la question. Dans cette hypothèse, il serait préférable de considérer que l'obligation de l'acheteur ne naît qu'à la suite du choix effectué par le vendeur.

349 Fondement. Il est indéniable que l'option de désignation déroge à la prohibition du *gharar* imposant que les prestations des parties soient déterminées avec précision. Pour cette raison, elle est rejetée par les juristes hanbalites et shaféites malgré sa proximité avec le *khiyar al-shart*¹⁸⁰⁴. A l'inverse, les malékites et les hanéfites reconnaissent la licéité du *khiyar al-ta'yin* nonobstant sa contrariété à une règle cardinale du droit des contrats. Une telle atteinte ne devrait en principe être tolérée qu'au motif qu'une norme sacrée l'autorise. Pourtant, contrairement à l'option stipulée, les *fuqaha* ne peuvent se référer à aucun hadith, pas plus que la licéité du *khiyar al-ta'yin* ne peut être déduite du raisonnement par analogie¹⁸⁰⁵. Il n'est alors admis que pour des considérations d'équité sur le fondement de l'*istihsan* parce qu'il confère à l'une des parties une protection contre un éventuel préjudice en lui permettant de s'assurer de choisir la chose qui lui convienne le mieux¹⁸⁰⁶. L'exemple classique est celui de la personne impotente qui, ne pouvant se rendre au marché, fait acheter par

¹⁸⁰⁰ AAOIFI, Norme charaïque n°52, art. 4.1.1.

¹⁸⁰¹ LINANT DE BELLEFONDS, Yvon, *Traité de droit musulman comparé, Vol.1: Théorie générale de l'acte juridique*, Mouton et cie., 1965, paragr. 403 COMAIR-OBEID, Nayla, *Les contrats en droit musulman des affaires*, Economica, 1995, p. 79.

¹⁸⁰² AL-ZUHAYLI, Wahbah, EL-GAMAL, Mahmoud (Trad.), *Financial transactions in Islamic jurisprudence*, vol. 1, Dar Al-Fikr, 2001, p. 171 ; LINANT DE BELLEFONDS, Yvon, *op. cit.*, paragr. 405, spéc. p. 326.

¹⁸⁰³ Sur ce principe v. LINANT DE BELLEFONDS, Yvon, *op. cit.*, paragr. 409.

¹⁸⁰⁴ AL-ZUHAYLI, Wahbah, EL-GAMAL, Mahmoud (Trad.), *op. cit.*, p. 171 ; LINANT DE BELLEFONDS, Yvon, *op. cit.*, paragr. 404.

¹⁸⁰⁵ COMAIR-OBEID, Nayla, *Les contrats en droit musulman des affaires*, Economica, 1995, p. 78. *Contra* AAOIFI, Norme charaïque n°52, Annexe B, l'institution fonde la validité de l'option de désignation sur l'analogie avec le *khiyar al-shart*.

¹⁸⁰⁶ AL-ZUHAYLI, Wahbah, EL-GAMAL, Mahmoud (Trad.), *op. cit.*, p. 171 ; LINANT DE BELLEFONDS, Yvon, *op. cit.*, paragr. 404.

une autre deux ou trois choses en stipulant un *khiyar al-ta'yin*. Il lui sera ainsi loisible de désigner l'une d'entre elles ou d'anéantir le contrat. Dans une telle éventualité, l'option ne contredit pas l'esprit de la prohibition du *gharar* en ce qu'elle assure la réalisation de la justice commutative.

350 Conditions de validité. Le *khiyar al-ta'yin* appartenant à la catégorie des options conventionnelles, il est nécessaire qu'il ait été stipulé¹⁸⁰⁷. Il ne concerne que les contrats translatifs de propriété conclus à titre onéreux¹⁸⁰⁸. Les auteurs classiques n'admettent l'option que si elle limite le choix à un maximum de trois choses¹⁸⁰⁹. L'AAOIFI se montre plus libérale et ne fixe, expressément du moins, aucune limite à ce sujet¹⁸¹⁰. Les hanéfites justifient la restriction au motif que les choses doivent être de qualité différente afin d'être réparties en trois catégories : haute, moyenne ou basse qualité¹⁸¹¹. Les malékites semblent quant à eux admettre que les trois choses soient de qualité identique puisque les parties peuvent ne stipuler qu'un prix global, sans détailler celui de chacune des choses¹⁸¹². L'AAOIFI réalise une synthèse de la doctrine de ces deux écoles. Les choses peuvent être de qualité identique ou différente, mais il convient, dans cette seconde hypothèse, de préciser le prix de chacune d'elles¹⁸¹³. La question du délai est source de divergences parmi les auteurs qui reconnaissent la validité de l'option de désignation. Les malékites reprennent sur ce point la position qui est la leur s'agissant de l'option stipulée en reconnaissant le droit aux parties de déterminer la durée de l'option. Les hanéfites sont divisés, certains partagent l'avis des malékites tandis que d'autres limitent le délai à trois jours à l'instar du *khiyar al-shart*¹⁸¹⁴. L'avis des premiers a prévalu parmi les rédacteurs des normes de l'AAOIFI, le délai de l'option peut être librement déterminé par les parties¹⁸¹⁵.

¹⁸⁰⁷ AAOIFI, Norme charaïque n°52, art. 4.1.1.

¹⁸⁰⁸ LINANT DE BELLEFONDS, Yvon, *op. cit.*, paragr. 405 COMAIR-OBEID, Nayla, *op. cit.*, p. 79.

¹⁸⁰⁹ *Ibid.*

¹⁸¹⁰ Dans la version française des normes de l'organisation, il est spécifié que le choix s'effectue « *parmi les choses mentionnées* ». En langue anglaise, le texte suppose un principe similaire : « *Either-or options entitle the buyer to conclude the contract to 4/1/1 Either-or options entitle the buyer to conclude the contract to purchase one or more item out of several items specified by purchase one or more item out of several items specified by the contract during a stipulated period of time* » ; v. AAOIFI, Norme charaïque 52, art. 4.1.1.

¹⁸¹¹ AL-ZUHAYLI, Wahbah, EL-GAMAL, Mahmoud (Trad.), *op. cit.*, p. 171 ; COMAIR-OBEID, Nayla, *op. cit.*, p. 79.

¹⁸¹² LINANT DE BELLEFONDS, Yvon, *Traité de droit musulman comparé, Vol.1: Théorie générale de l'acte juridique*, Mouton et cie., 1965, paragr. 405 COMAIR-OBEID, Nayla, *op. cit.*, p. 79.

¹⁸¹³ AAOIFI, Norme charaïque n°52, art. 4.1.2.

¹⁸¹⁴ LINANT DE BELLEFONDS, Yvon, *op. cit.*, paragr. 405 COMAIR-OBEID, Nayla, *op. cit.*, p. 79.

¹⁸¹⁵ AAOIFI, Norme charaïque n°52, art. 4.1.3.

351 Effets de l'option stipulée en faveur de l'acheteur. Les juristes musulmans distinguent selon que le *khiyar al-ta'yin* a été stipulé en faveur de l'acheteur ou du vendeur. Dans la première hypothèse, le contrat n'est pas obligatoire à l'égard de l'acheteur qui, en conséquence, ne doit pas payer le prix. Il reçoit en revanche la propriété de l'une des choses puisque la prestation de l'autre partie n'est pas concernée par l'effet suspensif de l'option¹⁸¹⁶. La particularité de l'option de désignation stipulée au profit de l'acheteur réside dans ce transfert de propriété d'une chose indéterminée. L'AAOIFI rappelle ce principe dans la norme n°52 : « *l'option de désignation discrétionnaire établit un droit de propriété en faveur de l'acheteur qui porte sur l'une des choses objet de l'option sans en désigner aucune* »¹⁸¹⁷. Cela ne fait pas obstacle à ce que l'acheteur prenne possession de l'ensemble des choses susceptibles de désignation¹⁸¹⁸. Si l'une d'elles vient à périr, elle constitue alors l'objet de la vente qui devient obligatoire pour l'ensemble des parties¹⁸¹⁹. Lorsque la perte concerne plusieurs choses, il convient de distinguer si elle a été simultanée ou successive. Dans le premier cas, l'acheteur est redevable d'une partie du prix de chacune des choses, à proportion de leur nombre. Ainsi, si trois choses ont péri, il doit au vendeur un tiers du prix de chacune d'elles. Dans le second cas, la première chose qui a péri constitue l'objet du contrat et on applique la règle précédente pour les autres¹⁸²⁰. L'acheteur n'est toutefois tenu au paiement d'aucune des choses si la perte est imputable au vendeur¹⁸²¹. Si la perte intervient avant la prise de possession, la vente est résolue lorsqu'elle est totale, mais le vendeur conserve le droit d'option sur les choses subsistantes quand elle n'est que partielle. Tout acte de l'acheteur sur l'une de choses équivaut à sa désignation¹⁸²².

352 Effet de l'option stipulée en faveur du vendeur. Dans l'hypothèse, plus rare, où l'option profite au vendeur, le transfert de propriété est exclu, bien que l'acheteur puisse prendre possession des choses. La vente étant *gayr lazim* pour le vendeur mais obligatoire pour l'acheteur, ce dernier est en principe tenu de réaliser sa prestation.

¹⁸¹⁶ AL-ZUHAYLI, Wahbah, EL-GAMAL, Mahmoud (Trad.), *op. cit.*, p. 172, LINANT DE BELLEFONDS, Yvon, *op. cit.*, paragr. 409.

¹⁸¹⁷ AAOIFI, Norme charaïque n°52, art. 4.2.1.

¹⁸¹⁸ *Ibid.* ; LINANT DE BELLEFONDS, Yvon, *op. cit.*, paragr. 409 COMAIR-OBEID, Nayla, *Les contrats en droit musulman des affaires*, Economica, 1995, p. 80.

¹⁸¹⁹ AAOIFI, Norme charaïque n°52, art. 4.2.1 ; AL-ZUHAYLI, Wahbah, EL-GAMAL, Mahmoud (Trad.), *op. cit.*, p. 172 ; LINANT DE BELLEFONDS, Yvon, *op. cit.*, paragr. 408.

¹⁸²⁰ *Id.*

¹⁸²¹ AAOIFI, Norme charaïque n°52, art. 4.2.2.

¹⁸²² *Ibid.*, art. 4.2.4.

Cela suscite les interrogations déjà évoquées en raison de l'indétermination de l'objet du contrat et, partant, de l'obligation de l'acheteur¹⁸²³. A l'instar des autres options, la mise en œuvre du *khiyar al-ta'yin* a pour effet soit de confirmer le contrat, soit de le résoudre selon le choix discrétionnaire du vendeur. La désignation de la chose rétroagit au moment de la formation du contrat en lui conférant un objet précis. L'acheteur est alors tenu de restituer au vendeur les choses dont il aurait pu prendre possession mais qu'il n'a pas désignées¹⁸²⁴.

353 Extinction de l'option. L'absence de décision du bénéficiaire de l'option au cours du délai imparti implique-t-elle la résolution la vente ? Un auteur rapporte à ce sujet que les avis des malékites et des hanéfites divergent¹⁸²⁵. Les premiers retiennent que l'abstention conduit à l'anéantissement du contrat tandis que les seconds la tiennent pour une confirmation obligeant le bénéficiaire de l'option à faire un choix. L'AAOIFI a consacré la doctrine des hanéfites en imposant à l'acheteur de procéder à la désignation d'une chose à l'échéance du délai convenu entre les parties¹⁸²⁶. Le *khiyar al-ta'yin* n'est pas affecté par le décès de son bénéficiaire car il établit, d'après les *fuqaha*, un droit réel¹⁸²⁷.

354 Rapprochement avec l'obligation alternative. Chéhata assimile le *khiyar al-ta'yin* à une obligation alternative dans un contrat affecté d'une condition potestative tacite¹⁸²⁸. Un autre auteur conteste cet avis au motif que le débiteur d'une obligation alternative ne peut décider d'anéantir le contrat¹⁸²⁹. Il concède toutefois que l'option de désignation « recèle une condition potestative tacite »¹⁸³⁰. Pour autant, le rapprochement du *khiyar al-ta'yin* et de l'obligation alternative s'avère pertinent dans la perspective de la transposition du premier en droit français. Aux termes de l'article 1307 du Code civil, « l'obligation est alternative lorsqu'elle a pour objet plusieurs prestations et que l'exécution de l'une d'elles libère le débiteur ». A l'aune de cette définition, on ne saurait nier la proximité de la notion avec l'option de désignation.

¹⁸²³ V. *supra*.

¹⁸²⁴ LINANT DE BELLEFONDS, Yvon, *Traité de droit musulman comparé, Vol.1: Théorie générale de l'acte juridique*, Mouton et cie., 1965, paragr. 409.

¹⁸²⁵ *Ibid.*, paragr. 406.

¹⁸²⁶ AAOIFI, Norme charaïque n°52, art. 4.2.3.

¹⁸²⁷ *Ibid.*, Annexe B ; v. aussi LINANT DE BELLEFONDS, Yvon, *op. cit.*, paragr. 407.

¹⁸²⁸ CHÉHATA, Chafik, *Théorie générale de l'obligation en droit musulman hanéfite*, Sirey, 1969, paragr. 43.

¹⁸²⁹ LINANT DE BELLEFONDS, Yvon, *op. cit.*, paragr. 403.

¹⁸³⁰ *Ibid.*, paragr. 409.

Dans l'une comme dans l'autre, l'une des parties dispose de la faculté de déterminer l'objet de l'obligation parmi plusieurs prestations convenues. A cet égard, l'article 1307 du Code civil marque une évolution puisque l'article 1189 adoptait une conception duale de l'obligation alternative¹⁸³¹.

La notion diffère *a priori* du *khiyar al-ta'yin* en ce que l'option appartient en principe au débiteur de l'obligation¹⁸³². Les *fuqaha* admettent que le débiteur puisse se réserver l'option, bien qu'elle soit stipulée en faveur du créancier la plupart du temps. Les parties devraient pouvoir déroger au principe en conférant au créancier le droit de déterminer la prestation. D'abord, parce que comme l'affirme le rapport au Président de la République, les dispositions de l'ordonnance du 10 février 2016 sont généralement supplétives de volonté. Or, rien ne laisse penser que l'article 1307-1 al. 1^{er} du Code civil revêt un caractère impératif. La possibilité de conférer l'option au créancier peut se déduire de l'article 1307-4¹⁸³³. En outre, l'ancien article 1190 reconnaissait expressément cette faculté sur laquelle le législateur ne semble pas avoir voulu revenir¹⁸³⁴. Pour l'ensemble de ces raisons, plusieurs auteurs estiment que le créancier peut être titulaire de l'option¹⁸³⁵.

355 Nécessité d'un choix. Le parallèle entre l'obligation alternative et le *khiyar al-ta'yin* se poursuit s'agissant du choix du titulaire de l'option qui doit intervenir au cours du délai convenu. L'absence de décision engendre néanmoins des conséquences différentes. L'AAOIFI, faisant sienne la doctrine hanéfite, contraint le bénéficiaire du *khiyar* à opter, à moins que l'autre partie ne préfère résoudre le contrat¹⁸³⁶. Cette dernière dispose de la même faculté en droit français, mais peut aussi, après avoir mis en demeure le bénéficiaire de procéder à un choix, l'exercer à sa place¹⁸³⁷. Pour transposer le *khiyar al-ta'yin*, les parties peuvent décider de déroger à la règle en

¹⁸³¹ C. civ., art. 1189 anc. : « Le débiteur d'une obligation alternative est libéré par la délivrance de l'une des deux choses qui étaient comprises dans l'obligation ».

¹⁸³² C. civ., art. 1307-1 al. 1^{er}.

¹⁸³³ « Le créancier qui n'a pas fait connaître son choix doit, si l'une des prestations devient impossible à exécuter par suite d'un cas de force majeure, se contenter de l'une des autres ». En ce sens, v. DESHAYES, Olivier, GENICON, Thomas et LAITHIER, Yves-Marie, *Réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations*, 2^e éd., LexisNexis, 2018, p. 688 CHANTEPIE, Gaël et LATINA, Mathias, *La réforme du droit des obligations*, 2^e éd., Dalloz, 2018, paragr. 814.

¹⁸³⁴ « Le choix appartient au débiteur, s'il n'a pas été expressément accordé au créancier ».

¹⁸³⁵ HONTEBEYRIE, Antoine, « Pluralité d'objets: consécration et rénovation », *Dr. et patr.*, juill. 2015, p. 41 et s. ; TERRÉ, François, SIMLER, Philippe, LEQUETTE, Yves *et al.*, *Droit civil*, 12^e éd., Dalloz, 2018, paragr. 1379, spéc. p. 1449 DESHAYES, Olivier, GENICON, Thomas et LAITHIER, Yves-Marie, *op. cit.* CHANTEPIE, Gaël et LATINA, Mathias, *op. cit.*, paragr. 814 DESHAYES, Olivier, GENICON, Thomas et LAITHIER, Yves-Marie, *op. cit.*, p. 688.

¹⁸³⁶ AAOIFI, Norme charaïque n°52, art. 4.2.3

¹⁸³⁷ C. civ., art. 1307-1 al. 2.

prévoyant que le titulaire de l'option pourra être contraint par l'autre partie d'effectuer un choix.

356 Absence de transfert de propriété. L'option de désignation stipulée dans un contrat de vente au profit de l'acheteur ne fait pas obstacle au transfert de la propriété d'une chose indéterminée. Un tel effet est inconcevable en présence d'une obligation alternative en raison de l'indétermination de la prestation du débiteur. Il demeure que les parties peuvent transférer gratuitement l'usage des choses au moyen d'un contrat de prêt. Ce faisant, elles satisfont à la finalité de l'option de désignation qui est de permettre à l'une des parties de s'assurer que la chose lui convienne.

357 Faculté de résolution du contrat par titulaire de l'option. La différence notable entre le *khiyar al-ta'yin* et l'obligation alternative réside dans les pouvoirs conférés au titulaire de l'option. Il ne peut, en droit français, que choisir parmi plusieurs prestations déterminées par les parties tandis qu'il est lui loisible en droit islamique d'opter pour la résolution du contrat. Plusieurs auteurs ont ainsi affirmé que le contrat contenant un *khiyar al-ta'yin* était assorti d'une condition potestative tacite¹⁸³⁸. Au cas où l'option a été conférée au créancier de l'obligation, on pourrait envisager la stipulation d'une condition résolutoire. Certes, une telle condition serait purement potestative, mais le Code civil ne la sanctionne que lorsque sa réalisation « *dépend de la seule volonté du débiteur* »¹⁸³⁹. Il subsiste l'hypothèse, plus exceptionnelle, où le débiteur de l'obligation s'est réservé le droit d'option. La condition résolutoire est alors inenvisageable car elle tombe sous le coup de la prohibition de l'article 1304-2 du Code civil. La solution consiste alors à stipuler une clause de dédit en faveur du débiteur. Que l'option ait été conférée au créancier ou au débiteur, la combinaison de l'obligation alternative et de la clause de dédit constitue un moyen de transposer le *khiyar al-ta'yin* en droit français¹⁸⁴⁰.

358 L'alternative : la promesse unilatérale de contrat. Les parties pourraient préférer recourir à un avant-contrat pour disposer des mêmes facultés que celles

¹⁸³⁸ CHÉHATA, Chafik, *Théorie générale de l'obligation en droit musulman hanéfite*, Sirey, 1969, paragr. 43 LINANT DE BELLEFONDS, Yvon, *Traité de droit musulman comparé, Vol.1: Théorie générale de l'acte juridique*, Mouton et cie., 1965, paragr. 409.

¹⁸³⁹ C. civ., art. 1304-2.

¹⁸⁴⁰ L'intérêt d'une telle clause a été souligné à propos du *khiyar al-shart*.

conférées par l'option de désignation. Le Pr Sélim JAHEL a d'ailleurs opéré un rapprochement entre le *khiyar al-shart*, et la promesse unilatérale de contrat¹⁸⁴¹. Il s'agit certes d'options différentes mais chacune d'elles permet à l'une des parties de résoudre le contrat de manière discrétionnaire. A l'instar du *khiyar al-tay'in*, le bénéficiaire d'une promesse unilatérale de contrat se voit accorder un droit d'option. Ce droit est cependant différent en ce qu'il ne permet pas de résoudre ou de confirmer l'acte, mais de conclure un contrat dont seul le consentement du bénéficiaire fait défaut¹⁸⁴². En guise d'option de désignation stipulée en faveur du vendeur, les parties pourraient convenir d'une promesse unilatérale d'achat pour chaque chose. Le vendeur serait alors en droit de choisir celle qui constituera l'objet de la vente. De même, au lieu de stipuler un *khiyar al-ta'yin* au profit de l'acheteur, on peut envisager de recourir à la promesse unilatérale de vente. La méthode présente pour intérêt que la révocation de la promesse au cours du délai d'option n'empêche pas la formation du contrat¹⁸⁴³. Ainsi, comme en droit islamique, le contractant qui ne bénéficie pas du droit d'option se voit contraint d'exécuter son engagement. La limite réside dans l'hypothèse où le promettant cède la chose à un tiers. Dans une telle éventualité, seule la connaissance de la promesse par le tiers peut conduire à la nullité du contrat qui la méconnaît¹⁸⁴⁴. Le recours à la promesse unilatérale de contrat ne résout pas la question du transfert de propriété, le bénéficiaire ne recevant aucun droit réel sur la chose mais un droit potestatif. Surtout, la promesse en droit islamique ne revêt aucun caractère obligatoire¹⁸⁴⁵. L'AAOIFI reprend cette règle dans l'une de ses normes, tout en rappelant que le respect de ses engagements constitue un devoir du musulman. La promesse, qu'elle soit unilatérale ou synallagmatique, ne peut être révoquée pour un motif religieux valable, mais sa violation n'engendre, en principe, aucune conséquence juridique¹⁸⁴⁶. Malgré cela, elle n'en constitue pas moins un succédané au *khiyar al-ta'yin* lorsque le droit français est applicable. L'exécution forcée de la promesse ne

¹⁸⁴¹ JAHEL, Sélim, *La place de la Chari'a dans les systèmes juridiques des pays arabes*, Éd. Panthéon-Assas, 2012, paragr. 258.

¹⁸⁴² C. civ., art. 1124 al. 1^{er} : « 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 ».

¹⁸⁴³ C. civ, art. 1124 al. 2.

¹⁸⁴⁴ *Id.*, al. 3.

¹⁸⁴⁵ Sur ce point v. CHÉHATA, Chafik, *Droit musulman: Applications au Proche-Orient*, Dalloz, 1970, paragr. 179 et s.

¹⁸⁴⁶ AAOIFI, Norme charaïque n°49, spéc. art. 3.4 et art. 4.2. L'organisation reconnaît toutefois qu'il existe des exceptions. L'auteur de la violation peut être tenu d'indemniser l'autre partie s'il lui a causé un préjudice. En outre, la promesse synallagmatique de contrat a force obligatoire si elle est rendue nécessaire pour le respect de la loi ou des usages.

heurte d'ailleurs aucune règle cardinale du *fiqh*, le croyant étant censé honorer ses engagements.

359 Conclusion section 2. Les options conventionnelles élaborées par les juristes et retenues par l'AAOIFI protègent leurs titulaires en leur permettant soit de saisir la portée de leur engagement soit de mettre fin au contrat si l'acheteur n'exécute pas son obligation principale. L'admission en droit français des clauses de dédit constitue un atout dans la réception de la finance islamique. Bien que d'origine conventionnelle, le *khiyar al-shart* se présente comme une option majeure dont il aurait été regrettable qu'elle ne puisse avoir d'équivalent en droit français. La résolution du contrat pouvant toujours intervenir en cas de défaut de paiement, il n'est pas nécessaire que les parties stipulent une clause résolutoire pour imiter le *khiyar al-naqd*. Une telle clause présente toutefois un intérêt certain. La réception de l'option de désignation s'avère plus complexe, mais peut s'opérer au moyen de la stipulation d'une obligation alternative et d'une clause de dédit. On constate à nouveau que les options du *fiqh* sont transposables en droit français sans que l'intervention du législateur ne soit rendue nécessaire.

Conclusion chapitre 2. Le système des options compte parmi les singularités du droit islamique des contrats. Il vient suppléer l'absence d'une théorie des vices du consentement et la possibilité d'obtenir la résolution du contrat en cas d'inexécution. Les options assurent la justice contractuelle au détriment du principe de la force obligatoire des contrats. Afin de préserver l'équilibre contractuel, il est primordial que le consentement soit libre et éclairé, ce qui implique qu'il n'ait pas été surpris par le dol et que la partie jugée faible, généralement l'acheteur, ait pu saisir la portée de son engagement. Cette préoccupation se retrouve en droit français où le vice du consentement est cause de nullité du contrat. Elle est encore présente à travers le droit de rétractation que confère parfois le législateur en matière de contrat de consommation, mais qui peut aussi résulter du contrat. Le respect de l'équilibre contractuel exige aussi que chacune des parties exécute sa prestation telle qu'elle a été précisément déterminée. Ainsi, la délivrance d'une chose atteinte d'un vice ou non conforme aux stipulations contractuelles fait naître une option au profit du créancier insatisfait. Les parties peuvent prévoir qu'il en sera de même si le débiteur d'une obligation de payer ne s'exécute pas dans le délai imparti. En droit français, l'option

n'est pas nécessaire puisque l'inexécution d'une obligation donne lieu à la résolution du contrat si elle est jugée suffisamment grave. Le Code civil reconnaît en outre l'obligation pour le vendeur de délivrer une chose conforme et de la garantir. Si un manquement à ces obligations ne donne pas toujours lieu à la résolution du contrat, les parties peuvent prévoir le contraire. L'étude des options, tant légales que conventionnelles, démontre que l'intervention du législateur n'est pas nécessaire pour procéder à leur transposition en droit français. Certes les *khiyarat* sont propres au *fiqh*, mais il est possible, en s'appuyant sur le droit positif, de conférer aux parties la même protection que celle que leur accordent les juristes musulmans.

360 Conclusion titre 2. Par leur originalité, la théorie des clauses adjointes et la théorie des *khiyarat* laisseraient supposer qu'elles représentent un obstacle majeur à la réception de la finance islamique en droit français. La première, telle qu'envisagée par la majorité des écoles, suggère une conception du contrat radicalement différente de celle consacrée par le Code civil. Dans le *fiqh*, le contrat n'aurait pour finalité que de créer une situation juridique nouvelle. Les parties seraient contraintes de recourir à l'un des contrats nommés admis par les juristes et leur liberté de déterminer le contenu serait presque inexistante. Si cette théorie a été adoptée par la plupart des *madhâhib*, elle est aujourd'hui supplantée par la doctrine hanbalite qui, à bien des égards, présente des points communs avec le droit français des contrats. Ce rapprochement transparaît dans les normes de l'AAOIFI où le contrat est défini comme un accord de volontés¹⁸⁴⁷ et où toute clause est valide par principe dès lors qu'elle ne contredit pas une règle impérative de la charia¹⁸⁴⁸. Les *khiyarat* constituent la seconde singularité du droit islamique des contrats. Ils apparaissent *a priori* difficilement conciliables avec le principe de la force obligatoire des contrats énoncé par l'article 1103 du Code civil en ce qu'ils confèrent la faculté pour leur titulaire de résoudre le contrat. Ces options visent à préserver l'équilibre contractuel menacé par un vice du consentement, un engagement hâtif ou l'inexécution par l'une des parties de ses obligations. Bien que le droit français procède différemment, il est possible de conférer aux parties la même protection que celle que leur accorde le *fiqh* à travers le système des options. Ainsi, contrairement aux apparences, la théorie des clauses adjointes et la

¹⁸⁴⁷ En ce sens, AAOIFI, Norme charaïque n°38, Annexe B.

¹⁸⁴⁸ V. à titre d'illustration AAOIFI, Norme charaïque n°8, Annexe D

théorie des options n'entravent pas la réception de la finance islamique. L'étude des *khiyarat* a par ailleurs démontré que leur réception pouvait prendre appui sur le droit français. De la même manière, il convient de définir le régime juridique applicable aux contrats nommés du *fiqh* servant de supports aux opérations de finance islamique.

361 Conclusion partie 1. Les contrats de la finance islamique sont régis par des règles fondamentales qui, en apparence, sont en contradiction avec celles que consacre le droit français. Ces normes de valeur supérieure ont pour particularité d'être issues d'un système où droit, religion et morale sont confondus. Elles poursuivent une finalité commune, la défense de l'ordre moral islamique, qu'elles assurent en imposant la justice contractuelle. Au nom de cet ordre, le profit illégitime devient illicite lorsqu'il se réalise au détriment de l'un des contractants.

Originaires des sources sacrées du droit islamique, les deux principes se sont vus précisés par les juristes des premiers siècles de l'islam qui n'ont pu toutefois aboutir à un consensus quant à leur interprétation. Ces divergences contribuent à la complexité des notions de *riba* et de *gharar* mais n'entravent pas leur appréhension. Il se dégage de leur étude qu'elles imposent une certaine équivalence objective des prestations. Le *riba* se rencontre dans les contrats à titre onéreux portant sur certains biens dont l'identification varie selon les écoles. Ces biens ont en commun de servir de monnaie ou d'être essentiels à la survie. Le *gharar* est quant à lui l'incertitude à laquelle est exposé l'un des contractants. Sa prohibition contraint à déterminer précisément les obligations des parties et à l'exclusion de toute stipulation qui générerait un doute quant à leur exécution. La large portée de la règle conduit au rejet des contrats aléatoires et, par conséquent, de l'assurance conventionnelle. Le droit français est indifférent à la lésion en droit commun et admet les contrats aléatoires, mais il conserve une prohibition résiduelle de l'usure et oblige les parties à déterminer leurs prestations. L'article 1168 du Code civil n'étant pas d'ordre public, les parties peuvent y renoncer. Le droit français ne s'oppose pas non plus à ce qu'une opération de crédit soit rémunérée autrement que par l'intérêt. Il permet encore la réception du *takaful*, l'alternative au contrat d'assurance condamné par le droit islamique.

Ce constat s'étend aux théories doctrinales. En vue de protéger la partie faible et d'éviter tout conflit au sein de l'oumma, les juristes musulmans ont développé les théories des clauses adjointes et des options. A travers la première, le droit islamique restreint considérablement la liberté contractuelle reconnue aux parties, au

point que l'on pourrait douter de son existence. Elle explique les raisons qui poussent les *fuqaha* à condamner de nombreuses clauses au sein des contrats de finance islamique. Elle révèle en outre qu'à la différence du droit français, les juristes musulmans, à l'exception des hanbalites, n'attachent guère d'importance au rôle de la volonté des parties dans la formation du contrat. Il en résulte une conception du contrat à l'opposé du droit français qui, aux termes de l'article 1101 du Code civil, le définit comme un « accord de volontés ». Cette absence de prise en considération de la volonté s'illustre encore par l'absence de sanctions des vices du consentement. A la place, le droit islamique a élaboré la théorie des options qui permet à une partie lésée de mettre fin au contrat. C'est une option qui sanctionne le dol, c'en est une autre qui permet au créancier insatisfait d'anéantir le contrat. Bien qu'il procède autrement, le droit islamique sanctionne les mêmes atteintes aux intérêts privés que le droit français.

Les règles fondamentales de la finance islamique sont des instruments au service de la justice commutative. En vertu, des postulats libéraux sur lesquels il est fondé, le droit français des contrats accorde une importance considérable à la volonté des parties. La finance islamique repose sur la conception inverse. De la rencontre de ces deux visions opposées, l'une subjective et l'autre objective, on aurait pu craindre une incompatibilité conduisant à l'impossibilité de recevoir les règles fondamentales de la finance islamique. Toute considération de justice contractuelle n'est toutefois pas absente du droit français ainsi qu'en témoignent les dispositions introduites à l'occasion de la réforme du droit des contrats. Si l'esprit libéral originel du droit français des contrats persiste, les réformes successives l'ont atténué. Le principe de la liberté contractuelle conserve néanmoins une certaine vigueur malgré un accroissement exponentiel des règles d'ordre public.

Différentes, les règles fondamentales régissant les contrats islamiques ne sont pas pour autant contraires au droit français. Il n'en demeure pas moins qu'au sein de ce dernier, elles ne disposent d'aucun caractère contraignant à défaut de volonté contraire des parties. Aussi la réception des contrats de la finance islamique serait incomplète si ses modalités n'étaient pas précisées.

Partie 2 : Les modalités de la réception

362 Absence de juridicité des normes islamiques. En droit français, les règles régissant la finance islamique sont dépourvues de caractère contraignant tant pour les parties que pour le juge. Tout au plus peuvent-elles être qualifiées de norme auxquelles on ne saurait reconnaître aucune juridicité. Mais rien n'interdit aux parties de prévoir le contraire¹⁸⁴⁹. La volonté des parties, pourtant méprisée par le *fiqh*, permet en droit français de conférer aux règles islamiques un caractère obligatoire en les intégrant au contrat.

363 Absence de reconnaissance des contrats nommés de la finance islamique. L'absence de juridicité des règles du *fiqh* implique encore l'ignorance par le droit français des contrats nommés de la finance islamique. La soumission du contrat à une loi étrangère permettrait d'éluder cette difficulté. Il suffirait alors de désigner comme *lex contractus* un droit consacrant les contrats islamiques. Si un tel choix paraît possible pour un contrat purement interne, il est en pratique peu recommandable. Dès lors, il est nécessaire d'étudier l'hypothèse du contrat régi par le droit français. La finance islamique ne saurait prospérer en l'absence d'un cadre juridique défini pour chacun de ces contrats. Conformément à la démarche entreprise par notre étude, il s'agit de démontrer que les contrats de la finance islamiques sont similaires aux contrats nommés du droit français et peuvent ainsi emprunter leur régime. Ainsi la *murabaha*, contrat phare de la finance islamique, s'assimile à une vente.

La réception se réalise alors au travers de l'intégration au contrat des règles islamiques (**Titre 1**) et de la définition, à partir du droit positif, du cadre juridique des contrats nommés du *fiqh* (**Titre 2**).

¹⁸⁴⁹ En ce sens, v. AFFAKI, Georges, « L'accueil de la finance islamique en droit français : essai sur le transfert d'un système normatif » in LARAMÉE Jean-Paul (dir.), *La finance islamique à la française*, Secure finance :, 2008, p. 145 et s.

TITRE 1 : L'INTEGRATION AU CONTRAT DES REGLES DE LA FINANCE ISLAMIQUE

364 La distinction des techniques de soumission et d'incorporation. Le Trésor de la langue française définit la soumission comme « *l'action, le fait de (devoir) se conformer à, d'être sous la dépendance de* »¹⁸⁵⁰. Dans cette acception, la soumission d'un contrat à la loi renvoie à une hiérarchisation des normes. En soumettant le contrat à une loi¹⁸⁵¹, les contractants décident que leur accord sera régi par les règles qu'ils ont choisies. Les stipulations contractuelles ont alors une valeur inférieure au droit désigné par les contractants. A la différence, incorporer désigne le fait « *d'intégrer (un élément) à (un ensemble) ; faire entrer (une partie) dans (un tout)* ». Plus spécifiquement, l'incorporation de la loi dans le contrat est présentée dans le vocabulaire juridique Cornu en tant que « *conception selon laquelle la loi choisie par les parties perdrait son caractère propre de loi en s'insérant dans le contrat et deviendrait simple disposition conventionnelle de même nature que les autres stipulations dans le contrat* »¹⁸⁵². L'incorporation a cet effet notable que la loi se mue en simple stipulation contractuelle, le rapport hiérarchique est absent contrairement à la soumission. En droit interne, les deux techniques partagent un fondement commun qu'est la liberté contractuelle. Au-delà, elles sont reconnues en droit communautaire à travers le règlement Rome I sur la loi applicable aux obligations contractuelles¹⁸⁵³. Si la soumission semble, *a priori*, la technique la plus à même de s'assurer de la conformité de l'acte aux principes de la finance islamique (**Chapitre 1**), il convient de nuancer cette affirmation. La désignation d'un droit purement religieux n'étant pas admise, tant dans le contrat interne qu'international, c'est la technique de l'incorporation qui doit être préférée (**Chapitre 2**).

¹⁸⁵⁰ D'après le *Trésor de la langue française* informatisé, v° Soumission, disponible sur < <http://atilf.atilf.fr/>>.

¹⁸⁵¹ Entendue ici dans un sens large qui désigne un système juridique.

¹⁸⁵² ASSOCIATION HENRI CAPITANT. *Vocabulaire juridique*. Paris, France : PUF, 2017, V° Incorporation.

¹⁸⁵³ Règlement (CE) n°93/2008 du Parlement européen et du Conseil du 17 juin 2008 sur la loi applicable aux obligations contractuelles (Rome I).

Chapitre 1 : L'intégration par soumission du contrat au droit islamique

365 Nécessité d'identifier le caractère du contrat¹⁸⁵⁴. Les exigences du commerce international justifient que les parties bénéficient dans ce domaine d'une liberté plus ample qu'en présence d'un contrat purement interne. La Cour de cassation l'a admis dès 1910 à travers l'arrêt *American Trading Co*¹⁸⁵⁵, dans lequel elle énonce que la loi applicable au contrat est celle que les parties ont adoptée. Ces dernières peuvent ainsi se soustraire au droit qui aurait été applicable à défaut de choix, mais qui ne convient pas à leurs attentes, au profit d'un autre qui prévoit un régime juridique qui sied mieux à leur accord. L'intérêt réside aussi dans l'éviction de règles impératives qui seraient contraires aux intérêts des parties. En matière internationale, le règlement Rome I ne restreint l'efficacité du choix de la loi que par le respect des lois de police¹⁸⁵⁶, du for ou du lieu d'exécution du contrat, et de l'ordre public international¹⁸⁵⁷. Au contraire, lorsque le contrat est interne, il ne saurait être envisagé de déroger au respect de l'ordre public interne¹⁸⁵⁸, plus contraignant que l'ordre public international. L'intervention des règles libérales du droit international privé serait ainsi fonction du caractère du contrat qu'il convient d'identifier.

366 Identification du caractère du contrat. La jurisprudence a proposé deux critères permettant d'établir l'internationalité du contrat¹⁸⁵⁹. L'élaboration du critère économique est l'œuvre du Procureur général MATTER, dans l'affaire dite *Pélissier du Besset*, pour qui le contrat international suppose « *un mouvement de flux et de reflux au-dessus des frontières* »¹⁸⁶⁰. La Cour de cassation fait sienne cette conception dans les arrêts *Mardelé*¹⁸⁶¹ et *Dambricourt*¹⁸⁶² en retenant, de façon un peu tautologique et plus floue, qu'est international le contrat qui « *met en jeu les intérêts du commerce*

¹⁸⁵⁴ Sur l'intérêt de distinguer entre contrat interne et contrat international, v. JACQUET, Jean-Michel, *Rép. internat. Dalloz*, V° Contrats, 1998, paragr. 82 et s. ; CACHARD OLIVIER, *Droit du commerce international*, 3^e éd., LGDJ, 2018, paragr. 387.

¹⁸⁵⁵ Civ., 5 déc. 1910, *American Trading Co.*, *Rev. dr. int.* 1911. 395, *JDI* 1912.1156, S. 1911.1.129.

¹⁸⁵⁶ Règlement (CE) n°93/2008 du Parlement européen et du Conseil du 17 juin 2008 sur la loi applicable aux obligations contractuelles (Rome I), art. 9.

¹⁸⁵⁷ *Ibid.*, art. 21.

¹⁸⁵⁸ *Ibid.*, art. 3, 3.

¹⁸⁵⁹ Pour une présentation de ces critères v. HAFTEL, Bernard, v° Contrat international (notion) in MAZEAUD Denis, BOFFA Romain et BLANC Nathalie (dir.), *Dictionnaire du contrat*, LGDJ, 2018, spéc. p. 327.

¹⁸⁶⁰ Concl. Matter sous Civ., 17 mai 1927, *Pélissier du Besset*, *Bull. civ.*, n°77 : DP 1928, 1, 25, note H. Capitant.

¹⁸⁶¹ Civ., 19 fév. 1930, *Mardelé* : S. 1931, 1, 1, note Niboyet.

¹⁸⁶² Civ., 27 janv. 1931, *Dambricourt* : *Rev. crit. DIP*, 1931, p.516.

international »¹⁸⁶³. Le doyen BATIFFOL a suggéré un critère juridique qui repose sur la présence d'un élément d'extranéité. Ainsi, « *un contrat a un caractère international quand, par les actes concernant sa conclusion ou son exécution, ou la situation des parties quant à leur nationalité ou leur domicile, ou la localisation de son objet, il a des liens avec plus d'un système juridique* »¹⁸⁶⁴. Cette définition, bien que sujette à critique¹⁸⁶⁵, s'avère plus pertinente pour déterminer le caractère du contrat que le seul critère économique¹⁸⁶⁶ que la jurisprudence a parfois écarté au profit du critère juridique. L'internationalité a ainsi été retenue en présence d'un contrat « *se rattachant à des normes juridiques émanant de plusieurs Etats* »¹⁸⁶⁷ ou exclue lorsque l'élément d'extranéité faisait défaut¹⁸⁶⁸. Les deux critères ne sont pas pour autant exclusifs l'un de l'autre et sont parfois appliqués cumulativement¹⁸⁶⁹. Les difficultés à déterminer le caractère du contrat font qu'il « *se constate à partir d'un faisceau d'éléments qu'il serait cependant imprudent de figer dans une énumération close ou une définition trop précise* »¹⁸⁷⁰. La Convention de Rome¹⁸⁷¹, puis le règlement Rome I qui lui a succédé, ont privilégié une approche juridique de l'internationalité en prévoyant, chacun en leur article 1.1, que leurs dispositions sont applicables dans les situations comportant un conflit de lois¹⁸⁷². Bien que les deux textes ne fassent nulle mention du contrat international la distinction avec le contrat interne n'en demeure pas moins nécessaire¹⁸⁷³. Pour autant, en ignorant la distinction classique au profit de la notion de « conflit de lois », le règlement Rome I laisse à penser que l'*electio juris* n'est pas exclue dans le cadre d'un contrat interne (**section 1**). La faculté, si elle est certaine en présence d'un contrat international, amène à s'interroger quant à la possibilité pour les

¹⁸⁶³ La formule a été reprise à propos de l'arbitrage international, v. C. proc. civ, art. 1504 : « *Est international l'arbitrage qui met en cause des intérêts du commerce international* ».

¹⁸⁶⁴ BATIFFOL, Henri, *Rép. intern. Dalloz*, V° Contrats et Conventions, 1968, paragr. 9.

¹⁸⁶⁵ V. GOLDMAN, Berthold, note sous Paris, 19 juin 1970, *JCP* 1971.II.16927 : Prenant, pour illustrer les limites d'une telle définition, l'exemple de la vente de melons par un producteur de Cavailon à un épicier italien établi en France.

¹⁸⁶⁶ JACQUET, Jean-Michel, *Rép. internat. Dalloz*, V° Contrats, 1998, paragr. 86.

¹⁸⁶⁷ Paris, 19 juin 1970, Hecht : *Rev. crit. DIP* 1971.692, note P. Level ; *JDI* 1971.83, note B. Oppetit ; *JCP G* 1971, II, 16927, note B. Goldman ; *Rev. arb.* 1972, 67, note Ph. Fouchard ; *RTD com.* 1971, 69, obs. Boitard ; *ibid.* 205, obs. Loussouarn.

¹⁸⁶⁸ Civ. 1e, 7 oct. 1980, n°79-13.990, Bull. civ. I, n°242 : *Rev. crit. DIP* 1981, p. 313, note J. Mestre ; *Rev. arb.* 1982, p. 36, note Ph. Level : « *la cour d'appel [...], a estimé, à bon droit qu'un contrat, passé entre français domiciliés en France, qui soumettait au droit français les rapports des parties entre elles, n'avait pas, même si l'un des cocontractants était appelé à s'expatrier, le caractère d'un contrat international* ».

¹⁸⁶⁹ Toulouse, 26 oct. 1982 : *JDI* 1984, p. 603, note Synvet.

¹⁸⁷⁰ JACQUET, Jean-Michel, *Rép. internat. Dalloz*, V° Contrats, 1998, paragr. 86.

¹⁸⁷¹ Convention de Rome de 1980 sur la loi applicable aux obligations contractuelles

¹⁸⁷² CACHARD, Olivier, *Droit du commerce international*, LGDJ, 2008, paragr. 388 BÉGUIN Jacques et MENJUCQ Michel (dir.), *Droit du commerce international*, 2^e éd., LexisNexis, 2011, paragr. 647.

¹⁸⁷³ L'article 3.3 du règlement Rome I en témoigne : « *Lorsque tous les autres éléments de la situation sont localisés, au moment de ce choix, dans un pays autre que celui dont la loi est choisie, le choix des parties ne porte pas atteinte à l'application des dispositions auxquelles la loi de cet autre pays ne permet pas de déroger par accord* »

parties de désigner des normes non étatiques, tel le droit islamique, en tant que *lex contractus* (section 2).

Section 1 : L'intégration par soumission dans le contrat interne

367 Clause d'*electio juris*. Il est admis de longue date en droit français que les parties puissent désigner une loi étrangère comme applicable au contrat international¹⁸⁷⁴. Ce faisant, elles décident de soumettre l'acte à un droit qui ne lui était pas applicable *de plano*. Un conflit entre la loi choisie et les stipulations contractuelles conduit à la primauté de la première sur les secondes. La clause d'*electio juris* est le moyen par lequel les contractants manifestent leur volonté de désigner la loi applicable à l'acte. La question de son admission dans un contrat interne n'a fait l'objet que de peu d'études¹⁸⁷⁵. Elle pourrait pourtant se révéler utile dans le cadre d'un contrat que les parties voudraient respectueux des principes islamiques. Malgré la prévalence dans ce domaine, l'*electio juris* n'est pas l'apanage du contrat international et se rencontre aussi en droit interne (I) mais ne permet pas aux parties de désigner le droit islamique comme *lex contractus* (II).

I] La clause d'*electio juris* dans le contrat interne

368 Plan. En vertu du principe de liberté contractuelle, les parties devraient être libres de soumettre leur accord à la loi de leur choix. L'autonomie de la volonté n'a cependant pas la même portée en droit interne qu'en droit international. La Cour de cassation a admis, non sans restrictions, qu'une clause d'*electio juris* stipulée dans un contrat interne soit effective lorsqu'elle désigne un texte de droit interne (A). Qu'en est-il d'une clause soumettant l'acte à un droit étranger ? L'internalisation du contrat interne, véritable cas d'école auquel le règlement Rome I apparaît favorable, se révèle d'intérêt

¹⁸⁷⁴ Civ., 5 déc. 1910, *American Trading Co.*, *Rev. dr. int.* 1911. 395, *JDI* 1912.1156, *S.* 1911.1.129.

¹⁸⁷⁵ Sur ce point, v. LEMAIRE Sophie, « Le choix de la loi du contrat en droit interne », *RRJ* 2001-3, p. 1431-1449 ; SEUBE, Jean-Baptiste, « L'*electio juris* en droit interne: ou la soumission volontaire des parties à un droit protecteur » in *Études de droit de la consommation*, Dalloz, 2004, p. 1009-1028. ; LISANTI, Cécile, « Retour sur l'*electio juris* en droit interne », *RLDC* 2008, n°46.

en ce que la technique permettrait de faire régir l'acte par un système juridique plus adapté (B).

A) *L'admission de la clause en droit interne*

369 Admission de la clause d'*electio juris* par la Haute juridiction. Le choix par les parties d'une autre loi que celle applicable de plein droit peut s'interpréter comme une atteinte à la force obligatoire¹⁸⁷⁶ de la loi voire à une intention de fraude. Une telle analyse pourrait expliquer pourquoi la Cour de cassation a d'abord condamné la pratique¹⁸⁷⁷ avant de l'admettre¹⁸⁷⁸. L'idée que les contractants écartent les règles normalement applicables afin de contourner la loi serait une méprise, notamment parce que la clause peut permettre de choisir un droit plus protecteur. Ainsi a-t-il pu être jugé que les parties pouvaient soumettre un contrat de crédit aux dispositions du Code de la consommation bien qu'elles n'auraient pas eu vocation à s'appliquer à défaut d'un tel choix¹⁸⁷⁹. La validité de la clause d'*electio juris* en droit interne se justifie au regard du principe de liberté contractuelle¹⁸⁸⁰.

370 Conditions de validité. La clause de choix de la loi doit obéir à des conditions de forme. Un soin tout particulier doit être apporté à la clause afin qu'elle manifeste une intention non équivoque des contractants¹⁸⁸¹. La Cour de cassation en a traditionnellement fait une exigence en retenant que la soumission doit « *résulter d'une*

¹⁸⁷⁶ Ce serait nier qu'il existe des lois impératives et d'autres qui sont supplétives de volonté.

¹⁸⁷⁷ Com. 5 novembre 1951, Gaz. Pal. 1952, 1, p. 22, S. 1952, p. 1

¹⁸⁷⁸ V. à titre d'illustration Civ. 3^e, 6 juill. 1982, n°80-12.958, Bull. civ. III, RD imm. 1983, p. 115, obs. Derrupé J. et Brière de l'Isle G, qui a admis la soumission du contrat au statut des baux commerciaux alors que le preneur n'exerçait aucune activité commerciale.

¹⁸⁷⁹ Civ 1^{re}, 1^{er} juin 1999, n° 97-13.779, Defrénois 1999, art. 37079-102, obs. J.-L. Aubert : « *si les parties sont libres, sauf disposition contraire de la loi, de soumettre volontairement aux régimes de protection définis par le Code de la consommation des contrats de crédits qui n'en relèvent pas en vertu des dispositions de ce code, du moins cette soumission doit-elle résulter d'une manifestation de volonté dépourvue d'équivoque et dont la réalité est soumise à l'appréciation souveraine des juges du fond* » .

¹⁸⁸⁰, SEUBE, Jean-Baptiste, « *L'electio juris* en droit interne: ou la soumission volontaire des parties à un droit protecteur » in *Études de droit de la consommation*, Dalloz, 2004, p. 1014. ; LISANTI, Cécile, « Retour sur l'*electio juris* en droit interne », RLDC 2008, n°46, paragr. 22

¹⁸⁸¹ SEUBE, Jean-Baptiste, « *L'electio juris* en droit interne: ou la soumission volontaire des parties à un droit protecteur » in *Ibid.* ; LISANTI, Cécile, « Retour sur l'*electio juris* en droit interne », RLDC 2008, n°46, paragr. 23.

manifestation de volonté dépourvue d'équivoque »¹⁸⁸², bien qu'elle ait parfois admis un choix implicite¹⁸⁸³. Il est important que les parties stipulent expressément dans l'acte qu'elles entendent renoncer aux règles normalement applicables et qu'elles mentionnent les dispositions auxquelles elles désirent soumettre leur accord. Cette faculté n'est pas absolue puisqu'elle est restreinte par les limites apportées à la liberté contractuelle. Ainsi, en ce qui concerne les conditions de fond, les parties ne peuvent évincer l'application des règles d'ordre public¹⁸⁸⁴.

371 Effets de la soumission. La soumission d'un contrat à une loi a un effet vertical. Les stipulations contractuelles sont hiérarchiquement inférieures à la loi qu'ont choisie les parties. Dans le cadre d'un contrat interne, la technique a pour particularité que l'applicabilité de la loi retenue est conditionnée au respect des dispositions impératives. Il ne faut pas en conclure pour autant que la limite exclut la soumission, elle la contraint simplement à n'être que partielle. Cette affirmation est confortée par la jurisprudence de la Cour de cassation qui admet la technique. Elle impose cependant une double contrainte qui peut rebuter les parties. Dans un arrêt du 17 mai 2002, l'Assemblée plénière de la Cour de cassation a réaffirmé le droit qu'ont les parties de soumettre un contrat à un texte de droit interne, en l'espèce le décret relatif au statut des baux commerciaux, mais a estimé qu'elles ne pouvaient en écarter les dispositions impératives¹⁸⁸⁵. La première conclusion qui s'impose à la suite de cet arrêt est que la Cour prend parti pour la thèse de la soumission et écarte celle de l'incorporation¹⁸⁸⁶. A défaut, il serait difficile de justifier que les dispositions conservent leur caractère impératif. La seconde c'est qu'*a priori* le choix de la loi ne peut être que total¹⁸⁸⁷. A première vue, l'attendu de principe de la Cour exclut tout dépeçage¹⁸⁸⁸. Pourtant, il peut

¹⁸⁸² Civ. 1^{re}, 1^{er} juin 1999, n° 97-13.779, *Deffrénois* 1999, art. 37079-102, obs. J.-L. Aubert ; Civ. 1^{re}, 2 oct. 2002, *Dr. et patr.*, janv. 2003, n° 3208, obs. P. Chauvel. La Cour de cassation a réaffirmé récemment cette exigence, v. Civ. 3^e, 20 oct. 2016, n° 15-20.285, FS-P+B, *Sté Samd c/ Sté Harmonie Mutuelle*, D. 2016. 2214 ; Dalloz actualité, 8 nov. 2016, obs. A. Cayol ; AJDI 2017, obs. J. Monéger : « la faculté d'extension conventionnelle du statut des baux commerciaux suppose que les parties manifestent de façon univoque leur volonté de se placer sous ce régime, que la qualification de bail commercial, la mention dans la convention selon laquelle " le preneur bénéficiera du statut de la propriété commerciale " ainsi que la référence aux règles du code de commerce ne suffisaient pas à caractériser une renonciation en toute connaissance de cause et dépourvue d'ambiguïté aux dispositions d'ordre public de l'article 57 A de la loi du 23 décembre 1986 permettant de rompre le bail à tout moment par congé donné par lettre recommandée ».

¹⁸⁸³ Civ. 3^e, 23 mars 1994, *Deffrénois* 1994, art. 35897-141, note G. Vermelle ; Civ. 3^e, 19 avr. 2000, *RJDA* 2000, n° 636 ; *Loyers et copr.* 2001, n° 34, obs. P.-H. Brault et P. Pereira

¹⁸⁸⁴ C. civ., art. 6, art. 1102 al.2 et art. 1162.

¹⁸⁸⁵ Ass. plén. 17 mai 2002, n° 00-11.664, *Bull. civ.* Ass. plén. n° 1, D.2003.333, note Becqué-Ickowicz et D.2002.2053, obs. Rouquet, *JCP* 2002.éd.E. n° 1080, note J. Monéger, *Deffrénois*, 2002.1234, obs. R. Libchaber.

¹⁸⁸⁶ ; LISANTI, Cécile, « Retour sur l'electio juris en droit interne », *RLDC* 2008, n°46, paragr. 9.

¹⁸⁸⁷ MESTRE, Jacques, FAGES, Bertrand, note sous Ass. plén., 17 mai 2002, *RTD civ.* 2003.85

¹⁸⁸⁸ « Attendu qu'en cas de soumission conventionnelle au décret du 30 septembre 1953 relatif au bail commercial, sont nulles les clauses contraires aux dispositions impératives du texte susvisé relatives à la forme du congé ».

être avancé que la solution s'imposait par le choix des parties qui ont entendu se soumettre au texte sans stipuler aucune réserve ou exclusion¹⁸⁸⁹. La solution aurait pu être différente si les parties n'avaient retenu que certaines dispositions du statut et avaient écarté les dispositions impératives. Mais un tel procédé ne s'analyserait-il pas en une incorporation ? Le Pr Rémy LIBCHABER avance que l'analyse par la Cour, d'une extension conventionnelle d'un statut, oscille entre l'incorporation et la soumission selon que l'extension est partielle ou plénière¹⁸⁹⁰. A suivre cette analyse, la soumission entraîne nécessairement le respect des règles impératives de la loi choisie. Une telle conception serait critiquable en ce qu'elle conduirait à un cercle vicieux : la loi trouve à s'appliquer parce que les parties l'ont désignée, mais leur volonté est restreinte par cette même loi¹⁸⁹¹. Le règlement Rome I n'impose pas une telle contrainte, seules les dispositions impératives de la loi applicable *de plano* s'imposent aux parties¹⁸⁹². La conception de la soumission retenue par la Cour de cassation apparaît injustifiée et ce d'autant plus que les parties ont pu vouloir certains effets de la soumission tout en se prévenant d'autres.

372 Conflits de normes. Dans le cadre d'une soumission totale, la validité du contrat interne doit être examinée au regard tant du droit choisi que des règles impératives applicables à défaut de choix, ce qui augmente d'autant les risques d'anéantissement du contrat. Bien que l'hypothèse ne soit pas formellement envisagée par la Cour de cassation, il n'est pas inconcevable qu'il puisse exister un conflit de normes. Les règles impératives applicables *de plano* devraient primer en toute circonstance sur les autres normes. La jurisprudence de la Cour de cassation qui retient que les parties ne peuvent opter que pour une soumission plénière suscite une difficulté. La contrariété d'une règle impérative de la loi choisie à une autre règle impérative normalement applicable doit-elle conduire à rendre ineffective la loi désignée par les parties ? Il convient de l'envisager à l'aune de l'arrêt de l'Assemblée plénière du 17 mai 2002. Les parties ne pouvant opter que pour l'application entière d'une loi, le juge serait contraint, dans une telle situation, de priver d'effet le choix des parties, à moins que, comme en droit

¹⁸⁸⁹ ROUQUET, Yves, note sous Ass. plén., 17 mai 2002, *D.* 2002.2053 ; BECQUE-ICKOWICZ, Solange, note sous Ass. plén., 17 mai 2002, *D.* 2003.333, paragr. 12.

¹⁸⁹⁰ LIBCHABER, Rémy, note sous Ass. plén., 17 mai 2002, *Defrénois* 2002.1234.

¹⁸⁹¹ *Ibid.*

¹⁸⁹² Règlement (CE) n°93/2008 du Parlement européen et du Conseil du 17 juin 2008 sur la loi applicable aux obligations contractuelles (Rome I), art. 3.3.

international privé, il ne se contente d'écarter la règle du droit choisi qui serait contraire à ces dispositions impératives. Une telle solution n'est pas certaine au regard de l'arrêt du 17 mai 2002. Autre hypothèse de conflit, celle entre une stipulation contractuelle, conforme à une règle impérative normalement applicable, et une règle impérative de la loi d'autonomie. A suivre la position de la Cour de cassation, la règle impérative du droit choisi devrait agir à titre de *lex specialis* au détriment de la clause qui lui serait contraire. En matière de contrats islamiques, les parties peuvent désirer soumettre leur acte à la charia mais vouloir écarter une de ses règles, notamment pour une question d'interprétation. L'hypothèse est d'autant plus probable que le droit islamique est bien moins libéral que le droit français¹⁸⁹³. Imposer le respect des règles impératives des deux systèmes juridiques applicables dissuaderait les parties de recourir à la soumission¹⁸⁹⁴. Il paraît plus judicieux de limiter la contrainte à la seule observance des règles impératives du droit applicable à défaut de choix. La Cour semble avoir marqué un infléchissement de sa conception en ce sens dans un arrêt du 3 février 2005 dont l'attendu énonce « *qu'en cas de soumission volontaire au statut des baux commerciaux, l'immatriculation du preneur au registre du commerce et des sociétés n'est pas une condition impérative de son droit au renouvellement* »¹⁸⁹⁵. Or l'exigence d'immatriculation du preneur est une condition impérative. La décision se concilie mal avec l'arrêt de l'Assemblée plénière mais doit être saluée puisque son application aurait eu pour conséquence de rendre impossible l'extension conventionnelle du statut des baux ruraux. En raisonnant par analogie, il est permis de penser qu'une règle impérative issue du droit islamique pourrait être écartée si elle venait à rendre la clause d'*electio juris* ineffective ou à menacer la survie du contrat.

La jurisprudence est favorable à l'usage des clauses d'*electio juris* dans les contrats internes mais les décisions évoquées ont pour dénominateur commun le choix d'un texte de droit interne. Le droit islamique n'appartenant pas à cet ordre, il convient de s'interroger sur la faculté des parties d'opter pour un système juridique étranger.

¹⁸⁹³ LINANT DE BELLEFONDS, Yvon, *Traité de droit musulman comparé, Vol.1: Théorie générale de l'acte juridique*, Mouton et cie., 1965, paragr. 268 à 271.

¹⁸⁹⁴ Pour un avis similaire à propos du contrat internationalisé, v. ANCEL, Marie-Élodie, DEUMIER, Pascale et LAAZOUZI, Malik, *Droit des contrats internationaux*, 2e éd., Sirey, 2019, paragr. 225.

¹⁸⁹⁵ Civ. 3^e, 9 fév. 2005, n°03-17.476, *Bull. civ.* III n°33; *D.* 2005.6443, obs. Y. Rouquet, *D.* 2006.925, obs. L. Rozès; *AJDI* 2005.658, obs. J.-P. Blatter; *Loyers et copr.* 2005 comm. n° 114 note Ph.-H. Brault.

B) La clause internationalisant le contrat interne

373 Clause désignant un droit étranger. Lorsque l'on évoque la clause d'*electio juris* dans un contrat interne, il est traditionnellement fait référence à la désignation d'un texte de droit français. Quand elle est insérée dans un contrat international, elle concerne, généralement, l'application d'un système juridique complet¹⁸⁹⁶. Au regard du principe de liberté contractuelle et du règlement Rome I, il est envisageable que les parties soient en mesure de désigner un droit étranger. L'idée a pourtant été critiquée au motif que, dès lors que les parties et l'ensemble des éléments du contrat sont localisés dans le même pays, le choix d'un droit étranger serait constitutif d'une fraude¹⁸⁹⁷.

374 L'interprétation du règlement Rome I en faveur de l'internationalisation du contrat¹⁸⁹⁸. La lecture des dispositions du règlement Rome I convainc de la possibilité pour les parties de soumettre un contrat à un droit autre qu'interne¹⁸⁹⁹. Certes l'article 1^{er} énonce que le règlement concerne les situations « *comportant un conflit de loi* » mais il ne faut pas pour autant retenir une conception restrictive de la notion qui amènerait à exclure le contrat interne de son champ d'application¹⁹⁰⁰. L'article 3§1 du texte admet qu'un contrat soit régi par la loi choisie par les parties. A ce stade deux remarques s'imposent. L'utilisation du terme « régi » implique qu'il s'agit bien d'une faculté de soumission à un droit étranger qui est offerte aux parties¹⁹⁰¹. Il en résulte nécessairement une hiérarchie de normes entre la loi retenue et les stipulations contractuelles. La seconde observation concerne l'absence du terme « international » des dispositions de l'article 3. Seul est visé le « contrat » sans qu'aucune précision ne soit mentionnée. L'applicabilité du règlement aux contrats purement internes est encore

¹⁸⁹⁶ LEMAIRE Sophie, « Le choix de la loi du contrat en droit interne », *RRJ* 2001-3, p. 1432.

¹⁸⁹⁷ MOUSSERON, Jean-Marc, MOUSSERON, Pierre, RAYNARD, Jacques *et al.*, *Technique contractuelle*, 5^e éd., Éditions Francis Lefebvre, 2017, paragr. 171.

¹⁸⁹⁸ Règlement (CE) n°93/2008 du Parlement européen et du Conseil du 17 juin 2008 sur la loi applicable aux obligations contractuelles (Rome I)

¹⁸⁹⁹ Pour une analyse plus détaillée de l'intérêt de ce règlement dans le cadre d'un contrat de finance islamique v. nos développements relatifs au contrat international.

¹⁹⁰⁰ Le Pr Stephanie FRANCO estime que la seule « *insertion par les parties d'une clause de choix portant sur un droit étranger conduit à l'application du règlement, même dans un contrat interne. Autre est la question de la portée réservée à ce choix de loi* ». FRANCO, Stephanie, *Rép. internat. Dalloz*, V° Règlement Rome I : obligations contractuelles, 2013, paragr. 71.

¹⁹⁰¹ En ce sens v. MAYER, Pierre, HEUZÉ, Vincent et RÉMY, Benjamin, *Droit international privé*, 12^e éd., LGDJ, 2019, paragr. 749 BUREAU, Dominique et MUIR WATT, Horatia, *Droit international privé. 2, Partie spéciale*, PUF, 2017, paragr. 894.

moins contestable au regard du paragraphe 3 de l'article 3¹⁹⁰². La formulation, un peu maladroite, intéresse bien les contrats dépourvus d'élément d'extranéité et, par-là, internes : « *lorsque tous les autres éléments de la situation sont localisés, au moment de ce choix, dans un pays autre que celui dont la loi est choisie [...]* ». Sous réserve que ce choix « *ne porte pas atteinte à l'application des dispositions auxquelles la loi de cet autre pays ne permet pas de déroger par accord* ». La lecture croisée des paragraphes 1 et 3 de l'article 3 du règlement confirme qu'il est loisible aux parties de soumettre le contrat interne à un droit étranger¹⁹⁰³ dans la limite du respect des règles impératives¹⁹⁰⁴ du pays dans lequel le contrat est véritablement situé.

375 Limite au choix d'une loi étrangère : le respect des dispositions impératives du droit évincé¹⁹⁰⁵. La mise en place d'un garde-fou ne se justifierait pas si le texte ne permettait que la simple incorporation de la loi. Cette méthode consistant à intégrer la loi en tant que simples stipulations contractuelles, le respect des dispositions impératives s'imposerait comme une évidence et l'affirmation serait superfétatoire¹⁹⁰⁶. En outre, la limite évoquée par l'article 3§3 est bien relative à l'ordre public interne puisque le règlement envisage l'application des règles internationalement impératives aux articles 9 et 24 consacrés respectivement aux lois de police et à l'ordre public du for¹⁹⁰⁷. Il suffit pour s'en convaincre d'interpréter *a contrario* l'article 3§3. Dès lors que tous les éléments du contrat ne sont pas situés dans un seul pays au moment du choix, la règle n'a pas vocation à s'appliquer et la liberté de choix est totale¹⁹⁰⁸. D'où

¹⁹⁰² Règlement (CE) n°93/2008 du Parlement européen et du Conseil du 17 juin 2008 sur la loi applicable aux obligations contractuelles (Rome I), art. 3§3 : « *lorsque tous les autres éléments de la situation sont localisés, au moment de ce choix, dans un pays autre que celui dont la loi est choisie, le choix des parties ne porte pas atteinte à l'application des dispositions auxquelles la loi de cet autre pays ne permet pas de déroger par accord* »

¹⁹⁰³ Le Pr Jean-Michel JACQUET réalise une analyse différente du texte de l'article 3§3 de la Convention de Rome rédigé dans des termes similaires à l'article 3§3 du règlement Rome I. L'auteur estime que ces dispositions ne permettent qu'une incorporation matérielle de la loi étrangère dans un contrat interne. Au contraire de l'incorporation conflictuelle, l'incorporation matérielle ne permettrait pas à la loi choisie par les parties d'interférer avec la règle de conflit. Elle se limite à « *étendre et en enrichir le bloc des stipulations contractuelles* » : JACQUET, Jean-Michel, « L'incorporation de la loi dans le contrat », *Tr. com. fr. dr. int. pr.*, 1993-1995, p. 28-29. Une telle analyse nous semble cependant contraire à la lettre du règlement Rome I.

¹⁹⁰⁴ La Convention de Rome du 19 juin 1980 employait formellement l'expression « dispositions impératives » : « *Le choix par les parties d'une loi étrangère, assorti ou non de celui d'un tribunal étranger, ne peut, lorsque tous les autres éléments de la situation sont localisés au moment de ce choix dans un seul pays, porter atteinte aux dispositions auxquelles la loi de ce pays ne permet pas de déroger par contrat, ci-après dénommées « dispositions impératives* ». Elle ne figure plus dans le règlement Rome I ; peut-être le caractère impératif s'imposait-il comme une évidence au vu de la rédaction. Nous reprochons toutefois l'emploi du mot « disposition » qui renvoie nécessairement à une règle énoncée par un texte ce qui méconnaît l'existence de l'ordre public virtuel sur lequel nous reviendrons. En ce sens v. ASSOCIATION HENRI CAPITANT, *Vocabulaire juridique*, PUF, 2017., v°Disposition.

¹⁹⁰⁵ Sur les règles impératives dans le règlement Rome I, v. notamment : D'AVOUT, Louis, « Le sort des règles impératives dans le règlement Rome I », *D.* 2008.2165.

¹⁹⁰⁶ LEMAIRE Sophie, « Le choix de la loi du contrat en droit interne », *RRJ* 2001-3, p. 1448.

¹⁹⁰⁷ AUDIT, Bernard et AVOUT, Louis d', *Droit international privé*, 7^e éd., Economica, 2013, paragr. 928.

¹⁹⁰⁸ MAYER, Pierre, HEUZÉ, Vincent et RÉMY, Benjamin, *Droit international privé*, 12^e éd., LGDJ, 2019, paragr. 749.

l'importance pour le législateur européen d'envisager, dans cette situation, l'application des lois de police dont l'impérativité est telle qu'elle justifie de limiter la portée du choix des parties. La restriction apportée par l'article 3§3 du règlement répond aux craintes de voir les dispositions du texte permettre une fraude à la loi dans le cadre d'un contrat interne¹⁹⁰⁹. Le Pr Marie-Elodie ANCEL perçoit dans l'existence de cette règle la volonté des rédacteurs du texte de dissuader les parties d'internationaliser le contrat¹⁹¹⁰. L'acte serait soumis au respect des dispositions impératives tant du droit naturellement applicable que de celui choisi¹⁹¹¹. Il est vrai que si le règlement Rome I permet le dépeçage du contrat il rejette celui de la loi, de sorte que les parties ne peuvent établir un statut « sur mesure »¹⁹¹². Sur cet aspect, le texte européen rappelle la position de la Cour de cassation dans son arrêt d'Assemblée plénière du 17 mai 2002 qui a énoncé que les parties ne peuvent opter que pour l'application entière de la loi qu'ils ont désignée pour régir leur contrat interne¹⁹¹³.

376 Le contrat internationalisé : l'exemple de l'affaire Vinyls Italia¹⁹¹⁴. La CJUE a été saisie le 8 juin 2017 d'une question préjudicielle qui intéressait un contrat internationalisé. En l'espèce, le litige concernait un contrat d'affrètement maritime dans lequel était inséré une clause désignant le droit anglais comme *lex contractus* alors que l'ensemble des éléments du contrat se situaient en Italie. L'ouverture d'une procédure d'insolvabilité à l'encontre de l'une des sociétés a conduit le syndic de celle-ci à contester deux paiements intervenus au cours de la période suspecte. Le liquidateur faisait valoir que les faits devaient être jugés conformément à la *lex concursus*, à savoir la loi italienne. Le créancier objectait que l'article 13 du règlement 1346/2000¹⁹¹⁵ rendait les paiements inattaquables au motif que le contrat était soumis au droit anglais. Cet article prévoit qu'il ne peut être contesté un acte qui a bénéficié à l'un des créanciers au détriment de l'ensemble des autres lorsque cet acte est soumis à la loi d'un autre état membre qui ne permet pas de l'attaquer. Le juge italien saisi du litige a

¹⁹⁰⁹ D'AVOUT, Louis, « Le sort des règles impératives dans le règlement Rome I », *D.* 2008.2165, paragr. 6.

¹⁹¹⁰ ANCEL, Marie-Élodie, DEUMIER, Pascale et LAAZOUZI, Malik, *Droit des contrats internationaux*, 2e éd., Sirey, 2019, paragr. 225.

¹⁹¹¹ *Ibid.*

¹⁹¹² MAYER, Pierre, HEUZÉ, Vincent et RÉMY, Benjamin, *Droit international privé*, 12^e éd., LGDJ, 2019, paragr. 759.

¹⁹¹³ Ass. plén. 17 mai 2002, n° 00-11.664, préc.

¹⁹¹⁴ CJUE, 8 juin 2017, aff. C-54/16, Vinyls Italia, : JurisData n° 2017-011081 ; *JCP G*, 2017.967, note L. D'Avout; *D* 2017.2073, note R. Dammann et A. Huchot; *ibid.* 2054, note S. Bollée.

¹⁹¹⁵ Règlement (CE) n° 1346/2000 du Conseil du 29 mai 2000 relatif aux procédures d'insolvabilité

adressé cinq questions préjudicielles à la Cour. Les quatrième¹⁹¹⁶ et cinquième¹⁹¹⁷ questions concernaient la faculté qu'ont les parties de soumettre un contrat de droit interne à une loi étrangère en se fondant sur le règlement Rome I. La Cour a constaté que le contrat n'était pas régi par les dispositions du règlement Rome I puisqu'il était antérieur à la date de l'entrée en vigueur du texte¹⁹¹⁸. Elle a alors considéré qu'il lui appartenait de reformuler la question afin de savoir si l'article 13 du règlement 1346/2000 peut être invoqué lorsque les parties ont soumis leur contrat à un droit étranger alors que tous les autres éléments sont situés dans un autre pays¹⁹¹⁹. La Cour s'est livrée à une réflexion contestable en de nombreux points. Les juges européens ont rappelé que les acteurs du commerce international, que ce soit sur le fondement de la Convention de Rome ou du règlement Rome I, ont la faculté de soumettre leur contrat à une loi étrangère¹⁹²⁰. Or, selon la Cour, la convention de Rome étant en vigueur au moment de la conclusion du contrat, les parties pouvaient décider que le contrat serait régi par la loi anglaise¹⁹²¹. A ce stade, le raisonnement de la CJUE est critiquable en ce qu'elle a évoqué expressément le commerce international alors qu'il s'agissait bien, en l'espèce, d'un contrat interne. Plus étonnante est sa réflexion qui l'a conduite à écarter l'article 3§3 de Rome I au bénéfice du seul règlement 1346/2000¹⁹²². Alors qu'elle a fondé sur l'article 3§1 de la Convention de Rome le droit qu'avaient les parties de désigner le droit anglais, elle a estimé que l'article 13 du règlement 1346/2000 constituait une *lex specialis* par rapport au règlement Rome I¹⁹²³. La cour en a conclu que l'article 13 du règlement 1346/2000 est invocable lorsqu'un contrat désigne une loi étrangère quand bien même tous ses autres éléments sont situés dans un autre pays¹⁹²⁴.

¹⁹¹⁶ CJUE, 8 juin 2017, aff. C-54/16, pt. 22, 4) : « L'article 1er, paragraphe 1, du règlement Rome I doit-il être interprété en ce sens que les "situations comportant un conflit de lois" aux fins de l'application de ce règlement comprennent également le cas où un contrat d'affrètement maritime a été conclu dans un État membre par des sociétés ayant leur siège dans ce même État membre et contient une clause désignant comme loi applicable la loi d'un autre État membre ? ».

¹⁹¹⁷ *Ibid.*, pt. 22, 5) : « En cas de réponse affirmative à la quatrième question, l'article 3, paragraphe 3, du règlement Rome I, lu en combinaison avec l'article 13 du règlement no 1346/2000, doit-il être interprété en ce sens que le choix des parties de soumettre un contrat à la loi d'un État membre autre que celui où sont situés "tous les autres éléments pertinents de la situation" n'affecte pas l'application des règles, auxquelles il n'est pas permis de déroger, de la loi de ce dernier État membre, qui s'appliquent, en tant que *lex fori concursus*, pour pouvoir contester des actes adoptés avant l'insolvabilité, et ce au préjudice de la masse des créanciers, prévalant ainsi sur la clause d'exonération prévue à l'article 13 du règlement no 1346/2000 ? ».

¹⁹¹⁸ *Ibid.* pt. 42.

¹⁹¹⁹ *Ibid.* pt. 44.

¹⁹²⁰ *Ibid.*, pt. 45.

¹⁹²¹ *Ibid.*

¹⁹²² *Ibid.*, pt. 49.

¹⁹²³ *Ibid.*, pt. 29, 48.

¹⁹²⁴ *Ibid.*, pt. 57, 3) : « L'article 13 du règlement n° 1346/2000 peut être valablement invoqué lorsque les parties à un contrat, qui ont leur siège dans un seul et même État membre, sur le territoire duquel sont également localisés tous les autres éléments pertinents de la situation concernée, ont désigné comme loi applicable à ce contrat celle d'un autre État membre, à condition que ces parties n'aient pas choisi cette loi d'une façon frauduleuse ou abusive, ce qu'il incombe à la juridiction de renvoi de vérifier ».

Pour résumer la décision de la CJUE, la Convention de Rome, et désormais le règlement Rome I, fondent le droit des parties de soumettre le contrat interne à un droit étranger. Mais les limites, destinées à prévenir une fraude à la loi, ne sont pas applicables puisque le règlement 1346/2000 est autonome et déroge au règlement Rome I. La décision pourrait laisser penser que la Cour incite à contourner les dispositions impératives internes si elle ne précisait pas qu'on ne peut se prévaloir frauduleusement des normes de l'Union¹⁹²⁵. Encore faut-il que la juridiction amenée à connaître des faits caractérise la fraude¹⁹²⁶. Bien que la Cour n'ait pas répondu à la question originelle, l'interprétation de la décision amène à affirmer qu'elle est favorable à ce que les parties soumettent un contrat interne à une loi étrangère sur le fondement du règlement Rome I. Il s'agit bien là du seul aspect positif de ce que le Pr Louis d'AVOUT a qualifié de « naufrage juridique »¹⁹²⁷.

377 L'internationalisation du contrat : une incorporation matérielle de la loi¹⁹²⁸ selon l'avocat général dans l'affaire *Vinyls Italia*. La position de l'avocat général est affirmée et marque un parti pris libéral¹⁹²⁹. Conscient que la question est débattue en doctrine, il a profité de sa qualité pour apporter sa contribution à une question qui s'avère importante pour l'interprétation des normes de l'Union¹⁹³⁰. Après avoir présenté les thèses en présence, respectivement pour et contre l'application du règlement Rome I à un contrat interne, l'avocat général réalise une analogie sur la base de la Convention de Rome. Il évoque la question du champ d'application matériel des deux textes dont les articles 1§1 précisent qu'ils ne s'appliquent qu'en cas de conflit de lois. A l'aune du rapport GIULIANO-LAGARDE, il rappelle que cette condition était indispensable à l'application de la Convention de Rome¹⁹³¹. Selon l'avocat général, le fait que les situations purement internes soient envisagées par l'article 3§3 du règlement Rome I suffit à rendre applicable les règles de conflit de loi¹⁹³². Le magistrat européen aurait pu se référer au rapport GIULIANO-LAGARDE sur la

¹⁹²⁵ *Ibid.*, pt. 51.

¹⁹²⁶ *Ibid.*, pt. 52 et 57, 3)

¹⁹²⁷ D'AVOUT, Louis, « Le contrat artificiellement internationalisé devant la Cour de justice (un naufrage juridique) », JCP G 2017.967, note sous CJUE, 8 juin 2017, aff. C-54/16.

¹⁹²⁸ Sur la notion d'incorporation matérielle, v. l'étude du Pr Jean-Michel JACQUET évoquée *supra*, JACQUET, Jean-Michel, « L'incorporation de la loi dans le contrat », *Tr. com. fr. dr. int. pr.*, 1993-1995, p. 23-47.

¹⁹²⁹ Conclusions de l'avocat général de la CJUE Maciej SZPUNAR, affaire C-54/16

¹⁹³⁰ *Ibid.*, pt. 92.

¹⁹³¹ *Ibid.*, pt. 99.

¹⁹³² *Ibid.*, pt. 101.

Convention de Rome qui paraît conforter cette thèse lorsque les auteurs qualifient le texte de « compromis »¹⁹³³. L'article 3§3 de la Convention est en effet issu d'un arbitrage entre ceux qui refusaient que le texte permette aux parties de désigner une loi étrangère dans un contrat interne et les experts britanniques qui y étaient favorables dès lors que le choix apparaissait légitime et dénué de toute intention frauduleuse¹⁹³⁴. Le rapport reconnaît que cette seconde opinion a été consacrée sous réserve qu'elle s'accompagne du respect des dispositions impératives du pays dans lequel le contrat a tous ses autres éléments. L'avocat général préfère une interprétation par analogie avec l'article 14§2 du règlement Rome II, texte jumeau du règlement Rome I, qu'il estime applicable aux situations internes¹⁹³⁵. L'exigence de cohérence prévue par les deux règlements l'amène à conclure que les règles de conflit de lois s'appliquent aux situations purement internes¹⁹³⁶. L'avocat général écarte le critère de l'internationalité qu'il juge imprécis et générateur de difficultés difficilement surmontables¹⁹³⁷. Il serait plus complexe de se prononcer sur l'applicabilité du règlement que de simplement faire application de la loi choisie¹⁹³⁸. Ainsi, nul besoin de savoir si les obligations contractuelles relèvent d'une situation purement interne ou non. Partant, il n'est pas nécessaire de rechercher si la clause d'*electio juris* caractérise une situation de conflit de lois puisqu'il ne s'agit pas, selon lui, d'une condition d'application du règlement¹⁹³⁹. Une lecture croisée des articles 1§1 et 3§3 du règlement Rome I doit, selon le magistrat, amener à considérer que le texte est applicable peu importe que le contrat contienne une clause d'*electio juris*¹⁹⁴⁰. Le raisonnement n'est cependant pas exempt de critiques, notamment en ce qu'il apparaît contraire à l'esprit du règlement Rome I qui conditionne l'application de ses dispositions à un conflit de lois¹⁹⁴¹. Or, à défaut d'une telle clause, lorsque tous les éléments du contrat sont situés dans un seul pays, on perçoit mal comment cette condition puisse être satisfaite. L'avocat général a anticipé le rejet de sa thèse en affirmant, à titre subsidiaire, que la stipulation d'une clause désignant une loi étrangère suffirait à justifier l'application du règlement¹⁹⁴². La réflexion de l'avocat

¹⁹³³ GIULIANO, Mario, LAGARDE, Paul, Rapport concernant la convention sur la loi applicable aux obligations contractuelles, JO des Communautés européennes n° C 282 du 31/10/1980, p. 18.

¹⁹³⁴ *Ibid.*

¹⁹³⁵ Conclusions de l'avocat général de la CJUE Maciej SZPUNAR, pt. 102 à 105.

¹⁹³⁶ *Ibid.*, p.106.

¹⁹³⁷ Conclusions de l'avocat général de la CJUE Maciej SZPUNAR, affaire C-54/16, pt. 107.

¹⁹³⁸ *Ibid.*, pt.114.

¹⁹³⁹ *Ibid.* pt. 115 et 171, 3).

¹⁹⁴⁰ *Ibid.* pt 116.

¹⁹⁴¹ Règlement (CE) n°93/2008 du Parlement européen et du Conseil du 17 juin 2008 sur la loi applicable aux obligations contractuelles (Rome I).

¹⁹⁴² *Ibid.*, pt 117.

général aurait dû le conduire à reconnaître la théorie de la soumission du contrat à la loi choisie mais il lui préfère, paradoxalement, celle de l'incorporation matérielle¹⁹⁴³. La distinction entre les deux notions peut sembler inutile puisqu'en toutes circonstances elle est restreinte par les dispositions impératives du droit applicable *de plano*. Elle est pourtant d'importance, soumission et incorporation se distinguant par leurs effets notamment en ce qui concerne la hiérarchie des normes. Il ne fait guère de doute que le règlement Rome I autorise les parties à soumettre un contrat interne à un droit étranger sous réserve de respecter les dispositions impératives du droit évincé. A la suite de ce constat, il convient de savoir si la désignation peut porter sur un droit non étatique.

*II] Le rejet de la clause d'*electio juris* désignant le droit islamique*

378 *Electio juris* et normes non étatiques. Les droits nationaux pouvant s'avérer inadaptés pour régir des contrats d'essence religieuse, il serait préférable que les parties désignent à titre de *lex contractus* les règles issues d'une école juridique islamique ou les normes élaborées par une organisation spécialisée telle l'AAOIFI. La difficulté réside dans l'absence de juridicité de telles normes et dans leur caractère parfois lacunaire. Le règlement Rome I fait montre d'un libéralisme certain en matière d'autonomie de la volonté en autorisant les parties à choisir le droit applicable à leur accord tant dans un contrat interne qu'international. L'exégèse du texte fait apparaître une limite à cette faculté, celle du rejet des clauses désignant des normes non étatiques **(A)**. En guise d'expédient, les parties pourraient décider de soustraire au juge l'éventuel litige né du contrat islamique pour le soumettre au tribunal arbitral. En ce domaine, le Code de procédure civile adopte, lorsque l'arbitrage est interne, une position similaire au texte européen. La clause d'*electio juris* contenue dans une convention d'arbitrage est ineffective mais cela n'exclut pas que le litige soit tranché sur le fondement de normes islamiques **(B)**.

¹⁹⁴³ *Ibid.*, pt. 154 à 158.

A) *Le rejet des clauses désignant des normes non étatiques par le règlement Rome I*

379 Convention de Rome et règlement Rome I. Avant l'entrée en vigueur du règlement Rome I, la loi applicable aux obligations contractuelles était déterminée selon les dispositions de la Convention de Rome dont il avait été avancé qu'elle ne permettait que le choix d'une loi étatique¹⁹⁴⁴. De l'avis des praticiens, la Convention de Rome répondait efficacement à ses objectifs tant et si bien que le règlement Rome I ne révolutionne pas la matière et se contente de moderniser le texte¹⁹⁴⁵. A la lecture de l'article 3, respectivement de la Convention de Rome et du règlement Rome I, on constate que le législateur européen n'a pas souhaité modifier la position qu'il avait adoptée. Ainsi le premier texte disposait à l'article 3§1 :

« 1. Le contrat est régi par la loi choisie par les parties. Ce choix doit être exprès ou résulter de façon certaine des dispositions du contrat ou des circonstances de la cause. Par ce choix, les parties peuvent désigner la loi applicable à la totalité ou à une partie seulement de leur contrat »

Le règlement Rome I en son article 3§1 retient :

« 1. Le contrat est régi par la loi choisie par les parties. Le choix est exprès ou résulte de façon certaine des dispositions du contrat ou des circonstances de la cause. Par ce choix, les parties peuvent désigner la loi applicable à la totalité ou à une partie seulement de leur contrat ».

Les deux textes sont pratiquement identiques, la différence résulte dans la substitution du verbe « être » à celui « devoir », ce qui n'implique aucune conséquence quant à la portée de la règle. Ainsi, si la Convention de Rome était interprétée comme imposant aux parties de choisir une loi étatique, il doit en être de même du règlement Rome I. Un rapport sur le droit applicable aux financements islamiques, commandé par Paris Europlace, estime toutefois que la rédaction du treizième considérant du préambule du règlement autorise les contractants à désigner une loi non étatique¹⁹⁴⁶.

¹⁹⁴⁴ LAGARDE, Paul, « Le nouveau droit international privé des contrats après l'entrée en vigueur de la Convention de Rome du 19 juin 1980 », *Rev. crit. DIP*, 1991, paragr. 19 ; GAUDEMET-TALLON, Hélène, « CONVENTION DE ROME DU 19 JUIN 1980 ET RÈGLEMENT "ROME I" DU 17 JUIN 2008 – Détermination de la loi applicable – Domaine de la loi applicable », *JCl. Droit international*, fasc. 552-15, juill. 2016, paragr. 5.

¹⁹⁴⁵ CORNELOUP Sabine et JOUBERT Natalie (dir.), *Le règlement communautaire « Rome I » et le choix de loi dans les contrats internationaux*, Litec, 2011, p. IX.

¹⁹⁴⁶ AFFAKI, Georges (dir.), FADLALLAH, Ibrahim, HASCHER, Dominique *et al.*, « Rapport du Groupe de travail sur le droit applicable et le règlement des différends dans les financements islamiques », 2009, paragr. 5.2.2 et s.

380 Préambule du règlement Rome I. Aux termes de l'article 253 du traité instituant la Communauté européenne¹⁹⁴⁷ alors en vigueur au moment de l'adoption de Rome I, les actes adoptés conjointement par le Parlement européen et le Conseil devaient être motivés¹⁹⁴⁸. Le préambule du règlement satisfait à cette obligation mais se révèle si détaillé que l'on peut s'interroger quant à la portée des quarante-six considérants qui le composent¹⁹⁴⁹. Les premiers rappellent le contexte de l'adoption du règlement ainsi que sa philosophie. Le onzième considérant affirme que le principe de l'autonomie de la volonté innerve le texte¹⁹⁵⁰. La rédaction ambiguë du treizième considérant peut laisser penser qu'il est permis de faire régir le contrat par un droit non étatique puisque le règlement « *n'interdit pas aux parties d'intégrer par référence dans leur contrat un droit non étatique ou une convention internationale* ». Le législateur européen a-t-il voulu conférer à cette disposition une valeur normative ? *A priori*, le considérant 13 est dépourvu de force contraignante puisqu'il ne poursuit qu'une fonction explicative découlant de l'obligation de motivation. L'article 288 al. 2 du TFUE¹⁹⁵¹ précise néanmoins que le règlement est « *obligatoire dans tous ses éléments* ». Il est communément admis que les éléments visés sont les articles du texte et non le préambule¹⁹⁵². Cela étant, cela ne prive pas le considérant 13 d'une « normativité potentielle » selon l'expression du Pr Sophie LEMAIRE¹⁹⁵³. Quelle portée le législateur européen a-t-il entendu conférer à ce considérant ? Il convient de se référer aux travaux préparatoires du texte afin d'apporter une réponse.

381 Genèse du règlement Rome I. La proposition de règlement initialement présentée par la Commission retenait une rédaction différente de l'article 3. En son paragraphe 2 celui-ci aurait autorisé les parties à « *choisir comme loi applicable des principes et règles de droit matériel des contrats, reconnus au niveau international ou*

¹⁹⁴⁷ Devenu l'article 296 du TFUE depuis l'entrée en vigueur du traité de Lisbonne le 1^{er} décembre 2009.

¹⁹⁴⁸ Traité CE, art. 253 : « *Les règlements, les directives et les décisions adoptés conjointement par le Parlement européen et le Conseil ainsi que lesdits actes adoptés par le Conseil ou la Commission sont motivés et visent les propositions ou avis obligatoirement recueillis en exécution du présent traité* ».

¹⁹⁴⁹ LEMAIRE, Sophie, « Interrogations sur la portée juridique du préambule du règlement Rome I », *D.* 2008, p. 2157.

¹⁹⁵⁰ Règlement (CE) n°93/2008, consid. 11 « *La liberté des parties de choisir le droit applicable devrait constituer l'une des pierres angulaires du système de règles de conflit de lois en matière d'obligations contractuelles.* »

¹⁹⁵¹ Article 249 du TCE au moment de l'adoption du règlement Rome I.

¹⁹⁵² GAUDEMET-TALLON, Hélène, note sous Civ. 1re, 13 mai 2012, n°13-21.827, *Rev. crit. DIP* 2015.940 ; LEMAIRE, Sophie, *op. cit.* Cet avis est partagé par le Pr Hugues Kenfack : KENFACK, Hugues, « Le règlement (CE) n° 593/2008 du 17 juin 2008 sur la loi applicable aux obligations contractuelles (« Rome I »), navire stable aux instruments efficaces de navigation ? », *JDI* 2009, étude n°1, spéc. paragr. 15 et s.

¹⁹⁵³ LEMAIRE, Sophie, *op. cit.*

communautaire »¹⁹⁵⁴. On aurait alors pu envisager que les parties désignent le droit islamique comme *lex contractus* voire même les normes de l'AAOIFI. Le texte prévoyait les difficultés soulevées par l'élection d'un droit incomplet puisque « *les questions concernant les matières régies par ces principes ou règles et qui ne sont pas expressément tranchées par eux seront réglées selon les principes généraux dont ils s'inspirent, ou, à défaut de ces principes, conformément à la loi applicable à défaut de choix en vertu du présent règlement* ». Les dispositions lacunaires auraient alors pu être palliées par le juge qui, contraint de rechercher la teneur de la loi, aurait pu s'inspirer des travaux des *fuqaha* ou encore appliquer un droit national sous réserve de sa conformité au droit islamique. Ce serait se fourvoyer que d'envisager une telle possibilité qui n'a jamais été l'intention des rédacteurs de la proposition. Dans un paragraphe consacré à l'« *examen des dispositions de la proposition* » ceux-ci précisent qu'afin de renforcer l'autonomie de la volonté, le paragraphe 2 de l'article 3 autorise les parties à choisir un droit non étatique tels que les principes Unidroit ou les Principles of European Contract Law. Ils ajoutent toutefois, et la précision est majeure, que le choix de la *lex mercatoria* est interdit parce qu'elle est insuffisamment précise, de même pour les codifications privées « *qui ne seraient pas suffisamment reconnues par la communauté internationale* »¹⁹⁵⁵. Dès l'origine, alors que la proposition visait à admettre le choix d'un droit non étatique, les rédacteurs avaient exclu les droits lacunaires.

Devant l'opposition des Etats membres¹⁹⁵⁶ à la consécration de normes qu'ils jugent dépourvues de base démocratique¹⁹⁵⁷, la Commission a renoncé à la rédaction initiale de l'article 3. Le considérant 13 n'est qu'un reliquat de la proposition initiale qui, de l'avis de la doctrine, ne confère pas aux parties la possibilité de choisir un droit non

¹⁹⁵⁴ Proposition de règlement du Parlement européen et du Conseil sur la loi applicable aux obligations contractuelles (Rome I), art. 3§2 : « *Les parties peuvent également choisir comme loi applicable des principes et règles de droit matériel des contrats, reconnus au niveau international ou communautaire.* »

Toutefois, les questions concernant les matières régies par ces principes ou règles et qui ne sont pas expressément tranchées par eux seront réglées selon les principes généraux dont ils s'inspirent, ou, à défaut de ces principes, conformément à la loi applicable à défaut de choix en vertu du présent règlement. »

¹⁹⁵⁵ Proposition de règlement du Parlement européen et du Conseil sur la loi applicable aux obligations contractuelles (Rome I), paragr. 4.2

¹⁹⁵⁶ ANCEL, Marie-Élodie, DEUMIER, Pascale et LAAZOUZI, Malik, *Droit des contrats internationaux*, 2e éd., Sirey, 2019, paragr. 228. ; HAHN, Claudia, « La liberté de choix dans les instruments communautaires récents : Rome I et Rome II - L'autonomie de la volonté entre intérêt privé et intérêt général », *Trav. Com. fr. DIP 2006-2008*, p. 191.

¹⁹⁵⁷ KESSEDJIAN, Catherine, « Les normes a-nationales et le futur règlement Rome I - Une occasion manquée (jusqu'à nouvel ordre ?) », *RDC 2007*, p. 1470.

étatique comme loi applicable au contrat¹⁹⁵⁸. Il ne doit pourtant pas être ignoré car ce serait se méprendre que de le penser dénué de toute portée.

382 Le considérant n°13 simple rappel d'une faculté d'incorporation. L'embarras du législateur européen est illustré par la rédaction du considérant 13 selon laquelle le règlement « *n'interdit pas aux parties* ». On s'étonne de l'emploi d'une négation là où il aurait été plus à propos de retenir la forme affirmative. Ainsi, on constate que les rédacteurs, s'ils se sont pliés aux exigences des Etats membres, ont toutefois cherché à faire perdurer l'esprit de la proposition initiale¹⁹⁵⁹. Les parties ne peuvent pas désigner un droit non étatique mais il leur est loisible de l'« *intégrer par référence dans leur contrat* ». Il faut entendre par cette formule qu'à l'incorporation conflictuelle, synonyme de soumission, originellement retenue succède l'incorporation matérielle. Les parties peuvent décider d'incorporer le droit islamique en l'intégrant au sein des dispositions contractuelles avec pour inconvénient que son application est tributaire de la loi étatique qui est la véritable *lex contractus*. En pratique, l'incorporation aura pour effet de faire régir le contrat par les normes religieuses retenues à condition que celles-ci ne s'avèrent pas contraires aux dispositions impératives de la loi de l'Etat¹⁹⁶⁰, le considérant 13 n'est, sous cet aspect, que le rappel d'une évidence. Il revêt néanmoins un intérêt en admettant l'incorporation par référence, ce qui implique que les parties ne sont pas obligées de reprendre *in extenso* les normes religieuses pertinentes.

Le règlement Rome I, bien qu'empreint de philosophie libérale, rejette les clauses d'*electio juris* désignant des normes non étatiques. Présenté comme un mode de règlement des litiges particulièrement adapté aux contrats d'affaires, l'arbitrage est pourtant régi par un principe similaire.

¹⁹⁵⁸ V. notamment ANCEL, Marie-Elodie, « Le choix du droit applicable : une liberté sous contraintes » in ASSOCIATION LUXEMBOURGEOISE DES JURISTES DE BANQUE, *Le banquier luxembourgeois et le droit international privé*, Anthemis, 2017, p. 31-32 NIBOYET, Marie-Laure et GEOUFFRE DE LA PRADELLE, Géraud de, *Droit international privé*, 7^e éd., LGDJ, 2020, paragr. 120 HAFTEL, Bernard, *Droit international privé*, 2^e éd., Dalloz, 2020, paragr. 587 MAYER, Pierre, HEUZÉ, Vincent et RÉMY, Benjamin, *Droit international privé*, 12^e éd., LGDJ, 2019, paragr. 752 AUDIT, Bernard et AVOUT, Louis d', *Droit international privé*, LGDJ, 2018, paragr. 1033 KESSEDJIAN, Catherine, *Droit du commerce international*, 1^{re} éd., PUF, 2013, paragr. 120.

¹⁹⁵⁹ HAHN, Claudia, « La liberté de choix dans les instruments communautaires récents : Rome I et Rome II- L'autonomie de la volonté entre intérêt privé et intérêt général », *Trav. Com. fr. DIP 2006-2008*, p. 190-191.

¹⁹⁶⁰ Sur ce point, v. MUIR WATT, Horatia, « Les limites du choix : dispositions impératives et internationalité du contrat » in CORNELOUP Sabine et JOUBERT Natalie (dir.), *Le règlement communautaire « Rome I » et le choix de loi dans les contrats internationaux*, Litec, 2011, p. 341 et s.spéc. p. 344.

B) Le rejet de la clause d'electio juris dans la convention d'arbitrage

383 Convention d'arbitrage : clause compromissoire ou compromis. La soumission d'un litige à un arbitre plutôt qu'au juge étatique résulte nécessairement d'une convention d'arbitrage écrite¹⁹⁶¹. Depuis la réforme de l'arbitrage par le décret du 13 janvier 2011, l'article 1442 du CPC énonce que cette convention prend la forme soit d'une clause compromissoire soit d'un compromis. La distinction réside dans le moment où les parties décident de faire de l'arbitrage le mode de règlement des litiges liés à leur contrat. La clause compromissoire est concomitante à la formation de ce contrat tandis que le compromis intervient une fois le litige né¹⁹⁶². Peu importe la forme qu'elle emprunte, la convention d'arbitrage est autonome et n'est ainsi pas affectée par le contrat auquel elle se rapporte¹⁹⁶³. L'existence de la convention a pour effet, dès lors qu'elle est valide, de contraindre le juge étatique à se déclarer incompétent pour connaître du litige au fond¹⁹⁶⁴.

384 Limites à la liberté de compromettre. La première limite apportée à la faculté qu'ont les parties de préférer l'arbitrage à la justice étatique est envisagée à l'article 2059 du Code civil qui dispose : « *toutes personnes peuvent compromettre sur les droits dont elles ont la libre disposition* ». La convention d'arbitrage étant avant toute chose un contrat, il faut que les parties aient la capacité de contracter mais encore qu'elles puissent disposer librement des droits sur lesquels elles s'engagent¹⁹⁶⁵. L'article 2060 al. 1er du Code civil énonce les domaines traditionnels dans lesquels les droits sont indisponibles et qui ne concernent pas le cadre de la finance islamique¹⁹⁶⁶. Il termine en précisant que la convention d'arbitrage ne peut porter sur « *les matières qui intéressent l'ordre public* ». Le caractère général de la formulation pourrait suggérer que l'arbitrage est impossible dès lors qu'est concernée une règle d'ordre public. Il n'en est rien, l'interdiction de compromettre ne concerne que les cas où la

¹⁹⁶¹ C. proc. civ., art. 1443.

¹⁹⁶² C. proc. civ., art. 1442

¹⁹⁶³ C. proc. civ., art. 1447

¹⁹⁶⁴ C. proc. civ., art. 1448

¹⁹⁶⁵ Sur la libre disponibilité des droits, v. la thèse du Pr Bénédicte FAUVARQUE-CAUSSON : FAUVARQUE-COSSON, Bénédicte, *Libre disponibilité des droits et conflits de lois*, LGDJ, 1996.

¹⁹⁶⁶ C. civ., art. 2060 al. 1^{er} : « *On ne peut compromettre sur les questions d'état et de capacité des personnes, sur celles relatives au divorce et à la séparation de corps ou sur les contestations intéressant les collectivités publiques et les établissements publics et plus généralement dans toutes les matières qui intéressent l'ordre public* ».

convention viole l'ordre public¹⁹⁶⁷. La Cour de cassation a d'ailleurs affirmé que l'existence de règles d'ordre public applicables au fond du litige, même si elles sont qualifiées de loi de police, ne font pas obstacle au recours à l'arbitrage¹⁹⁶⁸.

385 Licéité de la clause compromissoire. Plutôt que d'opter pour l'arbitrage après la survenance du litige au moyen du compromis, les parties sont susceptibles de renoncer au juge étatique au stade de la formation du contrat en stipulant une clause compromissoire. S'agissant d'un acte, le régime juridique applicable à cette dernière est plus contraignant que le compromis. L'article 2061 al. 1^{er} du Code civil retient un principe de validité de la clause compromissoire dès lors que celle-ci a été acceptée par celui auquel on l'oppose¹⁹⁶⁹. Mais il précise, en son second alinéa, que la clause est inopposable à la partie qui n'a pas contracté à raison de son activité professionnelle. La règle renvoie indirectement aux dispositions du Code de la consommation et vise deux catégories de contractants, le consommateur et le non-professionnel¹⁹⁷⁰. En présence de l'une de ces deux catégories, toute clause qui crée, au détriment de l'une d'elles, un déséquilibre entre les droits et obligations des parties est considérée comme abusive¹⁹⁷¹ et en conséquence réputée non écrite¹⁹⁷². La clause compromissoire est classée parmi les clauses présumées abusives par l'article R. 212-2, 10° du Code de la consommation¹⁹⁷³. S'agissant d'une présomption, il peut être démontré qu'elle ne revêt pas véritablement un caractère abusif. L'intérêt est cependant limité puisque l'article 2061 du Code civil la rend inopposable à la partie faible dans le cadre du contrat de consommation. Sur cet aspect, les dispositions du Code de la consommation sont

¹⁹⁶⁷ CHAINAIS, Cécile, FERRAND, Frédérique, MAYER, Lucie *et al.*, *Procédure civile*, 34^e éd., Dalloz, 2018, paragr. 2296
CADIET, Loïc et JEULAND, Emmanuel, *Droit judiciaire privé*, 9^e éd., LexisNexis, 2016, paragr. 1023.

¹⁹⁶⁸ Civ. 1^{re}, 8 juill. 2010, n°09-67.013, *D.* 2010.2884, note M. Audit et O. Cuperlier; *Ibid.* 2933, note T. Clay ; . Selon la Cour, "[...] peu important que des dispositions d'ordre public régissent le fond du litige dès lors que le recours à l'arbitrage n'est pas exclu du seul fait que des dispositions impératives, fussent-elles constitutives d'une loi de polices sont applicables »

¹⁹⁶⁹ Dans sa rédaction originelle, l'article 2061 du Code civil énonçait au contraire un principe de nullité de la clause compromissoire. La loi n°2001-420 du 15 mai 2001 opère un revirement en admettant la clause dans les contrats conclus à raison d'une activité professionnelle. L'article doit sa forme actuelle à la loi n°2016-1547 du 18 novembre 2016 qui réforme à nouveau la matière en admettant l'existence de la clause compromissoire tout en affirmant qu'elle ne peut être opposée à la partie qui a contracté en dehors de toute activité professionnelle.

¹⁹⁷⁰ Les deux notions sont définies par l'article liminaire du Code de la consommation et concernent respectivement une personne physique et une personne morale qui « agit à des fins qui n'entrent pas dans le cadre de son activité commerciale, industrielle, artisanale, libérale ou agricole ».

¹⁹⁷¹ C. consom., art. L. 212-1 et s.

¹⁹⁷² C. consom., art. L. 241-1.

¹⁹⁷³ « Dans les contrats conclus entre des professionnels et des consommateurs, sont présumées abusives au sens des dispositions des premier et cinquième alinéas de l'article L. 212-1, sauf au professionnel à rapporter la preuve contraire, les clauses ayant pour objet ou pour effet de :

[...]

10° Supprimer ou entraver l'exercice d'actions en justice ou des voies de recours par le consommateur, notamment en obligeant le consommateur à saisir exclusivement une juridiction d'arbitrage non couverte par des dispositions légales ou à passer exclusivement par un mode alternatif de règlement des litiges ».

redondantes. Sauf à considérer qu'étant abusive, la clause compromissoire est inexistante¹⁹⁷⁴ et ne peut bénéficier à aucun des contractants. Dans ce cas, la partie faible perd l'option que lui reconnaît l'article 2061 lui permettant de choisir entre le juge étatique et le tribunal arbitral. D'aucuns objecteront, à juste titre, que la partie qui bénéficie de la règle dispose de la faculté d'y renoncer et ainsi de recouvrer l'option. La stipulation d'une clause compromissoire dans un contrat de consommation est d'autant plus périlleuse que le juge européen a estimé que le caractère abusif peut être soulevé, et ce même pour la première fois, à l'occasion d'un recours en annulation de la sentence arbitrale¹⁹⁷⁵. En toute hypothèse, la clause compromissoire insérée dans un contrat de finance islamique qualifiable de contrat de consommation n'est effective que si elle est approuvée par la partie faible. Plus largement, il faut encore envisager qu'une telle clause puisse être abusive en présence d'un contrat d'adhésion. Il est de notre avis, qu'entre professionnels, parties à un contrat islamique, il n'existe qu'un risque marginal que la clause compromissoire engendre un déséquilibre significatif au sens des articles 1171 du Code civil et L. 442-1, I, 2° du Code de commerce¹⁹⁷⁶.

386 Le droit islamique comme loi applicable au fond du litige. L'article 1478 du Code de procédure civile prévoit que « *le tribunal arbitral tranche le litige conformément aux règles de droit, à moins que les parties lui aient confié la mission de statuer en amiable composition* ». Dans sa thèse, Mme Laura VARAINE affirme que l'emploi du mot « droit » plutôt que de celui de « loi » autorise l'arbitre à statuer en application de normes non étatiques¹⁹⁷⁷. Au soutien de son argumentation, l'auteur estime que si les parties sont libres d'instituer l'arbitre en tant qu'amiable compositeur, elles peuvent « *a fortiori, le charger de trancher le litige sur la base d'une règle de droit, nonobstant son origine* »¹⁹⁷⁸. Ce serait d'autant plus vrai que le juge étatique se montrerait favorable à l'arbitrage rendu sur le fondement de règles religieuses comme l'illustre un arrêt de la cour d'appel de Paris du 11 décembre 2012¹⁹⁷⁹. En l'espèce, la cour était saisie d'un recours en annulation dirigé contre la sentence arbitre à laquelle

¹⁹⁷⁴ Sur le réputé non écrit et ses effets, v. nos développements au chapitre suivant.

¹⁹⁷⁵ CJCE, 26 oct. 2006, aff. C-168/05, *Elisa María Mostaza Claro c/ Centro Móvil Milenium SL*, D. 2006.2910, obs. V. Avena-Robardet, *ibid.*3026, obs. T. Clay, *ibid.* 2007.2562, obs. L. d'Avout et S. Bollée, *Rev. arb.* 2007.109 note L. Idot, *RTD civ.* 2007.633, note Ph. Théry.

¹⁹⁷⁶ Sur l'évocation de ce risque, v. COMBET, Mathieu, « Des nouvelles clauses compromissoires dans les contrats du XXI^e siècle », *RLDA*, p. 21.

¹⁹⁷⁷ VARAINE, Laura, *La religion du contractant*, LGDJ, 2019, paragr. 60.

¹⁹⁷⁸ *Ibid.*

¹⁹⁷⁹ Paris, Pôle 1, ch. 1, 11 déc. 2012, n°11/17477

il était reproché un défaut de motivation. Après avoir constaté que les parties avaient conféré à l'arbitre mission de statuer selon les principes de la loi juive, la cour fait droit à la demande au motif que la sentence ne fait mention d'aucun des préceptes retenus par le tribunal arbitral pour fonder sa décision. Une difficulté surgit dans un tel cas de figure, la juridiction étant tenue, lorsqu'elle annule la sentence arbitre, de statuer sur le fond du litige à moins que les parties expriment une volonté contraire¹⁹⁸⁰. Selon Mme Laura VARAINE, le juge serait tenu, dans cette situation, de « *statuer conformément au droit confessionnel choisi par les parties* » et « *il lui reviendrait de déterminer le contenu du droit applicable* »¹⁹⁸¹.

387 Réfutation des arguments en faveur de la désignation de normes religieuses.

Les arguments développés par Mme Laura VARAINE tendent à démontrer qu'il serait admis que les parties donnent mission au juge de statuer sur le fondement du droit islamique. Bien que l'analyse soit séduisante, elle prête le flanc à la critique sur l'ensemble des points évoqués. Contrairement à ce qui a été affirmé, les rédacteurs de l'article 1478 du Code de procédure civile n'ont pas entendu admettre, à travers l'emploi du terme « droit », que la sentence soit rendue sur le fondement de normes non étatiques. C'est ici le droit interne qui est visé¹⁹⁸² et il suffit, pour s'en convaincre, de s'intéresser aux dispositions concernant l'arbitrage international. En ce domaine, l'article 1511 al. 1er du Code de procédure civile dispose : « *le tribunal arbitral tranche le litige conformément aux règles de droit que les parties ont choisies ou, à défaut, conformément à celles qu'il estime appropriées* ». Il est explicitement fait référence à la possibilité pour les parties de choisir un droit autre qu'interne. La différence de rédaction n'est pas fortuite et suppose qu'une telle faculté n'est pas ouverte à propos de l'arbitrage interne. Celle-ci ne saurait non plus être déduite de l'admission de l'amiable composition qui, si elle permet de s'affranchir des règles de droit, mais pas de celles impératives¹⁹⁸³, contraint le tribunal arbitral à motiver sa

¹⁹⁸⁰ C. proc. civ., art. 1493.

¹⁹⁸¹ VARAINE, Laura, *op. cit.*, paragr. 61.

¹⁹⁸² RACINE, Jean-Baptiste, *Droit de l'arbitrage*, PUF, 2016, paragr. 742. Le Pr Jean PAILLUSSEAU écrit à ce sujet que « *l'affirmation qu'un litige sera tranché « conformément aux règles de droit » ne pose guère de problème de sens* », PAILLUSSEAU, Jean, « Arbitrage : le choix entre le droit et l'équité », *JCP G* 2006, doct. 108, paragr. 2. V. aussi, LOQUIN, Eric, *JCl. Procédure civile*, fasc. 1038, ARBITRAGE– Instance arbitrale– Arbitrage de droit et amiable composition.

¹⁹⁸³ La mission de statuer en amiable composition ne saurait dispenser le tribunal arbitre de la prise en considération des règles d'ordre public. A défaut, la sentence ne pouvait être revêtue de l'exequatur et encourrait l'annulation, v. C. proc. civ., art. 1488 et 1492, 5°.

décision au regard de l'équité¹⁹⁸⁴ et non d'éventuelles normes non étatiques choisies par les parties. Par ailleurs, l'existence de l'amiable composition ne saurait justifier que l'arbitre de droit se prononce sur la base de normes religieuses. Mais que penser alors de l'arrêt de la cour d'appel de Paris du 11 décembre 2012¹⁹⁸⁵ qui a prononcé la nullité de la sentence arbitrale parce qu'elle ne faisait aucune référence aux préceptes de la loi juive sur laquelle elle prétendait se baser. Il est vrai que la cour retient que les parties ont conféré « *au tribunal arbitral mission de statuer selon les principes du Choulhan Arourh* ». Il n'est toutefois fait nulle mention dans la décision du type d'arbitrage choisi par les parties puisqu'il n'est pas utile pour le juge de le préciser, le défaut de motivation suffisant à annuler la sentence. Il est permis de supposer qu'en désignant la chambre arbitrale rabbinique pour régler leur litige, les parties ont entendu lui donner mission de statuer en amiable composition. La motivation de la cour d'appel serait alors critiquable en ce qu'elle ne retient pas l'absence de référence à l'équité mais aux préceptes religieux¹⁹⁸⁶. Si au contraire, la cour a estimé que les parties ont opté pour un arbitrage en droit, la décision est contestable en ce qu'elle aurait pu contraindre le juge étatique à se prononcer à l'aune de normes purement religieuses. En l'espèce, la cour s'est fondée sur le règlement arbitral pour en déduire que les parties avaient manifesté la volonté que la juridiction étatique ne se prononce pas sur le fond du litige¹⁹⁸⁷. Un arrêt postérieur de la cour d'appel de Paris éclaire sur la possibilité pour le tribunal arbitral de statuer sur la base de normes religieuses¹⁹⁸⁸. Les faits dans cette affaire étaient analogues à ceux de la décision citée précédemment. La cour devait connaître d'un recours en annulation reprochant, à une sentence arbitrale rendue par la chambre arbitrale rabbinique, un défaut de motivation. Dans une composition en tout point similaire à celle de l'arrêt du 11 décembre 2012¹⁹⁸⁹, la cour a affirmé : « *qu'en l'espèce, les parties ont, en signant le compromis par lequel elles ont choisi de soumettre leur différend à la chambre arbitrale rabbinique, conféré expressément au*

¹⁹⁸⁴ Civ. 2^e, 10 juill. 2003, n° 01-16.964, D. 2003. Somm. 2474, obs. Thomas Clay; RTD com. 2003. 698, obs. Eric Loquin; RTD com. 2004. 254, obs. Eric Loquin; JCP E 2004. 112, note Chabot; JCP 2004. I. 119, no 4, obs. Christophe Seraglini; Rev. arb. 2003. 1361, obs. Gérard Betto.

¹⁹⁸⁵ Paris, Pôle 1, ch. 1, 11 déc. 2012, n°11/17477, Rev. arb. 2013.286.

¹⁹⁸⁶ « *considérant qu'alors que la sentence énonce que la cour rabbinique statue selon la loi de la Torah, celle-ci ne contient pour autant aucune mention des préceptes retenus par le tribunal arbitral pour fonder sa décision[...]* ».

¹⁹⁸⁷ « *Considérant qu'il résulte des dispositions de l'article 8 c) du Règlement de la Chambre arbitrale rabbinique auquel les parties ont accepté de se soumettre aux termes du compromis qu'elles ont signé que la désignation de la Chambre pour juger et trancher un litige implique que les parties renoncent à ce que la juridiction d'appel de droit commun, saisie d'un recours en annulation, statue sur le fond si la sentence émise par la Chambre Arbitrale Rabbinique en cause est annulée.*

Considérant qu'au regard de la volonté exprimée par les parties, il n'y a pas lieu, dès lors, de statuer sur le fond. »

¹⁹⁸⁸ Paris, Pôle 1, chambre 1, 3 déc. 2013, n°11/20285, Rev. arb. 2014.214.

¹⁹⁸⁹ L'ensemble des magistrats s'étant prononcé dans la première décision siégent dans l'affaire concernant la seconde.

tribunal arbitral mission de statuer en amiable compositeurs ». La précision est notable et a permis d'affirmer, sans que le doute soit possible, que si les parties entendent soumettre leur litige à des normes religieuses, elles doivent opter pour l'amiable composition. Il est à nouveau fait droit au recours en annulation mais dans des termes qui marquent une évolution de la motivation. Les juges ne sanctionnent plus l'absence de références aux préceptes religieux retenus mais aux éléments de faits et de droit ainsi qu'à l'équité¹⁹⁹⁰. Les critiques adressées à la précédente décision n'ont pas à être renouvelées. En retenant qu'en désignant la chambre arbitrale rabbinique, les parties avaient nécessairement choisi l'amiable composition, la cour d'appel évite un écueil majeur. Si elle avait été amenée à se prononcer sur le fond du litige, elle n'aurait été tenue de se prononcer qu'au regard de l'équité et non des normes confessionnelles.

388 L'amiable composition : un mode de soumission indirecte à la charia. Le Code de procédure civile emploie à plusieurs reprises l'expression « amiable composition » sans jamais la définir¹⁹⁹¹. La jurisprudence l'associe à l'équité¹⁹⁹² à l'égard de laquelle les juristes sont traditionnellement méfiants parce qu'elle se distingue du droit. Cette hostilité explique que l'arbitrage en droit soit conçu comme le principe et l'amiable composition comme une exception qui ne peut résulter que de la volonté des parties¹⁹⁹³. Affirmer que l'amiable composition est synonyme d'équité ne palie pas l'absence de définition légale.

Dans le langage commun l'équité désigne, selon le *Trésor de la langue française*, l'« *appréciation juste, le respect absolu de ce qui est dû à chacun* ». Portalis, à l'occasion du *Discours préliminaire du premier projet de code civil*, soulignait que « *le mot équité est susceptible de diverses acceptions* »¹⁹⁹⁴. Le Pr Jacques BEGUIN y voit

¹⁹⁹⁰ « *Que cette décision qui ne comporte aucun énoncé des éléments de fait et de droit sur lesquels le tribunal arbitral s'est déterminé et qui ne fait pas davantage référence à des motifs tirés de l'équité retenus par celui-ci pour fonder sa décision, ne répond pas à l'exigence de motivation imposée par les textes précités* ».

¹⁹⁹¹ C. proc. civ., art. 12, 1478, 1490 et 1512.

¹⁹⁹² Civ. 2^e, 15 févr. 2001, n° 98-21.324, Bull. civ. II, n°26 : D. 2001. 2780, note Rontchevsky; JCP 2002. II.10038, note Chabot; *Procédures* 2001, n° 78, obs. Perrot; *Rev. arb.* 2001. 135, note Loquin; *Dr. et patr.* 2008. 122, obs. Mestre ; Civ. 1^{re}, 28 nov. 2007, n° 06-16.835, Bull. civ. I, n°369; D. 2008. AJ 26, obs. (crit.) Delpech; *ibid.* 2008.Pan.187, obs. Clay; JCP 2007.Actu. 312, obs. Béguin; *ibid.* 2008. I. 164, n° 1, obs. Béguin; LPA 24-25 mars 2008, p. 14, note Jaeger; *RTD com.* 2008. 521, obs. Loquin; *Rev. arb.* 2008. 99, note Chantebout; *RJ com.* janv.-févr. 2008, p. 57, obs. Moreau ; Civ. 1^{er}, 12 juin 2014, n°13-18.596, *inédit*.

¹⁹⁹³ Le Pr Éric LOQUIN justifie la présomption d'arbitrage en droit par des considérations historiques et sociologiques. La codification de l'arbitrage se produit à une époque de primauté de la loi et de suspicion à l'égard d'une institution dont le nom évoque l'arbitraire. A cela s'ajoute l'attachement des milieux d'affaires à la règle de droit qui confère une sécurité juridique dans les litiges d'une certaine importance. V., LOQUIN, Eric, *JCl. Procédure civile*, fasc. 1038, ARBITRAGE– Instance arbitrale– Arbitrage de droit et amiable composition, paragr. 10 et s.

¹⁹⁹⁴ PORTALIS, *Discours préliminaire au premier projet du code civil*.

une notion « *aux confins du juridique* »¹⁹⁹⁵. D'après l'auteur, « *l'arbitrage « en équité » est une solution apportée par l'arbitre à une situation particulière, en fonction de son particularisme, par une détermination qui trouve son origine, soit dans une conviction personnelle de l'arbitre, soit dans la référence à son système de valeurs, quelle qu'en soit la « source » : objective (la loi « naturelle » , la loi « divine » ou la « morale kantienne » , par exemple) ou subjective (Code personnel de conduite, par exemple) »¹⁹⁹⁶. La Cour de cassation définit plus sobrement l'équité en considérant que statuer en amiable composition consiste en « *la recherche de la solution la plus juste* »¹⁹⁹⁷. Équité et droit sont deux notions différentes qui ne s'excluent pas nécessairement pour autant. Ainsi l'équité est susceptible d'intervenir dans une décision rendue en droit¹⁹⁹⁸ et réciproquement. Le choix de l'amiable composition n'exclut pas que le tribunal arbitral puisse se référer à des règles de droit dès lors qu'elles sont en accord avec l'équité¹⁹⁹⁹. Il ne peut d'ailleurs complètement les ignorer puisqu'il est tenu au respect des règles d'ordre public, sans quoi la sentence encourt l'annulation²⁰⁰⁰. Le tribunal arbitral expose encore sa décision à une telle sanction²⁰⁰¹ s'il ne justifie pas l'usage de la règle de droit au regard de l'équité. La jurisprudence s'est montrée particulièrement sévère sur ce point²⁰⁰² avant de tempérer son exigence²⁰⁰³. Le principe demeure néanmoins, il doit ressortir de la sentence que le tribunal arbitral s'est effectivement prononcé à l'aune de l'équité²⁰⁰⁴, une simple référence liminaire ne pouvant satisfaire à cette condition²⁰⁰⁵. En raisonnant par analogie, il faut envisager que le tribunal arbitral qui entend se référer à des règles islamiques doive s'expliquer sur leur conformité à l'équité. La cour d'appel de Paris, dans son arrêt du 3 décembre 2013, a d'ailleurs prononcé l'annulation de la sentence*

¹⁹⁹⁵ BEGUIN, Jacques, « L'étonnante liberté de l'arbitre amiable compositeur » in PUECH Marc (dir.), *De code en code*, Dalloz, 2009, paragr. 4.

¹⁹⁹⁶ *Ibid.*, paragr. 7.

¹⁹⁹⁷ Civ. 2e, 28 févr. 1990, n°88-16.831, Bull. civ. II, n°44.

¹⁹⁹⁸ A titre d'illustration, l'équité est citée dans cinq articles du Code civil au nombre desquels l'article 1194 : « *Les contrats obligent non seulement à ce qui y est exprimé, mais encore à toutes les suites que leur donnent l'équité, l'usage ou la loi* ».

¹⁹⁹⁹ Civ. 2e, 15 févr. 2001, n° 98-21.324, Bull. civ. II, n°26, précité.

²⁰⁰⁰ C. proc. civ., art. 1492, 5°.

²⁰⁰¹ C. proc. civ., art. 1492, 3° et 6°.

²⁰⁰² Civ. 2e, 15 févr. 2001, n° 98-21.324, Bull. civ. II, n°26, précité.

²⁰⁰³ Civ. 2e, 8 juill. 2004, n°02-19.382, JCP 2004. I.179, n° 4, obs. Seraglini ; Civ. 1re, 28 nov. 2007, n° 06-16.835, Bull. civ. I, n°284 : D. 2008. AJ 26, obs. (crit.) Delpech; *ibid.* 2008. Pan. 187, obs. Clay; JCP 2007. Actu. 312, obs. Béguin; *ibid.* 2008. I. 164, n° 1, obs. Béguin; LPA 24-25 mars 2008, p. 14, note Jaeger; RTD com. 2008. 521, obs. Loquin; Rev. arb. 2008. 99, note Chantebout; RJ com. janv.-févr. 2008, p. 57, obs. Moreau. Dans ces deux affaires, l'absence de mention explicite de l'équité n'a pas constitué une cause d'annulation de la sentence.

²⁰⁰⁴ Civ. 1re, 1er févr. 2012, n° 11-11.084, Bull. civ. I, n°14: BICC 15 mai 2012, n° 645; D. 2012. Actu. 446, obs. Delpech; JCP 2012.201, note Béguin; Procédures 2012, n° 73, note Weiller; Rev. jur. com. 2012.41, note Deharo; RLDA 2012.3988, obs. Désérable.

²⁰⁰⁵ Civ. 1re, 24 mai 2018, n° 17-18.796, Gaz. Pal. 24 juill. 2018, p. 23, obs. D. Bensaude, D. 2018.2448, note T. Clay, JCP G 2018, doct. 1322, note Ch. Seraglini.

rendue par la chambre arbitrale rabbinique parce que, parmi d'autres lacunes, elle ne comportait aucune référence à des motifs tirés de l'équité²⁰⁰⁶. Dès lors qu'une telle motivation est présente, il est loisible à l'arbitre de faire usage de normes religieuses. Cette faculté devrait même se muer en obligation dans le cas où les parties ont spécifiquement désigné un tribunal arbitral islamique et ce en raison du fondement contractuel de l'arbitrage. L'arbitre est en effet tenu de rechercher une solution conforme à la volonté commune des parties²⁰⁰⁷. Au regard des jurisprudences évoquées, il apparaît toutefois qu'il suffise que la sentence soit motivée en équité pour qu'elle soit exempte de critiques.

389 Opportunité de recourir à l'amicable composition. Confier à l'arbitre la mission de statuer en amiable composition est, en droit interne, un moyen de régler un litige conformément aux normes islamiques mais est-ce pour autant un choix judicieux ? Il présente l'avantage de répondre aux préoccupations liées à l'application des règles de droit interne à des contrats appartenant à un autre système juridique. En présence d'une innovation contractuelle, qualification attribuable à un contrat de finance islamique, le Pr Jean PAILLUSSEAU considère que l'amicable composition est le moyen le plus sûr de résolution du litige²⁰⁰⁸. Il indique à ce titre avoir cofondé un centre d'arbitrage parce que son cabinet de conseil « réalisait très régulièrement des opérations comportant d'importantes innovations juridiques pour lesquelles il n'y avait aucun régime juridique établi »²⁰⁰⁹. En optant pour l'amicable composition, les parties se prémunissent, en partie, contre l'application au contrat d'un régime juridique inadapté et de l'évolution éventuelle de certaines règles. Elles n'évincent pas pour autant tout risque d'incertitude quant aux normes appliquées. Le tribunal arbitral bénéficie d'une latitude conséquente puisqu'il n'est contraint que par le respect d'une motivation en équité, son appréciation n'étant pas susceptible de conduire à l'annulation de la sentence. Le choix de l'amicable composition suppose une grande confiance dans l'arbitre²⁰¹⁰ puisque les parties ne peuvent contester la sentence au seul motif qu'il a été fait usage de règles qui ne les satisfont pas. Afin d'éviter un tel écueil, il est crucial

²⁰⁰⁶ Paris, Pôle 1, chambre 1, 3 déc. 2013, n°11/20285, *Rev. arb.* 2014.214, précité.

²⁰⁰⁷ BEGUIN, Jacques, « L'étonnante liberté de l'arbitre amiable compositeur » in PUECH Marc (dir.), *De code en code*, Dalloz, 2009, paragr. 26.

²⁰⁰⁸ PAILLUSSEAU, Jean, « Arbitrage : le choix entre le droit et l'équité », *JCP G* 2006, doctr. 108, paragr. 17 et s.

²⁰⁰⁹ *Ibid.*, note n°22.

²⁰¹⁰ LOQUIN, Eric, *JCl. Procédure civile*, fasc. 1038, ARBITRAGE– Instance arbitrale– Arbitrage de droit et amiable composition, paragr. 12.

que soit désigné un tribunal arbitral dont le règlement énonce que le litige sera tranché conformément à des normes islamiques ou du moins que la convention d'arbitrage le prévoit. Le risque ressurgit dès lors que le juge étatique est amené à connaître d'un recours exercé contre la sentence. Par principe, l'appel est fermé à moins que les parties ne manifestent une volonté contraire²⁰¹¹. Il serait peu judicieux de conseiller aux parties d'ouvrir la possibilité d'un appel contre la sentence arbitrale puisque la cour serait amenée à statuer en amiable composition sur le fond du litige²⁰¹². Si l'équité peut justifier que l'arbitre se réfère à des normes religieuses, il est peu probable que le juge étatique en fasse de même. La conception qu'a ce dernier de la notion d'équité risque d'aboutir à une décision que les parties ne pourront pas remettre en cause. Pour cette raison, il serait préférable que les parties renoncent à ce que la juridiction saisie d'un recours en annulation puisse se prononcer sur le fond du litige comme l'autorise le Code de procédure civile²⁰¹³. Cette renonciation a pu être déduite des dispositions du règlement d'arbitrage auquel les parties ont accepté de se soumettre²⁰¹⁴.

Soumettre le litige à l'arbitrage plutôt qu'au juge étatique soulève une difficulté pratique liée au nombre restreint d'experts disposant de connaissances tant en droit islamique qu'en droit des affaires. Dans leur rapport consacré à la finance islamique, Elyès JOUINI et Olivier PASTRE ont mis en exergue le manque de tel spécialistes²⁰¹⁵. Les auteurs estiment qu'il faut quinze ans pour former un expert en finance islamique²⁰¹⁶, ce qui limite d'autant le nombre d'arbitres disponibles.

390 Conclusion section 1. Dans le cadre d'une situation interne, les parties se voient reconnaître la faculté de stipuler une clause d'*electio juris*. Au-delà du choix d'un texte de droit interne, l'article 3 du règlement Rome I admet la désignation d'un système juridique étranger dans la limite du respect des règles impératives du droit français. Ce libéralisme se limite au choix de la loi d'un Etat et ne permet pas que le contrat soit soumis, à titre conflictuel, à des normes non étatiques tels le droit islamique ou les normes de l'AAOIFI. Rien n'empêche cependant les parties d'incorporer de telles normes mais celles-ci n'auront que la force de stipulations contractuelles. En présence

²⁰¹¹ C. proc. civ., art. 1489.

²⁰¹² C. proc. civ., art. 1490, al. 2.

²⁰¹³ C. proc. civ., art. 1493.

²⁰¹⁴ Paris, Pôle 1, ch. 1, 11 déc. 2012, n°11/17477, *Rev. arb.* 2013.286 ; Paris, Pôle 1, chambre 1, 3 déc. 2013, n°11/20285, *Rev. arb.* 2014.214.

²⁰¹⁵ JOUINI, Elyès, PASTRE, Olivier, MESTRALLET, Gérard *et al.*, *La finance islamique*, Economica, 2009, p. 33.

²⁰¹⁶ *Ibid*, p. 59.

d'une convention d'arbitrage interne, la clause d'*electio juris* ne produit pas d'effet. Les normes religieuses ne peuvent pas être désignées directement comme loi applicable au fond du litige mais rien n'interdit à un tribunal arbitral islamique, qui a reçu mission de statuer en amiable compositeur, d'en faire usage. L'intégration des principes islamiques par soumission dans le contrat interne n'est pas impossible mais elle passe nécessairement par le choix d'un droit étatique les reconnaissant. L'étude doit être étendue au contrat international, domaine dans lequel le principe d'autonomie de la volonté trouve à s'exprimer plus amplement.

Section 2 : L'intégration par soumission dans le contrat international

391 Une effectivité variable selon le mode de résolution du litige. Désigner le droit islamique comme loi applicable au contrat est *a priori* la solution la plus pertinente pour s'assurer du respect des préceptes islamiques. Un tel choix pose toutefois plusieurs difficultés et expose les contractants à un risque. D'abord parce que, nous l'avons vu, les règles charaïques sont difficiles à déterminer tant elles peuvent varier d'un courant à l'autre²⁰¹⁷. Ensuite, quid du comportement du juge étatique amené à se prononcer sur les effets d'une clause d'*electio juris* désignant un droit qu'il ne maîtrise pas. Cette raison n'est pas étrangère à l'ineffectivité de la soumission au droit islamique devant le juge étatique (I). Le recours à l'arbitrage apparaît préférable parce qu'offrant une plus grande latitude mais ne permet pas de surmonter les obstacles liés aux lacunes et à la diversité de la charia. Il semble néanmoins le mode le plus adapté à la résolution des litiges internationaux de finance islamique en ce que la soumission à la charia est effective devant le tribunal arbitral (II).

I] Une soumission ineffective devant le juge étatique

392 A défaut de décision des juridictions françaises quant à la portée de la charia comme loi régissant le contrat, il est intéressant de faire une analogie avec les cas auxquels ont été confrontés les juges anglais (A). Ces derniers ont systématiquement

²⁰¹⁷ V. l'introduction de notre étude.

neutralisé, au profit de leur droit national, toute clause se référant à la Charia. Une étude fondée sur la jurisprudence et le règlement Rome I amène à affirmer que le juge français devrait adopter une attitude similaire **(B)**.

A) Le rejet de la soumission à la charia par le juge anglais

393 Deux décisions illustratrices de la position anglaise. Au début des années 2000, les juridictions anglaises ont eu à connaître de contrats faisant une référence explicite à la charia. Deux décisions, dites *Symphony Gems* (1) et *Beximco* (2) ont marqué les esprits et illustrent le risque encouru par les parties en cas d'élection du droit islamique²⁰¹⁸.

*1) Islamic Investment Company of the Gulf (Bahamas) Ltd. v. Symphony Gems N.V. & Ors*²⁰¹⁹

394 Un contrat islamique soumis au droit anglais. La décision dite *Symphony Gems* du 13 février 2002 de la Cour commerciale a amené le juge anglais à se prononcer sur un contrat *murabaha* renouvelable dont les parties ont voulu qu'il soit respectueux de la charia²⁰²⁰. Le cas est inédit, jamais auparavant une juridiction anglaise n'avait eu à connaître d'une transaction financière islamique²⁰²¹. Le contrat comportait une clause désignant expressément le droit anglais pour régir et interpréter le contrat²⁰²². Une autre attribuait compétence aux juridictions d'Angleterre pour connaître des litiges liés au contrat ainsi qu'à ceux qui viendraient à la suite. Par un contrat en date du 27 janvier 2000, l'Islamic Investment Company of the Gulf (IICG) était chargée d'acheter des pierres précieuses à un tiers pour ensuite les revendre avec une marge bénéficiaire à

²⁰¹⁸ V. par ex. : MAKHLOUF, Amel, *L'émergence d'un droit international de la finance islamique*, IRJS éditions, 2015, paragr. 279-289 BOUHARATI, Bahya, *Les fonds islamiques en Europe*, Promoculture Larcier, 2016, paragr. 334 LARAMÉE Jean-Paul (dir.), *La finance islamique à la française*, Secure finance :, 2008, p. 210.

²⁰¹⁹ High Court of Justice, Queen's Bench Division, Commercial Court, 13 fév. 2002, *Islamic Investment Company of the Gulf (Bahamas) Ltd. v. Symphony Gems N.V. & Ors*.

²⁰²⁰ "The Purchaser wishes to deal with the Seller for the purpose of purchasing Supplies (as hereinafter defined) under this Agreement in accordance with the Islamic Shariah", "(B) The Purchaser wishes to request the Seller to purchase the Supplies and sell them to the Purchaser through a Morabaha arrangement and the Seller is willing to make such purchases and sell the Supplies to the Purchaser on the terms and subject to the conditions set out herein." V. note précédente.

²⁰²¹ MOGHUL, Umar, AHMED, Arshad, « Contractual Forms in Islamic Finance Law and Islamic Inv. Co. of the Gulf (Bahamas) Ltd. v. Symphony Gems N.V. & Ors.: A First Impression of Islamic Finance », *Fordham International Law Journal*, 2003, vol. 27, n°1, p. 184

²⁰²² Clause 25 : *This Agreement and each Purchase Agreement shall be governed by, and shall be construed in accordance with, English law.*

Symphony Gems (Symphony). En février 2000, Symphony a identifié un négociant à Hong Kong en tant que fournisseur et a adressé deux offres à l'IICG qui les a acceptées. Cette dernière a procédé au paiement du fournisseur mais n'a reçu aucune des sommes dues au titre de la *murabaha* par Symphony. L'IICG s'est prévalu de la sûreté dont elle bénéficiait mais a réclamé paiement du montant restant à Symphony devant la Commercial Court de Londres.

395 La primauté du droit anglais sur la référence à la charia. Parmi les moyens de défense, l'acheteur faisait valoir que le contrat de *murabaha* ne respectait pas les règles islamiques propres à ce contrat. Or, les parties avaient voulu que leur transaction soit en accord avec la charia. La nature islamique du contrat était d'ailleurs mise en avant par l'une des parties pour justifier la nullité du contrat. Le juge anglais a relevé qu'un contrat *murabaha* doit, en droit islamique, respecter strictement les préceptes charaïques²⁰²³. Il a pourtant fait fi de l'argument du défenseur pour retenir que, par la clause 25, les parties ont expressément soumis le contrat au droit anglais et qu'il convenait donc de se prononcer uniquement au regard de celui-ci²⁰²⁴.

396 Une solution en demi-teinte. La décision, si elle peut paraître logique au regard du conflit de lois, est critiquable à double titre. D'abord parce qu'elle méconnaît la volonté des parties de conclure un accord respectueux des principes islamiques. La décision est exempte d'objections en ce qui concerne l'application de la règle de conflit de lois mais ne pouvait-on pas considérer que les parties avaient incorporé la charia au contrat ? Il est, en outre, paradoxal de constater, à la lecture de la décision, que le juge anglais a bénéficié de l'avis d'un expert en droit islamique qui a estimé que le contrat ne respectait pas les conditions de validité de la *murabaha*²⁰²⁵. Le juge s'est rangé à l'avis de l'expert avant de préciser que le contrat étant soumis au droit anglais, il lui appartenait de l'interpréter selon ce droit.

²⁰²³ « *The Morabaha contract is intended in Islamic law to be a contract which complies strictly with the requirements of the Sharia* ».

²⁰²⁴ « *However, it is important to note — indeed, in my judgment, it is absolutely critical to note — that the contract with which I am concerned is governed not by Shariah law but by English law [...]* Furthermore, it is a contract governed by English law. I must simply construe it according to its terms as an English law contract »

²⁰²⁵ « *The fact is that, as Dr. Samaan states and as I have no reason to think is in any way inaccurate, this contract does not have the essential characteristics of a Morabaha contract* ».

La position du juge anglais peut se justifier par la volonté de privilégier son droit en présence d'un contrat qui le désigne expressément. Pouvait-on déduire de la volonté des parties de respecter la charia une clause d'*electio juris*? *A priori* la désignation du droit anglais exclut cette hypothèse et un contrat ne saurait être soumis à deux lois simultanément. La rédaction de la clause 25 s'interpréterait comme le choix exclusif du droit anglais au détriment de tout autre²⁰²⁶ ; la référence à la charia se limiterait alors à une simple contrainte d'ordre moral et non à une incorporation. Un tel raisonnement est difficile à soutenir sachant que les parties ont conclu une *murabaha*, contrat islamique par nature, et qu'elles ont exprimé le souhait de respecter la charia. Le juge aurait pu retenir l'incorporation de la charia, à moins que le droit anglais n'exclue cette faculté ; ce que le jugement ne précise pas. Il semble que la décision puisse s'expliquer par la logique du juge qui a appliqué un droit qu'il connaît au détriment d'un autre qui lui est étranger. A ce titre, Umar MOGHUL et Arshad AHMED estiment qu'une juridiction islamique aurait fait de même en écartant le droit anglais au profit du droit islamique²⁰²⁷.

2) *Shamil Bank of Bahrain EC v Beximco Pharmaceuticals Ltd*²⁰²⁸

397 Deux contrats *murabaha* à la rédaction ambiguë. La cour d'appel de Londres a été saisie le 28 janvier 2004 d'un litige lié à l'exécution de deux contrats *murabaha*. En l'espèce, la banque bahreïnienne Shamil avait conclu deux contrats avec deux compagnies pharmaceutiques bangladaises appartenant au groupe Beximco. Par ces contrats, l'une des compagnies pharmaceutiques, agissant en tant qu'agent de la banque, devait acquérir des biens qu'elle revendrait ultérieurement à la seconde. Pour ce faire, la banque versait la somme nécessaire à son agent, à charge pour les deux compagnies de la rembourser ultérieurement. L'opération dissimulait un dévoiement du contrat afin de permettre à la compagnie pharmaceutique d'augmenter ses fonds de roulement²⁰²⁹. Là encore, l'intention des parties était sujette à interprétation en raison

²⁰²⁶ "This Agreement and each Purchase Agreement shall be governed by, and shall be construed in accordance with, English law"

²⁰²⁷ MOGHUL, Umar F., AHMED, Arshad A., « Contractual Forms in Islamic Finance Law and Islamic Inv. Co. of the Gulf (Bahamas) Ltd. v. Symphony Gems N.V. & Ors.: A First Impression of Islamic Finance », *Fordham International Law Journal*, 2003, vol. 27, n°1, p. 184

²⁰²⁸ Court of Appeal, 28 janv. 2004, *Shamil Bank of Bahrain EC v Beximco Pharmaceuticals Ltd*.

²⁰²⁹ *Ibid.*, paragr. 12.

d'une clause ambiguë. Elles avaient décidé de soumettre les contrats aux principes de la charia tout en précisant qu'ils devaient être régis et interprétés selon le droit anglais²⁰³⁰. La rédaction laissait sous-entendre que les contractants avaient stipulé une clause mixte. Un paiement seulement partiel du prix des *murabaha* a conduit la banque à ester devant la *High Court of Justice*.

398 Neutralisation de la référence à la charia en première instance. La clause d'*electio juris* constituait le moyen principal des débiteurs pour se défaire de leur obligation de paiement. Ils ont fait valoir que les contrats ne sauraient être valides parce qu'ils ne sont qu'un subterfuge destiné à déguiser un prêt à intérêt contraire à la charia²⁰³¹. La clause devait s'interpréter, selon eux, comme conditionnant l'exécution du contrat au respect tant des principes charaïques que du droit anglais²⁰³². L'argument n'a pas prospéré devant le juge qui a retenu que la charia ne saurait être désignée à titre de *lex contractus* au motif que la Convention de Rome n'autorisait que l'élection d'un droit étatique²⁰³³. La *High Court of Justice* a estimé que la référence à la charia n'était qu'une déclaration d'intention et que les parties n'avaient jamais eu la volonté de lui demander de se prononcer sur le caractère islamique du contrat, cette tâche relevant du comité religieux de la banque²⁰³⁴. L'application exclusive du droit anglais a amené les débiteurs à interjeter appel.

399 La soumission exclusive des contrats au droit anglais. Il incombait aux magistrats de la *Court of Appeal* de se prononcer sur la clause d'*electio juris*. Fallait-il voir dans la rédaction, un choix dualiste qui soumettait la validité des contrats tant au droit anglais qu'aux principes de la Charia ? La Cour retient, comme le concède l'avocat des appelants²⁰³⁵, que le contrat ne peut être soumis qu'à un seul droit, en l'espèce le droit anglais²⁰³⁶. Elle fonde son affirmation sur la Convention de Rome²⁰³⁷ dont l'article 1§1 précise que ses dispositions s'appliquent aux obligations

²⁰³⁰ Soumis aux principes de la sublime Charia, cet accord doit être régi et interprété selon le droit anglais : "*Subject to the principles of the Glorious Sharia'a, this Agreement shall be governed by and construed in accordance with the laws of England*".

²⁰³¹ Court of Appeal, 28 janv. 2004, *Shamil Bank of Bahrain EC v Beximco Pharmaceuticals Ltd*, paragr. 27.

²⁰³² *Ibid.*, paragr. 40.

²⁰³³ *Ibid.*

²⁰³⁴ *Ibid.*, paragr. 41.

²⁰³⁵ *Ibid.*, paragr. 42-43.

²⁰³⁶ *Ibid.*, paragr. 48.

²⁰³⁷ Convention de Rome de 1980 sur la loi applicable aux obligations contractuelles, *Journal officiel des Communautés Européennes*, n° C 027, 26/01/1998.

contractuelles dans les situations comportant un conflit de lois de différents pays²⁰³⁸. L'article 3.1 précise que le contrat est régi par la loi choisie par les parties. La Cour l'interprète à la lumière de l'article 3.3 qui fait référence au choix d'une « *loi étrangère* ». Elle déduit de la rédaction de ces articles que la loi désignée ne peut-être que celle d'un Etat et non un droit non étatique comme *la lex mercatoria*, les principes généraux du droit ou, en l'espèce, la charia.

400 Le rejet de l'incorporation de la charia au contrat. Conscient des limites imposées par la Convention de Rome, l'avocat des appelants suggérait d'interpréter la clause comme la volonté des parties d'incorporer, par référence, les principes chariaïques au contrat²⁰³⁹. Il arguait que les juridictions britanniques, avec l'assistance d'experts, étaient en mesure de déterminer et appliquer ces principes. Il reprochait, en outre, au juge de première instance d'avoir perçu la charia comme un corps de principes controversés. Ce qualificatif ne s'appliquerait ni au *riba* ni aux règles de validité de la *murabaha* qui seraient aisément identifiables ainsi que l'avait souligné un expert dans l'affaire *Symphony Gems*²⁰⁴⁰. Cet avis n'a pas été partagé par la *Court of Appeal* qui, si elle ne s'oppose pas à l'incorporation, a considéré que la clause ne faisait qu'une référence générale à la charia sans déterminer les principes que les parties avaient souhaité incorporer²⁰⁴¹.

La neutralisation de la référence à la Charia est révélatrice de la position anglaise. En première instance, la *High Court of Justice* avait estimé qu'il n'appartenait pas à une juridiction laïque de se prononcer sur des principes « *hautement controversés* » issus d'un droit religieux. Dans le cas contraire, la qualité du jugement aurait été impactée et ce n'est pas, selon le juge, ce que les parties auraient recherché en rédigeant la clause²⁰⁴². *La Court of Appeal* justifie davantage cette position en retenant que les principes chariatiques ne sont pas identifiés²⁰⁴³ et qu'il ne lui appartient pas de le faire²⁰⁴⁴, d'autant plus au regard de la diversité des écoles juridiques²⁰⁴⁵. Confronté à

²⁰³⁸ La précision en langue anglaise est absente de la version française du texte.

²⁰³⁹ Court of Appeal, 28 janv. 2004, *Shamil Bank of Bahrain EC v Beximco Pharmaceuticals Ltd*, paragr.43.

²⁰⁴⁰ *Ibid.*, paragr. 44-45.

²⁰⁴¹ *Ibid.*, paragr. 52.

²⁰⁴² High Court of Justice, Queen's Bench Division, Commercial Court, 1^{er} aout 2003, *Shamil Bank of Bahrain v. Beximco Pharmaceuticals Limited and Others*, paragr. 52.

²⁰⁴³ Court of Appeal, 28 janvier 2004, *Shamil Bank of Bahrain EC v Beximco Pharmaceuticals Ltd*, paragr. 52.

²⁰⁴⁴ *Ibid.*, paragr. 54

²⁰⁴⁵ *Ibid.*, paragr. 55

un droit religieux et hétérogène qui lui est étranger, le juge anglais a interprété la volonté des parties, quitte à la trahir.

401 Une solution logique au regard des règles de conflit de lois. Le raisonnement du juge anglais apparaît irréprochable comme l'écrit Me. Georges AFFAKI. L'auteur voit dans la rédaction de la clause un doute des parties quant au caractère normatif de la charia, au point qu'ils n'ont pu « *s'affranchir de l'ordre juridique étatique que constitue le droit anglais* ». Partant, le juge était fondé à ne retenir que la seule application de ce droit tel que l'ont voulu les parties²⁰⁴⁶. Des critiques pouvaient néanmoins être formulées à l'encontre de la décision de la *Court of Appeal*. Trois articles de la Convention ont permis au magistrat de construire son raisonnement. L'article 3.1 admet que les parties choisissent la loi applicable au contrat, ce qui autorise les clauses d'*electio juris*. La référence à « la loi étrangère » dans l'article 3.3 ne permet pas de déduire nécessairement le choix d'une loi nationale. La convention impose simplement que les « *dispositions impératives* », à savoir les lois de police du droit étatique désigné, soient respectées. La cour d'appel a fait sienne la démonstration du juge de première instance qui retenait que l'article 1.1 de la Convention fait référence à une loi nationale. Il est vrai que dans sa rédaction anglaise, cet article précise « *les dispositions de cette convention s'appliquent aux obligations contractuelles dans les situations impliquant un choix entre les lois de différents Etats* »²⁰⁴⁷. Or, il est intéressant de constater que la précision concernant « *les différents Etats* » est absente du texte en langue française²⁰⁴⁸, espagnole²⁰⁴⁹ ou encore italienne²⁰⁵⁰. On la retrouve toutefois dans les traductions en allemand et en néerlandais. On pourrait en déduire que la Convention de Rome reste volontairement ambiguë quant à la possibilité pour les parties de choisir un droit non étatique. Ainsi, elle permettrait tacitement un tel choix sans susciter l'opposition des pays membres.

²⁰⁴⁶ AFFAKI, Georges, « L'accueil de la finance islamique en droit français : essai sur le transfert d'un système normatif » in LARAMÉE Jean-Paul (dir.), *La finance islamique à la française*, Secure finance :, 2008, p. 165.

²⁰⁴⁷ Notre traduction de l'article 1.1 de la Convention de Rome en langue anglaise « *The rules of this Convention shall apply to contractual obligations in any situation involving a choice between the laws of different countries* ».

²⁰⁴⁸ « *Les dispositions de la présente convention sont applicables, dans les situations comportant un conflit de lois, aux obligations contractuelles* ».

²⁰⁴⁹ « *Las disposiciones del presente Convenio serán aplicables, en las situaciones que impliquen un conflicto de leyes, a las obligaciones contractuales* »

²⁰⁵⁰ « *Le disposizioni della presente convenzione si applicano alle obbligazioni contrattuali nelle situazioni che implicano un conflitto di leggi* »

Tel n'est pas l'avis de la doctrine, anglaise²⁰⁵¹ ou française²⁰⁵², qui voit dans la rédaction de la Convention de Rome l'obligation de désigner un droit étatique. Le juge anglais était ainsi parfaitement fondé à refuser la soumission des contrats à la charia au regard des règles de conflit de lois. La solution aurait été similaire sous l'empire du règlement Rome I dont il a été démontré qu'il adoptait une position similaire à la Convention de Rome²⁰⁵³. Le règlement est néanmoins favorable à l'incorporation de normes non étatiques, ce qu'a refusé la *Court of Appeal* à propos de la charia.

402 Une solution critiquable concernant l'incorporation. L'obligation de désigner une loi nationale prive-t-elle la clause de tout effet ? Gilles PILLET et Olivera BOSKOVIC suggèrent que la clause pouvait être interprétée comme donnant compétence à la loi anglaise sous réserve qu'elle respecte la charia²⁰⁵⁴. Les parties auraient désigné le droit anglais à titre conflictuel et incorporé matériellement la charia²⁰⁵⁵. En cela, la clause serait « *alors une figure originale combinant choix conflictuel et choix matériel que rien ne semble condamner* »²⁰⁵⁶. Pour M. Paul LAGARDE, la référence à un droit non étatique n'est pas exclue par la Convention de Rome mais la réception des règles dépend de la loi nationale désignée²⁰⁵⁷. De l'avis du Pr Daniel MAINGUY « *l'invocation de tels principes communs n'est pas sans effet, comme complément du choix exprès d'une loi, soit comme technique d'interprétation, soit pour combler les manques d'une législation interne* »²⁰⁵⁸. Or, les principes islamiques de droit des contrats sont compatibles avec les dispositions impératives anglaises. La juridiction anglaise ne s'est pas opposée à l'incorporation de normes non étatiques mais a refusé de faire produire effet à la clause en raison des difficultés

²⁰⁵¹ BRIGGS, Adrian, *The conflict of laws*, Oxford University Press, 2002, p. 159 DICEY, Albert Venn et MORRIS, John Humphrey Carlile, *Dicey and Morris on the conflict of laws. - 13th ed.*, 13^e éd., Sweet & Maxwell, 2000, p. 1223.

²⁰⁵² LAGARDE, Paul, « Le nouveau droit international privé des contrats après l'entrée en vigueur de la Convention de Rome du 19 juin 1980 », *Rev. crit. DIP*, 1991, p.287. ; LOQUIN, Eric, « Rome I et les principes et règles de droit matériel international des contrats » in CORNELOUP Sabine et JOUBERT Natalie (dir.), *Le règlement communautaire « Rome I » et le choix de loi dans les contrats internationaux*, Litec, 2011, p. 122 BÉGUIN Jacques et MENJUCQ Michel (dir.), *Droit du commerce international*, 2^e éd., LexisNexis, 2011, paragr. 657 CACHARD, Olivier, *Droit du commerce international*, LGDJ, 2008, paragr. 372.

²⁰⁵³ V. nos développements à la section précédente.

²⁰⁵⁴ PILLET, Gilles, BOSKOVIC, Olivera, « Rome I, choix de la loi et compatibilité avec la Chari'a » in CORNELOUP Sabine et JOUBERT Natalie (dir.), *op. cit.*, p. 199.

²⁰⁵⁵ Sur la notion d'incorporation matérielle, v. notamment JACQUET, Jean-Michel, « L'incorporation de la loi dans le contrat », *Tr. com. fr. dr. int. pr.*, 1993-1995, p. 23-47.

²⁰⁵⁶ PILLET, Gilles, BOSKOVIC, Olivera, *op. cit.*, p. 199.

²⁰⁵⁷ LAGARDE, Paul, « Le nouveau droit international privé des contrats après l'entrée en vigueur de la Convention de Rome du 19 juin 1980 », *Rev. crit. DIP*, 1991, p.287. Pour un avis similaire, v. JACQUET, Jean-Michel, « L'incorporation de la loi dans le contrat », *Tr. com. fr. dr. int. pr.*, 1993-1995, p. 29 ; BÉGUIN Jacques et MENJUCQ Michel (dir.), *Droit du commerce international*, 2^e éd., LexisNexis, 2011, paragr. 657.

²⁰⁵⁸ MAINGUY, Daniel, « Les opérations commerciales du commerce international » in BEGUIN, Jacques, MENJUCQ, Michel, *Droit du commerce international*, 2^e éd., 2011, paragr. 657.

inhérentes au contenu de la charia. Il était pourtant question, dans cette affaire, de l'un des principes islamiques le plus consensuel, le *riba*. Il semble que les raisons du refus de l'incorporation de la charia au contrat soient à rechercher dans la réticence d'un juge laïc à faire application de règles religieuses.

403 Réitération de la solution. La réticence du juge anglais à appliquer un droit d'essence religieuse est manifeste dans une décision de la Cour commerciale de la *High Court of Justice* de 2013 *Dubai Islamic Bank PJSC v PSI Energy Holding Company BSC*²⁰⁵⁹. On constate, à la lecture de la décision qui y fait une référence explicite²⁰⁶⁰, que la solution dégagée dans l'affaire *Beximco* est pérennisée. En l'espèce une clause soumettait l'accord au droit anglais dans la mesure où ce dernier respectait les principes de la charia²⁰⁶¹. A nouveau, le juge a appliqué exclusivement le droit anglais après avoir énoncé qu'un droit religieux ne peut jamais être la loi applicable à un contrat²⁰⁶². Au-delà des faits, il est intéressant de constater la gradation dans l'affirmation de la solution. Dans la décision *Symphony Gems*, le juge interprétait la clause de sorte qu'il allait de soi que les parties n'avaient désigné que le seul droit anglais. Avec l'affaire *Beximco*, la *Court of Appeal* prenait soin de justifier sa position au regard de la Convention de Rome et de l'absence de précisions quant aux principes chariatiques applicables. Désormais, la Cour commerciale de Londres neutralise la référence à la charia au seul motif qu'il s'agit d'un droit religieux. Le juge ne s'est pas attardé à justifier plus avant les raisons alors, qu'à nouveau, la question de l'incorporation des principes chariatiques aurait pu être posée.

L'expérience anglaise peut-elle servir à une étude prospective en droit français ? A défaut de décisions rendues en la matière on ne peut qu'extrapoler pour prédire le comportement du juge étatique français. Il n'est pas exclu qu'il s'inspire de la décision *Beximco* pour se forger une opinion.

²⁰⁵⁹ High Court of Justice, Queen's Bench Division, Commercial Court, 23 octobre 2013, *Dubai Islamic Bank PJSC v PSI Energy Holding Company BSC*.

²⁰⁶⁰ *Ibid.*, paragr. 11 : « [...] *Sharia law is irrelevant: see the decisions of the Court of Appeal in Beximco Pharmaceuticals Ltd v Shamil Bank of Bahrain EC [2004] EWCA Civ 19* ».

²⁰⁶¹ *Ibid.*, paragr. 11 « under clause 27 of the RSA, that Agreement was governed by and construed in accordance with English law “save in so far as inconsistent with the principles of Sharia law” ».

²⁰⁶² *Ibid.*, «[...] *As a matter of English law, that proviso is of no effect, as a religious law can never apply as the applicable law, so that in construing the RSA, Sharia law is irrelevant [...]* »

B) Le rejet certain du juge français

404 Un rapport favorable à l'élection de la charia. Un groupe de travail sur le droit applicable et le règlement des différends dans les financements islamiques (ci-après GTDA) a été mis en place par la Commission Finance Islamique du groupe Paris Europlace. Dirigé par Me Georges AFFAKI, le groupe a conclu à l'effectivité de la désignation de la charia devant le juge français²⁰⁶³. Plusieurs éléments amènent les auteurs à cette conclusion. Le juge français ayant admis la juridicité de la *lex mercatoria*, il devrait en être de même de la *lex islamica*. D'autant plus que le droit français consacrerait largement le principe de l'autonomie de la volonté en matière de contrats internationaux²⁰⁶⁴. Le dernier argument repose sur le considérant 13 du règlement Rome I²⁰⁶⁵ qui énonce : « *le présent règlement n'interdit pas aux parties d'intégrer par référence dans leur contrat un droit non étatique ou une convention internationale* »²⁰⁶⁶ et qui permettrait, selon les auteurs, de faire régir le contrat par la charia.

405 Un rapport contestable. Le rapport sur le droit applicable a été repris par des auteurs qui, à leur tour, ont affirmé qu'un contrat pouvait être soumis à un droit non étatique tel que la charia²⁰⁶⁷. Ainsi, à suivre ces auteurs, les parties pourraient s'assurer de la conformité religieuse des opérations par une rédaction adroite de la clause d'*electio juris*. Les conclusions du rapport méritent toutefois d'être nuancées au terme d'une analyse tant des dispositions du règlement Rome I que de la jurisprudence. Dans un contrat international, la désignation de normes non étatiques telle la charia est inefficace devant le juge étatique (1). L'intégration des principes islamiques peut alors, comme l'a souligné le rapport²⁰⁶⁸, être assurée par la soumission à un droit étatique qui les a consacrés (2).

²⁰⁶³ AFFAKI, Georges (dir.), FADLALLAH, Ibrahim, HASCHER, Dominique *et al.*, « Rapport du Groupe de travail sur le droit applicable et le règlement des différends dans les financements islamiques », 2009, p. 9 et 29.

²⁰⁶⁴ *Ibid.*, p. 17.

²⁰⁶⁵ Règlement (CE) n°93/2008 du Parlement européen et du Conseil du 17 juin 2008 sur la loi applicable aux obligations contractuelles (Rome I)

²⁰⁶⁶ AFFAKI, Georges (dir.), FADLALLAH, Ibrahim, HASCHER, Dominique *et al.*, *op. cit.*, p. 17-18.

²⁰⁶⁷ MARTIN-SISTERON, Hugues, *Finance islamique et financement de projets en France*, IRJS, 2012, paragr. 719
BOUHARATI, Bahya, *Les fonds islamiques en Europe*, Promoculture Larcier, 2016, paragr. 334.

²⁰⁶⁸ AFFAKI, Georges (dir.), FADLALLAH, Ibrahim, HASCHER, Dominique *et al.*, *op. cit.*, paragr. 5.2.2.

1) Ineffectivité de la soumission à des normes non étatiques

406 Les arguments du rapport fondés sur le règlement Rome I. Pour affirmer l'efficacité de la charia comme loi applicable au contrat, le GTDA retient que le règlement Rome I²⁰⁶⁹ permet aux parties de désigner un droit non étatique²⁰⁷⁰. Une telle assertion peut laisser supposer que les auteurs ont envisagé l'incorporation plutôt que la soumission. Bien qu'il soit ambigu, plusieurs éléments suggèrent que le rapport se prononce en faveur d'un choix conflictuel, soit une soumission du contrat à la charia. Ainsi, le document énonce que le libéralisme du règlement Rome I « *ne s'arrête pas aux seules lois nationales choisies par les parties pour régir leur contrat* » et qu'il a répondu, à travers le considérant 13 du préambule, aux critiques adressées sur ce point à la Convention de Rome²⁰⁷¹. Plus encore, les auteurs considèrent que « *le règlement Rome I reprend donc à son compte la jurisprudence française qui avait déjà accueilli le choix par les parties de règles de droit non étatiques pour régir leur contrat international* »²⁰⁷². La soumission du contrat à la charia est même explicitement évoquée²⁰⁷³ tandis que l'incorporation n'est envisagée quant à elle qu'à propos des normes privées de l'AAOFI²⁰⁷⁴. Enfin, le GTDA affirme dans ses « *recommandations* » que le choix de la charia serait effectif, s'il intervient en des termes clairs dans un contrat international, qu'il soit « *combiné ou non avec une loi nationale* »²⁰⁷⁵.

407 La contrainte du choix d'un droit étatique par le règlement Rome I. Il a été démontré, à propos du contrat interne, que le règlement européen ne permettait pas de désigner un droit non étatique et, *a fortiori*, la charia²⁰⁷⁶. Le GTDA prétend, au contraire, qu'un tel choix dans un contrat international serait effectif en fondant son argumentation sur le considérant n°13 du préambule du règlement Rome I²⁰⁷⁷. Rien ne justifie de différencier le contrat interne du contrat international en ce qui concerne la désignation de normes non étatiques, le règlement Rome I n'opérant pas une telle

²⁰⁶⁹ Règlement (CE) n°93/2008 du Parlement européen et du Conseil du 17 juin 2008 sur la loi applicable aux obligations contractuelles (Rome I)

²⁰⁷⁰ AFFAKI, Georges (dir.), FADLALLAH, Ibrahim, HASCHER, Dominique *et al.*, *op. cit.*, p. 16-17.

²⁰⁷¹ *Ibid.*, paragr. 5.2.3. :

²⁰⁷² *Ibid.* Cette idée est encore affirmée dans un autre article, v. AFFAKI, Georges, « La chari'a en dehors des terres d'Islam : essai sur la réception de la finance islamique en France », *RIDC* 2014, n°3, p. 758, spéc. paragr. 8.

²⁰⁷³ *Ibid.*, paragr. 5.6.4.

²⁰⁷⁴ *Ibid.*, paragr. 5.4.5.

²⁰⁷⁵ *Ibid.*, paragr. 6.

²⁰⁷⁶ V. nos développements à la section précédente.

²⁰⁷⁷ AFFAKI, Georges (dir.), FADLALLAH, Ibrahim, HASCHER, Dominique *et al.*, *op. cit.*, paragr. 5.2.3 et 6.

distinction²⁰⁷⁸. Les arguments avancés à l'encontre d'une telle faculté demeurent valables²⁰⁷⁹ et il convient de rappeler que le considérant n°13 n'est que le vestige d'une proposition initiale²⁰⁸⁰ qui visait à admettre le choix « *comme loi applicable des principes et règles de droit matériel des contrats, reconnus au niveau international ou communautaire* »²⁰⁸¹. Il n'est ainsi pas admis que les parties désignent la charia comme loi applicable à un contrat international sur la base du règlement Rome I²⁰⁸².

408 Les argument du rapport fondés sur la jurisprudence. Le règlement européen revêtant, aux termes de l'article 288 du TFUE²⁰⁸³, un caractère obligatoire pour les Etats membres, il pourrait être mis un terme au débat sur la soumission du contrat international à des normes non étatiques. Le juge étatique français ne peut adopter une position différente de celle européenne²⁰⁸⁴. Le groupe de travail dirigé par Me Georges AFFAKI voit cependant dans la jurisprudence française qualifiée de « libérale » la possibilité pour les parties de soumettre le contrat à la Charia²⁰⁸⁵. Nous approuvons une telle affirmation quand le contrat prévoit que le litige sera soumis à l'arbitrage²⁰⁸⁶ mais il convient de l'infirmer quant à ses effets devant le juge étatique.

La Cour de cassation a rejeté expressément une telle possibilité dans l'arrêt *Messageries Maritimes* du 21 juin 1950 en énonçant que « *tout contrat international*

²⁰⁷⁸ GAUDEMET-TALLON, Hélène, CONVENTION DE ROME DU 19 JUIN 1980 ET RÈGLEMENT « ROME I » DU 17 JUIN 2008. – Champ d'application. – Clauses générales, *JCl. Europe Traité*, fasc. 3200, paragr. 46.

²⁰⁷⁹ Pour une étude du considérant n°13 du règlement Rome I, v. nos développements à la section précédente.

²⁰⁸⁰ AUDIT, Bernard, « Le choix des principes d'Unidroit comme loi du contrat et le droit international privé » in *Liber amicorum: mélanges en l'honneur de Camille Jauffret-Spinozi*, Dalloz, 2013, paragr. 14 et 17. ; LOQUIN, Eric, « Rome I et les principes et règles de droit matériel international des contrats » in CORNELOUP Sabine et JOUBERT Natalie (dir.), *Le règlement communautaire « Rome I » et le choix de loi dans les contrats internationaux*, Litec, 2011, paragr. 30 et s.

²⁰⁸¹ Proposition de règlement du Parlement européen et du Conseil sur la loi applicable aux obligations contractuelles (Rome I), art. 3§2.

²⁰⁸² Estimant que seul un droit étatique peut être choisi comme *lex contractus* d'un contrat international, v. ANCEL, Marie-Elodie, « Le choix du droit applicable : une liberté sous contraintes » in ASSOCIATION LUXEMBOURGEOISE DES JURISTES DE BANQUE, *Le banquier luxembourgeois et le droit international privé*, Anthemis, 2017, p. 31-32 NIBOYET, Marie-Laure et GEOUFFRE DE LA PRADELLE, Géraud de, *Droit international privé*, 7^e éd., LGDJ, 2020, paragr. 120 MAYER, Pierre, HEUZÉ, Vincent et RÉMY, Benjamin, *Droit international privé*, 12^e éd., LGDJ, 2019, paragr. 752 AUDIT, Bernard et AVOUT, Louis d', *Droit international privé*, LGDJ, 2018, paragr. 1033 KESSEDJIAN, Catherine, *Droit du commerce international*, 1^{re} éd., PUF, 2013, paragr. 120.

²⁰⁸³ TFUE, art. 288 : « Pour exercer les compétences de l'Union, les institutions adoptent des règlements, des directives, des décisions, des recommandations et des avis.

Le règlement a une portée générale. Il est obligatoire dans tous ses éléments et il est directement applicable dans tout État membre.

La directive lie tout État membre destinataire quant au résultat à atteindre, tout en laissant aux instances nationales la compétence quant à la forme et aux moyens.

La décision est obligatoire dans tous ses éléments. Lorsqu'elle désigne des destinataires, elle n'est obligatoire que pour ce ux-ci. »

Les recommandations et les avis ne lient pas.

²⁰⁸⁴ FRANCO, Stéphanie, *Rép. internat. Dalloz*, v°Règlement Rome I: obligations contractuelles, mars 2013, paragr. 10 et 11.

²⁰⁸⁵ AFFAKI, Georges (dir.), FADLALLAH, Ibrahim, HASCHER, Dominique *et al.*, « Rapport du Groupe de travail sur le droit applicable et le règlement des différends dans les financements islamiques », 2009, paragr. 5.2.2.

²⁰⁸⁶ V. nos développements au II] de cette section.

est nécessairement rattaché à la loi d'un Etat »²⁰⁸⁷. Dans un article consacré à l'accueil de la finance islamique en droit français, Me Georges AFFAKI affirme qu'après avoir reconnu le droit pour l'arbitre de se référer à des règles non étatiques, les tribunaux ont fait de même « *y compris en l'absence de référence implicite dans le contrat* »²⁰⁸⁸. A l'appui de ses dires, l'auteur cite, parmi d'autres, une décision de la chambre commerciale du 14 octobre 1981²⁰⁸⁹. Dans cet arrêt la Cour de cassation censure le raisonnement de la cour d'appel au visa de l'article 1134 du Code civil ainsi que de l'article 3 des Règles et Usances Uniformes Relatives au crédit documentaire (ci-après RUU). Ces règles, élaborées par la Chambre de commerce internationale, ne sont pas des normes étatiques et on pourrait s'étonner qu'elles justifient une cassation. La solution est réitérée dans un arrêt du 7 octobre 1987²⁰⁹⁰ où l'article 3 des RUU et l'article 1134 du Code civil sont à nouveau visés. Le Pr Pauline REMY-CORLAY voit, dans deux arrêts de la chambre commerciale de 2004, l'applicabilité directe de ces règles non étatiques²⁰⁹¹. Dans le premier en date du 7 janvier 2004²⁰⁹², il est précisé que le contrat était directement soumis aux RUU. Dans le second du 3 mars 2004²⁰⁹³, il est seulement fait mention que la lettre de crédit est « *soumise au droit français* » mais il est pourtant discuté de l'application de l'article 28 des RUU. Le 5 mai 2015, la Cour de cassation vise, à nouveau, un article des RUU ainsi que l'article 1134 du Code civil²⁰⁹⁴.

409 Une interprétation de la jurisprudence divergente du GTDA. Plusieurs remarques s'imposent quant à l'analyse de ces arrêts. En premier lieu on pourrait avancer qu'il est courant, voire systématique, que les contrats se réfèrent explicitement aux RUU en matière de crédit documentaire²⁰⁹⁵. La Cour de cassation appliquerait simplement des règles non étatiques parce qu'elles sont devenues, en raison de la volonté des parties, des dispositions contractuelles. C'est d'autant plus vrai que dans les arrêts du 14 octobre 1981 et du 7 octobre 1987, la chambre commerciale vise

²⁰⁸⁷ Civ., 21 juin 1950, *Rev. crit. DIP* 1950. 609, note H. Batiffol, *D.* 1951. 749, note Hamel, *S.* 1952. 1. 1, note Niboyet, *JCP* 1950

²⁰⁸⁸ AFFAKI, Georges, « L'accueil de la finance islamique en droit français : essai sur le transfert d'un système normatif » in LARAMÉE Jean-Paul (dir.), *La finance islamique à la française*, *Secure finance* :, 2008, p. 151.

²⁰⁸⁹ Com., 14 octobre 1981, n°80-12.336, *Bull. civ. IV*, n°357, *D.* 1982.301, note M. Vasseur.

²⁰⁹⁰ Com., 7 octobre 1987, n°86-13.066, *Bull. civ. IV*, n° 213, *D.* 1988.265, note M. Vasseur

²⁰⁹¹ REMY-CORLAY, Pauline, "Applications des règles et usances uniformes relatives aux crédits documentaires ; pouvoirs respectifs du banquier et du donneur d'ordre", *RTD Civ.* 2005, p.357

²⁰⁹² Com., 7 janv. 2004, n°01-02.572, *Bull. civ. IV*, n° 1, *D.* 2004, p. 345

²⁰⁹³ Com., 3 mars 2004, n°01-16.046, *Bull. civ. IV*, n°43, *RTD com.* 2004, p. 848, obs. Ph. Delebecque

²⁰⁹⁴ Com., 5 mai 2015, n° 13-20.502, *D.* 2015, p. 1148.

²⁰⁹⁵ STOUFFLET, Jean, *Rép. com. Dalloz*, v°Crédit documentaire, mai 2004, paragr.4.

d'abord l'article 1134 du Code civil²⁰⁹⁶. L'article est encore visé dans l'arrêt, plus récent, du 5 mai 2015. A l'occasion d'un arrêt rendu par la cour d'appel de Versailles le 28 février 2002 le Pr Jean STOUFFLET a observé que « *la référence ainsi faite aux règles et usances par la Cour suggère qu'elle leur reconnaît une valeur normative ne procédant pas de leur seule adoption par les parties à la convention d'ouverture de crédit* »²⁰⁹⁷. Les règles auraient ainsi été consacrées en tant que coutume par le juge en raison, notamment, des dispositions lacunaires du droit français²⁰⁹⁸. Contrairement aux RUU, la charia ne saurait être appliquée à titre de coutume par le juge français mais il est loisible aux parties l'incorporer²⁰⁹⁹. L'auteur a nuancé la portée de l'arrêt de la cour d'appel de Versailles en rappelant que les arrêts de la Cour de cassation comportent un visa de l'article 1134 du Code civil²¹⁰⁰, ce qui tend à affirmer que la force obligatoire des RUU découle de la volonté des parties. Il convient enfin de relever que les décisions citées sont relatives à des contrats conclus antérieurement à l'entrée en vigueur du règlement Rome I et qui, en conséquence, ne sont pas concernés par ses dispositions, notamment le rejet du choix conflictuel portant sur des normes non étatiques. Face à ce constat, une conclusion différente de celle du rapport du GTDA s'impose quant à la réception par le juge français de la charia désignée à titre de *lex contractus*. La méthode de l'incorporation ne doit pas être disqualifiée pour autant, les principes islamiques pouvant être appliqués à travers le choix d'une loi qui les a consacrés.

²⁰⁹⁶ Dont les principes se retrouvent désormais aux articles 1103, 1104 et 1193 du Code civil.

²⁰⁹⁷ Versailles, 12e ch., sect. 2, 28 fév. 2002, *SARL Grammatico c/ Banque française du crédit coopératif*, Juris-Data n° 213974, *JCP E*, 2003 I 396 n° 15, obs. J. Stoufflet

²⁰⁹⁸ *Lamy droit du financement : titres et marchés, ingénierie financière, paiement, crédit, garanties du crédit*, Wolters Kluwer France, 2018, paragr. 5218.

²⁰⁹⁹ Il faut avoir à l'esprit que les premières ont des qualités que ne possède pas la seconde. Les RUU sont l'œuvre d'un organisme international reconnu tant par les Etats que les professionnels. A l'inverse, nous l'avons vu, le droit islamique est hétérogène parce que fonction des diverses écoles juridiques. Les règles de l'AAOFI pourraient à terme s'imposer auprès des professionnels de sorte qu'elles deviennent acceptées de tous mais leur usage est, à ce jour, bien trop marginal pour qu'elles soient comparées aux RUU.

²¹⁰⁰ STOUFFLET, Jean, note sous Versailles, 12e ch., sect. 2, 28 fév. 2002, *SARL Grammatico c/ Banque française du crédit coopératif*, Juris-Data n° 213974, *JCP E*, 2003 I 396 n° 15.

2) *Effectivité du choix d'un droit étatique reconnaissant les principes charaïques*

410 La soumission du contrat au droit saoudien²¹⁰¹. On pourrait envisager de soumettre le contrat à un droit qui repose sur la charia ou l'a du moins consacrée tel le droit saoudien²¹⁰². Cela aurait pour avantage notable de se prémunir au mieux d'une éventuelle contrariété des stipulations contractuelles aux règles islamiques. Ce serait toutefois ignorer qu'en érigeant la charia comme norme suprême du royaume, le droit saoudien se caractérise par une forte insécurité juridique. L'Etat Saoudien n'a pas codifié la charia, ce qui rend son contenu imprécis et laisse une trop grande latitude au juge. En son article 44, la loi fondamentale saoudienne ne reconnaît que les pouvoirs judiciaire, exécutif et réglementaire. Ainsi, comme le note le Pr Sélim JAHEL, il « *n'existe pas d'organe législatif indépendant. Le droit positif étatique est l'œuvre exclusive du roi et de son Conseil des ministres. Les textes sont en forme de règlement (anzimat). L'usage du terme loi (Kanoun), est banni du langage juridique par une décision du Conseil des ministres [...] car il n'y a de loi que la loi de Dieu* »²¹⁰³. Or la loi fondamentale, en son article 67, pose une obligation de conformité de ces *anzimat* à la Charia ce qui permet aux juges d'écarter les textes qu'ils jugent trop imprégnés d'une pensée étrangère²¹⁰⁴. Cette particularité du droit saoudien aboutit à des décisions contradictoires des tribunaux source d'une imprévisibilité juridique qui dissuaderait de désigner ce droit comme *lex contractus*. Le risque apparaît limité dès lors que c'est le juge français et non saoudien qui aurait à connaître du litige. Dans un tel cas, il serait intéressant de voir le juge étatique appliquer un principe appartenant à la charia, tel le

²¹⁰¹ L'idée est d'ailleurs suggérée par le GTDA dans son rapport : AFFAKI, Georges (dir.), FADLALLAH, Ibrahim, HASCHER, Dominique *et al.*, « Rapport du Groupe de travail sur le droit applicable et le règlement des différends dans les financements islamiques », 2009, paragr. 5.2.2.

²¹⁰² La loi fondamentale de l'Arabie Saoudite, adoptée le 1er mars 1992, contient de nombreuses dispositions soumettant le royaume à la loi islamique. Citons en ce sens:

- art. 1er : « *Le royaume d'Arabie séoudite est un État islamique arabe souverain. Sa religion est l'Islam ; le Saint Coran et la Sunna (Tradition) du prophète (que la paix soit sur lui) forment sa Constitution* ».

- art. 11 « *La société séoudienne est fondée sur la loi divine (Charia). Ses membres coopèrent entre eux dans la charité, la piété et la cohésion* ».

- art. 23 « *L'État protège la foi islamique et applique la Charia islamique. L'État impose le bien et combat le mal ; il accomplit les devoirs auxquels l'appelle l'Islam* ».

- art. 45: « *La source de déclaration de la fatwa dans le royaume d'Arabie séoudite est le saint Coran et la tradition du prophète* ».

- art. 48 « *Les tribunaux appliquent les règles de la Charia islamique dans les cas où elle s'applique, conformément à ce qui est prévu par le Saint Coran et la Sunna, et les lois décidées par le gouvernement ne doivent pas être contraires au Saint Coran et à la Sunna* ».

- art. 67 « *Le pouvoir réglementaire fixe les règlements et les résolutions pour sauvegarder les intérêts de l'État ou supprimer ce qui est mauvais dans ses affaires, conformément à la Charia islamique. Il exerce ses fonctions conformément à la présente loi et aux lois sur le Conseil des ministres et sur le Conseil consultatif (Choura)* ».

²¹⁰³ JAHEL, Sélim, *La place de la Chari'a dans les systèmes juridiques des pays arabes*, Éd. Panthéon-Assas, 2012, p. 12.

²¹⁰⁴ *Ibid.*

riba, alors que cette dernière n'est pas codifiée. Il est de jurisprudence constante qu'il appartient au juge « *saisi d'une demande d'application d'un droit étranger de rechercher la loi compétente, selon la règle de conflit, puis de déterminer son contenu, au besoin avec l'aide des parties, et de l'appliquer* »²¹⁰⁵. On notera à ce titre, que si le juge peut, dans le cadre d'un choix conflictuel, être contraint de rechercher la teneur d'un droit non codifié, il ne saurait prétendre que cette tâche est impossible quand le choix est opéré à titre matériel.

411 La soumission du contrat au droit libanais. Dans le cadre d'une opération islamique impliquant un contractant non musulman il serait pertinent de soumettre le contrat à un droit étatique à la croisée de deux systèmes juridiques. A cet égard le droit libanais, de par sa proximité, avec le droit français pourrait constituer un choix judicieux, d'autant plus que le législateur est intervenu pour consacrer les banques islamiques par une loi n°575/2004 du 11 février 2004²¹⁰⁶. La spécificité de ces institutions est affirmée dès le premier article qui les définit comme des « *banques dont les statuts comportent l'obligation de ne pas contrevenir, dans les opérations qu'elles entreprennent, aux préceptes de la Loi Islamique (Charia), notamment l'interdiction de percevoir ou de verser des intérêts* ». Le Liban est l'exemple d'un pays dont le système juridique laïque a su intégrer des référents religieux, ce que ne permet pas le droit français. Bien que favorable aux activités islamiques, le législateur libanais les soumet aux « *dispositions légales et réglementaires en vigueur au Liban, notamment celles qui se rapportent directement ou indirectement aux banques, y compris le Code de Commerce, le Code de la Monnaie et du Crédit et la Loi sur le Secret Bancaire* »²¹⁰⁷. Ainsi cohabitent deux types de finance, l'une autorisant le prêt à intérêt, l'autre l'excluant expressément. Les parties pourraient alors, en accord avec le règlement Rome I, choisir de faire régir le contrat par le droit libanais. La consécration des spécificités islamiques par ce droit ainsi que l'incorporation des règles religieuses limiteraient les risques d'une éventuelle contrariété de l'opération aux principes charaïques. Le choix d'un tel droit pour un contractant français est d'autant plus intéressant que le Liban est un pays de tradition civiliste dont le *Code des obligations*

²¹⁰⁵ Civ. 1^{re}, 15 mai 2019, n°18-14.539. Déjà: Civ 1^{re}, 28 juin 2005, n° 00-15.734, *JCP G* 2005.IV.2880 ; Com., 28 juin 2005, n° 02-14.686, *JCP G* 2005, IV, 2903 ; *LPA* 28 déc. 2005, p. 16, note J.-G. Mahinga.

²¹⁰⁶ NAMMOUR, Fady, « *Activité bancaire islamique : l'expérience libanaise* », *RD bancaire et fin.* 2005, étude 20.

²¹⁰⁷ L. n°575/2004, 11 février 2004, art. 1 al. 2.

et des contrats rédigé en 1932 par le Pr Louis JOSSERAND s'inspire du Code civil français²¹⁰⁸.

412 Limites au choix d'un droit national²¹⁰⁹ : lois de police et ordre public international²¹¹⁰. Le droit reconnu aux parties de désigner la loi étatique de leur choix ne saurait être sans limite. En tout état de cause, qu'il s'agisse du droit saoudien ou libanais, les contractants ne peuvent s'affranchir du respect de dispositions impératives qui peuvent contrarier l'effectivité du droit désigné. Il s'agit d'abord des lois de police, envisagées à l'article 9 du règlement Rome I²¹¹¹, qui sont des règles impératives dont l'application au litige est indépendante de la volonté des parties. En sus de cette première contrainte, l'article 21 du règlement en ajoute une seconde en reconnaissant au juge le droit d'écartier une disposition manifestement incompatible avec son ordre public²¹¹². Or, lorsque l'on évoque l'application d'un droit qui repose sur la charia, ou a intégré des principes islamiques, on pourrait craindre que certaines dispositions soient en contrariété avec l'ordre public international d'un système juridique laïc. A l'occasion de l'arrêt *Lautour*, la Cour de cassation avait précisé que l'ordre public international s'entendait « *des principes de justice universelle considérés dans l'opinion française comme doués de valeur internationale absolue* »²¹¹³. S'y ajoutent désormais les principes sociétaux de l'ordre juridique du for, les grandes lois, notamment en droit de la famille, ainsi que les droits fondamentaux²¹¹⁴.

413 Conformité des principes charaïques à l'ordre public international. En matière commerciale, le risque qu'une règle entre en conflit avec de tels principes est plus

²¹⁰⁸ JAHÉL, Sélim, « Le rayonnement de la culture juridique française dans les pays arabes du Moyen-Orient », *D.* 2013, p.849

²¹⁰⁹ A noter que le règlement Rome I dispose, à l'article 6§2, que la désignation d'un droit étranger « *ne peut cependant avoir pour résultat de priver le consommateur de la protection que lui assurent les dispositions auxquelles il ne peut être dérogé par accord en vertu de la loi qui aurait été applicable, en l'absence de choix* ». L'éventualité, qu'un contrat international de finance islamique implique un consommateur, étant mineure, ce point ne sera pas développé.

²¹¹⁰ Sur la pertinence de la distinction des deux notions, v. COURBE, Patrick, « Ordre public et lois de police » in *Études offertes à Barthélémy Mercadal*, Éditions Francis Lefebvre, 2002, p. 99-115. Niant l'intérêt de la distinction : HEUZÉ, Vincent, *La réglementation française des contrats internationaux: étude critique des méthodes*, GLN-Joly, 1990, p. 191.

²¹¹¹ Règlement (CE) n°93/2008 du Parlement européen et du Conseil du 17 juin 2008 sur la loi applicable aux obligations contractuelles (Rome I), art. 9§1 : « *Une loi de police est une disposition impérative dont le respect est jugé crucial par un pays pour la sauvegarde de ses intérêts publics, tels que son organisation politique, sociale ou économique, au point d'en exiger l'application à toute situation entrant dans son champ d'application, quelle que soit par ailleurs la loi applicable au contrat d'après le présent règlement* »

²¹¹² *Ibid.*, art. 21 : « *L'application d'une disposition de la loi désignée par le présent règlement ne peut être écartée que si cette application est manifestement incompatible avec l'ordre public du for.* ». Bien que cet article consacre la notion d'ordre public il restreint son usage par le juge au seul cas où une disposition de la loi désignée est manifestement incompatible avec l'ordre public du for. L'emploi de l'adverbe manifestement limite d'autant plus l'intervention de l'ordre public.

²¹¹³ Civ., 25 mai 1948, *Lautour*, Rev. Crit. DIP 1949.89, note Batiffol, S. 1949.1.21, note Niboyet.

²¹¹⁴ HAFTEL, Bernard, *Droit international privé*, 2^e éd., Dalloz, 2020, paragr. 348 et s.

faible qu'en matière pénale ou civile. A cet égard, il convient de relever un arrêt de la cour d'appel de Paris du 22 mai 2015²¹¹⁵. Confrontés à l'application d'un contrat désignant le droit saoudien comme *lex contractus*, les juges se sont prononcés sur la conformité des principes commerciaux islamiques au droit international public français. En l'espèce une société de droit saoudien avait confié à une société de droit français la construction de son siège social en Arabie Saoudite. Bien que le contrat désignât le droit saoudien comme loi applicable, le juge français a eu à connaître du litige après que la juridiction saoudienne s'est déclarée incompétente et que la Cour de cassation a déclaré l'action recevable sur le fondement de l'article 14 du Code civil²¹¹⁶. Contraints par la clause d'*electio juris* d'appliquer le droit saoudien, les juges du fond ont constaté que :

« - la liberté contractuelle est consacrée sous réserve qu'elle respecte les injonctions des textes révélés, le Coran et la Sunna,
 - le contrat a force obligatoire et il est de principe que chacune des parties doit respecter ses promesses et engagements,
 - le contrat doit être exécuté de bonne foi,
 - la réparation du préjudice subi du fait d'une violation des obligations contractuelles s'effectue en démontrant l'inexécution des obligations contractuelles, le préjudice et un lien de causalité direct entre le préjudice et la violation des obligations contractuelles,
 - l'interdiction du «'gharar'» c'est-à-dire l'aléa ou l'incertitude qu'il s'agisse de l'objet du contrat ou d'événements dont dépendrait la réalisation du contrat,
 - la prohibition du «'ribâ'» prêt à intérêt'; ». Si l'on peut regretter que la cour d'appel ait adopté une conception simpliste du *riba*, on doit se féliciter qu'aux termes de cette analyse elle ait affirmé que l'ensemble de ces dispositions sont « conformes à l'ordre public international français ». L'apport est considérable car il ne laisse aucun doute que ces principes cardinaux de la finance islamique recevraient effet devant le juge français. Autres points notables, la cour s'est référée aux consultations d'experts qui rappellent la définition du contrat d'entreprise telle que donnée par le « Conseil international du droit musulman » et a pris soin de noter que l'une des sommes d'argent réclamée ne correspondait pas à des intérêts moratoires « qui seraient prohibés en

²¹¹⁵ Paris, 4-6, 22 mai 2015, n°13/13797.

²¹¹⁶ Civ. 1^{re}, 30 sept. 2009, n°08-17.587, *JCP G* 2008, n°48, p. 480, note Michel Attal.

application de la Chari'a, mais un remboursement de frais facturés par une banque saoudienne, elle-même soumise à la Chari'a ».

On peut certes faire valoir qu'il ne s'agit que d'un arrêt isolé de la cour d'appel de Paris dont il aurait fallu qu'il soit répété pour dissiper toute incertitude. Notons toutefois que cette décision du 22 mai 2015 a fait l'objet d'un pourvoi sans que soit contestée la conformité des principes chariatiques que reprend le droit saoudien, ce qui ne confère que peu d'intérêt à l'arrêt rendu par la Cour de cassation. On relèvera juste qu'elle rejette le pourvoi et approuve le raisonnement des juges du fond sans remettre en cause leur appréciation des dispositions saoudiennes²¹¹⁷. A n'en pas douter, la position adoptée par l'arrêt de la cour d'appel de Paris du 22 mai 2015 est appelée à se pérenniser. L'étude des règles fondamentales applicables aux contrats de la finance islamique n'ayant pas révélé d'incompatibilité avec l'ordre public interne, il ne saurait en être différemment avec l'ordre public international au contenu plus restreint.

414 Election du droit français. L'existence de droits étatiques intégrant les principes charaïques ne doit pas nécessairement exclure la désignation d'un droit français dans un contrat international. La combinaison des méthodes d'intégration conflictuelle et matérielle a pour avantage d'être respectueuse du règlement Rome I et de limiter au mieux les risques de contrariété du contrat à la charia²¹¹⁸. Il a d'ailleurs été avancé, par certains auteurs, que les solutions devaient davantage être recherchées du côté du droit matériel et des clauses contractuelles qu'auprès du droit international privé pour répondre aux préoccupations liées à l'intégration des principes islamiques²¹¹⁹. Certes, rien ne permet d'affirmer avec certitude que le juge français consacrera ces contrats dans toutes leurs dispositions, il est d'ailleurs probable qu'il y soit d'abord réticent dans un premier temps, mais il s'agit d'une solution pertinente.

L'ineffectivité de la clause d'*electio juris* désignant la charia comme *lex contractus* ne prive pas les parties de solutions lui permettant de garantir l'islamicité du contrat devant le juge étatique. Elles peuvent toutefois soustraire le litige à ce dernier en optant pour l'arbitrage dont le cadre juridique admet que les parties désignent des normes religieuses.

²¹¹⁷ Civ. 3^e, 10 nov. 2016, n°15-21645, *Inédit*.

²¹¹⁸ Sur l'incorporation des principes charaïques au contrat, v. le chapitre suivant.

²¹¹⁹ PILLET, Gilles, BOSKOVIC, Olivera, « Rome I, choix de la loi et compatibilité avec la Chari'a » in CORNELOUP Sabine et JOUBERT Natalie (dir.), *Le règlement communautaire « Rome I » et le choix de loi dans les contrats internationaux*, Litec, 2011, paragr. 29 et 39.

II] Une soumission effective devant le tribunal arbitral

415 Internationalité de l'arbitrage. Aux termes de l'article 1504 du Code de procédure civile, l'arbitrage est international lorsqu'il « *met en cause des intérêts du commerce international* ». La formule fait écho à celle adoptée par la Cour de cassation dans les arrêts *Mardelé*²¹²⁰ et *Dambricourt*²¹²¹ dans des affaires d'arbitrage²¹²². C'est ainsi la nature économique de l'opération qui confère au litige son caractère et qui échappe à l'emprise des parties²¹²³. L'imprécision du critère économique est contrebalancée par la jurisprudence²¹²⁴ qui en retient une conception extensive favorable à la caractérisation de l'internationalité²¹²⁵. Il suffit ainsi que soit réalisé « *un transfert de biens, de services, ou de fonds à travers les frontières* »²¹²⁶.

416 Importance de l'arbitrage dans la culture juridique islamique. Dans la culture musulmane, l'arbitrage est consacré par la norme suprême qu'est le Coran²¹²⁷. Lors du conflit qui l'opposait à Mu'awiya, Ali avait accepté de soumettre leur différend à deux arbitres désignés respectivement par chacun des adversaires²¹²⁸. La sentence qui fut prononcée est à l'origine de la prééminence des sunnites, courant majoritaire de l'islam. Des recours répétés à l'arbitrage par les premiers califes, les juristes ont admis sa licéité au titre du consensus implicite²¹²⁹. L'arbitrage s'est ainsi imposé comme le

²¹²⁰ Civ., 19 fév. 1930, *Mardelé* : S. 1931, 1, 1, note Niboyet.

²¹²¹ Civ., 27 janv. 1931, *Dambricourt* : *Rev. crit. DIP*, 1931, p.516.

²¹²² Pour un rappel des critères d'identification du contrat international, v. paragr. 366.

²¹²³ Civ 1^{re}, 20 novembre 2013, n°12.25-266, *Bull. civ. I*, n°222 : *D.* 2013. 2785, obs. X. Delpech ; *RTD civ.* 2014.107, note H. Barbier ; *JCP* 2013.1391/*JCP* 2014.57, note B. Le Bars ; *Procédures* 2014.49, note L. Weiller. Selon la Cour, « *il n'appartient pas aux parties de modifier le régime interne ou international de l'arbitrage, dont la qualification est déterminée en fonction de la nature des relations économiques à l'origine du litige* ».

²¹²⁴ Paris, 1^{er} juillet 1997, *Rev. arb.*, 1998.131, note D. Hascher ; Paris, 10 mai 2007, *Rev. arb.* 2007.821, note V. Chantebout, Paris, 11 avril 2002, *Rev. arb.*, 2002 ; Civ. 1^{re}, 8 oct. 2009, n°07-21.990, *Bull. civ. I*, n°201 : *JCP* 2010.644, obs. J. Béguin, *D.* 2009.2959, obs. Th. Clay, *Rev. arb.* 2011.126, note L. Perreau-Saussine.

²¹²⁵ AUDIT, Mathias, CALLÉ, Pierre et BOLLÉE, Sylvain, *Droit du commerce international et des investissements étrangers*, 3^e éd., LGDJ, 2019, paragr. 864 RACINE, Jean-Baptiste, *Droit de l'arbitrage*, PUF, 2016, paragr. 50 VIDAL, Dominique, *Droit français de l'arbitrage interne et international*, Gualino, Lextenso éditions, 2012, paragr. 28 et 32.

²¹²⁶ NIBOYET, Marie-Laure et GEOUFFRE DE LA PRADELLE, Géraud de, *Droit international privé*, 7^e éd., LGDJ, 2020, paragr. 459.

²¹²⁷ Coran, sourate 4, verset 35.

²¹²⁸ SFEIR, Antoine, *Brève histoire de l'islam à l'usage de tous*, Flammarion, 2015, p. 71 MERVIN, Sabrina, *Histoire de l'islam*, Flammarion, 2016, p. 126.

²¹²⁹ NAJJAR, Nathalie, *L'arbitrage dans les pays arabes face aux exigences du commerce international*, LGDJ, 2004, p. 34. ; KHOULDI, Abdelsattar, « L'arbitrage en droit financier musulman moderne », *Etudes en Economie Islamique*, 2016, vol.8, n°1, p.42.

mode naturel de résolution des litiges²¹³⁰. Les Ottomans l'ont codifié au sein de la Medjellé aux articles 1841 à 1851. La rédaction par l'AAOIFI d'une norme n°32 qui lui est consacrée témoigne encore de son importance²¹³¹.

417 Intérêt de l'arbitrage international en matière de finance islamique. En matière de commerce international, l'arbitre serait devenu le juge naturel²¹³² palliant l'absence d'une véritable juridiction internationale de droit privé. Au-delà des avantages traditionnels qu'on lui confère²¹³³, l'arbitrage serait le mode le plus adapté au règlement des différends liés à une opération de finance islamique internationale. L'obstacle dirimant à la désignation de la charia en tant que *lex contractus* découle du règlement Rome I qui contraint le juge à faire application d'une loi étatique. Cette entrave à la liberté des parties disparaît en présence d'une convention d'arbitrage puisque le règlement européen ne s'impose pas aux arbitres²¹³⁴. A défaut d'un texte communautaire contraignant en la matière, c'est au droit interne qu'il convient de se reporter²¹³⁵. L'arbitre a pour particularité d'être dépourvu de for, cette spécificité confère au droit français de l'arbitrage international un caractère libéral autorisant les parties à désigner les règles, y compris religieuses, applicables au litige **(A)** mais aussi le tribunal arbitral qui leur convient **(B)**. L'exercice de ces facultés n'entrave pas l'exécution de la sentence en France **(C)**.

A) La faculté de soumettre l'arbitrage à des règles religieuses

418 Autonomie de la convention d'arbitrage par rapport à toute loi étatique. Dans l'arrêt *Gosset* du 7 mars 1963, la Cour de cassation a dégagé le principe de l'autonomie de la convention d'arbitrage par rapport au contrat auquel elle se rapporte²¹³⁶. Sans

²¹³⁰ BEN HAMIDA, Walid, « La finance islamique devant le juge étatique : étude comparée », *RIDC* 2015, vol. 67, n°4, p. 940.

²¹³¹ AAOIFI, norme charaïque n°32 : L'arbitrage

²¹³² KESSEDJIAN, Catherine, *Droit du commerce international*, 1re éd., PUF, 2013, paragr. 958.

²¹³³ Ces avantages sont inhérents à la nature privée de l'arbitrage qui est présenté comme plus rapide, confidentiel et autorisant les parties à désigner les arbitres. Ce mode de résolution des litiges n'est cependant pas exempt d'inconvénients, v. pour un exposé des aspects positifs et négatifs LOQUIN, Éric, *L'arbitrage du commerce international*, Joly éditions-Lextenso éditions, 2015, paragr. 25 et s.

²¹³⁴ FRANCO, Stéphanie, *Rép. internat. Dalloz*, v°Règlement Rome I: obligations contractuelles, mars 2013, paragr. 35. Il en serait autrement si le droit applicable à l'arbitrage ou les parties adoptent une position contraire.

²¹³⁵ La convention de New York sur l'arbitrage du 10 mai 1958 prévoit en son article VII que ses dispositions ne portent pas atteinte à celles plus favorables d'autres accords internationaux ou applicables dans un Etat signataire. Les règles de droit français régissant l'arbitrage international étant plus libérales, la Convention de New York ne sera pas évoquée.

²¹³⁶ Civ 1^{re}, 7 mai 1963, *Etablissements Gosset c/ Carapelli*, *Bull. civ.* I, n°246: *Rev. crit. DIP* 1963.615, note H. Motulsky, *D.* 1963.545, note J. Robert; *JCP* 1963.II.13405, note B. Goldman; *JDI* 1964.84, note J.-D. Bredin.

qu'elle soit énoncée expressément, l'idée que la convention est, de plus, autonome par rapport aux lois étatiques est en germe dans l'arrêt Hecht²¹³⁷. Dans cette affaire, les juges du droit ont affirmé qu'« *en matière d'arbitrage international l'accord compromissoire présente une complète autonomie* ». Si le caractère nébuleux de l'attendu ne permettait pas de déceler avec certitude les intentions des magistrats²¹³⁸, la Haute juridiction dissipe toute incertitude dans l'arrêt *Dalico* aux termes duquel, « *en vertu d'une règle matérielle du droit international de l'arbitrage* », l'existence et l'efficacité d'une convention arbitrale s'apprécient « *d'après la commune volonté des parties, sans qu'il soit nécessaire de se référer à une loi étatique* »²¹³⁹. C'est un principe de validité de la convention arbitrale qu'a dégagé la Cour avec pour seules limites les lois de police et l'ordre public international. Ce principe est visé directement dans l'arrêt *Zanzi* pour exclure l'application de l'article 2061 du Code civil dans l'ordre international²¹⁴⁰. En écartant tout conflit de lois, la Cour de cassation confère une vocation universelle au principe d'autonomie qui a pu laisser penser à une position impérialiste²¹⁴¹. Cette conception illustre la volonté de faire bénéficier l'arbitrage international d'un régime libéral afin de renforcer l'attractivité de la France dans ce domaine²¹⁴². A ce titre, le Code de procédure civile se contente de disposer d'un nombre limité de règles constituant un seuil d'exigences fondamentales.

419 Choix de normes non étatiques pour régir le fond du litige. Libéral, le droit français de l'arbitrage international l'est encore en portant un regard favorable sur l'application par l'arbitre de règles non étatiques. La faculté découle de l'article 1511 du Code de procédure civile disposant : « *le tribunal arbitral tranche le litige conformément aux règles de droit que les parties ont choisies, ou, à défaut, conformément à celles qu'il estime appropriées. Il tient compte, dans tous les cas, des usages du commerce* ». La règle ainsi formulée reprend quasiment à l'identique celle

²¹³⁷ Civ. 1^{re}, 4. juill. 1972, n°70-14.163, *Hecht c/ Sté Buisman's*, *Bull. civ. I*, n°175: *JDI* 1972.843, note B. Oppetit; *Rev. crit. DIP* 1974.82, note P. Level; *Rev. arb.* 1974.89.

²¹³⁸ BÉGUIN Jacques et MENJUCQ Michel (dir.), *Droit du commerce international*, 2^e éd., LexisNexis, 2011, paragr. 1735 FADLALLAH, Ibrahim et HASCHER, Dominique, *Les grandes décisions du droit de l'arbitrage commercial*, 1^{re} éd., Dalloz, 2019, p. 24-25.

²¹³⁹ Civ. 1^{re}, 20 déc. 1993, n°91-16.828, *Comité populaire de la municipalité de Khoms El Mergheb c/ Dalico Contractors*, *Bull. civ. I*, n°372, *JDI* 1994.432, note E. Gaillard; *Rev. arb.* 1994.116, note H. Gaudemet-Tallon; *Rev. crit. DIP* 1994.663, note P. Mayer. Une telle solution avait déjà été retenue par la cour d'appel de Paris : Paris, 13 déc. 1975, *Menicucci*, *JDI* 1977.107, note E. Loquin ; *Rev. arb.* 1977.147, note Ph. Fouchard ; *Rev. crit. DIP* 1976.506, note B. Oppetit.

²¹⁴⁰ Civ. 1^{re}, 5 janv. 1999, n°96-21.430, *M. Zanzi ès qualités c/ M. De Coninck et autres*, *Bull. civ. I*, n°2, *Rev. arb.* 1999.260, note Ph. Fouchard, *RTD com.* 1999.380, obs. E. Loquin; *Rev. crit. DIP* 1999.546, note D. Bureau.

²¹⁴¹ LÉBOULANGER, Philippe, « Le principe de validité de la clause compromissoire sans référence à une loi » in CHAABAN Rana (dir.), *L'arbitrage détaché des lois étatiques*, Épitoge, 2012, p. 26.

²¹⁴² RACINE, Jean-Baptiste, *JCl. Droit international*, fasc. 750, paragr. 1.

de l'ancien article 1496 du même code issue du décret du 12 mai 1981²¹⁴³. Les rédacteurs, favorables à la *lex mercatoria*, avaient voulu que les arbitres puissent trancher le litige selon ses principes²¹⁴⁴. Il a été affirmé, à propos de l'arbitrage interne, que l'article 1474 du Code de procédure civile n'admettait pas que les parties désignent un droit non étatique pour régir leur litige²¹⁴⁵. Il convient de relever la différence significative de rédaction entre les dispositions applicables à l'arbitrage interne et celles relatives à l'arbitrage international. Ces dernières font une mention explicite de la faculté de choix des règles applicables, ce qui est absent dans les premières. La doctrine s'accorde à dire que, dans le cadre de l'arbitrage international, l'expression « règles de droit » plutôt que celle de « loi » est employée sciemment pour fonder la faculté de désigner des règles non étatiques parmi lesquelles les droits transnationaux et les normes d'origine privée tels les principes UNIDROIT²¹⁴⁶. Cette conception libérale est partagée de longue date par la jurisprudence qui a considéré, dès 1981, qu'en se référant « *aux principes généraux des obligations applicables au commerce international* », les arbitres avaient statué en droit²¹⁴⁷. La Cour de cassation, amenée à connaître d'un pourvoi notamment fondé sur l'article 1496 du Code de procédure civile alors applicable, a réitéré sa position, cette fois-ci à propos de la *lex mercatoria*. L'esprit du texte imprègne l'arrêt *Valenciana* dans lequel les juges du droit approuvent la sentence arbitrale fondée sur les usages du commerce international à l'exclusion de toute loi nationale²¹⁴⁸.

420 Choix de la charia. L'interprétation extensive de l'article 1511 du Code de procédure civile par la jurisprudence amène à s'interroger sur l'élection de la charia dans la convention d'arbitrage. En raisonnant par analogie, il est permis de penser qu'une telle stipulation serait effective dès lors que la normativité de la *lex mercatoria*

²¹⁴³ Décret n°81-500 du 12 mai 1981.

²¹⁴⁴ SERAGLINI, Christophe et ORTSCHIEDT, Jérôme, *Droit de l'arbitrage interne et international*, Montchrestien, 2013, p. 877-893.

²¹⁴⁵ V. *supra* nos développements concernant l'arbitrage interne à la section précédente.

²¹⁴⁶ HASCHER, Dominique, *Rép. com. Dalloz*, v° Arbitrage du commerce international, janv. 2005, paragr. 131 ; MOREAU, Bertrand ; GLUCKSMANN, Eloïse ; FENG, Pierre, *Rép. pr. civ. Dalloz*, v° Arbitrage international, juin 2016, paragr. 196 ; MAYER, Pierre, « Le choix de la loi dans la jurisprudence arbitrale », paragr. 16 in CORNELOUP Sabine et JOUBERT Natalie (dir.), *Le règlement communautaire « Rome I » et le choix de loi dans les contrats internationaux*, Litec, 2011.; AUDIT, Mathias, CALLÉ, Pierre et BOLLÉE, Sylvain, *Droit du commerce international et des investissements étrangers*, 3^e éd., LGDJ, 2019, paragr. 935 AUDIT, Bernard et AVOUT, Louis d', *Droit international privé*, LGDJ, 2018, paragr. 1406 et s. RACINE, Jean-Baptiste, *Droit de l'arbitrage*, PUF, 2016, paragr. 757 LOQUIN, Éric, *L'arbitrage du commerce international*, Joly éditions-Lextenso éditions, 2015, paragr. 412.

²¹⁴⁷ Civ. 1re, 9 déc. 1981, *Fougerolle c/ Banque du Proche Orient*, n°80-15.306, *Bull. civ. II*, n°212, *Rev. arb.* 1982.183, note Couchez.

²¹⁴⁸ Civ. 1^{re}, 22 octobre 1991, *Compania Valenciana de Cementos Portland SA c/ Primary Coal*, n°89.21-258, *Bull. civ. I*, n°275 ; D. 1991.253 ; *Rev. crit. DIP* 1992, n°113, note B. Oppetit ; *RTD com.* 1992.171, obs. Dubarry et E. Loquin..

a été admise²¹⁴⁹. Cette dernière et la charia ont en commun d'être un ensemble de règles transnationales critiquées en raison des difficultés inhérentes à leur identification²¹⁵⁰. Il a été affirmé que la *lex mercatoria* était moins une liste qu'une méthode de sélection de règles²¹⁵¹. Un constat similaire a été porté à propos la charia²¹⁵². On objectera que la *lex mercatoria* a une portée plus universelle que la charia, mais cette dernière consacre des principes partagés par l'ensemble de la communauté musulmane parmi lesquels la prohibition du *riba* et du *gharar*. Les récentes entreprises de codification des règles commerciales islamiques ont pu justifier qu'un auteur parle d'émergence d'une « *lex mercatoria des contrats de finance islamique* »²¹⁵³. Au-delà du constat des similarités entre les deux systèmes, il a été avancé que l'admission de la *lex mercatoria* dans les conventions d'arbitrage reposait sur le principe que l'arbitre, en tranchant selon ses principes, n'avait fondé la sentence ni en fait ni en équité²¹⁵⁴. Partant, rien ne s'opposerait à une clause *d'electio juris* désignant la charia²¹⁵⁵. Cette faculté pour les parties devient, en présence d'un tel choix, une contrainte pour l'arbitre qui se doit d'appliquer les règles choisies²¹⁵⁶. A notre connaissance, il n'existe pas d'affaires où le juge français a eu à connaître d'une sentence fondée sur un droit religieux rendue dans le cadre d'un arbitrage international. Les juridictions anglaises ont admis, sur le

²¹⁴⁹ Sur la consécration prétorienne de la *lex mercatoria*, v. paragr. préc. Pour les grandes lignes du débat doctrinal, v. GOLDMAN, Berthold, « Frontières du droit et « *lex mercatoria* » », *Archives de philosophie du droit* 1964, p. 177-192 ; LAGARDE, Paul, « Approche critique de la *lex mercatoria* » in *Le droit des relations économiques internationales : Études offertes à Berthold Goldman*, Litec, Paris, 1987, p. 125-150.

²¹⁵⁰ BALZ, Kilian, « Islamic Law as Governing Law under the Rome Convention - Universalist *Lex Mercatoria* v. Regional Unification of Law », *Rev. dr. unif.* 2001, n°1, p.47-48.

²¹⁵¹ LOQUIN, Éric, *L'arbitrage du commerce international*, Joly éditions-Lextenso éditions, 2015, paragr. 421.

²¹⁵² AFFAKI, Georges, « L'accueil de la finance islamique en droit français : essai sur le transfert d'un système normatif » in LARAMÉE Jean-Paul (dir.), *La finance islamique à la française*, Secure finance :, 2008, p. 155.

²¹⁵³ MAKHLOUF, Amel, *L'émergence d'un droit international de la finance islamique*, IRJS éditions, 2015, p. 155 et s.

²¹⁵⁴ FADLALLAH, Ibrahim et HASCHER, Dominique, *Les grandes décisions du droit de l'arbitrage commercial*, 1re éd., Dalloz, 2019, p. 240.

²¹⁵⁵ Pour un avis similaire, v. VARAINE, Laura, *La religion du contractant*, LGDJ, 2019, paragr. 74 et s. AFFAKI, Georges (dir.), FADLALLAH, Ibrahim, HASCHER, Dominique *et al.*, « Rapport du Groupe de travail sur le droit applicable et le règlement des différends dans les financements islamiques », 2009.

²¹⁵⁶ L'emploi du présent ne laisse aucun doute « *le tribunal arbitral tranche le litige conformément aux règles de droit que les parties ont choisies* ». Ce n'est qu'à défaut de choix que l'arbitre retrouve une certaine liberté mais il doit tout de même tenir compte des « *usages du commerce* ». V. en ce sens JACQUET, Jean-Michel, DELEBECQUE, Philippe et CORNELOUP, Sabine, *Droit du commerce international*, 4^e éd., Dalloz, 2021, paragr. 1126 KESSEDJIAN, Catherine, *Droit du commerce international*, 1re éd., PUF, 2013, paragr. 990 SERAGLINI, Christophe et ORTSCHIEDT, Jérôme, *Droit de l'arbitrage interne et international*, Montchrestien, 2013, paragr. 880.

fondement de l'*Arbitration Act 1996*, que des parties soumettent leur litige à la *halakha*²¹⁵⁷ ou à la charia telle qu'interprétée par les juristes chiites²¹⁵⁸.

421 Opportunité de désigner la charia comme loi applicable au litige. La soumission de l'arbitrage à la charia permettrait aux parties de s'assurer au mieux du respect des principes islamiques. L'arbitre serait un juriste musulman qui disposerait de connaissances dans le milieu des affaires et qui rendrait sa sentence selon les règles charaïques que les parties ont retenues. Idéale en théorie, la solution se confronte à plusieurs difficultés dans la pratique dont certaines sont communes à la *lex mercatoria*. La première réside dans l'aspect lacunaire que peut présenter un tel système mais qui n'est pas un obstacle juridique à sa désignation. La seconde concerne l'absence de codification du droit islamique, laquelle a été un frein majeur pour la *lex mercatoria* qui a souvent été écartée au profit des principes UNIDROIT²¹⁵⁹. A cette limite s'ajoute celle de l'hétérogénéité de la charia dont les règles sont fonction des différents courants. Il est ainsi plus judicieux de désigner une école juridique en particulier plutôt que d'opter pour une référence générale à la charia. En raison de leur nature, les contrats de finance islamique supposent que l'arbitre dispose de connaissances religieuses, juridiques et financières. Dans leur rapport consacré à la finance islamique, Elyès JOUINI et Olivier PASTRE ont mis en exergue la rareté de tels experts²¹⁶⁰. Les auteurs estiment qu'il faut quinze ans pour former un expert en finance islamique, ce qui limite d'autant le nombre d'arbitres disponibles²¹⁶¹. A cet égard, un expert désigné en tant qu'arbitre est susceptible d'être aussi membre d'un comité de conformité à la

²¹⁵⁷ Court of Appeal, 3 avr. 2007, *Halpern v. Halpern*, [2007] EWCA Civ 291, paragr. 37-38 : «[...] Section 46 of the Arbitration Act 1996 expressly recognises that arbitral tribunals can and indeed should decide disputes in accordance with the law chosen by the parties "or if the parties so agree, in accordance with such other considerations as are agreed by them or determined by the tribunal". Thus an English court would stay proceedings brought in breach of the arbitration clause even though some set of principles not law or a law other than the law of a particular country had been chosen as the applicable law to govern their disputes. It would furthermore enforce an award made by arbitrators applying any "considerations" agreed between the parties.

38. Thus, if parties wish some form of rules or law not of a country to apply to their contract, then it is open to them to so agree, provided that there is an arbitration clause. The court will give effect to the parties' agreement in that way. »

²¹⁵⁸ High Court of Justice, Chancery Division, 14 déc. 2007, *Sayyed Mohammed Musawi v. R.E. International (UK) Ltd and others*, [2007] EWHC 2981 (Ch), paragr. 22 : « Section 46(1)(b) of the Arbitration Act 1996 enables parties to choose principles other than the law of a country as the basis on which the dispute is to be decided by the arbitrators » ; paragr. 82 : « It is also common ground that the arbitrator was required by agreement to apply to the subject matter of the dispute and its resolution the principles of Shia Sharia law. This was an agreement which the parties were entitled to make under section 46(1)(b) of the Arbitration Act 1996 »

²¹⁵⁹ MAYER, Pierre, « Le choix de la loi dans la jurisprudence arbitrale » in AFFAKI, Georges (dir.), FADLALLAH, Ibrahim, HASCHER, Dominique *et al.*, « Rapport du Groupe de travail sur le droit applicable et le règlement des différends dans les financements islamiques », 2009, paragr. 24 et s.

²¹⁶⁰ JOUINI, Elyès, PASTRE, Olivier, MESTRALLET, Gérard *et al.*, *La finance islamique*, Economica, 2009, p. 33.

²¹⁶¹ *Ibid.*, p. 59.

charia ce qui pourrait mettre à mal les exigences d'impartialité et de confidentialité. Pour ces raisons, il peut être préférable de soumettre le litige à un ensemble de normes codifiées.

422 Choix des normes codifiées. La diversité des règles charaïques constituant une entrave au développement de la finance islamique, des organismes ont entrepris d'uniformiser et de codifier les règles. Les normes de l'AAOIFI sont l'œuvre la plus aboutie qui s'apparente, sous certains aspects, à un pendant islamique des Principes UNIDROIT dont il est admis qu'ils puissent être désignés comme loi applicable dans le cadre d'un arbitrage international²¹⁶². Ces normes ont pour avantages d'être écrites et suffisamment précises pour apprécier la conformité du contrat aux principes islamiques essentiels mais elles demeurent lacunaires et ne permettent pas de constituer un ensemble complet susceptible de couvrir tous les aspects. Ces objections adressées aux principes UNIDROIT expliquaient la très faible prévalence des arbitrages soumis à des codifications privées²¹⁶³. Pour autant, le choix des normes de l'AAOIFI peut se révéler judicieux en ce qu'il dispense l'arbitre de déterminer les règles essentielles²¹⁶⁴. Cela tend à réduire les risques d'imprévisibilité liés au choix de la charia et permet que l'arbitre ne soit pas nécessairement un fin connaisseur des règles religieuses. Il convient de noter l'existence d'une norme n°32 de l'AAOIFI consacrée à l'arbitrage qui assure aux parties que l'ensemble de la procédure se déroule conformément aux exigences islamiques²¹⁶⁵. La norme impose que l'arbitre fasse prévaloir, en tout état de cause, les règles charaïques sur toute loi, y compris celle que les parties ont choisies²¹⁶⁶.

²¹⁶² SERAGLINI, Christophe, « Du bon usage des principes UNIDROIT dans l'arbitrage international », *Rev. arb.* 2003.1101; FAUVARQUE-COSSON, Bénédicte, « Droit européen et international des contrats : l'apport des codifications doctrinales », *D.* 2007.96 ; HEYRAUD, Yann, « Le droit non-étatique dans les rapports internationaux privés », *RDIA* 2008.183 ; AUDIT, Mathias, CALLÉ, Pierre et BOLLÉE, Sylvain, *Droit du commerce international et des investissements étrangers*, 3^e éd., LGDJ, 2019, paragr. 935 AUDIT, Bernard et AVOU, Louis d', *Droit international privé*, LGDJ, 2018, paragr. 1408 RACINE, Jean-Baptiste, *Droit de l'arbitrage*, PUF, 2016, paragr. 763 LOQUIN, Éric, *L'arbitrage du commerce international*, Joly éditions-Lextenso éditions, 2015, paragr. 415 et s.

²¹⁶³ CUNIBERTI, Gilles, « La Lex Mercatoria au XXI^e siècle. Une analyse empirique et économique », *JDI* 2016.765.

²¹⁶⁴ En faveur de la désignation des normes de l'AAOIFI, v. COLON, Julio, Caesar, « Choice of Law and Islamic Finance », *Texas International Law Journal* 2011, vol. 46, n°2, p. 434.

²¹⁶⁵ AAOIFI, norme charaïque n°34. Cette norme si elle a pour intérêt d'être plutôt exhaustive montre quelques limites. Elle contient un article 8.2 qui pose pour principe que l'arbitre doit être de confession musulmane. Une telle disposition serait contraire à l'ordre public international français en ce qu'elle instaure une discrimination. Il est toutefois prévu que cette condition n'est pas exigée sous réserve de respecter l'article 11.1 Celui-ci énonce que la sentence doit respecter les règles et principes de la charia. Certes le texte apparaît comme une garantie dans le cadre de la finance islamique mais il ne faudrait pas que l'arbitre en fasse une application trop rigoureuse. A titre d'illustration, le droit islamique accorde une force probante inférieure au témoignage d'une femme comparé à celui d'un homme. A nouveau, une application de ces règles de procédure occasionnerait un risque de confrontation de la sentence avec l'ordre public international.

²¹⁶⁶ AAOIFI, norme charaïque n°32, art. 9.4

423 Stipulation d'une clause d'*electio juris* mixte. La décision *Beximco* a mis en évidence l'existence de clauses soumettant le contrat à un droit étatique sous réserve du respect de la charia²¹⁶⁷. Elles seraient largement répandues bien que le juge anglais s'y soit montré défavorable²¹⁶⁸. Ineffectives devant le juge étatique ces clauses devraient recevoir effet devant l'arbitre²¹⁶⁹. L'article 1511 du CPC²¹⁷⁰, pas plus que la jurisprudence, ne s'opposent à ce que les parties opèrent un tel choix. Plusieurs types de clauses sont envisageables en fonction des combinaisons retenues. Ce peut être le choix d'un droit étatique sous réserve de sa conformité à la charia ou, inversement, celui de cette dernière et d'un droit étatique à titre subsidiaire afin de prévenir les risques de lacune. La désignation est encore susceptible de porter sur des règles islamiques qui ont été codifiées. Le litige serait ainsi régi prioritairement par les normes de l'AAOIFI, voire de l'Académie Islamique du Fiqh et, subsidiairement, par un droit national tel que le droit saoudien, libanais ou français comme nous l'avons envisagé²¹⁷¹. D'aucuns pourraient objecter que la stipulation d'une clause mixte serait une gageure en ce qu'elle risquerait d'entraîner la neutralisation des normes non étatiques. Cette position adoptée par les juridictions anglaises dans les affaires *Symphony Gems*²¹⁷² et *Beximco*²¹⁷³ ne devrait pas être étendue à l'arbitrage. En raison de sa nature contractuelle, l'arbitre est tenu de faire application des normes qu'ont retenues les parties. La sentence arbitrale qui ne tiendrait pas compte des règles religieuses s'exposerait à une annulation²¹⁷⁴, si elle est rendue en France, ou à un refus d'exequatur²¹⁷⁵. Il est alors permis d'affirmer qu'une clause mixte recevra effet devant le tribunal arbitral.

424 L'intérêt négligeable de l'amiable composition. L'arbitrage interne n'admettant pas que les parties désignent des normes non étatiques pour régir le litige, l'amiable composition a été envisagée comme un expédient²¹⁷⁶. Bien que le Code de procédure

²¹⁶⁷ Court of Appeal, 28 janv. 2004, *Shamil Bank of Bahrain EC v Beximco Pharmaceuticals Ltd*, [2004] EWCA Civ 19.

²¹⁶⁸ COLON, Julio, Caesar, *op. cit.*, p. 416-417.

²¹⁶⁹ En ce sens, v. VARAINE, Laura, *La religion du contractant*, LGDJ, 2019, paragr. 76 AFFAKI, Georges (dir.), FADLALLAH, Ibrahim, HASCHER, Dominique *et al.*, « Rapport du Groupe de travail sur le droit applicable et le règlement des différends dans les financements islamiques », 2009.

²¹⁷⁰ L'article 1511 du Code de procédure civile fait référence « aux règles de droit que les parties ont choisies ». La formulation ne sous-entend pas qu'elles ne puissent décider que le litige sera régi par des normes d'origines diverses.

²¹⁷¹ V. *supra* nos développements consacrés à l'effet devant le juge français.

²¹⁷² High Court of Justice, Queen's Bench Division, Commercial Court, 13 fév. 2002, *Islamic Investment Company of the Gulf (Bahamas) Ltd. v. Symphony Gems N.V. & Ors*.

²¹⁷³ Court of Appeal, 28 janv. 2004, *Shamil Bank of Bahrain EC v Beximco Pharmaceuticals Ltd*, [2004] EWCA Civ 19.

²¹⁷⁴ C. pr. civ., art. 1520,3°.

²¹⁷⁵ C. pr. civ., art. 1525.

²¹⁷⁶ V. *supra* nos développements consacrés à l'arbitrage interne à la section précédente.

civile le permette à nouveau dans le cadre international²¹⁷⁷, ce serait accorder une latitude conséquente à l'arbitre qui serait libre de choisir les règles éventuellement pertinentes afin de trancher le litige. Il est loisible à l'arbitre d'avoir recours à des règles de droit, étatiques ou non, à condition qu'il justifie de la conformité de celles-ci à l'équité²¹⁷⁸. L'amiable composition s'avère intéressante si l'arbitre possède une expertise en finance islamique. Les parties n'auraient alors pas à se soucier de désigner les règles applicables²¹⁷⁹ et s'en remettraient pleinement à l'arbitre. L'amiable composition n'est envisageable qu'*intuitu personae* et ne permet pas aux parties, en l'absence de règles déterminées au préalable, de présager de l'issue du litige. Pour ces raisons, elle ne revêt qu'un intérêt négligeable dans le cadre de l'arbitrage international qui amène à disqualifier une telle option.

Le Code de procédure civile accorde une latitude considérable aux parties à travers la désignation des normes qui leur paraissent pertinentes et qui s'étend à la constitution du tribunal arbitral.

B) La faculté de constituer le tribunal arbitral

425 Indifférence quant à la nature du tribunal arbitral. Il n'est pas nécessaire que la sentence soit rendue par un tribunal arbitral islamique pour qu'elle soit conforme aux exigences charaïques. A titre d'illustration, ni les normes de l'AAOIFI²¹⁸⁰ ni la loi saoudienne²¹⁸¹ sur l'arbitrage ne font de la nature religieuse du tribunal arbitral ou de la confession de ses membres une condition *sine qua non* de la licéité de la sentence. De même, la reddition de la sentence par un tribunal islamique n'est pas un obstacle à son exécution en France. La constitution du tribunal ne relève que de pures considérations d'opportunité bien qu'il soit recommandé de désigner les arbitres en fonction du droit applicable²¹⁸².

²¹⁷⁷ C. pr. civ., art. 1512.

²¹⁷⁸ Civ. 2^e, 15 févr. 2001, *Rev. Arb.* 2001, p. 135, note E. Loquin ; *D.* 2001, p. 2780, note R. Rontchevsky.

²¹⁷⁹ L'article 1511 du Code de procédure civile permet aux parties de ne pas désigner les règles de droit applicables au fond du litige, la tâche incombant alors à l'arbitre qui doit toutefois tenir compte des usages du commerce. L'article 1512 fait disparaître cette contrainte pour ne retenir que celle de la sentence motivée par l'équité.

²¹⁸⁰ AAOIFI, norme charaïque n°32, spéc. art. 8.2.

²¹⁸¹ Décret royal n° M/34 du 16 avril 2012 (24/5/1433H).

²¹⁸² ANCEL, Marie-Élodie, DEUMIER, Pascale et LAAZOUZI, Malik, *Droit des contrats internationaux*, 2e éd., Sirey, 2019, paragr. 503.

426 Choix d'une institution arbitrale islamique. La désignation des règles applicables au litige, tant pour la procédure que pour le fond, s'applique parfois de manière indirecte en se référant au règlement d'arbitrage d'une institution²¹⁸³. En cas de désaccord sur les règles à retenir, les parties peuvent préférer s'en remettre à une institution arbitrale dont le règlement serait conforme à leurs convictions religieuses. Les initiatives en ce sens se sont multipliées et il convient d'évoquer l'existence de centres d'arbitrage qui proposent un règlement du litige conformément à la charia. En Malaisie, le centre d'arbitrage international asiatique (CAIA)²¹⁸⁴ propose de tels services. L'institution a élaboré ce qu'elle nomme le « *règlement I-arbitrage* », le « I » renvoyant au caractère islamique. L'ensemble est divisé en deux parties, les règles i-arbitrage du CAIA et le règlement d'arbitrage de la Commission des Nations Unies pour le droit commercial international (CNUDCI). L'intégration des règles de la CNUDCI a pour finalité, selon le CAIA, de répondre aux exigences des standards internationaux, notamment de la Convention de New York de 1958²¹⁸⁵. Le règlement I-arbitrage suggère aux parties des modèles de clauses compromissaires on ne peut plus classiques²¹⁸⁶. Son intérêt principal est d'envisager le recours aux comités consultatifs charaïques ou à des experts pour garantir la conformité de la sentence au droit islamique²¹⁸⁷. D'autres tribunaux arbitraux disposent d'un règlement conforme à la charia tels que le CIIRA²¹⁸⁸ dont le siège se situe à Dubaï. La création d'une chambre d'arbitrage islamique au sein de la Chambre de commerce internationale, dont le siège est situé en France, contribuerait à renforcer l'attractivité de la place financière de Paris²¹⁸⁹.

²¹⁸³ L'article 1509 du Code de procédure civile envisage expressément que les parties puissent désigner les règles applicables à la procédure par référence à un règlement d'arbitrage.

²¹⁸⁴ Asian International Arbitration Centre (auparavant Kuala Lumpur Regional Centre for Arbitration). Cette institution arbitrale non gouvernementale et à but non lucratif a été instaurée à la suite de l'adhésion de la Malaisie à l'organisation juridique consultative pour les pays d'Asie et d'Afrique qui comprend 47 Etats membres. Source : <<https://www.aiac.world/About-AIAC>> (Consulté le 22 septembre 2022)

²¹⁸⁵ KLRC NEWSLETTER, juill.-sept. 2012, p. 11.

²¹⁸⁶ « *Any dispute, controversy or claim arising out of or relating to this contract, or the breach, termination or invalidity thereof shall be settled by arbitration in accordance with the AIAC i-Arbitration Rules* »

Tout différend, litige ou demande découlant ou en relation avec ce contrat, ou violation, résiliation ou nullité sera soumis à l'arbitrage en accord avec le règlement I-arbitrage du CAIA.

²¹⁸⁷ CAIA, Règlement I-arbitrage, règle n°11.

²¹⁸⁸ Centre International Islamique de Réconciliation et d'Arbitrage. Le CIIRA se présente comme une institution fondée en 2005 afin de permettre le développement de la finance islamique. Source : <https://www.iicra.com/about-iicra/> (Consulté le 22 septembre 2022). L'article 28 du règlement d'arbitrage du CIIRA prévoit que l'arbitre doit exclure toute disposition qui serait contraire à la charia. Une telle disposition assure aux parties que le litige est réglé conformément aux exigences islamiques mais peut s'avérer source d'imprévisibilité.

²¹⁸⁹ Bien que nous l'appelions de nos vœux, nous sommes conscients qu'elle relève d'une utopie

427 Choix d'une institution arbitrale conventionnelle. La recherche d'une solution conforme au droit islamique ne doit pas conduire à exclure que le litige soit soumis à une institution arbitrale conventionnelle. Dans ce cas, si l'arbitre ne dispose pas de connaissances en matière de finance islamique il serait plus prudent de renoncer au droit islamique comme loi applicable au fond²¹⁹⁰. L'arbitre, en plus de ne pas être familier avec des telles règles, serait confronté à un corpus imprécis, bien que ce risque soit atténué si les parties ont désigné une école juridique en particulier. Reste, devant un tel arbitre, la possibilité de désigner une loi nationale sous réserve du respect des principes charaïques essentiels parmi lesquels la prohibition du *riba* et du *gharar*. Certes les parties renonceraient à ce que le litige soit tranché conformément à l'ensemble des règles islamiques mais, ce faisant, elles s'assureraient de l'efficacité de la sentence tout en préservant l'esprit de la finance islamique.

428 Tribunal arbitral situé dans un état islamique. Plusieurs opportunités s'offrent aux parties à un contrat de finance islamique. Celles soucieuses de s'assurer au mieux de la conformité au droit islamique pourraient vouloir désigner un tribunal dont le siège est situé dans un pays musulman²¹⁹¹. A cet égard, bien qu'il se soit modernisé, le droit saoudien de l'arbitrage maintient un principe de conformité à la charia. Les dispositions du décret royal du 16 avril 2012 s'appliquent sous réserve du respect de la « *Charia islamique* »²¹⁹². Cette exigence se retrouve à plusieurs niveaux que ce soit quant au droit des parties de soumettre leurs relations aux dispositions d'un texte (contrat type, convention internationale, etc.)²¹⁹³, de choisir les règles applicables à la procédure²¹⁹⁴ ou au fond du litige²¹⁹⁵. L'arbitre doit par ailleurs être titulaire d'un diplôme universitaire sanctionnant des connaissances quant au droit ou à la charia²¹⁹⁶. La recherche d'une sentence en tout point conforme au droit islamique ne doit toutefois pas occulter l'imprévisibilité des solutions inhérentes à une telle contrainte. Nathalie NAJJAR tempère une telle affirmation au motif qu'en attribuant le contrôle des sentences à la cour d'appel de Riyad, l'article 8.2 du décret du 16 avril 2012 contribue

²¹⁹⁰ La nature du tribunal arbitral n'étant pas déterminante, il n'est pas exclu qu'un arbitre formé au droit religieux siège dans une institution conventionnelle.

²¹⁹¹ Pour une étude exhaustive du cadre juridique de l'arbitrage dans les pays arabes V. NAJJAR, Nathalie, *Arbitrage dans les pays arabes et commerce international*, LGDJ, 2016.

²¹⁹² Décret royal n° M/34 du 16 avril 2012 (24/5/1433H), art. 2

²¹⁹³ Décret royal n° M/34 du 16 avril 2012 (24/5/1433H), art. 5

²¹⁹⁴ Décret royal n° M/34 du 16 avril 2012 (24/5/1433H), art. 25

²¹⁹⁵ Décret royal n° M/34 du 16 avril 2012 (24/5/1433H), art. 38.

²¹⁹⁶ Décret royal n° M/34 du 16 avril 2012 (24/5/1433H), art. 14.

à uniformiser les solutions²¹⁹⁷. Objectons qu'en reconnaissant aux parties le droit de désigner une autre cour d'appel saoudienne, l'article 8.2 limite les perspectives d'une véritable homogénéisation du contrôle des sentences arbitrales.

En raison de la portée universelle des dispositions françaises applicables à l'arbitrage international, la localisation du siège de l'arbitrage importe peu puisqu'elle ne conditionne pas l'application des dispositions du Code de procédure civile. La sentence, pour faire l'objet d'une exécution forcée en France, doit être revêtue de l'exequatur qu'elle ait été rendue à l'étranger ou non.

C) L'exécution en France de la sentence conforme aux règles charaïques

429 Exequatur de la sentence arbitrale. La procédure d'exequatur n'est pas un préalable obligatoire à l'exécution de la sentence. Il en est autrement lorsqu'il s'agit de contraindre la partie qui a succombé. L'arbitre ne dispose pas de l'*imperium*²¹⁹⁸, aussi ses sentences ne bénéficieront de la reconnaissance et de l'exécution forcée qu'à condition d'avoir respecté la procédure d'exequatur régie par les articles 1514 à 1517 du Code de procédure civile. Ces dispositions ont vocation à s'appliquer peu importe que la sentence ait été rendue en France ou à l'étranger. Il ressort de l'article 1514 du Code de procédure civile que le juge saisi d'une demande d'exequatur ne procède qu'à un contrôle réduit de la sentence puisqu'il lui appartient seulement de s'assurer qu'elle n'est pas manifestement contraire à l'ordre public international²¹⁹⁹. Le contrôle est d'autant plus restreint que la jurisprudence exige que la violation soit « *effective et concrète* »²²⁰⁰. Le refus d'exequatur d'une sentence arbitrale rendue sur le fondement des principes charaïques essentiels s'avère peu probable puisque la cour d'appel de Paris a affirmé qu'ils n'étaient pas contraires à l'ordre public international français²²⁰¹. La sentence arbitrale respectueuse de la volonté des parties, et par conséquent des

²¹⁹⁷ NAJJAR, Nathalie, *Arbitrage dans les pays arabes et commerce international*, LGDJ, 2016, paragr. 105.

²¹⁹⁸ *Contra*, RACINE, Jean-Baptiste, *Droit de l'arbitrage*, PUF, 2016, paragr. 876.

²¹⁹⁹ C. pr. civ., art. 1514 : « Les sentences arbitrales sont reconnues ou exécutées en France si leur existence est établie par celui qui s'en prévaut et si cette reconnaissance ou cette exécution n'est pas manifestement contraire à l'ordre public international ».

²²⁰⁰ Paris, 4 mars 2014, n°12/17681, *Sté Gulf Leader*, D. 2014, Pan. 1975, obs. S. Bollée ; D. 2014, pan. 2555, obs. Th. Clay ; *Gaz. Pal.* 27-28 juin 2014, p. 16, obs. D. Bensaude. La jurisprudence ajoutait autrefois, qu'en plus d'être effective et concrète, la violation devait être flagrante, V. Paris, 18 nov. 2004, D. 2005. Pan. 3058, obs. T. Clay ; RTD com. 2005. 263, obs. É. Loquin ; JCP 2005. II. 10039, note G. Chabot. Face aux critiques qui lui ont été adressées, les juges ont fait disparaître l'exigence de violation flagrante qui tendait à rendre le contrôle inopérant.

²²⁰¹ Paris, 4-6, 22 mai 2015, n°13/13797

règles islamiques, devrait pouvoir être revêtue de l'exequatur permettant aux parties de demander son exécution forcée.

430 Voies de recours visant à priver la sentence d'effet en France. Le contrôle restreint en matière d'exequatur s'intensifie en cas d'exercice d'une voie de recours. Lorsqu'elle est rendue en France, la sentence n'est susceptible que d'un recours en annulation²²⁰². Pour la sentence rendue à l'étranger, ce recours n'est pas envisagé mais les parties se voient ouvrir l'appel contre l'ordonnance d'exequatur. Les conditions du refus d'exequatur sont alors similaires à celles du recours en annulation²²⁰³. Seuls cinq cas sont susceptibles d'emporter l'annulation de la sentence arbitrale²²⁰⁴ et aucun ne semble applicable à l'hypothèse où l'une, voire l'ensemble des parties, estimerait que la décision de l'arbitre n'est pas respectueuse du droit islamique. L'article 1520,3° du Code de procédure civile, qui admet le recours en annulation lorsque l'arbitre a statué sans se conformer à la mission qui lui avait été confiée, ne confère pas au juge le pouvoir de contrôler la bonne application du droit choisi par les parties²²⁰⁵. Ce serait enfreindre le principe de non-révision au titre duquel la Cour de cassation a affirmé que « *le juge de l'annulation est juge de la sentence pour admettre ou refuser son insertion dans l'ordre juridique français et non juge de l'affaire pour laquelle les parties ont conclu une convention d'arbitrage* »²²⁰⁶. Il suffit, pour contraindre les parties à respecter sa sentence, que l'arbitre ait fait application des règles qu'elles ont choisies, peu importe que son raisonnement soit juste ou non.

431 Conclusion section 2. L'intégration des principes charaïques par soumission du contrat au droit islamique est ineffective devant le juge étatique que l'on soit en présence d'une situation purement interne ou internationale. Le règlement Rome I s'oppose à la désignation d'un droit non étatique comme *lex contractus*, à moins que la CJUE adopte une interprétation *contra legem* du texte qui fasse évoluer le caractère

²²⁰² C. pr. civ., art. 1518

²²⁰³ C. pr. civ., art. 1525

²²⁰⁴ C. pr. civ., art. 1520 : « *Le recours en annulation n'est ouvert que si :*

1° Le tribunal arbitral s'est déclaré à tort compétent ou incompétent ; ou

2° Le tribunal arbitral a été irrégulièrement constitué ; ou

3° Le tribunal arbitral a statué sans se conformer à la mission qui lui avait été confiée ; ou

4° Le principe de la contradiction n'a pas été respecté ; ou

5° La reconnaissance ou l'exécution de la sentence est contraire à l'ordre public international ».

²²⁰⁵ LOQUIN, Éric, *L'arbitrage du commerce international*, Joly éditions-Lextenso éditions, 2015, paragr. 533 SERAGLINI, Christophe et ORTSCHIEDT, Jérôme, *Droit de l'arbitrage interne et international*, Montchrestien, 2013, paragr. 969 et 977.

²²⁰⁶ Civ. 1^{re}, 12 février 2014, n°10-17.076, *Rev. arb.* 2014, p. 389, note D. Vidal.

rigoureux de la règle. Les parties disposent de diverses solutions afin de s'assurer de la charia-compatibilité de leur accord. Il est admis qu'elles désignent un droit national sans lien avec le contrat et qui reconnaît les principes islamiques. A cet égard elles peuvent opter pour une loi où droit et religion se confondent tel le droit saoudien²²⁰⁷, iranien²²⁰⁸ ou pakistanais²²⁰⁹. Le choix est encore susceptible de porter, à l'instar du droit libanais, sur un système juridique où la charia n'est pas source du droit mais qui a intégré les principes islamiques financiers. Enfin, les parties sont libres de désigner un droit étatique quelconque et d'incorporer au contrat des normes religieuses comme le reconnaît le préambule du règlement Rome I. Nous avons remis en cause les conclusions du GTDA quant à la possibilité de désigner la charia dans un contrat soumis au juge étatique²²¹⁰, mais nous les rejoignons en matière d'arbitrage international²²¹¹. Dans un tel cadre les contraintes inhérentes au règlement Rome I ne sont pas répétées et il est admis que les parties soumettent leur litige à des règles religieuses non étatiques. L'arbitrage apparaît comme le mode naturel de résolution des litiges internationaux de finance islamique. Encouragé dans la culture islamique, il bénéficie du cadre juridique libéral du droit français dont les règles ont une portée universelle. Les parties sont ainsi libres de désigner les règles pertinentes afin de garantir le respect du caractère islamique du contrat. Il leur est encore loisible de constituer un tribunal arbitral en fonction des compétences des arbitres ou des normes retenues. Pour autant, ce serait une gageure que de faire systématiquement l'économie d'un droit étatique, les opérations de finance islamique internationales revêtant, dans certaines situations, une complexité évidente. Dans l'hypothèse d'une clause d'*electio juris* mixte, un soin particulier doit être attaché à la rédaction de la clause qui doit préciser que les règles religieuses priment sur celles nationales²²¹². Ses termes varieront selon le choix des parties, notamment du degré de soumission du contrat à la charia. La sentence tranchant le litige conformément aux principes islamiques devrait recevoir

²²⁰⁷ Loi fondamentale de l'Arabie Saoudite, spéc. art. 1, 11, 23, 45 et 48.

²²⁰⁸ Constitution de la République islamique d'Iran, spéc. art. 4.

²²⁰⁹ Constitution de la République islamique du Pakistan, spéc. art. 227.

²²¹⁰ V. *supra* paragr. 406 et s. nos développements consacrés aux effets de la désignation de la charia devant le juge français.

²²¹¹ AFFAKI, Georges (dir.), FADLALLAH, Ibrahim, HASCHER, Dominique *et al.*, « Rapport du Groupe de travail sur le droit applicable et le règlement des différends dans les financements islamiques », 2009, p. 9 et 24.

²²¹² Dans le cas où les parties présument que la sentence est amenée à être exécutée en France il serait pertinent de préciser que l'arbitre est en droit d'écarter une disposition charaïque si elle s'avère manifestement contraire à l'ordre public international français.

effet en France et ce d'autant plus que la cour d'appel de Paris a estimé que la prohibition du *riba* et du *gharar* n'était pas contraire à l'ordre public international²²¹³.

432 Conclusion chapitre 1. La technique de la soumission présente plusieurs traits caractéristiques qui peuvent justifier que les parties optent pour celle-ci. Une simple clause dépourvue d'équivoque suffit à ce que le contrat soit régi par la loi désignée, ce qui évite de détailler les règles auxquelles les parties ont entendu se soumettre. Ce faisant, la soumission serait le procédé idoine pour s'assurer que le contrat est respectueux des principes islamiques. La Cour de cassation admet la licéité des clauses d'*electio juris* stipulées dans un contrat interne, dans la limite du respect des règles impératives. Son approbation porte cependant sur le choix de textes appartenant au droit interne et ne permet pas de présumer de l'admission du contrat soumis à un droit étranger. L'étude du règlement Rome I et de la jurisprudence de la CJUE suggère qu'il est permis d'internationaliser le contrat sans qu'il soit toutefois possible d'écarter l'application des règles d'ordre public du droit applicable *de plano*. Contrairement à la volonté initiale de ses rédacteurs, le règlement exclut que les parties désignent un droit non étatique à titre de *lex contractus*. Partant, la clause d'*electio juris* soumettant le contrat à la charia est ineffective. En guise d'expédient, les parties sont libres d'élire un droit étatique qui consacre les principes financiers islamiques.

Le principe d'autonomie trouve à s'exprimer plus amplement en présence d'un contrat international. Les parties ne sont certes plus tenues d'observer les règles impératives du droit applicable à défaut de choix, mais elles ne peuvent décider que le contrat sera régi par la charia. Tant la jurisprudence que le règlement Rome I manifestent une hostilité à l'égard des contrats soumis à des règles non étatiques. Les juridictions anglaises ayant neutralisé la référence à la charia, il ne fait guère de doute que le juge français fera de même si le choix est opéré à titre conflictuel. La solution est alors de soustraire le litige au juge étatique pour le soumettre à l'arbitrage, mode commun de résolution des litiges du commerce international. En la matière, le cadre juridique français se caractérise par une position libérale qui autorise les parties à soumettre le contrat à des règles non étatiques. Il leur est ainsi loisible de désigner une école juridique islamique ou des normes codifiées telles celles de l'AAOFI. De par la

²²¹³ Paris, 4-6, 22 mai 2015, n°13/13797.

convention, l'arbitre est lié par le choix des parties qui n'est limité que par l'ordre public international.

L'intégration des principes islamiques par soumission du contrat à la charia n'est ainsi envisageable qu'en matière d'arbitrage international. Devant le juge étatique, le règlement Rome I contraint à ce que le contrat soit régi par une loi étatique. Il ne faut pas pour autant préjuger d'une supériorité absolue de l'arbitrage international sur la justice étatique tant les sentences rendues sur la base du droit islamique peuvent s'avérer imprévisibles et coûteuses. Les parties s'exposent à un risque en faisant l'économie d'une loi nationale. Leur stratégie doit être fonction de leurs attentes, mais il peut être prudent d'opter pour une loi étatique à titre conflictuel et d'intégrer les règles religieuses par incorporation. Le règlement Rome I y est favorable à travers le considérant n°13 de son préambule. A bien des égards, et particulièrement dans le cadre d'une situation purement interne, l'incorporation semble s'imposer comme un moyen efficace d'intégrer les principes islamiques.

Chapitre 2 : L'intégration des principes par incorporation au contrat

433 Contractualisation d'un élément religieux et principe de laïcité. La liberté contractuelle reconnue par le droit français permet-elle à la religion de pénétrer le contrat ? *A priori*, une réponse positive s'impose tant qu'elle n'entre pas en conflit avec l'ordre public. Pourtant, il est permis de s'interroger sur la validité d'un contrat ayant intégré un élément religieux dans un système juridique laïcisé. Ces doutes doivent être écartés tant exclure la contractualisation d'un élément religieux dénoterait une méconnaissance de la notion de laïcité²²¹⁴. Certes l'article 2 de la loi de séparation des Eglises et de l'Etat dispose : « *La République ne reconnaît, ne salarie ni ne subventionne aucun culte [...]* » mais il est précédé d'un article 1^{er} énonçant : « *La République assure la liberté de conscience. Elle garantit le libre exercice des cultes sous les seules restrictions édictées ci-après dans l'intérêt de l'ordre public* »²²¹⁵. A ces textes s'ajoute l'article 1^{er} de la Constitution qui impose le respect de toutes les croyances. Il en ressort que le principe de laïcité ne s'entend pas de l'ignorance du fait religieux mais revêt deux aspects, l'un négatif, la neutralité de l'Etat vis-à-vis de la religion, l'autre positif, la prise en considération des croyances. La dimension négative du principe de laïcité ne concerne que les relations verticales entre les Eglises et l'Etat et non celles horizontales entre personnes privées, de sorte que le droit privé est amené à connaître du fait religieux²²¹⁶. L'incorporation de l'élément religieux ne doit pas non plus étonner quand on connaît l'apport du droit canonique au droit français des contrats à travers les principes du consensualisme²²¹⁷ ou encore de la force obligatoire²²¹⁸. Religion et contrat ne sont pas antinomiques mais au contraire complémentaires. La religion vivifie le droit des contrats en ajoutant des obligations non prévues par le Code civil qui s'imposent aux contractants comme au juge²²¹⁹. Le droit des contrats favorise

²²¹⁴ Sur ce point, v. *supra* notre introduction paragr. 39 et s.

²²¹⁵ Loi du 9 décembre 1905 concernant la séparation des Eglises et de l'Etat.

²²¹⁶ MESSNER Francis, PRÉLOT Pierre-Henri, WOEHLING Jean-Marie *et al.* (dir.), *Traité de droit français des religions*, Litec, 2003, paragr. 1172 et 1173.

²²¹⁷ TERRÉ, François, SIMLER, Philippe, LEQUETTE, Yves *et al.*, *Droit civil*, 12^e éd., Dalloz, 2018, paragr. 33.

²²¹⁸ FABRE-MAGNAN, Muriel, *Droit des obligations. 1, Contrat et engagement unilatéral*, Presses universitaires de France, 2016, paragr. 56.

²²¹⁹ ANCEL, Pascal, « Force obligatoire et contenu obligationnel du contrat », RTD Civ. 1999.771, paragr. 5, 33 et s. ; RIASSETTO, Isabelle « Le « faith-based », un concept en droit bancaire et des marchés financiers » in LE DOLLEY, Erik (Dir), *Les concepts émergents en droit des affaires*, LGDJ, 2010, p. 175.

en retour l'expression de la religion²²²⁰ notamment en permettant aux parties de conclure des actes respectueux de leurs convictions religieuses. Deux techniques, cumulables, sont alors envisageables afin d'incorporer les principes cardinaux de la finance islamique. La première consiste à contractualiser une norme religieuse (**Section 1**) alors que la seconde repose sur l'incorporation des convictions religieuses des contractants (**Section 2**).

Section 1 : L'incorporation des normes religieuses

434 Intérêt de l'incorporation d'une norme religieuse. La soumission du contrat à un droit non étatique étant dépourvue d'effet devant le juge, l'incorporation de normes religieuses constitue un moyen pour les parties de s'assurer du caractère charia-compatible de leur accord. On entend ici par norme religieuse une règle de conduite déterminée, d'essence religieuse, qui peut être une règle de droit étatique²²²¹, d'une école juridique islamique ou une règle élaborée par un organisme privé tel l'AAOIFI, mais dépourvue de caractère contraignant en droit français. Pour pallier l'absence d'un tel caractère, les parties incorporent la norme dans le contrat lui faisant ainsi acquérir force obligatoire²²²². Pour ce faire, les contractants désignent expressément les règles auxquelles ils entendent se soumettre contribuant de ce fait à réduire l'insécurité juridique. Cela dispense en outre le juge de rechercher la teneur des principes gouvernant le contrat islamique. Le droit français des contrats est marqué par un esprit libéral qui admet que les parties procèdent à l'incorporation de la norme religieuse **(I)**. La liberté contractuelle est indéniablement un atout en faveur du développement en France des activités islamiques mais n'en demeure pas moins limitée. Dès l'origine, les rédacteurs du Code civil ont entendu soumettre la volonté des contractants au respect de l'ordre public **(II)**.

²²²⁰ MESSNER, Francis, PRÉLOT, Pierre-Henri, WOEHLING, Jean-Marie *et al.*, *Droit français des religions*, LexisNexis, 2013, paragr. 1773.

²²²¹ Une règle religieuse peut se muer en règle de droit dans un ordre juridique qui ne connaît pas de séparation entre l'Etat et la religion. Ainsi en est-il en Arabie Saoudite où la Charia est la principale source du droit.

²²²² C. civ., art. 1103 : « *Les contrats légalement formés tiennent lieu de loi à ceux qui les ont faits* ».

IJ L'admission de l'incorporation de la norme religieuse

435 Plan. La latitude dont bénéficient les parties quant au contenu et à la forme du contrat résulte du principe de liberté contractuelle. Sous-jacent dans la version originelle du Code civil, le principe a connu des évolutions. Rattaché pendant un temps à la théorie de l'autonomie de la volonté, il s'est ensuite autonomisé en étant reconnu par le juge constitutionnel puis consacré à l'occasion de la réforme du droit des contrats en 2016. Cette valeur conférée à la liberté contractuelle justifie, sous réserve du respect de l'ordre public, qu'il ne puisse être fait échec au choix des parties d'incorporer une norme religieuse **(A)**. C'est alors sur cette contractualisation qu'il convient de s'interroger **(B)**.

A) La liberté contractuelle comme fondement de la faculté

436 Fondement de la liberté contractuelle sur le principe de l'autonomie de la volonté. Portalis, chargé de présenter le projet de Code civil, a estimé que « *les hommes doivent pouvoir traiter librement sur tout ce qui les intéresse* »²²²³. Ce que l'illustre rédacteur du Code a énoncé, sans le nommer expressément, est le principe de la liberté contractuelle. Pendant un temps, ce principe a pu être déduit de la notion d'autonomie de la volonté²²²⁴, voulue comme une adaptation juridique de la pensée kantienne²²²⁵. Inspirée de la philosophie individualiste et du libéralisme économique²²²⁶, l'autonomie de la volonté désigne « *le pouvoir qu'à la volonté de se donner sa propre loi* »²²²⁷. Le concept a pour origine l'interprétation volontariste du Code civil des commentateurs de la seconde moitié du XIXe siècle²²²⁸ selon laquelle la norme ne tire sa force que de la volonté de celui qui accepte de s'y soumettre²²²⁹. Ainsi, c'est en raison de la volonté individuelle que le contrat a force obligatoire. L'ancien article 1134 du Code civil

²²²³ PORTALIS, *Discours préliminaire au premier projet du Code civil*.

²²²⁴ BUFFELAN-LANORE, Yvaine et LARRIBAU-TERNEYRE, Virginie, *Droit civil*, 16e éd., Sirey, 2018, paragr. 863 GHESTIN, Jacques, LOISEAU, Grégoire et SERINET, Yves-Marie, *La formation du contrat. Tome 1, le contrat, le consentement*, LGDJ : Lextenso éditions, 2013, paragr. 193.

²²²⁵ Sur l'idée que la théorie de l'autonomie de la volonté a pour origine la pensée de Kant, v. la thèse d'Emmanuel Gounot qui réalise une présentation exhaustive de la théorie de l'autonomie de la volonté afin de mieux la critiquer :

²²²⁶ LARROUMET, Christian et BROS, Sarah, *Les obligations*, Economica, 2018, p. 90 TERRÉ, François, SIMLER, Philippe, LEQUETTE, Yves *et al.*, *Droit civil*, 12e éd., Dalloz, 2018, paragr. 21 et s.

²²²⁷ RANOUIL, Véronique, *L'autonomie de la volonté*, Presses universitaires de France, 1980, p. 9.

²²²⁸ GHESTIN, Jacques, LOISEAU, Grégoire et SERINET, Yves-Marie, *La formation du contrat. Tome 1, le contrat, le consentement*, LGDJ : Lextenso éditions, 2013, paragr. 186 et s.

²²²⁹ BÉNABENT, Alain, *Droit des obligations*, 19e éd., LGDJ, 2021, paragr. 35.

témoignerait de la conception volontariste qu’auraient adoptée les rédacteurs en retenant que les « *conventions légalement formées tiennent lieu de loi à ceux qui les ont faites* ». La volonté aurait le pouvoir d’ériger le contrat en une norme similaire ou du moins comparable à la loi. Carbonnier écrivait à propos de l’article 1134 du Code civil, qu’il s’agissait de la « *citadelle de l’autonomie de la volonté* »²²³⁰. La théorie, séduisante aux yeux de celui qui adhère à la pensée libérale, peine à convaincre²²³¹. D’abord parce que, s’il est incontestable que le Code civil est empreint de philosophie libérale, il est peu probable que ses rédacteurs aient voulu consacrer une volonté omnipotente que laisse suggérer la théorie²²³². La volonté des parties est circonscrite par les limites envisagées à l’article 6 du Code civil et l’article 1135, dans sa rédaction originelle, prévoyait expressément que les conventions puissent obliger les parties à ce qu’elles n’ont pas nécessairement voulues²²³³. En outre, le Pr Véronique RANOUIL, qui s’est intéressé à la genèse de la notion d’autonomie de la volonté, a constaté que l’expression était absente des ouvrages de droit civil du XIXe siècle²²³⁴. Elle apparaît pour la première fois sous la plume d’André WEISS dans son traité de droit international privé en 1886²²³⁵ avant d’être reprise par Gény²²³⁶. La théorie de l’autonomie de la volonté n’est plus en adéquation avec une époque marquée par un

²²³⁰ CARBONNIER, Jean, *Droit civil. T. 1: Introduction, les personnes, la famille, l’enfant, le couple*, PUF, 2017, paragr. 169.

²²³¹ Pour une présentation brève des diverses critiques adressées à la théorie de l’autonomie de la volonté v. GHESTIN, Jacques, LOISEAU, Grégoire et SERINET, Yves-Marie, *op. cit.*, paragr. 199 et s. LÉVY, Jean-Philippe et CASTALDO, André, *Histoire du droit civil*, Dalloz, 2010, paragr. 543. Pour une analyse plus complète, v. la thèse d’Emmanuel Gounot, GOUNOT, Emmanuel, *op. cit.*

²²³² Il convient de remarquer que Portalis envisage, immédiatement après l’avoir énoncée, des limites à la liberté contractuelle que sont la justice, les bonnes mœurs et l’utilité publique, v. PORTALIS, *Discours préliminaire au premier projet du Code civil*. Plus significative encore est la subordination des volontés particulières à celle générale, entendue comme la loi. A ce titre l’auteur critique vertement ceux qui accordent à la volonté des individus un pouvoir excessif, V. PORTALIS, *Exposé, par le conseiller d’Etat PORTALIS, des motifs du titre préliminaire, de la publication des effets et de l’application de lois en général* : « *Des jurisconsultes ont poussé le délire jusqu’à croire que des particuliers pouvaient traiter entre eux comme s’ils vivaient dans ce qu’ils appellent l’état de nature, et de consentir tel contrat qui peut convenir à leurs intérêts, comme s’ils n’étaient gênés par aucune loi. De tels contrats, disent-ils, ne peuvent être protégés par des lois qu’ils offensent ; mais comme la bonne foi doit être gardée entre des parties qui se sont engagées réciproquement, il faudrait obliger la partie qui refuse d’exécuter le pacte à fournir par équivalent ce que les lois ne permettaient d’exécuter en nature. Toutes ces dangereuses doctrines, fondées sur des subtilités, et éversives des maximes fondamentales, doivent disparaître devant la sainteté des lois.*

Le maintien de l’ordre public dans une société, est la loi suprême. Protéger des conventions contre cette loi, ce serait placer des volontés particulières au-dessus de la volonté générale, ce serait dissoudre l’Etat. »

²²³³ C. civ., art. 1134 anc. : « Les conventions obligent non seulement à ce qui y est exprimé, mais encore à toutes les suites que l’équité, l’usage ou la loi donnent à l’obligation d’après sa nature. »

²²³⁴ RANOUIL, Véronique, *L’autonomie de la volonté*, Presses universitaires de France, 1980, p. 76 à 78.

²²³⁵ LÉVY, Jean-Philippe et CASTALDO, André, *Histoire du droit civil*, Dalloz, 2010, paragr. 542.

²²³⁶ RANOUIL, Véronique, *op. cit.*, p. 93.

interventionnisme accru des pouvoirs publics soucieux de rétablir l'équilibre contractuel en protégeant la partie faible²²³⁷.

437 Absence originelle du principe dans le Code civil. Le principe de liberté contractuelle, parce qu'il ne découle pas de l'autonomie de la volonté, doit être entendu dans une acception propre au droit des obligations. La réforme de la matière par l'ordonnance du 10 février 2016²²³⁸ a été l'occasion d'introduire formellement le principe qui, bien qu'il sous-tendait la matière, n'était pas expressément mentionné dans le Code civil. Tout au plus pouvait-il être déduit de l'article 6 du Code civil qui, en précisant qu'on ne peut déroger par une convention aux lois qui intéressent l'ordre public et les bonnes mœurs, reconnaît implicitement une certaine latitude aux contractants. Il ne peut cependant être contesté que les rédacteurs avaient reconnu l'existence de la liberté contractuelle et l'avaient érigée au rang des principes directeurs du droit des contrats²²³⁹. Seulement n'étaient-ils que peu préoccupés par la nécessité d'établir de grandes constructions dogmatiques²²⁴⁰.

438 Consécration tardive du principe par le juge. On pourrait croire, au regard de l'importance que revêt le principe de liberté et en l'absence originelle de texte le consacrant expressément, que sa reconnaissance par les juges s'est imposée tôt. Elle se révèle pourtant tardive et en de rares occasions. La Cour de cassation est peu sensible à l'argument de la liberté contractuelle²²⁴¹, préférant fonder sa décision sur un autre

²²³⁷ Notons que la théorie de l'autonomie de la volonté n'est véritablement développée qu'au moment de l'apparition des premières lois protectrices en droit du travail. C'est paradoxalement au moment de son déclin que la théorie rencontre un certain succès. Le Pr Véronique RANOUIL le constate et introduit sa thèse par une citation de Hegel « *Ce n'est qu'au début du crépuscule que l'oiseau de Minerve prend son envol.* » *Ibid.*, p. 9.

²²³⁸ Ord. n°2016-131 du 10 février 2016 portant réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations.

²²³⁹ PORTALIS, Discours préliminaire au premier projet du Code civil : « *En général, les hommes doivent pouvoir traiter librement sur tout ce qui les intéresse. Leurs besoins les rapprochent ; leurs contrats se multiplient autant que leurs besoins. Il n'y a point de législation dans le monde qui ait pu déterminer le nombre et fixer la diversité des conventions dont les affaires humaines sont susceptibles. De là cette foule de contrats connus, dans les lois romaines, sous le titre de contrats innommés. La liberté de contracter ne peut être limitée que par la justice, par les bonnes mœurs, par l'utilité publique.* ».

²²⁴⁰ PERES, Cécile, Liberté contractuelle in MAZEAUD Denis, BOFFA Romain et BLANC Nathalie (dir.), *Dictionnaire du contrat*, LGDJ, 2018, p. 715.

²²⁴¹ GHADOUN, Pierre-Yves, JCl. Civil Annexes, V° Libertés, fasc.20 : Liberté contractuelle

terrain²²⁴² mais elle a parfois fait une référence explicite au principe²²⁴³. Le Conseil d'Etat reconnaît le principe de liberté contractuelle et estime que le pouvoir réglementaire ne peut lui porter atteinte que si la loi l'y autorise²²⁴⁴ ou que le maintien de l'ordre public le commande²²⁴⁵. Plus cruciale était la question de savoir si la liberté contractuelle disposait d'une valeur constitutionnelle. L'intérêt de la qualification résidait dans la protection du principe et, ainsi, dans les limites qui pourraient lui être apportées. S'il est en effet admis que le législateur puisse encadrer une liberté constitutionnelle, c'est à la condition que la loi réponde à des considérations impérieuses. Le Conseil constitutionnel procède alors à un contrôle de proportionnalité de l'atteinte portée par la loi à la norme de valeur constitutionnelle. Les Sages de la rue Montpensier ont d'abord considéré en 1994 qu'« aucune norme de valeur constitutionnelle ne garantit le principe de la liberté contractuelle »²²⁴⁶. A nouveau le principe était invoqué en 1997 par les requérants sans plus de succès, le Conseil constitutionnel maintenant que « le principe de liberté contractuelle n'a pas en lui-même valeur constitutionnelle »²²⁴⁷. La décision semble toutefois amorcer un changement dans la position du juge constitutionnel puisqu'il précise que « sa méconnaissance ne peut être invoquée devant le Conseil constitutionnel que dans le cas où elle conduirait à porter atteinte à des droits et libertés constitutionnellement garantis ». Le revirement de jurisprudence se précise dans une décision du 10 juin 1998 aux termes de laquelle le législateur ne peut porter aux contrats en cours une atteinte d'une gravité telle qu'elle méconnaîtrait la liberté reconnue à l'article 4 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789²²⁴⁸. L'évolution intervient véritablement deux ans plus tard lorsque les Sages, sur le même fondement que la décision précédente, élèvent la liberté contractuelle au rang des normes de valeur constitutionnelle²²⁴⁹. Le Conseil a par la suite maintenu sa jurisprudence en précisant

²²⁴² A titre d'illustration, v. Com., 3 oct. 2000, n° 97-20.520, Agostini : JurisData n° 2000-006088 ; Bull. civ. 2000, IV, n° 148

²²⁴³ Soc., 10 déc. 2008, n° 07-43.873 : « qu'en statuant ainsi, alors qu'elle avait constaté que le système de rémunération qui ressortissait de la liberté contractuelle [...] ». Auparavant la Cour de cassation avait déjà estimé que les dispositions d'une ordonnance doivent « être interprétées restrictivement comme dérogatoires à la liberté des conventions », v. Civ. 3^e, 15 févr. 1972 : Bull. civ. 1972, III, n° 100. A noter que l'expression « liberté des conventions » était préférée à celle de liberté contractuelle.

²²⁴⁴ CE, sect., 3 oct. 1980, n° 12955, *Féd. française professionnels immobiliers et commerciaux*

²²⁴⁵ CE, sect., 2 oct. 2002, *SARL Seven Media*, n°231228

²²⁴⁶ Cons. const., 3 août 1994, n°94-348 DC ; D. 1996. 45, obs. X. Prétot ; *ibid.* 1995. 344, obs. F. Mélin-Soucramanien ; *ibid.* 351, obs. P. Gaïa ; RTD civ. 1996. 151, obs. J. Mestre

²²⁴⁷ Cons. const. 20 mars 1997, n° 97-388 DC ; D. 1999. 236, obs. F. Mélin-Soucramanien ; *ibid.* 234, obs. L. Favoreu ; Dr. soc. 1997. 476, étude X. Prétot ; RTD civ. 1997. 787, obs. N. Molfessis ; *ibid.* 1998. 99, obs. J. Mestre.

²²⁴⁸ Cons. const., 10 juin 1998, n° 98-401 DC ; RTD Civ. 1999.78, obs. J. Mestre.

²²⁴⁹ Cons. const., 19 déc. 2000, n°2000-437 DC ; D. 2001.1766, obs. D. Ribes.

les limites dans lesquelles le législateur pouvait attenter à la liberté à savoir qu'elles soient « *liées à des exigences constitutionnelles ou justifiées par l'intérêt général* » et « *à la condition qu'il n'en résulte pas d'atteintes disproportionnées au regard de l'objectif poursuivi* »²²⁵⁰, conditions rappelées dans une décision du 8 septembre 2017²²⁵¹.

439 Consécration formelle du principe dans le Code civil. Depuis la réforme du droit des obligations, le principe de liberté contractuelle est formellement énoncé par l'article 1102 du Code civil, inséré dans un chapitre intitulé « Dispositions liminaires ». On peut s'étonner que l'expression ait été préférée à celle de « principes directeurs » mais son choix résulte de la volonté des rédacteurs de s'inscrire dans la continuité du Code²²⁵² et, surtout, de ne pas accorder aux règles énoncées une valeur supérieure aux autres de crainte que cela ne permette aux juges de justifier un « *interventionnisme accru* »²²⁵³. Le terme « principe » est encore absent des dispositions contenues dans le chapitre, ce qui n'a toutefois que peu de conséquences en pratique²²⁵⁴ tant la volonté du législateur d'établir la liberté contractuelle en tant que principe ne fait aucun doute²²⁵⁵. Significatif est à cet égard, la place de l'article 1102 dans le Code civil qui intervient après celle de la définition du contrat. La question de l'opportunité de la consécration formelle du principe de liberté contractuelle peut être posée. En premier lieu parce qu'il se déduit de l'article 6 du Code civil. Ensuite, parce que la consécration législative semble superfétatoire après celle constitutionnelle. Cet avis n'est pas partagé par le Pr Mustapha MEKKI qui fait remarquer que l'affirmation de principes généraux constitue une déclaration de politique générale en droit des contrats. Ce principe a des « *fonctions axiologique et stratégique* » qui justifient sa formalisation en ouverture des dispositions relatives au droit des obligations sans que cela ne nuise à la matière²²⁵⁶. Ainsi, le législateur a entendu affirmer les valeurs défendues par le

²²⁵⁰ Cons. const., 13 juin 2013, n°2013-672 DC ; *JCP G* 2013. 929, note J. Ghestin.

²²⁵¹ Cons. const., 8 sept. 2018, n°2017-752 DC ;

²²⁵² Le chapitre premier s'intitulait « Dispositions préliminaires ».

²²⁵³ Rapport au Président de la République relatif à l'ordonnance n° 2016-131 du 10 février 2016 portant réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations : *JO*, 11 février 2016, n°0035, texte n°25

²²⁵⁴ Sur l'absence du terme « principe » tant dans le titre du chapitre que dans les dispositions, V. PERES, Cecile, « Observations sur « l'absence » de principes directeurs à la lumière du projet d'ordonnance portant réforme du droit des contrats », *RDC 2015*, n°3, p. 647.

²²⁵⁵ Rapport au Président de la République relatif à l'ordonnance n° 2016-131 du 10 février 2016 portant réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations : *JO*, 11 février 2016, n°0035, texte n°25 : « *Le choix du titre de ce chapitre au regard de son contenu, notamment en ce qu'il pose les principes de la liberté contractuelle, de la force obligatoire du contrat et de la bonne foi tant lors de la négociation que de l'exécution du contrat, résulte d'importantes réflexions* ».

²²⁵⁶ MEKKI, Mustapha, « Les principes généraux du droit des contrats au sein du projet d'ordonnance portant sur la réforme du droit des obligations », *D.* 2015.816.

modèle français ce qui permet de contribuer à sa circulation²²⁵⁷. A nouveau, il est cocasse que le principe de liberté contractuelle soit sacralisé à un moment où sa portée est plus réduite que jamais.

440 Contenu du principe. L'article 1102 du Code civil énonce le contenu du principe de liberté contractuelle. Aux termes de l'alinéa 1^{er}, « *chacun est libre de contracter ou de ne pas contracter, de choisir son cocontractant et de déterminer le contenu et la forme du contrat dans les limites fixées par la loi* ». La formulation retenue consacre quatre libertés auxquelles la loi peut toutefois porter atteinte. La première comporte deux aspects, l'un positif, la faculté de contracter, l'autre négatif, celui de ne pas contracter. La seconde est celle du libre choix du contractant. Dans le cadre d'un contrat de finance islamique il serait toutefois inenvisageable qu'un refus de contracter soit justifié au seul motif que l'un des contractants n'est pas musulman. Un tel fait constituerait une discrimination définie et sanctionnée aux articles 225-1 et s. du Code pénal. La liberté contractuelle consiste encore à pouvoir déterminer la forme du contrat, les parties pouvant subordonner la validité du contrat au respect d'un certain formalisme²²⁵⁸. Enfin, la dernière composante du principe de liberté contractuelle est celle qui intéresse le plus la faculté qu'ont les parties de conclure un contrat respectueux des principes islamiques. Puisqu'il est admis que le contenu du contrat soit déterminé librement, il convient d'envisager la possibilité que le contrat intègre des règles islamiques.

B) La contractualisation de la norme religieuse

441 Faculté reconnue par le règlement Rome I. Il a été avancé, à la suite de l'exégèse du règlement Rome I, que le choix de la loi du contrat interne par les parties correspondait à l'exercice d'une faculté de soumission²²⁵⁹. La technique de l'incorporation n'est pourtant pas ignorée du texte européen. Le considérant n°13

²²⁵⁷ *Ibid.*

²²⁵⁸ FABRE-MAGNAN, Muriel, *Droit des obligations. 1, Contrat et engagement unilatéral*, Presses universitaires de France, 2016, paragr. 64.

²²⁵⁹ V. nos développements précédents ainsi que MAYER, Pierre, HEUZÉ, Vincent et RÉMY, Benjamin, *Droit international privé*, 12^e éd., LGDJ, 2019, paragr. 749 BUREAU, Dominique et MUIR WATT, Horatia, *Droit international privé. 2, Partie spéciale*, PUF, 2017, paragr. 894. Pour une analyse similaire sur la base de la Convention de Rome v. LEMAIRE Sophie, « Le choix de la loi du contrat en droit interne », RRJ 2001-3, p. 1448-1449. *Contra* JACQUET, Jean-Michel, « L'incorporation de la loi dans le contrat », *Tr. com. fr. dr. int. pr.*, 1993-1995, p. 28-29 ; Conclusions de l'avocat général de la CJUE Maciej SZPUNAR, affaire C-54/16, pt. 154 à 158.

affirme qu'il n'est pas interdit aux parties « *d'intégrer par référence dans leur contrat un droit non étatique ou une convention internationale* »²²⁶⁰. L'intégration, telle qu'envisagée par les rédacteurs du règlement, a pour synonyme l'incorporation. Les versions anglaise et espagnole du texte utilisent respectivement les termes « *incorporating* » et « *incorporar* » qui traduisent l'idée d'incorporer. Toute idée de soumission du contrat à un droit non étatique est exclue. Le considérant n°13 n'est que le reliquat d'une proposition initiale qui avait envisagé une telle faculté mais qui a été abandonnée devant l'opposition de certains états membres²²⁶¹. Les rédacteurs se sont contentés de rappeler que l'incorporation d'une norme non étatique était admissible. Il peut y être vu un pied de nez ou une affirmation superflue. Cette seconde analyse se baserait sur l'évidence de ce droit au titre de la liberté contractuelle. Ce serait toutefois méconnaître que tous les systèmes juridiques ne reconnaissent pas un tel principe, à l'instar du droit islamique²²⁶².

442 Admission de l'incorporation d'une norme religieuse par la jurisprudence. La faculté d'incorporer une norme religieuse au sein d'un contrat ne fait aucun doute tant au regard du principe constitutionnel de la liberté contractuelle que du considérant 13 du règlement Rome I. Antérieurement à l'entrée en vigueur du texte communautaire, la jurisprudence a eu l'occasion d'approuver la contractualisation de normes religieuses. Dans un arrêt du 15 janvier 1964, la cour d'appel de Chambéry, si elle a exclu que les juridictions civiles puissent « *appliquer le droit canonique comme ayant, en soi valeur légale* » admet qu'« *elles doivent cependant, les dispositions du droit canon n'ayant en la matière rien d'illicite, les tenir pour valables dans le cadre de l'article 1134 du Code civil et du principe de l'autonomie de la volonté, comme est valable toute convention conclue entre particuliers dont l'objet n'est contraire ni à la loi ni aux*

²²⁶⁰ Pour une étude plus détaillée du considérant n°13 du règlement Rome I, v. nos développements relatifs au contrat international.

²²⁶¹ ANCEL, Marie-Elodie, « Le choix du droit applicable : une liberté sous contraintes » in ASSOCIATION LUXEMBOURGEOISE DES JURISTES DE BANQUE, *Le banquier luxembourgeois et le droit international privé*, Anthemis, 2017, p. 31-32 NIBOYET, Marie-Laure et GEOUFFRE DE LA PRADELLE, Géraud de, *Droit international privé*, 7^e éd., LGDJ, 2020, paragr. 120 MAYER, Pierre, HEUZÉ, Vincent et RÉMY, Benjamin, *op. cit.*, paragr. 752 AUDIT, Bernard et AVOU, Louis d', *Droit international privé*, LGDJ, 2018, paragr. 1033 KESSEDJIAN, Catherine, *Droit du commerce international*, 1^{re} éd., PUF, 2013, paragr. 120.

²²⁶² Pour Yvon LINANT DE BELLEFONDS le contenu de l'acte « *est déjà fixé par la Charî'a et il n'appartient pas à l'homme de le modifier ni d'en étendre, ni même d'en limiter les effets* ». Si pour l'auteur il est permis d'affirmer l'existence de la liberté contractuelle en droit islamique, « *elle ne trouve à s'exercer que dans des limites très étroites, refoulée qu'elle est, de toute part, par un ensemble de dispositions particulières ou de théories générales qui ne lui laissent plus qu'un champ restreint d'application* » : LINANT DE BELLEFONDS, Yvon, *Traité de droit musulman comparé, Vol.1: Théorie générale de l'acte juridique*, Mouton et cie., 1965, paragr. 268 à 271.

mœurs »²²⁶³. La norme islamique, dès lors qu'elle n'est pas contraire à l'ordre public, doit recevoir application en tant que stipulation contractuelle liant les parties.

443 Effet horizontal de l'incorporation. A la différence de la soumission, l'incorporation possède un effet horizontal. La norme intégrée au contrat se mue en stipulation contractuelle et, quand elle est à l'origine une règle de droit, tire sa force obligatoire non plus du législateur mais des parties. En cas de conflit entre une règle incorporée et une clause du contrat, la première devrait être neutralisée au profit de la seconde conformément à ce que les parties ont véritablement voulu. D'aucuns pourraient voir, à travers l'incorporation d'un droit étatique, une atteinte à la suprématie de la loi. On leur objecte que la loi ne dispose d'un tel caractère qu'en raison du commandement du législateur sans lequel elle ne dispose d'aucune force obligatoire²²⁶⁴. Pour expliquer cette métamorphose, le Pr Dominique BUREAU rappelle la distinction qu'opérait le Doyen BATIFFOL entre l'élément impératif de la règle, qui résulte du législateur, et celui rationnel, qui renvoie à son contenu. En contractualisant la règle de droit, les parties ne conserveraient que l'élément rationnel²²⁶⁵. La loi, parce qu'elle ne tire plus sa force obligatoire du commandement du législateur mais de la volonté des parties²²⁶⁶, « *cesse d'être une grande force en mouvement pour se réduire à un recueil de dispositions au pouvoir normatif nul* »²²⁶⁷. On comprend alors qu'il soit loisible aux parties d'écarter les dispositions impératives contenues dans le droit intégré qu'elles jugeraient contraires à la réalisation de leur projet. En outre, la transformation de la règle de droit en stipulations contractuelles n'est pas une aberration au regard de la clause légale, laquelle s'entend de la « *stipulation contractuelle dont le libellé provient (directement ou en qualité d'accessoire) d'un texte normatif -loi au sens formel, décret, arrêté, acte réglementaire d'autorité administrative indépendante...* »²²⁶⁸. La clause légale se distingue de l'incorporation réalisée par les parties en ce qu'elle résulte non pas de leur volonté mais de celle de la puissance publique. Il n'en demeure pas moins qu'elle doit être qualifiée

²²⁶³ CA Chambéry, 15 janv. 1964, *D.* 1964, p. 605

²²⁶⁴ LISANTI, Cécile, « Retour sur l'electio juris en droit interne », *RLDC* 2008, n°46, paragr. 12 et s.

²²⁶⁵ BUREAU, Dominique, « L'extension conventionnelle d'un statut impératif. Contribution du droit international privé à la théorie du contrat », paragr. 49 in *Études de droit de la consommation*, Dalloz, 2004.

²²⁶⁶ Le Pr Christian Atias a écrit à ce sujet : « *reçue dans le contrat par une volonté délibérée des parties, la loi en est vivifiée. La loi qui tient lieu de contrat en récupère toute la force : il importe peu qu'elle perde sa valeur législative ou réglementaire dès lors que le consentement privé a pris le relais* », ATIAS, Christian, note sous *Civ. 1^{re}*, *D.* 1993.124.

²²⁶⁷ LIBCHABER, Rémy, note sous *Ass. plén.*, 17 mai 2002, *Defrénois* 2002.1234.

²²⁶⁸ REVET, Thierry, La clause légale, paragr. 5 in *Mélanges Michel Cabrillac*, Litec, 1999.

de stipulation contractuelle et s'impose aux parties sur le fondement de l'article 1103 du Code civil²²⁶⁹.

444 Liberté de choix quant à la norme incorporée. L'incorporation, parce qu'elle repose avant tout sur le principe de liberté contractuelle, n'est pas enfermée dans les mêmes contraintes que la soumission quant au choix de la norme. Là où la soumission impose nécessairement le choix d'une loi étatique, l'incorporation admet que les parties contractualisent des normes d'origine privée. Deux fondements peuvent être invoqués pour justifier d'une telle latitude offerte aux parties : la liberté contractuelle et le considérant 13 du règlement Rome I. Il a été suggéré, que ce dernier texte reconnaissait une telle faculté lorsqu'il énonce que les parties sont libres « *d'intégrer par référence dans leur contrat un droit²²⁷⁰ non étatique ou une convention internationale* »²²⁷¹. On imagine l'intérêt que pourraient trouver les parties à incorporer dans leur accord les normes de l'AAOIFI. Dans le cadre d'un contrat *murabaha*, elles pourraient retranscrire les dispositions qui lui sont relatives ou y faire référence afin de s'assurer de la conformité de leur opération aux règles du droit islamique. Un tel procédé devrait faciliter l'appréhension du contrat par le juge. Un renvoi à un droit ayant intégré la Charia imposerait au juge de rechercher la teneur de la règle tandis que la contractualisation de la règle prévient une telle difficulté. La liberté de choix s'entend encore de la possibilité offerte de « dépecer » la norme choisie. L'incorporation ne retenant que l'élément rationnel de la règle, elle ne contraint pas, contrairement à la soumission en droit interne, au respect des dispositions impératives qui l'accompagnent. Il est ainsi loisible aux parties de ne retenir qu'un pan du droit applicable sans avoir à justifier leur choix. Les seules limites s'imposant à eux sont celles classiquement apportées à la liberté contractuelle à savoir l'observance des règles d'ordre public. La critique adressée à la soumission concernant l'application éventuelle d'une règle islamique impérative contraire à l'interprétation que pourraient avoir les parties n'a pas à être renouvelée dès lors que les parties peuvent l'exclure.

445 Gel de la norme incorporée. La soumission a pour inconvénient qu'elle ne fige pas la règle au moment de la conclusion du contrat. Elle expose les contractants à une

²²⁶⁹ Ibid. paragr. 14 et s., spéc. paragr. 16.

²²⁷⁰ L'emploi du terme « droit » ne doit pas, selon nous, être entendu dans un sens strict qui exclurait les normes privées.

²²⁷¹ V. nos développements précédents sur la soumission et ceux relatifs au contrat international.

évolution qu'ils ne peuvent prévoir et s'avère, par-là, source d'insécurité juridique²²⁷². Au contraire, l'incorporation prévient cet écueil. La règle incorporée est réduite à une simple stipulation contractuelle et se fige. En conséquence, toute hypothèse de conflit de lois dans le temps s'en trouve exclue. Certes, le droit islamique n'est que peu sujet au changement en raison de la fermeture des portes de l'*ijtihad*. Il en va autrement d'un droit étatique ou de normes privées, à l'instar de celles de l'AOIFI, qui sont susceptibles d'évoluer. On perçoit alors l'intérêt de l'incorporation sur la soumission.

446 Inconvénients liés aux modalités de l'incorporation de la norme. En comparaison des avantages inhérents à la technique de l'incorporation, dont on comprend aisément qu'elle puisse être vivement recommandée²²⁷³, les inconvénients apparaissent moins nombreux, ils ne sont pourtant pas négligeables.

Le premier d'entre eux tient à la façon dont les parties procèdent à l'incorporation. Deux méthodes sont envisageables, dont l'une consiste à rédiger une clause précisant que pour la formation et l'exécution du contrat, les parties se réfèrent au droit islamique²²⁷⁴ mais il s'agit alors d'une famille de systèmes juridiques ce qui rend le choix équivoque²²⁷⁵. Plus judicieux est le renvoi aux normes de l'AAOFI, mais celles-ci peuvent s'avérer lacunaires sur certains aspects, ou encore à un droit étatique qui a intégré la charia. Cette dernière option privilégie un ensemble plus complet mais qui ne répond pas nécessairement aux attentes des contractants. Toutefois, s'agissant d'une incorporation et non d'une soumission, les parties sont libres de ne retenir que les règles qui leur conviennent. Le danger d'une clause désignant un ensemble résiderait dans son caractère général qui laisserait sous-entendre au juge que sa rédaction maladroite exprime en fait une volonté de soumission de la part des parties²²⁷⁶. Le risque est d'autant plus probable que la Cour de cassation favorise la thèse de la soumission à celle de l'incorporation²²⁷⁷. La seconde méthode envisageable serait de retranscrire les

²²⁷² En ce sens, v. SEUBE, Jean-Baptiste, « L'incorporation de la loi dans le contrat », *RJDA* 2016.251, paragr. 10.

²²⁷³ *Ibid.*, p. 11

²²⁷⁴ L'incorporation par référence d'un droit non étatique est admise par le règlement Rome I à travers le considérant 13 du préambule, sur ce point v. nos développements au chapitre précédent.

²²⁷⁵ Court of Appeal, 28 janvier 2004, *Shamil Bank of Bahrain EC v Beximco Pharmaceuticals Ltd.*: Une référence générale à la charia avait conduit le juge anglais à la rendre ineffective, v. « Une désignation ineffective devant le juge anglais » au chapitre précédent paragr. 393 et s.

²²⁷⁶ Un tel choix avait été interprété par le juge britannique comme soumettant pleinement le contrat au droit anglais, v. Court of Appeal, 28 janvier 2004, *Shamil Bank of Bahrain EC v Beximco Pharmaceuticals Ltd.*

²²⁷⁷ En ce sens, déjà cité, Ass. plén., 17 mai 2002 qui consacre la soumission en imposant le respect des dispositions impératives du statut des baux commerciaux. Plus spécifiquement Civ. 1^{re}, 9 déc. 1997, *Bull. civ. I*, n° 364, *RTD Com.* 1998.657, obs. B. Bouloc estimant que la référence faite dans le contrat aux dispositions de la loi du 10 janv. 1978 entraîne son application dans toutes ses dispositions ; Civ. 1^{re}, 4 avr. 2006, *CCC* 2006, n° 119, obs. Raymond ; *JCP N* 2006, n° 36, p. 1544, obs. S. Piedelièvre qui retient la soumission à l'article L. 312-10 du Code de la consommation au motif que l'offre de prêt comprend la mention

règles que les parties jugent utiles sans nécessairement évoquer les textes dont elles sont issues²²⁷⁸. On imagine un contrat *murabaha* qui reprendrait *in extenso* le texte de la norme qui lui est applicable, contraignant ainsi les parties à respecter le caractère islamique. Il sera objecté que certaines règles sont relatives à la phase précontractuelle et qu'il ne serait alors pas pertinent de les insérer dans le contrat. Il est loisible aux parties de conclure un contrat-cadre qui intègre ses règles afin de s'assurer que les accords à venir les respectent. Elles peuvent encore ériger l'observation de ces règles en une condition déterminante de leur consentement²²⁷⁹. Pour autant, la méthode n'est pas exempte de critiques. La transcription de l'ensemble des règles pertinentes dans l'acte pourrait nuire à son intelligibilité. Elle se révèle, de plus, limitée en ce qu'elle ne permet de contractualiser qu'un certain nombre de règles contrairement à une incorporation globale ou à la soumission. La question de la validité de certaines clauses qui reprendraient de telles dispositions doit être discutée. Dans le cadre d'un contrat de consommation²²⁸⁰, et même simplement d'adhésion²²⁸¹, une règle contractualisée pourrait être qualifiée de clause abusive. Dans un tel cas, la conséquence sur le contrat serait minime puisque la clause serait simplement réputée non écrite, à moins qu'elle ne soit essentielle au respect du caractère islamique de l'acte.

Le second inconvénient notable inhérent à l'incorporation réside dans la sanction en cas de violation de la règle. Le non-respect d'une disposition incorporée s'analyse en une inexécution contractuelle quand bien même il s'agit d'une règle impérative dans l'ordre normatif dont elle est issue²²⁸². Ainsi, contrairement à la soumission, l'anéantissement du contrat ne saurait être nécessairement encouru en raison de la violation de la clause incorporée. Il faudrait que les parties aient envisagé cette option dans le contrat. Peu importe que la règle ait, dans le système dont elle est issue, une importance majeure qui justifiait une telle solution²²⁸³. Sauf, à nouveau, à ce que les parties en aient fait une condition *sine qua non* de l'existence de leur accord. Pour ces raisons, la simple incorporation des normes religieuses ne saurait suffire à s'assurer

« offre de prêt immobilier, en application de la loi du 13 juillet 1979 » et que les conditions générales contenaient les dispositions de cet article ; Civ. 1^{re}, 1^{er} juill. 2015, n°14-18.841, *LEDB* sept. 2015, p.6, obs. J. Lasserre Capdeville ; reprochant aux juges du fond de ne pas avoir recherché si la référence à l'article L. 313-13 du Code de la consommation dans l'offre de prêt la soumettait aux dispositions de ce code.

²²⁷⁸ MONEGER, Joël, note sous Ass. plén., 17 mai 2002, *JCP G* 2002.1597.

²²⁷⁹ A ce titre, si l'article 1135 du Code civil rejette la nullité pour erreur sur un simple motif il prévoit une solution contraire quand les parties ont fait de ce motif « un élément déterminant de leur consentement ».

²²⁸⁰ C. consomm., art. L. 212-1

²²⁸¹ C. civ., art. 1171.

²²⁸² LISANTI, Cécile, « Retour sur l'*electio juris* en droit interne », *RLDC* 2008, n°46, paragr. 32

²²⁸³ En l'absence de clause résolutoire, le Code civil exige que l'inexécution soit « suffisamment grave » pour que la résolution du contrat soit justifiée.

pleinement de la conformité du contrat aux règles islamiques. Il est pertinent d'associer cette technique à celle de l'incorporation des convictions religieuses. En toutes circonstances, l'intégration des principes islamiques peut cependant être mise en échec par le respect impératif de l'ordre public.

II] La limite de l'ordre public

447 La liberté contractuelle ne saurait accorder un pouvoir absolu à la volonté des parties. Si certaines règles, dites supplétives, sont susceptibles d'être écartées par les contractants, d'autres s'imposent à eux et constituent l'ordre public. La difficulté réside dans le caractère mouvant de l'ordre public véritable notion à contenu variable²²⁸⁴. Une norme islamique incorporée au contrat pourrait contrevenir à une règle d'ordre public. Si le risque apparaît d'autant plus faible que les règles fondamentales des contrats islamiques ne contreviennent pas à l'ordre public, il suppose néanmoins d'identifier ce que recouvre la notion **(A)** et d'en étudier ses conséquences sur le contrat **(B)**.

A) Identification de la notion d'ordre public

448 Règles d'ordre public et lois impératives. La doctrine emploie parfois sans distinction les notions de règles d'ordre public et de règles ou lois impératives²²⁸⁵. Certains auteurs refusent cette confusion qui néglige, selon eux²²⁸⁶, qu'une loi impérative ne concerne pas uniquement l'intérêt général, ou celui de l'Etat, mais aussi un intérêt privé et que sa violation n'est pas toujours synonyme de nullité du contrat²²⁸⁷. Ainsi si toutes les règles d'ordre public sont impératives, ces dernières ne sont pas toutes d'ordre public. Il peut être justifié de distinguer entre les règles et les lois puisque la seconde notion est plus restrictive que la première en ce qu'elle impose un fondement

²²⁸⁴ Sur les notions à contenu variable, v. PERELMAN Chaïm et VANDER ELST Raymond (dir.), *Les notions à contenu variable en droit*, E. Bruylant, 1984, 1984.

²²⁸⁵ A titre d'illustration, v. CARBONNIER, Jean, *Droit civil, T. 2: Les biens, les obligations*, PUF, 2017, paragr. 984 GHESTIN, Jacques, *Traité de droit civil*, LGDJ, 1993, paragr. 110 BÉNABENT, Alain, *Droit des obligations*, 19^e éd., LGDJ, 2021, paragr. 176..

²²⁸⁶ A titre d'illustration, v. FAUVARQUE-COSSON, Bénédicte, « L'ordre public » in LEQUETTE Yves et LEVENEUR Laurent (dir.), *Le code civil*, Dalloz, 2004, paragr. 17 et s.

²²⁸⁷ MALAURIE, Philippe, AYNÈS, Laurent et STOFFEL-MUNCK, Philippe, *Droit des obligations*, 11^e éd., LGDJ, 2017, paragr. 648. Distinguant aussi entre règles impératives et d'ordre public, BRUNETTI-PONS, Clotilde, La conformité des actes juridiques à l'ordre public in *Études offertes au professeur Philippe Malinvaud*, Litec, 2007, paragr. 10 et s.

nécessairement textuel²²⁸⁸. En revanche, une règle d'ordre public est susceptible de défendre des intérêts privés, en témoigne l'ordre public économique de protection. Dans le cadre de l'étude à venir, les deux notions seront utilisées comme synonymes²²⁸⁹.

449 Distinction des règles impératives et supplétives. Aux termes de l'article 6 du Code civil, la règle d'ordre public s'entend de celle à laquelle la volonté individuelle ne peut déroger. Une interprétation *a contrario* de cet article amène à considérer l'existence de règles que la volonté des parties est susceptible d'écarter, permettant ainsi l'expression réelle de la liberté contractuelle²²⁹⁰. Partant, il est communément admis que la règle supplétive se définit « *comme celle qui n'a vocation à s'appliquer que lorsque la volonté individuelle ne s'est pas exprimée sur le point considéré* »²²⁹¹. Il résulte de sa définition courante qu'est supplétive toute règle qui n'est pas impérative.

450 Absence de définition officielle. Le législateur, pas plus que le constituant, n'ont souhaité définir la notion d'ordre public. Sans doute ont-ils estimé, à l'instar de Carbonnier, qu'elle ne « *se laisse enfermer ni dans une définition ni dans un catalogue* »²²⁹². Après en avoir dénombré vingt-deux dans la doctrine et la jurisprudence, le Pr Philippe MALAURIE a suggéré une nouvelle définition : « *l'ordre public c'est le bon fonctionnement des institutions indispensables à la collectivité* »²²⁹³. Définir l'ordre public est une gageure tant la notion recouvre diverses acceptions selon les disciplines²²⁹⁴. Dès lors, lorsqu'elle est évoquée en tant que limite à la liberté contractuelle, la notion doit être entendue dans un sens propre au droit des contrats. En la matière, l'ordre public est envisagé dès l'adoption du Code civil en son article 6. Sa préservation justifie que les rédacteurs aient apporté une restriction à la volonté des parties. Il semble que la notion renvoyait originellement à un état donné de la société

²²⁸⁸ Sur les justifications de la distinction, v. MEKKI, Mustapha, *L'intérêt général et le contrat : contribution à une étude de la hiérarchie des intérêts en droit privé*, LGDJ, 2004, paragr. 354.

²²⁸⁹ Dans le même sens, v. PERES, Cécile, « Règles impératives et supplétives dans le nouveau droit des contrats » in CARTWRIGHT John, FAUVARQUE-COSSON Bénédicte et WHITTAKER Simon (dir.), *La réécriture du code civil*, Société de législation comparée, 2018, p. 172. ; estimant que « *lorsque le législateur attribue un caractère d'ordre public à un texte, c'est pour lui reconnaître une valeur impérative* ».

²²⁹⁰ PERES, Cécile, « La liberté contractuelle et l'ordre public dans le projet de réforme du droit des contrats de la chancellerie », *D.* 2009.381, paragr. 5.

²²⁹¹ PÉRÈS, Cécile, *La règle supplétive*, LGDJ, 2004, paragr. 1.

²²⁹² CARBONNIER, Jean, *Droit civil, T. 2: Les biens, les obligations*, PUF, 2017, paragr. 984.

²²⁹³ MALAURIE, Philippe, *Les contrats contraires à l'ordre public*, Ed. Matot-Braine, 1953, p. 261.

²²⁹⁴ FAGES, Bertrand, *Droit des obligations*, 8^e éd., LGDJ, 2018, paragr. 160.

dans lequel la paix, la tranquillité et la sécurité publique étaient préservées²²⁹⁵. Portalis affirmait en effet que « *le maintien de l'ordre public dans une société est la loi suprême* » et l'existence des gouvernements et des lois ne se justifiait qu'à cette fin²²⁹⁶. L'évolution du droit entreprise depuis s'est accompagnée de celle de la notion qui doit, même dans le cadre restreint du domaine contractuel, être qualifiée de notion à contenu variable²²⁹⁷.

451 L'insaisissable contenu de l'ordre public. L'ordre public est aujourd'hui divisible en deux grands ensembles que sont l'ordre public politique et l'ordre public économique.

Le premier, dit classique²²⁹⁸, est celui qu'avaient envisagé les rédacteurs du Code civil à travers l'article 6. Il apparaît conservateur²²⁹⁹ en ce qu'il assure la protection de trois piliers de la société que sont l'Etat, la famille, et l'individu²³⁰⁰. Dans le cadre spécifique de la finance islamique, seule la première de ces catégories doit être envisagée. La défense de l'Etat s'accompagne de l'impérativité des lois constitutionnelles, administratives, fiscales et pénales. A cet égard, les parties ne peuvent décider de se soustraire à une fiscalité particulière pas plus que l'une d'entre elles ne peut refuser de contracter au motif que l'autre n'est pas de religion musulmane²³⁰¹. Or dans l'hypothèse d'un contrat *murabaha* l'opération conduit à une double taxation liée à la succession de deux ventes. L'exemple met en exergue l'importance de définir un cadre fiscal spécifique aux contrats islamiques. La tâche a incombé à l'administration fiscale qui a entrepris de préciser la fiscalité applicable à certains instruments financiers islamiques au nombre desquels on compte le contrat *murabaha*²³⁰².

Apparu à l'époque contemporaine²³⁰³, l'ordre public économique ne se contente plus d'interdire, comme le faisait l'ordre public politique, mais impose un certain contenu

²²⁹⁵ ASSOCIATION HENRI CAPITANT. *Vocabulaire juridique*. Paris, France : PUF, 2017, V°Ordre public.

²²⁹⁶ PORTALIS, Exposé, par le conseiller d'Etat PORTALIS, des motifs du titre préliminaire, de la publication des effets et de l'application de lois en général.

²²⁹⁷ GHESTIN, Jacques, « L'ordre public, notion à contenu variable, en droit privé français » in PERELMAN Chaïm et VANDER ELST Raymond (dir.), *Les notions à contenu variable en droit*, E. Bruylant, 1984, 1984, p. 77 et s.

²²⁹⁸ TERRÉ, François, SIMLER, Philippe, LEQUETTE, Yves *et al.*, *Droit civil*, 12^e éd., Dalloz, 2018, paragr. 489 CARBONNIER, Jean, *Droit civil, T. 2: Les biens, les obligations*, PUF, 2017, paragr. 985.

²²⁹⁹ MALAURIE, Philippe, AYNÈS, Laurent et STOFFEL-MUNCK, Philippe, *Droit des obligations*, 11^e éd., LGDJ, 2017, paragr. 649.

²³⁰⁰ CARBONNIER, Jean, *op. cit.*, paragr. 985.

²³⁰¹ C. pén., art. 225-1 et s.

²³⁰² BOI-DJC-FIN-10-20120912

²³⁰³ MALAURIE, Philippe, AYNÈS, Laurent et STOFFEL-MUNCK, Philippe, *Droit des obligations*, 11^e éd., LGDJ, 2017, paragr. 650 CARBONNIER, Jean, *op. cit.*, paragr. 986.

contractuel²³⁰⁴. L'ordre public économique se divise en deux sous-ensembles selon qu'il est qualifié de direction ou de protection. L'ordre public de direction illustre cette fonction nouvelle attribuée à la notion qui ne consiste plus seulement à préserver des valeurs mais à faire évoluer la société vers un certain idéal. Son champ d'intervention concerne principalement le droit de la concurrence²³⁰⁵ mais aussi diverses matières tels le droit du travail et le droit des assurances, au point qu'il ne saurait être établi une liste exhaustive²³⁰⁶. L'ordre public économique se manifeste encore dans un souci de protection de l'une des parties au contrat jugée économiquement plus faible que l'autre. Il vise ainsi à rétablir l'équilibre contractuel en contrôlant le contenu de l'acte, soit en prohibant certaines clauses²³⁰⁷ soit en dictant la rédaction²³⁰⁸. Contrairement aux autres formes, l'ordre public de protection concerne la défense des intérêts particuliers plutôt que de l'intérêt général. Bien plus que l'ordre public politique, celui de protection est susceptible d'entrer en conflit avec un contrat de finance islamique, notamment quand il prend la forme d'un crédit conclu avec un consommateur²³⁰⁹. Certains auteurs regrettent l'expansion exponentielle de cet aspect de l'ordre public qui aurait un effet pervers contraire à l'objectif poursuivi²³¹⁰. La multiplication des règles d'ordre public est d'autant plus un obstacle à l'introduction des opérations financières islamiques en droit français que ces règles ne sont pas toutes d'origine textuelle.

452 Diversité des sources de l'ordre public. Le caractère d'ordre public d'une règle résulte parfois d'un texte qui l'énonce expressément. A titre d'illustration, l'article 1104 du Code civil, dans sa rédaction issue de la réforme du droit des contrats, précise, en son alinéa 2, que ses dispositions sont d'ordre public. La rédaction est parfois moins explicite mais ne laisse aucun doute quant au caractère de la règle. Ainsi en est-il lorsqu'il est prévu et précisé que les dispositions « *ne peuvent être modifiées par*

²³⁰⁴ GHESTIN, Jacques, LOISEAU, Grégoire et SERINET, Yves-Marie, *La formation du contrat. Tome 1, le contrat, le consentement*, LGDJ : Lextenso éditions, 2013, paragr. 523.

²³⁰⁵ TERRÉ, François, SIMLER, Philippe, LEQUETTE, Yves *et al.*, *Droit civil*, 12^e éd., Dalloz, 2018, paragr. 495.

²³⁰⁶ MALINVAUD, Philippe, MEKKI, Mustapha et SEUBE, Jean-Baptiste, *Droit des obligations*, 16^e éd., LexisNexis, 2021, paragr. 297.

²³⁰⁷ A cet égard il peut être cité le nouvel article 1171 du Code civil qui sanctionne les clauses abusives insérées dans un contrat d'adhésion : C. civ., art. 1771 al. 1^{er} : « Dans un contrat d'adhésion, toute clause non négociable, déterminée à l'avance par l'une des parties, qui crée un déséquilibre significatif entre les droits et obligations des parties au contrat est réputée non écrite ».

²³⁰⁸ A titre d'illustration, C. consom., art. L. 331-1

²³⁰⁹ Il doit être envisagé qu'une clause d'un tel contrat puisse être qualifiée d'abusive au sens de l'article L. 212-1 du Code de la consommation dont l'article L. 212-3 précise qu'il est d'ordre public.

²³¹⁰ GHESTIN, Jacques, « Les effets pervers de l'ordre public » in GHESTIN, Jacques, LOISEAU, Grégoire et SERINET, Yves-Marie, *La formation du contrat. Tome 1, le contrat, le consentement*, LGDJ : Lextenso éditions, 2013, p. 123 et s. ; TERRÉ, François, SIMLER, Philippe, LEQUETTE, Yves *et al.*, *Droit civil*, 12^e éd., Dalloz, 2018, paragr. 496.

convention »²³¹¹ ou que « *toute clause contraire aux dispositions du présent article est réputée non écrite* »²³¹². En un tel cas, la règle appartient à l'ordre public textuel²³¹³ qui correspond à la conception classique de l'article 6 du Code civil qui évoque « *les lois qui intéressent les règles d'ordre public* ». La formule avait amené la doctrine du XIXe à considérer que la liberté contractuelle ne pouvait se voir limiter que par la volonté du législateur²³¹⁴. Une telle interprétation se conçoit aisément si l'on admet que la liberté contractuelle a valeur constitutionnelle, ce que les Sages de la rue Montpensier ont fini par admettre²³¹⁵. De nos jours, il est communément admis que le terme loi est entendu dans un sens matériel et non plus formel permettant d'inclure les textes de nature réglementaire²³¹⁶.

453 Existence d'un ordre public virtuel. La liste des sources de l'ordre public ne se réduit pas aux seuls textes dont la formulation exprime expressément leur caractère. Il est admis l'existence d'un ordre public virtuel issu des œuvres du juge qui déduit le caractère de la règle, soit d'un texte qui ne le prévoit pas explicitement, soit de principes généraux en l'absence de fondements écrits²³¹⁷. Dans le premier cas, le caractère d'ordre public de la règle est implicite et c'est l'interprétation du juge qui le révèle. Ainsi, la jurisprudence a pu reconnaître, sans que la rédaction ne le laisse suggérer, que l'article 265 al. 1^{er} du Code civil revêtait un tel caractère et que toute clause contraire à ses dispositions était nulle²³¹⁸. Dans le second cas, le juge ne se réfère pas directement à un texte mais aux principes généraux du droit pour « *faire surgir cet ordre public en suspension dans le droit positif* »²³¹⁹. Il est admis de longue date que le juge dispose du pouvoir de prononcer la nullité d'un contrat sans qu'il soit nécessaire

²³¹¹ C. assur., art. L. 111-2

²³¹² C. com., L. 223-14

²³¹³ MALINVAUD, Philippe, MEKKI, Mustapha et SEUBE, Jean-Baptiste, *Droit des obligations*, 16^e éd., LexisNexis, 2021, paragr. 290.

²³¹⁴ TERRÉ, François, SIMLER, Philippe, LEQUETTE, Yves *et al.*, *Droit civil*, 12^e éd., Dalloz, 2018, paragr. 487.

²³¹⁵ Cons. const., 10 juin 1998, n° 98-401 DC ; RTD Civ. 1999.78, obs. J. Mestre.

²³¹⁶ LEMOULAND, Jean-Jacques, PIETTE, Gaël, HAUSER, Jean, *Rép. civ. Dalloz*, v° Ordre public et bonnes mœurs, fév. 2019, paragr. 20 ; GOUËZEL, Antoine, *JCl. Civil Code*, art. 6, fasc. unique, paragr. 15.

²³¹⁷ La doctrine admet son existence mais ne s'accorde pas sur ce que recouvre la notion. Pour certains l'ordre public virtuel correspond à la règle déduite de principes généraux en l'absence de textes de droit interne ; en ce sens v. BUFFELAN-LANORE, Yvaine et LARRIBAU-TERNEYRE, Virginie, *Droit civil*, 16^e éd., Sirey, 2018, paragr. 1359 BÉNABENT, Alain, *Droit des obligations*, 19^e éd., LGDJ, 2021, paragr. 177. Pour d'autres, la notion recouvre toute règle que le juge a revêtu d'un tel caractère, v. MALINVAUD, Philippe, MEKKI, Mustapha et SEUBE, Jean-Baptiste, *Droit des obligations*, 16^e éd., LexisNexis, 2021, paragr. 290 CARBONNIER, Jean, *Droit civil, T. 2: Les biens, les obligations*, PUF, 2017, paragr. 984. ; GOUËZEL, Antoine, *JCl. Civil Code*, art. 6, fasc. unique, paragr. 17. Cette seconde conception de la notion est ici retenue.

²³¹⁸ Civ. Ire, 14 mars 2012, n° 11-13.791, D. 2012. 812, obs. J. Marrocchella, 1386, note A. Posez, et 2483, obs. M. Nicod ; *AJ fam.* 2012. 223, obs. S. David ; *RTD civ.* 2012. 300, obs. J. Hauser, et 357, obs. M. Grimaldi

²³¹⁹ CARBONNIER, Jean, *op. cit.*, paragr. 984.

qu'il contrevienne à une loi²³²⁰. Plus récemment, l'existence de l'ordre public virtuel a conduit à retenir la nullité du contrat d'assurance dont la cause était contraire au principe de respect dû au corps humain, bien qu'il n'ait été affirmé par l'article 16-1 du Code civil que postérieurement à la date de conclusion de l'acte²³²¹. L'existence de l'ordre public virtuel a été consacrée à l'occasion de la réforme du droit des contrats. L'article 1102 al. 2 du Code civil prévoit que la liberté contractuelle ne « *permet pas de déroger aux règles qui intéressent l'ordre public* ». Le terme « règle » est préféré à celui de « loi » retenu par l'article 6 du Code civil et, parce qu'il est plus générique, permet d'enrichir l'ordre public de fondements non textuels²³²². Plus encore que dans ce texte, c'est dans l'article 1162 du Code civil que le Pr Cécile PERES voit la reconnaissance de l'ordre public virtuel par le législateur. En disposant que « *le contrat ne peut déroger à l'ordre public ni par ses stipulations, ni par son but [...]* », l'article 1162 du Code civil confère au juge une base textuelle pour assurer le contrôle d'un ordre public qui en est dépourvu²³²³. La consécration de l'ordre public virtuel répond au besoin d'adaptation de la notion aux évolutions de la société. La défense de l'ordre public serait illusoire si elle n'était assurée qu'au moyen de textes figés dont les dispositions précisent leur caractère. Elle est toutefois source d'imprévisibilité en ce que les parties ne peuvent être certaines que leur accord n'enfreint aucune règle d'ordre public.

454 Prépondérance des règles supplétives en droit des contrats. Nous avons affirmé précédemment que le caractère impératif se déduisait de la rédaction de la règle, soit qu'elle l'affirme expressément, soit que sa formulation le laisse entendre²³²⁴. Le premier cas correspondrait à la position qu'ont adoptée les rédacteurs de l'ordonnance portant réforme du droit des contrats²³²⁵. Le Rapport au Président de la République qui accompagne cette ordonnance précise que l'ensemble de ses dispositions sont «

²³²⁰ Civ., 4 déc. 1929, S. 1931.1.14, note P. Esmein ; *Les grands arrêts de la jurisprudence civile*, t.1 Dalloz, 13^e éd., 2015, n°14

²³²¹ Civ. 1re, 29 oct. 2014, n° 13-19.729, Bull. civ. I, n°178 ; D. 2015. 242, note Aude-Solveig Epstein ; *ibid.* 246, note D. Mainguy

²³²² En ce sens, v. MEKKI, Mustapha, « Les principes généraux du droit des contrats au sein du projet d'ordonnance portant sur la réforme du droit des obligations », *D.* 2015.816, paragr. 33.

²³²³ PERES, Cécile, « Règles impératives et supplétives dans le nouveau droit des contrats » in CARTWRIGHT John, FAUVARQUE-COSSON Bénédicte et WHITTAKER Simon (dir.), *La réécriture du code civil*, Société de législation comparée, 2018, p. 179.

²³²⁴ V. nos développements au paragraphe « Diversité des sources de l'ordre public ».

²³²⁵ Ordonnance n° 2016-131 du 10 février 2016 portant réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations.

supplétives de volonté sauf disposition contraire »²³²⁶ bien qu'il n'ait pas été juge utile de le rappeler dans un article spécifique afin de ne pas rompre avec « *la tradition du Code civil* »²³²⁷. La règle supplétive serait le principe et celle impérative l'exception, ce que rendrait d'autant plus aisé l'identification de chacune. Le rapport prend soin d'ajouter, pour restreindre le pouvoir d'interprétation du juge, que la présence de la mention « *sauf clause contraire* » dans certains articles ne doit pas amener à conclure que la dérogation au texte n'est possible qu'en présence d'une disposition qui l'autorise. Il faut toutefois relever que le rapport est dénué de force contraignante et n'a pour fonction que d'explicitier la volonté des rédacteurs de l'ordonnance.

455 Importance de la règle supplétive dans la détermination de l'atteinte à l'ordre public. Ce serait faire erreur que de croire qu'une règle supplétive serait facultative au prétexte qu'il est loisible aux parties de l'écarter dans leur accord. Le Pr Cécile PERES a démontré dans sa thèse la valeur relative de l'opposition entre règles supplétives et impératives et a rappelé le caractère obligatoire des dispositions supplétives²³²⁸. En conséquence une vision moins réductrice de la règle supplétive suggère une réalité plus complexe que la simple opposition des deux notions ne le laisse supposer. Cela conduit d'abord à affirmer qu'il existe des degrés dans la liberté même en présence d'une règle supplétive²³²⁹. Ensuite, la règle supplétive loin d'être reléguée à une norme dont on peut se dispenser de l'observance, constituerait « *l'expression axiologique des vues idéales de l'ordre juridique et notamment de la normalité contractuelle* »²³³⁰. Elevée au rang de modèle idéal, la règle supplétive offrirait au juge un référentiel lui permettant d'apprécier l'atteinte que lui ont portée les parties ou d'interpréter une clause ambiguë. Le juge communautaire a ainsi affirmé, dans une décision du 14 mars 2006, que le déséquilibre significatif doit s'apprécier à l'aune des « *règles nationales applicables en l'absence d'accord entre les parties* »²³³¹. Cette décision s'interprète en

²³²⁶ Rapport au Président de la République relatif à l'ordonnance n° 2016-131 du 10 février 2016 portant réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations : JO, 11 février 2016, n°0035, texte n°25, p. 9

²³²⁷ *Ibid.*

²³²⁸ *Ibid.*

²³²⁹ PERES, Cécile, « La liberté contractuelle et l'ordre public dans le projet de réforme du droit des contrats de la chancellerie », *D.* 2009.381, paragr. 8.

²³³⁰ PÉRÈS, Cécile, *La règle supplétive*, LGDJ, 2004, paragr. 583. Le Pr Muriel Fabre-Magnan juge « discutable » d'attribuer une telle fonction à la règle supplétive, v. FABRE-MAGNAN, Muriel, *Droit des obligations. 1, Contrat et engagement unilatéral*, Presses universitaires de France, 2016, paragr. 83.

²³³¹ CJUE, 14 mars 2016, aff. C-415/11, *Aziz c/ Catalunya Caixa*, *D.* 2014.1297 obs. N. Sauphanor-Brouillaud; *RTD eur.* 2013.559 obs. C. Aubert de Vincelles. La CJUE a précisé par la suite que le déséquilibre significatif peut « *résulter du seul fait d'une atteinte suffisamment grave à la situation juridique dans laquelle ce consommateur, en tant que partie au contrat, est placé en vertu des dispositions nationales applicables, que ce soit sous la forme d'une restriction au contenu des droits que, selon ces dispositions, il tire de ce contrat ou d'une entrave à l'exercice de ceux-ci ou encore de la mise à sa charge*

faveur de la théorie avancée par le Pr Cécile Pérès selon laquelle la règle supplétive est conçue comme un idéal vers lequel il faut tendre et qu'il existe une variation dans son applicabilité. L'auteur attire l'attention sur les éventuelles conséquences délétères qu'auraient une conception trop rigide de la solution au regard notamment de l'article 1171 du Code civil qui répute non écrite toute clause créant un déséquilibre significatif entre les droits et obligations des parties dans un contrat d'adhésion²³³². Dans sa version issue de l'ordonnance du 10 février 2016, le texte risquait de faire basculer un nombre conséquent de contrats dans son champ d'application²³³³ ce qui, combiné avec la position de la CJUE, aurait eu des effets regrettables. Il faut alors se féliciter que les critiques adressées au texte aient conduit à une rédaction nouvelle qui exige désormais que la clause soit non négociable et déterminée à l'avance par l'une des parties²³³⁴. C'est le critère de la négociabilité qui détermine l'applicabilité de l'article 1171 du Code civil et permet de dépasser la seule catégorie des contrats de consommation. Au-delà du débat quant à la fonction conférée à la règle supplétive, se pose la question de son identification.

456 Identification des règles impératives dans la réforme du droit des contrats

Seul un nombre particulièrement restreint de textes énoncent qu'ils sont d'ordre public. A lire le rapport accompagnant l'ordonnance du 10 février 2016, il s'agit d'une condition pour retenir un tel caractère à la règle. La seule mention expresse du caractère d'ordre public du texte se trouve à l'article 1104 du Code civil. La formulation n'est pas toujours explicite. L'impérativité d'autres dispositions se déduit de leur rédaction, notamment lorsqu'il est prévu l'impossibilité d'y déroger²³³⁵, ou encore de la sanction envisagée, si le contrat est nul²³³⁶ ou la clause est réputée non écrite²³³⁷. Le caractère

d'une obligation supplémentaire, non prévue par les règles nationales », v. CJUE 16 janv. 2014, aff. C-226/12, *Constructora Principado SA*, D. 2014. 269

²³³² PERES, Cécile, « Règles impératives et supplétives dans le nouveau droit des contrats » in CARTWRIGHT John, FAUVARQUE-COSSON Bénédicte et WHITTAKER Simon (dir.), *La réécriture du code civil*, Société de législation comparée, 2018, p. 189-193.

²³³³ L'article 1171 al. 1er, dans sa première mouture, disposait : « Dans un contrat d'adhésion, toute clause qui crée un déséquilibre significatif entre les droits et obligations des parties au contrat est réputée non écrite ». Le contrat d'adhésion était défini à ce moment comme celui « dont les conditions générales, soustraites à la négociation, sont déterminées à l'avance par l'une des parties ».

²³³⁴ A noter que la rédaction de l'article 1110 du Code civil définissant le contrat d'adhésion a elle aussi été revue. Il faut désormais entendre par contrat d'adhésion « celui qui comporte un ensemble de clauses non négociables, déterminées à l'avance par l'une des parties ».

²³³⁵ A titre d'illustration, l'article 1112 du Code civil énonce que les négociations doivent « impérativement satisfaire aux exigences de la bonne foi ». De même, l'article 1112-1 al. 5 du même code dispose, à propos de l'obligation précontractuelle d'information que les « parties ne peuvent ni limiter, ni exclure ce devoir ».

²³³⁶ C. civ., art. 1131 et s.

²³³⁷ C. civ., art. 1170, 1171, 1231-5 al.4 et 1343-5 al. 5

d'ordre public de certaines dispositions doit encore être retenu lorsqu'il s'impose comme une évidence. Significatif sont à cet égard l'article 1128, à propos des conditions de validité du contrat, ainsi que les articles 1145 et suivants du Code civil, relatifs à la capacité. Plus incertaine est la nature de certains textes dont les dispositions ne permettent pas de les qualifier, ou non, d'ordre public. Des doutes ont ainsi pu être émis à propos de l'article 1124 al. 2 du Code civil qui admet l'exécution forcée de la promesse de vente en cas de rétraction, notamment parce que la règle nouvelle est un bris de jurisprudence²³³⁸.

Parce qu'il est une notion à contenu variable, l'ordre public est à même de constituer un obstacle à l'introduction de la finance islamique en droit français. Une certaine latitude est accordée au juge en lui permettant de révéler le caractère d'ordre public d'une règle qui ne l'énonce pas expressément. La question de l'identification de ces règles accroît l'insécurité juridique d'autant plus qu'elles sont susceptibles de conduire à l'anéantissement du contrat.

B) Les effets de l'ordre public sur le contrat islamique

457 La défense de l'ordre public impose, pour être véritablement effective, que le non-respect d'une disposition impérative soit assorti de sanctions conduisant à l'anéantissement du contrat ou à la suppression des clause illicites **(1)**. Dans ce dernier cas, la survie de l'acte présente un avantage certain qui se mue en inconvénient si la clause supprimée assurait la conformité du contrat aux principes religieux **(2)**. L'impérativité des règles d'ordre public ne doit cependant pas masquer que les parties ont la faculté, dans une certaine mesure, d'atténuer les sanctions **(3)**.

1) Les sanctions de l'atteinte à l'ordre public

458 Sanction classique de la violation de l'ordre public : la nullité. Dans le cadre d'un contrat de finance islamique, l'acte serait principalement susceptible de

²³³⁸ PERES, Cécile, « Règles impératives et supplétives dans le nouveau droit des contrats » in CARTWRIGHT John, FAUVARQUE-COSSON Bénédicte et WHITTAKER Simon (dir.), *La réécriture du code civil*, Société de législation comparée, 2018, p. 182.

méconnaître l'ordre public de protection. La sanction, parce que sont en cause des intérêts privés, serait alors limitée à une nullité relative qui ne peut être demandée que par celui que la règle entend protéger²³³⁹. Aux termes de l'article 1162 du code civil, « *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* ». Il s'ensuit que tout contrat qui contrevient à l'ordre public encourt la nullité²³⁴⁰. La réforme du droit des contrats a entériné la théorie moderne des nullités qui distingue la nullité absolue de celle relative selon que la règle violée a pour finalité la protection de l'intérêt général ou d'un intérêt privé²³⁴¹. La distinction engendre des conséquences quant au titulaire de l'action en nullité ainsi que la possibilité de confirmer ou non le contrat. En cas de nullité absolue, l'importance de la règle justifie que toute personne ayant un intérêt à agir ainsi que le ministère public puissent exercer l'action. Dans ce cas, le contrat n'est pas susceptible de confirmation²³⁴². Quand elle n'est que relative, la nullité ne peut être demandée que par le contractant que la règle protège et l'acte peut être confirmé²³⁴³. Pour connaître la sanction encourue il faut savoir à quel aspect de l'ordre public se rattache la règle qui a été violée. L'intérêt général est défendu par l'ordre public qu'il soit politique ou de direction²³⁴⁴. La sauvegarde d'un intérêt privé relève, quant à elle, de l'ordre public de protection²³⁴⁵. Le principe, en apparence simple, devient complexe lorsqu'il est difficile de distinguer la nature de l'intérêt en jeu²³⁴⁶. En présence d'une règle qui a entendu protéger tant l'intérêt général que des intérêts particuliers, il doit être retenu la nullité absolue²³⁴⁷.

²³³⁹ C. civ., art. 1181 al. 1er

²³⁴⁰ C. civ., art. 1178 al. 1 : « *Un contrat qui ne remplit pas les conditions requises pour sa validité est nul. La nullité doit être prononcée par le juge, à moins que les parties ne la constatent d'un commun accord* ».

²³⁴¹ DESHAYES, Olivier, GENICON, Thomas et LAITHIER, Yves-Marie, *Réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations*, 2^e éd., LexisNexis, 2018, p. 372 CHANTEPIE, Gaël et LATINA, Mathias, *La réforme du droit des obligations*, 2e éd., Dalloz, 2018, paragr. 472.

²³⁴² C. civ., art. 1180

²³⁴³ C. civ., art. 1181.

²³⁴⁴ MALINVAUD, Philippe, MEKKI, Mustapha et SEUBE, Jean-Baptiste, *Droit des obligations*, 16^e éd., LexisNexis, 2021, paragr. 301.

²³⁴⁵ FAGES, Bertrand, *Droit des obligations*, 8^e éd., LGDJ, 2018, paragr. 164 TERRÉ, François, SIMLER, Philippe, LEQUETTE, Yves et al., *Droit civil*, 12^e éd., Dalloz, 2018, paragr. 497.

²³⁴⁶ CHANTEPIE, Gaël et LATINA, Mathias, *La réforme du droit des obligations*, 2e éd., Dalloz, 2018, paragr. 473 DESHAYES, Olivier, GENICON, Thomas et LAITHIER, Yves-Marie, *Réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations*, 2^e éd., LexisNexis, 2018, p. 373.

²³⁴⁷ L'encadrement des clauses d'indexation peut être justifié tantôt dans un souci de protection du débiteur contre une augmentation excessive de sa dette, tantôt afin de lutter contre l'inflation. La Cour de cassation a estimé que la violation de la règle devait être sanctionnée par une nullité absolue, v. Com., 3 nov. 1998, D. 1989.93 note Ph. Malaurie, D. 1989 Somm. 234, obs. J.-L. Aubert, *Deffrénois* 1990, obs. J.-L. Aubert.

459 Survie de l'acte en cas de nullité partielle. La simple méconnaissance d'une règle d'ordre public par le contrat ne conduit pas nécessairement à sa nullité. En l'absence de textes prévoyant la sanction, il appartient au juge d'estimer si l'atteinte est telle qu'elle justifie l'anéantissement de l'acte²³⁴⁸. L'article 1184 al. 1^{er} du Code civil énonce que la nullité de l'acte n'est encourue que si la clause du contrat contraire à l'ordre public a été déterminante de l'engagement d'au moins un des contractants. Le second alinéa précise que le contrat est au contraire maintenu lorsque la loi prévoit que la clause est réputée non écrite ou lorsque la finalité de la règle méconnue exige son maintien. A travers cette disposition, le législateur a souhaité empêcher tout dévoiement de la règle posée au précédent alinéa qui aurait consisté pour une partie à ériger en élément déterminant de son engagement la clause qu'elle sait illicite²³⁴⁹.

460 La sanction préservant l'acte : le réputé non écrit. Le législateur n'a pas entendu faire de la nullité de l'acte la sanction unique de la violation d'une règle appartenant à l'ordre public. Il préfère parfois maintenir le contrat mais le priver d'une partie de son contenu en réputant non écrite une clause illicite²³⁵⁰. Il est distingué entre les clauses nulles et celles réputées non écrites²³⁵¹, bien qu'une partie de la doctrine ait parfois assimilé les deux notions²³⁵². La clause nulle est une forme de nullité partielle de l'acte qui nécessite qu'elle soit déclarée comme telle par le juge²³⁵³ et qui entraîne sa disparition rétroactive²³⁵⁴. L'action en nullité de la clause est alors enfermée dans le délai de cinq ans²³⁵⁵. Le réputé non écrit apparaît comme une sanction autonome²³⁵⁶ qui s'analyserait en une forme d'inexistence partielle²³⁵⁷. Contrairement à la clause nulle, le réputé non écrit opérerait de plein droit²³⁵⁸, le juge ne prononcerait pas la sanction

²³⁴⁸ TERRÉ, François, SIMLER, Philippe, LEQUETTE, Yves *et al.*, *op. cit.*, paragr. 497.

²³⁴⁹ CHANTEPIE, Gaël et LATINA, Mathias, *op. cit.*, paragr. 486.

²³⁵⁰ Ainsi une clause abusive est réputée non écrite et le contrat préservé pour ses autres dispositions, C. consom., art. L. 241-1. Un TEG erroné n'entraîne pas la nullité du contrat mais peut conduire à la déchéance partielle du droit aux intérêts, C. consom., L. 341-4, L. 341-34, art. L. 341-48-1.

²³⁵¹ En ce sens et sur la notion de clause réputée non écrite, v. GAUDEMET, Sophie, *La clause réputée non écrite*, Economica, 2006.

²³⁵² A titre d'illustration, affirmant qu'une « clause réputée non écrite est une clause nulle ». v. CALAIS-AULOY, Jean et TEMPLE, Henri, *Droit de la consommation*, 9^e éd., Dalloz, 2015, paragr. 177.

²³⁵³ C. civ., art. 1178 al. 1^{er}.

²³⁵⁴ *Ibid.* al. 2.

²³⁵⁵ C. civ., art. 2224.

²³⁵⁶ COTTEREAU, Vincent, « La clause réputée non écrite », *JCP G* 1993, doctr. 3691, paragr. 18 et s.

²³⁵⁷ GENICON, Thomas, v° Réputé non écrit in MAZEAUD Denis, BOFFA Romain et BLANC Nathalie (dir.), *Dictionnaire du contrat*, LGDJ, 2018, paragr. 229.

²³⁵⁸ BERNHEIM-DESVAUX, Sabine, « Le réputé non écrit est une sanction différente de la nullité », *Contrats, conc. consom.* 2019, comm. 112

mais constaterait l'illicéité de la clause²³⁵⁹. Par l'effet de la loi, la clause est supposée n'avoir jamais existé. L'autonomie du réputé non écrit s'infère de l'article 1184 du Code civil qui évoque distinctement la clause nulle et la clause réputée non écrite²³⁶⁰. Aux termes de cet article, si la première sanction est susceptible d'entraîner l'anéantissement, la seconde le préserve quand bien même les parties auraient fait de l'existence de la clause un élément déterminant de leur consentement. Ainsi l'article 1184 du Code civil pose la distinction entre nullité et réputé non écrit mais aucun texte n'envisage le régime de cette seconde sanction.

461 Le réputé non écrit : Une sanction autonome au régime incertain. Au soutien de l'autonomie du réputé non écrit, il convient de relever un arrêt de la Cour de cassation du 13 mars 2019 énonçant que « *c'est à bon droit que la cour d'appel a retenu que la demande tendant à voir réputer non écrites les clauses litigieuses ne s'analysait pas en une demande en nullité, de sorte qu'elle n'était pas soumise à la prescription quinquennale* »²³⁶¹. La décision de la Cour régulatrice est sujette à deux interprétations. Distincte de la nullité, l'action en éradication de la clause n'est pas soumise au même régime et serait imprescriptible²³⁶². Cette conséquence trouverait son fondement dans l'inexistence de la clause²³⁶³ qui limiterait le rôle du juge au constat de son illicéité²³⁶⁴. On reproche à cette lecture de l'arrêt de dépasser un tant soit peu les termes de la décision. En affirmant que l'action en éradication de la clause n'est pas soumise à la prescription quinquennale, la Haute juridiction n'affirme pas pour autant son imprescriptibilité²³⁶⁵. Dispenser l'action de toute contrainte de délai et de l'intervention du juge serait porter atteinte à la prévisibilité inhérente au droit des contrats en plaçant le cocontractant dans l'incertitude²³⁶⁶. Ainsi le réputé non écrit s'avérerait, sous

²³⁵⁹ En ce sens, v. PELLIER, Jean-Denis, « De la distinction entre la nullité et le réputé non écrit », *Dalloz actualité*, 1er avril 2019.

²³⁶⁰ MEKKI, Mustapha, « Réforme du droit des obligations : le droit des nullités », *JCP N* 2017, act. 101 ; GENICON, Thomas, v° Réputé non écrit *in op. cit.*

²³⁶¹ Civ. 1^{re}, 13 mars 2019, n° 17-23.169, *Contrats, conc. consom.* 2019, comm. 112 S. Bernheim-Desvaux, *D.* 2019. 1033, note A. Etienney-de Sainte Marie, *Dalloz actualité*, 1 avril 2019, obs. J.-D. Pelletier, *LEDC* mai 2019, n° 112g0, p. 1, obs. S. Pellet, *Gaz. Pal.* 17 sept. 2019, n° 358u4, p. 23, obs. D. Houtcieff.

²³⁶² En ce sens, v. BERNHEIM-DESVAUX, Sabine, « Le réputé non écrit est une sanction différente de la nullité », *Contrats, conc. consom.* 2019, comm. 112 ; ETIENNEY-DE SAINTE MARIE, Anne, « À propos des emprunts toxiques : le réputé non écrit est imprescriptible... et autres solutions entre droit commun des contrats et droit de la consommation », *D.* 2019.1033 ;

²³⁶³ LEGEAIS, Dominique, « Une clause imprécise équivaut à l'absence de mention manuscrite exigée pour la validité de l'intérêt », *RTD. com.* 2019.465.

²³⁶⁴ Considérer que la clause illicite serait inexistante justifierait même que les parties se dispensent du juge. Le contractant bénéficiaire de la règle n'aurait qu'à opposer cette inexistence à son cocontractant.

²³⁶⁵ Pour une analyse similaire, v. HOUTCIEFF, Dimitri, « Ce qui est réputé non écrit se prescrit-il ? », *Gaz. Pal.* 17 sept. 2019, n° 358u4, p. 23..

²³⁶⁶ L'imprescriptibilité nous apparaît d'autant plus critiquable qu'elle semble contraire à la direction adoptée par la réforme du droit des contrats qui a prévu, aux articles 1123, 1158 et 1183 du Code civil, une action interrogatoire. C'est précisément

certaines aspects, une sanction plus sévère que la nullité absolue. L'action serait imprescriptible et le principe énoncé à l'article 1184 al.2 du Code civil impose la survie du contrat à un contractant qui, s'il a stipulé une clause illicite, n'était pas nécessairement pour autant animé d'une intention frauduleuse.

Pour ces raisons il serait préférable de privilégier une autre interprétation de l'arrêt. Il est certes indéniable que la décision s'analyse en la consécration de l'autonomie du réputé non écrit. Pour autant, la position de la Cour de cassation devrait être précisée et l'action en éradication de la clause enfermée dans un délai raisonnable afin de s'assurer au mieux de la bonne exécution du contrat purgé de son vice. Il serait souhaitable d'écarter l'idée d'une inexistence *a priori* de la règle illicite et de faire dépendre le réputé non écrit de sa déclaration par le juge. Pour illustrer cette position il convient d'évoquer l'hypothèse de la cession de contrat. Estimer que la clause qui encourt le réputé non écrit est inexistante revient à considérer qu'elle n'a jamais été stipulée. La sanction est parfois justifiée en raison de la qualité de l'une des parties. Imaginons que celle-ci cède son contrat à un tiers dont la qualité ne lui permet pas de bénéficier de la protection de la règle d'ordre public. L'inexistence de la clause devrait conduire à la priver d'effet dans le cadre de la cession de contrat. Or, la Cour de cassation a admis qu'une clause réputée non écrite retrouve son plein effet dans une telle hypothèse, ce qui laisse penser qu'elle n'est pas pleinement favorable à la théorie de l'inexistence²³⁶⁷. La rédaction même de l'arrêt du 13 mars 2019 semble plaider en ce sens puisque les Hauts magistrats évoquent « *la demande tendant à voir réputer non écrites les clauses litigieuses* » laissant supposer que l'intervention du juge est nécessaire²³⁶⁸. L'inexistence exclut encore toute possibilité de confirmation de la clause puisqu'elle est présumée n'avoir jamais été stipulée. De même, le doute est permis à propos de la renonciation à la règle d'ordre public à l'origine de la sanction. Par une fiction juridique, la clause inexistante réapparaîtrait-elle dès lors que le bénéficiaire renonce à la règle ? Un tel procédé serait discutable et ne manquerait pas d'être vertement critiqué en raison de son manque de cohérence. Il en résulte l'intérêt que le

parce que le contractant doit exécuter le contrat comme s'il était exempt de toute critique, et qu'il serait intolérable qu'il demeure dans l'incertitude pendant l'exécution, que l'article 1183 du Code civil envisage une action interrogatoire à laquelle le bénéficiaire de la nullité doit apporter une réponse dans un délai de six mois à peine de forclusion.

²³⁶⁷ Com. 15 nov. 2017, n° 16-19.131 publié au *Bulletin*, D. 2017. 2365, obs. A. Lienhard ; *RTD civ.* 2018. 116, obs. H. Barbier.

²³⁶⁸ La Cour de cassation a déjà eu l'occasion d'affirmer que la clause litigieuse doit recevoir application tant qu'elle n'a pas été déclarée non écrite par le juge, v. Civ. 3^e, 21 juin 2006, n° 05-13.607, *Bull. civ.* III, n° 159 ; *Loyers et copr.* 2006, comm. 213, obs. G. Vigneron ; *Defrénois* 15 mars 2007, n° 38853, p. 383, obs. C. Atias ; Civ. 3^e, 28 avr. 2011, n° 10-14.298, *Bull. civ.* III, n° 61 ; *Loyers et copr.* 2011, comm. 223, obs. G. Vigneron

réputé non écrit dépend de sa déclaration par le juge²³⁶⁹. L'absence de régime clairement établi pour la notion est un élément qui laisse penser que la Cour a eu recours à la technique dite des « petits pas ». Dans le cadre des nullités, le Code civil distingue la nullité absolue de celle relative selon que la règle méconnue concerne l'intérêt général ou un intérêt particulier²³⁷⁰. Le réputé non écrit est une sanction commune à l'atteinte à l'une ou l'autre de ces catégories²³⁷¹, au point qu'il « *serait aussi vain qu'inutile de vouloir rattacher la clause réputée non écrite à un type particulier d'ordre public* »²³⁷². Pour autant, identifier le type d'ordre public auquel se rattache la règle, si la tâche n'est pas toujours aisée, est d'importance dans le cas d'une éventuelle renonciation à la règle d'ordre public.

462 Nécessité de préciser le régime du réputé non écrit. L'autonomisation de la notion de réputé non écrit s'accompagne de difficultés qui ne sont surmontables que si son régime est calqué, sinon inspiré de celui des nullités. Mais alors quel intérêt de la distinguer de la nullité ? En cela, la seconde interprétation de l'arrêt peine à convaincre et il apparaît que la Cour de cassation se prononce plutôt en faveur de la théorie de l'inexistence²³⁷³. On perçoit l'objectif louable poursuivi par les Hauts magistrats qui désirent permettre au bénéficiaire de la règle violée d'invoquer l'illicéité de la clause à tout moment sans que la prescription lui soit opposée. A cela s'ajoute la volonté des pouvoirs publics de défendre un modèle contractuel²³⁷⁴. La décision du 13 mars 2019 est une énième illustration du renforcement des dispositions protectrices de la partie jugée faible dont on doute de la pertinence tant elles sont susceptibles de conduire à un effet contraire à celui escompté²³⁷⁵, voire à un déséquilibre préjudicant au cocontractant. Le réputé non écrit étant une sanction susceptible d'être appliquée à un

²³⁶⁹ Ce qu'avait retenu la jurisprudence antérieure à la réforme du droit des contrats, v. Civ. 3^e, 21 juin 2006, n°05-13.607, *Bull. civ. III, Loyers et copr.* 2006, comm. 231, obs. G. Vigneron ; *Defrénois* 2007, art. 38853, p. 383, obs. C. Atias : « *les clauses du règlement de copropriété doivent recevoir application tant qu'elles n'ont pas été déclarées non écrites par le juge* ».

²³⁷⁰ C. civ., art. 1179.

²³⁷¹ A titre d'illustration, il convient de citer l'article 900 du Code civil concernant les donations pour l'ordre public classique, l'article L. 112-1 du C. mon. fin sur l'encadrement des clauses d'indexation pour l'ordre public économique de direction ou encore l'article 1171 du Code civil sur les clauses abusives dans un contrat d'adhésion.

²³⁷² COTTEREAU, Vincent, « La Clause réputée non écrite », *JCP G* 1993, n°28, doct. 3691, paragr. 13.

²³⁷³ Plutôt que l'inexistence qui concernerait l'anéantissement de l'acte dans son ensemble, certains auteurs proposent d'analyser le réputé non écrit comme un « effacement » de la clause illicite. La sanction dépendrait d'une action en retrait là où la théorie de l'inexistence lui permet d'opérer de plein droit. Pour une présentation brève de cette théorie : BUFFELAN-LANORE, Yvaine et LARRIBAU-TERNEYRE, Virginie, *Droit civil*, 16e éd., Sirey, 2018, paragr. 1511.

²³⁷⁴ GENICON, Thomas, v° Réputé non écrit *in op. cit.*

²³⁷⁵ Sur cet aspect, v. GHESTIN, Jacques, « Les effets pervers de l'ordre public » in *Propos impertinents de droit des affaires*, Dalloz, 2001, p. 123 et s. Dénonçant les effets indésirables du réputé non écrit : GHESTIN, Jacques, LOISEAU, Grégoire et SERINET, Yves-Marie, *La formation du contrat. Tome 2, l'objet et la cause, les nullités*, LGDJ, 2013, paragr. 2630.

contrat de finance islamique, il est souhaitable que le régime de la notion soit précisé et s'inspire de celui des nullités en incluant une action interrogatoire.

2) *Survie du contrat partiellement contraire à l'ordre public*

463 Survie imposée de l'acte islamique partiellement contraire à l'ordre public.

Le risque n'est pas négligeable que l'une des parties se prévale d'une atteinte à l'ordre public pour échapper à son engagement, d'où l'importance de la codification de la nullité partielle à l'article 1184 du Code civil. La question de la valeur du texte doit être étendue à propos de cet article. L'alinéa 1^{er} du texte restreint la nullité totale de l'acte à l'hypothèse où la clause illicite a été déterminante du consentement de l'un des contractants. Dans la continuité de la jurisprudence actuelle²³⁷⁶, les rédacteurs ont envisagé au second alinéa la survie du contrat dans l'intention de déjouer les intentions malicieuses de l'une des parties²³⁷⁷. Or cette survie, commandée par la finalité de la règle, ou lorsque la clause est réputée non écrite, résonne comme une sanction pour l'un²³⁷⁸ et une protection pour l'autre²³⁷⁹. Le juge ne disposerait d'aucune liberté en la matière et serait tenu de faire fi de la volonté des parties²³⁸⁰. Malgré l'absence de précision en ce sens, et contrairement au principe général de supplétivité de la règle énoncée par le rapport, le caractère impératif du second alinéa s'infère de l'objectif qu'il poursuit. La règle qu'énonce le texte n'est pas étrangère à la défense de l'ordre public qu'elle vise à rendre véritablement effective. Les parties ne peuvent prévoir que la disparition de la clause entraîne celle du contrat dès lors qu'on est en présence de l'une des deux conditions envisagées par l'article 1184 al. 2. Louable dans son principe, la règle n'en suscite pas moins quelques critiques. A l'issue du premier alinéa, le juge doit se livrer à une appréciation subjective pour savoir s'il doit prononcer la nullité partielle ou totale de l'acte. Aux termes du second c'est une détermination objective qui s'impose à lui puisqu'il suffit que la clause soit réputée non écrite ou qu'elle

²³⁷⁶ Volonté affirmée dans le rapport remis au président de la République.

²³⁷⁷ En l'absence de cette règle, il suffirait pour l'une des parties d'ériger la clause illicite en élément déterminant de son consentement pour dissuader l'autre partie de soulever sa nullité lorsque cette dernière peut avoir un intérêt à la survie de l'acte.

²³⁷⁸ En ce sens, v. CHANTEPIE, Gaël et LATINA, Mathias, *La réforme du droit des obligations*, 2e éd., Dalloz, 2018, paragr. 486.

²³⁷⁹ A ce titre, l'article 1184 du Code civil pourrait être rattaché à l'ordre public de protection. Si l'on considère toutefois qu'il permet d'assurer la promotion d'un modèle contractuel, il serait plutôt question d'ordre public de direction. Enfin les termes évoquent encore l'ordre public classique en ce qu'ils instaurent une police du contrat.

²³⁸⁰ GENICON, Thomas, v° Réputé non écrit *in op. cit.*

méconnaît la finalité de la règle. En somme il appartient au juge de procéder à une interprétation téléologique de la règle. La difficulté surgit lorsque les parties ont stipulé une clause contraire à l'ordre public sans que l'une d'elles ait eu d'intention frauduleuse. En l'absence d'un tel élément, le juge pourrait estimer que la finalité de la règle n'impose pas le maintien du contrat. Il paraît plus probable qu'il s'en tienne à une simple appréciation objective sans considération de l'intention des parties comme l'impose la lettre du texte.

464 Conséquences de la survie du contrat : l'exemple de la nullité de la clause *riba*.

Prenons l'exemple d'une clause stipulant la prohibition du *riba*, et prévoyant un taux d'intérêt nul, qui serait interprétée comme contraire à la règle d'ordre public de détermination du TEG²³⁸¹. Que la mention du TEG soit considérée comme erronée ou absente, la clause serait privée d'effet mais cela n'affecterait pas la validité du contrat²³⁸². L'ordonnance du 17 juillet 2019 a modifié la sanction applicable à la détermination du TEG qui consiste désormais, dans son aspect civil, à déchoir l'emprunteur du droit aux intérêts dans la « *proportion fixée par le juge* »²³⁸³. Nulle mention n'est faite de la substitution du taux légal au taux stipulé telle que le pratiquait la jurisprudence²³⁸⁴. L'évolution est potentiellement favorable dans le cadre de la finance islamique dès lors qu'elle permettrait d'exclure tout versement d'intérêts. Conformément à l'article 1184 al. 2 du Code civil, la nullité de la seule clause justifie le maintien du contrat qui, privé de celle-ci, perd son caractère islamique. La remarque sur la clause *riba* doit être étendue à l'ensemble des règles incorporées qui seraient contraires à l'ordre public et souligne les limites de l'incorporation. La survie du contrat ne pose guère de difficultés lorsque les deux parties s'accordent pour mettre fin à la relation contractuelle et régler les conséquences. Il doit cependant être envisagé que l'une des parties pourrait refuser d'exécuter son obligation au prétexte que cela serait contraire à ses convictions religieuses tandis que l'autre serait désireuse de

²³⁸¹ Une telle analyse du juge serait critiquable car la détermination du TEG est une règle d'ordre public de protection. Un taux d'intérêt équivalent à zéro ne causerait aucun préjudice à l'emprunteur. Sur la compatibilité du *riba* avec l'ordre public, v. nos développements consacrés à la réception de la prohibition en droit français.

²³⁸² Les articles L. 341-4, L. 341-34 et L. 341-48-1 du Code de la consommation envisagent la déchéance au moins partielle du droit aux intérêts. Classiquement, la jurisprudence antérieure à cette nouvelle sanction retient la nullité de la clause et la survie du contrat, v. Civ 1^{er} 8 juin 1994, *RJDA* 1/95, n°44 ; Civ 1^{er}, 22 janv. 2002, *RDJA* 5/02, n°521. Il est permis d'affirmer que la réforme des sanctions applicables au TEG n'affectera pas cette solution.

²³⁸³ Ordonnance n°2019-740 du 17 juillet 2019, art. 1.

²³⁸⁴ Civ. 1^{re}, 15 octobre 2014, n° 13-16.555, D. 2014. 2108, obs. V. Avena-Robarde, *RTD Com.* 2014.835, obs. D. Legeais. Le Rapport au Président de la République juge cette nouvelle sanction « mieux proportionnée » que les précédentes d'origine prétorienne, v. Rapport au Président de la République relatif à l'ordonnance n° 2019-740 du 17 juillet 2019 relative aux sanctions civiles applicables en cas de défaut ou d'erreur du taux effectif global, JO n°0165 du 18 juill. 2019.

poursuivre la relation contractuelle en raison de l'intérêt économique²³⁸⁵. Dans un tel cas de figure il est nécessaire d'envisager un moyen d'anéantir le contrat.

465 Anéantissement du contrat privé du caractère islamique au moyen de la nullité. La survie de l'acte étant imposée par l'article 1184 al. 2 du Code civil, les parties seraient tenues d'exécuter un contrat qu'elles savent contraire à leurs convictions religieuses. Une solution consisterait à faire usage de la nullité conventionnelle, innovation du nouvel article 1178 du Code civil. Les parties constateraient par un « commun accord » que le contrat est nul parce que la disparition de la clause s'accompagne de celle du caractère islamique du contrat. La rédaction de l'article 1178 al. 1er du Code civil laisse entendre que les conditions de la nullité judiciaire s'appliquent à celle conventionnelle et qu'il est donc nécessaire que l'un des éléments énoncés par l'article 1128 du même code fasse défaut²³⁸⁶. La nullité conventionnelle suppose de plus que les parties s'entendent pour la prononcer, ce qui peut poser des difficultés en cas de litige. A défaut d'accord, seule la nullité judiciaire est envisageable. Il est, en outre, permis de se demander si la nullité, qu'elle soit conventionnelle ou judiciaire, est admissible en dépit de l'article 1184 al. 2 qui résonne comme une survie à titre de sanction. Une telle conception serait contraire à l'esprit du texte dont la sanction vise à protéger la partie faible dans la relation contractuelle. Ainsi, rien ne s'oppose à ce que la partie protégée, et seulement elle, demande la nullité de l'acte privé de son caractère islamique. Après l'abandon, par la réforme du droit des contrats, de la notion de cause, seule l'exigence du consentement des parties est susceptible, dans notre hypothèse, de remettre en question l'existence de l'acte. Plus particulièrement, il convient de se demander si le contrat est annulable sur le fondement de l'erreur.

466 La nullité fondée sur l'erreur. L'article 1130 al. 1er du Code civil prévoit que l'erreur²³⁸⁷ porte atteinte à l'intégrité du consentement quand elle est telle que, sans elle, l'une des parties n'aurait pas contracté ou à des conditions substantiellement différentes. L'alinéa 2 précise que le « *caractère déterminant s'apprécie eu égard aux personnes et aux circonstances dans lesquelles le consentement a été donné* ». Ainsi

²³⁸⁵ Sur l'intérêt d'incorporer les convictions religieuses des contractants, v. section suivante.

²³⁸⁶ En ce sens, v. BÉNABENT, Alain, *Droit des obligations*, 19^e éd., LGDJ, 2021, paragr. 210.

²³⁸⁷ Le dol et la violence sont aussi visés par l'article 1130 du Code civil.

formulé, le régime commun des vices du consentement apporte deux précisions majeures : l'erreur doit avoir été déterminante et ce caractère s'apprécie *in concreto*²³⁸⁸. En principe, seule l'erreur portant sur les qualités essentielles de la prestation due ou sur celles du contractant est cause de nullité²³⁸⁹. Ces cas sont à exclure puisque la perte du caractère islamique du contrat résulte de la disparition d'une clause. La nullité du contrat devrait alors se fonder sur le motif religieux. Les parties ont préféré recourir à un financement islamique plutôt que conventionnel parce qu'elles sont attachées au respect de la loi religieuse. La difficulté réside dans ce que le droit français rejette la nullité du contrat pour erreur sur un simple motif²³⁹⁰, à moins que les parties l'aient érigé expressément en élément déterminant de leur consentement²³⁹¹. La partie désireuse d'obtenir la nullité arguerait que son engagement a été motivé par la volonté de réaliser un financement islamique. D'où l'intérêt pour les contractants de stipuler que le caractère islamique de l'acte, respectueux de leurs convictions religieuses, est déterminant de leur engagement²³⁹². Ce faisant, elles incorporent ces convictions religieuses dans le champ contractuel²³⁹³.

467 L'anéantissement du contrat au moyen de la caducité. La caducité, autre mode d'anéantissement du contrat, était absente du Code civil originel avant d'y être introduite par l'ordonnance du 10 février 2016²³⁹⁴. Aux termes de l'article 1186 un contrat devient caduc si « *l'un de ses éléments essentiels disparaît* ». Contrairement à la nullité, la caducité suppose que l'état pathologique du contrat résulte non pas de sa formation mais d'un événement postérieur. La difficulté tient à ce que les rédacteurs du texte n'ont pas précisé ce qu'il fallait entendre par « élément essentiel ». Certains auteurs suggèrent d'y voir les éléments essentiels à la formation du contrat, à savoir le consentement, la capacité ou le contenu licite et certain du contrat²³⁹⁵. Selon d'autres,

²³⁸⁸ V. en ce sens CHANTEPIE, Gaël et LATINA, Mathias, *La réforme du droit des obligations*, 2e éd., Dalloz, 2018, paragr. 297.

²³⁸⁹ C. civ., art. 1132.

²³⁹⁰ C. civ., art. 1135 qui consacre les solutions jurisprudentielles v. à ce sujet CHANTEPIE, Gaël et LATINA, Mathias, *op. cit.*, paragr. 316-317 MALINVAUD, Philippe, MEKKI, Mustapha et SEUBE, Jean-Baptiste, *Droit des obligations*, 16^e éd., LexisNexis, 2021, paragr. 201.

²³⁹¹ *Ibid.*

²³⁹² Sur l'importance d'une telle stipulation et l'acceptation par la jurisprudence de l'erreur au regard des convictions religieuses de l'une des parties, v. la section suivante.

²³⁹³ Sur ce point, v. la section suivante.

²³⁹⁴ BUFFELAN-LANORE, Yvaine et LARRIBAU-TERNEYRE, Virginie, *Droit civil*, 16e éd., Sirey, 2018, paragr. 1444.

²³⁹⁵ FABRE-MAGNAN, Muriel. *Droit des obligations. I, Contrat et engagement unilatéral*. Paris, France : Presses universitaires de France, 2016, paragr. 479 ; MIGNOT, Marc, « Commentaire article par article de l'ordonnance du 10 février 2016 portant réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations (IV) », *LPA* 22 mars 2016, n° PA201605804, p. 6

la notion d'élément essentiel se distingue des conditions de validité du contrat pour n'intéresser que le contenu de l'acte²³⁹⁶ et, plus spécifiquement, les éléments que les parties ont entendus rendre essentiel²³⁹⁷. Des auteurs ont été jusqu'à affirmer que le texte est une illustration de la survivance de la notion de cause²³⁹⁸. La caducité n'aurait de sens dans les contrats synallagmatiques que si les mobiles, à savoir la cause subjective, sont pris en considération²³⁹⁹. Sans aller jusqu'à ressusciter la cause, le caractère islamique de l'acte serait qualifiable d'élément essentiel au sens de l'article 1186 du Code civil dès lors que les parties l'ont érigé en élément déterminant de leur engagement. La disparition d'une ou plusieurs clauses assurant la conformité de l'acte aux préceptes islamiques entraînerait ainsi sa caducité. Il n'est pourtant pas envisageable que la caducité de l'acte résulte directement de l'éradication de la clause par le réputé non écrit ou de sa nullité. Dans le premier cas, à considérer la théorie de l'inexistence, la fiction opère de plein droit. La condition de la disparition d'un élément essentiel fait défaut, le contrat étant supposé n'avoir jamais été conforme aux principes islamiques. Dans le second, la clause est annulée par le juge et censée n'avoir jamais existé²⁴⁰⁰. Sauf à voir dans l'annulation de la clause, un événement postérieur à la formation du contrat, la caducité n'est pas encourue. D'autant plus qu'admettre le contraire constituerait un moyen de détourner la règle de l'article 1184 al.2 du Code civil.

La disparition du caractère islamique pourrait résulter d'une décision d'un comité charia qui jugerait le contrat contraire aux règles religieuses au stade de son exécution. La condition de la survenance d'un événement postérieur est ici satisfaite et concerne un élément essentiel dès lors que les parties l'ont caractérisé comme tel. Sous cet aspect, la caducité s'apparente à la condition résolutoire²⁴⁰¹ mais s'en distingue un tant soit peu par ses effets puisqu'il est prévu qu'elle « *met fin au contrat* »²⁴⁰². Les termes suggèrent que l'anéantissement du contrat n'opère que pour l'avenir contrairement à la

²³⁹⁶ CHANTEPIE, Gaël et LATINA, Mathias, *La réforme du droit des obligations*, 2e éd., Dalloz, 2018, paragr. 493 TERRÉ, François, SIMLER, Philippe, LEQUETTE, Yves *et al.*, *Droit civil*, 12^e éd., Dalloz, 2018, paragr. 591. SEUBE, Jean-Baptiste, « L'article 1186 du projet : la caducité », *RDC* 2015, n° 112d3, p. 769

²³⁹⁷ DESHAYES, Olivier, GENICON, Thomas et LAITHIER, Yves-Marie, *Réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations*, 2^e éd., LexisNexis, 2018, p. 396-399 LARROUMET, Christian et BROS, Sarah, *Les obligations*, Economica, 2018, paragr. 481 MALINVAUD, Philippe, MEKKI, Mustapha et SEUBE, Jean-Baptiste, *Droit des obligations*, 16^e éd., LexisNexis, 2021, paragr. 452.

²³⁹⁸ DESHAYES, Olivier, GENICON, Thomas et LAITHIER, Yves-Marie, *op. cit.*, p. 396-399 LARROUMET, Christian et BROS, Sarah, *op. cit.*, paragr. 481.

²³⁹⁹ DESHAYES, Olivier, GENICON, Thomas et LAITHIER, Yves-Marie, *op. cit.*, p. 398.

²⁴⁰⁰ C. civ., art. 1178 al. 2.

²⁴⁰¹ C. civ., art. 1304 al. 3 ; *ibid.*, art. 1304-7.

²⁴⁰² C. civ., art. 1187 al. 1.

condition résolutoire qui, par principe, a un effet dans le passé²⁴⁰³. La rétroactivité n'est toutefois pas exclue par la formulation que les rédacteurs ont sciemment voulu floue afin que le juge apprécie l'opportunité d'y recourir ou non²⁴⁰⁴. L'admission de la rétroactivité se déduirait d'ailleurs de l'article 1187 al. 2 qui envisage que la caducité puisse « *donner lieu à restitution dans les conditions prévues aux articles 1352 à 1352-9* »²⁴⁰⁵. Faire dépendre l'existence du contrat d'une décision de conformité d'un comité charia est critiquable en ce qu'il fait peser une épée de Damoclès au-dessus de l'acte. L'un des contractants désirant échapper à ses engagements pourrait à tout moment soulever son inconformité. Bien que les risques soient réels ils doivent être nuancés en raison de l'indépendance des membres du comité. Surtout, si les parties ont choisi de recourir à un contrat islamique plutôt que conventionnel, c'est qu'elles attachent une importance cruciale au respect des règles religieuses dont les experts en théologie sont les garants. A bien des égards, la caducité apparaît un moyen intéressant d'obtenir l'anéantissement du contrat privé de son caractère islamique par une règle d'ordre public. Si de telles règles sont impératives, leurs effets n'échappent pas complètement à l'emprise des parties qui sont susceptibles de les atténuer.

3) Atténuation des effets

468 Renonciation à une disposition d'ordre public. A l'instar de la règle supplétive, celle impérative est susceptible de connaître des nuances dans son application. Par définition, il n'est, en principe, pas permis aux contractants de priver d'effets une règle d'ordre public. La jurisprudence admet pourtant que « *s'il est interdit de renoncer par avance aux règles de protection établies par la loi sous le sceau de l'ordre public, il est en revanche permis de renoncer aux effets acquis de telles règles* »²⁴⁰⁶. Interdite quand elle est anticipée, elle est admise quand le renonçant dispose d'un droit acquis

²⁴⁰³ La rétroactivité est néanmoins écartée si « *telle est la convention des parties ou si les prestations échangées ont trouvé leur utilité au fur et à mesure de l'exécution réciproque du contrat* », C. civ, art. 1304-7 al. 2.

²⁴⁰⁴ Rapport au Président de la République relatif à l'ordonnance n° 2016-131 du 10 février 2016 portant réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations : JO, 11 février 2016, n°0035, texte n°25

²⁴⁰⁵ HOUTCIEFF, Dimitri, *Droit des contrats*, 4^e éd., Bruylant, 2018, paragr. 596 BUFFELAN-LANORE, Yvaine et LARRIBAU-TERNEYRE, Virginie, *Droit civil*, 16^e éd., Sirey, 2018, paragr. 1447.

²⁴⁰⁶ Civ. 1^{re}, 17 mars 1998, n° 96-13.972, *Bull. civ. I*, n° 120 ; *RTD civ.* 1999. 670, obs. Mestre, *JCP 1998. II*. 10148, note Piedelièvre ; *Deffrénois* 1998.749, obs. Aubert ; *CCC* 1998, n° 86, note Leveneur. Plus récemment, exigeant que le droit soit acquis pour pouvoir y renoncer : civ. 3^e, 30 mars 2017, n° 16-13.914, publié au Bulletin ; *D.* 2017. Chron. Cass. 1575, obs. Dumont-Lefrand ; *AJDI* 2017. 588, obs. Planckeel et Antoniutti ; *JCP E* 2017, no 1259 ; *RJDA* 2017, no 393 ; *LPA* 21 août 2017, note Battistini ; *Loyers et copr.* 2017, no 109, obs. Chavance

ainsi devenu disponible²⁴⁰⁷. La renonciation concerne particulièrement l'ordre public de protection car il n'est pas envisageable que la volonté individuelle puisse écarter une règle d'ordre public de direction en raison de sa finalité²⁴⁰⁸. En ce domaine, la pratique est telle que le Pr Bénédicte FAUVARQUE -COSSON y voit une manifestation de l'affaiblissement de l'impératif juridique qui justifie, selon l'auteur, la dissociation des notions d'ordre public et de règle impérative²⁴⁰⁹. Il est vrai qu'il est difficile de qualifier une règle d'impérative si les parties peuvent l'écarter postérieurement à la conclusion du contrat, tout au plus l'est-elle à l'encontre d'un seul des contractants. La faculté de renonciation à un droit acquis n'est pas absolue, la jurisprudence l'a restreinte en de rares hypothèses²⁴¹⁰, mais est tout de même fréquente en pratique. Pour être valide, la renonciation outre la nécessité qu'elle concerne un droit acquis, doit être dépourvue d'équivoque²⁴¹¹, ce qui n'empêche pas qu'elle soit tacite²⁴¹². Elle n'est soumise à aucun formalisme particulier sauf lorsqu'elle concerne un acte solennel où elle doit alors emprunter la même forme²⁴¹³. La renonciation à une règle d'ordre public présente l'intérêt de sauvegarder le contrat et, particulièrement dans l'hypothèse d'un réputé non écrit, la clause litigieuse. Elle suppose que le contractant bénéficiaire du droit renonce à s'en prévaloir, ce à quoi on pourrait légitimement s'attendre dans le cadre d'un contrat de finance islamique où les parties ont pour intérêt premier de préserver le caractère charia-compatible de leur accord²⁴¹⁴. A cet égard, la confirmation constitue un autre moyen de préserver un contrat qui serait affecté d'un vice.

²⁴⁰⁷ MALAURIE, Philippe, AYNÈS, Laurent et STOFFEL-MUNCK, Philippe, *Droit des obligations*, 11^e éd., LGDJ, 2017, paragr. 652.

²⁴⁰⁸ FAGES, Bertrand, *Droit des obligations*, 8^e éd., LGDJ, 2018, paragr. 165.

²⁴⁰⁹ FAUVARQUE-COSSON, Bénédicte, « L'ordre public » in LEQUETTE, Yves, LEVENEUR, Laurent (dir.). *Le code civil: 1804-2004 : un passé, un présent, un avenir*. Paris, France : Dalloz, 2004, cop. 2004 2004, paragr. 17 et s., spéc. paragr. 21.

²⁴¹⁰ Civ. 3^e, 4 déc. 1984, *Bull. civ.* III, no 204, p. 159 ; Civ. 3^e, 27 sept. 1983, *Bull. civ.* III, no 170, p. 132, estimant que le sous-traitant ne peut renoncer à l'action directe contre le maître de l'ouvrage alors même que cette action a été instituée en sa faveur et qu'elle est intervenue postérieurement à la formation du contrat. Le Pr Rémy LIBCHABER considère qu'il est difficile d'expliquer un tel refus opposé par la Cour de cassation. Il se justifierait soit par l'appartenance de la règle tant à l'ordre public de direction qu'à celui de protection, soit encore en raison de l'existence d'un ordre public de protection renforcé, v. LIBCHABER, Rémy, note sous civ. 3^e, 7 nov. 2001, *Defrénois* 2002.779.

²⁴¹¹ Civ. 3^e, 20 oct. 2016, n° 15-20.285, D. 2016. Actu. 2214, Loyers et Copropriété n° 1, Janvier 2017, comm. 13, Béatrice Vial-Pedroletti, approuvant les juges du fond qui ont retenu que « la qualification de bail commercial, la mention dans la convention selon laquelle " le preneur bénéficiera du statut de la propriété commerciale " ainsi que la référence aux règles du code de commerce ne suffisaient pas à caractériser une renonciation en toute connaissance de cause et dépourvue d'ambiguïté aux dispositions d'ordre public de l'article 57 A de la loi du 23 décembre 1986 ».

²⁴¹² Civ 1^{re}, 8 juill. 1997, *Bull. civ.* I, n°232.

²⁴¹³ Civ 1^{re}, 7 juin 2006, *Bull. civ.* I, n°289.

²⁴¹⁴ L'existence d'un litige entre les parties tend à tempérer cette conception idéaliste

469 Confirmation de l'acte entaché de nullité. La réforme du droit des contrats a été l'occasion de moderniser la confirmation auparavant envisagée à l'article 1338 du Code civil. La confirmation s'analyse désormais en une renonciation applicable à la nullité²⁴¹⁵ tant le régime de la première emprunte à celui de la seconde. La rédaction du nouvel article 1182 du Code civil démontre, à ce titre, la prise en compte des règles prétoriennes notamment en ce qu'il précise que la confirmation n'est admise qu'après la formation du contrat²⁴¹⁶. La confirmation s'avère toutefois plus contraignante que la renonciation classique en imposant que l'acte mentionne l'objet de l'obligation et le vice affectant le contrat²⁴¹⁷. En cela, le texte rappelle que l'acte ne doit pas être équivoque. L'exigence de cette condition n'exclut cependant pas que la confirmation soit tacite puisqu'il est affirmé que l'exécution du contrat, en connaissance du vice, par celui qui en est victime vaut confirmation²⁴¹⁸. La confirmation de l'acte vicié empêche le renonçant de se prévaloir à l'avenir des moyens et des exceptions qu'il aurait pu opposer. Elle n'a qu'un effet relatif puisqu'elle n'affecte pas les droits des tiers. La confirmation se distingue de notions voisines comme la réfection et la régularisation. La réfection suppose un nouvel accord de volontés similaire à celui originel mais dépourvu du vice qui l'affecte. La régularisation consiste, quant à elle, à valider l'acte en lui apportant l'élément essentiel qui fait défaut et s'accompagne d'un effet *erga omnes*²⁴¹⁹. En confirmant le contrat, le bénéficiaire renoncerait à demander la suppression de la stipulation contractuelle contraire à l'ordre public. La confirmation ne concerne que le cas où la clause enfreint l'ordre public de protection et non les autres formes puisque ces dernières poursuivent une finalité de défense de l'intérêt général. Il n'est ainsi pas envisageable que la volonté individuelle permette la survie d'un acte qui porterait une telle atteinte. La confirmation n'est ouverte que dès lors que le contrat encourt une nullité relative, principe d'origine prétorienne repris dans l'article 1181 du Code civil²⁴²⁰.

²⁴¹⁵ MEKKI, Mustapha, Fiche pratique : « la nullité, entre tradition et modernité », *Gaz. Pal.* 3 janv. 2017, n° 282y2, p. 21 ; MEKKI, Mustapha, « Réforme du droit des obligations : le droit des nullités », *JCP N* 2017, n°1, act. 101 ; AMBRA(D'), Dominique, *Rép. civ. Dalloz*, v°Confirmation, sept. 2017, paragr. 5

²⁴¹⁶ C. civ., art. 1182 al. 2.

²⁴¹⁷ C. civ., art. 1182 al. 1.

²⁴¹⁸ C. civ., art. 1182 al. 3

²⁴¹⁹ TERRÉ, François, SIMLER, Philippe, LEQUETTE, Yves *et al.*, *Droit civil*, 12^e éd., Dalloz, 2018, paragr. 544.

²⁴²⁰ C. civ., art. 1181 al. 2.

470 L'impossible confirmation de la clause réputée non écrite. A l'instar de la nullité, il serait pertinent de laisser la clause produire effet si le bénéficiaire de la protection y renonce en toute connaissance de cause tandis qu'il n'est pas envisageable que les volontés individuelles portent atteinte à l'intérêt général. La confirmation d'un acte entaché de nullité s'avère utile et permise quand la violation d'une règle d'ordre public est sanctionnée par la nullité relative mais l'est-elle quand il est prévu que la clause sera réputée non écrite ? Certains ont cru voir dans l'éradication de la clause une forme de nullité partielle de l'acte²⁴²¹ mais cette théorie a été écartée par la Cour de cassation²⁴²². Première remarque, le réputé non écrit est une sanction originale distincte de la nullité. Elle ne bénéficie pas du même régime et ne peut alors être déjouée au moyen de la confirmation qui n'est ouverte qu'en cas de nullité relative²⁴²³. Surtout, la Cour de cassation semble privilégier la théorie de l'inexistence qui, au moyen d'une fiction légale²⁴²⁴, considère que la clause n'a jamais été stipulée. Il en résulte qu'il est impossible de confirmer ce qui n'existe pas. De même, la renonciation *a posteriori* à la règle réputant la clause non écrite n'est d'aucun secours. Contrairement à la clause nulle, « *la clause réputée non écrite n'est pas un acte malade* »²⁴²⁵. Si l'on admet pleinement la théorie de l'inexistence, le réputé non écrit opère de plein droit et la sanction n'est ainsi pas susceptible de bénéficier de la confirmation ou de la renonciation. *A contrario*, considérer que le réputé non écrit n'est pas une variété de l'inexistence et que la sanction se limite à priver d'effet la clause illicite²⁴²⁶ amènerait à envisager qu'une renonciation au bénéfice de la règle par la partie protégée est possible. A nouveau cela apparaît incertain tant cela est contraire à la finalité de la sanction qui vise avant tout au respect de la loi.

471 Conclusion section 1. La liberté contractuelle telle qu'affirmée par le droit français est incontestablement un atout dans l'introduction de la finance islamique en droit français en accordant aux parties une grande latitude dans la rédaction du contrat.

²⁴²¹ En ce sens, v. CALAIS-AULOY, Jean et TEMPLE, Henri, *Droit de la consommation*, 9^e éd., Dalloz, 2015, paragr. 177 PELLIER, Jean-Denis, *Droit de la consommation*, Dalloz, 2019, paragr. 112. *Contra* KULLMANN, Jérôme, « Remarques sur les clauses réputées non écrites », *D.* 1993.59 ; COTTEREAU, Vincent, « La Clause réputée non écrite », *JCP G* 1993, n°28, doct. 3691.

²⁴²² Civ. 1^{re}, 13 mars 2019, n°17-23.169, *Contrats, conc. consom.* 2019, comm. 112 S. Bernheim-Desvaux, *D.* 2019. 1033, note A. Etienney-de Sainte Marie, *Dalloz actualité*, 1 avril 2019, obs. J.-D. Pelletier, *LEDC* mai 2019, n° 112g0, p. 1, obs. S. Pellet, *Gaz. Pal.* 17 sept. 2019, n°358u4, p. 23, obs. D. Houtcieff.

²⁴²³ C. civ., art. 1181 et 1182.

²⁴²⁴ KULLMANN, Jérôme, « Remarques sur les clauses réputées non écrites », *D.* 1993.59

²⁴²⁵ COTTEREAU, Vincent, « La Clause réputée non écrite », *JCP G* 1993, n°28, doct. 3691, paragr. 23.

²⁴²⁶ Sur ce point, v. HOUTCIEFF, Dimitri, *Droit des contrats*, 4^e éd., Bruylant, 2018, paragr. 592.

C'est d'autant plus vrai que le droit des contrats français est présenté comme majoritairement supplétif comme en témoigne la réforme récente. Le développement exponentiel de l'ordre public conduit certes à tempérer cette affirmation tant il est parfois conçu comme le principe et la liberté l'exception. L'ordre public peut faire l'objet d'une présentation dichotomique avec d'un côté l'ordre public classique, aux aspects politique et moral, et de l'autre l'ordre public économique qu'il soit de direction ou de protection. A moins d'être animées d'une intention frauduleuse, les parties ne devraient pas craindre la limite apportée par l'ordre public classique. Au sein de l'ordre public économique, c'est d'avantage celui de protection que l'on identifie comme apportant une réelle entrave à la liberté contractuelle, particulièrement si l'un des contractants est qualifiable de « partie faible ». Ainsi que l'a démontré le Pr Cécile PERES, il existe des degrés dans l'application de la règle qu'elle soit impérative ou supplétive. En conséquence, l'impérativité de l'ordre public de protection n'est pas absolue et le bénéficiaire de la règle est susceptible, sous certaines conditions, d'y renoncer dès lors que le droit est acquis. Les incertitudes concernent d'avantage l'influence du droit communautaire dans l'appréciation du déséquilibre significatif dans les contrats d'adhésion ou de consommation. Nos développements ont avancé qu'une règle pourtant supplétive pouvait constituer un référent pour le juge dans l'appréciation de ce déséquilibre. Le réputé non écrit, plus que la nullité, s'impose comme la sanction privilégiée en cas de violation de l'ordre public de protection²⁴²⁷. Il permet de préserver le contrat en le purgeant de son vice et peut s'analyser en une double sanction. L'autonomisation du réputé non écrit sans régime clairement établi suscite des doutes générateurs d'insécurité juridique. Le droit commun des contrats érige la survie de l'acte en principe au travers de l'article 1184 al.2 du Code civil dont les dispositions sont qualifiables d'ordre public. En présence d'un contrat de finance islamique, ce principe présente des avantages comme des inconvénients. La suppression de la clause ne remet pas en cause l'existence de l'acte ce qui devrait dissuader l'une des parties de soulever l'illicéité de la stipulation afin de se libérer de son engagement. Elle peut toutefois contraindre l'un des contractants à maintenir la relation contractuelle alors que le contrat a perdu sa raison première, son caractère charia-compatible. Pour pallier cette difficulté, l'anéantissement du contrat peut être recherché à travers la nullité ou la caducité du contrat dès lors que les parties ont érigé

²⁴²⁷ *Ibid.*, paragr. 592-1.

le caractère islamique de leur accord en un élément essentiel ou déterminant de leur engagement. A cet égard, l'incorporation des convictions religieuses présente un intérêt supérieur à la simple incorporation des règles islamiques.

Section 2 : L'incorporation des convictions religieuses

472 Intérêt d'une incorporation des convictions religieuses. La contractualisation des convictions religieuses est-elle nécessaire dans le cadre d'un contrat de finance islamique, qui par nature, a une coloration religieuse ? Le procédé paraît superflu dès l'instant où les parties ont incorporé les normes qu'elles ont estimées pertinentes. Il présente pourtant un intérêt certain qui justifie que les deux méthodes soient envisagées en complément l'une de l'autre. Si l'intégration de normes religieuses permet une référence à une règle précise, l'incorporation des convictions est quant à elle plus abstraite. Les parties conviennent que la religion influence le contrat tant dans sa formation que dans son exécution sans qu'il soit nécessaire de se référer à une règle particulière. En cela, elle permet de s'assurer de la conformité du contrat aux principes charaïques. Dès lors que les convictions religieuses auront été incorporées au contrat, les parties pourront s'en prévaloir pour demander l'anéantissement ou la modification de l'acte, sous réserve de démontrer en quoi leurs convictions le justifient. Ainsi, bien que les parties aient pu faire référence aux règles sur le *riba* et le *gharar*, il est possible que le contrat soit déclaré non conforme par un organisme de certification religieuse. Dans l'hypothèse où l'une des parties voudrait poursuivre l'exécution de l'acte, elle pourrait arguer du principe de la force obligatoire. La prohibition du *riba* et du *gharar* étant des interdits majeurs en islam, l'autre partie serait en droit de se prévaloir du respect de ses convictions religieuses pour faire échec à cette prétention. Aussi, si en principe le non-respect d'une règle incorporée s'analyse seulement en une inexécution contractuelle²⁴²⁸, la prise en considération des convictions religieuses permet de rechercher la nullité du contrat, notamment sur le fondement de l'erreur. Le Code civil n'envisageant pas expressément la faculté d'incorporer les convictions religieuses de l'un des contractants, si ce n'est à travers le principe de liberté contractuelle, c'est au juge qu'il a incombé de se prononcer sur la licéité du procédé. L'étude de la jurisprudence révèle que les juges ont adopté un temps une position libérale avant de se montrer plus réticents à faire produire effet aux convictions religieuses des parties **(I)**. Malgré cette évolution, on constate le maintien de la jurisprudence favorable à l'incorporation **(II)**.

²⁴²⁸ LISANTI, Cécile, « Retour sur l'*electio juris* en droit interne », RLDC 2008, n°46, paragr. 32.

I] Admission de l'incorporation des convictions religieuses

473 D'une admission large à une admission restreinte. La question de l'incorporation des convictions religieuses a été soulevée à de nombreuses reprises en droit social. C'est en cette matière que l'Assemblée plénière de la Cour de cassation a admis que l'incorporation puisse être tacite notamment lorsqu'une des parties est qualifiable « d'entreprise de tendance »²⁴²⁹ **(A)**. Des décisions récentes démontrent néanmoins un recul de la jurisprudence favorable à l'incorporation tacite des convictions religieuses de l'un des contractants **(B)**.

A) Admission de l'incorporation tacite

474 Prise en considération des convictions religieuses des contractants par le juge. L'arrêt *Dame Roy* de la Cour de cassation est l'illustration la plus célèbre de la pénétration de la religion dans le contrat²⁴³⁰. En l'espèce, une institutrice engagée par un établissement privé d'enseignement catholique contestait son licenciement motivé par la découverte de son remariage après un divorce. L'application de la jurisprudence classique aurait dû conduire les juges à retenir une atteinte au droit d'ordre public au mariage²⁴³¹. L'Assemblée plénière admet pourtant qu'il soit dérogé à ce droit « *dans des cas très exceptionnels où les nécessités des fonctions l'exigent impérieusement* ». Dans le cadre d'un contrat de travail d'une institutrice, il est difficile de percevoir en quoi les fonctions justifient qu'il soit porté atteinte à la liberté matrimoniale. Les juges du droit justifient cette décision au motif que les convictions religieuses de la salariée « *avaient été prises en considération et que cet élément de l'accord des volontés, qui reste habituellement en dehors des rapports de travail, avait été incorporé volontairement dans le contrat dont il était devenu partie essentielle et déterminante* ».

²⁴²⁹ La notion d'entreprise de tendance s'entend, selon la Cour de cassation, d'une personne morale ayant pour objet de « promouvoir et de défendre des convictions religieuses, politiques ou philosophiques », Ass. plén., 25 juin 2014, n°13-28.369, *D.* 2014.1386; *AJDA* 2014.1293; *D.*1536, entretien Radé; *RDT* 2014.607, note Adam; *AJCT* 2014. 337, tribune de Frédérique de la Morena; *JSL* 2014, n° 371-2, obs. Hautefort; *Dr. soc.* 2014. 811, étude Mouly; *RDT* 2014.607, note Adam; *RTD civ.* 2014.620, obs. Jean Hauser; *RJS* 2014.576, n° 667

²⁴³⁰ Ass. plén., 19 mai 1978, *Dame Roy c/ Institution Sainte Marthe*, *D.* 1978.541, concl. R. Schmelk, note P. Ardant.

²⁴³¹ CA Paris, 30 avr. 1963, *D.* 1963, p. 428, note Rouast.

A suivre le raisonnement de la Cour, l'incorporation des convictions religieuses de la salariée, dont on peut présumer qu'elle était tacite, caractérise l'existence de circonstances exceptionnelles qui légitiment l'atteinte portée à la liberté du mariage. La décision surprend tant la motivation prête le flanc à la critique. Il faut cependant avoir à l'esprit qu'elle a été rendue dans le cadre d'une affaire impliquant une entreprise de tendance²⁴³², notion inspirée du droit allemand²⁴³³, qui désigne, particulièrement en droit social, une personne morale qui vise à promouvoir et à défendre des convictions religieuses, politiques ou philosophiques²⁴³⁴. C'est ainsi la qualité de l'employeur qui présume de l'incorporation des convictions religieuses au contrat. Par analogie, il est permis d'envisager qu'un établissement de crédit islamique soit qualifié d'entreprise de tendance et que la religion intègre tacitement le champ contractuel chaque fois que l'acte est réalisé dans le cadre de son activité.

475 Confirmation de la jurisprudence *Dame Roy*. La Cour de cassation réitère cette position dans l'arrêt *Fischer* du 20 novembre 1986 à propos de la rupture du contrat de travail liant une enseignante au sein d'une faculté libre à une association protestante²⁴³⁵. Cette dernière, parmi d'autres arguments²⁴³⁶, invoquait l'article L. 122-45 du Code du travail qui prévoyait, dans sa rédaction en vigueur au moment des faits, qu'un salarié ne pouvait faire l'objet d'aucune sanction ni être licencié sur la base d'un motif discriminatoire, notamment ses convictions religieuses. Selon l'association, il résultait de cet article « *qu'une activité relevant par nature de convictions religieuses ne peut donner lieu à un rapport de subordination* », ce qui excluait l'existence d'un contrat de travail. Cet avis n'a pas été partagé par la chambre sociale qui a estimé que les dispositions de cet article ne sont pas applicables « *lorsque le salarié, qui a été engagé pour accomplir une tâche impliquant qu'il soit en communion de pensée et de foi avec*

²⁴³² Parfois désignée comme entreprise de conviction, v. Ass. plén., 25 juin 2014, n°13-28.369.

²⁴³³ MORIN, Claire, « Le salarié et la religion : les solutions de droit du travail », JCP A 2005, 1145.

²⁴³⁴ Ass. plén., 25 juin 2014, n°13-28.369, D. 2014.1386; AJDA 2014.1293; D.1536, entretien Radé; RDT 2014.607, note Adam; AJCT 2014. 337, tribune de Frédérique de la Morena; JSL 2014, n° 371-2, obs. Hautefort; Dr. soc. 2014. 811, étude Mouly; RDT 2014.607, note Adam; RTD civ. 2014.620, obs. Jean Hauser; RJS 2014.576, n° 667. Pour une définition similaire en doctrine v. WACQUET, Philippe, « Loyauté du salarié dans les entreprises de tendance », *Gaz. Pal.* 1996. 1427 : pour qui une entreprise de tendance est celle dans laquelle « *une idéologie, une morale, une philosophie ou une politique est expressément prônée* ».

²⁴³⁵ Soc. 20 nov. 1986, n°84-43.243, Bull. civ. IV, n° 555; JCP 1987. II. 20798, note Thierry Revet; RTD civ. 1987. 571, obs. Rémy.

²⁴³⁶ L'association protestante avançait que l'ensemble des professeurs de théologie à la faculté libre avaient la qualité de pasteur et qu'à ce titre l'enseignement relevait de leur sacerdoce, empêchant la caractérisation d'un lien de subordination. Il est intéressant de remarquer que la chambre sociale n'hésite pas à se fonder sur la discipline de l'Eglise réformée de France, particulièrement son article D-13-5, pour affirmer que si les professeurs de théologie sont régis par le statut applicable aux pasteurs, la consécration-ordination ne leur est pas imposée de sorte qu'ils ne sont pas assimilables à des ministres du culte.

son employeur, méconnaît les obligations résultant de cet engagement ». En l'espèce, si la solution rendue est défavorable à l'association cultuelle en retenant l'existence d'un contrat de travail, elle est bienveillante à l'égard des entreprises de tendance en affirmant que des dispositions protectrices d'ordre public doivent être écartées dès lors que les convictions de l'une des parties ont intégré, même tacitement, le champ contractuel et que celle-ci a manqué à ses obligations. Plus que les convictions du salarié, ce sont celles de l'employeur qui semblent avoir déterminé la solution. Dès lors qu'un contrat est conclu avec une entreprise de tendance, les convictions religieuses intègrent le champ contractuel.

476 Primauté de la loi juive sur les règles de droit du travail. Une décision de la cour d'appel de Paris du 25 mai 1990 s'inscrit dans la lignée des arrêts *Dame Roy* et *Fischer*²⁴³⁷. Un restaurateur proposant de la nourriture casher avait engagé un surveillant rituel pour garantir à ses clients le respect des prescriptions de la loi juive. Le salarié s'était absenté pendant vingt-trois jours pour se rendre en Israël afin de préparer les obsèques de son fils. A son retour, l'employeur lui reprocha d'avoir dépassé la durée légale de congé et considéra que l'absence s'interprétait en une démission. La cour d'appel ne partage pas cet avis et juge qu'il s'agit d'un licenciement sans cause réelle et sérieuse. Si l'on doit approuver la cour qui exclut toute démission du salarié, puisque comme elle l'énonce, celle-ci ne se présume pas, on s'étonne qu'elle retienne le caractère sans cause réelle et sérieuse du licenciement. Plus surprenante encore est la motivation de la décision²⁴³⁸ qui retient un attachement réciproque des parties à l'observance stricte de la loi juive en raison du recours à un surveillant rituel chargé d'assurer le respect de la cacherout dans un établissement doté d'un caractère spécifique. Par-là, les juges affirment, sans l'énoncer expressément, que le restaurant

²⁴³⁷ Paris, 21e Ch. C, 25 mai 1990, *Brami c. Arbib*, D. 1990.596, note. Jean Villacèque, *JCP E* 1990, act. 20123.

²⁴³⁸ « Considérant qu'en proposant à sa clientèle une nourriture casher et en engageant, pour offrir toute garantie aux clients, un surveillant rituel selon les règles imposées, [l'employeur] a donné au restaurant qu'il exploitait son caractère spécifique fondé sur une stricte observance de la loi juive ; - Considérant que les relations contractuelles ainsi nouées supposaient un attachement égal des parties à la loi juive, et le souci réciproque de l'appliquer sans restriction même au-delà du cadre étroit et limité de la mission du surveillant rituel ; - Considérant que l'employeur n'a pu ignorer la durée de l'absence du surveillant rituel dès lors que celle-ci était liée au déplacement du salarié dans l'Etat d'Israël en raison du décès de son fils et aux prescriptions religieuses tant en ce qui concerne les modalités de l'inhumation que les obligations du deuil pour les parents les plus proches du défunt ; qu'il est de surcroît établi que la pose de la pierre tombale a eu lieu le 25 mai 1988 ; - Considérant que le Consistoire, en décidant de pourvoir au remplacement [du salarié] pendant toute la durée de son absence, laquelle était connue avant son départ pour Tel Aviv, a estimé pleinement justifié par les obligations religieuses le congé pris par le salarié ; - Considérant, dès lors, que l'employeur, tenu contractuellement au respect de la loi juive, ne pouvait se prévaloir d'un défaut d'autorisation pour une absence dérogeant pour sa durée aux règles du droit du travail, pour reprocher [au salarié] un comportement fautif, la présence, au demeurant, d'un remplaçant qu'il avait accepté, ayant permis d'assurer la bonne marche du service jusqu'au retour [du salarié] »

est une entreprise de tendance et que cette qualité influence le contrat. L'attitude du salarié étant, de l'avis même du Consistoire²⁴³⁹, conforme aux obligations religieuses sur l'inhumation et le deuil, elle ne pouvait être lui être reprochée et ce d'autant plus que les parties étaient tenues « *contractuellement au respect de la loi juive* ». L'arrêt de la cour d'appel de Paris est intéressant à plusieurs titres. D'abord en ce qu'il admet une contractualisation tacite des convictions religieuses en raison de la qualité des parties. Ensuite, parce qu'il approuve l'incorporation de la loi juive dans sa globalité sans qu'il ait été nécessaire de stipuler le respect d'une règle en particulier. Enfin, il convient de relever que les juges n'hésitent pas à se référer à l'avis des autorités hébraïques pour retenir que le comportement du salarié était en accord avec les prescriptions religieuses. Cela laisse supposer que l'avis d'un comité de certification serait déterminant en cas de litige portant sur un contrat islamique.

477 Primauté des convictions religieuses contractualisées sur la vie privée. A mi-chemin entre les deux précédents arrêts évoqués il peut encore être cité une décision de la cour d'appel de Toulouse du 17 août 1995²⁴⁴⁰. Les faits concernaient à nouveau un surveillant rituel juif qui avait été licencié parce qu'il s'était rendu coupable d'une relation adultère, infraction majeure dans le droit mosaïque. Pour contester son licenciement, il invoquait une atteinte à sa vie privée protégée par l'article L. 122-45 du Code du travail alors applicable. A l'instar de la chambre sociale dans l'arrêt *Fischer*, les juges ont écarté les dispositions de ce texte au motif que le salarié ne pouvait se prévaloir d'une atteinte à sa vie privée dès lors qu'il avait librement consenti à ce que des restrictions lui soient apportées au titre des fonctions qu'il exerce et qui sont indissociables de la pratique stricte des règles religieuses. Les décisions évoquées ont un dénominateur commun qu'est la qualité d'entreprise de tendance de l'un des contractants. Les solutions ne peuvent être généralisées en dehors de ce cadre et, nous le verrons, la jurisprudence énonce désormais une solution contraire en toute autre situation. Pour autant, si la contractualisation tacite n'a été admise qu'à propos d'un contrat de travail impliquant une entreprise de tendance, les décisions étudiées ne sont pas dénuées d'intérêt pour la finance islamique. Outre, celui qu'elles pourraient avoir pour un employeur proposant des financements charia-compatibles elles démontrent

²⁴³⁹ Autorité hébraïque chargée

²⁴⁴⁰ CA Toulouse, 17 août 1995, *RJS* 3/96, n° 247 ; *Dr. ouvrier*, sept. 1996, p. 369-370

que l'incorporation des convictions religieuses est un moyen d'assurer l'effectivité des règles religieuses par la voie contractuelle.

478 Prise en considération de la religion de l'un des époux. Il est difficile aujourd'hui de nier la nature, en partie au moins, contractuelle du mariage²⁴⁴¹. L'annulation pour erreur envisagée par l'article 180 al. 2 du Code civil, lorsqu'elle porte sur la personne ou sur ses « qualités essentielles », n'est pas sans rappeler les dispositions de l'article 1132 du code Civil²⁴⁴². En la matière, le juge a pu considérer que la dissimulation d'un premier mariage religieux, qui s'était achevé par un divorce, caractérisait l'erreur sur les qualités essentielles de la personne²⁴⁴³. Dans cette affaire, le demandeur au pourvoi reprochait aux juges du fond de n'avoir pas recherché si cette erreur aurait été déterminante pour une toute autre personne que son épouse. L'argument aurait pu prospérer, certains auteurs défendant que l'erreur doit certes avoir été subjectivement mais encore objectivement déterminante²⁴⁴⁴. A savoir que s'il est nécessaire que l'erreur soit essentielle pour l'époux trompé, il faut aussi qu'elle le soit pour la société. La jurisprudence avait déjà eu l'occasion d'apprécier l'erreur « *eu égard aux fins propres du mariage telles qu'elles sont définies par la loi ou résultent des principes moraux généralement admis* »²⁴⁴⁵. Comment expliquer la nullité du mariage en raison de la dissimulation si ce n'est par une incorporation implicite des convictions religieuses de l'épouse²⁴⁴⁶ dans le « *champ matrimonial* »²⁴⁴⁷ ? Bien que l'arrêt n'en fasse pas mention, on peut supposer que c'est pour cette raison que la Cour s'est dispensée de l'appréciation objective de l'erreur. On relève, en faveur de cette

²⁴⁴¹ Sur le sujet, v. LABBÉE, Xavier, *Les rapports juridiques dans le couple sont-ils contractuels ?*, PUF, 1996.

²⁴⁴² C. civ., art. 1132 : « *L'erreur de droit ou de fait, à moins qu'elle ne soit inexcusable, est une cause de nullité du contrat lorsqu'elle porte sur les qualités essentielles de la prestation due ou sur celles du cocontractant* ».

²⁴⁴³ Civ. 1^{re}, 2 déc. 1997, n° 96-10.498, *Dr. fam.* 1998, n°35, note Lécuyer; *RTD civ.* 1998. 659, obs. Hauser; Defrénois 1998. 1017, obs. Massip

²⁴⁴⁴ En ce sens v. CHENEDE, François, note sous TGI Lille, 1er avril 2008, *AJ fam.* 2008.300 citant pour appuyant son propos : MALAURIE, Philippe et FULCHIRON, Hugues, *Droit civil, La famille*, Defrénois, 2004, n° 181 et. S. ; CORNU, Gérard, *Droit de la famille*, Montchrestien, 7e éd., 2001, n° 173 et s. A noter que cette conception a triomphé dans l'arrêt de la Cour d'appel de Douai relatif à la virginité de l'épouse : Douai, 17 nov. 2008: *D.* 2008. AJ 2938, obs. Égéa; *ibid.* 2010. Pan. 728, obs. Lemouland et Vigneau; *JCP* 2009. I. 102, n° 1, obs. Gouttenoire; *Gaz. Pal.* 2008. 3783, note Pierroux; *AJ fam.* 2008. 479, obs. Chénéde; *Dr. fam.* 2008.167, obs. Larribau-Terneyre; *JCP* 2008. II. 10005, note Malaurie; *RJPF* 2009-1/26, note Leborgne; *RLDC* 2008/55, n° 3228, obs. Serra; *ibid.* 2009/57, n° 3304, note Dekeuwer-Défossez; *RTD civ.* 2009. 98, obs. Hauser

²⁴⁴⁵ TGI Lille, 17 mai 1962, *D.* 1962. Somm. 10. La décision est aussi intéressante en ce qu'elle énonce « *qu'il n'existe [...] aucune raison de droit de ne pas rattacher la thèse de l'erreur en matière de mariage à celle de l'erreur dans les conventions exprimées à l'article 1110 qui énonce en son second alinéa que l'erreur "n'est point une cause de nullité lorsqu'elle ne tombe que sur la personne avec laquelle on a l'intention de contracter à moins que la considération de cette personne ne soit la cause principale de la convention* ». Cette conception avait permis d'étendre l'erreur aux qualités essentielles de la personne à une époque où l'article 180 du Code civil n'envisageait que l'« *erreur dans la personne* ».

²⁴⁴⁶ Sur ce point, v. VARAINE, Laura, *La religion du contractant*, LGDJ, 2019, paragr. 131 et s.

²⁴⁴⁷ Expression empruntée au Pr Jean Hauser, v. HAUSER, Jean, « Les limites de l'appréciation subjective de l'erreur sur la personne », *RTD civ.* 2006.285

interprétation, la motivation des juges pour qui l'épouse « *désirant contracter un mariage religieux, entendait, par là même, épouser une personne non divorcée* ».

B) Le recul de la jurisprudence favorable à l'incorporation tacite

479 Abandon de la jurisprudence *Dame Roy*. Certains auteurs ont souligné la désuétude des arrêts admettant l'incorporation tacite des convictions religieuses au sein du contrat de travail²⁴⁴⁸. L'arrêt *Painsecq* marque une évolution de la jurisprudence de la Cour de cassation à ce sujet en censurant la décision de la cour d'appel de Paris qui avait admis le licenciement d'un sacristain homosexuel engagé par l'association cultuelle Saint-Pie X²⁴⁴⁹. Au regard des arrêts antérieurs, la position des juges du fond se comprenait aisément. Ils avaient d'ailleurs pris soin de préciser, « *qu'en l'absence d'un contrat écrit [...] les obligations de chacune des parties se déduisent, d'une part de l'objet de l'entreprise et de la mission que s'est assigné l'employeur, d'autre part de la nature des tâches confiées au salarié et des conditions et modalités de leur exécution* » et que le salarié avait été engagé en raison de sa foi catholique²⁴⁵⁰. La motivation, particulièrement détaillée, prenait soin de relever que la fonction de sacristain était la charge la plus élevée qui puisse être confiée à un laïc et que l'homosexualité a été réprouvée de tout temps par l'Eglise. La qualité d'entreprise de tendance pouvait difficilement être niée à l'association cultuelle²⁴⁵¹, d'autant plus que la Fraternité Saint-Pie X, issue de l'opposition au concile Vatican II, défend de fortes convictions catholiques traditionnalistes. On devait légitimement s'attendre à ce que la Cour de cassation, qui avait autrefois admis que l'employeur exige du salarié qu'il soit en « *communion de pensée et de foi* »²⁴⁵², approuve la cour d'appel. La chambre sociale casse pourtant l'arrêt auquel elle reproche d'avoir justifié le licenciement du salarié en raison de ses mœurs sans avoir constaté en quoi ses agissements avaient créé un trouble caractérisé au sein de l'association. La position antérieure de la Cour de cassation estimait qu'en présence d'une entreprise de tendance, les convictions religieuses des

²⁴⁴⁸ PEYRONNET, Marie, « Baby-loup: passage en force des juges d'appel », *Dalloz actualité*, 28 novembre 2013 : estimant que les arrêts *Dame Roy* et *Fischer* sont « d'un autre temps » ; LANQUETIN, Marie-Thérèse, *Rép. trav. Dalloz*, v° Discrimination, janv. 2010, paragr. 147.

²⁴⁴⁹ Soc., 17 avr. 1991, n° 90-42.636, P. c/ Association Fraternité Saint Pie X, *D.* 1991.140 ; *Dr. soc.* 1991.485, note J. Savatier ; *RTD civ.* 1991.706, obs. J. Hauser ; *JCP* 1991, II, note A. Seriaux.

²⁴⁵⁰ CA Paris, 25 mai 1990, *D.* 1990.596, note Jean Villacèque.

²⁴⁵¹ En ce sens v. la note précédemment citée.

²⁴⁵² Ass. plén., 19 mai 1978, *D.* 1978.541, concl. R. Schmelk, note P. Ardant.

parties étaient contractualisées et que leur simple méconnaissance justifiait le licenciement. La Cour impose désormais des conditions plus strictes. L'arrêt est sujet à deux interprétations dont l'une est de considérer que la Cour n'est plus favorable à l'incorporation tacite et l'autre d'estimer qu'elle revient à une conception plus protectrice des libertés fondamentales du salarié. La lecture des attendus de principe de la décision conduit à privilégier la seconde interprétation²⁴⁵³. Si le contrat de travail peut être rompu lorsque le comportement du salarié cause un trouble caractérisé incompatible avec ses fonctions et la finalité propre de l'entreprise, c'est bien que les convictions religieuses sont incorporables et ce implicitement. En tout état de cause, l'arrêt *Painsecq* est révélateur du recul de la liberté contractuelle au profit de la protection des libertés fondamentales. La décision de la Cour d'appel a été qualifiée de « contractualiste » par le Pr Alain SERIAUX²⁴⁵⁴, celle de la chambre sociale ne l'est en aucune façon. Les textes visés pour la cassation en témoignent : des articles du Code du travail relatifs au droit disciplinaire plutôt que les articles 1134 et 1135 du Code civil dans leurs versions alors en vigueur²⁴⁵⁵.

480 Abandon en droit de la famille. Le recul de la portée de l'incorporation implicite des convictions religieuses est encore notable en droit de la famille. Après avoir admis la nullité du mariage pour cause de dissimulation de la qualité de divorcé à une épouse fervente catholique²⁴⁵⁶, la Cour de cassation refuse d'en faire de même dans une affaire aux faits analogues²⁴⁵⁷. En l'espèce, l'épouse a découvert que son mari avait entretenu une relation avec une femme mariée avant leur mariage. Elle arguait notamment de ses convictions religieuses, qui semble-t-il étaient communes aux époux, pour justifier d'une erreur sur les qualités essentielles. La Haute juridiction s'en remet cependant à l'appréciation souveraine, tant objective que subjective, des juges du fond. La dissimulation d'une relation antérieure au mariage ne justifie pas que l'erreur soit

²⁴⁵³ « Attendu, d'une part, que ces textes interdisent à l'employeur de congédier un salarié pour le seul motif tiré de ses moeurs ou de ses convictions religieuses ;

Attendu, d'autre part, qu'il peut être procédé à un licenciement dont la cause objective est fondée sur le comportement du salarié qui, compte tenu de la nature de ses fonctions et de la finalité propre de l'entreprise, a créé un trouble caractérisé au sein de cette dernière ; »

²⁴⁵⁴ SERIAUX, Alain, comm. sous Soc. 17 avril 1991, JCP 1991, II, 21724.

²⁴⁵⁵ Le Pr Jean SAVATIER s'étonne d'ailleurs du fondement retenu par la Cour de cassation et juge préférable de fonder sur les dispositions du Code civil l'obligation pour le salarié d'avoir un comportement dans sa vie extra-professionnelle qui ne crée pas de trouble caractérisé au sein de l'entreprise, v. SAVATIER, Jean, « Le licenciement, en raison de ses moeurs, d'un salarié d'une association à caractère religieux », *Dr. soc.* 1991.485

²⁴⁵⁶ Civ. 1^{re}, 2 déc. 1997, n° 96-10.498 : *Dr. fam.* 1998, n°35, note Lécuyer; *RTD civ.* 1998. 659, obs. Hauser; Defrénois 1998. 1017, obs. Massip

²⁴⁵⁷ Civ. 1^{re}, 13 déc. 2005, n°02-21.259, Bull. civ. I, n°495 : *Dr. fam.* 2006.22, *D.* 2006.1414, obs. J.-J. Lemouland et D. Vigneau, *AJ Famille* 2006.75, obs. F. Chénéde

caractérisée, pas plus que les convictions religieuses ne permettent d'affirmer que l'épouse n'aurait pas contracté mariage si elle en avait eu connaissance.

La décision surprend au regard de celle qui l'a précédée²⁴⁵⁸, sa solution est pourtant reprise par la cour d'appel de Douai dans une célèbre affaire à propos de la virginité de l'épouse²⁴⁵⁹. Les juges du TGI de Lille²⁴⁶⁰ avaient fait droit à la demande de nullité du mariage en raison du mensonge sur la virginité, qualité jugée essentielle par l'époux de confession musulmane²⁴⁶¹. Cette première décision marquait un retour à la conception purement contractualiste du mariage qui avait été rejetée par l'arrêt du 13 décembre 2005²⁴⁶². La cour d'appel de Douai infirme le jugement et énonce que le mensonge sur la virginité, qui ne porte pas sur une qualité essentielle, ne permet pas de prononcer la nullité du mariage. L'appréciation objective triomphe au dépend de celle subjective et amène à s'interroger sur la pérennité des décisions admettant l'incorporation implicite des convictions religieuses et son effectivité. Elle aurait certes, selon certains auteurs, l'avantage de prévenir les dérives communautaristes²⁴⁶³ ainsi qu'un contentieux aussi vaste qu'il existe de religions ou de coutumes différentes²⁴⁶⁴. Elle a pourtant pour inconvénient de nier les convictions religieuses des parties au nom du respect de l'ordre public dont on conçoit difficilement en quoi il était menacé en l'espèce.

481 Déclin de la primauté des convictions religieuses incorporées. A la suite de arrêts évoqués, on remarque que si la jurisprudence ne se prononce pas expressément contre l'incorporation, même tacite, des convictions religieuses, elle se montre récemment réticente à leur faire produire effets²⁴⁶⁵. Les raisons de ce refus seraient dues, d'après Mme Laura VARAINE, « à des considérations sociologiques et non à la

²⁴⁵⁸ Le Pr Jean HAUSER critique cette décision en ce que les convictions religieuses de l'épouse auraient pu justifier l'admission de l'erreur. L'épouse invoquait spécifiquement l'existence d'une relation avec une femme mariée qui est sévèrement réprimée dans la religion juive commune aux deux époux.

²⁴⁵⁹ CA Douai, 17 nov. 2008, n° 08/03746, D. 2008. 2938 ; LDC 2008. 3228 obs. G. Serra ; *Dr. fam.* 2008. comm. 167, obs. Virginie Larribau-Terneyre ; *AJ fam.* 2008. 479, obs. François Chénéde ; *RTD civ.* 2009.98, obs. Jean Hauser

²⁴⁶⁰ TGI Lille, 1er avril 2008 : D. 2008.1389, Note Pascal Labbé, *AJ Fam.* 2008.300, note François Chénéde, *RTD civ.* 2008.455, note Jean Hauser.

²⁴⁶¹ La religion des époux n'est certes pas expressément mentionnée par les juges lillois mais il est difficile de nier qu'elle sous-tend le jugement

²⁴⁶² Conception fortement critiquée par le Pr Jean Hauser dans sa note accompagnant l'arrêt, v. note précitée. L'auteur doute de la conformité à l'ordre public de l'inclusion de la virginité dans le « champ du contrat ». Il suggère de ne pas tenir compte des considérations religieuses des époux pour revenir à une conception plus classique du mariage soumise au respect de l'ordre public.

²⁴⁶³ DEKEUWER-DÉFOSSEZ, Françoise, « Nullité pour erreur sur les qualités essentielles du conjoint : la leçon de droit de la cour de Douai », *RLC* 2009.3304

²⁴⁶⁴ HAUSER, Jean, « De l'erreur sur les qualités essentielles (suite) : le mariage n'est pas un simple montage », *RTD civ.* 2009.98

²⁴⁶⁵ Sentiment partagé par le Pr Jean-Baptiste SEUBE, v. SEUBE, Jean-Baptiste, « Les clauses « religion compatible » en droit des contrats : aspects de droit positif et de droit prospectif », *LPA* 31 mars 2017, n°121j2, p. 53.

volonté du législateur »²⁴⁶⁶. Si la jurisprudence Dame Roy a un temps laissé entendre que la règle religieuse pouvait primer sur celle d'ordre public, il apparaît désormais qu'elle doit s'incliner devant le respect des valeurs jugées essentielles par la société. Il s'agit là de l'expression d'une nouvelle composante de l'ordre public, notamment des droits fondamentaux. Le risque que les stipulations d'un contrat de finance islamique entrent en conflit avec ces valeurs essentielles est faible et ne devrait pas remettre en cause les effets de l'incorporation. Toujours est-il que pour prévenir au mieux l'ineffectivité, il est désormais indispensable que les parties contractualisent expressément leurs convictions.

II] Le maintien de la jurisprudence favorable à l'incorporation des convictions religieuses

482 Maintien nécessaire du principe sous condition. A la suite de l'arrêt *Painsecq*²⁴⁶⁷, il apparaît que les convictions religieuses des contractants importent peu si elles n'ont pas été expressément incorporées au contrat. A plusieurs reprises, la Cour de cassation a fait de la contractualisation expresse des convictions religieuses une condition *sine qua non* de son effectivité (**A**). Le droit des contrats constituant l'un des moyens d'expression de la liberté de religion, le juge ne saurait refuser de prendre en considération la religion de l'une des parties dès lors qu'elles ont entendu lui faire produire effet. A cet égard, l'influence de la Cour européenne des droits de l'Homme n'est pas étrangère au maintien de la jurisprudence favorable à l'incorporation (**B**). Les juges européens ont plusieurs fois sanctionné la négation des convictions religieuses de l'un des contractants.

A) Exigence d'une contractualisation expresse

483 Refus de la prise en considération des convictions religieuses en l'absence de contractualisation expresse. Plusieurs décisions intéressant le droit des contrats ont refusé de prendre en considération la religion de l'un des contractants. Elles ont pour

²⁴⁶⁶ VARAINE, Laura, *La religion du contractant*, LGDJ, 2019, paragr. 139.

²⁴⁶⁷ Soc., 17 avr. 1991, n° 90-42.636, P. c/ Association Fraternité Saint Pie X, D. 1991.140 ; Dr. soc. 1991.485, note J. Savatier ; RTD civ. 1991.706, obs. J. Hauser ; JCP 1991, II, note A. Seriaux.

dénominateur commun l'absence de stipulations indiquant une volonté certaine de la contractualiser. Une première affaire concernait un boucher de confession musulmane qui refusait d'entrer en contact avec de la viande de porc²⁴⁶⁸. Devant le refus de son employeur de le muter dans un autre service il avait cessé son travail et demandait à ce que le juge fasse droit à une demande d'indemnité pour licenciement sans cause réelle et sérieuse. La cour d'appel avait fait droit à ses prétentions en retenant la faute de l'employeur qui devait respecter les convictions religieuses du salarié et ce d'autant plus que le contrat était localisé à Mayotte où l'islam est la religion dominante²⁴⁶⁹. La chambre sociale censure cette décision au motif que s'il est exact que l'employeur doit respecter les convictions religieuses de son salarié, celles-ci n'entrent pas dans le champ contractuel en l'absence de clause expresse. Le Pr Jean SAVATIER approuve le principe posé par la Cour de cassation mais regrette qu'elle n'ait pas, en l'espèce, considéré que le refus de réintégrer le salarié dans son poste d'origine caractérisait un manquement de l'employeur à l'obligation d'exécuter les conventions de bonne foi²⁴⁷⁰. Ce serait alors estimer que, même non contractualisées, les convictions religieuses ont une influence sur l'exécution du contrat. L'analyse est intéressante mais paraît difficile à concilier avec le principe énoncé par la chambre sociale. Elle n'est pas sans rappeler la notion d'accommodement raisonnable en droit canadien mais ignorée du droit français.

484 Convictions religieuses et effet additif. En dehors du droit du travail, c'est encore en matière de contrat de bail que le fait religieux a été source de contentieux. Dans l'ensemble des affaires qu'elle a eu à connaître, la Cour a réitéré sa position. Dans la première d'entre elles, dite du Digicode²⁴⁷¹, des locataires juifs se plaignaient de l'installation par le bailleur d'un dispositif d'entrée unique fonctionnant à l'électricité. Ce système de fermeture s'avérant incompatible avec le respect du sabbat, les locataires avaient assigné le bailleur afin qu'il procède à l'installation d'une serrure mécanique. La cour d'appel de Paris avait fait droit à leur demande au motif que la liberté de culte est garantie par la Constitution ainsi que par les conventions internationales et que le

²⁴⁶⁸ Soc., 24 mars 1998, n°95-44.738, Bull. civ. V, n°171 : *Dr. soc.* 1998.614, note Jean Savatier.

²⁴⁶⁹ Précisons qu'au moment des faits Mayotte n'était pas un département mais un territoire d'outre-mer et bénéficiait d'un régime dérogatoire au droit commun.

²⁴⁷⁰ SAVATIER, Jean, note précitée.

²⁴⁷¹ Civ. 3e, 18 déc. 2002, n°01-00.519, *Bull. civ. III*, n°262, *RTD civ.* 2003. 383, obs. Jean-Pierre Marguénaud ; *RTD civ.* 2003.290, obs. Jacques Mestre et Bertrand Fages ; *AJDI* 2003. 182, obs. Olivier Guérin , obs. Yves Rouquet ; *RJPF* avr. 2003. 9, obs. Garaud ; *Dr. et proc.* 2003.157, obs. Vareille ; *RDC* 2003.220, obs. Marais ; *RDC* 2004. 231, obs. Judith Rochfeld

refus du bailleur générerait un trouble manifestement illicite. A cela les juges du fond ajoutaient que l'obligation de bonne foi imposait que le bailleur satisfasse leur demande. La Haute juridiction casse l'arrêt et rappelle que les « *pratiques dictées par les convictions religieuses des preneurs n'entrent pas, sauf convention expresse, dans le champ contractuel du bail et ne font naître à la charge du bailleur aucune obligation spécifique* ». On remarque que la Cour n'a pas été réceptive à l'argument tiré de l'obligation d'exécuter les contrats de bonne foi qu'avait suggéré le Pr Jean SAVATIER. Cet arrêt présente pour particularité que les locataires demandaient à ce que soit ajoutée une obligation dans le contrat de bail au nom du respect de leurs convictions religieuses²⁴⁷². Accueillir leurs prétentions revenait à admettre le forçage du contrat et porter atteinte à la prévisibilité contractuelle. N'importe quel contractant aurait pu exiger de l'autre une prestation nouvelle sans qu'il l'ait informé au préalable de ses obligations religieuses. La prévisibilité aurait été d'autant plus mise à mal qu'il existe de multiples croyances et que, notre système juridique étant laïcisé²⁴⁷³, leur nombre est indéterminé.

485 Exigence en cas d'effet élusif. L'effet additif réclamé par les locataires juifs aurait pu expliquer la position de la Cour. C'est au contraire d'un effet élusif dont il était question dans l'affaire des cabanes²⁴⁷⁴. En l'espèce, à l'occasion de la fête de *souccot*, des copropriétaires juifs avaient édifié une cabane de branchages sur leur balcon dans laquelle il leur est prescrit de demeurer sept jours afin de commémorer l'Exode²⁴⁷⁵. Le règlement de copropriété prévoyant l'interdiction d'une telle construction, l'assemblée générale avait mandaté le syndic pour agir en justice. Les copropriétaires invoquaient les articles 9 du Code civil et de la Conv. EDH, respectivement relatif au droit au respect de la vie privée et à la liberté de pensée, de conscience et de religion. Ils contestaient qu'une clause du règlement de copropriété puisse restreindre l'exercice de leur culte, d'autant plus que la cabane, composée de matériaux végétaux, avait un caractère éphémère et n'était pas contraire à la destination de l'immeuble. La Haute juridiction estime qu'aussi fondamentale que soit la liberté de religion, elle ne peut

²⁴⁷² Sur l'analyse de l'effet additif réclamé par les parties, v. GARAUD, Eric, « La religion du locataire : une donnée normalement extérieure au contrat de bail mais incorporable à celui-ci », *RJPF*, 2003/4, p.9

²⁴⁷³ Const., art. 1^{er} ; L. du 9 décembre 1905 concernant la séparation des Eglises et de l'Etat, art. 2.

²⁴⁷⁴ Civ 3^e, 8 juin 2006, n°05-14.774, *Bull. civ. III*, n°140: *AJDI* 2006.609, note Julien Raynaud, *ibid* 2007.311 note Pierre Capoulade, *Loyers et copr.* 2006, comm. 189, note Guy Vigneron ; *D.* 2006.2887, note Christian Attias, *RJPF* 2006/10, p.12, note Emmanuel Putman ; *RTD civ.* 2006.722, note Jean-Pierre Marguénaud.

²⁴⁷⁵ Lévitique, 23:43-44.

avoir pour effet de rendre licite la violation des dispositions d'un règlement de copropriété. La liberté religieuse s'incline à nouveau devant le principe d'intangibilité du contrat²⁴⁷⁶. Peu importe que cette liberté soit invoquée afin d'obtenir un effet additif ou élusif, le contrat demeure neutre. Au point que certains auteurs ont pu voir, dans l'arrêt du digicode, l'émergence d'un principe de laïcité contractuelle²⁴⁷⁷. D'autres ont reproché à la Cour de cassation de ne pas avoir distingué selon l'effet recherché. Parce qu'il s'agissait d'écarter une stipulation contractuelle dans l'affaire des cabanes, les juges auraient dû procéder à un contrôle de proportionnalité²⁴⁷⁸.

C'est précisément ce qu'avait fait la Cour suprême du Canada amenée à connaître de faits dont la similarité avec l'arrêt des cabanes²⁴⁷⁹ s'étend jusqu'au nom des copropriétaires²⁴⁸⁰. Les juges canadiens ont estimé, contrairement à leurs homologues français, que la clause interdisant l'édification de cabanes sur le balcon était incompatible avec la liberté de religion garantie par la Charte des droits et libertés de la personne du Québec. La décision de la Cour suprême est particulièrement favorable aux convictions religieuses des copropriétaires et ce d'autant plus que le syndicat des copropriétaires avait proposé un « accommodement » en les autorisant à installer une cabane commune au sein de la résidence mais en dehors des balcons. La décision rendue par la Cour de cassation était critiquable en ce qu'elle écartait toute idée d'un contrôle de proportionnalité alors même qu'elle l'admettait sur le fondement du droit au respect de la vie privée protégé par l'article 8 de la Conv. EDH²⁴⁸¹. Celle de la Cour suprême canadienne est quant à elle déraisonnable en accordant une importante démesurée à la liberté de religion même en présence de pratiques minoritaires.

486 Modalités de l'incorporation des convictions religieuses. Si la Cour de cassation affirme qu'à défaut de convention expresse, les convictions religieuses des parties sont exclues du champ contractuel, elle demeure silencieuse sur les modalités de cette contractualisation. Suffit-il pour l'un des contractants d'informer l'autre de ses convictions musulmanes ? Au regard de la jurisprudence, la simple information du

²⁴⁷⁶ Le règlement de copropriété ayant une nature contractuelle, v. Civ 3e, 22 mars 2000, n° 98-13.345 et 98-15.595, Bull. civ. III, n°64.

²⁴⁷⁷ MESTRE, Jacques et FAGES, Bertrand, « Les pratiques dictées par les convictions religieuses », *RTD civ.* 2003.290

²⁴⁷⁸ MARGUENAUD, Jean-Pierre, « La troisième chambre civile de la Cour de Cassation à la croisée des chemins d'influence de la Convention EDH sur le droit des contrats », *RTD civ.* 2006.722

²⁴⁷⁹ L'arrêt rendu par la Cour de cassation est cependant postérieur à la décision de la Cour suprême canadienne.

²⁴⁸⁰ Cour suprême du Canada, 30 juin 2004, *Synd. Northcrest c/ Amselem*, RCS 2004, 2, p. 551

²⁴⁸¹ Civ. 3e, 6 mars 1996, n°93-11.113, Bull. civ. III, n°60 : *RTD civ.* 1996, obs. Jean Hauser ; Civ. 3e, 22 mars 2006, n°04-19.349, Bull. civ. III, n°73 ; *LPA* 2006, n°148, p.18, note Eric Garaud.

cocontractant ne saurait satisfaire aux exigences posées²⁴⁸². De même, la stipulation d'une obligation conforme à un principe religieux n'impose pas qu'il en soit de même pour l'ensemble du contrat à défaut de clause en ce sens. A cet égard, la cour d'appel de Paris a considéré que ne manque à aucune obligation, la société chargée de l'organisation d'une cérémonie de mariage qui fournit des plats contraires aux prescriptions alimentaires juives alors que le contrat ne prévoyait une telle contrainte que pour les vins²⁴⁸³. L'incorporation des convictions religieuses doit alors se faire au moyen d'une clause précisant que le contrat doit être conclu et exécuté conformément à celles-ci. A cela, les parties peuvent ajouter qu'elles s'engagent à conclure un contrat islamique en raison de l'importance qu'elles accordent à l'observance des règles religieuses. Ce faisant les convictions des contractants ne seraient pas extérieures au contrat et seraient déterminantes du contrat²⁴⁸⁴. Il est préférable que cette incorporation s'accompagne de celle des normes religieuses²⁴⁸⁵. Les contractants se réfèrent à l'école juridique de leurs choix en précisant qu'ils entendent que leur convention soit respectueuse des règles islamiques telles qu'issues du courant désigné.

487 Emergence d'un contrôle de proportionnalité. Une évolution de la position de la Cour de cassation est perceptible dans un arrêt du 30 septembre 2015 concernant un contrat de prêt à usage²⁴⁸⁶. Une société gérant un foyer avait gracieusement mis à disposition une salle afin que les résidents musulmans puissent pratiquer leur culte. Des travaux s'avérant nécessaires, la société avait informé les résidents de la fermeture de la salle de prière qui contestèrent cette décision mais virent leurs prétentions rejetées par la cour d'appel. Ils formèrent un pourvoi en cassation fondé sur un moyen unique divisible en deux critiques. L'une reprochait à l'arrêt de ne pas démontrer qu'il existait un besoin pressant et imprévu de mettre un terme au prêt à usage et l'autre, que la décision de la société portait atteinte à la liberté de culte reconnue par l'article 1^{er} de la loi du 9 décembre 1905 et l'article 9 de la Conv. EDH. Sur ce second aspect, la Cour

²⁴⁸² Pour un avis similaire, v. MESSNER, Francis, PRÉLOT, Pierre-Henri, WOEHLING, Jean-Marie *et al.*, *Droit français des religions*, LexisNexis, 2013, paragr. 1776.

²⁴⁸³ CA Paris, 12 oct. 1994, 5^e chambre, section A : Jurisdata n°1994-023697.

²⁴⁸⁴ L'incorporation du motif religieux permettrait de faire échec à la règle qui exclut des vices du consentement l'erreur sur un simple motif. L'article 1135 al. 1 du Code civil dispose qu'une telle erreur n'est pas une cause de nullité du contrat à moins que les parties en aient fait un élément déterminant.

²⁴⁸⁵ V. nos développements à la section 1 de ce chapitre.

²⁴⁸⁶ Civ. 1^{er}, 30 sept. 2015, n°14-25.709, Bull. civ. I, n°210, *AJDI* 2015.838, obs. François de La Vaissière; *D.* 2015.2350, obs. Anne Etienney de Sainte Marie, *RTD com.* 2015.738, obs. Bernard Bouloc; *RJPF* 2015-12/8, obs. Eric Garaud, *Gaz. Pal.* 5 janv. 2016, n° 1, p. 38, obs. Dimitri Houtcieff; *JCP G* 2015, doct. 1261, obs. Grégoire Loiseau ; *Deffrénois* 2016, n°2, p. 74, obs. Jean-Baptiste Seubé.

de cassation motive d'avantage sa décision que dans l'affaire des cabanes. Elle énonce d'abord que la société « *n'est pas en charge d'assurer aux résidents la possibilité matérielle d'exercer leur culte* ». Par cette formule, la Cour rappelle sa jurisprudence classique selon laquelle le contrat ne saurait imposer une telle obligation en l'absence de stipulation expresse. Elle aurait pu s'en tenir à cette justification mais elle prend soin de relever que les résidents peuvent pratiquer leur religion sans la salle de prière qui facilite seulement l'exercice du culte. Cela démontre que les juges du droit ne se contentent plus de constater l'absence de contractualisation des convictions religieuses mais procèdent aussi à un contrôle de proportionnalité. En l'espèce, si la Cour a estimé qu'il n'y avait pas atteinte à une liberté fondamentale, la formulation laisse entendre que la religion du contractant peut amener à modifier le contrat dans le cas contraire²⁴⁸⁷. Il est intéressant de constater que la cour régulatrice ne distingue pas selon que l'effet soit additif ou élusif²⁴⁸⁸. La liberté de religion reconnue par la Conv. EDH pourrait alors être source d'obligations positives. Avec cet arrêt, la Cour de cassation est parvenue à un parfait équilibre entre sa position précédente et celle canadienne. D'aucuns ne manqueront pas de regretter, comme le souligne le Pr Éric GARAUD, le caractère quelque peu sommaire du contrôle de proportionnalité auquel s'est livrée la Cour²⁴⁸⁹. Il est pourtant suffisant et limite les hypothèses de forçage du contrat aux cas de méconnaissances les plus graves des convictions religieuses de l'un des contractants, écartant ainsi les risques de dérives communautaristes. La gravité ne serait-elle pas caractérisée lorsqu'un musulman, fervent pratiquant, se verrait contraint d'exécuter un contrat entaché de *riba* ? S'agissant d'un péché majeur dans l'islam, le juge devrait considérer que la poursuite de la relation contractuelle en l'état est intolérable pour le contractant eu égard à ses convictions religieuses. Une autre analyse de l'arrêt, moins favorable à la prise en considération des convictions religieuses est cependant envisageable. Le contrôle de proportionnalité n'est-il pas un leurre ? En procédant à un tel examen, la Haute juridiction prévient les éventuelles critiques fondées sur son absence mais exclut toute atteinte. Il faut envisager qu'elle adopte une position inspirée de ses décisions antérieures toutes défavorables à l'influence des convictions

²⁴⁸⁷ Il convient de remarquer que les résidents réclamaient en l'espèce un effet additif en demandant la poursuite du prêt à usage au nom de leurs convictions religieuses.

²⁴⁸⁸ En ce sens, v. ETIENNEY DE SAINTE MARIE, Anne, « La résiliation du prêt confrontée à la liberté religieuse : vers un « forçage » du contrat tiré des droits fondamentaux ? », *D.* 2015.2350.

²⁴⁸⁹ GARAUD, Éric, « Fermeture d'une salle de prière dans un foyer : quid de la liberté de culte des résidents ? », *RJPF* 2015-12/8.

religieuses sur le contrat. Il n'en demeure pas moins que le recours au contrôle de proportionnalité dans l'arrêt du 30 septembre 2015 est révélateur de l'influence croissante de la Conv. EDH en matière contractuelle²⁴⁹⁰.

B) L'influence de la Convention Européenne de sauvegarde des droits de l'Homme

488 Effet vertical de la Convention et invocabilité directe. La liberté de religion est garantie par l'article 9 de la Conv. EDH²⁴⁹¹ qui, aux termes de l'article 55 de la Constitution, a valeur supra-législative. Le juge, judiciaire²⁴⁹² puis administratif²⁴⁹³, s'est reconnu la faculté de procéder à un contrôle de conventionnalité afin de garantir l'effectivité des engagements internationaux. Dans le cadre de la Conv. EDH il est amené à réaliser un contrôle de proportionnalité afin d'écarter si nécessaire une disposition de droit interne qui lui serait contraire ou d'opérer un arbitrage entre deux libertés fondamentales reconnues par le texte. Au contrôle du juge interne s'ajoute celui, éventuel, de la Cour EDH chargée d'assurer le respect par les Etats de la Convention éponyme. A ce titre, la Cour de Strasbourg leur impose des obligations négatives, celles de ne pas porter une atteinte injustifiée aux libertés fondamentales reconnues par la Convention, mais aussi positives²⁴⁹⁴. L'obligation positive requiert, selon la Cour, que l'Etat adopte « *des mesures raisonnables et adéquates pour protéger les droits de l'individu* »²⁴⁹⁵.

489 Obligations pesant sur un Etat membre à la suite de l'article 9. La Cour EDH, dans l'arrêt *Cha'are Shalom Ve Tsedek c/ France*²⁴⁹⁶, a été saisie par une association cultuelle juive ultra-orthodoxe qui estimait que l'Etat français enfreignait l'article 9 de

²⁴⁹⁰ Sur ce point, v. ABADIE, Laurent, « Convention européenne des droits de l'Homme et contentieux contractuel », *Dr. & patr.* 2010, n° 194, p. 73

²⁴⁹¹ Conv. EDH, art. 9 : « 1. Toute personne a droit à la liberté de pensée, de conscience et de religion ; ce droit implique la liberté de changer de religion ou de conviction, ainsi que la liberté de manifester sa religion ou sa conviction individuellement ou collectivement, en public ou en privé, par le culte, l'enseignement, les pratiques et l'accomplissement des rites. 2. La liberté de manifester sa religion ou ses convictions ne peut faire l'objet d'autres restrictions que celles qui, prévues par la loi, constituent des mesures nécessaires, dans une société démocratique, à la sécurité publique, à la protection de l'ordre, de la santé ou de la morale publique, ou à la protection des droits et libertés d'autrui ».

²⁴⁹² Ch. mixte, 24 mai 1975, n°73-13.556, *Jacques Vabre*, Bull. civ. ch. mixte, n°4.

²⁴⁹³ CE, 20 oct. 1989, n°10243, *Nicolo*.

²⁴⁹⁴ Sur les obligations positives, v. SUDRE, Frédéric, « Les obligations positives dans la jurisprudence européenne des droits de l'homme », *RTDH* 1995.363.

²⁴⁹⁵ CEDH, 21 fév. 1990, *Powell et Rayner c/ Royaume-Uni*, req.n°9310/81 ; CEDH, 9 déc. 1994, *López Ostra c/ Espagne*, req. n°16798/90.

²⁴⁹⁶ CEDH, 27 juin 2000, *Cha'are Shalom Ve Tsedek c/ France*, req. n°27417/95, AJDA 2000.1006, obs. Jean-François Flauss, RFDA 2001.1250, obs. Henri Labayle, JCP G 2001, doct. 291, obs. Frédéric Sudre.

la Convention en lui refusant l'agrément nécessaire pour pratiquer l'abattage rituel. Elle alléguait, de plus, d'une violation de l'article 14 du texte concernant l'interdiction de toute discrimination au motif que seule l'association cultuelle représentant la majorité des juifs de France avait reçu cet agrément. L'association requérante faisait valoir que les fidèles qui la représentent ne peuvent consommer que de la viande *glatt*, à savoir une viande dont on s'est assuré qu'elle ne présente aucune impureté. Or ce contrôle ne serait pas réalisé par l'association cultuelle disposant de l'agrément, privant les croyants ultra-orthodoxes de la possibilité de se procurer une viande *glatt*. Antérieurement à cet arrêt, la Cour avait déjà eu l'occasion de retenir une conception large de la liberté de religion²⁴⁹⁷. Elle précise ici que cette liberté s'étend à l'abattage rituel qui représente un « *élément essentiel de la pratique de la religion juive* »²⁴⁹⁸. En serait-il de même en matière de contrats islamiques où l'observance de la règle sur le *riba* est un précepte majeur de la religion musulmane ? D'aucuns ne manqueront pas d'objecter qu'elle n'est suivie que par une minorité de croyants. Le caractère minoritaire de la pratique n'est pas pour autant exclusif de l'application de l'article 9 de la Convention. Dans l'arrêt *Cha'are Shalom Ve Tsedek c/ France*, la Cour relève que l'Etat français a respecté l'obligation positive qui lui incombe en instaurant un régime dérogatoire en faveur de l'abattage rituel²⁴⁹⁹. L'agrément obligatoire des sacrificateurs rituels n'est pas de nature à faire conclure à une ingérence de l'Etat, d'autant plus qu'il satisfait aux conditions exigées par la jurisprudence de la Cour²⁵⁰⁰. Il en serait autrement si le cadre juridique applicable à l'abattage rituel « *conduisait à l'impossibilité pour les croyants ultra-orthodoxes de manger de la viande* » *glatt*. C'est affirmer que la pratique, même si elle demeure confidentielle, entre dans le champ de protection de l'article 9 de la Conv. EDH. Dans cette affaire, la Cour a cependant conclu à l'absence de violation de cet article en raison de la possibilité pour les croyants de se procurer une viande *glatt* en Belgique et l'existence sur le marché français de tels

²⁴⁹⁷ CEDH, 25 mai 1993, Kokkinakis c. Grèce, req. n°14307/88, paragr. 31 : « [...]Si la liberté religieuse relève d'abord du for intérieur, elle "implique" de surcroît, notamment, celle de "manifester sa religion". Le témoignage, en paroles et en actes, se trouve lié à l'existence de convictions religieuses.

Aux termes de l'article 9 (art. 9), la liberté de manifester sa religion ne s'exerce pas uniquement de manière collective, "en public" et dans le cercle de ceux dont on partage la foi: on peut aussi s'en prévaloir "individuellement" et "en privé"; en outre, elle comporte en principe le droit d'essayer de convaincre son prochain, par exemple au moyen d'un "enseignement", sans quoi du reste "la liberté de changer de religion ou de conviction", consacrée par l'article 9 (art. 9), risquerait de demeurer lettre morte. »

²⁴⁹⁸ CEDH, 27 juin 2000, *Cha'are Shalom Ve Tsedek c/ France*, req. n°27417/95, paragr. 73.

²⁴⁹⁹ *Ibid.*, paragr. 76.

²⁵⁰⁰ *Ibid.*, paragr. 77 et 84.

produits²⁵⁰¹ certifiés par le Beth-Din²⁵⁰². La liberté de religion est certes protégée sous de nombreux aspects, mais la Cour admet qu'il puisse y être dérogé et ce d'autant plus facilement qu'elle reconnaît aux Etats une marge d'appréciation en la matière²⁵⁰³. Pour autant, le contrôle exercé par la Cour s'interprète favorablement à l'incorporation des convictions religieuses dans le contrat. Le juge qui refuserait de leur faire produire effet, sans que l'ordre public ne soit menacé, violerait l'article 9 de la Conv. EDH. Cependant, il n'est pas envisageable que la jurisprudence européenne impose à l'Etat Français d'adopter un cadre juridique favorable aux contrats islamiques au titre des obligations positives.

490 Effet horizontal de l'article 9 de la Conv. EDH. Dans sa conception originelle, la Conv. EDH n'avait vocation à régir que les rapports entre l'individu et l'Etat²⁵⁰⁴. Ce principe est maintenu au niveau procédural puisque la Cour n'est compétente que pour connaître d'une requête dirigée contre un Etat membre et non une personne privée. Le texte a néanmoins un effet horizontal en ce que les droits qu'il garantit sont invocables au cours d'un litige entre personnes privées. La Cour EDH a reconnu l'existence d'un effet horizontal indirect en se déclarant compétente pour connaître d'une requête qui, si elle était dirigée contre l'Etat Suédois, concernait un litige opposant deux parties privées²⁵⁰⁵. Il était question dans cette affaire d'un couple de locataires d'origine irakienne qui avait installé une antenne satellite afin de recevoir des programmes télévisés en langue arabe et farsi. Une clause du contrat de bail stipulait : « *Le preneur s'engage à ne pas apposer sur le bâtiment, sans autorisation à cet effet, d'affiche, panneau, store, antenne extérieure ou autre dispositif analogue* ». Le propriétaire de l'appartement contesta l'installation de l'antenne devant les juridictions suédoises qui lui donnèrent raison. Les locataires saisirent la Cour EDH arguant d'une atteinte à la liberté d'information garantie par l'article 10 de la Convention. Le gouvernement suédois contestait la recevabilité de la requête au motif qu'elle ne concernait qu'un « *litige relatif à une obligation contractuelle survenu entre deux parties privées, et*

²⁵⁰¹ *Ibid.* paragr. 81 et s.

²⁵⁰² Tribunal rabbinique.

²⁵⁰³ CEDH, 27 juin 2000, *Cha'are Shalom Ve Tsedek c/ France*, req. n°27417/95, paragr. 84.

²⁵⁰⁴ LATINA, Mathias, *Rép. civ.* Dalloz, v° Contrat : généralités, mai 2017, paragr. 83

²⁵⁰⁵ CEDH, 16 déc. 2008, *Khurshid Mustafa et Tarzibachi c/Suède*, req. n°23883/06, *AJDA* 2009.872, obs. Jean-François Flauss; *AJDI* 2009.438, obs. Julien Raynaud; *RTD civ.* 2009.281, obs. Jean-Pierre Marguénaud. Similaire, où la Cour EDH s'estime compétente pour connaître de l'interprétation d'un contrat réalisée par le juge interne, v. CEDH 13 juill. 2004, *Pla et Puncernau c/ Andorre*, req. n° 69498/01, *AJDA* 2004. Chron. 1812, obs. Jean-François Flauss ; *RTD civ.* 2004.804, obs. Jean-Pierre Marguénaud ; *RDC* 2005.645, obs. Judith Rochfeld.

qu'il n'y a pas eu d'intervention d'une autorité publique de nature à faire entrer en jeu une obligation positive de l'Etat ». Cet avis n'est pas partagé par les juges strasbourgeois qui, sur le fondement de l'article 1 de la Convention, rappellent que la garantie des droits doit être effective en imposant des « *mesures de protection jusque dans les relations des individus entre eux* »²⁵⁰⁶. La Cour ajoute que si elle n'est « *pas appelée, en principe, à régler des différends purement privés* », elle ne « *saurait rester inerte lorsque l'interprétation faite par une juridiction nationale d'un acte juridique, qu'il s'agisse d'une clause testamentaire, d'un contrat privé, d'un document public, d'une disposition légale ou encore d'une pratique administrative, apparaît comme étant déraisonnable, arbitraire, discriminatoire ou, plus largement, en contradiction avec les principes sous-jacents à la Convention* »²⁵⁰⁷. A la suite de cette affirmation, la Cour a estimé que la décision de la cour d'appel suédoise défavorable au locataire a entraîné une atteinte injustifiée au droit à la liberté d'information. Cette décision consacre l'effet horizontal contractuel en des termes qui ne laissent aucun doute quant à sa portée générale²⁵⁰⁸. Elle est néanmoins critiquée en ce qu'elle apparaît propice aux revendications communautaristes²⁵⁰⁹ et rappelle, sur ce point, la décision *Amsellem* rendue par la Cour suprême du Canada. Elle surprend d'autant plus qu'il est reproché à la Suède d'avoir manqué à une obligation positive en faisant produire effet à une clause d'un contrat de droit privé²⁵¹⁰. Si elle marque l'emprise des droits fondamentaux en matière contractuelle, il ne faut pas occulter qu'elle n'impose qu'un effet élusif. Il n'en demeure pas moins qu'il est exigé de l'Etat qu'il mette en place un cadre juridique permettant l'exercice effectif de la liberté garantie par la Convention. Ainsi, le droit d'un Etat ne saurait empêcher, par principe, ni l'incorporation au contrat des convictions religieuses ni l'effectivité d'un tel choix. Bien que l'arrêt ait été rendu à propos de l'article 10 de la Convention, sa solution est extensible à l'article 9.

491 Effet horizontal direct devant le juge interne²⁵¹¹. La Cour EDH reconnaît un effet horizontal aux libertés garanties par la Convention mais refuse de lui conférer un

²⁵⁰⁶ *Ibid.* paragr. 30 et s.

²⁵⁰⁷ *Ibid.*, paragr. 33.

²⁵⁰⁸ MARGUENAUD, Jean-Pierre, « L'assujettissement du contrat à la Convention européenne des droits de l'homme », *RTD civ* 2009.281.

²⁵⁰⁹ FLAUSS, Jean-François, « Actualité de la Convention européenne des droits de l'homme », *ADJA* 2009.872.

²⁵¹⁰ BAREÏT, Nicolas, « La liberté contractuelle sous la toise de la Convention européenne des droits de l'homme » in INSTITUT UNIVERSITAIRE VARENNE, *Droits fondamentaux, ordre public et libertés économiques*, LGDJ, 2013, p. 58.

²⁵¹¹ Pour une analyse détaillée de l'effet horizontal en matière contractuelle, v. DIJOUX, Ruth, *La contractualisation des droits fondamentaux*, L'Harmattan, 2012, paragr. 204 et s.

caractère direct. C'est devant le juge interne que le texte reçoit une application directe à l'occasion d'un litige entre personnes privées. La Cour de cassation, dans l'arrêt *Mel Yedei* du 5 mars 1996, a ainsi neutralisé une clause insérée dans un contrat de bail qui privait le locataire de la possibilité d'héberger ses proches. Elle a estimé qu'une telle stipulation était contraire à l'article 8§1 de la Conv. EDH relatif au respect de la vie privée et familiale²⁵¹². Étonnamment, alors qu'elle venait de réaffirmer cette solution²⁵¹³, elle a refusé de reconnaître une atteinte à l'article 9 de la Convention EDH dans l'arrêt *Amsellem*²⁵¹⁴ avant de montrer, récemment, un infléchissement en procédant à un contrôle de proportionnalité alors que l'effet réclamé était additif²⁵¹⁵. Si la Haute juridiction n'a pas conclu à une atteinte disproportionnée à la liberté de religion, l'arrêt du 30 septembre 2015 démontre que la Cour, après avoir fait parfois preuve de résistance²⁵¹⁶, est désormais plus encline à voir le contrat enrichi de nouvelles obligations en raison de l'effet horizontal de la Convention, sous réserve toutefois que les convictions religieuses aient incorporé le champ contractuel. De même, dans l'hypothèse où le contrat se révélerait contraire aux principes islamiques fondamentaux, l'un des contractants ne saurait imposer son exécution à l'autre.

492 Conclusion section 2. Le juge, saisi d'une demande relative à la formation ou à l'exécution du contrat islamique, ne pourrait ignorer les convictions religieuses de l'un des contractants et ce d'autant plus que l'observance des règles islamiques, particulièrement sur le *riba* et le *gharar*, revêt une importance majeure. Refuser de faire produire effet aux convictions religieuses incorporées dans un contrat islamique priverait les fidèles musulmans de la possibilité de réaliser des actes conformes à leurs obligations religieuses. Partant, ce serait attenter à la liberté de religion que de méconnaître le choix des parties sans que cela ne soit justifié par la préservation d'une autre liberté fondamentale ou de l'ordre public. En ce sens, la Cour EDH avait

²⁵¹² Civ. 3^e, 6 mars 1996, n°93-11.113 : *Bull. civ. III*, n°60, *JCP G* 1996, I, n°3958, obs. Christophe Jamin ; *RTD civ.* 1996.580, obs. Jean Hauser; *ibid.* 897, obs. Jacques Mestre; *ibid.* 1024, obs. Jean-Pierre Marguénaud.

²⁵¹³ Civ. 3^e, 22 mars 2006, n°04-19.349 : *Bull. civ. III*, n°73, *AJDI* 2006.637, obs. Yves Rouquet; *RTD Civ.* 2006.722, obs. Jean-Pierre Marguénaud; *RDC* 2006.1149, obs. Jean-Baptiste Seubé; *D.* 2007.903, obs. Nicolas Damas.

²⁵¹⁴ Civ. 3^e, 8 juin 2006, n°05-14.774, *Bull. civ. III*, n°140; *AJDI* 2006.609, note Julien Raynaud, *ibid.* 2007.311 note Pierre Capoulade, *Loyers et copr.* 2006, comm. 189, note Guy Vigneron ; *D.* 2006.2887, note Christian Attias, *RJPF* 2006/10, p.12, note Emmanuel Putman ; *RTD civ.* 2006.722, note Jean-Pierre Marguénaud.

²⁵¹⁵ Déjà évoqué, Civ. 1^e, 30 sept. 2015, n°14-25.709, *Bull. civ. I*, n°210, *AJDI* 2015.838, obs. François de La Vaissière; *D.* 2015.2350, obs. Anne Etienney de Sainte Marie, *RTD com.* 2015.738, obs. Bernard Bouloc; *RJPF* 2015-12/8, obs. Eric Garaud, *Gaz. Pal.* 5 janv. 2016, n° 1, p. 38, obs. Dimitri Houtcieff; *JCP G* 2015, doct. 1261, obs. Grégoire Loiseau ; *Deffrénois* 2016, n°2, p. 74, obs. Jean-Baptiste Seubé.

²⁵¹⁶ Sur ce point, v. ABADIE, Laurent, « Convention européenne des droits de l'Homme et contentieux contractuel », *Dr. & patr.* 2010, n° 194, p. 73

considéré, dans l'arrêt *Cha'are Shalom Ve Tsedek c/France*, que l'ingérence dans la liberté de manifester sa religion serait caractérisée si le cadre juridique d'un Etat empêchait la pratique de l'abattage rituel²⁵¹⁷. Le projet de réforme du droit des contrats publié en 2015 envisageait, à l'article 1102 al.2, que la liberté contractuelle soit limitée par les « *droits et libertés fondamentaux* »²⁵¹⁸. Bien que la mention ait disparu dans le texte de l'ordonnance du 10 février 2016²⁵¹⁹, elle démontre l'importance des droits fondamentaux en matière contractuelle. Ils s'imposent tant aux contractants qu'au juge et conduisent, en sus du principe de liberté contractuelle, à admettre l'incorporation des convictions religieuses et à leur faire produire effet. Cette affirmation est d'autant plus certaine au regard de l'influence de la jurisprudence de la Cour EDH et de la valeur supralégislative de la Convention.

493 Conclusion chapitre 2. L'intégration des principes de finance islamique est réalisable au moyen d'une incorporation portant sur les normes religieuses ou sur la religion des contractants.

Admise sur le fondement de la liberté contractuelle, l'incorporation d'une norme religieuse présente l'avantage de permettre aux parties de se référer à un droit non étatique avec pour seule limite le respect des règles d'ordre public. De nombreux inconvénients sont néanmoins inhérents à la méthode. La référence à un système juridique par les parties peut être interprétée par le juge comme une soumission plutôt qu'une incorporation et ainsi conduire à son rejet. Pour prévenir un tel risque, la transcription *in extenso* de la règle religieuse est envisageable bien que fastidieuse et potentiellement nuisible à l'intelligibilité du contrat, à moins que les parties aient recours à un contrat cadre. Les normes incorporées sont encore susceptibles d'être lacunaires ou d'entrer en conflit avec une règle d'ordre public dont l'identification n'est pas toujours chose aisée. Dans ce second cas, l'acte encourt l'anéantissement ou la suppression des clauses illicites. La survie de l'acte est un avantage qui se mue en inconvénient si la clause supprimée garantissait le caractère islamique du contrat. L'étude de cette hypothèse a mis en lumière la nécessité d'ériger ce caractère en un

²⁵¹⁷ CEDH, 27 juin 2000, *Cha'are Shalom Ve Tsedek c/ France*, req. n°27417/95, paragr. 80.

²⁵¹⁸ Ministère de la justice, Projet d'ordonnance portant réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations, 2015.

²⁵¹⁹ Ordonnance n° 2016-131 du 10 février 2016 portant réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations.

élément essentiel du contrat déterminant de l'engagement des parties et partant, que leurs convictions religieuses soient incorporées à l'acte.

L'incorporation de la religion des contractants est admise par la jurisprudence qui a un temps considéré qu'elle puisse se réaliser tacitement, notamment lorsque l'une des parties est qualifiable « d'entreprise de tendance ». Il était légitime d'envisager qu'il en soit de même dans le cadre d'un contrat d'essence religieuse ou impliquant un établissement de crédit islamique. La jurisprudence marque néanmoins une évolution en exigeant désormais que la contractualisation des convictions religieuses soit expresse. Dès lors que cette condition est satisfaite, rien ne s'oppose à ce que l'une des parties invoque ses obligations religieuses afin d'anéantir ou de modifier le contrat. L'effectivité d'une telle incorporation est d'autant plus certaine au regard de la jurisprudence de la Cour EDH. L'incorporation de la religion des contractants ne doit pas conduire à exclure celle de la norme religieuse, les deux procédés d'incorporation ne sont pas exclusifs l'un de l'autre mais doivent au contraire être envisagés en complémentarité afin d'intégrer les principes islamiques.

494 Conclusion titre 1. Deux méthodes sont envisageables pour rendre effective l'observance des principes de finance islamique. La soumission a pour intérêt de faire régir le contrat par la loi qu'ont choisie les parties qui s'assurent ainsi de la primauté des règles religieuses sur les stipulations. Bien que les clauses d'*electio juris* soient admises tant dans le contrat interne qu'international, seule la désignation d'un droit étatique satisfait aux exigences du règlement Rome I s'imposant au juge étatique. En guise d'expédient, il est loisible aux parties d'opter pour le droit d'un état dont la charia est une composante ou qui a intégré les principes islamiques. Au nom du principe d'autonomie consacré par le règlement européen, le choix sera effectif devant le juge sous réserve du respect de l'ordre public international. En présence d'une situation interne, les parties devront, en outre, respecter les règles impératives du droit évincé. Afin d'échapper aux contraintes du règlement Rome I, les parties sont libres de soumettre leur litige à l'arbitrage. A nouveau, les parties disposent d'une latitude réduite en présence d'un contrat interne puisque l'arbitre ne peut statuer que selon les règles du droit français ou en amiable composition. Dans ce dernier cas, la jurisprudence semble reconnaître le recours à l'arbitrage religieux mais, si l'arbitre est susceptible de recourir à des règles religieuses, il doit justifier de leur usage à l'aune de l'équité. L'arbitrage international offre un cadre juridique bien plus libéral en ce

qu'il accorde aux parties la faculté de retenir des normes non étatiques pour régler leur litige. La rédaction de la clause d'*electio juris* doit alors dépendre des attentes des parties, mais il semble prudent d'exclure la simple désignation de la charia sans rattachement à une école juridique.

L'incorporation constitue le second procédé permettant l'intégration des principes islamiques. Reconnue à l'échelle communautaire par le règlement Rome I, la méthode se fonde en droit interne sur le principe de liberté contractuelle à valeur constitutionnelle. Afin de garantir le caractère islamique du contrat, les parties peuvent incorporer des normes religieuses qui se muent alors en stipulations contractuelles. Le respect des règles d'ordre public, particulièrement celles de protection, constitue la seule limite au procédé. L'intégration est encore réalisable au moyen de l'incorporation au contrat des convictions religieuses des parties qui auront alors une influence sur le contenu et l'exécution du contrat.

Loin de s'exclure, soumission et incorporation doivent être envisagées en synergie afin d'assurer l'intégration des principes financiers islamiques. Au titre de la soumission, le contrat comporterait une clause d'*electio juris* portant sur un droit étatique en prévision d'une soumission au juge étatique ; ou au profit d'autres normes si les parties conviennent de recourir à l'arbitrage dans le cadre d'une opération internationale. Concernant l'incorporation, les contractants préciseraient leur acceptation des deux principes fondamentaux que sont le *riba* et le *gharar*. Enfin, ils stipuleraient que l'exécution du contrat ne saurait s'opposer aux préceptes fondamentaux de leurs convictions islamiques.

La réception serait incomplète si elle se limitait à l'intégration au contrat des règles de la finance islamique. A supposer que l'acte soit régi par le droit français, il faut encore définir un cadre juridique pour chacun des contrats nommés du *fiqh*.

TITRE 2 : LA DEFINITION DU CADRE JURIDIQUE DES CONTRATS NOMMES DE LA FINANCE ISLAMIQUE

495 Hypothèse du contrat soumis au droit français. La réception des contrats de la finance islamique en droit français amène à privilégier l'étude de l'acte régi par ce droit. Certes la soumission du contrat purement interne à une loi étrangère est possible, mais son opportunité est discutable. L'intérêt de la technique de l'incorporation demeure cependant. Les contrats nommés du *fiqh* étant innommés en droit français, il convient de préciser leur cadre juridique. En raison de leur proximité avec les contrats du Code civil, ils peuvent aisément emprunter leur régime.

496 Distinction du contrat-échange et du contrat-partage. A l'aune de l'œuvre d'Aristote et, plus précisément, de son opposition entre justice commutative et justice distributive dans l'*Ethique à Nicomaque*, le Pr François CHENEDE a distingué les contrats-échange des contrats-partage²⁵²⁰. Les premiers se rattachent aux commutations et réalisent « *un transfert de valeurs* »²⁵²¹, tandis que les seconds correspondent aux distributions et opèrent un « *partage de valeurs* »²⁵²². Outre leurs objets, les deux catégories se différencient aussi quant aux rapports institués entre les parties. Si dans les contrats-échange les parties défendent des intérêts distincts, elles poursuivent un intérêt commun dans les contrats-partage²⁵²³.

Cette opposition se retrouve dans le *fiqh* et, par extension, dans la finance islamique. Au sein de cette dernière, le Pr Sélim JAHEL distingue les « *mécanismes associatifs* » du « *crédit associé à la vente* »²⁵²⁴. Dans le cadre de notre étude, il convient de démontrer que la réception de contrats reposant soit sur la vente (**Chapitre 1**) soit sur l'association (**Chapitre 2**) est réalisable en l'absence de réforme du droit français.

²⁵²⁰ CHENEDE, François, *Les commutations en droit privé : contribution à la théorie générale des obligations*, Economica, 2008. L'auteur rappelle que « la distinction des contrats selon qu'ils réalisent une commutation ou une distribution n'est pas inconnue de la doctrine juridique » et illustre son propos par différents exemples, v. *op. cit.*, paragr. 121.

²⁵²¹ *Ibid.*, paragr. 21 et s. et 124.

²⁵²² *Ibid.* paragr. 39 et s. L'auteur préfère l'expression de contrat-partage plutôt que celle de « contrat-association » au motif que la première « décrit parfaitement les deux temps de la distribution : la participation d'une pluralité de personnes, puis la répartition qui s'opère entre elles », v. *ibid.* paragr. 123.

²⁵²³ *Ibid.* paragr. 49 et s. et 124.

²⁵²⁴ JAHEL, Sélim, *La place de la Chari'a dans les systèmes juridiques des pays arabes*, Éd. Panthéon-Assas, 2012, p. 354.

Chapitre 1 : Les contrats de financement reposant sur la vente

497 La vente : le contrat type. Les auteurs s'accordent à affirmer que le droit islamique des contrats a été élaboré autour de la vente (*bay'*)²⁵²⁵. Joseph SCHACHT écrit à ce titre que « *le contrat de vente constitue le cœur du droit islamique des obligations. C'est pour ce contrat que les catégories en ont été développées avec le plus de détails à tel point que d'autres contrats commutatifs ou synallagmatiques, considérés comme des institutions juridiques ayant leur propre droit, sont interprétés selon le modèle du bay', et parfois même définis comme des variétés de bay' »*²⁵²⁶. L'un des contrats majeurs de la finance islamique, l'*ijarah*, se voit ainsi qualifier de vente alors qu'il présente tous les aspects du contrat de bail pour un juriste français. Il ne surprend guère alors que les institutions financières islamiques réalisent la majorité des financements au moyen d'un contrat reposant sur la vente²⁵²⁷. Si cette dernière représente le contrat type dans le *fiqh*, c'est aussi vrai en droit français. Elle a ainsi été décrite comme « *l'archétype des contrats, celui qui en est la matrice, le plus soumis à la théorie générale des obligations »*²⁵²⁸ ou comme le « *modèle des contrats nommés du Code civil »*²⁵²⁹.

Les contrats de vente utiles aux financements islamiques peuvent être divisés en deux catégories, axées autour d'un principe cardinal du *fiqh*, ceux respectueux de la prohibition du *gharar* (**section 1**) et ceux qui y dérogent (**section 2**).

²⁵²⁵ Sur ce point, v. SALEH, Nabil, « Definition and formation of contract under Islamic and Arab laws », *Arab Law Quarterly* 1990, Vol. 5, n°3, p. 101 : « *That is the reason why, as a substitute for a General Theory of Contract, the overwhelming majority of specialists in Islamic jurisprudence have turned their attention to the contract of sale which they regarded as the model for all sorts of contracts »* ; CHEHATA, Chafik, « Le concept de contrat en droit musulman », *op. cit.*, paragr. 21 : « Le contrat type » ; SCHACHT, Joseph, *Introduction au droit musulman*, Maisonneuve et Larose, 1999, p. 129. Le caractère central de la vente est révélé à travers l'étude de la théorie des options, v. nos développements consacrés à cette théorie dans la première partie de nos travaux.

²⁵²⁶ SCHACHT, Joseph, *op. cit.*, p. 129.

²⁵²⁷ La murabaha représenterait à elle-seule jusqu'à 90% des financements proposés par les banques islamiques, v. . DULAL MIAH, Mohammad, SUZUKI, Yasushi, « Murabaha syndrome of Islamic banks: a paradox or product of the system? », *Journal of Islamic Accounting and Business Research*, Vol. 11 No. 7, p. 1363-1378.

²⁵²⁸ MALAURIE, Philippe, AYNÈS, Laurent et GAUTIER, Pierre-Yves, *Droit des contrats spéciaux*, 11^e éd., LGDJ, 2020, paragr. 54.

²⁵²⁹ BOFFA, Romain, v° Vente in MAZEAUD Denis, BOFFA Romain et BLANC Nathalie (dir.), *Dictionnaire du contrat*, LGDJ, 2018, p. 1067.

Section 1 : Les contrats de vente respectueux de la prohibition du *gharar*

498 Deux contrats majeurs. La vente étant le contrat type, il est logique que le *fiqh* en connaisse une grande variété. Pourtant, parmi les contrats respectueux du *gharar*, la finance islamique n'en retient véritablement que deux dont l'un s'apparente davantage au bail. Si la qualification de vente peut surprendre, elle s'explique par la conception du bail comme vente de l'usage²⁵³⁰. Ces deux contrats, faisant respectivement l'objet d'une norme de l'AAOIFI sont la *murabaha*, la revente à profit (ou avec marge) d'une chose(I), et l'*ijarah*, la vente de l'usage d'une chose (II).

I] La *murabaha*

499 Définition du contrat. Le terme *murabaha*²⁵³¹ est l'abréviation de *bay al-mourabaha*²⁵³² dont la sonorité évoque le *riba*. Il partage avec ce dernier la même racine « rbh » dont il dérive et qui désigne le profit, le bénéfice, le surplus²⁵³³. Le mot arabe « *bay* » signifiant la vente, la *murabaha* est littéralement une vente avec bénéfice. Un auteur la présente comme une « *vente au "supplément convenu" qui représente le profit* »²⁵³⁴. Cette définition concise permet de saisir l'esprit du contrat, mais élude certains aspects essentiels. Aussi convient-il de préférer celle de l'AAOIFI pour qui la *murabaha* est « *la vente d'une marchandise au prix d'achat majoré d'un profit connu et convenu, que ce profit soit un montant forfaitaire ou un pourcentage* »²⁵³⁵.

500 Fondements charaïques. La proximité sémantique entre *murabaha* et *riba* amène à s'interroger quant à la licéité de ce contrat. La majoration du prix de vente initial constituant la marge du financier pourrait s'analyser en une forme de *riba*. Le contrat

²⁵³⁰ JAHEL, Sélim, *La place de la Chari'a dans les systèmes juridiques des pays arabes*, Éd. Panthéon-Assas, 2012, p. 354. : « *La vente apparaît dans le droit musulman classique comme le contrat type sous le régime duquel sont traités d'autres contrats comme le contrat de location conçu, comme la vente de l'usage, et même le contrat de mariage* ». L'analyse du bail comme vente de l'usage permet de saisir l'importance du contrat de vente en droit islamique. Aussi nest-il guère étonnant que les *fuqaha* mènent la plupart de leurs réflexions sur ce dernier.

²⁵³¹ On rencontre plusieurs orthographes selon la transcription en alphabet latin : *murabaha*, *mourabaha* ou encore *muarabaha*. Pour les développements à venir nous adoptons l'orthographe *murabaha*.

²⁵³² TOUSSI, Ali, *Le taux d'intérêt dans un système financier islamique*, L'Harmattan, 2010, p. 100.

²⁵³³ CEKICI, Ibrahim-Zeyyad, *Le cadre juridique français des opérations de crédit islamique* [microfiche], Université de Strasbourg, 2012, paragr. 507 VISSER, Hans, *Islamic finance*, Edward Elgar, 2009, p. 57 LÉVY, Aldo, *Finance islamique*, Gualino-Lextenso, 2012, p. 94.

²⁵³⁴ COMAIR-OBEID, Nayla, *Les contrats en droit musulman des affaires*, Economica, 1995, p. 180.

²⁵³⁵ AAOIFI, Norme charaïque n°8, Annexe D. La traduction provient de la version officielle des normes en langue française.

est pourtant accepté par l'ensemble des *madhâhib*²⁵³⁶ sur la base des versets coraniques autorisant la vente²⁵³⁷. L'exemple du Prophète et le raisonnement par analogie servent aussi à l'admission de la *murabaha*. Pendant l'Hégire, Abu Bakr a voulu faire don d'une chamelle à Mahomet qui a refusé la libéralité au profit d'une vente au prix d'achat (*tawliyah*). Par analogie, la vente avec bénéfice est permise²⁵³⁸.

Quant à validité de la marge bénéficiaire, Mahmoud EL-GAMAL la justifie par l'existence de deux risques auxquels s'expose le financier. D'abord la banque est susceptible de perdre le bien tant qu'il demeure en sa possession. Ensuite, le client est susceptible de faire annuler la vente suite à la découverte d'un défaut²⁵³⁹. L'existence de ces risques concoure avec les fondements charaïques à admettre la licéité du contrat, bien que les jurisconsultes ne montrent que peu d'enthousiasme à son égard tant il s'éloigne de l'idéal islamique²⁵⁴⁰. A ce titre, son usage devrait être restreint aux cas où la *mudarabah* ou la *musharakah* ne peuvent être employées²⁵⁴¹.

501 Le contrat majeur de la finance islamique. Définir le cadre juridique applicable à la *murabaha* apparaît d'autant plus nécessaire qu'il s'agit d'un contrat phare de la finance islamique. La *murabaha* représenterait entre 66% à 80% des services proposés au sein des banques islamiques, soit une large majorité de leur activité²⁵⁴². Traditionnellement utilisée dans les financements immobiliers²⁵⁴³, la *murabaha* l'est aussi pour l'acquisition de stocks de marchandises, de matières premières, d'équipements²⁵⁴⁴ et plus généralement de tout actif pourvu qu'il ne soit pas considéré comme illicite. Détournée de son usage classique, elle est aujourd'hui employée dans

²⁵³⁶ JAHEL, Sélim, *La place de la Chari'a dans les systèmes juridiques des pays arabes*, Éd. Panthéon-Assas, 2012, p. 256 et s.

²⁵³⁷ AAOIFI, Norme charaïque n°8, Annexe D. L'organisation cite notamment deux versets : « vous ne faites aucun mal si vous recherchez une faveur de votre seigneur » (sourate 2, verset 198) et « mais Dieu a permis la vente et a interdit l'usure » (sourate 2, verset 275). Al-Zuhayli fait mention d'un autre verset : « ne mangez pas inutilement vos biens entre vous, sauf quand il s'agit d'un négoce par consentement mutuel » (sourate 4, verset 29), v. AL-ZUHAYLI, Wahbah, EL-GAMAL, Mahmoud (Trad.), *Financial transactions in Islamic jurisprudence*, vol. 1, Dar Al-Fikr, 2001, p. 354.

²⁵³⁸ AAOIFI, Norme charaïque n°8, Annexe D ; AL-ZUHAYLI, Wahbah, EL-GAMAL, Mahmoud (Trad.), *op. cit.*, p. 354.

²⁵³⁹ EL-GAMAL, Mahmoud, *Finance islamique*, De Boeck, 2010, p. 98.

²⁵⁴⁰ VISSER, Hans, *Islamic finance*, Edward Elgar, 2009, p. 57.

²⁵⁴¹ La Banque centrale du Soudan a plafonné à 30% la part de la *murabaha* dans les financements accordés par les banques v. HUSSAIN, Mumtaz, SHAHMORADI, Ashgar, TURK, Rima, *An Overview of Islamic Finance* (IMF Working Paper), juin 2015, African, European, and Middle East and Central Asia Departments, Fonds monétaire international, p.8

²⁵⁴² CAUSSE-BROQUET, Geneviève, *La finance islamique*, 2^e éd., RB éd., 2012, p. 62 HIMEUR, Chihab Mohammed et ABDELMOUMEN, Nedra, *La finance islamique face au droit français*, L'Harmattan, 2015, p. 143. Une étude récente estime que la *murabaha* représente 90% des financements consentis par les banques islamiques, v. DULAL MIAH, Mohammad, SUZUKI, Yasushi, « Murabaha syndrome of Islamic banks: a paradox or product of the system? », *Journal of Islamic Accounting and Business Research*, Vol. 11 No. 7, p. 1363-1378.

²⁵⁴³ BOURABIAT, Foued, « Finance islamique en France : éclairage sur les nouvelles opportunités offertes aux investisseurs », *RD bancaire et fin.* n°4, juill. 2009, étude 27.

²⁵⁴⁴ JAHEL, Sélim, « L'adéquation du droit musulman classique aux procédés modernes de financement et de garantie », *RTD Com.* 1985, p. 486

les financements de projets et comme moyen de gestion de trésorerie des banques islamiques²⁵⁴⁵.

502 Un contrat fidèle à la lettre plutôt qu'à l'esprit. La consécration de la *murabaha* par les juristes et la pratique n'en fait pas pour autant le contrat islamique idéal. Son mécanisme, particulièrement dans sa forme moderne avec ordre d'achat, est une ruse qui sert de substitut islamique au crédit ordinaire. L'hypocrisie atteint son paroxysme quand la marge est alignée sur les taux d'intérêt classique, notamment le LIBOR²⁵⁴⁶, ce qui est interdit²⁵⁴⁷. A l'instar du juriste hanéfite Muhammad TAQI USMANI, certains auteurs ont émis un avis libéral en la matière en admettant que le profit soit calculé en fonction des taux d'intérêt conventionnel²⁵⁴⁸. Bien qu'elle interdise toute rémunération en lien avec le LIBOR ou le temps, l'AAOFI autorise les parties, à titre indicatif et au cours de la phase précontractuelle, à s'appuyer sur un indice de référence reconnu, à condition que le taux de marge représente un pourcentage fixe du coût de revient et soit indiqué dans le contrat²⁵⁴⁹.

Afin de garantir la licéité de la *murabaha*, et prévenir un rapprochement excessif avec les financements conventionnels, les *fuqaha* ont établi un cadre juridique régissant l'ensemble de l'opération (A). Son étude démontre qu'il est possible de transposer la *murabaha* en droit français en faisant application des règles positives (B).

A) Le cadre juridique islamique

503 La *murabaha* moderne : une opération tripartite. En sa forme actuelle, la *murabaha* s'entend de l'opération tripartite reposant sur la conclusion de deux contrats de vente successifs pouvant inclure éventuellement une promesse d'achat consentie par le client. Le premier contrat, impliquant le financier et le vendeur originaire, permet l'acquisition du bien identifié par le client. Le second, la *murabaha stricto sensu*, consiste en la vente de ce bien au client par le financier à un prix supérieur

²⁵⁴⁵ JOUINI, Elyes, PASTRÉ, Olivier, MESTRALLET, Gérard *et al.*, *La finance islamique*, Economica, 2009, p. 27.

²⁵⁴⁶ Pour une évocation de cette pratique, v. CEKICI, Ibrahim-Zeyyad, *Le cadre juridique français des opérations de crédit islamique* [microfiche], Université de Strasbourg, 2012, paragr. 509 RUIMY, Michel, *La finance islamique*, A. Franel, 2008, p. 115 VISSER, Hans, *Islamic finance*, Edward Elgar, 2009, p. 57.

²⁵⁴⁷ AAOFI, norme charaïque n°8, paragr. 4.6.

²⁵⁴⁸ EL-GAMAL, Mahmoud, *Finance islamique*, De Boeck, 2010, p. 98.

²⁵⁴⁹ AAOFI, norme charaïque n°8, paragr. 4.6.

généralement payé à terme et de façon échelonnée. Il convient ainsi de distinguer ce qu'il est permis de qualifier de phase précontractuelle (1) et de phase contractuelle (2).

1) La phrase précontractuelle

504 Intention du client d'acquérir un bien. Telle qu'elle est pratiquée dans le cadre de la finance islamique, l'opération de *murabaha* est initiée par le client qui, en qualité de donneur d'ordre, informe l'institution financière de son intention d'acquérir un bien qu'il a identifié au préalable²⁵⁵⁰. Dans la majorité des cas, l'institution n'est pas propriétaire du bien lorsque le client entre en relation avec elle. Or, la *murabaha* étant un contrat de vente, l'institution doit avoir acquis et pris possession du bien avant de le céder au client afin de ne pas enfreindre la prohibition du *gharar*. Le client peut demander à l'institution de se procurer le bien auprès d'une personne déterminée. Elle n'est toutefois pas contrainte de contracter avec le vendeur suggéré par son client. Il lui est loisible de le refuser, notamment si elle peut se procurer l'actif à des conditions plus favorables²⁵⁵¹. L'objet de la *murabaha* peut être un bien meuble ou immeuble, corporel ou incorporel, à l'exclusion des biens *ribawi* si la vente est à crédit²⁵⁵². Dans un tel contrat, il n'est pas non plus permis d'acquérir les parts sociales d'un associé²⁵⁵³.

505 Précautions. L'opération *murabaha*, bien que licite, peut être utilisée en vue de contourner la prohibition du *riba*. Il incombe à l'institution de s'assurer que son client et le vendeur originaire sont bien deux personnes distinctes. La règle s'applique aux filiales détenues à plus de 50% par le donneur d'ordre²⁵⁵⁴. Lorsqu'il existe un lien de parenté entre le client et le vendeur, le financier doit vérifier que l'opération de *murabaha* n'est pas fictive ou qu'elle ne dissimule pas une vente *al-inah*²⁵⁵⁵.

506 Promesse d'achat du client. En principe, la promesse de contrat n'a pas force obligatoire en droit islamique ainsi que le rappelle l'AAOIFI dans l'une de ses

²⁵⁵⁰ AAOIFI, Norme charaïque n°8, art. 2.1

²⁵⁵¹ *Ibid.*, art. 2.1.3

²⁵⁵² *Ibid.*, art. 2.2.6.

²⁵⁵³ *Ibid.*, art. 2.2.5.

²⁵⁵⁴ *Ibid.*, paragr. 2.2.3.

²⁵⁵⁵ La vente *al-inah* est l'achat d'une marchandise moyennant le paiement fractionné ou différé du prix et sa revente au comptant au vendeur originaire à un prix moindre. Il s'agit d'une ruse destinée à contourner la prohibition du *riba*.

normes²⁵⁵⁶. Il est cependant des situations qui exigent de retenir le contraire et de faire de la promesse un véritable engagement qui contraint le promettant. Tel est le cas de la *murabaha* avec ordre d'achat où il est admis que le client consente une promesse d'achat ayant force obligatoire²⁵⁵⁷. L'AAOIFI justifie cette exception par l'injonction faite par le Coran aux croyants de respecter leurs engagements. Elle se réfère en outre à une résolution de l'Académie Internationale du Fiqh Islamique qui a reconnu le caractère obligatoire de la promesse de contrat²⁵⁵⁸. La promesse synallagmatique est quant à elle prohibée car elle a pour effet, à l'instar du droit français, de réaliser la vente²⁵⁵⁹. Elle est cependant permise si l'une des parties bénéficie du *khiyar al-shart* car il suspend l'effet translatif du contrat²⁵⁶⁰. Les termes de la promesse peuvent être modifiés avant la conclusion du contrat *murabaha* sous réserve de l'accord des deux parties²⁵⁶¹. La validité de la promesse, alors que l'institution n'est pas propriétaire de la chose, surprend au regard de la prohibition du *gharar*. L'AAOIFI admet pourtant que le bénéficiaire puisse contraindre le promettant à l'exécuter²⁵⁶². Il s'agit d'une dérogation au principe que l'Académie Internationale du Fiqh Islamique justifie par la loi²⁵⁶³ et les usages commerciaux internationaux²⁵⁶⁴. A nouveau, la nécessité commande d'écarter un principe cardinal de la finance islamique.

507 Frais relatifs à la phase précontractuelle. Préalablement à la conclusion du contrat *murabaha*, l'institution financière ne peut percevoir ni commission d'engagement ni commission au titre de facilités de caisse²⁵⁶⁵. Si les actes conclus entre l'institution et son client génèrent des frais, ils doivent en principe être répartis entre les parties, à moins qu'elles ne conviennent du contraire. Dans cette dernière hypothèse, l'une des parties peut supporter seule les frais à condition qu'ils correspondent au travail réellement fourni et ne dissimulent pas une commission au profit de l'institution²⁵⁶⁶. Dans le cadre d'un crédit syndiqué, le chef de file peut

²⁵⁵⁶ AAOIFI, Norme charaïque n°49, art. 3.4 et 4.2. Pour un exposé plus détaillé v. *supra* paragr. 228 et s.

²⁵⁵⁷ *Ibid.*, art. 2.3.1.

²⁵⁵⁸ Résolution n°40-41 (5/2 et 5/3) de l'Académie Internationale du Fiqh Islamique.

²⁵⁵⁹ AAOIFI, Norme charaïque n°8, art. 2.3.1. L'article 1589 al. 1^{er} du Code civil dispose que « *la promesse de vente vaut vente, lorsqu'il y a consentement réciproque des deux parties sur la chose et sur le prix* ».

²⁵⁶⁰ *Ibid.*, art. 2.3.3. Sur le *khiyar al-shart* v. *supra* paragr. 316 et s.

²⁵⁶¹ *Ibid.*, art. 2.3.4.

²⁵⁶² AAOIFI, Norme charaïque n°49, art. 3.5.

²⁵⁶³ La loi s'entend ici du droit étatique applicable au contrat.

²⁵⁶⁴ Résolution n° 157(17/6) de l'Académie Internationale du Fiqh Islamique.

²⁵⁶⁵ *Ibid.*, art. 2.4.1. et 2.4.2.

²⁵⁶⁶ *Ibid.*, art. 2.4.3.

prétendre à une rémunération supportée par l'ensemble des participants²⁵⁶⁷. L'institution a le droit de percevoir une rémunération si elle réalise une étude de faisabilité demandée par le client dans son intérêt²⁵⁶⁸.

508 Garantie de bonne exécution. L'AAOIFI reconnaît à l'institution la possibilité d'exiger du client une « garantie de bonne exécution » des obligations du vendeur initial lorsque ce dernier n'a pas été choisi par elle²⁵⁶⁹. La rédaction de la norme ne permet pas de déduire si cette garantie s'analyse en une garantie réelle ou en une garantie personnelle. En faveur de cette dernière interprétation on relève que la norme affirme que le client consent la garantie en son nom propre et s'engage à supporter le préjudice subi par l'institution. Il n'est pas fait mention que la garantie est assise sur une chose. L'AAOIFI précise que la garantie de bonne exécution ne s'étend pas à la livraison de la chose. Ainsi, le client n'est pas tenu d'indemniser le préjudice de l'institution si la chose périt ou subit des dommages au cours de son transport ou de son stockage²⁵⁷⁰.

509 *Hamish jiddiyyah*. En parallèle, l'institution peut demander au client un « gage de sérieux » appelé *hamish jiddiyyah* en arabe afin de s'assurer de l'exécution par ce dernier de sa promesse unilatérale d'achat²⁵⁷¹. Le *hamish jiddiyyah* prend la forme d'une somme d'argent sur laquelle l'institution est en droit de prélever le montant correspondant au préjudice réel subi en cas d'inexécution par le client de son engagement²⁵⁷². Le préjudice correspond à la différence entre le coût de revient de la marchandise et son prix de revente à un tiers²⁵⁷³. L'obligation de restituer le surplus distingue le gage de sérieux des arrhes (*arboun*)²⁵⁷⁴. L'AAOIFI ne développe pas le fondement charaïque de la garantie, se contentant d'énoncer que sa licéité se justifie par la nécessité de réparer l'éventuel préjudice subi par l'institution²⁵⁷⁵. Les parties peuvent convenir d'investir le *hamish jiddiyyah* sur la base d'un contrat *mudarabah*

²⁵⁶⁷ *Ibid.*, art. 2.4.4.

²⁵⁶⁸ *Ibid.*, art. 2.4.5.

²⁵⁶⁹ *Ibid.*, art. 2.5.1.

²⁵⁷⁰ *Ibid.*, art. 2.5.2.

²⁵⁷¹ *Ibid.*, art. 2.5.3.

²⁵⁷² *Ibid.*, art. 2.5.3.

²⁵⁷³ *Ibid.*, art. 2.5.4.

²⁵⁷⁴ V. en ce sens, KHAN, Muhammad Akram, *Islamic Economics and Finance: A Glossary*, 2e éd., Routledge, 2007, p. 70. L'auteur présente le *hamish jiddiyyah* comme une garantie spécifique au contrat *murabaha*. Sur l'obligation de restitution du surplus, v. AAOIFI, Norme charaïque n°8, art. 2.5.4.

²⁵⁷⁵ AAOIFI, Norme charaïque n°8, Annexe D.

conclu entre elles²⁵⁷⁶. La conclusion du contrat *murabaha* entraîne la restitution du *hamish jiddiyyah* au client, mais les deux parties peuvent convenir de déduire la somme du prix de vente.

510 Prohibition du versement d'arrhes avant la conclusion de la *murabaha*. La vente avec arrhes (*bay' al-arboun*) est rejetée par la plupart des *madhâhib* en raison du *gharar*, mais admise par l'école hanbalite et notamment par son fondateur éponyme²⁵⁷⁷. L'AAOIFI se réfère à une résolution de l'Académie Internationale du Fiqh Islamique qui se range à l'avis libéral des hanbalites²⁵⁷⁸. Elle impose toutefois que le versement des arrhes n'intervienne qu'au stade de la conclusion du contrat *murabaha*²⁵⁷⁹. A l'instar du droit français, la vente *al-arboun* confère à l'acheteur une faculté de dédit en contrepartie des arrhes²⁵⁸⁰. Il peut ainsi décider soit de revenir sur son engagement, et le vendeur conserve alors la somme d'argent, soit de confirmer le contrat, et les arrhes s'imputent sur le prix de vente²⁵⁸¹. L'AAOIFI incite cependant le vendeur à renoncer à la partie des arrhes excédant le préjudice réel²⁵⁸².

511 Achat de la chose par l'institution. La *murabaha* étant soumise au droit commun des contrats et, partant, à la prohibition du *gharar*, l'institution ne peut pas vendre la chose au client avant de l'avoir acquise et d'en avoir pris possession. La règle a pour effet d'entraîner la nullité de la *murabaha* en cas d'anéantissement du contrat entre l'institution et le vendeur originaire²⁵⁸³. L'AAOIFI rappelle que la conclusion de la première vente peut se faire par la rencontre physique des parties ou par l'échange d'écrits ou de courriers²⁵⁸⁴. Ce rappel, en apparence superfétatoire, s'explique par la théorie de la séance contractuelle régissant la formation du contrat²⁵⁸⁵. L'organisation confirme ainsi avoir adopté des règles libérales en adéquation avec l'époque contemporaine. L'institution financière doit en principe acquérir elle-même la chose, mais elle peut aussi le faire, au moyen du contrat *wakala*, par l'intermédiaire d'un

²⁵⁷⁶ *Ibid.*, art. 2.5.3.

²⁵⁷⁷ VOGEL, Frank E. et HAYES, Samuel L., *Islamic Law and Finance*, BRILL, 1998, p. 157 VISSER, Hans, *Islamic finance*, Edward Elgar, 2009, p. 71 EL-GAMAL, Mahmoud, *Finance islamique*, De Boeck, 2010, p. 124.

²⁵⁷⁸ Résolution n°72(8/3) de l'Académie Internationale du Fiqh Islamique.

²⁵⁷⁹ AAOIFI, Norme charaïque n°8, art. 2.5.6.

²⁵⁸⁰ C. civ., art. 1590.

²⁵⁸¹ AL-ZUHAYLI, Wahbah, EL-GAMAL, Mahmoud (Trad.), *op. cit.*, p. 99.

²⁵⁸² AAOIFI, Norme charaïque n°8, art. 2.5.6.

²⁵⁸³ AAOIFI, Norme charaïque n°8, art. 3.1.1.

²⁵⁸⁴ *Ibid.*, art. 3.1.2.

²⁵⁸⁵ Sur la théorie de la séance contractuelle, v. *supra* paragr. 240.

mandataire autre que le client. Ce n'est qu'à titre exceptionnel que ce dernier peut agir pour le compte de l'institution en qualité de mandataire²⁵⁸⁶. La finalité de la règle est d'empêcher toute vente fictive qui pourrait servir de ruse pour contourner la prohibition du *riba*. Pour ce faire, l'institution doit payer elle-même le vendeur²⁵⁸⁷ et l'ensemble des documents relatifs à la vente doit être établi à son nom²⁵⁸⁸. Il convient en outre de laisser s'écouler un délai entre l'exécution du mandat et la conclusion de la *murabaha*²⁵⁸⁹.

512 Prise de possession de la chose par l'institution. La délivrance de la chose par le vendeur originaire est un préalable nécessaire à la *murabaha*²⁵⁹⁰. L'institution doit en prendre possession afin de supporter le risque de sa perte²⁵⁹¹. La condition est primordiale car la vente avec marge n'est licite que si l'institution s'expose à une éventuelle perte²⁵⁹². En fonction de la nature de la chose et des usages, la délivrance s'opère par une remise matérielle ou fictive²⁵⁹³. L'institution doit prendre possession de la chose au lieu désigné par le contrat ou, à défaut, auprès du vendeur²⁵⁹⁴. L'institution assumant les risques de perte en sa qualité de propriétaire, les frais d'assurance lui incombent, mais il lui est loisible de les intégrer au prix de vente déterminé lors de la conclusion de la *murabaha*²⁵⁹⁵.

2) La conclusion du contrat *murabaha*

513 Cas d'inexécution de la promesse d'achat. L'acquisition de la chose par l'institution n'entraîne pas la conclusion automatique de la *murabaha*. Par conséquent, le client ne peut être contraint de la réceptionner et d'en payer le prix²⁵⁹⁶. L'inexécution de la promesse engendre un préjudice pour l'institution qui doit être indemnisée selon

²⁵⁸⁶ AAOIFI, Norme charaïque n°8, art. 3.1.3.

²⁵⁸⁷ *Ibid.*, art. 3.1.4

²⁵⁸⁸ *Ibid.*, art. 3.1.6.

²⁵⁸⁹ *Ibid.*, art. 3.1.5.

²⁵⁹⁰ *Ibid.*, art. 3.2.1.

²⁵⁹¹ *Ibid.*, art. 3.2.2.

²⁵⁹² EL-GAMAL, Mahmoud, *Finance islamique*, De Boeck, 2010, p. 97. L'Académie Internationale du Fiqh Islamique soumet expressément la validité de la *murabaha* au risque de perte de la chose, v. Résolution n°40-41 (5/2 et 5/3), préc.

²⁵⁹³ AAOIFI, Norme charaïque n°8, art. 3.2.3.

²⁵⁹⁴ *Ibid.*, art. 3.2.5.

²⁵⁹⁵ *Ibid.*, art. 3.2.6.

²⁵⁹⁶ *Ibid.*, art. 4.1.

le principe de la réparation intégrale. A l'instar du droit français, il ne doit en résulter pour elle « *ni perte ni profit* »²⁵⁹⁷, ce qui suppose de calculer le préjudice en soustrayant le coût de revient de l'acquisition de la chose au prix de revente à un tiers²⁵⁹⁸.

514 La *murabaha* : Une vente de confiance. La *murabaha* appartient à la catégorie des ventes dites de confiance ou fiduciaires ainsi nommées parce que l'acheteur se réfère au prix que le vendeur déclare avoir payé afin de lui proposer un prix d'achat²⁵⁹⁹. Ces contrats imposent au vendeur une information complète de l'acheteur quant aux frais exposés pour l'acquisition de la chose. A défaut, l'acheteur pourrait se prévaloir du dol et bénéficier d'un droit d'option, pour les malékites et les hanéfites, ou d'une réduction du prix, pour les hanbalites et les shaféites²⁶⁰⁰. L'institution doit ainsi avertir l'acheteur si la chose a été achetée à crédit et détailler l'ensemble des frais qu'elle compte inclure dans le prix de vente. En l'absence de précision de sa part, elle ne peut intégrer au prix que les frais admis par l'usage tels le transport et le stockage de la chose²⁶⁰¹. Seuls les frais directement en lien avec la chose peuvent être pris en considération, ce qui exclut ceux indirects comme la rémunération des employés de l'institution²⁶⁰². La vente de confiance suppose que l'institution fasse bénéficier le client de la réduction du prix dont elle pourrait avoir bénéficié de la part du vendeur originaire²⁶⁰³.

515 Détermination du prix de vente et de la marge bénéficiaire de l'institution. La *murabaha* n'échappant pas aux prohibitions du *riba* et du *gharar*, les parties doivent déterminer le prix de vente de la chose ainsi que la marge bénéficiaire du vendeur sans qu'ils ne soient fonction du temps²⁶⁰⁴. Ils ne peuvent ainsi dépendre d'indices de références inconnus ou déterminables dans le futur comme le LIBOR. A cet égard, un influent juriste Pakistanais d'obédience hanéfite manifeste un avis contraire en soutenant que l'usage d'un taux d'intérêt dans la détermination de la marge

²⁵⁹⁷ Pour une illustration en droit français du rappel du principe, v. Civ. 2^e, 5 juill. 2001, n° 99-18.712, *Bull. civ.* II, n°135.

²⁵⁹⁸ AAOIFI, Norme charaïque n°8, art. 4.2.

²⁵⁹⁹ Pour une présentation de ces ventes, v. LINANT DE BELLEFONDS, Yvon, *Traité de droit musulman comparé, Vol.1: Théorie générale de l'acte juridique*, Mouton et cie., 1965, paragr. 460. L'auteur en distingue trois selon que le prix de revente est supérieur, inférieur ou égal au prix d'achat que le vendeur a payé. La première est la *murabaha*, la deuxième la *muwada'a* et la troisième la *tawliya*.

²⁶⁰⁰ *Ibid.*, paragr. 462.

²⁶⁰¹ AAOIFI, Norme charaïque n°8, art. 4.3.

²⁶⁰² *Ibid.*, art. 4.4.

²⁶⁰³ *Ibid.*, art. 4.5.

²⁶⁰⁴ *Ibid.*, art. 4.5 et 4.6.

bénéficiaire, s'il n'est pas recommandable, ne rend pas pour autant le contrat illicite car l'opération demeure dépourvue de *riba*²⁶⁰⁵. En pratique, les institutions financières islamiques sont nombreuses à recourir au LIBOR pour déterminer leur marge bénéficiaire en dépit de la condamnation de l'AAOIFI²⁶⁰⁶. Elles invoquent pour cela l'avis de Muhammad TAQI USMANI et d'autres *fuqaha* minoritaires²⁶⁰⁷. Cette pratique expose la finance islamique à la défiance de la communauté musulmane qui pourrait estimer qu'elle ne se distingue guère de la finance conventionnelle et doit pour cela être découragée. Elle a conduit certains états à restreindre la *murabaha* au profit d'autres contrats jugés plus conformes à l'ordre moral islamique telles la *musharakah* et la *mudarabah*²⁶⁰⁸. La marge bénéficiaire peut prendre la forme d'une somme forfaitaire ou d'un pourcentage du prix d'acquisition net de la chose ou du coût de revient²⁶⁰⁹. Dans le domaine de la finance islamique, les parties prévoient, la plupart du temps, le paiement fractionné du prix de la *murabaha*. Il convient alors de rappeler qu'au titre de la prohibition du *riba*, la dette du client ne peut être augmentée en raison ni de la prorogation du terme ni du retard de paiement²⁶¹⁰.

516 Clause d'exclusion de la garantie des vices. Les juristes musulmans reconnaissent une option appelée *khiyar al'-ayb* à l'acheteur d'une chose atteinte d'un vice qui en diminue l'usage ou la valeur²⁶¹¹. L'AAOIFI rappelle ce droit ainsi que la possibilité pour l'acquéreur d'y renoncer partiellement ou en totalité, la vente prenant alors le nom de *bay' al-bara'ah* (vente en l'état)²⁶¹². En présence d'une clause limitative ou exclusive de garantie, il est recommandé que l'institution subroge le client dans ses droits contre le vendeur originaire²⁶¹³.

²⁶⁰⁵ TAQI USMANI, Muhammad, *An introduction to islamic finance*, [s.l. : s.n.], [s.d.], p. 81 et s.

²⁶⁰⁶ Pour une évocation de ces pratiques, v. CEKICI, Ibrahim-Zeyyad, *Le cadre juridique français des opérations de crédit islamique* [microfiche], Université de Strasbourg, 2012, paragr. 509 RUIMY, Michel, *La finance islamique*, A. Franel, 2008, p. 115 VISSER, Hans, *Islamic finance*, Edward Elgar, 2009, p. 57 HIMEUR, Chihab Mohammed, *Les contrats de la finance islamique*, Larcier, 2018, p. 170. ; *Lamy Droit du financement* 2021, paragr. 5542. Hormis M. Ibrahim Zeyyad CEKICI, les auteurs cités affirment que la détermination de la marge bénéficiaire au moyen du LIBOR est licite, ce qui n'est pas l'avis de la majorité des *fuqaha*.

²⁶⁰⁷ EL-GAMAL, Mahmoud, *Finance islamique*, De Boeck, 2010, p. 98.

²⁶⁰⁸ La Banque centrale du Soudan a plafonné à 30% la part de la *murabaha* dans les financements accordés par les banques v. HUSSAIN, Mumtaz, SHAHMORADI, Ashgar, TURK, Rima, *An Overview of Islamic Finance* (IMF Working Paper), juin 2015, African, European, and Middle East and Central Asia Departments, Fonds monétaire international, p.8

²⁶⁰⁹ AAOIFI, Norme charaïque n°8, art. 4.7.

²⁶¹⁰ *Ibid.*, art. 4.8., 5.7 et 5.8.

²⁶¹¹ Sur cette option, v. *supra* paragr. 278 et s.

²⁶¹² AAOIFI, Norme charaïque n°8, art. 4.9 et 4.10.

²⁶¹³ *Ibid.*, art. 4.9.

517 Refus du client de prendre livraison de la chose. Les parties peuvent prévoir le droit pour l'institution de résoudre le contrat ou de vendre la chose à un tiers pour le compte du client et en son nom. En cas d'insuffisance du prix, elle peut exiger du client qu'il paie la différence afin qu'elle ne subisse aucune perte²⁶¹⁴. L'AAOIFI considère qu'une telle condition est valide en vertu du principe de licéité des clauses adjointes, ce qui illustre l'adoption de la doctrine hanbalite en la matière²⁶¹⁵. Bien que l'organisation n'en fasse pas mention, il est évident que le refus doit être dépourvu de raison légitime. Ainsi l'institution ne doit pas pouvoir se prévaloir de la clause si le client refuse la chose au motif avéré qu'elle est atteinte d'un vice ou non conforme aux stipulations contractuelles, chacune de ces hypothèses faisant naître une option.

518 Déchéance du terme. Lorsque la *murabaha* prend la forme d'une vente à terme, il est loisible aux parties de stipuler que l'acheteur s'oblige à verser de façon anticipée le prix restant dû en cas de retard ou de défaut de paiement. A l'origine, la norme n°8 de l'AAOIFI énonçait que la clause pouvait prévoir l'exigibilité de plein droit, à l'issue d'une période donnée ou à la suite d'une mise en demeure demeurée infructueuse²⁶¹⁶. Dans sa version actuelle, la norme soumet l'exigibilité du prix au respect du délai prévu dans la mise en demeure²⁶¹⁷. La validité de la clause ne doit pas pour autant occulter que le Coran incite les musulmans à une tout autre attitude²⁶¹⁸.

519 Constitution de garanties. L'institution, pour se prémunir d'une défaillance du client, est en droit d'exiger des garanties. L'AAOIFI reconnaît la licéité d'une telle demande au motif qu'elle n'est pas contraire à l'essence du contrat²⁶¹⁹. Les garanties peuvent prendre la forme d'une fiducie-sûreté, d'une sûreté réelle, tels le gage ou le nantissement, ou d'une sûreté personnelle, le cautionnement étant connu du droit islamique sous le terme de *kafalah*²⁶²⁰. Deux normes de l'AAOIFI sont consacrées aux garanties dont l'une propre aux garanties réelles (*rahn*)²⁶²¹. L'institution peut en outre

²⁶¹⁴ *Ibid.*, art. 4.11.

²⁶¹⁵ *Ibid.*, Annexe D.

²⁶¹⁶ *Ibid.*, art. 5.1 (anc.).

²⁶¹⁷ AAOIFI, Norme charaïque n° 5, art. 5.1 et Norme charaïque n°8, art. 5.1.

²⁶¹⁸ Sourate 2, verset 280 : « *Si votre débiteur se trouve dans la gêne, attendez qu'il soit en mesure de vous payer. Si vous faites l'aumône en abandonnant vos droits, c'est préférable pour vous. Si vous saviez !* »

²⁶¹⁹ AAOIFI, Norme charaïque, n°8, Annexe D : « *L'exigence des garanties de paiement dues trouve son fondement dans le fait qu'elle ne contredit pas l'essence du contrat mais le confirme. En effet, les garanties conviennent aux contrats créateurs de dettes* ». La précision illustre à nouveau l'importance de la théorie des clauses adjointes, l'organisation prenant soin de justifier la règle au regard de cette théorie.

²⁶²⁰ AAOIFI, Norme charaïque n°8, art. 5.2.

²⁶²¹ AAOIFI, Norme charaïque n°5 et n°39.

exiger du client la remise de chèques ou de billets à ordre, à condition de stipuler qu'elle ne puisse en faire usage avant leurs échéances. Ce droit disparaît dans les pays où les chèques sont présentables avant la date d'échéance²⁶²².

520 Nullité de la clause de réserve de propriété. La théorie des clauses adjoindes conduit au rejet de toute clause qui s'oppose à l'effet principal du contrat. Il est en ainsi de la clause de réserve de propriété parce qu'elle diffère l'effet translatif du contrat au paiement intégral du prix²⁶²³. Tout au plus l'institution peut-elle reporter l'enregistrement de l'actif au nom du client jusqu'au paiement. Il lui est en revanche permis de recevoir un mandat du client afin de vendre la chose pour le compte de ce dernier et en son nom et de récupérer ainsi la partie du prix restant dû. Le *khiyar al-shart* peut être stipulé en faveur soit du vendeur, soit des deux parties, en guise de succédané de la clause de réserve de propriété, certaines écoles estimant qu'il suspend les effets du contrat²⁶²⁴.

521 Clause pénale et *riba*. Au sens du droit français, la clause pénale s'entend de la « *clause comminatoire en vertu de laquelle un contractant s'engage en cas d'inexécution de son obligation principale (ou en cas de retard dans l'exécution) à verser à l'autre à titre de dommages-intérêts une somme forfaitaire* »²⁶²⁵. Elle présente une triple nature lorsque l'indemnité prévue est supérieure au préjudice que le créancier subirait en cas d'inexécution de l'obligation principale²⁶²⁶. La clause pénale a d'abord un caractère contractuel car elle ne contraint le débiteur que si elle a été acceptée par les parties. Elle a ensuite une fonction indemnitaire en ce qu'elle évalue forfaitairement et par avance le préjudice subi par le créancier²⁶²⁷. Elle revêt enfin un caractère comminatoire en incitant le débiteur à s'exécuter au risque de devoir payer la somme convenue²⁶²⁸. On distingue la clause pénale moratoire de la clause pénale

²⁶²² AAOIFI, Norme charaïque n°8, art. 5.3.

²⁶²³ Sur ce point, v. paragr. 325.

²⁶²⁴ V. *supra*, paragr. 335.

²⁶²⁵ CORNU, Gérard (Dir.), *Vocabulaire juridique*, 13e éd., PUF, 2020, V°Pénal(Clause). Pour une définition prétorienne de la clause pénale, v. Civ. 1^{re}, 10 oct. 1995, n°93-16.869, *Bull. civ. I*, n°347 : « *constitue une clause pénale la clause d'un contrat par laquelle les parties évaluent forfaitairement et d'avance l'indemnité à laquelle donnera lieu l'inexécution de l'obligation contractée* ».

²⁶²⁶ CERVETTI, Pierre-Dominique, V°Clause pénale in BUY, Frédéric, LAMOUREUX, Marie, MESTRE, Jacques *et al.*, *Les principales clauses des contrats d'affaires*, 2e éd., LGDJ, 2018, paragr. 1314.

²⁶²⁷ DROSS, William, *Clausier*, 4^e éd., LexisNexis, 2020, p. 582.

²⁶²⁸ Com. 29 janv. 1991, n° 89-16.446, *Bull. civ. IV*, n° 43 : « La clause pénale n'a pas pour objectif exclusif de réparer les conséquences d'un manquement à la convention mais aussi de contraindre le débiteur à exécution ».

compensatoire selon que la pénalité est prévue en cas de simple retard ou d'inexécution définitive²⁶²⁹.

En droit islamique, la prohibition du *riba* s'oppose à tout accroissement de la dette du débiteur en raison de sa défaillance. L'Académie Internationale du Fiqh Islamique a ainsi rappelé que les parties ne peuvent pas prévoir le versement d'une indemnité en cas de retard dans le règlement de la dette²⁶³⁰. En conséquence, les normes de l'AAOIFI énoncent la nullité de principe des clauses pénales²⁶³¹. Le créancier ne peut pas décider d'ester en justice pour contourner la règle et demander des dommages-intérêts en raison de l'inexécution²⁶³². Le principe peut sembler excessif à un juriste français, mais la marge bénéficiaire du vendeur ne se justifie-t-elle pas par la prise d'un risque ? La défaillance du débiteur en est un. Le Coran enjoint en outre le créancier à la bienveillance envers son débiteur²⁶³³. D'aucuns objecteront que le débiteur qui ne satisfait pas à son obligation de payer n'est pas nécessairement insolvable. Dans une telle hypothèse, certains auteurs suggèrent que la règle pourrait connaître un assouplissement, des jurisconsultes libéraux admettant l'indemnisation du créancier sous réserve qu'elle soit accordée par un juge²⁶³⁴. Il ne s'agit de l'avis que d'une minorité de *fuqaha*, l'AAOIFI retient que le débiteur de mauvaise foi ne s'expose qu'à des sanctions morales²⁶³⁵. Le conseil consultatif de la charia de la banque centrale malaisienne se distingue toutefois en reconnaissant la validité des clauses prévoyant une indemnisation du créancier en raison tant du simple retard que du préjudice résultant de l'inexécution²⁶³⁶.

522 Alternative à la clause pénale. Le débiteur, protégé par les règles bienveillantes du *fiqh* à son égard, pourrait être enclin à l'indolence. Pour prévenir une telle attitude,

²⁶²⁹ DROSS, William, *op. cit.*, p. 584 et s.

²⁶³⁰ Résolutions n°51(6/2) et n°109 (3/12) de l'Académie Internationale du Fiqh Islamique

²⁶³¹ AAOIFI, Norme charaïque n°3, art. 2.1.2. Spéc. pour la murabaha Norme charaïque n°8, art. 5.7 et 5.8.

²⁶³² AAOIFI, Norme charaïque n°3, art. 2.1.3. Le débiteur peut en revanche devoir supporter les frais engagés par le créancier pour recouvrer sa créance, v. *ibid.*, art. 2.1.4.

²⁶³³ Coran, sourate 2, verset 280, préc note n°2618.

²⁶³⁴ ARCHER, Simon, ABDEL KARIM, Rifaat Ahmed, « Accounting standards for Islamic financial services » in HASSAN M. Kabir et LEWIS Mervyn Keith (dir.), *Handbook of Islamic banking*, Edward Elgar Publishing, 2007, p. 334-357, spéc. p. 347. ; VISSER, Hans, *Islamic finance*, Edward Elgar, 2009, p. 76-77.

²⁶³⁵ AAOIFI, Norme charaïque n°3, Annexe B. Un hadith rapporte que le fait pour un homme solvable de retarder son paiement l'expose au châtime et à être touché dans son honneur, v. *Sahîh Al-Bukhari*, hadith n° 2400. Ainsi si la sanction civile semble proscrite, il en est autrement de la sanction pénale. Les juristes conservateurs sont d'ailleurs favorables à l'emprisonnement du débiteur de mauvaise foi, v. à ce sujet ARCHER, Simon, ABDEL KARIM, Rifaat Ahmed, *op. cit.*, p. 347.

²⁶³⁶ BANK NEGARA MALAYSIA, *Shariah resolutions in Islamic Finance*, 2^e éd., 2010, p. 129 et s. Disponible sur : <https://www.islamicfinance.com/wp-content/uploads/2015/01/Shariah-Resolutions-2nd-Edition-En.pdf> (Consulté le 22 septembre 2022). Cette admission est néanmoins soumise à des conditions strictes parmi lesquelles la mauvaise foi du débiteur et la limitation de la pénalité au montant réel du préjudice.

il est admis que les parties stipulent une clause par laquelle le débiteur s'engage, en cas de retard de paiement, à verser une somme forfaitaire ou un pourcentage de la dette au profit d'œuvres caritatives. Il appartient au comité charia de l'institution de s'assurer que les sommes versées sont utilisées à cette fin²⁶³⁷. Cette faculté découle de l'avis des juristes malékites et notamment d'Abu Abd Allah Ibn Nafi et Muhammad Ibn Ibrahim Ibn Dinar qui reconnaissent la validité de l'engagement de don²⁶³⁸. Un auteur a affirmé que le contrat *murabaha* peut contenir une clause pénale, bien qu'il se soit interrogé sur la possibilité pour l'institution de conserver la somme versée²⁶³⁹. La position majoritaire, reprise par les normes de l'AAOIFI, tolère qu'une clause prévoit le versement d'une indemnité en cas de retard ou d'inexécution définitive, mais à la stricte condition qu'elle ne profite pas au créancier mais à des œuvres caritatives.

523 Paiement anticipé. Les parties peuvent prévoir que le paiement anticipé donnera lieu à une réduction de la dette²⁶⁴⁰. Si la prohibition du *riba* proscrit toute augmentation de la dette du débiteur, rien ne s'oppose à sa réduction dès lors que le créancier y consent. Plusieurs hadiths peuvent être invoqués pour asseoir la pratique, le Prophète admettant l'allègement de la dette du débiteur²⁶⁴¹. L'AAOIFI se réfère à l'un d'eux rapportant que Mahomet a enjoint à un créancier de renoncer à la moitié de sa créance en contrepartie de son paiement immédiat²⁶⁴². L'Académie Internationale du Fiqh Islamique reconnaît expressément que le paiement anticipé peut donner lieu à une diminution de la dette²⁶⁴³. La finance islamique se distingue de la finance conventionnelle en ce qu'au sein de cette dernière, il est parfois convenu que le paiement anticipé donne lieu au versement, au profit du créancier, d'une indemnité. Une telle clause est indiscutablement contraire aux principes charaïques, mais valide en droit français bien que le législateur ait estimé nécessaire de l'encadrer voire de

²⁶³⁷ AAOIFI, Norme charaïque n°3, art. 2.1.8 et Norme charaïque n°8, art. 5.6.

²⁶³⁸ AL-HATTAB, *Tharir al-kalam fi masa 'il al-'iltizam*, p. 71-76 cité par AAOIFI, Norme charaïque n°8, Annexe D.

²⁶³⁹ PARLEANI, Gilbert, « Regards pragmatiques sur la finance islamique », *RD bancaire et fin 2012*, dossier 12, spéc. p. 79.

²⁶⁴⁰ AAOIFI, Norme charaïque n°8, art. 5.9.

²⁶⁴¹ *Sahih Al-Bukhari*, hadith n° 2395, 2405 et 2046.

²⁶⁴² AHMED, Arkat (trad.), *Le Sahih d'al-Bukhary*, Vol. 1, hadith n° 457 : « D'après 'Abd-ul-Lâh ben Ka'b en Mâlik, Ka'b [rapporte] avoir demandé le paiement de sa créance d'Ibn Abu Hadrad à l'intérieur de la mosquée. Leurs voix s'élevèrent jusqu'à ce que le Messager de Dieu (ç) les entendît de chez lui. Il sortit les voir, et, en soulevant le rideau de sa chambre, appela: "O Ka'b!- Je suis à toi, ô Messager de Dieu, répondit Ka'b.- Retranche ceci de ta créance, lui commanda le Prophète en lui faisant le signe de la moitié.- Certainement, ô Messager de Dieu!" Et le Prophète de s'adresser à Ibn Abu Hadrad : "[Maintenant] lève-toi et paye-le!" »

²⁶⁴³ Résolution n°64(7/2) de l'Académie Internationale du Fiqh Islamique.

l'interdire en certaines hypothèses²⁶⁴⁴. En tout état de cause, elle ne saurait figurer dans un contrat de finance islamique.

En dépit de quelques spécificités propres au *fiqh*, la réception de la *murabaha* en droit français ne suscite guère de difficultés en raison de son assimilation à une vente.

B) Le cadre juridique français

524 La *murabaha* : une vente ? Au vu de sa définition, l'opération de *murabaha* pourrait se résumer à une double vente. Aux termes de l'article 1582 du Code civil, « *la vente est une convention par laquelle l'un s'oblige à livrer une chose, et l'autre à la payer* ». Dans la *murabaha*, le vendeur originaire vend la chose à l'institution, laquelle la revend ensuite à son client. Indépendamment, chaque contrat constitue une vente. Pour deux auteurs, trois arguments militent en faveur de la qualification du contrat *murabaha* en un contrat de vente²⁶⁴⁵ :

- Le contrat a pour effet de transférer la propriété du bien. Les auteurs établissent un parallèle entre la définition de la *murabaha* et celle du contrat de vente envisagée à l'article 1582 du Code civil.
- Les règles charaïques quant à l'objet de la *murabaha* évoquent les articles 1598 et suivants du Code civil relatifs à l'interdiction de vente des choses hors du commerce et de la chose d'autrui.
- Le prix de la *murabaha* doit être déterminé, ce qui rappelle l'article 1591 du Code civil aux termes duquel le prix doit être déterminé ou du moins déterminable. En la matière, le droit français est néanmoins plus libéral que le droit islamique²⁶⁴⁶.

Pour ces raisons, les auteurs analysent la *murabaha* non en une opération de crédit mais en un contrat de vente. En témoigne, selon eux, la volonté des parties de réaliser une opération d'achat-revente²⁶⁴⁷. Me Chucric-Joseph SERHAL avait pourtant, dans un article précédent, qualifié la *murabaha* « *d'opération de crédit au sens de l'article*

²⁶⁴⁴ C. consom., art. L. 312-24, L. 313-47 et s., L. 315-17 et s.

²⁶⁴⁵ CEKICI, Ibrahim Zeyyad, SERHAL, Chucric Joseph, « L'application du taux effectif global aux contrats de financement islamique », *Banque et droit* 2009, n°126, p. 14.

²⁶⁴⁶ V. nos développements concernant le *gharar*.

²⁶⁴⁷ CEKICI, Ibrahim Zeyyad, SERHAL, Chucric Joseph, *op. cit.*, p. 15.

L.313-1 du Code monétaire et financier »²⁶⁴⁸. Dans sa thèse, Ibrahim Zeyyad CEKICI précise sa pensée en distinguant l'opération du contrat ²⁶⁴⁹. A l'instar de l'auteur, nous pensons que le contrat *murabaha* doit se voir appliquer le régime juridique de la vente (2). L'opération, quant à elle, correspond à une opération de crédit (1). A ce titre, une analogie avec le crédit-bail est pertinente car les deux opérations sont tripartites.

1) La qualification d'opération de crédit

525 Opération de crédit tripartite. L'article L. 313-1 du Code monétaire et financier définit l'opération de crédit comme « *tout acte par lequel une personne agissant à titre onéreux met ou promet de mettre des fonds à la disposition d'une autre personne ou prend, dans l'intérêt de celle-ci, un engagement par signature tel qu'un aval, un cautionnement, ou une garantie* ». L'alinéa 2 ajoute que le crédit-bail est assimilé à une opération de crédit. Le législateur n'a pas jugé opportun d'adopter une définition générale du crédit-bail, préférant préciser chacune des formes qu'il peut adopter²⁶⁵⁰. Aussi convient-il de se reporter à la doctrine. Selon le Pr Thierry BONNEAU « *l'opération de crédit-bail est une technique de crédit par laquelle un client demande à une société de crédit-bail d'acheter à un tiers un bien en vue de le lui louer, cette location étant assortie d'une promesse unilatérale de vente à son profit* »²⁶⁵¹. L'auteur souligne que l'opération de crédit-bail est une opération triangulaire qui ne doit pas être confondue avec le contrat de crédit qui est, avec le contrat de vente, l'une de ses composantes²⁶⁵².

526 Rapprochement avec le crédit-bail. L'opération de *murabaha*, comme celle de crédit-bail, se réalise en deux temps. D'abord l'institution achète le bien auprès du vendeur originaire puis conclut un contrat *murabaha* avec son client. Dans les deux

²⁶⁴⁸ SERHAL, Chucri-Joseph, « La finance islamique : une intégration possible dans le système bancaire français », *Banque & Droit* 2006, n° 106, p. 36 et s., spéc. p. 42.

²⁶⁴⁹ CEKICI, Ibrahim-Zeyyad, *Le cadre juridique français des opérations de crédit islamique* [microfiche], Université de Strasbourg, 2012, paragr. 596. : « *le contrat de mourabaha, et non l'opération de crédit mourabaha, est un contrat de vente à tempérament parce qu'il transfère immédiatement la propriété de la chose à l'acheteur qui rembourse de manière échelonné (sic) le vendeur* »

²⁶⁵⁰ C. mon. fin., art. L. 313-7. Dans sa version initiale, l'article 1^{er} de la loi n°66-455 du 2 juillet 1966 proposait une définition générale du crédit-bail

²⁶⁵¹ BONNEAU, Thierry, *Droit bancaire*, 14^e éd., LGDJ, 2021, paragr. 755.

²⁶⁵² *Ibid.* STORCK, Michel, KOVAR, Jean-Philippe, ERÉSÉO, Nicolas *et al.*, *Droit bancaire*, 2^e éd., Dalloz, 2019, paragr. 2063.

opérations, le premier contrat est une vente qui est soumise au droit commun²⁶⁵³. L'achat du bien, ce qui exclut sa fabrication par le financier, est un préalable à la réalisation de chacune des opérations²⁶⁵⁴. La différence entre l'opération de crédit-bail et l'opération de *murabaha* réside dans le second contrat. Le crédit-bail pourrait être décrit comme la réunion d'un contrat de bail, d'une promesse unilatérale de vente et, occasionnellement, d'un mandat²⁶⁵⁵. Il est pourtant un contrat nommé dont le régime emprunte, en grande partie, au droit commun du louage des articles 1713 et suivants du Code civil²⁶⁵⁶. Le contrat *murabaha* s'analyse quant à lui en une vente à crédit puisque le prix est, en pratique, payé à terme²⁶⁵⁷. Lorsque les parties prévoient que le prix est payable par fractions dues périodiquement, la *murabaha* est plus spécifiquement une vente à tempérament²⁶⁵⁸. Le contrat *murabaha* se distingue du contrat de crédit-bail en ce que le transfert de propriété est concomitant à la conclusion du contrat.

527 Assimilation du crédit-bail à une opération de crédit. En raison de la proximité entre l'opération de crédit-bail et de *murabaha*, il serait critiquable d'écarter la qualification d'opération de crédit. Certes, il pourrait être objecté que si le Code monétaire et financier précise que le crédit-bail est « *assimilé* » à une opération de crédit, c'est qu'il n'en est pas une. Le Pr Thierry BONNEAU critique cette assimilation au motif qu'« *en acquérant le bien, le crédit-bailleur a fait une avance de fonds au locataire* »²⁶⁵⁹. Le crédit-bail est donc une opération de crédit par nature²⁶⁶⁰. En témoigne la nécessité de consentir une promesse unilatérale de vente pour retenir la qualification d'opération de crédit²⁶⁶¹. En présence d'une telle promesse, le financier qui acquiert le bien fait une avance de fonds au locataire²⁶⁶². L'assimilation du crédit-

²⁶⁵³ STORCK, Michel, KOVAR, Jean-Philippe, ERÉSÉO, Nicolas *et al.*, *op. cit.*, paragr. 2070. En ce qui concerne la *murabaha*, la norme 8 de l'AAOIFI énonce que le contrat conclu entre l'institution et le vendeur originaire est soumis aux règles de la vente, V. AAOIFI, norme charaïque n°8, paragr. 2.1.1.

²⁶⁵⁴ Com. 13 avr. 1976, n° 74-12.564, *Bull. civ.* IV, n°127, D. 1976. 695, note Lucas de Leyssac. ; BÉNABENT, Alain, *Droit des contrats spéciaux civils et commerciaux*, 14^e éd., LGDJ, 2021, paragr. 892.

²⁶⁵⁵ L'existence d'une promesse unilatérale de vente est une condition *sine qua non* de la qualification du contrat en crédit-bail, v. Com., 30 mai 1989, *Bull. civ.* IV, n°167, p. 110 ; *Rev. trim. dr. com.*, 1990.93, obs. Bouloc.

²⁶⁵⁶ BÉNABENT, Alain, *op. cit.*, paragr. 894 STORCK, Michel, KOVAR, Jean-Philippe, ERÉSÉO, Nicolas *et al.*, *op. cit.*, paragr. 2073 NEAU-LEDUC, Philippe, PÉRIN-DUREAU, Ariane et NEAU-LEDUC, Christine, *Droit bancaire*, 6^e éd., Dalloz, 2018, paragr. 550.

²⁶⁵⁷ CORNU, Gérard (Dir.), *Vocabulaire juridique*, 13^e éd., PUF, 2020, v° Vente à crédit : « *vente avec terme pour le paiement du prix* ».

²⁶⁵⁸ DELEBECQUE, Philippe, BINCTIN, Nicolas, ANDREU, Lionel, *Opérations bancaires et contrats commerciaux*, *Traité de droit des affaires*, t. 3, 18^e éd., LGDJ, 2018, paragr. 480.

²⁶⁵⁹ BONNEAU, Thierry, *Droit bancaire*, 14^e éd., LGDJ, 2021, paragr. 61.

²⁶⁶⁰ L'auteur qualifie la notion d'opération de crédit de notion générique à contenu variable et la définit sobrement comme « *une mise à disposition de fonds rémunérée* », v. *Ibid.*, paragr. 63 et s.

²⁶⁶¹ Com., 30 mai 1989, préc. note n°2655.

²⁶⁶² STORCK, Michel, KOVAR, Jean-Philippe, ERÉSÉO, Nicolas *et al.*, *Droit bancaire*, 2^e éd., Dalloz, 2019, paragr. 1524 BONNEAU, Thierry, *op. cit.*, paragr. 61.

bail à une opération de crédit résulte de l'article 3 de la loi du 24 janvier 1984 qui employait à l'origine l'expression « sont considérés comme »²⁶⁶³. Raymond DOUYERE, auteur de l'amendement, explique qu'il est « *nécessaire de montrer sans ambiguïté que si le crédit-bail est une opération de crédit pour l'application de la présente loi, celle-ci ne change en rien la nature du crédit-bail. Plus particulièrement, elle ne modifie en rien le régime de la propriété qui lui est applicable* »²⁶⁶⁴. Ainsi, si le législateur a préféré assimiler l'opération de crédit-bail à une opération de crédit plutôt que la qualifier comme telle, c'est afin de préserver le régime juridique spécifique qui lui est applicable. En 1985, Etienne DAILLY demandait au garde des Sceaux, Robert Badinter, si la notion de concours financier pouvait s'étendre au crédit-bail étant donné qu'il n'y a pas d'intérêt à proprement parler. Le ministre lui avait répondu en affirmant que l'opération de crédit-bail ne pouvait s'analyser juridiquement en un concours financier²⁶⁶⁵.

528 Critique de la réponse ministérielle. Nul ne conteste que, du point de vue économique, le crédit-bail constitue une opération de crédit. Le refus du garde des sceaux de l'analyser juridiquement comme telle est critiquable à plusieurs égards. Certes le contrat de crédit-bail peut être décrit comme un bail assorti d'une promesse unilatérale de vente, mais ses spécificités en font un contrat à part entière. Le ministre semble par ailleurs confondre l'opération et le contrat quand il affirme que les « *rappports entre les parties à l'opération* » sont soumis au droit commun du bail. A cet égard, il se méprend encore quand il voit en l'application des règles du louage, et non du prêt, l'exclusion de tout concours financier. Si les prêts à titre onéreux sont des opérations de crédit, ils n'en constituent pas pour autant la catégorie exclusive. Enfin, étant absent de la définition, le versement d'un intérêt n'est pas une condition *sine qua non* de la qualification d'opération de crédit²⁶⁶⁶.

²⁶⁶³ L. n° 84-46 du 24 janvier 1984 relative à l'activité et au contrôle des établissements de crédit

²⁶⁶⁴ 3e séance du 7 décembre 1983: JOAN CR, 8 décembre 1983, p. 6146

²⁶⁶⁵ Note 14 Rép. min. Justice, n° 24675 : J.O. Sénat 3 octobre 1985, p. 1857 : « *le crédit-bail est une opération de crédit au sens économique du terme mais ne s'analyse pas juridiquement comme un concours financier. Il recourt à la technique du bail assorti d'une promesse unilatérale de vente. Les rapports entre les parties à l'opération sont régis par le contrat de louage de choses et non par le contrat de prêt. Si pour garantir le paiement du prix des loyers et du prix de vente un cautionnement a été consenti, l'article 48 ne peut être appliqué et ce d'autant plus, comme le souligne l'auteur de la question, que la location d'un bien ne donne pas lieu par elle-même au versement d'intérêts* »²⁶⁶⁵.

²⁶⁶⁶ Sur ce point, v. *supra* nos développements concernant le *riba* paragr. 112 et s.

529 La murabaha : une opération de crédit au sens du Code monétaire et financier.

Une étude de l’alinéa 1^{er} de l’article L. 313-1 du Code monétaire et financier amène à conclure que l’opération de crédit-bail, et par analogie celle de *murabaha*, est bien une opération de crédit par nature. Deux conditions sont nécessaires à la qualification d’opération de crédit. Il faut qu’une personne, agissant à titre onéreux, mette, ou promette de mettre, des fonds à la disposition d’une autre personne. Dans la *murabaha* la marge constitutive de la rémunération du financier satisfait à la première condition, à savoir que l’acte est réalisé à titre onéreux²⁶⁶⁷. La difficulté concerne la seconde condition. L’achat du bien par l’institution financière s’analyse-t-elle en une mise à disposition de fonds ? Le Pr Thierry BONNEAU affirme, en matière de crédit-bail, que l’acquisition du bien par le crédit-bailleur constitue une avance de fonds au locataire²⁶⁶⁸. L’article L. 313-1 al. 1^{er} du Code monétaire et financier ne précise pas que la mise à disposition doit être réalisée directement²⁶⁶⁹. En outre, l’expression « mise à disposition » n’est pas synonyme de remise. Rien n’impose alors que les fonds soient versés directement au compte du client. En acquérant le bien objet de *murabaha* afin de le revendre on peut estimer que le financier réalise une mise à disposition indirecte de fonds. Le crédit *murabaha* est une mise à disposition indirecte de fonds à titre onéreux qui répond à la définition de l’article L. 313-1 al. 1^{er} du Code monétaire et financier²⁶⁷⁰.

530 La murabaha : une opération de crédit au sens du Code de la consommation.

La qualification d’opération de crédit ne fait non plus aucun doute lorsque le client

²⁶⁶⁷ Le Pr Jean Stoufflet estime, à propos des banques islamiques, que l’absence d’intérêt n’exclut pas la qualification d’opération de crédit. A défaut de précision de l’article L. 313-1 du Code monétaire et financier quant à la forme de la rémunération, la marge bénéficiaire satisfait à l’exigence du caractère onéreux de la mise à disposition des fonds. V. GAVALDA, Christian et STOUFFLET, Jean, *Droit bancaire*, LexisNexis, 2015, paragr. 40 et 48. Sur ce point, v. nos développements concernant le *riba* paragr. 112 et s.

²⁶⁶⁸ BONNEAU, Thierry, *Droit bancaire*, 14^e éd., LGDJ, 2021, paragr. 61.

²⁶⁶⁹ En ce sens, un auteur définit le crédit comme « l’opération, onéreuse ou gratuite, par laquelle une personne avance directement ou indirectement des fonds à une autre, dont elle sera remboursée ultérieurement. Cette avance de fonds est soit directe, par la remise effective d’une somme d’argent, soit indirecte par la renonciation à exiger immédiatement la contrepartie monétaire d’une valeur ou d’un service », v. CATTALANO-CLOAREC, Garance et LOISEAU, Grégoire Préfacier, « Le contrat de prêt », LGDJ, 2015, paragr. 562. V. aussi en ce sens, LEGEAIS, Dominique, *Opérations de crédit*, LexisNexis, 2018, paragr. 22.

²⁶⁷⁰ Pour un avis similaire, v. CEKICI, Ibrahim-Zeyyad, *Le cadre juridique français des opérations de crédit islamique* [microfiche], Université de Strasbourg, 2012, paragr. 597. ; BONNEAU, Thierry, « Finance islamique et réglementation bancaire » in *Mélanges en l’honneur du professeur Michel Germain*, LexisNexis, 2015, p. 153 et s., spéc. paragr. 8 et s. ; LEMEUX, Arnaud, « Les instructions fiscales concernant la mourabaha, l’ijara et l’istisna : une neutralité fiscale affichée, une qualification juridique bancaire en filigrane », RTDF 2010, n°3, p. 86 : « l’effet économique du contrat permet de qualifier cette opération d’opération de crédit au sens du droit français. En effet, l’opération de mourabaha telle qu’envisagée ci-dessus est une opération de crédit au sens de l’article L. 313-1 du Code monétaire et financier car il y a bien une avance de fonds réalisée par le financier pour le compte du client final auprès du vendeur permettant à l’acquéreur de devenir immédiatement propriétaire du bien, tout en payant le prix de manière échelonnée ». Contra LEGEAIS, Dominique, *op. cit.*, paragr. 224. « L’opération est, au regard du droit français, qualifiée de vente, ce qui ne la soumet pas à l’exigence du TEG ».

donneur d'ordre est un consommateur²⁶⁷¹. Bien qu'une *murabaha* puisse être conclue à des fins professionnelles, il ne faut pas occulter qu'elle se présente aussi comme un mode de financement alternatif d'un bien immobilier à fin d'habitation. Dans sa rédaction antérieure à la loi du 1^{er} juillet 2010²⁶⁷², l'article L. 311-2 al. 2 du Code de la consommation assimilait la vente à tempérament à une opération de crédit en raison du paiement échelonné du prix²⁶⁷³. Dans sa formulation actuelle, l'article L. 311-1, 6^o du même code dispose qu'est considérée comme opération ou contrat de crédit, « *un contrat en vertu duquel un prêteur consent ou s'engage à consentir à l'emprunteur un crédit, [...] sous la forme d'un délai de paiement, d'un prêt, y compris sous forme de découvert ou de toute autre facilité de paiement similaire* ». Le texte ne mentionne plus expressément les ventes dont le paiement est « *échelonné, différé ou fractionné* », mais l'expression « *toute autre facilité de paiement* » permet de les intégrer dans le champ d'application du texte²⁶⁷⁴. La définition des opérations de crédit du Code de la consommation s'applique tant aux crédits à la consommation²⁶⁷⁵ qu'aux crédits immobiliers²⁶⁷⁶. Ainsi une *murabaha* conclue entre un établissement de crédit islamique et une personne physique qui n'agit pas à des fins commerciales ou professionnelles est considérée, au regard du Code de la consommation, comme une opération de crédit.

531 Conception extensive de la notion d'opération de crédit par la jurisprudence.

Cela fait d'autant moins de doutes que la jurisprudence retient une conception large de la notion. La Cour de cassation a ainsi estimé que s'analyse en une opération de crédit, la vente d'un téléphone assortie d'un abonnement dont le prix est majoré afin d'y intégrer le coût de l'appareil²⁶⁷⁷. L'arrêt est intéressant à plusieurs égards. La cour d'appel avait cru pouvoir affirmer que la qualification d'opération de crédit suppose que le vendeur consente à l'acquéreur, par l'octroi d'un délai pour payer le prix de la vente après la livraison du bien, une avance que celui-ci doit lui restituer en totalité.

²⁶⁷¹ La loi n° 2014-344 du 17 mars 2014 relative à la consommation introduit un article préliminaire dans le Code de la consommation aux termes duquel le consommateur s'entend de toute personne physique « qui agit à des fins qui n'entrent pas dans le cadre de son activité commerciale, industrielle, artisanale ou libérale ».

²⁶⁷² L. n° 2010-737 du 1^{er} juillet 2010 portant réforme du crédit à la consommation.

²⁶⁷³ C. consom., anc. art. L. 311-2 al.2 « *Pour l'application du présent chapitre, la location-vente et la location avec option d'achat, ainsi que les ventes ou prestations de services dont le paiement est échelonné, différé ou fractionné, sont assimilés à des opérations de crédit* ».

²⁶⁷⁴ STORCK, Michel, KOVAR, Jean-Philippe, ERÉSÉO, Nicolas *et al.*, *Droit bancaire*, 2^e éd., Dalloz, 2019, paragr. 1941.

²⁶⁷⁵ C. consom., art. L. 312-1.

²⁶⁷⁶ C. consom., art. L. 313-1.

²⁶⁷⁷ Com. 7 mars 2018, n° 16-16.645, *D.* 2018. 556 ; *AJ Contrat* 2018. 178, obs. V. Legrand; *RTD com.* 2018, p. 441, obs. D. Legeais

Les juges du droit sanctionnent ce raisonnement. Dans une formulation, qui reprend les termes de l'article L. 311-1, 6° du Code de la consommation, ils énoncent qu'une opération de crédit « *s'entend, notamment, de toute facilité de paiement* ». Selon la chambre commerciale, la majoration du prix de l'abonnement assurait l'opérateur téléphonique du remboursement des sommes qu'il avait avancées pour l'acquisition du terminal mobile. Au vu de cette analyse, il est permis d'affirmer que le financier qui vend un bien à un consommateur en contrepartie du paiement échelonné du prix consent une facilité de paiement. La cour d'appel excluait la qualification d'opération de crédit au motif que la propriété du téléphone est transférée immédiatement en l'absence de clause de réserve de propriété. Il est vrai que la pratique insère régulièrement de telles clauses dans les contrats de crédit. La chambre commerciale refuse toutefois d'en faire une condition exclusive de la qualification d'opération de crédit lorsqu'elle affirme qu'une telle opération « *n'est pas incompatible avec le transfert immédiat de la propriété du bien financé à l'emprunteur* ».

532 Reconnaissance prétorienne de la nature d'opération de crédit de la *murabaha* ? Un arrêt de l'Assemblée plénière du 7 décembre 2015 semble consacrer incidemment la qualification de la *murabaha* en une opération de crédit²⁶⁷⁸. La décision a été davantage commentée par la doctrine pour ses implications dans le domaine des sûretés que pour le montage financier islamique de l'opération. En l'espèce, les parties avaient conclu une *murabaha* garantie par un gage sans dépossession portant sur un stock de marchandises et comprenant un pacte comissoire. Le contrat prévoyait que la sûreté devait être régie par les articles 2333 et suivants du Code civil, à savoir le droit commun du gage. L'emprunteur ayant fait l'objet d'une procédure collective, le liquidateur judiciaire soutenait que le gage ne pouvait être soumis au droit commun. La cour d'appel, statuant sur renvoi, lui avait donné tort²⁶⁷⁹. L'Assemblée plénière adopte une position contraire et casse l'arrêt au visa des articles 2333 du Code civil et

²⁶⁷⁸ Ass. plén., 7 déc. 2015, n° 14-18.435, *D.* 2015. 2556 ; *RTD com.* 2016. 186, obs. B. Bouloc ; *JCP* 2016. 57, note J.-J. Ansault et C. Gijsbers ; *Gaz. Pal.* 16 févr. 2016, p. 30, 257q3, obs. M.-P. Dumont-Lefrand ; *Gaz. Pal.* 12 janv. 2016, p. 22, note S. Piedelièvre ; *Banque & droit* 2016, n°165, p. 84, obs. N. Rontchevsky

²⁶⁷⁹ Paris, 27 févr. 2014, RG n°13/03840 ; *JurisData*, n°2014-005859, *JCP E* 2014.1218, note Y. Paclot ; *RD Bancaire et fin.* 2014, prat. 4, obs. Y. Beckers : « *Qu'aucune disposition n'interdisant aux parties de choisir l'application du droit commun du gage, issu de la réforme de 2006, pour garantir un crédit consenti par un établissement financier à une personne dans le cadre de son activité professionnelle, la société RECOVCO et la BANK OF LONDON ont pu valablement choisir, comme elles l'ont fait, de se référer aux dispositions des articles 2333 et suivants du code civil, comme étant, de leur point de vue, le régime le mieux adapté pour garantir leur opération principale de financement selon les principes islamiques ('Master Murabaha Facility agreement')* ».

L. 527-1 du Code de commerce tels qu'issus de l'ordonnance du 23 mars 2006²⁶⁸⁰. Elle fait application de l'adage « *specialia generalibus derogant* » en énonçant que « *s'agissant d'un gage portant sur des éléments visés à l'article L. 527-3 du code de commerce et conclu dans le cadre d'une opération de crédit, les parties, dont l'une est un établissement de crédit, ne peuvent soumettre leur contrat au droit commun du gage de meubles sans dépossession* ». En visant l'article L. 527-1 du Code de commerce dans sa version alors applicable, l'Assemblée plénière analyse la *murabaha* en une opération de crédit. C'est d'autant plus certain, qu'elle affirme expressément que le gage a été « *conclu dans le cadre d'une opération de crédit* ». D'aucuns pourraient objecter que l'arrêt du 7 décembre 2015 ne s'interrogeait pas sur le régime applicable au contrat *murabaha*, seul le gage était concerné par le pourvoi. On relève par ailleurs, et la formulation est regrettable venant de la formation la plus solennelle de la Haute juridiction, que la *murabaha* est qualifiée de « *contrat de prêt* »²⁶⁸¹. Or, le contrat islamique ne correspond pas à la définition du contrat de prêt et ne peut non plus y être assimilé²⁶⁸².

533 Sécurisation des opérations de *murabaha* par la reconnaissance de la nature d'opération de crédit. La qualification d'opération de crédit apparaît d'autant plus nécessaire qu'à défaut, la *murabaha* pourrait être réalisée par une personne ne disposant pas de la qualité d'établissement de crédit²⁶⁸³. Un tel régime entrainerait, à n'en pas douter, une insécurité en ce qu'il permettrait de s'affranchir de l'agrément délivré par l'ACPR. Il est indispensable, pour le développement de la finance islamique en France, que l'activité de crédit soit exercée par des établissements soumis à un contrôle de solvabilité et d'honorabilité. Considérés isolément, les deux contrats constitutifs de l'opération de *murabaha* doivent se voir appliquer le régime juridique de la vente.

²⁶⁸⁰ Ord. n° 2006-346 du 23 mars 2006 ratifiée par la loi n° 2007-212 du 20 février 2007.

²⁶⁸¹ A ce sujet, le premier avocat général dans cette affaire, Laurent le Mesle, estime que « *cette présentation des faits est peut-être trop simple* » v. LE MESLE, Laurent, « Le gage des stocks encore et toujours », *BJE* janv. 2016, n° 113a1, p. 25

²⁶⁸² L'article 1874 du Code civil distingue le prêt des choses dont on peut user sans les détruire (prêt à usage) de celui des choses qui se consomment par l'usage qu'on en fait (prêt de consommation) . Le prêt à usage 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* » (C. civ., art. 1875). Le prêt de consommation est, quant à lui, « *un contrat par lequel l'une des parties livre à l'autre une certaine quantité de choses qui se consomment par l'usage, à la charge par cette dernière de lui en rendre autant de même espèce et qualité* » (C. civ., art. 1892). Dans un contrat *murabaha* l'institution ne réalise pas un prêt mais une vente. Les textes relatifs au prêt ne sont alors pas applicables.

²⁶⁸³ C. mon. fin., art. L. 511-5

2) *Transposition de la murabaha au moyen de la vente*

534 Implications de la nature tripartite de la *murabaha*. L'opération de *murabaha* consistant en la succession de deux contrats de vente, il convient de distinguer la phase précontractuelle (1) de la phrase contractuelle (2) et de préciser la fiscalité neutre qui peut lui être appliquée en vertu d'une instruction de l'Administration (3).

a) La phase précontractuelle

535 Acquisition du bien par l'institution. Le contrat conclu entre le fournisseur et l'institution ne génère guère de difficultés puisqu'il s'agit d'une simple vente. Il est loisible aux parties de stipuler une clause de dédit en guise de *khiyar al-shart* au cas où le client ne respecterait pas son engagement. La condition résolutoire doit être exclue en principe en raison de l'hostilité du *fiqh* envers tout événement futur et incertain²⁶⁸⁴.

536 Force obligatoire de la promesse. La promesse d'achat du client, bien qu'elle ne soit pas une condition de validité de l'opération, constitue une garantie précieuse pour l'institution. En droit français, la promesse unilatérale est qualifiée de véritable 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* »²⁶⁸⁵. Partant, la promesse unilatérale a force obligatoire et contraint le promettant à exécuter son engagement. Le droit français se distingue en cela de la position majoritaire des *fuqaha* classiques qui considèrent que la promesse constitue un engagement moral et non juridique. L'AAOIFI s'est toutefois référée à une résolution de l'Académie Internationale du Fiqh Islamique, basée sur l'avis de certains juristes malékites, pour

²⁶⁸⁴ CHÉHATA, Chafik, *Théorie générale de l'obligation en droit musulman hanéfite*, Sirey, 1969, paragr. 74 et s. LINANT DE BELLEFONDS, Yvon, *Traité de droit musulman comparé, Vol.1: Théorie générale de l'acte juridique*, Mouton et cie., 1965, paragr. 539 et s.

²⁶⁸⁵ C. civ., art. 1124 al. 1^{er}.

affirmer que la promesse devient juridiquement contraignante dès lors qu'elle a induit des dépenses pour l'une des parties²⁶⁸⁶.

537 Conditions de validité de la promesse unilatérale d'achat La promesse étant qualifiée de contrat en droit français, cela suppose que les prestations des parties soient déterminées, le consentement du bénéficiaire étant le seul élément faisant défaut. Or la *murabaha* appartenant à la catégorie des ventes de confiance, le prix de vente final est fonction du prix d'achat initial ainsi que des frais exposés par l'institution. Il incombe à cette dernière de les déterminer avant de se voir consentir la promesse d'achat par le client. Certes, en droit français, le prix peut n'être que simplement déterminable, mais il doit être déterminé en droit islamique afin de se conformer à la prohibition du *gharar*. Ainsi si l'institution désire intégrer au prix de vente des coûts imprévus, elle est contrainte soit de renoncer à la promesse, au risque que le client n'acquiert pas le bien, soit de renégocier le prix, ce qui implique l'accord du promettant. Il convient, pour satisfaire tant aux préceptes charaïques qu'au droit français, de stipuler que le client s'engage à acquérir la chose sous réserve que l'institution en devienne préalablement propriétaire. Une telle clause s'analyse en une condition suspensive qui ne tombe pas sous le coup de la prohibition des conditions purement potestatives puisque sa réalisation ne dépend pas de la seule volonté du débiteur²⁶⁸⁷. Il est néanmoins permis de s'interroger quant à sa validité au regard des règles du *fiqh*. En principe, une condition suspensive ne peut être stipulée dans un contrat translatif de droits réels parce qu'elle le soumet au *gharar*²⁶⁸⁸. Peut-elle l'être dans la promesse en sachant qu'il suffit au bénéficiaire de lever l'option pour que la vente soit fermée ? Il est difficile de l'affirmer avec certitude, la promesse n'ayant à l'origine aucun caractère contraignant, les auteurs classiques n'ont pas envisagé la question.

Les parties pourraient se dispenser de la condition suspensive, l'institution n'ayant aucun intérêt à lever l'option avant d'avoir acquis et pris possession de la chose. La validité de la promesse ne devrait pas en outre être remise en question au motif que le bénéficiaire n'est pas propriétaire de la chose au moment de la conclusion de l'acte. Le

²⁶⁸⁶ AAOIFI, Norme charaïque n°8, art. 4.2 et Annexe D ; Résolution n°40-41 (5/2 et 5/3) de l'Académie Internationale du Fiqh Islamique.

²⁶⁸⁷ C. civ., art. 1304-2.

²⁶⁸⁸ CHÉHATA, Chafik, *Théorie générale de l'obligation en droit musulman hanéfite*, Sirey, 1969, paragr. 74 et s. LINANT DE BELLEFONDS, Yvon, *Traité de droit musulman comparé, Vol.1: Théorie générale de l'acte juridique*, Mouton et cie., 1965, paragr. 543.

vendeur en puissance n'est tenu d'aucune obligation dans le cadre de la promesse unilatérale d'achat et ne s'engage donc pas à transférer un droit qu'il n'a pas. La nullité ne devrait être envisageable que si le bénéficiaire lève l'option prématurément alors qu'il n'a pas acquis la chose objet de la *murabaha*, l'acquéreur pouvant alors se prévaloir de la règle de l'article 1599 du Code civil²⁶⁸⁹. A condition néanmoins que le vendeur ne soit pas devenu propriétaire de la chose avant l'exercice de l'action²⁶⁹⁰.

538 Promesses synallagmatique. Dans le cadre d'une *murabaha*, il est permis de recourir à une promesse synallagmatique de vente sous réserve qu'elle ne vaille pas vente. Pour cela les parties doivent stipuler un *khiyar al-shart* au profit de l'institution ou de chacune d'elles. L'option entraîne la suspension des effets du contrat à l'égard de son titulaire et, partant, le transfert de propriété²⁶⁹¹. En son absence, le principe est, en droit islamique comme en droit français, que le transfert de propriété opère *solo consensu*²⁶⁹². Les deux systèmes juridiques retiennent encore que la promesse synallagmatique de vente vaut vente, d'où la restriction posée par l'AAOIFI. En droit français, la règle est énoncée par l'article 1589 al. 1er disposant que « *la promesse de vente vaut vente, lorsqu'il y a consentement réciproque des deux parties sur la chose et sur le prix* ».

539 Promesse synallagmatique de vente ne valant pas vente. La règle étant supplétive de la volonté des parties, rien ne leur interdit de conclure une promesse de vente qui ne vaut pas vente²⁶⁹³. Certains auteurs ont envisagé d'inclure dans la promesse une double condition d'acquisition du bien avant échéance d'un terme extinctif d'une part et de réitération de l'accord ou de tout autre élément érigé en élément constitutif du consentement des parties, avant échéance d'un second terme extinctif, d'autre part²⁶⁹⁴. Ils s'interrogent néanmoins quant à la potestativité de la condition suspensive,

²⁶⁸⁹ « *La vente de la chose d'autrui est nulle : elle peut donner lieu à des dommages-intérêts lorsque l'acheteur a ignoré que la chose fût à autrui* ».

²⁶⁹⁰ Civ. 1^{re}, 12 juill. 1962, n°60-13.506, *Bull. civ. I*, n°370 ; Com., 2 juill. 1979, n° 77-16.048, *Bull. civ. IV*, n° 224 ; Gaz. Pal. 1979, 2, somm. p. 527.

²⁶⁹¹ Sur ce point, v. *supra* paragr. 335.

²⁶⁹² Pour le droit français, C. civ., art. 1196 al. 1^{er}. Pour le droit islamique, v. CHÉHATA, Chafik, *Théorie générale de l'obligation en droit musulman hanéfite*, Sirey, 1969, paragr. 49.

²⁶⁹³ En ce sens, v. MIGNOT, Marc, *JCl. Civil Code*, Art. 1589 à 1589-2, fasc. 10, janv. 2021, paragr. 12.

²⁶⁹⁴ DURAND, Frédéric, HAZOUG, Sami, « La murabaha », *RD bancaire et fin.* mars-avril 2011, étude n°16, spéc. paragr. 8.

la jurisprudence retenant la nullité de la vente conditionnée à l'acquisition de la chose par le vendeur²⁶⁹⁵.

Il se pose en premier lieu la question de la validité d'une promesse portant sur une chose qui n'appartient pas encore au vendeur. L'article 1599 du Code civil dispose que la vente de la chose d'autrui est nulle. Par extension, la promesse de vente de la chose d'autrui doit l'être aussi car une personne ne peut s'engager à transférer à autrui plus de droits qu'elle n'en a elle-même²⁶⁹⁶. La nullité est cependant couverte dès lors que le vendeur devient propriétaire de la chose²⁶⁹⁷. La stipulation d'une condition suspensive, en ce qu'elle diffère le transfert de propriété, devrait être en outre permettre d'échapper à la caractérisation de la vente de la chose d'autrui²⁶⁹⁸. Le risque est que le juge considère qu'est potestative la condition d'acquisition du bien par le promettant. Dans un arrêt concernant une vente soumise à une telle condition, la Cour de cassation déduit la potestativité de l'absence tant de délai pour sa réalisation que d'obligations à la charge du vendeur²⁶⁹⁹. Si un auteur a approuvé la décision de la Haute juridiction²⁷⁰⁰, d'autres ont estimé qu'il s'agissait d'une condition mixte dépendant certes de la volonté du vendeur, mais aussi de celle du propriétaire des biens vendus au moment de la formation du contrat²⁷⁰¹. En se référant à la motivation de la Cour, il semble qu'une rédaction adroite de la condition puisse la soustraire à la prohibition de l'article 1304-2 du Code civil. Le texte sanctionne par la nullité l'obligation « *contractée sous une condition dont la réalisation dépend de la seule volonté du débiteur* ». Les parties peuvent ainsi conclure la promesse sous la condition suspensive que le vendeur originaire accepte de vendre la chose au promettant. La potestativité devrait être écartée dès lors qu'il pèse sur le promettant une obligation de moyens et que la condition est enfermée dans un délai. Il suffirait que celui-ci devienne propriétaire de la chose pour que la condition et, partant, la vente se réalisent.

²⁶⁹⁵ V. à titre d'illustration, Civ. 3^e, 13 oct. 1993, n° 91-15.424, *Bull. civ.* III, n° 121 ; *D.* 1994. 231, obs. G. Paisant ; *RTD civ.* 1994. 606, obs. J. Mestre ; *JCP* 1994. II. 22280, note Y. Dagherne-Labbe.

²⁶⁹⁶ Pour un avis similaire, v. MIGNOT, Marc, *JCl. Civil Code*, Art. 1589 à 1589-2, fasc. 20, janv. 2021, paragr. 39.

²⁶⁹⁷ Com., 2 juill. 1979, n° 77-16.048, *Bull. civ.* IV, n° 224 ; *Gaz. Pal.* 1979, 2, somm. p. 527

²⁶⁹⁸ PAISANT, Gilles, « La vente, sous condition suspensive, de la chose acquise sous le seul pouvoir du vendeur », *D.* 1994.231.

²⁶⁹⁹ Civ. 3^e, 13 oct. 1993, préc. note n°2695 : « *Mais attendu qu'ayant relevé que le bien, objet de la vente, était encore la propriété d'un tiers non partie à l'acte et dont le consentement, pour le transfert de propriété à la société Iepso, n'était assorti d'aucun délai, ni d'aucune prévision dans le temps, ni dans les démarches à entreprendre, ce qui avait pour conséquence de placer la vente dans le seul pouvoir de la société qui pouvait, à son seul gré, décider ou non d'acquiescer, sans être, de surcroît, contrainte par un quelconque délai, la cour d'appel en a exactement déduit que la condition d'acquisition du bien, sous laquelle l'obligation de vente avait été contractée, condition dont la défaillance ne retirait au vendeur aucun des avantages stipulés en sa faveur, était purement potestative et, partant, nulle* ».

²⁷⁰⁰ MESTRE, Jacques, « Une bonne illustration d'une condition purement potestative », *RTD Civ.* 1994.606

²⁷⁰¹ PAISANT, Gilles, *op. cit.*; DAGORNE-LABBE, Yannick, note sous Civ. 3e, 13 oct. 1993, préc., *JCP N* 1994.100952

L'opération serait conforme au droit français, mais l'AAOIFI recommande parfois d'observer un délai entre l'acquisition du bien par l'institution et la conclusion du contrat *murabaha*. La seconde condition suggérée par les auteurs révèle alors son intérêt²⁷⁰². La jurisprudence a parfois admis que les parties stipulent que la promesse, ou la vente, est conclue sous la condition suspensive de sa réitération par acte authentique²⁷⁰³ voire du paiement du prix²⁷⁰⁴. Une telle condition est pourtant purement potestative puisque sa réalisation est laissée à l'arbitraire de chacune des parties²⁷⁰⁵. La cour de cassation l'a d'ailleurs reconnu en certaines hypothèses²⁷⁰⁶. La réitération par acte authentique, le paiement du prix ou un élément formateur du contrat ne peuvent par ailleurs être érigés en condition car celle-ci est nécessairement un événement extrinsèque au contrat²⁷⁰⁷. Le recours à la seconde condition doit ainsi être écarté. A supposer que la première condition soit valide, on pourrait envisager que les parties décident de différer l'effet translatif de propriété afin de s'assurer que l'institution ait véritablement pris possession de la chose²⁷⁰⁸. Une telle clause s'avère cependant contraire à la théorie des clauses adjointes car elle s'oppose aux effets que la charia fait produire à l'acte. L'AAOIFI fait quant à elle dépendre la validité de la promesse synallagmatique de la stipulation d'un *khiyar al-shart* pour différer le transfert de propriété, car il suspend les effets du contrat à l'égard de son bénéficiaire. Il semble cependant que la clause de dédit, utilisée pour transposer le *khiyar al-shart* en droit français, ne suspende pas les effets du contrat²⁷⁰⁹.

540 Promesses croisées. Plutôt que de conclure une promesse synallagmatique de vente, l'institution et le client pourraient consentir respectivement une promesse unilatérale de vente et une promesse unilatérale d'achat. En théorie, la technique aurait pour intérêt d'échapper à l'application de l'article 1589 du Code civil. La jurisprudence

²⁷⁰² DURAND, Frédéric, HAZOUG, Sami, *op. cit.*, paragr. 8.

²⁷⁰³ Civ. 3^e, 9 juin 1971, n° 69-14.287, *Bull. civ. III*, n° 364 : La Cour de cassation retient que la vente avait été consentie sous la condition suspensive de sa régularisation par acte authentique.

²⁷⁰⁴ Civ. 3^e, 10 mai 2005, n° 03-19.238: *JCP N* 2006. 1135, obs. S. Piedelièvre ; *Rev. Lamy dr. civ.* janv. 2006, 939, note H. Kenfack ; *RDC* 2005.1076, obs. F. Collart Dutilleul ; Civ. 3^e, 23 juin 2004, n° 03-12.207, *Bull. civ. III*, n° 132 : *D.* 2005.1532, note H. Kenfack ; *RTD civ.* 2005.776, obs. J. Mestre et B. Fages ; Civ. 3^e, 25 janv. 2001, n°09-17.454, *RJDA* 2011, n°508.

²⁷⁰⁵ MIGNOT, Marc, *JCl. Civil Code*, Art. 1589 à 1589-2, fasc. 10, janv. 2021, paragr. 16 ; BÉNABENT, Alain, *Droit des contrats spéciaux civils et commerciaux*, 14^e éd., LGDJ, 2021, paragr. 106.

²⁷⁰⁶ Civ. 3^e, 7 juin 1983, n° 82-10.281, *Bull. civ. III*, n° 132 : *Gaz. Pal.* 1983, 2, pan. jurispr. p. 295, obs. J. Dupichot ; *D.* 1983, IR.481, obs. ch. Larroumet ; *Deffrénois* 1984, art. 33326, n° 48, p. 804, note J.-L. Aubert ; *RTD civ.* 1984.713, obs. J. Mestre ; *Com.*, 23 sept. 1982, n° 81-10.131, *Bull. civ. IV*, n° 284 ; *Deffrénois* 1983, art. 33027, n° 29, p. 401, note G. Vermelle

²⁷⁰⁷ LATINA, Mathias et MAZEAUD, Denis Préfacier, « Essai sur la condition en droit des contrats », LGDJ, 2009, paragr. 38 et s.

²⁷⁰⁸ La faculté est expressément reconnue par l'article 1196 al. 2 du Code civil.

²⁷⁰⁹ V. *supra* paragr. 334.

tend toutefois à considérer que « *l'échange d'une promesse unilatérale d'achat et d'une promesse unilatérale de vente réalise une promesse synallagmatique de vente portant vente définitive dès lors que les deux promesses ont le même objet et qu'elles sont stipulées dans les mêmes termes* »²⁷¹⁰. La Cour de cassation a par la suite montré une inflexion de cette position laissant présager un revirement de jurisprudence²⁷¹¹. Elle semble, en apparence, revenir à la solution précédente dans un arrêt ultérieur²⁷¹², bien que des auteurs suggèrent une analyse différente à l'aune des motifs de la décision²⁷¹³. La requalification des promesses unilatérales croisées en promesses synallagmatiques est justement critiquée en doctrine parce qu'elle méconnaît la volonté réelle des parties. Si ces dernières y ont recours, c'est bien parce qu'elles ont entendu se réserver la faculté de conclure ou non le contrat²⁷¹⁴. Il n'est alors pas pertinent de voir dans les promesses unilatérales croisées une promesse synallagmatique et la technique pourrait être ainsi utilisée dans le cadre d'une opération de *murabaha*. Elle soulève néanmoins les mêmes difficultés que la promesse synallagmatique de vente en ce qui concerne la stipulation d'une condition suspensive.

541 Intérêt relatif de la promesse de vente de l'institution. L'engagement de l'institution de vendre la chose est une gageure qui ne revêt guère d'intérêt. La promesse unilatérale de vente est, contrairement à la promesse d'achat, parfois soumise à un certain formalisme, notamment en matière immobilière. L'article 1589-2 du Code civil impose l'enregistrement de toute promesse unilatérale de vente sous seing privé afférente à immeuble, un droit immobilier, un fonds de commerce, un droit à un bail portant sur tout ou partie d'un immeuble ou sur les titres des sociétés visées aux articles 728 et 1655 ter du Code général des impôts. La promesse est nulle à défaut de l'accomplissement d'une telle formalité dans un délai de dix jours. L'article L. 290-1

²⁷¹⁰ Com., 22 nov. 2005, n°04-12.183, Bull. civ. IV, n°234 : D. 2006. AJ.149, obs. Lienhard ; Bull. Joly 2006. 377, note Couret et Cesbron ; RTD civ. 2006. 302, obs. Mestre et Fages. V. aussi, Com., 19 déc. 1989, n°88-10.967 ; Civ. 3°, 26 juin 2002, n°00-20.244 : RTD civ. 2003.77, obs. Mestre et Fages

²⁷¹¹ Com., 14 janv. 2014, Gaz. Pal, 13 fév. 2014, n°44 p.8, note M. Mignot ; Bull. Joly 2014.384, note Ph. Briand.

²⁷¹² Com., 27 sept. 2017, n°16-13.112, RTD Civ. 2017.859, note H. Barbier ; RTD com. 2017.935, note J. Moury ; Rev. sociétés 2018. 27, note S. Kouhaiz ; RDC 2018.11, note T. Genicon, Bull. Joly. Soc 2018.87, note M. Buchberger. : « Mais attendu, en premier lieu, qu'après avoir rappelé les dispositions de l'article 1589 du code civil, l'arrêt retient que l'article 8 du protocole d'accord du 13 octobre 2005 contient des promesses croisées d'achat et de vente, l'associé minoritaire promettant de vendre ses titres si l'associé majoritaire le lui demande, et l'associé majoritaire promettant d'acquiescer les titres minoritaires si le minoritaire entend sortir de l'association, le tout selon un prix déterminable ; que c'est sans méconnaître les conséquences légales de ses constatations que la cour d'appel a retenu que les promesses d'achat et de vente que s'étaient consenties les parties étaient synallagmatiques, ayant le même objet et stipulées dans les mêmes termes, et partant, que la vente était parfaite dès la levée de l'option ».

²⁷¹³ GENICON, Thomas, note préc. sous Com., 27 sept. 2017 ; MOURY, Jacques, note préc. sous Com., 27 sept. 2017.

²⁷¹⁴ En ce sens, MIGNOT, Marc, JCl. Civil Code, Art. 1589 à 1589-2, fasc. 20, janv. 2021, paragr. 12 ; BRIAND, Philippe, note préc. sous Com., 14 janv. 2014 ; ; MOURY, Jacques, note préc. sous Com., 27 sept. 2017.

du Code de la construction et de l'habitation requiert que la promesse, unilatérale ou synallagmatique, de vente soit constatée par acte authentique si elle a pour objet la cession d'un immeuble ou d'un droit réel immobilier et que sa validité est supérieure à dix-huit mois. La promesse synallagmatique de vente, même assortie d'une condition suspensive, doit être publiée pour disposer d'un effet *erga omnes*²⁷¹⁵. La promesse unilatérale d'achat est moins contraignante puisqu'elle échappe à l'obligation d'enregistrement prévue par l'article 1589-2 du Code civil²⁷¹⁶. Dans le cadre d'une opération *murabaha*, l'institution acquiert la chose à la demande du client dans l'intention de lui revendre et n'a aucun intérêt à la conserver. L'engagement de vendre la chose une fois acquise apparaît superfétatoire dès lors que l'institution peut se prévaloir de la promesse unilatérale d'achat.

542 Le *hamish jiddiyah* et promesse d'achat. En sus de la promesse unilatérale d'achat, l'institution est en droit de demander au client le versement d'une certaine somme d'argent²⁷¹⁷. En droit français, le fondement de cette faculté n'est autre que celui du principe de la liberté contractuelle. Elle s'avère toutefois restreinte en certains domaines lorsque la promesse unilatérale porte sur un bien ou droit immobilier. Issu de la loi « SRU » du 13 décembre 2000²⁷¹⁸, l'article 1589-1 du Code civil dispose qu'est « *frappé de nullité tout engagement unilatéral souscrit en vue de l'acquisition d'un bien ou d'un droit immobilier pour lequel il est exigé ou reçu de celui qui s'engage un versement, quelle qu'en soit la cause et la forme* ». Critiqué, le dispositif a été conçu en réaction à la pratique dite des « offres d'achat » exigeant des potentiels acquéreurs le versement d'une somme d'argent à titre de garantie du sérieux de leur engagement et permettant ainsi aux professionnels de les mettre en concurrence²⁷¹⁹. Il en résulte que le versement d'un *hamish jiddiyah* est exclu si la promesse d'achat a pour objet un immeuble ou un droit immobilier. Or, la *murabaha* présente un intérêt certain comme substitut au crédit immobilier conventionnel. Dans les autres domaines, la règle n'a pas vocation à s'appliquer et les parties peuvent envisager le *hamish jiddiyah*²⁷²⁰. Son

²⁷¹⁵ D. n°55-22 du 4 janvier 1955 portant réforme de la publicité foncière, art. 28,1°,a.

²⁷¹⁶ Civ. 3°, 18 mars 1975, n° 73-14.524, Bull. civ. III, n° 112.

²⁷¹⁷ AAOIFI, Norme charaïque n°8, art. 2.5.3.

²⁷¹⁸ Loi n° 2000-1208 du 13 décembre 2000 relative à la solidarité et au renouvellement urbains.

²⁷¹⁹ Pour une critique du dispositif, v. ALBRIEUX, Sandrine, « La prohibition des offres d'achat en matière immobilière dans l'article 1589-1 du Code civil : un dispositif maladroite et inefficace », *Contrats, conc. consom.* 2006, n°3, étude 4. Sur les difficultés d'interprétation qu'il soulève, v. PRIGENT, Stéphane, « Les difficultés d'interprétation de l'article 1589-1 du Code civil », *AJDI* 2003.166.

²⁷²⁰ En ce sens, v. PRIGENT, Stéphane, préc *supra*.

exclusion en matière immobilière est compensée par la possibilité de contraindre le promettant à l'exécution forcée de son engagement, l'AAOIFI l'admet et l'article 1124 al. 2 du Code civil prévoit que la « *révocation de la promesse pendant le temps laissé au bénéficiaire pour opter n'empêche pas la formation du contrat promis* »²⁷²¹.

543 Nature du *hamish jiddiyyah*. Il se pose la question de la qualification en droit français d'un tel versement. Dans le cadre d'une promesse unilatérale de vente, les parties envisagent parfois le versement d'une indemnité d'immobilisation qui « *constitue le prix de l'exclusivité consentie au bénéficiaire de la promesse* »²⁷²². Or, en présence d'une promesse unilatérale d'achat, le droit d'option appartient au vendeur, l'indemnité d'immobilisation ne se justifie donc pas. La somme versée par le promettant ne peut pas être perçue comme la contrepartie d'un avantage concédé par le bénéficiaire.

544 Distinction du *hamish jiddiyyah* de la clause pénale. Une autre qualification paraît *a priori* envisageable, celle de clause pénale. Un tel rapprochement est écarté s'agissant de l'indemnité d'immobilisation car l'acheteur est le bénéficiaire de l'option. Il n'est ainsi tenu à aucune obligation et son refus de lever l'option ne peut en aucun cas s'assimiler à une inexécution du contrat puisqu'il s'agit de l'exercice d'un droit²⁷²³. En revanche, s'agissant d'une promesse unilatérale d'achat, le promettant s'oblige à acquérir la chose si le bénéficiaire lève l'option. La somme versée peut alors être perçue par le juge comme une clause pénale compensatoire et ce d'autant plus que le *hamish jiddiyyah* vise à indemniser le bénéficiaire du préjudice subi en cas d'inexécution par le promettant de son engagement²⁷²⁴. L'article 1231-5 al. 1^{er} du Code civil prévoit cependant que le versement du montant de la clause pénale intervient en cas de manquement au contrat tandis que le paiement du *hamish jiddiyyah* a lieu au moment de la conclusion de la promesse. En outre, l'institution ne peut prélever sur le *hamish jiddiyyah* que la somme correspondant au préjudice subi tandis que la clause pénale

²⁷²¹ Concernant le droit islamique, v. AAOIFI, Norme charaïque n°49, art. 3.5. V. cependant, Norme charaïque n°8, art. 4.1 laissant suggérer le contraire.

²⁷²² Civ. 1^{re}, 5 déc. 1999, n°93-19.874, *Bull. civ.* I, n°452

²⁷²³ En ce sens, BRUNAU, Geoffroy, « La clause prévoyant le versement d'une indemnité d'immobilisation dans les promesses unilatérales de vente », *Contrats, conc. consom* 2016, n°8, form. 8 ; RAYNARD, Jacques et SEUBE, Jean-Baptiste, *Droit des contrats spéciaux*, 10^e éd., LexisNexis, 2019, paragr. 58 COLLART DUTILLEUL, François et DELEBECQUE, Philippe, *Contrats civils et commerciaux*, 11^e éd., Dalloz, 2019, paragr. 56.

²⁷²⁴ AAOIFI, Norme charaïque n°8, art 2.5.3.

détermine une réparation forfaitaire. En dépit d'une certaine proximité, les deux notions ne peuvent être assimilées.

545 Distinction du *hamish jiddiyyah* des arrhes. Le *hamish jiddiyyah* pourrait encore évoquer les arrhes qui confèrent la faculté pour l'une, ou l'ensemble, des parties de mettre fin au contrat. Dans sa thèse, un auteur a d'ailleurs qualifié le *hamish jiddiyyah* de « sorte d'arrhes »²⁷²⁵. Il est vrai que les parties peuvent décider que le montant s'imputera au prix de vente en cas de réalisation de la *murabaha*. L'institution doit cependant restituer la partie qui excède le préjudice réel dans le cas où le client n'exécute pas son obligation. Dans le cadre d'un contrat de vente conclu entre un consommateur et un professionnel, l'article L. 214-1 du Code de la consommation prévoit que les sommes versées d'avance sont des arrhes au sens de l'article 1590 du Code civil à moins que les parties en aient convenu autrement. Au sens de l'article 1590 al. 2 du Code civil, les arrhes sont conservées dans leur intégralité si celui qui les a données se dédit. Surtout, les arrhes confèrent un droit de repentir, ce qui n'est pas le cas du *hamish jiddiyyah*. Le versement du « gage de sérieux » par le client ne fait pas obstacle à ce que l'institution demande l'exécution forcée de la promesse²⁷²⁶. De surcroît, l'AAOIFI distingue nettement le *hamish jiddiyyah* des arrhes dont le principe est aussi connu en droit islamique²⁷²⁷.

546 *Hamish jiddiyyah* et dépôt de garantie. Selon certains auteurs, la somme versée par le promettant à l'occasion d'une promesse unilatérale d'achat aurait plutôt « la nature d'un « dépôt de garantie » qui renforce le sérieux de l'engagement d'acquiescer pris par le promettant »²⁷²⁸. Bien qu'elle ne soit pas idoine, une telle qualification sied davantage au *hamish jiddiyyah*. Elle a pour intérêt de correspondre en partie à la traduction en français de la notion ainsi qu'à sa présentation par l'AAOIFI²⁷²⁹. La notion de dépôt de garantie se rencontre notamment en matière de bail d'habitation²⁷³⁰.

²⁷²⁵ CEKICI, Ibrahim-Zeyyad, *Le cadre juridique français des opérations de crédit islamique* [microfiche], Université de Strasbourg, 2012, paragr. 219 et 639. L'auteur opère aussi un rapprochement avec le dépôt de garantie v. *Ibid.*, paragr. 520.

²⁷²⁶ L'article 3.5 de la norme n°49 de l'AAOIFI reconnaît au bénéficiaire de la promesse le droit de contraindre le promettant à l'exécuter.

²⁷²⁷ AAOIFI, Norme charaïque n°5, art. 6.8.2 et norme charaïque n°8, art. 2.5.3.

²⁷²⁸ COLLART DUTILLEUL, François et DELEBECQUE, Philippe, *Contrats civils et commerciaux*, 11^e éd., Dalloz, 2019, paragr. 55.

²⁷²⁹ Dans la version française officielle des normes de l'AAOIFI, l'expression *hamish jiddiyyah* est traduite par « gage de sérieux ».

²⁷³⁰ Le dépôt de garantie est aussi envisagé dans le cadre de la vente d'immeuble à construire, v. CCH, art. L. 261-15.

Aux termes de l'article 22 de la loi du 6 juillet 1989, il vise à « *garantir l'exécution de ses obligations locatives par le locataire* » et prend la forme d'une somme d'argent versée au bailleur²⁷³¹. Ce dernier peut déduire du dépôt de garantie les sommes restant dues par le locataire ainsi que les sommes dont il pourrait être tenu à sa place²⁷³². Cela tend à rapprocher le *hamish jiddiyyah* du dépôt de garantie puisque l'institution ne peut prélever dans ce premier que le montant correspondant au préjudice subi. Il ne saurait être nié pour autant que le *hamish jiddiyyah* est une garantie *sui generis* qui emprunte à la clause pénale et aux arrhes. Il peut être qualifié de sûreté réelle en ce qu'il porte sur une somme d'argent destinée à garantir l'exécution par le promettant de son obligation.

547 Consécration de la cession de somme d'argent à titre de garantie. L'ordonnance n° 2021-1192 du 15 septembre 2021 portant réforme du droit des sûretés pourrait faciliter la réception du *hamish jiddiyyah* en droit français. Elle introduit au sein du Livre IV du Code civil, consacré aux sûretés, une sous-section intitulée « De la cession de somme d'argent à titre de garantie » qui dissipe en partie les incertitudes liées à la pratique²⁷³³. Le nouvel article 2374 du Civil prévoit désormais que « *la propriété d'une somme d'argent, soit en euro soit en une autre monnaie, peut être cédée à titre de garantie d'une ou plusieurs créances, présentes ou futures* ». Pour que la cession soit valide, il est impératif qu'elle soit conclue par écrit désignant les créances garanties²⁷³⁴. Le cessionnaire peut en principe librement disposer de la somme cédée, ce qui lui est interdit sans l'accord du cédant s'agissant du *hamish jiddiyyah*²⁷³⁵. Les parties peuvent toutefois prévoir le contraire afin de se conformer aux règles du *fiqh*²⁷³⁶. Dans ce cas, les fruits produits par la somme d'argent accroissent l'assiette de la garantie, mais il est à nouveau loisible aux parties d'y déroger²⁷³⁷. Cela permet d'envisager que les

²⁷³¹ Loi n° 89-462 du 6 juillet 1989 tendant à améliorer les rapports locatifs et portant modification de la loi n° 86-1290 du 23 décembre 1986, art. 22. L'article ne mentionne pas expressément que le dépôt de garantie correspond à une somme d'argent, mais l'article précise qu'il est « versé » au bailleur.

²⁷³² *Ibid.*, art. 22 al. 3 et 4.

²⁷³³ En ce sens, HONTEBEYRIE, Antoine, EVVA, Barna, « La consécration légale de la cession de somme d'argent à titre de garantie », *Revue Banque* 2021, n°855, p. 68 et s. Les auteurs s'expriment sur le projet d'ordonnance entièrement repris sur ce point par l'ordonnance du 15 septembre 2021.

²⁷³⁴ C. civ., art. 2374-1. Le texte précise que si les créances garanties sont futures, « *l'acte doit permettre leur individualisation ou contenir des éléments permettant celle-ci tels que l'indication du débiteur, le lieu de paiement, le montant des créances ou leur évaluation et, s'il y a lieu, leur échéance* ».

²⁷³⁵ AAOIFI, Norme charaïque n°5, art. 2.5.3 et s.

²⁷³⁶ C. civ., art. 2374-3.

²⁷³⁷ C. civ., art. 2374-4 al. 1^{er}.

parties puissent décider de faire fructifier la somme sur la base d'une *mudarabah* comme l'envisage l'AAOIFI²⁷³⁸.

Il est toutefois difficile, au regard de sa nature et de son régime, de qualifier le *hamish jiddiyyah* de véritable sûreté. Pour le Pr Pierre CROCQ, « une sûreté est l'affectation à la satisfaction du créancier d'un bien, d'un ensemble de biens ou d'un patrimoine, par l'adjonction aux droits résultants normalement pour lui du contrat de base, d'un droit d'agir, accessoire de son droit de créance, qui améliore sa situation juridique en remédiant aux insuffisances de son droit de gage général, sans être pour autant une source de profit, et dont la mise en œuvre satisfait le créancier en éteignant la créance en tout ou partie, directement ou indirectement »²⁷³⁹. Certes le créancier ne pouvant prélever sur le *hamish jiddiyyah* que le montant correspondant à son préjudice réel, il ne peut, comme pour une sûreté, s'enrichir à cette occasion. Le « gage de sérieux » islamique ne vise cependant pas à améliorer la situation du créancier, mais à le rassurer sur la volonté du promettant d'exécuter son engagement. En outre, le montant du *hamish jiddiyyah* étant nécessairement très inférieur au prix, du bien, il ne saurait suffire à satisfaire le créancier, bien qu'il améliore en partie sa situation.

548 Le *hamish jiddiyyah* : une garantie désuète. La pratique du *hamish jiddiyyah* se justifiait au temps où les auteurs classiques n'avaient tout caractère contraignant à la promesse unilatérale de contrat. Les juristes de l'AAOIFI, se fondant sur l'avis de l'école malékite, considèrent désormais que la promesse de contrat a force obligatoire dès lors que son inexécution causerait un préjudice à son bénéficiaire²⁷⁴⁰. Ce dernier peut ainsi contraindre le promettant à honorer son engagement²⁷⁴¹. L'exécution forcée de la promesse apparaît préférable au *hamish jiddiyyah* qui suppose que le bénéficiaire vende le bien à un tiers afin de pouvoir déduire de la garantie le montant de son préjudice²⁷⁴². Le recours au *hamish jiddiyyah* est par ailleurs rendu impossible en matière immobilière qui constitue le domaine d'usage principal de la *murabaha*²⁷⁴³. Pour ces raisons, il n'est pas nécessaire de transposer le *hamish jiddiyyah* en droit français.

²⁷³⁸ AAOIFI, Norme charaïque n°8, art. 2.5.3.

²⁷³⁹ CROCQ, Pierre, *Propriété et garantie*, th. Paris III, LGDJ, 1995, paragr. 282.

²⁷⁴⁰ AAOIFI, Norme charaïque n°49, art. 3.4.

²⁷⁴¹ *Ibid.*, art. 3.5.

²⁷⁴² La vente du bien à un tiers est d'autant plus difficile que le bien présente certaines spécificités.

²⁷⁴³ C. civ., art. 1589-1

549 Inadéquation du cautionnement à la transposition de la « garantie de bonne exécution ». L'institution peut demander au client, outre le *hamish jiddiyyah*, qu'il garantisse la bonne exécution du contrat entre elle et le vendeur originaire²⁷⁴⁴. Dans la version française officielle des normes de l'AAOIFI, la « garantie de bonne exécution » se voit qualifiée de cautionnement. Ce serait cependant une erreur que de la qualifier ainsi en droit français car elle ne répond pas à la définition du cautionnement. Aux termes de l'article 2288 al. 1^{er} du Code civil, le cautionnement est « *le contrat par lequel une caution s'oblige envers le créancier à payer la dette du débiteur en cas de défaillance de celui-ci* ». Or, il n'est pas question dans cette « garantie de bonne exécution » que le client s'engage à payer la dette du vendeur originaire. Il appartient simplement au premier de supporter le préjudice subi par l'institution au cas où le vendeur manquerait à son obligation de délivrance conforme²⁷⁴⁵. Une autre qualification apparaît davantage adaptée afin de transposer la garantie de bonne exécution en droit français, celle du porte-fort.

550 Adéquation de la promesse de porte-fort En principe, « *on ne peut s'engager en son propre nom que pour soi-même* »²⁷⁴⁶. L'article 1204 al. 1^{er} du Code civil dispose cependant qu'« *on peut se porter fort en promettant le fait d'un tiers* ». La formulation générale du texte permet d'englober deux mécanismes, que la jurisprudence distingue, que sont le porte-fort de ratification et le porte-fort d'exécution²⁷⁴⁷. Le premier, qui correspond à la conception classique de la promesse de porte-fort, se définit comme « *l'engagement personnel autonome d'une personne qui promet à son cocontractant d'obtenir l'engagement d'un tiers à son égard* »²⁷⁴⁸. Le second a d'abord été présenté comme l'engagement accessoire à l'engagement principal d'un tiers d'y satisfaire si le

²⁷⁴⁴ AAOIFI, Norme charaïque n°8, art. 2.5.1.

²⁷⁴⁵ *Ibid.*

²⁷⁴⁶ C. civ., art. 1203.

²⁷⁴⁷ Le rapport au Président de la République accompagnant l'ordonnance du 10 févr. 2016 affirme en ce sens : « *L'alinéa 1er en propose tout d'abord une définition ouverte, incluant aussi bien le « porte-fort de ratification » (c'est-à-dire lorsque le promettant se porte fort d'obtenir le consentement à un acte qui est déjà négocié et conclu), le porte-fort dit « de conclusion » (lorsque dans un acte le promettant s'engage auprès du bénéficiaire à ce qu'un tiers conclue un autre acte juridique), que le « porte-fort d'exécution » (c'est-à-dire lorsqu'il s'engage à ce qu'un tiers exécute un contrat conclu avec le bénéficiaire, à titre de « garantie »)* », v. Rapport au Président de la République relatif à l'ordonnance n° 2016-131 du 10 février 2016 portant réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations : JO, 11 février 2016, n°0035, texte n°25. V. aussi CHANTEPIE, Gaël et LATINA, Mathias, *La réforme du droit des obligations*, 2e éd., Dalloz, 2018, paragr. 563.

²⁷⁴⁸ Civ. 1^{re}, 25 janv. 2005, n°01-15.926, *Bull. civ. I*, n°43; *RTD Civ.* 2005.391, obs. J. Mestre et B. Fages; *JCP E* 2005.1860, obs. Ph. Simler.

tiers ne l'exécute pas lui-même²⁷⁴⁹, ce qui avait pour effet d'entraîner une confusion avec le cautionnement²⁷⁵⁰. Dans un arrêt ultérieur, la chambre commerciale de la Cour de cassation a fait évoluer la définition pour retenir que « *le porte-fort, débiteur d'une obligation de résultat autonome, est tenu envers le bénéficiaire de la promesse, des conséquences de l'inexécution de l'engagement promis* »²⁷⁵¹. Ainsi conçu, le porte-fort d'exécution est un contrat de garantie qui sied davantage que le cautionnement à transposer la garantie de bonne exécution car le promettant n'est pas tenu de satisfaire à l'engagement du tiers. Un arrêt rendu sous l'empire du droit antérieur à l'ordonnance du 10 février 2016 a d'ailleurs rappelé que l'inexécution de la promesse de porte-fort ne peut être sanctionnée que par le versement de dommages-intérêts²⁷⁵². Le principe est repris au deuxième alinéa de l'article 1204 du Code civil énonçant que le promettant peut être condamné à des dommages-intérêts si le tiers n'accomplit pas le fait promis. La garantie de bonne exécution admise par l'AAOIFI dans les opérations de *murabaha* est ainsi transposable sur le fondement du porte-fort d'exécution. Il convient toutefois de rappeler qu'un tel engagement du client n'est en rien obligatoire²⁷⁵³.

Dès lors que l'institution a acquis le bien identifié par le client, elle peut lui revendre au moyen du contrat *murabaha* qui, en droit français, doit se voir appliquer les règles de la vente.

b) La phase contractuelle

551 Recours préalable à la promesse unilatérale d'achat. L'AAOIFI précise que l'institution ne peut considérer que le contrat *murabaha* est conclu du seul fait de l'acquisition de la chose²⁷⁵⁴. En droit français, dès lors qu'elle dispose d'une promesse

²⁷⁴⁹ Com., 13 déc. 2005, n°03-19.217, *Bull. civ. IV*, n°256; *D.* 2006, obs. X. Delpéch; *ibid.* 2244, chron. D. Arlie; *ibid.* 2856, obs. P. Crocq : « celui qui se porte fort pour un tiers en promettant la ratification par ce dernier d'un engagement est tenu d'une obligation autonome dont il se trouve déchargé dès la ratification par le tiers, tandis que celui qui se porte fort de l'exécution d'un engagement par un tiers s'engage accessoirement à l'engagement principal souscrit par le tiers à y satisfaire si le tiers ne l'exécute pas lui-même ».

²⁷⁵⁰ FABRE-MAGNAN, Muriel, *Droit des obligations: 1-Contrat et engagement unilatéral*, 5^e éd., Presses Universitaires de France, 2019, paragr. 822. « A la différence de la caution, le porte-fort ne paie en effet pas la dette du tiers, mais sa propre dette autonome qui est une dette de responsabilité, calculée selon les mécanismes de la responsabilité contractuelle ».

²⁷⁵¹ Com., 1^{er} avril 2014, n°13-10.629, *Bull. civ. IV*, n°67 : *D.* 2014.1185, note B. Dondero ; *ibid.* 1610, obs. P. Crocq ; *AJCA* 2014.128, obs. Y. Picod ; *RTD com* 2014.309, obs. B. Saintourens ; *JCP* 2014, n°752, obs. Y. Dagorne-Labbe ; *Contrats, conc. consom.* 2014, n°150, obs L. Leveueur.

²⁷⁵² Civ. 1^{re}, 7 mars 2018, n°15-21.244, *Bull. civ. I*, n°43, *JCP G* 2018.604, note A. Latil ; *JCP E* 2018.1418, n° 6, obs. M.-P. Dumont-Lefrand ; *Contrats, conc. consom.* 2018, comm. 104, obs. L. Leveueur ; *RTD civ.* 2018.396, obs. H. Barbier ; *RDC* 2018.341, obs. T. Genicon ; *ibid.*, p. 252, obs. G. Viney ; *JCP N* 2019.1007, chron. Ph. Simler et Ph. Delebecque.

²⁷⁵³ AAOIFI, Norme charaïque n°8, art 2.5.1

²⁷⁵⁴ *Ibid.*, art. 4.1.

unilatérale d'achat, et que la condition suspensive est accomplie, il suffit à l'institution de lever l'option pour que la vente soit formée. La promesse d'achat suppose en effet que les parties ont déjà déterminé les éléments essentiels du contrat *murabaha* et notamment le prix. Elles peuvent cependant décider d'en modifier les termes par consentement mutuel. L'AAOIFI fait obligation à l'institution de faire bénéficier le client de tout rabais qu'elle pourrait obtenir de la part du vendeur originaire²⁷⁵⁵. A cette fin les parties peuvent prévoir que l'éventuel rabais sera déduit du prix du contrat *murabaha*.

552 Clauses exonératoires ou limitatives de la garantie des vices²⁷⁵⁶. L'institution est en principe tenue de garantir la chose contre les vices ignorés par l'acquéreur en droit islamique et cachés en droit français. Si dans le premier les parties peuvent librement stipuler que le vendeur ne sera obligé à aucune garantie, une telle clause n'est admise dans le second qu'entre professionnels de la même spécialité²⁷⁵⁷. Le rapport Jouini-Pastré a dénoncé l'hostilité de la jurisprudence à l'égard des clauses limitatives ou exonératoires de la garantie des vices cachés qui ne ferait aucun sens dans le cadre d'opérations temporaires d'achat/revente. Ses auteurs ont ainsi suggéré de « *prévoir que, lorsque la revente du bien financé intervient concomitamment au premier achat, le Financier revendeur puisse être exonéré de la garantie des vices cachés (qui reposerait alors toute entière sur le vendeur initial)* »²⁷⁵⁸. Une telle réforme serait à n'en pas douter propice au développement des opérations de *murabaha* en ce qu'elle réduirait les risques auxquels l'établissement de crédit est exposé. Elle n'est cependant pas indispensable car la marge bénéficiaire de l'institution se justifie non seulement par le service qu'elle fournit, mais aussi par l'obligation d'accepter de reprendre le bien si l'acquéreur découvre un défaut²⁷⁵⁹.

553 Résolution de la *murabaha* en cas de refus de l'acheteur de prendre livraison de la chose. L'obligation de l'acheteur de prendre livraison de la chose est le corollaire

²⁷⁵⁵ AAOIFI, Norme charaïque n°8, art. 4.5.

²⁷⁵⁶ Sur la garantie des vices dans le *fiqh* et en droit français, v. nos développements consacrés à l'option pour vice paragr. 277 et s.

²⁷⁵⁷ Sur ce point, v. nos développements consacrés au *khiyar al-'ayb*

²⁷⁵⁸ JOUINI, Elyes, PASTRÉ, Olivier, MESTRALLET, Gérard *et al.*, *La finance islamique*, Economica, 2009, p. 104. V. aussi, SAINT MARC, Gilles, « La finance islamique: un enjeu pour la France » in CENTRE FRANÇAIS DE DROIT COMPARÉ, *La finance islamique*, Société de législation comparée, 2009, p. 108.

²⁷⁵⁹ EL-GAMAL, Mahmoud, *Finance islamique*, De Boeck, 2010, p. 98. L'exonération de la garantie des vices de la chose est une exception à la règle, rien n'oblige les parties à la stipuler.

de l'obligation de délivrance du vendeur. En matière immobilière, ces obligations sont accomplies à l'occasion de la remise des clefs ou des titres de propriétés²⁷⁶⁰. Elles ne suscitent pas non plus de difficultés en matière de meubles incorporels, la remise matérielle étant exclue²⁷⁶¹. Il en est autrement en présence de meubles corporels où l'obligation de l'acheteur suppose un acte positif appelé retraitement²⁷⁶². L'article 1657 du Code civil prévoit la résolution de plein droit de la vente de « *denrées et effets mobiliers* » si l'acheteur n'accomplit pas son obligation de retraitement à l'expiration du délai convenu²⁷⁶³. Il est admis de longue date que le texte intéresse toutes les ventes mobilières²⁷⁶⁴. La sanction n'intervenant qu'à l'expiration du terme convenu, il convient de s'interroger quant à l'hypothèse où les parties ne l'ont pas précisé. La lettre du texte suggère que la stipulation du terme est une condition *sine qua non* de la résolution de plein droit²⁷⁶⁵. La jurisprudence reconnaît que le terme puisse résulter des usages locaux ou commerciaux²⁷⁶⁶. Il peut encore être implicite et se déduire de l'intention des parties sous réserve qu'elle soit certaine²⁷⁶⁷. Dans ces situations, ou lorsque les parties ont convenu d'un délai pour le retraitement, il n'est nullement besoin de stipuler une clause résolutoire pour prévoir, comme le recommande la norme n°8 de l'AAOIFI, que l'institution puisse procéder à la résolution de la vente²⁷⁶⁸. Par dérogation au droit commun, l'article 1657 du Code civil énonce que la résolution opère « *de plein droit et sans sommation* », ce qui dispense le vendeur de mettre en demeure l'acheteur d'exécuter son obligation de retraitement. En dehors du cas où le délai a été fixé par les parties ou puisse être déduit, la résolution de la vente ne peut intervenir que dans les conditions de droit commun des articles 1224 et suivants du Code civil. En tout état de cause, les parties peuvent toujours stipuler une clause résolutoire et décider d'écarter la mise en demeure, en principe obligatoire, comme l'autorise le second alinéa

²⁷⁶⁰ C. civ., art. 1605 : « *L'obligation de délivrer les immeubles est remplie de la part du vendeur lorsqu'il a remis les clefs, s'il s'agit d'un bâtiment, ou lorsqu'il a remis les titres de propriété* ».

²⁷⁶¹ C. civ., art. 1607 : « *La tradition des droits incorporels se fait, ou par la remise des titres, ou par l'usage que l'acquéreur en fait du consentement du vendeur* ».

²⁷⁶² CORNU, Gérard (Dir.), *Vocabulaire juridique*, 13^e éd., PUF, 2020, V°Retraitement : « *Action, pour l'acheteur, de retirer la chose vendue du lieu où le vendeur doit, en vertu de l'obligation de délivrance, la tenir à sa disposition (c'est-à-dire chez le vendeur ou en un autre lieu convenu, ce qui suppose que la chose n'est pas portable), action d'en prendre effectivement possession (livraison au sens courant) en ce lieu, diligence, à défaut de laquelle l'acquéreur de denrées objets mobiliers encourt la résolution de plein droit de la vente à l'expiration du terme convenu pour le retraitement (C. civ., a. 1657)* ».

²⁷⁶³ C. civ., art. 1657 : « *En matière de vente de denrées et effets mobiliers, la résolution de la vente aura lieu de plein droit et sans sommation, au profit du vendeur, après l'expiration du terme convenu pour le retraitement* ».

²⁷⁶⁴ BARRET, Olivier, BRUN, Philippe, *Rep. civ. Dalloz*, v° Vente : effets, janv. 2020, paragr. 895 ; LE GUIDEC, Raymond, CHABOT, Gérard, *JCl. Civil Code*, Art. 1654 à 1657, Fasc. unique, juin 2017, paragr. 196.

²⁷⁶⁵ En ce sens, BARRET, Olivier, BRUN, Philippe, *op. cit.*, paragr. 898.

²⁷⁶⁶ Amiens, 26 févr. 1974, *Gaz. Pal.* 1974.1.360.

²⁷⁶⁷ V. à titre d'illustration, Com. 21 avr. 1950, S. 1951.1.47, D. 1951, somm. 36 où le terme a pu se déduire du délai fixé pour le paiement du prix.

²⁷⁶⁸ AAOIFI, Norme charaïque n°8, art. 4.11.

de l'article 1225 du Code civil. Lorsque les conditions d'application de l'article 1657 du Code civil sont réunies, la rédaction du texte laisse supposer, *a priori*, que la résolution de la vente opère sans que le vendeur ne puisse s'y opposer. Il est toutefois précisé que la sanction a lieu « *au profit du vendeur* », ce qui implique qu'il dispose d'un droit d'option²⁷⁶⁹. Il peut y renoncer, sous réserve de le faire formellement afin de contraindre l'acheteur à exécuter son obligation de retirement²⁷⁷⁰.

554 Validité des clauses de déchéance du terme. Il est loisible aux parties de prévoir que le client sera déchu du terme en cas de retard ou de défaut de paiement. L'AAOIFI reconnaît en ce sens une certaine latitude aux parties²⁷⁷¹. Les clauses de déchéance du terme, encore nommées clauses d'exigibilité immédiate, se rencontrent fréquemment dans les opérations de crédit soumises au droit français, au point d'être qualifiées de clauses de style²⁷⁷². Elles ne font l'objet que d'un encadrement *a minima* par le législateur, notamment dans le domaine des procédures collectives²⁷⁷³. Il pourrait éventuellement être jugé que certaines clauses créent un déséquilibre significatif entre les droits et obligations des parties²⁷⁷⁴. Rien n'indique cependant que les clauses de déchéance du terme en cas de retard ou de défaut de paiement soient considérées comme telles si l'on se réfère à la liste des clauses présumées abusives de manière irréfutable ou simple²⁷⁷⁵. La commission des clauses abusives a d'ailleurs émis un avis affirmant qu'une clause n'est pas abusive lorsqu'elle prévoit « *la résiliation de plein droit du contrat d'une part en cas de défaut de règlement d'une mensualité à son échéance et, d'autre part, en cas de décès de l'emprunteur* »²⁷⁷⁶. Le Code de la consommation envisage de plus la possibilité pour le prêteur d'exiger, en cas de défaillance de l'emprunteur, le remboursement immédiat du capital restant dû, majoré des intérêts

²⁷⁶⁹ Le droit d'option est logique puisqu'il suffirait à l'acheteur de se soustraire à son obligation de retirement pour mettre fin au contrat.

²⁷⁷⁰ Com. 21 avr. 1950, Bull. civ. II, n° 133

²⁷⁷¹ V. *supra* paragr. 518.

²⁷⁷² En ce sens, v. HANNOUN, Charley, GUENZOU, Youssef, *Rép. civ. Dalloz*, v° Terme, oct. 2017, paragr. 50 ; PERRUCHOT-TRIBOULET, Vincent, « Clause de déchéance du terme » in BUY, Frédéric, LAMOUREUX, Marie, MESTRE, Jacques *et al.*, *Les principales clauses des contrats d'affaires*, 2e éd., LGDJ, 2018, paragr. 383.

²⁷⁷³ Le jugement d'ouverture d'une procédure de sauvegarde ou de redressement judiciaire ne rend pas exigibles les créances non échues à la date de son prononcé. Toute clause contraire est réputée non écrite, v. C. com., art. L. 622-29 et L. 631-14. La règle a pour finalité de favoriser le rétablissement de l'entreprise concernée par la procédure collective. Pour une application de ces textes, v. Com. 21 févr. 2012, n° 11-30.077, *Bull. civ. IV*, n° 43 ; D. 2012.607, obs. A. Lienhard ; *ibid.* 2196, obs. F.-X. Lucas et P.-M. Le Corre ; *Rev. sociétés* 2012. 399, obs. L. C. Henry : « *le jugement d'ouverture de la procédure de redressement judiciaire ne rend pas exigibles les créances non échues à la date de son prononcé et que toute clause liant directement ou indirectement la déchéance du terme d'une créance à l'ouverture d'une procédure de redressement judiciaire est réputée non écrite* ».

²⁷⁷⁴ C. civ., art. 1171 ; C. consom., art. L. 212-1 ; C. com., art. L. 442-1, I.

²⁷⁷⁵ C. consom., art. R. 212-1 et s.

²⁷⁷⁶ Commission des clauses abusives, avis n° 05-03 du 24 févr. 2005 relatif à un contrat de prêt personnel ; D. 2005. 1285

échus mais non payés²⁷⁷⁷. La Cour de cassation a approuvé la clause de déchéance du terme stipulée en cas de défaillance de l'emprunteur, mais considère que sa mise en œuvre est soumise à la délivrance d'une mise en demeure restée sans effet, à moins d'une stipulation expresse contraire²⁷⁷⁸.

555 Evolution probable de la jurisprudence relative aux clauses de déchéance du terme dans les contrats soumis au droit de la consommation. Au niveau européen, la CJUE, dans l'arrêt *Banco Primus*, impose au juge national l'examen de quatre critères dans l'appréciation du caractère éventuellement abusif d'une clause de déchéance du terme²⁷⁷⁹. Il est d'abord impératif que la déchéance du terme sanctionne l'inexécution d'une obligation essentielle, ce qui est le cas s'agissant de l'obligation de payer le prix. L'inexécution doit ensuite revêtir un caractère suffisamment grave « *au regard de la durée et du montant du prêt* ». Le juge est contraint en outre de rechercher si la faculté conférée par la clause déroge au droit commun en l'absence de stipulations contractuelles spécifiques. Il lui incombe enfin d'examiner le droit national afin de vérifier si le consommateur soumis à la clause dispose de moyens adéquats et efficaces pour remédier aux effets de l'exigibilité du prêt.

A l'aune de ces critères, il est permis de douter de la validité d'une clause de déchéance du terme qui ne prévoit aucun préavis d'une durée raisonnable et dispense le prêteur de mettre en demeure son débiteur. L'arrêt de la CJUE pourrait amener la Cour de cassation à opérer un revirement de jurisprudence. La Haute juridiction a été saisie d'un pourvoi arguant du caractère abusif d'une clause de déchéance du terme stipulée dans un contrat de prêt immobilier dont la mise en œuvre automatique était conditionnée à un retard de plus de trente jours dans le paiement d'un terme en capital, intérêts ou accessoires²⁷⁸⁰. Sur le fondement de l'article 267 du Traité sur le fonctionnement de l'UE, la première chambre civile a adressé cinq questions préjudicielles à la CJUE afin qu'elle précise les critères développés dans l'arrêt *Banco Primus* et qu'elle les

²⁷⁷⁷ C consom., art. L. 312-39 (crédit à la consommation) et L. 313-51 (crédit immobilier).

²⁷⁷⁸ Civ. 1^{re}, 3 juin 2015, n° 14-15.655, Bull. civ. I, n° 131, D. 2015.1677, note Poissonnier; *RTD civ.* 2015.875, obs. Barbier; *RDC* 2015.836, obs. Laithier; Civ. 1^{re}, 22 juin 2017, n° 16-18.418, P, D. 2017. 1356; *AJ contrat* 2017. 386, obs. Lasserre Capdeville. La Haute juridiction exige que la mise en demeure précise le délai dont dispose le débiteur pour faire obstacle à la déchéance du terme. Elle a récemment jugé qu'une clause de déchéance automatique du terme d'un prêt immobilier en cas de fourniture d'informations inexacts par l'emprunteur ne constitue pas en soi une clause abusive, Civ. 1^{re}, 20 janv. 2021, n° 18-24.297, P, *JCP G* 2021.297, note G. Paisant; *RTD com.* 2021.132, note D. Legeais; *Contrats, conc. consom.* 2021, comm. 48 S. Bernheim-Desvaux.

²⁷⁷⁹ CJUE, 26 janv. 2017, aff. C-421/14, *Banco Primus*, D. 2018. 583, obs. N. Sauphanor-Brouillaud; *AJDI* 2017. 525, obs. M. Moreau, J. Moreau et O. Poindron

²⁷⁸⁰ Civ. 1^{re}, 16 juin 2021, n° 20-12.154, P: *Dalloz actualité*, 23 juin 2021, obs. C. Héline;

confronte à sa jurisprudence²⁷⁸¹. La réponse de la juridiction européenne pourrait contribuer à restreindre l'usage des clauses de déchéance du terme dans les contrats régis par le droit de la consommation.

556 Inadéquation de « l'engagement de don » comme substitut à la clause pénale.

Dans la *murabaha*, la clause pénale étant proscrite en vertu de la prohibition du *riba*, l'AAOIFI autorise les parties à stipuler que le client s'engage à verser à l'institution une somme forfaitaire, ou une partie de la dette, au profit d'œuvres caritatives²⁷⁸². L'organisation l'admet sur le fondement de l'engagement de don en droit malékite. L'institution est alors le donataire qui s'engage à reverser les sommes à des œuvres caritatives sous le contrôle de son comité de supervision charaïque²⁷⁸³. La technique est un subterfuge (*hila*) destiné à rapprocher les financements islamiques des contrats conventionnels. En droit français, le recours à la donation est critiquable à plusieurs égards. Il serait difficile de qualifier l'engagement du client de libéralité au sens de l'article 893 al. 1^{er} du Code civil car l'*animus donandi* fait défaut²⁷⁸⁴. Le client n'a nullement l'intention de gratifier l'institution. L'obligation de faire un don vise à inciter l'institution à contracter en incitant le client à la diligence.

557 Stipulation d'une clause pénale. En vertu de l'article 12 al. 2 du Code de procédure civile, le juge est tenu de restituer aux actes leur exacte qualification. Or,

²⁷⁸¹ « 1°/ Les articles 3, paragraphe 1, et 4 de la directive 93/13/CEE du Conseil, du 5 avril 1993, concernant les clauses abusives dans les contrats conclus avec les consommateurs, doivent-ils être interprétés en ce sens qu'ils s'opposent, dans les contrats conclus avec les consommateurs, à une dispense conventionnelle de mise en demeure, même si elle est prévue de manière expresse et non équivoque au contrat ?

2°/ L'arrêt de la Cour de justice de l'Union européenne du 26 janvier 2017, *Banco Primus* (C-421/14), doit-il être interprété en ce sens qu'un retard de plus de trente jours dans le paiement d'un seul terme en principal, intérêts ou accessoires peut caractériser une inexécution suffisamment grave au regard de la durée et du montant du prêt et de l'équilibre global des relations contractuelles ?

3°/ Les articles 3, paragraphe 1, et 4 de la directive 93/13/CEE du Conseil, du 5 avril 1993 doivent-ils être interprétés en ce sens qu'ils s'opposent à une clause prévoyant que la déchéance du terme peut être prononcée en cas de retard de paiement de plus de trente jours lorsque le droit national, qui impose l'envoi d'une mise en demeure préalable au prononcé de la déchéance du terme, admet qu'il y soit dérogé par les parties en exigeant alors le respect d'un préavis raisonnable ?

4°/ Les quatre critères dégagés par la Cour de justice de l'Union européenne dans son arrêt du 26 janvier 2017, *Banco Primus* (C-421/14) pour l'appréciation par une juridiction nationale de l'éventuel caractère abusif de la clause relative à la déchéance du terme en raison de manquements du débiteur à ses obligations pendant une période limitée sont-ils cumulatifs ou alternatifs ?

5°/ Si ces critères sont cumulatifs, le caractère abusif de la clause peut-il néanmoins être exclu au regard de l'importance relative de tel ou tel critère ? ».

²⁷⁸² AAOIFI, Norme charaïque n°3, art. 2.1.8 et Norme charaïque n°8, art. 5.6.

²⁷⁸³ *Id.*

²⁷⁸⁴ L'*animus donandi* se définit comme « l'intention de se dépouiller à titre gratuit au profit d'un gratifié », v. CORNU, Gérard (Dir.), *Vocabulaire juridique*, 13e éd., PUF, 2020, V° *Animus*(donandi).

l'alternative à la clause pénale proposée par l'AAOIFI présente les caractéristiques d'une véritable clause pénale au sens de l'article 1231-5 al. 1^{er} du Code civil²⁷⁸⁵. La clause charia-compatible a une nature contractuelle et vise à sanctionner l'inexécution d'une obligation en contraignant le débiteur à verser une certaine somme. On pourrait néanmoins douter de son caractère indemnitaire en raison de l'impossibilité pour le bénéficiaire de la clause de conserver la somme perçue. La nouvelle définition de la clause pénale insiste désormais sur sa nature indemnitaire et passe sous silence sa fonction comminatoire²⁷⁸⁶. Cela a conduit des auteurs à se demander si la clause visée par l'article 1231-5 du Code civil doit être nommée clause pénale ou clause forfaitaire d'indemnisation²⁷⁸⁷. L'affectation des sommes perçues ne devrait pas nécessairement conduire à écarter la qualification de clause pénale. L'inexécution par le débiteur engendre bien un préjudice pour le créancier qui perçoit en conséquence une indemnité au moyen de la clause. Seulement, les convictions religieuses des parties les amènent à stipuler que l'indemnité est reversée au profit d'œuvres caritatives. Elles peuvent ainsi insérer une clause pénale au sens du droit français sans enfreindre la prohibition du *riba* puisque s'il existe un appauvrissement du débiteur, c'est en l'absence d'un enrichissement corrélatif du créancier. La stipulation d'une clause pénale ne devrait pas en outre priver le créancier de demander l'exécution forcée du contrat. Rien ne semble s'y opposer à la suite de la disparition de l'article 1229 al.2 du Code civil²⁷⁸⁸.

558 Clause limitative de réparation. La prohibition du *riba* proscrit toute augmentation de la dette qu'elle résulte d'une clause pénale permettant au créancier de conserver l'indemnité ou d'une décision de justice. Cette dernière hypothèse est expressément visée par une norme de l'AAOIFI et par deux résolutions de l'Académie Internationale du Fiqh Islamique²⁷⁸⁹. En droit français, l'article 1231-1 du Code civil permet au créancier insatisfait de demander la condamnation du débiteur au paiement de dommages-intérêts, soit à raison de l'inexécution, soit à raison du retard dans

²⁷⁸⁵ Lorsque le contrat stipule que celui qui manquera de l'exécuter paiera une certaine somme à titre de dommages et intérêts, il ne peut être alloué à l'autre partie une somme plus forte ni moindre.

²⁷⁸⁶ CHANTEPIE, Gaël et LATINA, Mathias, *La réforme du droit des obligations*, 2e éd., Dalloz, 2018, paragr. 687 et 690.

²⁷⁸⁷ DESHAYES, Olivier, GENICON, Thomas et LAITHIER, Yves-Marie, *Réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations*, 2^e éd., LexisNexis, 2018, p. 596. V. aussi dans le même sens CHANTEPIE, Gaël et LATINA, Mathias, *op. cit.*, paragr. 687. « *Ce serait donc plus par tradition que par souci de rigueur dans les qualifications que l'on persisterait, à l'avenir, à nommer clauses pénales les clauses visées par l'article 1231-5 du Code civil* ».

²⁷⁸⁸ En ce sens, CERVETTI, Pierre-Dominique, V^oClause pénale in BUY, Frédéric, LAMOUREUX, Marie, MESTRE, Jacques et al., *Les principales clauses des contrats d'affaires*, 2e éd., LGDJ, 2018, paragr. 1323 CHANTEPIE, Gaël et LATINA, Mathias, *op. cit.*, paragr. 690.

²⁷⁸⁹ AAOIFI, Norme charaïque n°3, art. 2.1.3, Résolutions n°51(2/6), 3^o et n°109(3/12), 2^o de l'Académie Internationale du Fiqh Islamique.

l'exécution. Les convictions religieuses des parties, dès lors qu'elles sont entrées dans le champ contractuel, devraient faire échec au versement des intérêts moratoires. Par précaution, les parties peuvent stipuler que l'institution renonce par avance au bénéfice de l'article 1231-1 du Code civil en cas de retard de paiement. En faveur de cette faculté, on relève que rien ne laisse supposer que le texte revêt un caractère impératif. Le Rapport au Président de la République accompagnant l'ordonnance du 10 février 2016 énonce que les dispositions de cette dernière sont supplétives de volonté sauf disposition contraire. Certes, certains textes n'affirment pas expressément leur caractère impératif, mais celui-ci peut être déduit de leur rédaction²⁷⁹⁰. Il en est ainsi de l'article 1231-5 al. 4 du Code civil disposant que « *toute stipulation contraire aux deux alinéas précédents est réputée non écrite* ». L'article 1231-3 du Code civil plaide cependant en faveur des clauses limitatives ou élusives de réparation²⁷⁹¹.

559 Clause limitative de réparation et article 1170 du Code civil. La clause pourrait éventuellement engendrer des difficultés en ce qu'elle porte sur une obligation essentielle du contrat. L'article 1170 du Code civil, entérinant la règle posée par l'arrêt *Faurecia II*²⁷⁹² de la Cour de cassation en l'élargissant, énonce que « *toute clause qui prive de sa substance l'obligation essentielle du débiteur est réputée non écrite* ». L'obligation du client de payer le prix est indiscutablement une obligation essentielle puisqu'il s'agit de son obligation principale²⁷⁹³. Pour autant, faut-il considérer qu'une clause par laquelle l'institution renonce par avance aux éventuels dommages-intérêts moratoires réduit cette obligation à néant ? Assurément non, puisque s'agissant d'un retard dans l'exécution, le créancier peut toujours demander l'exécution forcée en nature de l'obligation. Si elle s'avère impossible, le contrat peut être résolu, notamment par l'effet d'une clause résolutoire stipulée comme substitut au *khiyar al-naqd*. Le contrat étant alors anéanti, le bien réintègre le patrimoine de l'institution et le client n'est plus tenu de payer la dette. Dans ce cas, le versement de dommages-intérêts compensatoires ne saurait être condamné au titre de la prohibition du *riba*. L'AAOIFI

²⁷⁹⁰ Sur ce point, v. *supra* paragr. 456.

²⁷⁹¹ « *Le débiteur n'est tenu que des dommages et intérêts qui ont été prévus ou qui pouvaient être prévus lors de la conclusion du contrat, sauf lorsque l'inexécution est due à une faute lourde ou dolosive* ». En ce sens, v. DROSS, William, *Clausier*, 4^e éd., LexisNexis, 2020, p. 301 CHANTEPIE, Gaël et LATINA, Mathias, *op. cit.*, paragr. 684.

²⁷⁹² Com. 29 juin 2010, *Faurecia II*, n°09-11.841, *Bull. civ. IV*, n°115, *D.* 2010.1832, note Mazeaud ; *ibid.* 2010. 1697, édito. Rome ; *D.* 2011. 35, obs. Brun et Gout ; *ibid.* 2011. 472, obs. Amrani-Mekki et Fauvarque-Cosson ; *RTD civ.* 2010. 555, obs. Fages ; *RDC* 2010. 1220, obs. Laithier, *ibid.* 2010. 1253, obs. Deshayes : « *seule est réputée non écrite la clause limitative de réparation qui contredit la portée de l'obligation essentielle souscrite par le débiteur* ».

²⁷⁹³ C. civ., art. 1650.

admet en ce sens que le débiteur défaillant supporte tous les frais engagés par le créancier pour recouvrer sa créance²⁷⁹⁴. Plus particulièrement, ce dernier peut être indemnisé du préjudice réel subi, à l'exclusion du préjudice moral²⁷⁹⁵.

Les parties peuvent ainsi prévoir que l'institution renonce aux dommages-intérêts en cas de retard dans l'exécution, mais que le client demeure tenu de dédommager l'institution dans la limite du préjudice réel subi lorsque l'inexécution, devenue définitive, a entraîné la résolution du contrat²⁷⁹⁶. Il s'agit bien, à proprement parler, d'une clause limitative de réparation et non d'une clause pénale puisqu'elle fixe un plafond d'indemnisation²⁷⁹⁷. Le droit français étant cependant gouverné par le principe de la réparation intégrale, il n'est pas nécessaire de préciser que le débiteur n'est tenu de dédommager le créancier qu'à hauteur du préjudice réel en cas d'inexécution définitive²⁷⁹⁸.

560 Intérêt relatif de la clause limitative de réparation. D'aucuns pourraient souligner le caractère superfétatoire de la clause limitative de réparation. Lorsque les parties ont convenu d'une clause pénale, elles déterminent par avance le montant des dommages-intérêts alloués au créancier victime du retard dans l'exécution de l'obligation ou de l'inexécution définitive²⁷⁹⁹. L'institution ne peut ainsi prétendre au bénéfice de la clause et demander la condamnation du client au paiement de dommages-intérêts²⁸⁰⁰. La clause limitative de réparation ne revêt encore guère d'intérêt dès lors que les convictions religieuses des parties ont pénétré le champ contractuel et qu'elles

²⁷⁹⁴ AAOIFI, Norme charaïque n°3, art. 2.1.4.

²⁷⁹⁵ Résolution n°109(3/12), 5° de l'Académie Internationale du Fiqh Islamique.

²⁷⁹⁶ La Haute juridiction a rappelé qu'en « *cas de résolution d'un contrat pour inexécution, les clauses limitatives de réparation des conséquences de cette inexécution demeurent applicables* », v. Com., 7 févr. 2018, n°16-20.352, P. D. 2018. 537, note D. Mazeaud ; ibid. 2018. 1336, chron. S. Tréard, T. Gauthier, A.-C. Le Bras, S. Barbot et F. Jollec ; D. 2019. 279, obs. M. Mekki ; JCP G 2018. 415, note L. Le Mesle ; AJ contrat 2018. 130, obs. L.-M. Augagneur ; RDC 2018. 196, note Knetsch ; RTD civ. 2018. 401, obs. H. Barbier ; RTD com. 2018. 184, obs. B. Boulloc. Rendue sur le fondement du droit ancien, la solution peut aujourd'hui prendre appui sur l'article 1230 du Code civil, v. en ce sens DESHAYES, Olivier, GENICON, Thomas et LAITHIER, Yves-Marie, *Réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations*, 2° éd., LexisNexis, 2018, p. 589.

²⁷⁹⁷ En ce sens, v. Com., 18 déc. 2007, n°04-16.069, Bull. civ. IV, n°265 : D. 2008.154, obs. X. Delpech : « *Mais attendu, en premier lieu, qu'ayant relevé que la clause [...] ne prévoit pas le règlement d'une indemnisation forfaitaire, mais fixe un plafond d'indemnisation "dans la limite du préjudice subi par le client", la cour d'appel en a exactement déduit que cette clause constitue une clause limitative de responsabilité, et non une clause pénale* ».

²⁷⁹⁸ Pour un rappel du principe, v. Civ. 2°, 5 juill. 2001, n° 99-18.712, Bull. civ. II, n°135.

²⁷⁹⁹ Sur la conformité au droit islamique de la clause pénale qui prévoit le versement de la pénalité au créancier qui s'engage à la reverser ensuite au profit d'œuvres caritatives, v. AAOIFI, Norme charaïque n°3, art. 2.1.8 : « *est licite toute stipulation dans un contrat d'endettement, telle la murabaha, qui engage le débiteur récalcitrant à faire don d'un montant forfaitaire ou d'un pourcentage de la somme due, sous réserve que cette somme soit versée à des œuvres caritatives par les soins de l'institution et sous le contrôle de son comité de supervision charaïque* ».

²⁸⁰⁰ Ainsi que le souligne un auteur, le créancier insatisfait ne peut « *obtenir deux fois la réparation du même préjudice* », v. DROSS, William, *Clausier*, 4° éd., LexisNexis, 2020, p. 583. Pour une illustration concernant une clause pénale moratoire, v. Civ. 3°, 16 sept. 2014, n°13-10.284.

ont entendu observer la prohibition du *riba*. Dans cette hypothèse, le juge ne saurait faire droit à la demande de l'institution de condamner le client au paiement de dommages-intérêts en raison du retard dans l'exécution de son obligation²⁸⁰¹.

Les difficultés inhérentes à la réception de la *murabaha* en droit français ne résultent pas tant des règles du *fiqh* que de la nature tripartite de l'opération qui implique un double transfert de propriété.

c) La fiscalité de la *murabaha*

561 Quel régime fiscal pour l'opération de *murabaha* ? Les institutions financières islamiques pratiquent, généralement, la *murabaha* avec ordre d'achat supposant deux transferts successifs de propriété et soumettant, partant, l'opération à une fiscalité défavorable, notamment en matière immobilière. Au cours d'une table ronde organisée le 14 mai 2008 par la commission des finances du Sénat, Me Gilles SAINT-MARC a suggéré de faire bénéficier l'institution du régime du marchand de biens²⁸⁰². Dans sa rédaction alors en vigueur, l'article 1115 du CGI prévoyait en effet que le marchand de biens était exonéré des droits et taxes de mutation portant sur des immeubles, des fonds de commerce, des actions ou parts de société immobilière, s'il prenait l'engagement de revendre dans un délai de quatre ans. L'extension d'un tel régime aux institutions financières islamiques apparaît d'autant plus pertinente que l'institution acquiert le bien dans l'intention de le revendre à son client. À ce titre elle réalise un bénéfice qui prend la forme d'une marge stipulée par avance dans le contrat.

Plusieurs obstacles convainquent cependant de l'inadéquation du régime du marchand de biens à l'opération réalisée au moyen de la *murabaha*. Tout d'abord ce régime avait vocation à s'appliquer uniquement aux biens immobiliers là où le contrat de finance islamique peut aussi avoir pour objet un bien meuble. Surtout, pour bénéficier du régime fiscal particulier, les achats devaient être réalisés de manière habituelle avec une intention spéculative. Certes ce contrat représente la majorité des financements accordés par les institutions islamiques, mais il n'est pas permis d'affirmer que, ce faisant, elles réalisent habituellement des opérations d'achat-revente, et ce, d'autant plus qu'elles prennent nécessairement en droit français la forme d'établissements de

²⁸⁰¹ Sur ce point, v. *supra* nos développements consacrés à l'incorporation des règles de la finance islamique.

²⁸⁰² Intervention de Me Gilles SAINT MARC retranscrite in *La finance islamique en France : Quelles perspectives ?*, Les rapports du Sénat, n° 329, p. 17.

crédit. En outre, si le régime permettait l'exonération des droits d'enregistrement, il n'évitait pas le paiement de la taxe de publicité foncière. Pour l'ensemble de ces raisons, le régime du marchand de biens était insatisfaisant²⁸⁰³. La loi de finances rectificative n°2010-237 du 9 mars 2010 a supprimé les obligations déclaratives spécifiques aux marchands de biens et étendu le régime de l'article 1115 du CGI à toute personne assujettie à la TVA. Le sénateur Jean ARTHUIS considérait que l'adaptation du régime fiscal devait s'effectuer au moyen, non pas d'une simple loi, mais d'une loi de finance²⁸⁰⁴. L'intervention du législateur n'était toutefois ni envisageable au regard du principe de laïcité ni nécessaire.

562 Définition de la *murabaha* par l'Administration fiscale. Amenée à connaître des opérations de *murabaha* en France, l'Administration fiscale s'est essayée à une première définition dans son instruction fiscale du 25 février 2009 : « *La murabaha est un contrat de vente aux termes duquel un vendeur vend un actif à un financier islamique (une banque islamique ou une filiale ad hoc créée par elle ou par un tiers à l'investisseur) qui les revend à un investisseur (économiquement l'emprunteur) moyennant un prix (qui comprend une marge couvrant notamment la charge financière de l'intermédiaire financier) payable à terme (vente à tempérament)* »²⁸⁰⁵. Le texte ajoute qu'il s'agit d'« *une technique de financement d'actifs (immobiliers, mobiliers, titres ou stocks) au moyen d'une opération d'achat-revente* »²⁸⁰⁶. L'emploi de nombreuses parenthèses illustre la difficulté pour l'Administration fiscale de définir la *murabaha* dans tous ses aspects. Elle se méprend en confondant l'opération, tripartite, et le contrat, bipartite. L'opération est certes tripartite, mais le contrat n'implique que le financier et son client.

L'instruction fiscale du 23 juillet 2010 qui succède à la précédente ne corrige que partiellement cette erreur et adopte une définition d'une forme particulière qu'est la *murabaha* avec ordre d'achat décrite comme : « *un contrat de financement aux termes duquel un Client demande à un Financier de financer l'achat d'un actif déterminé ou d'un portefeuille d'actifs déterminés, en réalisant en particulier deux transferts*

²⁸⁰³ Bien qu'il l'ait suggéré, Me Gilles SAINT MARC concède que le régime du marchand de biens ne saurait être suffisant pour permettre le développement des opérations de *murabaha*, v. SAINT MARC, Gilles, « La finance islamique : un enjeu pour la France » in LARAMÉE Jean-Paul (dir.), *La finance islamique à la française*, Secure finance :, 2008, p. 301.

²⁸⁰⁴ Intervention de M. Jean ARTHUIS retranscrite in *La finance islamique en France : Quelles perspectives ?*, op. cit., p. 20.

²⁸⁰⁵ Instr. Fisc. du 25 février 2009, BOI n°22, 4FE/09, paragr. 5.

²⁸⁰⁶ *Ibid.*, paragr. 10.

*successifs de propriété se présentant de la manière suivante : un vendeur vend l'actif à un Financier qui le revend à un Client moyennant un prix payable à tempérament, supérieur au prix d'acquisition à hauteur d'un Profit »*²⁸⁰⁷. Plus exacte que la première, la description de la *murabaha* proposée par la seconde instruction fiscale entretient la confusion entre l'opération *murabaha* et le contrat éponyme²⁸⁰⁸.

563 Le régime fiscal de la *murabaha* précisé au moyen d'instructions. Plutôt que de recourir au droit dur, la levée des obstacles fiscaux a été réalisée à travers le droit souple. Un intervenant avait suggéré l'usage des instructions fiscales au cours de la seconde table ronde consacrée à la finance islamique organisée par le Sénat²⁸⁰⁹. L'Administration fiscale a adopté cette méthode en publiant le 25 février 2009 une première instruction consacrée à la *murabaha* avec ordre d'achat²⁸¹⁰. Le régime fiscal de l'opération est désormais précisé par une nouvelle instruction du 23 juillet 2010 prenant en compte certaines critiques formulées à l'encontre de la précédente²⁸¹¹. Sous réserve de respecter certaines conditions, l'instruction permet à l'opération islamique de bénéficier d'une fiscalité similaire aux opérations de crédits conventionnelles. Il est pour cela nécessaire que²⁸¹² :

- Les documents contractuels mentionnent que l'institution acquiert le bien pour le revendre au client dans un délai qui ne peut excéder six mois ;
- Les documents contractuels indiquent le prix total d'acquisition du bien par le client et fassent ressortir distinctement le prix d'acquisition du bien par l'institution, la commission²⁸¹³ et le revenu de l'institution²⁸¹⁴ ;

²⁸⁰⁷ Instr. Fisc. du 23 juill. 2010, BOI n°78, 4FE/S1/10, paragr. 4.

²⁸⁰⁸ Pour un avis similaire, v. CEKICI, Ibrahim-Zeyyad, *Le cadre juridique français des opérations de crédit islamique* [microfiche], Université de Strasbourg, 2012, paragr. 595.

²⁸⁰⁹ Intervention de M. Thierry Francq retranscrite in *La finance islamique en France : Quelles perspectives ?*, op. cit., p. 45.

²⁸¹⁰ Instr. fisc. 25 févr. 2009 : BOI 4 FE/09. Sur cette instruction v., SAINT MARC, Gilles, « La finance islamique : une alternative pour financer l'économie française ? », *Bull. Joly Bourse 2009*, n°2, p. 153 ; BOURABIAT, Foued, « Finance islamique en France : éclairage sur les nouvelles opportunités offertes aux investisseurs », *RD bancaire et fin.* n°4, juill. 2009, étude 27 ;

²⁸¹¹ Instr. fisc. 23 juill. 2010 : BOI 4 FE/S1/10. Sur cette instruction, v. SAINT MARC, Gilles, JOLLY, Guillaume, « Un régime fiscal visant à faciliter l'émergence de la place de Paris », *Revue Banque* 2010, n°729, p. 53 ; CEKICI, Ibrahim Zeyyad, « Le cadre fiscal des produits bancaires et financiers islamiques en France », *Les nouvelles fiscales* 2010, n° 1057, p. 22 ; HIMEUR, Chihab Mohammed, *Les contrats de la finance islamique*, Larcier, 2018, p. 181 et s.

²⁸¹² Instr. fisc. 23 juill. 2010 : BOI 4 FE/S1/10, paragr. 11 et 12.

²⁸¹³ L'instruction fiscale désigne sous l'expression « commission du financier » les sommes perçues par le financier « au titre de sa seule intermédiation, à l'exclusion de toute autre prestation ou profit (notamment la plus-value réalisée sur la cession de l'actif) ». Il est précisé que la commission doit être conforme aux pratiques usuelles en la matière, v. Instr. fisc. 23 juill. 2010, paragr. 10.

²⁸¹⁴ Le revenu de l'institution correspond au coût du différé de paiement, il « est égal à la différence entre le montant total des flux financiers prévus au contrat relatifs au paiement de l'actif, à l'exception de ceux afférents à la Commission éventuelle du Financier [...] », et le prix d'acquisition de cet actif par le Financier », v. *ibid*, paragr. 9.

- Le paiement du revenu de l'institution soit étalé dans le temps et qu'il ait été connu et accepté des parties au moyen d'un échéancier annexé au contrat ;
- Le revenu du financier soit expressément désigné comme la contrepartie du service rendu continument par l'institution au client jusqu'au terme de l'opération et qui résulte du différé de paiement consenti à celui-ci²⁸¹⁵ ;
- Le contrat mentionne expressément que l'opération s'inscrit dans le cadre juridique et fiscal défini par l'instruction ;
- L'institution soit un établissement de crédit ou une entreprise d'investissement²⁸¹⁶.

Ces conditions réunies, le revenu de l'institution est assimilé fiscalement aux intérêts d'un financement conventionnel²⁸¹⁷, ce qui a pu étonner certains auteurs²⁸¹⁸. Le contrat *murabaha* étant juridiquement une vente, il devrait être soumis à la TVA. L'Administration considère cependant que le revenu de l'institution peut en être exonéré sur le fondement de l'arrêt *Muy's en De Winter's Bouw*²⁸¹⁹. Il en est de même de la commission perçue au titre de la seule intermédiation financière dans la mesure où elle ressort directement de la facturation²⁸²⁰. L'instruction fiscale du 25 février 2009 mentionnait expressément, en matière immobilière, que l'institution était soumise, lors de la vente initiale, à un droit d'enregistrement à taux réduit. Elle considérait que les conditions d'habitude et d'intention spéculative exigées par l'article 1115 du CGI étaient remplies et que l'institution pouvait bénéficier du régime du marchand de

²⁸¹⁵ L'Administration fiscale suggère de stipuler une clause présentant le revenu de l'institution comme « la contrepartie du différé de paiement accordé à l'acquéreur par le vendeur, l'acquéreur s'obligeant à payer au vendeur le Revenu du Financier jusqu'à la date de paiement effectif de l'intégralité du prix ». Cette condition est particulièrement critiquable en ce qu'il ne peut exister de contrepartie du différé de paiement sans enfreindre la prohibition du *riba*. *Contra* ; CEKICI, Ibrahim Zeyyad, op. cit. note n°2811., « La rémunération du temps n'est pas en soi génératrice d'intérêt en droit musulman. C'est pourquoi les ventes à crédit ou à tempérament sont autorisées, qualification qui avait été retenue dans les précédentes instructions fiscales ». Il convient d'objecter à l'auteur que si le *fiqh* admet le paiement échelonné de la dette, c'est à la stricte condition que son montant demeure identique. La marge de l'institution est admise au titre de plus-value tolérée par les *fuqaha*, mais elle ne peut en aucun cas correspondre au différé de paiement.

²⁸¹⁶ A défaut, il faut soit que l'opération de *murabaha* avec ordre d'achat s'inscrive en dehors du champ d'application de l'article L. 511-5 du C. mon. fin., soit que l'institution puisse se prévaloir des exceptions de l'article L. 511-6 du même code, soit que l'opération entre dans le champ d'application de l'article L. 511-7 de ce code.

²⁸¹⁷ Instr. fisc. 23 juill. 2010 : BOI 4 FE/S1/10, paragr. 13 : « Sur le plan économique, le Revenu du Financier constitue la rémunération d'un différé de paiement assimilable, sur le plan fiscal, aux intérêts dus durant cette période dans le cadre d'un financement conventionnel.

Par conséquent, les règles fiscales doivent être appliquées, pour le Financier, en regardant le Revenu comme un flux d'intérêts que produirait un financement conventionnel équivalent, et pour le Client, comme un flux d'intérêts qu'il acquitterait dans le cadre d'un financement conventionnel équivalent. Les autres éléments du prix (plus-value, Commission, etc.) demeurent quant à eux taxables selon les règles de droit commun applicables au Financier et au Client considérés ».

²⁸¹⁸ DURAND, Frédéric, HAZOUG, Sami, « La *murabaha* », *RD bancaire et fin.* mars-avril 2011, étude n°16, spéc. paragr. 21. Cette assimilation n'a cependant aucune conséquence en droit islamique, l'acte demeure valable.

²⁸¹⁹ CJCE, 27 oct. 1993, aff. C-281/91, *Muy's en De Winter's Bouw* cité par Instr. fisc. 23 juill 2010, paragr. 14.

²⁸²⁰ Instr. fisc. 23 juill. 2010 : BOI 4 FE/S1/10, paragr. 14.

biens²⁸²¹. Cette précision, qui permettait de neutraliser en grande partie les frais liés au double transfert de propriété inhérent à l'opération, est absente de la nouvelle instruction qui énonce qu'elle « *annule et remplace le titre I des instructions administratives du 25 février 2009* »²⁸²². Il est toutefois peu probable que l'Administration fiscale ait entendu revenir sur sa position précédente²⁸²³. La non-répétition des précisions de la précédente instruction pourrait s'expliquer par l'évolution induite par la loi n°2010-237 du 9 mars 2010 qui a fait disparaître les spécificités du régime du marchand de biens permettant d'étendre les dispositions de l'article 1115 du CGI à toute personne assujettie à la TVA.

564 Opposabilité des instructions fiscales. La détermination du cadre fiscal de la *murabaha* au moyen d'une instruction, si elle n'est pas la méthode idoine, semble néanmoins la plus efficace. Les instructions sont issues de la doctrine administrative, ce qui les range dans les catégories des actes de droit souple²⁸²⁴. Elles devraient, partant, être dépourvues de toute juridicité. Pour ne pas priver les instructions de tout intérêt, et pour protéger le contribuable qui s'y fie, la loi précise qu'elles sont opposables à l'Administration fiscale qui ne pourra procéder à aucun rehaussement d'imposition sur la base d'un « revirement de doctrine » ou de l'éventuelle illégalité de l'instruction. L'article L. 80 A du LPF instaure cette sécurité juridique pour le contribuable qui limite le droit de reprise de l'Administration²⁸²⁵.

²⁸²¹ Instr. fisc. 25 févr. 2009 : BOI 4 FE/09, paragr. 33.

²⁸²² Soit le titre correspondant à la *murabaha*, v. Instr. fisc. 23 juill. 2010, paragr. 27.

²⁸²³ En ce sens, v. SAINT MARC, Gilles, JOLLY, Guillaume, « Un régime fiscal visant à faciliter l'émergence de la place de Paris », *Revue Banque* 2010, n°729, p. 54. Les auteurs réaffirment que dans la mesure où l'acheteur réalise un achat en vue de la revente, il est uniquement soumis à la taxe de publicité foncière à taux réduit.

²⁸²⁴ Le Conseil d'Etat, dans son Etude annuelle de 2013, définit le droit souple comme « l'ensemble des instruments réunissant trois conditions cumulatives :

- ils ont pour objet de modifier ou d'orienter les comportements de leurs destinataires en suscitant, dans la mesure du possible, leur adhésion ;

- ils ne créent pas par eux-mêmes de droits ou d'obligations pour leurs destinataires ;

- ils présentent, par leur contenu et leur mode d'élaboration, un degré de formalisation et de structuration qui les apparente aux règles de droit », v. CONSEIL D'ÉTAT, *Étude annuelle 2013 : le droit souple*, La Documentation française, 2013, p. 61.

Les instructions fiscales réunissent ces conditions, bien que l'on puisse émettre des doutes quant à la seconde. Les instructions fiscales étant opposables à l'Administration fiscale aux termes de l'article L. 80 A du LPF, il peut être considéré qu'elles créent des droits pour le contribuable. Pour reconnaître le caractère de droit dur à la doctrine administrative, encore faudrait-il qu'elle émane d'une autorité investie du pouvoir réglementaire pour le faire, v. en ce sens SERLOOTEN, Patrick et DEBAT, Olivier, *Droit fiscal des affaires*, Dalloz, 2021, paragr. 22 GROSCLAUDE, Jacques, MARCHESSOU, Philippe et TRESCHER, Bruno, *Droit fiscal général*, 13^e éd., Dalloz, 2021, paragr. 94. Le Conseil d'Etat le rappelle dans un avis rendu le 8 mars 2013. A propos de l'article L. 80 A du LPF, il précise : « ces dispositions n'ont ni pour objet ni pour effet de conférer à l'administration fiscale un pouvoir réglementaire ou de lui permettre de déroger à la loi. », CE, avis, sect., 8 mars 2013, n°353.782, *Monzani : Dr. fisc.* 2013, n°15, comm. 240, concl. E. Crépey, note O. Fouquet, *Procédures* 2013, n° 6, comm. 205, note O. Négrin. . Cela nous conforte dans l'idée que la doctrine administrative serait du droit souple. Certains auteurs parlent d'ailleurs de soft law fiscale, V. GINTER, Eric, CHARTIER, Eric, « Retour la « soft law » fiscale », *Option fin.*, 13 avril 2015, n°1313, p. 37

²⁸²⁵ LPF, art. L. 80 A : « Il ne sera procédé à aucun rehaussement d'impositions antérieures si la cause du rehaussement poursuivi par l'administration est un différend sur l'interprétation par le redevable de bonne foi du texte fiscal et s'il est

565 Limites des instructions fiscales. Les instructions étant opposables à l'Administration fiscale, le corollaire implique qu'elles puissent être contestées devant les juridictions administratives²⁸²⁶. Le Conseil d'Etat reprend en matière fiscale les critères dégagés dans l'arrêt *Duvignères*²⁸²⁷. Il en ressort qu'une instruction peut être contestée lorsqu'elle contient des dispositions impératives à caractère général qui soit :

- Fixent, dans le silence des textes, une règle nouvelle entachée d'incompétence ;
- Sont contraires à la loi ;
- Prescrivent d'adopter une interprétation qui méconnaît le sens et la portée des dispositions législatives ou réglementaires que l'instruction entend expliciter
- Réitère une règle contraire à une norme juridique supérieure.

Pour pouvoir contester une instruction fiscale, encore faut-il avoir un intérêt à agir. Sur ce point, les Sages du Palais-Royal admettent les demandes émanant tant des contribuables qui sont visés par l'instruction que de ceux qui, bien qu'ils ne soient pas directement visés, appartiennent à un même « cercle d'intérêt » et sont donc susceptibles d'être concernés par la mesure de clémence accordée à leurs concurrents potentiels²⁸²⁸. Le Conseil d'Etat a par la suite étendu le principe en autorisant le recours d'un contribuable, remplissant les conditions légales d'admission à un régime privilégié, qui demande l'annulation d'une instruction étendant le bénéfice de ce régime à des personnes ne les remplissant pas²⁸²⁹. A cela s'ajoute la particularité des instructions fiscales de n'être soumises à aucun délai limitant le recours en

démontré que l'interprétation sur laquelle est fondée la première décision a été, à l'époque, formellement admise par l'administration.

Il en est de même lorsque, dans le cadre d'un examen ou d'une vérification de comptabilité ou d'un examen contradictoire de la situation fiscale personnelle, et dès lors qu'elle a pu se prononcer en toute connaissance de cause, l'administration a pris position sur les points du contrôle, y compris tacitement par une absence de rectification. (1) (2)

Lorsque le redevable a appliqué un texte fiscal selon l'interprétation que l'administration avait fait connaître par ses instructions ou circulaires publiées et qu'elle n'avait pas rapportée à la date des opérations en cause, elle ne peut poursuivre aucun rehaussement en soutenant une interprétation différente. Sont également opposables à l'administration, dans les mêmes conditions, les instructions ou circulaires publiées relatives au recouvrement de l'impôt et aux pénalités fiscales ».

²⁸²⁶ V. en ce sens, CE 19 févr. 2003, *Sté Auberge ferme des genêts*, req. n° 235697, *RJF* 2003, n° 616, concl. P. Collin, Dr. fisc. 2003, comm. 646. Plus généralement sur les actes de droit souple, v. CE, ass., 21 mars 2016, 390023, Société NC Numericable n° 368082, n° 368083, n° 368084, Société Fairvesta International, Dr. adm. 2016, n° 4, comm. 20 ; *AJDA*, 2016.717, note O. Dutheillet de Lamother et G. Odinet.

²⁸²⁷ CE, sect., 18 déc. 2002, *Duvignères*, req. n° 233618, *Lebon* 463, concl. P. Fombeur, *RFDA* 2003. 280, *AJDA* 2003. 487, chron. F. Donnat et D. Casas.

²⁸²⁸ CE, sect., 4 mai 1990, *Assoc. Freudienne et a.*, req. n° 55124 et 55137, *Lebon*, p. 111 ; *RJF* 1990, n° 674.

²⁸²⁹ CE, 8 août 1990, *CCI de Dunkerque*, req. n° 68387, *RJF* 1990, n° 1101. Cette conception extensive de l'intérêt a été critiquée par un auteur, v. VALLEE, Laurent, *Rép. cont. Adm. Dalloz*, v° Recours pour excès de pouvoir : contentieux fiscal, mars 2013, paragr. 23 : « le juge administratif admet ainsi que les jaloux comme les privilégiés préservent leurs intérêts par la voie du recours pour excès de pouvoir ».

annulation²⁸³⁰. Les acteurs de la finance conventionnelle pourraient ainsi, à tout moment, vouloir contester l'instruction fiscale au motif qu'elle établit un régime dérogatoire en faveur d'un contrat soumis à des normes religieuses. Les parties à une opération de *murabaha* pourraient se prévaloir des dispositions de l'article L. 80 A du LPF pour la période antérieure à l'annulation de l'instruction fiscale²⁸³¹. Il semble, par ailleurs, peu probable qu'elle soit remise en cause. D'abord, parce que l'instruction ne crée pas un régime dérogatoire en faveur de la *murabaha*, mais se borne à constater que l'opération peut bénéficier du cadre fiscal existant. Ensuite, parce qu'elle n'est pas manifestement contraire à la loi *stricto sensu* ou *lato sensu*. Il ne saurait être soutenu que l'instruction encourt l'annulation au motif qu'elle méconnaîtrait le principe de laïcité en précisant le cadre fiscal applicable à un contrat d'essence religieuse. L'acte administratif ne fait d'ailleurs aucune référence expresse à une norme islamique. Tout au plus se contente-t-il de préciser qu'il porte sur « *un des principaux outils de la finance islamique* »²⁸³². En reconnaissant que l'opération de *murabaha* puisse bénéficier d'un régime fiscal neutre, l'instruction permet en outre l'accès au crédit à une partie de la population qui pourrait en être privée en raison de ses convictions religieuses. Elle constitue en cela un engagement positif de l'Etat visant à assurer le respect effectif de la liberté de religion²⁸³³. L'instruction fiscale du 23 juillet 2010 relative à la *murabaha* ne devrait donc pas faire l'objet d'une annulation.

Les spécificités de la *murabaha* ne constituent en rien un obstacle à sa réception en droit français. Dans ce système, comme en droit islamique, le contrat s'assimile à une vente. Cette qualification ne saurait être étendue à l'*ijarah* qui, si elle est décrite comme une vente par la majorité des *fuqaha*, correspond, en droit français, au contrat de bail.

²⁸³⁰ Le Conseil d'Etat écarte tout délai pour contester les instructions fiscales. Cette position est constante depuis une décision de 1983 où il est affirmé que la publication au BOI n'équivaut pas à celle au JO, dès lors le délai de recours contentieux ne court pas : CE Plénière, 29 juillet 1983, n° 31761, Rec., *RJF* 10/1983, n°1179. Par sa décision Nemo de 2010, le Conseil rappelle que « *le recours pour excès de pouvoir formé contre une instruction fiscale est recevable sans condition de délai, dès lors que celle-ci n'a fait l'objet que d'une publication au bulletin officiel des impôts, insuffisante pour faire courir ce délai* » : CE 13 janvier 2010, *Nemo*, n°321416 : Rec. CE 2010, tables. Stéphane Austray pense que la diffusion des instructions fiscales par voie dématérialisée depuis 2012 en lieu et place de leur publication au BOI ne modifie en rien les affirmations précédentes, V. Austray, Stéphane, « Le recours pour excès de pouvoir contre les instructions fiscales », *RF fin. publ.*, avril 2015, n°130, p.71

²⁸³¹ CE, avis, sect., 8 mars 2013, n°353.782, *Monzani* : *Dr. fisc.* 2013, n°15, comm. 240, concl. E. Crépey, note O. Fouquet, *Procédures* 2013, n° 6, comm. 205, note O. Négrin.

²⁸³² Instr. fisc. 23 juill. 2010 : BOI 4 FE/S1/10.

²⁸³³ A propos de l'abattage rituel, la Cour EDH a relevé qu'en instituant une exception au principe de l'étourdissement préalable des animaux destinés à l'abattage, le droit interne a concrétisé un engagement positif de l'Etat visant à assurer le respect effectif de la liberté de religion, v. CEDH, 27 juin 2000, *Cha'are Shalom Ve Tsedek c/ France*, req. n°27417/95, paragr. 76. Sur ce point v. nos développements consacrés à l'incorporation des convictions religieuses des parties.

II] L'ijarah

566 L'ijarah : un contrat de vente de la jouissance d'une chose. Dans le domaine de la finance islamique, *l'ijarah* est généralement confondu avec *l'ijarah muntahia bittamleek*²⁸³⁴. Il est inexact de présenter cette dernière comme un contrat. Il s'agit en réalité d'une opération reposant sur un contrat *ijarah* et une promesse de vente ou de don²⁸³⁵. L'*ijarah*²⁸³⁶ est le pendant islamique du contrat de bail que la plupart des *fuqaha* qualifie pourtant de contrat de vente²⁸³⁷. Al-Zuhayli affirme en ce sens que l'essence de l'*ijarah* est la vente de l'usufruit, d'où la définition hanéfite le présentant comme un contrat visant à transférer la propriété de jouissance (*manfa'a*) de la chose²⁸³⁸. Elle ne diffère guère de celle des autres écoles, toutes concevant l'*ijarah* comme le transfert à titre onéreux de l'usage d'une chose²⁸³⁹. Selon le jurisconsulte hanéfite Muhammad TAQI USMANI, l'*ijarah* ne se distingue de la vente ordinaire que par la transmission au locataire du seul usufruit de la chose tandis que l'acheteur en reçoit la pleine propriété²⁸⁴⁰. Dans son *Introduction au droit musulman*, Joseph SCHACHT décrit l'*ijarah* comme la « vente d'un usufruit » impliquant l'application des règles classiques du contrat de vente²⁸⁴¹. L'AAOIFI reprend cette conception en présentant l'*ijarah* comme une vente d'usufruit²⁸⁴².

Lato sensu, le contrat s'entend du louage qui désigne aussi bien le louage de choses que le louage de service²⁸⁴³. Cette assimilation existait à l'origine dans le Code civil qui contient toujours une section intitulée « Du louage de service » au sein du titre VIII du livre III consacré au contrat de louage. L'article 1708 du Code civil, demeuré inchangé, dispose qu'il existe deux sortes de louage : celui des choses et celui

²⁸³⁴ Traduit par « *ijarah* acquisitive » dans la version française officielle des normes de l'AAOIFI.

²⁸³⁵ V. AAOIFI, Norme charaïque n°9, Annexe C ; KHAN, Muhammad Akram, *Islamic Economics and Finance: A Glossary*, 2e éd., Routledge, 2007, V° *ijarah muntahia bitamlik*, p. 85.

²⁸³⁶ Un auteur indique que le mot arabe originel est *ijar* et que la forme *ijarah* pourrait avoir été créée pour rimer avec les autres termes financiers islamiques, v. EL-GAMAL, Mahmoud, *Finance islamique*, De Boeck, 2010, p. 133.

²⁸³⁷ Sur ce point, v. AL-ZUHAYLI, Wahbah, EL-GAMAL, Mahmoud (Trad.), *Financial transactions in Islamic jurisprudence*, vol. 1, Dar Al-Fikr, 2001, p. 385 et s.

²⁸³⁸ *Ibid.*, p. 387. Sur la notion v. CHEHATA, Chafik, *Etudes de droit musulman*, t. 2 : La notion de responsabilité contractuelle. La notion de propriété, PUF, 1973, p. 159 et aussi LINANT DE BELLEFONDS, Yvon, *Traité de droit musulman comparé, Vol.1: Théorie générale de l'acte juridique*, Mouton et cie., 1965, paragr. 73.

²⁸³⁹ Pour une définition de l'*ijarah* selon les différentes écoles, v. AL-ZUHAYLI, Wahbah, EL-GAMAL, Mahmoud (Trad.), *op. cit.*, p. 387 ; SALEH, Nabil A., *Unlawful gain and legitimate profit in Islamic law*, Cambridge University Press, 1986, p. 97 et s.

²⁸⁴⁰ TAQI USMANI, Muhammad, *An introduction to islamic finance*, [s.l. : s.n.], [s.d.], p. 110.

²⁸⁴¹ SCHACHT, Joseph, *Introduction au droit musulman*, Maisonneuve et Larose, 1999, p. 131.

²⁸⁴² AAOIFI, Norme charaïque n°9, Annexe B.

²⁸⁴³ SALEH, Nabil A., *Unlawful gain and legitimate profit in Islamic law*, Cambridge University Press, 1986, p. 97 SCHACHT, Joseph, *op. cit.*, p. 131.

d'ouvrage. Ce dernier est défini à l'article 1710 du Code civil comme le « *contrat par lequel l'une des parties s'engage à faire quelque chose pour l'autre, moyennant un prix convenu entre elles* ». L'expression « contrat de travail » a remplacé celle de « louage d'ouvrage », notamment parce que le contrat de louage s'accordait désormais mal avec les évolutions législatives motivées par des considérations sociales²⁸⁴⁴. Dans le cadre de la finance islamique, l'*ijarah* n'est étudié qu'en tant que contrat de bail.

567 Fondements charaïques. Le rapprochement de l'*ijarah* et de la vente a conduit certains juristes à rejeter le premier au motif que l'usufruit n'est transmis qu'au fur et à mesure du contrat qui porte ainsi sur une chose future²⁸⁴⁵. Cette position, minoritaire, s'oppose au consensus des quatre *madhâhib* sunnites sur la validité de l'opération. Parmi les *fuqaha* favorables à l'*ijarah*, Averroès a soutenu que si le contrat porte effectivement sur une chose future, le droit d'usage d'un bien dans le temps, son existence est néanmoins hautement probable, ce qui écarte toute situation d'incertitude²⁸⁴⁶. D'autres auteurs considèrent quant à eux que le contrat de louage n'est formé qu'au moment où la jouissance s'effectue et qu'il se renouvelle au fur et à mesure²⁸⁴⁷.

Plusieurs versets du Coran sont invoqués au soutien de la licéité de l'*ijarah*, tous intéressant le louage d'ouvrage²⁸⁴⁸. Il en est de même des différents hadiths retenus par les *fuqaha*. D'après l'un d'eux, absent des recueils d'Al-Bukhari et de Muslim, le Prophète aurait enjoint aux croyants de « *donner au salarié son dû avant que la sueur ne sèche de son front* »²⁸⁴⁹. Un autre impose à celui qui engage une personne de lui faire connaître son salaire²⁸⁵⁰. Le Prophète aurait en outre admis le bail de terres agricoles à la condition que la contrepartie soit de l'or ou de l'argent²⁸⁵¹. Al-Bukhari consacre au louage le trente-septième livre de son *Sahîh*, mais aucun des hadiths

²⁸⁴⁴ AUBREE, Yann, *Rép. trav. Dalloz*, v° Contrat de travail : existence – Formation, janv. 2014, paragr. 4 ; LÉVY, Aldo, *Finance islamique*, Gualino-Lextenso, 2012, paragr. 471, spéc. p. 730.

²⁸⁴⁵ Sur ce point, v. AL-ZUHAYLI, Wahbah, EL-GAMAL, Mahmoud (Trad.), *op. cit.*, p. 385.

²⁸⁴⁶ IBN RUSHD, NYAZEE, Imran Ahsan Khan (trad.) *The Distinguished Jurist's Primer*, vol. 2, Garnet, 2000, p. 265.

²⁸⁴⁷ CHEHATA, Chafik, *Etudes de droit musulman*, t. 2 : La notion de responsabilité contractuelle. La notion de propriété, PUF, 1973, p. 160. Chéhata précise que cette « *argumentation ne sert qu'à légitimer le contrat de louage* ».

²⁸⁴⁸ Dans l'annexe B de la norme n°9 consacrée à l'*ijarah*, l'AAOIFI mentionne deux versets : Coran, sourate 18, verset 77 « [...] Moïse lui dit « *Tu pourrais, si tu le voulais, réclamer un salaire pour cela* » et sourate 28, verset 26 « *Une des deux femmes dit : « Ô mon père ! Engage-le à ton service, moyennant salaire. Il est vraiment le meilleur de ceux que tu pourrais engager. Il est fort et digne de confiance* » ». Al-Zuhayli cite un troisième verset : Coran, sourate 65, verset 6 : « [...] *Si elles allaitent l'enfant né de vous, versez-leur une pension* », v. AL-ZUHAYLI, Wahbah, EL-GAMAL, Mahmoud (Trad.), *op. cit.*, p. 385.

²⁸⁴⁹ *Sunan Ibn Majah*, hadith n°2443 ; *Mishkat al-Masabih*, hadith n°2987.

²⁸⁵⁰ *Sunan an-Nasa'i*, hadith n° 3857.

²⁸⁵¹ *Ibid.*, hadith n°3890, 3892 et 3933 ; *Sunan Ibn Majah*, hadith n°2449 ; *Sunan Abu Dawud*, hadith n°3391, 3392 et 3393.

référéncés n'intéresse directement le louage de choses. Al-Zuhayli mentionne pourtant l'un deux en tant que preuve de la licéité de l'*ijarah*²⁸⁵². Au-delà des sources sacrées, le contrat est admis sur le fondement de la préférence juridique (*istihsan*) et de la nécessité (*darura*)²⁸⁵³. L'AAOIFI souligne l'utilité de l'*ijarah* qui permet aux personnes d'avoir l'usage de biens qu'elles ne sont pas en mesure d'acquérir²⁸⁵⁴.

Le contrat de bail étant une nécessité dans une société développée, les *fuqaha* ne pouvaient faire autrement que de conclure à sa licéité et d'établir son régime juridique (A). En droit français, l'*ijarah muntahia bittamlik* peut être assimilée à l'opération de crédit-bail (B).

A) *Le cadre juridique islamique*

568 Plan. A l'instar de la *murabaha*, la nature tripartite de l'opération amène à distinguer la phase précontractuelle permettant d'acquérir la jouissance du bien (1) de la phase contractuelle portant sur la conclusion de l'*ijarah* et la réalisation de ses effets (2).

1) *La phase précontractuelle*

569 Propriété du bien loué. L'*ijarah* a pour particularité que le bailleur n'est pas tenu de posséder le bien en pleine propriété. Le droit islamique connaît en effet plusieurs formes du droit de propriété (*milk*) parmi lesquelles la propriété de jouissance (*milk al-manfa'a*) qui se distinguerait, d'après Chéhata, de la conception moderne de l'usufruit²⁸⁵⁵. Elle le rappelle néanmoins en ce qu'elle confère à son titulaire le droit, soit d'utiliser la chose, soit de tirer profit des fruits qu'elle peut donner²⁸⁵⁶. On conçoit ainsi que l'*ijarah* puisse être qualifié de vente par certains *fuqaha*, parce qu'elle porte sur le transfert, à titre onéreux, de la propriété de jouissance. La notion engendre un

²⁸⁵² AL-ZUHAYLI, Wahbah, EL-GAMAL, Mahmoud (Trad.), *op. cit.*, p. 386.

²⁸⁵³ SALEH, Nabil A, *Unlawful gain and legitimate profit in Islamic law*, Cambridge University Press, 1986, p. 98.

²⁸⁵⁴ AAOIFI, Norme charaïque n°9, Annexe B.

²⁸⁵⁵ CHEHATA, Chafik, *Etudes de droit musulman*, t. 2 : La notion de responsabilité contractuelle. La notion de propriété, PUF, 1973, p. 159. Chéhata affirme que la propriété de jouissance rappellerait plutôt le *dominium ususfructus* tel que conçu à une certaine époque du droit romain.

²⁸⁵⁶ *Ibid.*, p. 161. En droit français, l'article 578 du Code civil définit l'usufruit comme « le droit de jouir des choses dont un autre a la propriété, comme le propriétaire lui-même, mais à la charge d'en conserver la substance ».

certain nombre de difficultés auxquelles les juristes répondent difficilement²⁸⁵⁷. Le droit né du contrat n'est que temporaire puisqu'il disparaît à l'échéance du terme, ce qui, partant, tend à exclure la qualification de contrat de vente. Nonobstant cette objection, les *fuqaha* assimilent l'*ijarah* à la vente d'un droit de jouissance temporaire.

570 Promesse du client. En vue de proposer une alternative islamique au crédit-bail et, de manière générale, à toute location assortie d'une option d'achat, l'AAOIFI admet que le client puisse demander à l'institution d'acquérir un bien, ou du moins la propriété de jouissance de ce bien. En contrepartie, l'institution peut requérir du client qu'il consente la promesse de le prendre à bail²⁸⁵⁸. Les juristes modernes écartent à nouveau la conception classique de la promesse qui nie à celle-ci toute force obligatoire. A ce stade, les parties peuvent recourir à un contrat cadre afin de définir les conditions générales de l'opération. Dans ce cas, il est toutefois nécessaire de conclure un contrat *ijarah* séparé ou de prévoir l'échange de notifications d'offre et d'acceptation renvoyant aux conditions générales²⁸⁵⁹. A l'instar de la *murabaha*, un *hamish jiddiyah* peut être exigé du client pour s'assurer de l'exécution de sa promesse, mais l'institution ne peut prélever que la somme correspondant au préjudice réel²⁸⁶⁰.

571 Acquisition de la propriété de la chose. Les parties ne peuvent conclure l'*ijarah* qu'à la condition que le bailleur ait la propriété du bien objet du contrat, qu'elle soit pleine ou de jouissance²⁸⁶¹. Dans cette situation, le contrat se forme par la rencontre des volontés des parties²⁸⁶². Au cas où le bien est en voie d'acquisition par l'institution, il convient d'attendre le transfert de propriété²⁸⁶³. Il peut l'être auprès d'un tiers, mais aussi du futur preneur, à la condition que l'*ijarah* ne constitue pas une condition de la vente, car le contrat contiendrait alors deux opérations juridiques distinctes²⁸⁶⁴. Sur la base d'une analogie avec le *salam*, les juristes de l'AAOIFI admettent que l'*ijarah* porte sur une chose future, sous réserve que le contrat ne prenne effet qu'une fois la délivrance réalisée²⁸⁶⁵. Si les parties se réfèrent expressément au *salam*, les loyers

²⁸⁵⁷ Sur ce point v. CHEHATA, Chafik, *op. cit.*, p. 159 et s.

²⁸⁵⁸ AAOIFI, Norme charaïque n°9, art. 2.1.

²⁸⁵⁹ *Ibid.*, art. 2.2.

²⁸⁶⁰ *Ibid.*, art. 2.3.

²⁸⁶¹ *Ibid.*, art. 3.1.

²⁸⁶² *Ibid.*, art. 3.1.1.

²⁸⁶³ *Ibid.*, art. 3.1.2.

²⁸⁶⁴ *Ibid.*, art. 3.2. La règle autorise la pratique de la cession-bail aussi connue sous le terme anglais de *leaseback*.

²⁸⁶⁵ *Ibid.*, art. 3.5. V. aussi, EL-GAMAL, Mahmoud, *Finance islamique*, De Boeck, 2010, p. 133.

doivent être versés par avance²⁸⁶⁶. Le client et l'institution peuvent s'associer en vue d'acquérir le bien au moyen notamment d'une *musharakah*. Le bail ne porte alors que sur la partie appartenant à l'institution²⁸⁶⁷. Cette dernière peut donner mandat au client d'acquérir le bien pour elle et en son nom, mais il est préférable de ne pas y recourir²⁸⁶⁸.

Ces préalables respectés, le financier et son client peuvent conclure un contrat *ijarah*.

2) La phase contractuelle

572 Conditions relatives à l'objet de l'*ijarah*. Traditionnellement, les *fuqaha* exigent que l'*ijarah* ait pour objet une chose ayant une utilité évaluable économiquement et qui est susceptible d'être livrée²⁸⁶⁹. Dans leur conception, le contrat ne porte pas directement sur la chose mais sur sa jouissance (*manfa'a*). On ne peut, en conséquence, louer un mouton afin d'exploiter sa laine ou un cheval en vue de le faire reproduire²⁸⁷⁰. Cette conception ne demeure que superficiellement dans les règles de l'AAOIFI consacrées à l'*ijarah* qui se bornent à énoncer que le contrat ne peut avoir pour objet une chose consumptible²⁸⁷¹. Il peut en revanche porter sur une part d'un bien indivis sans qu'il ne soit nécessaire que les parties soient coindivisaires²⁸⁷². L'AAOIFI se réfère à la doctrine hanbalite en affirmant que la jouissance du bien ne doit pas satisfaire à une finalité en opposition avec une règle de la charia²⁸⁷³. Il en serait ainsi si une institution financière islamique louait un local à un établissement de crédit qui ignore la prohibition du *riba*.

573 Détermination de la durée du contrat. Les parties doivent impérativement préciser la durée du bail afin d'observer la prohibition du *gharar*²⁸⁷⁴. Il débute, en principe, au moment de la formation du contrat, mais il est loisible aux parties de

²⁸⁶⁶ *Id.*

²⁸⁶⁷ *Ibid.*, art. 3.6.

²⁸⁶⁸ *Ibid.*, art. 3.7.

²⁸⁶⁹ V. en droit malékite, BEN ISH'ÂQ, Khalil, BOUSQUET, Georges-Henri (trad.), *Abrégé de la loi musulmane selon le rite de l'imâm Malek*, t. 3 : Le patrimoine, La Maison des livres, Alger, 1961, p. 131.

²⁸⁷⁰ AL-ZUHAYLI, Wahbah, EL-GAMAL, Mahmoud (Trad.), *op. cit.*, p. 387 ; AAOIFI, Norme charaïque n°9, Annexe B.

²⁸⁷¹ AAOIFI, Norme charaïque n°9, art. 5.1.

²⁸⁷² *Ibid.*, art. 5.1.2.

²⁸⁷³ *Ibid.*, art. 5.1.1 et 5.1.3.

²⁸⁷⁴ V. pour une illustration en droit malékite, v. IBN ABI ZAYD AL-QAYRAWANI, BERCHER, Léon (trad.), ZAWI, Mohammed (trad.), *La risâla ou Épitre sur les éléments du dogme et de la loi de l'Islam selon le rite mâlikite*, Dar Al-Kotob Al-Ilmiyah, 2010, p. 92 ; AAOIFI, Norme charaïque n°9, art. 4.2.

différer sa prise d'effet sous réserve de stipuler la date (*ijarah mudhafa*)²⁸⁷⁵. L'*ijarah* se distingue en cela de la vente ordinaire dont l'effet principal doit intervenir concomitamment à la conclusion de l'acte. L'AAOIFI reconnaît aux parties cette faculté au motif que l'*ijarah* est, contrairement à la vente ordinaire, un contrat qui s'exécute dans le temps²⁸⁷⁶. Les *fuqaha* hanéfites ne font pas de la stipulation de la date de début du bail une condition de validité du contrat. Ils considèrent, à défaut de précision, que le bail débute le mois suivant celui de la conclusion du contrat. Les shaféites considèrent, à l'inverse, que l'absence de mention de la date s'assimile à une indétermination de l'objet du contrat et génère le *gharar*²⁸⁷⁷.

574 Arrhes. Les parties peuvent convenir du versement d'*arboun* au profit du bailleur²⁸⁷⁸. A l'instar du droit français, les *arboun* confèrent à celui qui les verse une faculté de rétractation pendant un délai déterminé, soit par les parties, soit par les usages²⁸⁷⁹. Si le preneur ne l'exerce pas, les arrhes s'imputent sur les loyers à venir. En revanche, s'il se prévaut de son droit, le bailleur peut conserver les arrhes, mais il est encouragé à renoncer à la partie excédant le préjudice réel subi²⁸⁸⁰.

575 Multiplicité des contrats de bail. Le bailleur peut conclure plusieurs contrats de bail portant sur un même bien avec des personnes différentes à la condition, logique, que les périodes soient distinctes²⁸⁸¹. En dépit de la répugnance du droit islamique pour les engagements futurs, la succession de contrats est admise sur le principe de l'*ijarah mudhafa*. Plus surprenant encore, l'AAOIFI autorise les parties, dans ce cas de figure, à ne pas préciser la durée de chacun des contrats au motif que les preneurs successifs peuvent la déterminer en se concertant²⁸⁸².

576 Obligations du preneur. En droit français, aux termes de l'article 1728 du Code civil, le preneur est tenu de deux obligations principales : payer le loyer ainsi qu'user

²⁸⁷⁵ AAOIFI, Norme charaïque n°9, art. 4.1.2. Sur l'*ijarah mudafah*, v. AL-ZUHAYLI, Wahbah, EL-GAMAL, Mahmoud (Trad.), *op. cit.*, p. 415.

²⁸⁷⁶ *Ibid.* Annexe B.

²⁸⁷⁷ AL-ZUHAYLI, Wahbah, EL-GAMAL, Mahmoud (Trad.), *op. cit.*, p. 392.

²⁸⁷⁸ *Ibid.*, art. 4.1.4. ; Résolution n°72 (3/8) de l'Académie Internationale du Fiqh Islamique, 1°.

²⁸⁷⁹ AAOIFI, Norme charaïque n°53, art. 2.1 et 3.1.

²⁸⁸⁰ AAOIFI, Norme charaïque n°9, art. 4.1.4.

²⁸⁸¹ AAOIFI, Norme charaïque n°9, art. 4.2.1 et 4.2.2.

²⁸⁸² *Ibid.*, art. 4.2.3. Pour le fondement charaïque de la règle, v. l'annexe B accompagnant la norme.

de la chose raisonnablement et conformément à sa destination²⁸⁸³. Ces obligations se retrouvent en droit islamique et sont rappelées, dans la norme de l'AAOIFI consacrée à l'*ijarah*, en des termes semblables à ceux du code civil²⁸⁸⁴. Le loyer doit être déterminé par les parties qui peuvent néanmoins décider librement de la forme. Il peut ainsi consister en une somme d'argent, en la remise d'une chose ou en la fourniture d'un service²⁸⁸⁵. Les parties peuvent convenir d'un paiement unique ou échelonné sur une durée égale, supérieure ou inférieure à celle de l'*ijarah*²⁸⁸⁶. L'indexation du loyer est permise sous réserve que l'indice soit régulier et qu'il ne fasse l'objet d'aucune contestation. Ce faisant, l'*ijarah* se présente comme une alternative islamique aux financements à taux variables conventionnels²⁸⁸⁷. En cas d'indexation, le montant du premier loyer doit avoir été fixé par les parties²⁸⁸⁸. Ces dernières peuvent prévoir que le locataire conserve une partie du loyer sur un compte *ad hoc* afin de couvrir les dépenses approuvées par le bailleur tels les frais d'entretien ou d'assurance²⁸⁸⁹. A l'occasion du renouvellement du bail, le loyer peut être révisé pour les périodes futures. Les loyers de la période précédente ne peuvent être modifiés car ils constituent une dette qui ne saurait être augmentée en raison de la prohibition du *riba*²⁸⁹⁰.

577 Obligations du bailleur. Tant le droit français, aux articles 1719 et suivants du Code civil, que le droit islamique imposent au bailleur un certain nombre d'obligations qui ont pour finalité commune la jouissance paisible de la chose par le preneur²⁸⁹¹. Le bailleur doit en premier lieu délivrer la chose louée à la date prévue par les parties. En cas de retard, il ne peut exiger du preneur qu'il paye le loyer. Les parties peuvent néanmoins décider de prolonger le contrat d'une durée correspondant à celle du

²⁸⁸³ « *Le preneur est tenu de deux obligations principales :*

1° D'user de la chose louée raisonnablement, et suivant la destination qui lui a été donnée par le bail, ou suivant celle présumée d'après les circonstances, à défaut de convention ;

2° De payer le prix du bail aux termes convenus ».

²⁸⁸⁴ AAOIFI Norme charaïque n°9, art. 5.1.4 : « *Le preneur est tenu d'user du bien pris en bail de manière appropriée et convenable. Il doit également se conformer aux clauses stipulées dans le contrat et valides du point de vue charaïque. Il doit également éviter toute atteinte au bien par mauvaise utilisation, par dégradation volontaire ou par négligence* » ;

Ibid., art. 5.2.2 : « *Le preneur est contractuellement tenu de payer son loyer* ».

²⁸⁸⁵ *Ibid.*, art. 5.2.1.

²⁸⁸⁶ *Ibid.*, art. 5.2.2.

²⁸⁸⁷ Sur ce point, v. EL-GAMAL, Mahmoud, *Finance islamique*, De Boeck, 2010, p. 135.

²⁸⁸⁸ *Ibid.*, art. 5.2.3.

²⁸⁸⁹ *Ibid.*, art. 5.2.4.

²⁸⁹⁰ *Ibid.*, art. 5.2.5.

²⁸⁹¹ V. a propos du droit français, BÉNABENT, Alain, *Droit des contrats spéciaux civils et commerciaux*, 14^e éd., LGDJ, 2021, paragr. 353. Pour l'auteur, les obligations du bailleur se résument en une obligation unique qu'est la jouissance paisible.

retard²⁸⁹². Il pèse sur le bailleur une obligation d'entretien qui le contraint à supporter les grosses réparations, le preneur n'étant tenu que des réparations locatives²⁸⁹³. Toute stipulation en sens contraire contreviendrait à la théorie des clauses adjointes²⁸⁹⁴. Le *fiqh* se distingue sur ce point du droit français qui admet certaines dérogations interprétées strictement par la jurisprudence²⁸⁹⁵. Le bailleur est en outre tenu, dans les deux systèmes juridiques, de garantir la chose louée contre les vices pouvant affecter son usage²⁸⁹⁶. A nouveau, le droit islamique prohibe toute clause dérogeant au principe²⁸⁹⁷, tandis que le droit français les admet, sauf en matière de bail d'habitation, mais les interprète strictement²⁸⁹⁸. D'une manière générale, la théorie des clauses adjointes s'oppose à toute stipulation qui exonérerait, partiellement ou intégralement, le bailleur de l'une de ses obligations car il est de l'essence de l'*ijarah* de transmettre au preneur la pleine jouissance de la chose louée. Cette conception justifie que le bailleur supporte les frais d'assurance, laquelle doit satisfaire aux règles charaïques²⁸⁹⁹. L'*ijarah* se distingue, sur ce point, du bail conventionnel où cette obligation incombe d'ordinaire au preneur soit en vertu du contrat, soit de la loi²⁹⁰⁰.

578 Garanties contre l'inexécution du preneur. Le bailleur est en droit d'exiger du preneur la constitution de sûretés afin de garantir le paiement du loyer ou des frais de réparation lorsque la dégradation de la chose résulte du fait du locataire ou de sa négligence²⁹⁰¹. Il ne peut se prévaloir des sûretés qu'à hauteur du préjudice réel subi qui se limite aux loyers échus, mais non payés, ainsi qu'aux dommages-intérêts

²⁸⁹² AAOIFI, Norme charaïque n°9, art. 4.1.3.

²⁸⁹³ *Ibid*, art. 5.1.7 et Résolution n°110 (4/12) de l'Académie Internationale du fiqh islamique, 1°. Il convient de remarquer la similarité avec les dispositions du Code civil en la matière, v. C. civ., art. 1719, 2° et 1720.

²⁸⁹⁴ *Id*. Pour la justification charaïque de la règle v. l'Annexe B accompagnant la norme.

²⁸⁹⁵ Sur le caractère supplétif de l'article 1720 du Code civil, v. Civ. 3°, 7 févr. 1978, n°76-14.214, *Bull. civ.* III, n°71. Pour une illustration de l'interprétation stricte par la jurisprudence des clauses dérogeant au principe, v. Civ. 3°, 10 mai 1991, n°89-18.165, *Bull. civ.* III, n°127 retenant que « la clause mettant à la charge du preneur les grosses réparations et celles de la toiture n'exonérait pas le bailleur de la réfection de cette dernière, dès lors qu'elle était totale ». Ces clauses sont toutefois inefficaces dans certains baux spéciaux, v. à propos du bail d'habitation, L. n° 89-462 du 6 juillet 1989, art. 6, c) ou, en matière de bail commercial, C. com., art. R. 145-35.

²⁸⁹⁶ La règle est énoncée, en matière de bail, à l'article 1721 du Code civil et à l'article 5.1.5 de la norme charaïque n°9 de l'AAOIFI.

²⁸⁹⁷ AAOIFI, Norme charaïque n°9, art. 5.1.5 ; Résolution n°110 (4/12) de l'Académie Internationale du fiqh islamique, 1°.

²⁸⁹⁸ Civ. 3°, 26 févr. 1971, n°69-14.401, *Bull. civ.* III, n°146.

²⁸⁹⁹ AAOIFI, Norme charaïque n°9, art. 5.1.8. L'exigence du caractère islamique de l'assurance n'apparaît pas expressément dans la norme de l'AAOIFI, mais il va de soi qu'il est impératif dès lors que la chose louée se situe sur un territoire où sont implantées des entreprises d'assurance islamique. V. en ce sens, Résolution n°110 (4/12) de l'Académie Internationale du fiqh islamique, 1°, 4). Dans une résolution précédente l'Académie recommandait de recourir, autant que faire se peut, à l'assurance islamique, v. Résolution n°13 (1/3).

²⁹⁰⁰ L'article 7, g) de la L. du 6 juillet 1989 fait obligation au preneur d'un bail d'habitation d'être assuré contre les risques dont il doit répondre à raison de sa qualité.

²⁹⁰¹ AAOIFI, Norme charaïque n°9, art. 6.1.

auxquels il peut prétendre conformément à la charia²⁹⁰². Le contrat d'*ijarah* peut prévoir, sous réserve de la mise en demeure du preneur, le paiement anticipé des loyers à venir en cas de retard de paiement d'une échéance sans raison valable. Cela est rendu possible par l'assimilation de l'*ijarah* à la vente de la propriété de jouissance en contrepartie du paiement du prix, lequel peut être fractionné. La déchéance du terme pour le paiement de loyers ne doit pas priver le preneur de son droit d'usage sur la chose pour la période restante. En cas de résiliation du contrat, les loyers payés d'avance en vertu de la clause de paiement anticipé donnent lieu à régularisation²⁹⁰³.

579 Clause pénale. Le loyer constituant une dette du preneur, les parties ne peuvent stipuler de clause pénale sans enfreindre la prohibition du *riba*²⁹⁰⁴. Les règles applicables à l'*ijarah* sont, sur ce point, identiques à celles régissant les contrats de vente. Aussi, les juristes de l'AAOIFI étendent-ils à la location la technique de « l'engagement de don »²⁹⁰⁵. Il s'agit pour le preneur de s'obliger, en cas de retard de paiement, à faire don d'un montant déterminé ou d'un pourcentage du loyer au profit d'œuvres caritatives sous la supervision du comité charaïque de l'institution²⁹⁰⁶. La technique est une *hila*, une ruse destinée à s'affranchir de la prohibition de la clause pénale et à accentuer la contrainte sur le débiteur. A suivre les règles élaborées par les auteurs classiques en matière de libéralité, l'engagement de don devrait voir son efficacité restreinte au motif que la donation appartient à la catégorie des actes librement révocables tant que la tradition n'a pas été effectuée²⁹⁰⁷. Seule l'école malékite retient que la donation est parfaite dès l'échange des consentements des parties²⁹⁰⁸. Les juristes de l'AAOIFI se réfèrent aux avis de deux auteurs de cette école, Abdullah Ibn Nafi et Muhammad Ibn Ibrahim Ibn Dinar, pour revêtir l'engagement de don de la force obligatoire²⁹⁰⁹.

²⁹⁰² *Ibid.*, art. 6.5. Les loyers non échus et les intérêts moratoires sont exclus du préjudice réel.

²⁹⁰³ *Ibid.*, art. 6.2.

²⁹⁰⁴ Spécifiquement pour l'*ijarah*, AAOIFI, Norme charaïque n°9, art. 6.3 ; généralement AAOIFI, Norme charaïque n°3, art. 2.1.2 et Résolution n°109 (3/12) de l'Académie Internationale du Fiqh Islamique. Sur la technique, v. nos développements consacrés au cadre juridique islamique de la *murabaha* paragr. 557.

²⁹⁰⁵ Sur ce point, v. nos développements consacrés au cadre juridique islamique de la *murabaha*.

²⁹⁰⁶ AAOIFI,

²⁹⁰⁷ V. sur ce point LINANT DE BELLEFONDS, Yvon, *Traité de droit musulman comparé, Vol.1: Théorie générale de l'acte juridique*, Mouton et cie., 1965, paragr. 72.

²⁹⁰⁸ *Id.*

²⁹⁰⁹ AAOIFI, Norme charaïque n°9, annexe B.

580 Sous-location. Les règles applicables à l'*ijarah* ne s'opposent pas à ce que le preneur sous-loue le bien à un tiers pour un loyer égal, supérieur ou inférieur à celui auquel il est tenu. Cela suppose que le contrat initial ne prévoit pas le contraire ou qu'il conditionne cette faculté à l'accord préalable du bailleur²⁹¹⁰. Étonnamment, l'AAOIFI admet que le contrat de sous-location puisse être conclu entre les mêmes parties que l'*ijarah* originel en dépit de sa condamnation de la vente *al-'inah*. Le risque est alors que la sous-location dissimule un moyen de contourner la prohibition du *riba*. Pour le prévenir, l'organisation impose le paiement simultané des deux loyers²⁹¹¹. Hormis ce point, les règles islamiques régissant la sous-location sont similaires à celles du droit français. L'article 1717 du Code civil dispose que le locataire a le droit de sous-louer le bien à un tiers dès lors que cette faculté ne lui a pas été interdite. Le principe est néanmoins différent en matière de baux d'habitation²⁹¹², ruraux²⁹¹³ ou commerciaux²⁹¹⁴.

581 Aliénation de la chose louée. Le contrat d'*ijarah* prend fin en cas de vente de la chose louée au preneur qui possède alors la pleine propriété (*milk talm*)²⁹¹⁵. Il n'est pas affecté, en revanche, par la cession du bien à un tiers²⁹¹⁶. On retrouve un principe similaire en droit français où le bail est transmis à l'occasion du transfert de propriété. L'article 1743 al. 1^{er} du Code civil prévoit expressément que l'acquéreur ne peut expulser le locataire à cette occasion si le bail a une date certaine²⁹¹⁷. Il résulte du second alinéa de ce texte que ces dispositions ne sont pas d'ordre public, à l'exception des baux ruraux. La fin anticipée du bail n'est alors possible que si le contrat le prévoit et sous réserve d'indemniser le preneur selon les conditions des articles 1744 et suivants du Code civil. Le droit islamique est davantage protecteur du preneur en ce que la règle n'admet aucune dérogation, peu importe que l'acquéreur ait eu connaissance du contrat ou non. En contrepartie, l'acquéreur peut demander

²⁹¹⁰ AAOIFI, Norme charaïque n°9, art. 3.3.

²⁹¹¹ *Ibid.*, art. 3.4.

²⁹¹² L'article 8 al. 1^{er} de la L. du 6 juillet 1989 interdit au locataire de sous-louer le bien, à moins de recueillir l'accord écrit du bailleur.

²⁹¹³ La sous-location est en principe interdite même avec l'accord exprès du bailleur, C. rur., art. L. 411-35.

²⁹¹⁴ Le preneur ne peut sous-louer le bien que si le contrat ou le bailleur l'y autorise, C. com., art. L. 145-31.

²⁹¹⁵ *Ibid.*, art. 7.1.

²⁹¹⁶ *Ibid.*, art. 7.2.

²⁹¹⁷ Aux termes de l'article 1377 du Code civil, « l'acte sous signature privée n'acquiert date certaine à l'égard des tiers que du jour où il a été enregistré, du jour de la mort d'un signataire, ou du jour où sa substance est constatée dans un acte authentique ». La jurisprudence assouplit la règle en retenant que le bail est opposable à l'acquéreur dès lors qu'il en a eu connaissance lors de la vente, v. Civ. 3^e, 20 juill. 1989, n°88-13.413 Bull. civ. III, n°169 : RTD civ. 1990.101, obs. Ph. Rémy

l'annulation de la vente s'il n'a pas eu connaissance de l'existence du contrat de bail lors de la vente²⁹¹⁸.

582 Perte de la chose louée. La perte totale de la chose entraîne logiquement la fin de l'*ijarah* lorsque le contrat porte sur une chose déterminée²⁹¹⁹. Si elle n'est que partielle, le preneur peut résilier le bail si sa jouissance s'en trouve affectée. Il peut renoncer à ce droit en contrepartie de la révision du loyer en accord avec le bailleur²⁹²⁰. La perception des loyers est exclue pour la période où le locataire n'a pu jouir de la chose, mais il est loisible aux parties de prolonger le contrat d'une durée équivalente²⁹²¹. Lorsque la perte de la chose est imputable au preneur, ce dernier doit rendre une chose équivalente ou indemniser le bailleur à hauteur de sa valeur²⁹²². Une forme particulière de bail, l'*ijarah mawsufah fi al-dhimmah*, déroge en partie aux règles évoquées²⁹²³. Dans ce contrat, en cas de perte totale ou partielle de la chose, le bailleur est tenu d'en proposer une autre répondant aux mêmes caractéristiques pour la durée restant à courir. A moins qu'il ne démontre que cela s'avère impossible, auquel cas le bail est résilié²⁹²⁴.

583 Décès de l'un des contractants. Le contrat de bail ne s'éteint pas par la mort de l'un des contractants, mais les héritiers du preneur peuvent y mettre fin en invoquant l'impossibilité pour eux de le poursuivre ou son inadéquation à leurs besoins²⁹²⁵. L'AAOIFI fait sienne la position des *fuqaha* malékites dont les règles sont protectrices du preneur²⁹²⁶. Ils justifient la continuité de l'*ijarah* par la nature du contrat qui porte sur la cession d'un droit réel qui est transmis aux héritiers²⁹²⁷. Cet avis, partagé par la majorité des jurisconsultes, est à rebours de la position des hanéfites. Pour les juristes

²⁹¹⁸ AAOIFI, Norme charaïque n°9, art. 7.1.2.

²⁹¹⁹ *Ibid.*, art. 7.1.3 et 7.2.4. La règle doit être rapprochée des articles 1722 et 1741 du Code civil qui prévoient la résiliation de plein droit du contrat de bail en cas de perte totale de la chose.

²⁹²⁰ En droit français, le preneur dispose dans ce cas d'une véritable option entre la révision du loyer et la résiliation du contrat de bail, v. C. civ., art. 1722 : « *si, pendant la durée du bail, la chose louée est détruite en totalité par cas fortuit, le bail est résilié de plein droit; si elle n'est détruite qu'en partie, le preneur peut, suivant les circonstances, demander ou une diminution du prix, ou la résiliation même du bail. Dans l'un et l'autre cas, il n'y a lieu à aucun dédommagement* ».

²⁹²¹ *Ibid.*, art. 7.1.5.

²⁹²² *Ibid.*, art. 7.1.4. Le bail est, en droit, français régi par un principe similaire, v. C. civ., art. 1732 : « *il (le preneur) répond des dégradations ou des pertes qui arrivent pendant sa jouissance, à moins qu'il ne prouve qu'elles ont eu lieu sans sa faute* ».

²⁹²³ Elle consiste en la location d'une chose future déterminée, v. AAOIFI, Norme charaïque n°9, art. 3.5.

²⁹²⁴ *Ibid.*, art. 7.1.6.

²⁹²⁵ *Ibid.*, art. 7.2.3. La version française officielle des normes de l'AAOIFI suggère que les conditions sont alternatives : « *Toutefois, les héritiers du preneur défunt ont le droit de résilier le contrat s'ils prouvent que les obligations contractuelles qui leur incombent à cause du décès de leur proche sont disproportionnées par rapport à leurs revenus, ou que l'ijarah dépasse leurs besoins* ». La version anglaise emploie quant à elle le terme « *and* » qui implique que les conditions sont cumulatives.

²⁹²⁶ *Ibid.*, annexe B.

²⁹²⁷ *Id.* ; AL-ZUHAYLI, Wahbah, EL-GAMAL, Mahmoud (Trad.), *op. cit.*, p. 433.

de cette école, le décès de l'une ou l'autre des parties entraîne la résiliation du contrat²⁹²⁸. La règle consacrée par l'AAOIFI est similaire au principe affirmé par l'article 1742 du Code civil²⁹²⁹. Le texte n'étant pas cependant d'ordre public, les parties peuvent librement y déroger²⁹³⁰.

584 Survenance du terme. L'*ijarah* s'éteint à l'arrivée du terme, mais peut se poursuivre afin de prévenir d'éventuels dommages²⁹³¹. L'AAOIFI illustre la règle à travers deux exemples. Il en est ainsi en cas d'arrivée tardive dans le cadre de la location d'un véhicule ou de la maturation insuffisante des cultures implantées sur un terrain loué à cet effet. L'*ijarah* est alors prorogé pour la période nécessaire en contrepartie d'un loyer déterminé selon la valeur du marché²⁹³². Les parties peuvent encore renouveler le bail avant son expiration ou prévoir sa tacite reconduction par une clause stipulée dans le contrat initial²⁹³³. En droit français, à défaut de la volonté contraire des parties, le principe affirmé par l'article 1738 du Code civil est la tacite reconduction du bail, soumis au droit commun, lorsque le « *preneur reste et est laissé en possession* » à la survenance du terme²⁹³⁴. Le texte précise qu'il ne s'agit pas d'une prorogation du contrat, mais d'un « *nouveau bail* » qui, d'après l'article 1215 du Code civil, produit les mêmes effets que le précédent²⁹³⁵.

585 Résiliation du contrat par la mise en œuvre d'un *khiyar*. L'inexécution par l'une des parties de ses obligations peut conférer à l'autre la faculté de résilier le contrat, soit que la loi le prévoit, soit que les parties aient stipulé une clause en ce sens²⁹³⁶. Le preneur a ainsi le droit de résilier le contrat en cas de vices ou de défauts de la chose qui empêchent son usage dans des conditions normales²⁹³⁷. Chacune des parties peut se

²⁹²⁸ AL-ZUHAYLI, Wahbah, EL-GAMAL, Mahmoud (Trad.), *op. cit.*, p. 433.

²⁹²⁹ « *Le contrat de louage n'est point résolu par la mort du bailleur ni par celle du preneur* ». La Cour de cassation considère logiquement que le bail est alors transmis aux héritiers, v. Soc. 11 oct. 1957 : JCP 1958. II. 10349, note H.G

²⁹³⁰ Soc. 4 juin 1959: *Bull. civ.* IV, n° 656.

²⁹³¹ AAOIFI, Norme charaïque n°9, art. 7.2.6.

²⁹³² D'après la version française officielle, le contrat *ijarah* est prorogé « *avec un loyer équivalent* », ce qui sous-entend qu'il s'agit du loyer déterminé par les parties. La version anglaise officielle énonce expressément le principe de détermination du loyer selon la valeur du marché : « *the lease then continues with the rental based on the prevailing The lease then continues with the rental based on the prevailing market value* ».

²⁹³³ AAOIFI, Norme charaïque n°9, art. 7.2.6.

²⁹³⁴ La tacite reconduction est le principe en matière de bail d'habitation, v. L. n° 89-462 du 6 juillet 1989, art. 10, al. 2. Le bail rural est reconduit par l'effet de la loi à défaut de congé valable, v. C. rur., art. L. 411-46. S'agissant des baux commerciaux, le bail n'est pas reconduit mais prolongé tacitement car il a vocation à se poursuivre pour une durée indéterminée, v. C. com., art. L. 145-9 al. 2 et Civ. 3°, 19 févr. 1975, n°73-14.018, *Bull. civ.* III, n°70

²⁹³⁵ En ce sens, v. MALAURIE, Philippe, AYNÈS, Laurent et GAUTIER, Pierre-Yves, *Droit des contrats spéciaux*, 11^e éd., LGDJ, 2020, paragr. 466, spéc. p. 395.

²⁹³⁶ Sur ce point, v. *supra* nos développements consacrés aux *khiyarat*.

²⁹³⁷ AAOIFI, Norme charaïque n°9, art. 7.2.1.

prévaloir du *khiyar-al shart* au cas où elles se seraient réservé la faculté²⁹³⁸. Le bailleur peut résilier le contrat en cas de retard ou de défaut de paiement du loyer²⁹³⁹. Ce droit résulte nécessairement d'une clause, appelée *khiyar al-naqd*, car l'inexécution par l'une des parties de ses obligations ne donne pas lieu à l'anéantissement du contrat, à moins d'une option conventionnelle en ce sens²⁹⁴⁰.

586 *Ijarah muntahia bittamlik et ijarah wa-iqtina.* L'*ijarah muntahia bittamlik* se caractérise, dans la définition que retient l'AAOIFI, par l'existence, en sus du contrat de bail, d'une promesse de cession de la chose louée consentie par le bailleur au profit du preneur²⁹⁴¹. Une telle acception de l'opération entretient la confusion avec l'*ijarah wa-iqtina* souvent étudiée dans les ouvrages consacrés à la finance islamique²⁹⁴². Un auteur distingue cependant ces deux formes d'*ijarah*. La première s'entendrait du bail qui s'achèverait par le transfert au preneur de la propriété de la chose louée, soit automatiquement, soit au moyen d'une vente²⁹⁴³. La seconde, du bail avec l'engagement du client de procéder à des paiements supplémentaires afin d'acquérir la propriété de la chose louée²⁹⁴⁴. Le juriste d'obédience hanéfite Muhammad TAQI USMANI présente l'*ijarah wa-iqtina* comme l'opération incluant un contrat de bail puis une promesse de vente ou de donation émanant du vendeur²⁹⁴⁵. Cette conception correspond à la définition de l'*ijarah muntahia bittamlik* consacrée par l'AAOIFI. Les divergences entre les auteurs rendent difficile la distinction entre ces deux formes d'*ijarah* ignorées des juristes classiques²⁹⁴⁶. Les travaux de l'AAOIFI faisant référence, il paraît préférable de les privilégier. Quelque soit la forme, les règles communes de l'*ijarah* ont vocation à s'appliquer²⁹⁴⁷.

²⁹³⁸ *Id.*

²⁹³⁹ *Ibid.*, art. 7.2.2.

²⁹⁴⁰ CHEHATA, Chafik, *Etudes de droit musulman*, t. 2 : La notion de responsabilité contractuelle. La notion de propriété, PUF, 1973, p. 12 et s.

²⁹⁴¹ AAOIFI, Norme charaïque n°9, Annexe C.

²⁹⁴² V. pour une définition de l'*ijara wa-iqtina* similaire à celle de l'*ijarah muntahia bittamlik* consacrée par l'AAOIFI, VISSER, Hans, *Islamic finance*, Edward Elgar, 2009, p. 59 SALEH, Nabil A, *Unlawful gain and legitimate profit in Islamic law*, Cambridge University Press, 1986, p. 99.

²⁹⁴³ KHAN, Muhammad Akram, *Islamic Economics and Finance: A Glossary*, 2e éd., Routledge, 2007, v° '*ijarah muntahia bitamlik*, p. 85.

²⁹⁴⁴ *Ibid.*, v° al-'*ijarah wa al-'iqina*', p. 85

²⁹⁴⁵ TAQI USMANI, Muhammad, *An introduction to islamic finance*, [s.l. : s.n.], [s.d.], p. 123.

²⁹⁴⁶ Sur la modernité de l'*ijarah muntahia bittamlik* et de l'*ijara wa-iqtina*, v.SALEH, Nabil A, *Unlawful gain and legitimate profit in Islamic law*, Cambridge University Press, 1986, p. 99 TAQI USMANI, Muhammad, *op. cit.*, p. 123.

²⁹⁴⁷ AAOIFI, Norme charaïque n°9, art.

587 Modalités du transfert de propriété de la chose louée. Les *fuqaha* modernes reconnaissent la validité de l'*ijarah muntahia bittamlik* au motif qu'elle consiste en la succession de deux contrats licites²⁹⁴⁸. Cela implique, conformément à la théorie des clauses adjointes, la séparation du contrat de bail et de l'acte translatif de propriété²⁹⁴⁹. Ce dernier peut prendre la forme d'une promesse de vente, d'une promesse de donation ou d'une donation sous condition suspensive de paiement de loyers²⁹⁵⁰. La séparation des actes étant exigée *ad validitatem*, les parties ne peuvent les lier²⁹⁵¹. La règle, si elle est respectueuse du droit islamique classique, s'accorde mal avec la faculté pour les parties de conditionner le transfert de propriété au paiement des loyers²⁹⁵². En procédant ainsi, les parties créent nécessairement un lien entre les deux actes. L'admission de la condition suspensive est en outre critiquable en ce que les auteurs classiques s'opposent à sa stipulation dans les contrats entraînant un transfert de droits réels²⁹⁵³. L'AAOIFI la justifie en invoquant l'exemple du Prophète²⁹⁵⁴. On perçoit à travers cette admission l'embarras et la difficulté qu'ont les juristes modernes à adapter le droit des contrats aux exigences contemporaines. Une autre illustration concerne la promesse de contrat à qui les auteurs classiques nient toute force obligatoire²⁹⁵⁵. Tant l'AAOIFI que l'Académie Internationale du Fiqh Islamique reconnaissent pourtant son caractère contraignant²⁹⁵⁶. C'est ainsi qu'en se référant à un avis controversé des savants malékites²⁹⁵⁷, les auteurs modernes affirment que la promesse de donation oblige celui de qui elle émane²⁹⁵⁸. Il est cependant impératif que la promesse, de vente ou de donation, soit unilatérale. La promesse synallagmatique est prohibée pour la raison déjà exposée à propos de la *murabaha*, à savoir que le transfert de propriété est concomitant à la conclusion de l'acte²⁹⁵⁹.

²⁹⁴⁸ SALEH, Nabil A, *op. cit.*, p. 99.

²⁹⁴⁹ Résolution n°13 (1/3), B, 4 et résolution n°110 (4/12), 1°,2 de l'Académie Internationale du Fiqh Islamique.

²⁹⁵⁰ AAOIFI, Norme charaïque n°9, art. 8.1.

²⁹⁵¹ *Id.* ; résolution n°110 (4/12), 1°,2 de l'Académie Internationale du Fiqh Islamique.

²⁹⁵² L'AAOIFI prévoit en effet que le bailleur peut consentir une promesse de vente en cours de location moyennant le paiement du prix des loyers restant à courir ou une donation sous condition suspensive de paiement des termes du loyer, v. AAOIFI, Norme charaïque n°9, art. 8.1. Cet avis semble repris de la résolution n°110 (4/12) de l'Académie Internationale du Fiqh Islamique, v. 3°.

²⁹⁵³ Sur ce point, v. LINANT DE BELLEFONDS, Yvon, *Traité de droit musulman comparé, Vol.1: Théorie générale de l'acte juridique*, Mouton et cie., 1965, paragr. 543.

²⁹⁵⁴ L'AAOIFI se réfère au *Sahih* d'Ibn Hibban et au *Musnad* d'Ahmad rapportant que le Prophète aurait fait un don au négus à condition qu'il soit encore vivant au moment où le porteur arrive auprès de lui, v. AAOIFI, Norme charaïque n°9, Annexe B.

²⁹⁵⁵ Sur l'absence de force obligatoire de la promesse de contrat, v. *supra* nos développements paragr. 228 et s.

²⁹⁵⁶ V. notamment AAOIFI, Norme charaïque n°49 ; Résolution n°40-41 (2/5 et 3/5) et résolution n°110 (4/12) de l'Académie Internationale du Fiqh islamique.

²⁹⁵⁷ EL-GAMAL, Mahmoud, *Finance islamique*, De Boeck, 2010, p. 134 LINANT DE BELLEFONDS, Yvon, *Traité de droit musulman comparé, Vol.1: Théorie générale de l'acte juridique*, Mouton et cie., 1965, paragr. 543.

²⁹⁵⁸ AAOIFI, Norme charaïque n°9, art. 8.2.

²⁹⁵⁹ *Id.*

Les juristes modernes admettent la condition suspensive du paiement des loyers stipulée dans la donation mais la rejettent à propos de la vente²⁹⁶⁰. Si les parties entendent transférer la propriété de la chose louée au moyen d'une vente, elles doivent recourir à la promesse et prévoir un prix qui peut être symbolique²⁹⁶¹.

L'*ijarah muntahia bittamlik* témoigne de l'effort entrepris par les juristes modernes pour adapter les règles classiques aux exigences actuelles. Leur volonté étant de proposer une alternative islamique au leasing, il convient, partant, de s'interroger sur la possibilité d'appliquer à l'*ijarah* acquisitive le régime juridique du crédit-bail.

B) La réception sur le fondement du crédit-bail

588 Définition du crédit-bail. Le crédit-bail, encore dénommé *leasing* en raison de son origine anglo-saxonne, est une technique de crédit, introduite en France au cours des années 1960, s'inspirant des contrats de « *finance leasing* » apparus une décennie plus tôt aux Etats-Unis²⁹⁶². Le législateur est intervenu assez tôt pour déterminer le cadre juridique du crédit-bail par la loi n°66-455 du 2 juillet 1966. Dans sa version initiale, l'article 1^{er} de ce texte contenait une définition générale selon laquelle « *les opérations de crédit-bail visées par la présente loi sont les opérations de location de biens d'équipement, de matériel d'outillage ou de biens immobiliers à usage professionnel, spécialement achetés en vue de cette location par des entreprises qui en demeurent propriétaires, lorsque ces opérations, quelle que soit leur dénomination, donnent au locataire la faculté d'acquérir tout ou partie des biens loués, moyennant un prix convenu tenant compte, au moins pour partie, des versements effectués à titre de loyers* ». Le crédit-bail constitue une véritable opération de crédit, bien qu'il n'y soit qu'assimilé par le Code monétaire et financier²⁹⁶³. Il en résulte qu'elle est soumise au monopole des établissements de crédit et des sociétés de financement²⁹⁶⁴. Tout comme l'*ijarah muntahia bittamlik*, le crédit-bail consiste en la location d'un bien acquis spécifiquement pour l'opération avec la faculté pour le preneur d'en devenir

²⁹⁶⁰ V. pour le rejet exprès de cette faculté, Résolution n°110 (4/12), 3° de l'Académie Internationale du Fiqh Islamique. Il s'induit encore des articles 8.1 et suivants de la norme n°9 de l'AAOIFI, spéc. de l'article 8.7.

²⁹⁶¹ AAOIFI, Norme charaïque n°9, art. 8. 1 et Résolution n°110 (4/12), 3° de l'Académie Internationale du Fiqh Islamique

²⁹⁶² SCHÜTZ, Rose-Noëlle, *Rép. civ. Dalloz*, v°Crédit-bail, oct. 2015, paragr. 1 ; BONNEAU, Thierry, *Droit bancaire*, 14^e éd., LGDJ, 2021, paragr. 754.

²⁹⁶³ C. mon. fin., art. L. 313-1, al. 2. Sur la qualification du crédit-bail en une véritable opération de crédit v. *supra* nos développements paragr. 527.

²⁹⁶⁴ C. mon. fin., art. L. 511-5.

propriétaire. Il s'en distingue cependant en ce qu'il est destiné exclusivement aux professionnels. De nos jours, le législateur a abandonné la définition générale du crédit-bail au profit d'une définition propre à chaque variété.

589 Variétés de crédit-bail. L'article L. 313-7 du Code monétaire et financier distingue entre quatre sortes de crédit-bail. La première concerne le crédit-bail mobilier corporel qui porte sur les « *biens d'équipement ou de matériel d'outillage* »²⁹⁶⁵. En dépit de ce que la formule laisse entendre, tous les biens meubles corporels sont concernés dès lors que le crédit-preneur en fait un usage qui répond aux besoins de l'entreprise²⁹⁶⁶. La chambre commerciale a ainsi jugé qu'un véhicule de tourisme constitue un bien d'équipement dès lors qu'il est utilisé pour le fonctionnement de la société locataire²⁹⁶⁷. S'agissant des biens incorporels, le législateur reconnaît le crédit-bail de fonds de commerce, d'établissement artisanal ou de l'un de leurs éléments incorporels²⁹⁶⁸, ainsi que le crédit-bail de parts sociales ou d'actions²⁹⁶⁹. Enfin, l'article L. 313-7, 2° du Code monétaire et financier envisage le crédit-bail immobilier à travers une définition volontairement large permettant d'inclure une diversité de montages financiers²⁹⁷⁰. A noter que le législateur soustrait le crédit-bail immobilier aux dispositions du statut des baux commerciaux relatives à la durée du bail²⁹⁷¹. La jurisprudence, reconnaissant les spécificités du crédit-bail immobilier, exclut l'application du statut des baux commerciaux²⁹⁷².

590 Condition d'acquisition du bien. Il ressort de la définition légale de l'opération de crédit-bail que, pour être qualifiée comme telle, le crédit-bailleur doit nécessairement avoir acquis le bien. Ce peut être au moyen d'une vente ou même d'un contrat d'entreprise s'il y a fabrication spécifique, l'essentiel étant l'existence d'un acte

²⁹⁶⁵ C. mon. fin., art. L. 313-7, 1°.

²⁹⁶⁶ Lamy Droit du financement, 2021, paragr. 3370 ; SCHÜTZ, Rose-Noëlle, *op.cit.*, paragr. 56 ; BONNEAU, Thierry, *Droit bancaire*, 14^e éd., LGDJ, 2021, paragr. 762.

²⁹⁶⁷ Com., 15 déc. 1975, n° 74-10.365, *Bull. civ.* IV, n° 301, *D.* 1976.407, note Lucas de Leyssac.

²⁹⁶⁸ C. mon. fin., art. L. 313-7, 3°.

²⁹⁶⁹ *Ibid.*, 4°.

²⁹⁷⁰ Sont ainsi qualifiées de crédit-bail immobilier : « *Les opérations par lesquelles une entreprise donne en location des biens immobiliers à usage professionnel, achetés par elle ou construits pour son compte, lorsque ces opérations, quelle que soit le ur qualification, permettent aux locataires de devenir propriétaires de tout ou partie des biens loués, au plus tard à l'expiration du bail, soit par cession en exécution d'une promesse unilatérale de vente, soit par acquisition directe ou indirecte des droits de propriété du terrain sur lequel ont été édifiés le ou les immeubles loués, soit par transfert de plein droit de la propriété des constructions édifiées sur le terrain appartenant audit locataire* ».

²⁹⁷¹ C. mon. fin., art. L. 313-9 al. 1^{er}.

²⁹⁷² Civ. 3e, 10 juin 1980, n° 78-11.032, *Bull. civ.* III, n° 113, *D.* 1980. 566, note Guyon; *D.* 1981. IR 20, obs. Vasseur; *JCP* 1981. II. 19655, note Bey; *RTD com.* 1982. 249, obs. Pédamon

réalisant un transfert de propriété²⁹⁷³. Il a ainsi été jugé que la qualification d'opération de crédit-bail était exclue lorsque le bailleur a fabriqué la chose²⁹⁷⁴. Cette condition ne se retrouve pas dans l'*ijarah muntahia bittamlik*, le bailleur pouvant être propriétaire de la chose avant l'initiation de l'opération. En pratique, et spécifiquement dans le cadre de la finance islamique, l'opération implique que l'institution acquière le bien identifié par le client. La norme de l'AAOIFI consacrant une section à cette étape témoigne d'une conception de l'*ijarah muntahia bittamlik* similaire au crédit-bail en droit français²⁹⁷⁵. Dans ce dernier, il est courant que le crédit-preneur reçoive un mandat du crédit-bailleur pour acheter et recevoir en son nom et pour son compte le bien qui sera loué²⁹⁷⁶. En matière d'*ijarah* acquisitive, le mandat consenti par l'institution au client est admis, bien qu'il soit déconseillé afin d'éviter toute ambiguïté quant au caractère frauduleux de l'opération²⁹⁷⁷.

591 Louage. L'opération de crédit-bail suppose par définition le louage d'une chose, ce qui exclut qu'elle soit vendue directement, et ce, même si le contrat comporte une clause de réserve de propriété²⁹⁷⁸. Les dispositions succinctes du Code monétaire et financier relatives au crédit-bail n'énoncent aucun régime spécial concernant le louage. Aussi convient-il de faire application du droit commun du bail prévu par les articles 1713 et suivants Code civil²⁹⁷⁹. La Cour de cassation a ainsi fait application à une opération de crédit-bail des dispositions de l'article 1732 du Code civil instaurant une présomption de responsabilité du preneur des dégradations intervenues au cours du bail. Elle justifie expressément sa solution par l'absence, dans le Code monétaire et financier, de dispositions spéciales sur les obligations du crédit-preneur²⁹⁸⁰. La jurisprudence admet cependant que les parties dérogent à ces règles. Il a ainsi été jugé qu'une clause pouvait mettre l'obligation de délivrance à la charge exclusive du fournisseur et limiter l'obligation du crédit-bailleur au seul paiement du prix de

²⁹⁷³ BÉNABENT, Alain, *Droit des contrats spéciaux civils et commerciaux*, 14^e éd., LGDJ, 2021, paragr. 892.

²⁹⁷⁴ Com. 13 avr. 1976, n° 74-12.564, *Bull. civ. IV*, n°127, D. 1976. 695, note Lucas de Leyssac.

²⁹⁷⁵ AAOIFI, Norme charaïque n°9, art. 3.

²⁹⁷⁶ MALAURIE, Philippe, AYNÈS, Laurent et GAUTIER, Pierre-Yves, *Droit des contrats spéciaux*, 11^e éd., LGDJ, 2020, paragr. 558 BONNEAU, Thierry, *Droit bancaire*, 14^e éd., LGDJ, 2021, paragr. 763.

²⁹⁷⁷ AAOIFI, Norme charaïque n°9, art. 3.7.

²⁹⁷⁸ Com., 19 juin 1978, n° 76-15.317, *Bull. civ. IV*, n°141.

²⁹⁷⁹ BÉNABENT, Alain, *Droit des contrats spéciaux civils et commerciaux*, 14^e éd., LGDJ, 2021, paragr. 894 BONNEAU, Thierry, *op. cit.*, paragr. 765 STORCK, Michel, KOVAR, Jean-Philippe, ERÉSÉO, Nicolas *et al.*, *Droit bancaire*, 2^e éd., Dalloz, 2019, paragr. 2073.

²⁹⁸⁰ Civ. 3^e, 2 mars 2005, n°02-15.298, *Bull. civ. III*, n°55, *RDC* 2005. 1087, obs. Seube ; *JCP* 2006. II. 10037, note Hardouin-Le Goff ; *RTD. com.* 2005. 580, obs. Legeais : « les articles L. 313-7 et suivants du Code monétaire et financier régissant le crédit-bail ne contenant pas de disposition spéciale sur les obligations du crédit-preneur quant à l'entretien de l'immeuble, il pouvait être fait application des dispositions de l'article 1732 du Code civil ».

vente²⁹⁸¹. Ce dernier peut en outre être exonéré de son obligation de garantir la chose louée. Ces clauses, généralement appelées clauses de non-recours, ne sont valides qu'à la double condition que le crédit-preneur ait choisi tant le fournisseur que le bien loué et que le crédit-preneur lui ait transféré les actions dont il bénéficie contre le vendeur au titre du contrat de vente²⁹⁸². Si les *fuqaha* soumettent l'*ijarah muntahia bittamlík* aux règles communes de l'*ijarah*, l'institution ne peut en revanche bénéficier du même régime de faveur qu'en droit français. Tant les juristes classiques que modernes affirment que le bailleur ne peut s'exonérer d'aucune des obligations qui lui incombent en vertu de la charia²⁹⁸³. Il s'agit, sur ce point, d'une illustration de la théorie des clauses adjointes. Un auteur a relevé cette « *différence de taille* » entre l'*ijarah* acquisitive et le crédit-bail²⁹⁸⁴. Cependant, comme il le concède, elle ne constitue en rien un obstacle à la transposition de l'opération islamique en droit français²⁹⁸⁵. Elle l'est d'autant moins que les clauses prohibées par la charia dérogent aux règles communes du bail énoncées par le Code civil. Bien qu'elles soient d'usage dans les contrats de crédit-bail, au point de devenir des clauses de style, rien n'oblige les parties à les stipuler.

592 Promesse de vente. Le troisième élément indispensable à la qualification d'opération de crédit-bail est la promesse unilatérale de vente²⁹⁸⁶. La faculté pour le crédit-preneur d'acquérir le bien est en effet une condition commune aux différents types de crédit-bail posée par l'article L. 313-7 du Code monétaire et financier. Si le texte vise expressément la promesse unilatérale de vente au 3^o et 4^o²⁹⁸⁷, il se contente de préciser que le crédit-preneur doit, en matière de crédit-bail mobilier avoir « *la possibilité d'acquérir tout ou partie des biens loués, moyennant un prix convenu tenant compte, au moins pour partie, des versements effectués à titre de loyers* ». La formule exclut toute autre technique que la promesse unilatérale de vente, bien qu'elle n'y fasse pas directement référence. Ainsi, ne peut être qualifiée de crédit-bail l'opération

²⁹⁸¹ Civ. 1^{re}, 24 févr. 1998, n°96-10.452, Bull. civ. I, n°74,

²⁹⁸² Com., 30 oct. 1973, n° 72-11.231, Bull. civ. IV, no 303

²⁹⁸³ AAOIFI, Norme charaïque n°9, art. 5.1.5, 5.1.7 et 5.1.8 ; Résolution n°13 (1/3) et résolution n°110 (4/12) de l'Académie Internationale du Fiqh islamique.

²⁹⁸⁴ LASSERRE CAPDEVILLE, Jérôme, « Les principes de la finance islamique : présentation et illustration, *RD bancaire et fin.* 2011, étude 13, spéc. paragr. 22. V. aussi GRANGEREAU, Pascal, HAROUN, Mehdi, « Financements de projets et financements islamiques : quelques réflexions prospectives pour des financements en pays de droit civil », *Banque & Droit* 2004, n°97, p. 52 et s., spéc. p. 60.

²⁹⁸⁵ *Ibid.*, paragr. 23.

²⁹⁸⁶ Com., 14 avr. 1972, n°70-13.333, Bull. civ. IV, n°105, JCP 1972. II. 17269, note Alfandari.

²⁹⁸⁷ Respectivement le crédit-bail de fonds de commerce, d'établissement artisanal ou de l'un de leurs éléments incorporels et le crédit-bail de parts sociales.

assortie d'une promesse unilatérale d'achat au lieu d'une promesse unilatérale de vente car la vente dépend du consentement du bailleur et non du locataire²⁹⁸⁸.

Le crédit-bail immobilier permet en revanche l'acquisition de la chose louée par un autre moyen que la promesse unilatérale de vente. Cela résulte de la définition volontairement extensive de l'opération pour y inclure les divers montages financiers envisagés par la pratique. Le législateur permet au locataire d'en devenir propriétaire par acquisition, directe ou indirecte, des « *droits de propriété du terrain sur lequel ont été édifiés le ou les immeubles loués* »²⁹⁸⁹. Cela correspond à l'hypothèse où le crédit-preneur bénéficie d'une option d'achat sur les titres de la société à qui appartient l'immeuble. La promesse unilatérale de vente existe toujours, mais elle ne porte plus directement sur la chose louée. Elle disparaît dans le troisième cas de figure où le crédit-preneur est propriétaire du terrain sur lequel le crédit-bailleur a édifié l'immeuble donné en location²⁹⁹⁰. Au terme du contrat de crédit-bail, le locataire devient propriétaire de plein droit de la construction par voie d'accession. Le droit islamique n'envisage que trois façons d'acquérir la chose louée : par l'exécution d'une promesse unilatérale de vente ou de donation, ou par donation²⁹⁹¹. Dans le cadre de la transposition de l'*ijarah* acquisitive en droit français, seule la première peut être retenue. Dans les deux droits, les parties peuvent librement déterminer le prix à payer pour lever l'option d'achat, sous réserve, en droit français, que le prix tienne compte au moins pour partie des loyers versés²⁹⁹². Il convient de relever la dérogation du crédit-bail à l'exigence d'enregistrement de la promesse unilatérale de vente en matière immobilière posée par l'article 1589-2 du Code civil. La Haute juridiction justifie cette exception au motif que « *le crédit-bail immobilier est un contrat d'une nature complexe dans lequel la promesse de vente ne constitue qu'un élément d'une technique juridique permettant aux parties de réaliser une opération globale leur offrant des avantages réciproques* »²⁹⁹³. Les parties ne sont pas dispensées pour autant de formalités de publicité. L'article L. 313-10 du Code monétaire et financier impose, à peine d'inopposabilité aux tiers, la publicité du contrat de crédit-bail

²⁹⁸⁸ Com., 30 mai 1989, n°88-11.445, *Bull. civ.* IV, n°167 ; Com. 30 nov. 1999, n° 97-20.828, inédit, *RJDA* 2000, n° 202.

²⁹⁸⁹ C. mon. fin., art. L. 313-7, 2°.

²⁹⁹⁰ *Ibid.*

²⁹⁹¹ AAOIFI, Norme charaïque n°9, art. 8.1

²⁹⁹² Pour le droit français, C. mon. fin., art L. 313-7 et pour le droit islamique, AAOIFI, Norme charaïque n°9, art. 8.1.1.

²⁹⁹³ Civ 3°, 3 nov. 1981, n° 79-15.671, *Bull. civ.* III, n° 173 ; *JCP* 1982.II.19867, note Bey, *Deffrénois* 1982.423, obs. Aubert ; *D.* 1982. IR 409, obs. Vasseur ; *RTD civ.* 1982.434, obs. Rémy,

593 Indivisibilité des contrats. Une différence majeure entre l'*ijarah muntahia bittamlik* et le crédit-bail porte sur l'existence dans ce dernier d'une indivisibilité entre les contrats composant l'opération qu'un auteur a qualifié de « symbiotique »²⁹⁹⁴. Elle porte en premier lieu sur le contrat de vente, conclu entre le fournisseur et le crédit-bailleur, et le contrat de crédit-bail. Après des divergences entre la première chambre civile²⁹⁹⁵ et la chambre commerciale²⁹⁹⁶, la chambre mixte de la Cour de cassation a, par trois arrêts rendus le 23 novembre 1990, affirmé que la « *résolution du contrat de vente entraîne nécessairement la résiliation du contrat de crédit-bail, sous réserve de clauses ayant pour objet de régler les conséquences de cette résiliation* »²⁹⁹⁷. Plus récemment, la Haute juridiction a fait évoluer sa solution en s'inspirant, semble-t-il, de la réforme du droit des contrats opérée par l'ordonnance du 10 février 2016²⁹⁹⁸. Dans sa nouvelle version, l'article 1186 al. 1^{er} du Code civil dispose qu'un « *contrat valablement formé devient caduc si l'un de ses éléments essentiels disparaît* ». Le deuxième alinéa intéresse plus particulièrement les ensembles contractuels : « *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 sanction est alors la fin du contrat conformément à l'article 1187 du Code civil. Bien qu'elle ne s'y réfère pas explicitement, la chambre mixte fait application de ce principe à une opération de crédit-bail qui n'était pas soumise aux dispositions nouvelles²⁹⁹⁹. La caducité cède désormais la place à la résiliation du contrat de crédit-bail en cas d'anéantissement du contrat de vente initial³⁰⁰⁰. Retenir la caducité, c'est bien reconnaître l'indivisibilité contractuelle. D'aucuns pourront objecter, à juste titre, que si le contrat de crédit-bail

²⁹⁹⁴ BEY, El Mokhtar, « De la symbiotique dans les leasing et crédit-bail mobilier », *Dalloz*, 1970.

²⁹⁹⁵ Civ. 1^{re}, 3 mars 1982, n°79-17.149, *Bull. civ. I*, n°97, *Gaz. Pal.* 1983. I. 71, note Defossez ; *JCP* 1983. II. 20115, note Bey ; *RTD com.* 1982. 615, obs. Hémarid et Bouloc ; *RTD civ.* 1983. 152, obs. Rémy. La première chambre civile considérait que la résolution du contrat de vente avait pour effet de priver de cause le contrat de crédit-bail.

²⁹⁹⁶ Com., 15 mars 1983, n° 81-14.467, *Bull. civ. IV*, n° 103 ; *JCP* 1983. II. 20115, note Bey ; *RTD com.* 1984. 522, obs. Hémarid et Bouloc ; *RTD com.* 1985. 152, obs. Cabrillac et Teyssié ; *RTD civ.* 1983. 758, obs. Rémy. La chambre commerciale retenait une solution inverse à celle énoncée par la première chambre civile.

²⁹⁹⁷ Ch. mixte, 23 nov. 1990, n°87-17.044, 88-16.883 et 86-19.396, *Bull. ch. mixte*, n° 2, 3, 4 ; *JCP* 1991. II. 21642, note Legeais ; *D.* 1991. 121, note Larroumet ; *RTD com.* 1991. 440, obs. Bouloc ; *CCC* 1991, no 30, obs. Leveneur.

²⁹⁹⁸ Ch. mixte, 13 avr. 2018, n° 16-21.345 et 16-21.947, *JCP G* 2018.453, note F. Buy, *D.* 2018.1185, note H. Barbier, 2106, obs. D. R. Martin, et 2019.279, obs. M. Mekki ; *AJ contrat* 2018.277, obs. C.-E. Bucher ; *RTD civ.* 2018.388, obs. H. Barbier ; *RTD com.* 2018.434, obs. D. Legeais, *ibid.* 450, obs. B. Bouloc.

²⁹⁹⁹ Ainsi que le relève un auteur, « *il a été observé que la Cour de cassation intègre les innovations pour les appliquer à des conventions en principe non soumises aux nouveaux textes* », BUY, Frédéric, « La caducité est la sanction applicable lorsque le contrat d'achat du bien loué a été résolu », *RTD Com.* 2018.934

³⁰⁰⁰ Ch. mixte, 13 avr. 2018, préc. note n°2998 : « *Qu'il y a lieu, dès lors, modifiant la jurisprudence, de décider que la résolution du contrat de vente entraîne, par voie de conséquence, la caducité, à la date d'effet de la résolution, du contrat de crédit-bail et que sont inapplicables les clauses prévues en cas de résiliation du contrat* ».

dépend du contrat de vente, la réciproque n'est pas vraie. Le premier est, ainsi que l'énonce la chambre mixte, accessoire au second. Il ne peut alors être question d'interdépendance entre les deux contrats³⁰⁰¹.

594 Incertitudes sur le sort de *l'ijarah*. L'AAOIFI ne se prononce pas quant au sort de *l'ijarah* en cas d'anéantissement du contrat de vente. Ce silence autorise une analogie avec le contrat *murabaha*. En la matière, l'organisation considère que la *murabaha* est nulle si la première vente l'est aussi car le transfert de propriété n'a pas eu lieu³⁰⁰². Partant, le bailleur ne pourrait louer la chose en cas d'anéantissement de la vente car il ne disposerait pas de la propriété de jouissance (*milk al-manfa'a*). Cela pourrait éventuellement s'assimiler à la perte totale de la chose louée qui entraîne la résiliation de *l'ijarah*³⁰⁰³. Les juristes classiques n'envisagent pas ce cas de figure car le recours à *l'ijarah* comme technique de financement est relativement récent. Il est néanmoins pertinent de se référer aux solutions établies par les différentes *madhâhib* en ce qui concerne la nullité des actes juridiques. Yvon LINANT DE BELLEFONDS rapporte que l'école hanéfite adopte une conception protectrice du tiers acquéreur de bonne foi. Elle recourt pour cela à une fiction qui lui est propre et qui a pour effet de rendre valides les actes accomplis par l'acquéreur tels que la vente, la donation ou la location. Le vendeur est alors tenu de respecter la situation juridique que ces actes ont engendrée³⁰⁰⁴. Chéhata fait état d'un avis similaire, mais précise en revanche que le bail ne bénéficie pas de la fiction hanéfite³⁰⁰⁵. Les shaféites et les hanbalites considèrent que la propriété n'ayant pas été transférée à l'acquéreur, tous les actes translatifs de propriété accomplis par celui-ci sont nuls³⁰⁰⁶. Or, *l'ijarah* porte sur le transfert de la propriété de jouissance. Les malékites retiendraient quant à eux un principe similaire à la fiction hanéfite qui contraindrait le premier vendeur à respecter le bail pendant toute sa durée³⁰⁰⁷. De telles règles ne sont cependant pas compatibles avec les exigences inhérentes à l'utilisation de *l'ijarah* comme technique de financement alternative au crédit-bail. Elles le sont d'autant moins avec la solution admise en droit français. L'AAOIFI semble les avoir abandonnées si l'on se réfère à sa norme consacrée à la

³⁰⁰¹ Pour un avis similaire, v. DISSAUX, Nicolas, *JCl. Commercial*, fasc. 28.

³⁰⁰² AAOIFI, Norme charaïque n°8, art. 3.1.1.

³⁰⁰³ AAOIFI, Norme charaïque n°9, art. 7.1.2 et 7.2.5.

³⁰⁰⁴ LINANT DE BELLEFONDS, Yvon, *Traité de droit musulman comparé, Vol.1: Théorie générale de l'acte juridique*, Mouton et cie., 1965, paragr. 127.

³⁰⁰⁵ CHÉHATA, Chafik, *Théorie générale de l'obligation en droit musulman hanéfite*, Sirey, 1969, paragr. 172.

³⁰⁰⁶ LINANT DE BELLEFONDS, Yvon, *op. cit.*, paragr. 133.

³⁰⁰⁷ *Ibid.*, paragr. 134.

murabaha. Il semble ainsi permis d'affirmer que l'anéantissement du contrat de vente entraîne alors celui de l'*ijarah*.

595 Indivisibilité entre le bail et la promesse de vente. Le contrat de crédit-bail *stricto sensu* se présente comme un ensemble indivisible comportant le bail et la promesse unilatérale de vente³⁰⁰⁸. En dépit de la réunion de ces deux éléments, la doctrine y voit un contrat unique plutôt qu'un ensemble contractuel³⁰⁰⁹. Cette conception se heurte *a priori* à l'exigence de séparation stricte entre l'*ijarah* et la promesse unilatérale de vente du bailleur³⁰¹⁰. En vertu de la théorie des clauses adjointes, deux contrats ne peuvent en principe être réunis en un seul. Cela interdit aux parties de stipuler une option d'achat en faveur du preneur dans le contrat de bail. Faut-il voir dans la règle islamique un obstacle dirimant à la transposition de l'*ijarah muntahia bittamlik* en droit français ? Il semble que la condition de séparation puisse être satisfaite par l'établissement de documents spécifiques à l'*ijarah* et à la promesse unilatérale de vente³⁰¹¹. En somme, ce qui importe pour les juristes modernes, ce n'est pas tant l'acte juridique que l'*instrumentum*. En principe, la promesse doit être indépendante de l'*ijarah* et ne pas mentionner qu'elle appartient à un ensemble³⁰¹². Il a déjà été relevé que cette exigence se concilie mal avec d'autres règles énoncées par l'AAOIFI³⁰¹³. Ainsi l'organisation, après avoir affirmé que la donation doit être établie par acte séparé indépendant de l'*ijarah*³⁰¹⁴, admet qu'elle puisse être conditionnée au paiement des loyers³⁰¹⁵. En droit français, la promesse de vente faite par le crédit-bailleur sera nécessairement considérée appartenir à un ensemble indivisible. Cela d'autant plus qu'il résulte de l'article L. 313-7 du Code monétaire et financier, qu'en

³⁰⁰⁸ SCHÜTZ, Rose-Noëlle, *op.cit.*, paragr. 36 ; BÉNABENT, Alain, *Droit des contrats spéciaux civils et commerciaux*, 14^e éd., LGDJ, 2021, paragr. 900.

³⁰⁰⁹ BONNEAU, Thierry, *Droit bancaire*, 14^e éd., LGDJ, 2021, paragr. 755 STORCK, Michel, KOVAR, Jean-Philippe, ERÉSÉO, Nicolas *et al.*, *Droit bancaire*, 2^e éd., Dalloz, 2019, paragr. 2063 MALAURIE, Philippe, AYNÈS, Laurent et GAUTIER, Pierre-Yves, *Droit des contrats spéciaux*, 11^e éd., LGDJ, 2020, paragr. 555 RAYNARD, Jacques et SEUBE, Jean-Baptiste, *Droit des contrats spéciaux*, 10^e éd., LexisNexis, 2019, paragr. 449. Le Pr Alain Bénabent décrit l'opération de crédit-bail comme le « *mixage de trois contrats indivisibles* » mais envisage bien le contrat de crédit-bail *stricto sensu* comme celui mêlant louage et promesse unilatérale de vente, v. BÉNABENT, Alain, *op. cit.*, paragr. 900.

³⁰¹⁰ AAOIFI, Norme charaïque n°8.1 ; Résolutions n°13(1/3) et n°110(4/12) de l'Académie Internationale du Fiqh Islamique.

³⁰¹¹ La version officielle française de la norme n°9 mentionne que la promesse unilatérale de vente doit faire l'objet « *d'un acte distinct du contrat ijarah* ». La traduction en langue anglaise suggère cependant un autre sens : « *In Ijarah Muntahia Bittamleek, the method of transferring the title in the leased asset to the lessee must be evidenced in a document in the leased asset to the lessee must be evidenced in a document separate from the Ijarah contract document, using one of the following separate from the Ijarah contract document, using one of the following methods* ». Dans l'annexe B accompagnant la norme, la traduction réalisée par l'association Paris Europlace emploie le terme « documents », v..

³⁰¹² AAOIFI, Norme charaïque n°9, art. 8.1.

³⁰¹³ V. *supra* nos développements consacrés au cadre juridique islamique de l'*ijarah* paragr. 587.

³⁰¹⁴ AAOIFI, Norme charaïque n°9, art. 8.1.

³⁰¹⁵ *Ibid.*, art. 8.4.

matière de crédit-bail mobilier, le prix de vente de la chose doit tenir compte, « *au moins pour partie, des versements effectués à titre de loyers* ». Il est regrettable que les juristes modernes conservent, sur ce point, une interprétation archaïque de la théorie des clauses adjointes tout en reconnaissant à la promesse un caractère contraignant que lui niaient les auteurs classiques³⁰¹⁶. L'Académie Internationale du Fiqh Islamique, à laquelle se réfère l'AAOIFI, admet heureusement qu'un lien puisse exister *a minima* entre l'*ijarah* et la promesse unilatérale de vente. L'organisation reconnaît ainsi que le locataire puisse bénéficier d'une option d'achat sous réserve d'avoir payé l'ensemble des loyers³⁰¹⁷. Les parties étant libres quant à la détermination du prix de vente, elles peuvent le fixer en prenant en considération le montant des loyers afin de respecter les dispositions de l'article L. 313-7 du Code monétaire et financier.

596 Arrivée du terme. L'*ijarah muntahia bittamlik* et le crédit-bail ont en commun de prendre fin à l'issue du louage. Le locataire peut décider de lever l'option d'achat et d'acquérir la chose louée ou d'y renoncer. Il doit alors, dans ce dernier cas de figure, restituer la chose au bailleur. L'acquisition de la propriété n'est automatique dans aucun des deux contrats. Le droit français prévoit cependant une exception notable permettant au crédit-preneur en matière immobilière de devenir propriétaire de la chose construite sur un terrain lui appartenant par voie d'accession³⁰¹⁸. Cette modalité d'acquisition de la propriété ne peut s'envisager dans le cadre d'un financement reposant sur l'*ijarah*.

597 Résiliation du contrat en cas de non-paiement des loyers. L'inexécution par le crédit-preneur de son obligation principale constitue, en droit islamique comme en droit français, un motif de résiliation du contrat³⁰¹⁹. En pratique, les parties insèrent souvent une clause résolutoire dans le contrat de crédit-bail. Cette clause ne pose aucune difficulté et s'avère au contraire conforme aux règles du *fiqh* imposant que la résiliation résulte nécessairement d'un *khiyar* stipulé par les parties³⁰²⁰. Elle est largement admise par le juge français y compris en matière de crédit-bail immobilier³⁰²¹. Il est d'usage,

³⁰¹⁶ CHÉHATA, Chafik, *Droit musulman: Applications au Proche-Orient*, Dalloz, 1970, paragr. 179.

³⁰¹⁷ Résolution n°110 (4/12), 3° de l'Académie Internationale du Fiqh islamique.

³⁰¹⁸ C. mon. fin., art. L. 313-7 al. 2.

³⁰¹⁹ AAOIFI, Norme charaïque n°9, art. 7.2.2. Pour le droit français, v. C. civ., art. 1224 et s.

³⁰²⁰ V. nos développements consacrés à la théorie des options.

³⁰²¹ Civ. 3°, 7 mai 1997, n°95-15.504, *Bull. civ* III, n°99, *AJDI* 1997.758, note J.-P. Blatter

dans le crédit-bail conventionnel, de prévoir une clause pénale. Cette dernière est cependant rejetée en droit islamique en vertu de la prohibition du *riba*. Il demeure la question de la technique de « l'engagement de don » dont il a été souligné la proximité avec la clause pénale, mais dont l'admission par le juge français est incertaine³⁰²².

598 Résiliation unilatérale du crédit-bail immobilier par le preneur. L'article L. 313-7 alinéa 2 du Code monétaire et financier impose aux parties à un contrat de crédit-bail immobilier de prévoir les conditions dans lesquelles la résiliation pourra intervenir à la demande du preneur. Si rien ne leur empêche de prévoir la faculté de résiliation à titre gratuit, il est souvent exigé que le crédit-preneur verse une indemnité de résiliation. La Cour de cassation ne s'y oppose pas sous réserve que l'indemnité soit inférieure au montant des loyers restants³⁰²³. En principe, le preneur ne peut résilier unilatéralement l'*ijarah* qu'en cas de perte de la chose³⁰²⁴. S'il décide de mettre fin au bail sans motif valable, il demeure tenu de verser les loyers pour la période restante³⁰²⁵. Les parties peuvent cependant stipuler un *khiyar al-shart* en faveur du preneur³⁰²⁶. La clause de résiliation impérative en matière de crédit-bail immobilier peut s'apparenter à l'option stipulée en droit islamique.

599 La location avec option d'achat : une forme de location-vente. La location avec option d'achat est une forme de la location-vente. Cette dernière, antérieure au crédit-bail puisqu'apparue au XIXe siècle associe, comme l'indique son nom, le bail et la vente. Elle se présentait à l'origine comme une alternative à la vente à tempérament protégeant le vendeur contre l'insolvabilité de son cocontractant. Le locataire n'acquerrait la chose qu'après versement intégral des loyers³⁰²⁷. Dans sa forme originelle, la location-vente était contraire aux règles régissant l'*ijarah* car la transmission de la propriété intervenait automatiquement à l'issue du contrat³⁰²⁸. La

³⁰²² Sur ce point, v. *supra* nos développements consacrés au cadre juridique français de la *murabaha* paragr. 557.

³⁰²³ Civ. 3^e, 27 avr. 1988, n° 84-13.101, *Bull. civ.* III, n° 81; *JCP* 1989. II. 21171, note Bey.

³⁰²⁴ AAOIFI, Norme charaïque n°9, art. 7.2.1.

³⁰²⁵ *Ibid.*, art. 7.1.7.

³⁰²⁶ *Ibid.*, art. 7.2.1.

³⁰²⁷ SCHÜTZ, Rose-Noëlle, *Rép. civ. Dalloz*, v° Location-vente, juin 2016, paragr. 1.

³⁰²⁸ Ainsi la location-vente *stricto sensu* n'est pas, contrairement à ce qu'a affirmé un auteur, « « l'outil juridique » le plus adapté », v. SAINT MARC, Gilles, « Le droit français est-il compatible avec la finance islamique ? », *Revue banque* 2008, n°703, p. 62. Cet avis a été repris dans le rapport Jouini-Pastré qui souligne l'intérêt de la location-vente pour transposer l'*ijarah* : « parce que contrairement au crédit-bail, la location-vente stipule systématiquement un transfert de propriété du bien financé au terme de la période de location, cette technique semble être l'outil juridique le plus adapté aux opérations de financement de projet », v. JOUINI, Elyes, PASTRÉ, Olivier, MESTRALLET, Gérard *et al.*, *La finance islamique*, Economica, 2009, p. 106. Cette proposition, contraire à une règle impérative du *fiqh*, démontre une méconnaissance du contrat islamique par les auteurs du rapport.

pratique a cependant envisagé des variantes de location-vente et le transfert de propriété n'intervient plus nécessairement *de plano*³⁰²⁹. La location avec option d'achat est l'une d'entre elles. Elle confère au preneur la faculté d'acquérir la chose louée en levant l'option à l'expiration au contrat³⁰³⁰. Parce que la propriété n'est pas transmise automatiquement, la location avec option d'achat constitue un fondement intéressant pour la transposition de l'*ijarah muntahia bittamlik* en droit français.

600 Distinction de la location avec option d'achat et du crédit-bail. La location avec option d'achat évoque le crédit-bail en de nombreux points mais s'en distingue néanmoins. Les deux ont en commun d'être assimilés à une opération de crédit par l'article L. 313-1 al. 2 du Code monétaire et financier³⁰³¹ et utilisent le bail comme technique de financement d'un bien. En dépit de ces similitudes, la location avec option d'achat ne saurait être confondue avec le crédit-bail. Cela, parce qu'il résulte de la définition légale de ce dernier qu'il constitue une opération tripartite permettant l'acquisition éventuelle d'un bien à usage professionnel. En revanche, le législateur ne l'ayant pas définie, la location avec option d'achat *lato sensu* peut recouvrir une opération tripartite ou seulement bipartite³⁰³². Il en est outre communément admis qu'elle porte sur l'acquisition de biens à usage non-professionnel, raison pour laquelle la notion se rencontre dans le Code de la consommation³⁰³³. Dans ce dernier, la location avec option d'achat a cependant la nature du crédit-bail³⁰³⁴. A cet égard un auteur fait valoir que le Code monétaire et financier « *ne régleme que certaines opérations de crédit-bail* »³⁰³⁵. D'autres rejettent le critère fondé sur l'usage professionnel ou non du bien pour distinguer la location avec option d'achat du crédit-bail. Ces auteurs jugent qu'il « *serait plus clair de dénommer crédit-bail tout contrat de location réalisant une*

³⁰²⁹ Le Vocabulaire juridique retient une acception moderne du contrat, « *contrat par lequel le propriétaire d'une chose le plus souvent mobilière [...] en remet la jouissance à une autre personne moyennant le paiement d'une redevance supérieure au montant normal d'un loyer avec faculté d'en acquérir la propriété au cours ou à la fin du contrat* », CORNU, Gérard (Dir.), *Vocabulaire juridique*, 13e éd., PUF, 2020, v°Location-vente. Un auteur présente encore la location-vente dans sa conception originelle, v. LEGAIS, Dominique, *Opérations de crédit*, LexisNexis, 2018, paragr. 1047.

³⁰³⁰ SCHÜTZ, Rose-Noëlle, *Rép. civ. Dalloz*, v°Location-vente, juin 2016, paragr. 5. Pour une définition de la location avec option d'achat, v. CORNU, Gérard (Dir.), *op. cit.*, v°location*avec option d'achat : « *Contrat en vertu duquel un établissement de crédit loue à un preneur (pour un usage non professionnel) une chose achetée à cet effet, en stipulant à son profit la faculté d'en devenir propriétaire en levant l'option à l'expiration du contrat (parfois au cours de celui-ci moyennant le versement de la totalité des loyers non échus et une pénalité) ; encore nommée location avec promesse de vente* ».

³⁰³¹ « *Sont assimilés à des opérations de crédit le crédit-bail, et, de manière générale, toute opération de location assortie d'une option d'achat* ».

³⁰³² SCHÜTZ, Rose-Noëlle, *Rép. civ. Dalloz*, v°Location-vente, juin 2016, paragr. 16.

³⁰³³ C. consom., art. L. 312-2 en matière de crédit à la consommation et art. L. 313-53 et s. en matière de crédit immobilier.

³⁰³⁴ BEY, El Mokhtar, JCl. Contrats-Distribution, fasc. 2670: LOCATION FINANCIÈRE . – Régime conventionnel . – Location avec option d'achat, juin 2000, paragr. 1 ; SCHÜTZ, Rose-Noëlle, *op. cit.*, paragr. 16.

³⁰³⁵ BÉNABENT, Alain, *Droit des contrats spéciaux civils et commerciaux*, 14^e éd., LGDJ, 2021, paragr. 891.

opération de crédit: certains sont régis par le Code monétaire et financier; d'autres ne le sont pas, et notamment ceux qui portent sur des biens à usage non professionnel »³⁰³⁶. Sans assimiler les deux opérations, la Cour de cassation tend à uniformiser sa jurisprudence. Par un arrêt du 2 juillet 2020, la deuxième chambre civile a ainsi étendu à la location avec option d'achat la jurisprudence de la Cour relative au sort du contrat de crédit-bail en cas d'anéantissement de la vente, à savoir la caducité du contrat³⁰³⁷.

601 Dispositions du Code de la consommation spécifiques à la location avec option d'achat. Le Code monétaire et financier n'a consacré que quelques dispositions sommaires au crédit-bail, laissant ainsi aux parties une certaine liberté contractuelle. Cette liberté est en revanche plus réduite pour la location avec option d'achat car le Code de la consommation l'assimile à un crédit à la consommation lorsqu'elle implique un professionnel et un consommateur ou un non-professionnel³⁰³⁸. De par la nature de l'opération certaines dispositions sont néanmoins écartées³⁰³⁹. En cas de défaillance du locataire, le Code de la consommation autorise le bailleur à réclamer, outre le paiement des loyers échus et non réglés, une indemnité dont le montant est fonction de la durée restant à courir du contrat³⁰⁴⁰. Pour observer la prohibition du *riba*, les parties doivent prévoir dans le contrat que le bailleur renonce par avance à ce droit. Ainsi que le relève un auteur, le versement du *hamish jiddiyyah* est exclu dès lors que le contrat est régi par les dispositions du Code de la consommation³⁰⁴¹. L'article L. 312-25 interdit en effet, pendant un délai de sept jours à compter de la conclusion du contrat, tout « *dépôt au profit du prêteur ou pour le compte de celui-ci* ». En matière de crédit immobilier, la règle s'applique à la phase précontractuelle³⁰⁴². La règle étant d'ordre public, les

³⁰³⁶ CALAIS-AULOY, Jean et TEMPLE, Henri, *Droit de la consommation*, 9^e éd., Dalloz, 2015, paragr. 342, spéc. p. 365.

³⁰³⁷ Civ. 2^e, 2 juill. 2020, n°17-12.611, P, D. 2020.1461; RTD Civ. 2020.884, obs. H. Barbier; RDC 2020/4, p.20, note. M. Latina; D. 2021.310, obs. R. Boffa.

³⁰³⁸ C. consom., art. L. 312-2

³⁰³⁹ La publicité ne doit pas indiquer le TEG (C. consom, art. L. 312-6), le prêteur ne doit pas informer annuellement l'emprunteur du montant du capital restant à rembourser (C. consom, art. L. 312-32) et le remboursement anticipé est exclu (C. consom, art. L. 312-24). La location avec option d'achat échappe de plus aux règles relatives à l'usure des articles L. 314-6 à L. 314-9 du Code de la consommation, v. Question écrite n° 2765 au Ministère de l'intérieur : JOAN 8 juill. 1997; CA Rouen, 3 juill. 1970, D.1971. 465, note G. Dessens.

³⁰⁴⁰ C. consom, art. L. 312-40 pour les crédits à la consommation et C. consom, art. L. 313-60 pour les crédits immobiliers.

³⁰⁴¹ CEKICI, Ibrahim-Zeyyad, *Le cadre juridique français des opérations de crédit islamique* [microfiche], Université de Strasbourg, 2012, paragr. 719.

³⁰⁴² C. consom., art. L. 313-35, al.2 : « *Jusqu'à cette acceptation [de l'offre], l'emprunteur ne peut, au même titre, faire aucun dépôt, souscrire ou avaliser aucun effet de commerce, ni signer aucun chèque. Si une autorisation de prélèvement sur compte bancaire ou postal est signée par l'emprunteur, sa validité et sa prise d'effet sont subordonnées à celle du contrat de crédit* ».

parties ne peuvent y déroger³⁰⁴³. Cela ne pose guère de difficultés au regard du *fiqh*, la stipulation du *hamish jiddiyyah* constitue une possibilité et non une contrainte légale.

602 Fiscalité. Dès lors que l'on constate que *l'ijarah muntahia bittamlik* s'apparente à une opération de crédit-bail ou de location avec option d'achat, il est pertinent de lui appliquer le régime fiscal prévu pour ces dernières. C'est précisément la position adoptée par l'Administration fiscale dans son instruction du 23 juillet 2010 consacrée à « *l'ijara sur actif* »³⁰⁴⁴. Le contrat islamique y est défini comme celui « *en vertu duquel une entité met un actif mobilier ou immobilier à disposition d'un client pour une durée déterminée en contrepartie du paiement de loyers* »³⁰⁴⁵. L'administration ajoute : « *le contrat d'ijara peut être assorti d'une promesse de vente ou d'une option d'achat exerçable à l'échéance ou en cours de contrat. Cette promesse de vente ou cette option d'achat peut être distincte du contrat de location* »³⁰⁴⁶. La définition prête le flanc à la critique en ce qu'elle suggère que la promesse de vente peut être stipulée dans le contrat *ijarah*. Or l'AAOFI s'y oppose en exigeant la séparation des deux actes³⁰⁴⁷. En outre, contrairement à ce qu'elle indique dans sa présentation, l'instruction ne traite pas tant de *l'ijarah* que de *l'ijarah muntahia bittamlik*. Nonobstant ces critiques, l'instruction a pour intérêt majeur de faire bénéficier l'opération islamique d'une fiscalité neutre puisqu'elle lui applique, selon la qualification qu'il convient de retenir, le régime fiscal du crédit-bail ou de la location avec option d'achat³⁰⁴⁸. L'Administration fiscale précise que cela vise notamment les modalités d'amortissement de l'actif tant du côté du preneur que du bailleur³⁰⁴⁹. S'agissant des droits de mutation, « *le régime de cessions de biens meubles et du crédit-bail mobilier d'une part, le régime des ventes d'immeuble et de crédit-bail immobilier d'autre part, s'appliquent selon la nature du bien* »³⁰⁵⁰. Consciente des difficultés que peut engendrer l'exigence de séparation de la promesse de vente de *l'ijarah*, l'administration prend soin d'affirmer qu'elle ne constitue en rien obstacle, du point de vue fiscal, dès

³⁰⁴³ Amiens, 7 juin 2012: CCC 2012, n° 289, obs. Raymond.

³⁰⁴⁴ Instr. Fisc. du 23 juill. 2010, BOI n°78, 4FE/S3/10.

³⁰⁴⁵ *Ibid.*, paragr. 4.

³⁰⁴⁶ *Id.*

³⁰⁴⁷ Sur ce point v. *supra* paragr. 587.

³⁰⁴⁸ Instr. Fisc. du 23 juill. 2010, BOI n°78, 4FE/S3/10, paragr. 6.

³⁰⁴⁹ *Ibid.*, paragr. 9.

³⁰⁵⁰ *Id.*

l'instant où les deux actes sont conclus concomitamment et qu'ils appartiennent à un même ensemble contractuel³⁰⁵¹.

603 Conclusion section 1. La proximité de la *murabaha* et de l'*ijarah* avec des contrats nommés du droit français permet aisément leur réception. La première s'assimile à une vente à tempérament et peut ainsi se voir appliquer les règles énoncées par les articles 1582 et suivants du Code civil. Lorsque la *murabaha* est conclue en vue de financer l'acquisition d'un actif, elle constitue une opération de crédit. Le second, bien qu'il soit qualifiée de vente par les *fuqaha*, correspond au contrat de bail et doit ainsi suivre ce régime. Dans le cadre de la finance islamique, l'*ijarah* s'accompagne, la plupart du temps, d'une promesse unilatérale de vente et se présente ainsi comme une alternative au *leasing*. L'opération, à laquelle il convient de faire application du régime du crédit-bail tant elle lui est similaire, prend alors le nom de d'*ijarah muntahia bittamlik*. Des incertitudes demeurent quant au *hamish jiddiyyah*, destiné à garantir l'exécution de la promesse, et à « l'engagement de don », pensé par les juristes modernes comme une alternative à la clause pénale. Leur stipulation est cependant une faculté offerte aux parties et non une contrainte légale.

Section 2 : Les contrats de vente dérogeant à la prohibition du *gharar*

604 Dérogation à un principe cardinal. La prohibition du *gharar* revêtant une importance majeure dans le *fiqh*, tout contrat y dérogeant devrait, *a priori*, être jugé contraire à la charia. Une application stricte du principe, qui proscrie toute prestation future, aurait entravé l'essor économique de l'*umma*. Conscients de sa rigueur, les *fuqaha* l'ont atténué en reconnaissant la licéité du *salam* (I), vente avec délivrance à terme d'une chose fongible, et de l'*istisna*, pendant islamique du contrat d'entreprise. (II).

³⁰⁵¹ *Ibid*, paragr. 10.

I] *Le salam*

605 Définition. Le contrat *salam* est parfois désigné sous le terme « *salaf* ». Tandis que le premier a prédominé dans le Hijaz, berceau de l’islam, le second se rencontre principalement en Iraq³⁰⁵². L’AAOIFI reconnaît l’usage des deux termes, et plus généralement de tous ceux qui signifient la vente d’une chose, précisément décrite, dont la délivrance est différée en contrepartie du paiement immédiat du prix³⁰⁵³. Le *salam*, à qui le contrat emprunte son nom, se traduit par « prépaiement »³⁰⁵⁴ et désigne le prix que les juristes classiques qualifient de capital³⁰⁵⁵. Bien que ces derniers traitent dans leurs ouvrages du *salam* au chapitre « de la vente », un auteur considère qu’il s’agit davantage d’un contrat d’investissement. Il en veut notamment pour preuve l’assimilation du prix au capital (*ra’s al-mâl*), l’impossibilité pour l’acheteur-investisseur (*rab as-salam* ou *al-muslim*) de « substituer autre chose à la place du capital fixé », la perfection du contrat par le paiement immédiat ainsi que la fonction économique du *salam*³⁰⁵⁶. Auparavant, Joseph SCHACHT avait déjà relevé que l’usage du terme « capital » soulignait l’aspect économique de la transaction³⁰⁵⁷. A l’origine, le contrat permettait aux agriculteurs de bénéficier, préalablement à la récolte, des fonds utiles à leur exploitation. En contrepartie, l’acheteur pouvait espérer réaliser une plus-value si le prix convenu pour le *salam* se révélait inférieur au prix du marché au jour de la délivrance de la chose³⁰⁵⁸. A ce titre, L’AAOIFI décrit le contrat comme une vente à un prix minoré³⁰⁵⁹. De nos jours, le *salam* présente un intérêt certain pour le secteur de l’industrie et des PME, et, plus généralement, pour répondre au besoin de fonds de roulement. Il pourrait constituer en outre une alternative à la pratique de l’escompte³⁰⁶⁰.

³⁰⁵² EL-GAMAL, Mahmoud, *Finance islamique*, De Boeck, 2010, p. 114.

³⁰⁵³ AAOIFI, Norme charaïque n° 10, art. 2.2.

³⁰⁵⁴ AL-ZUHAYLI, Wahbah, EL-GAMAL, Mahmoud (Trad.), *Financial transactions in Islamic jurisprudence*, vol. 1, Dar Al-Fikr, 2001, p. 238 ; EL-GAMAL, Mahmoud, *op. cit.*, p. 114.

³⁰⁵⁵ Le terme « capital » est d’ailleurs employé dans la traduction officielle de la norme n°10 de l’AAOIFI pour désigner le prix.

³⁰⁵⁶ JOHANSEN, Baber, « Le contrat salam: Droit et formation du capital dans l’Empire abbaside (XIe-XIIe siècle) », *Annales Histoire Sciences sociales* 2006, n°4, p. 863-899, spéc. p. 865 et s.

³⁰⁵⁷ SCHACHT, Joseph, *Introduction au droit musulman*, Maisonneuve et Larose, 1999, p. 130.

³⁰⁵⁸ EL-GAMAL, Mahmoud, *Finance islamique*, De Boeck, 2010, p. 115.

³⁰⁵⁹ Dans l’annexe B accompagnant la norme n°10, l’AAOIFI justifie la possibilité d’une résolution du *salam* par consentement mutuel en raison du prix supposé inférieur qui engendre un manque à gagner pour le vendeur. V. aussi en ce sens, HIMEUR, Chihab Mohammed et ABDELMOUMEN, Nedra, *La finance islamique face au droit français*, L’Harmattan, 2015, p. 156.

³⁰⁶⁰ RUIMY, Michel, *La finance islamique*, A. Franel, 2008, p. 119. V. aussi, AAOIFI, Norme charaïque n°10, Annexe B ; Résolution n°85 (2/9) de l’Académie Internationale du Fiqh islamique.

606 Fondements charaïques. Les hadiths attestent de la pratique du contrat *salam* avant l'avènement de l'islam. La délivrance à terme de la chose objet du contrat devrait conduire à rejeter le contrat au motif qu'elle engendre une situation de *gharar*. Les *fuqaha* admettent cependant une exception au principe en se référant tant au Coran qu'à la Sunna. Ils invoquent traditionnellement un verset enjoignant aux musulmans de recourir à l'écrit et au témoignage lorsque le contrat implique une dette payable à terme³⁰⁶¹. Ibn 'Abbas, compagnon du Prophète, soutenait que le verset avait été révélé spécifiquement à propos du contrat *salam*³⁰⁶². Des hadiths, cités dans les *Sahîh* d'Al-Bukhari et de Muslim, rapportent que le Prophète a précisé lui-même les règles fondamentales du *salam* après avoir découvert sa pratique à Médine³⁰⁶³. Les habitants de la ville s'engageaient à payer immédiatement des fruits dont la délivrance n'était prévue que deux voire trois ans après la conclusion du contrat³⁰⁶⁴. Le Prophète l'a admis à la condition *sine qua non* qu'ils fassent le *salam* « pour une mesure, un poids et un terme connus »³⁰⁶⁵. Outre la Sunna, la validité du contrat résulte encore de l'utilité qu'il présente pour l'*umma*³⁰⁶⁶.

A partir des hadiths, les *fuqaha* ont établi le cadre juridique du contrat *salam* (A) qui, en droit français, s'assimile à un contrat de vente avec délivrance différée de la chose (B).

A) Le cadre juridique islamique

607 Obligation de l'acheteur. Le contrat *salam* étant une vente, l'obligation principale de l'acheteur (*rabbu al-salam*) est de payer le prix. En principe, le prix s'entend d'une somme d'argent, mais les parties peuvent prévoir le transfert d'une chose fongible, sous réserve de respecter la prohibition du *riba*, d'un corps certain ou le droit de jouir d'un bien déterminé³⁰⁶⁷. Le contrat s'apparente alors davantage à un échange qu'à une vente. Afin de prévenir toute situation de *gharar*, il est primordial que la prestation de

³⁰⁶¹ Coran, sourate 2, verset 282 : « Ô vous qui croyez ! Ecrivez la dette que vous contractez et qui est payable à une échéance déterminée [...]. Demandez le témoignage de deux témoins parmi vos hommes [...]. N'hésitez pas à écrire cette dette, petite ou grande, en fixant son échéance [...] à moins qu'il ne s'agisse d'un marché que vous concluez immédiatement entre vous. Il n'y alors pas de faute à vous reprocher, si vous ne l'inscrivez pas [...] ».

³⁰⁶² Ibn al-Jawzi, *Zad Al-Masir Fi 'Ilm Al-Tafsir*, 1 :336 ; Ibn kathir, *Tafsir Al-Qur'an Al-'Azim*, 1 :496 cités par AAOIFI, Norme charaïque n°10, Annexe B.

³⁰⁶³ Le *Sahîh* d'Al-Bukari contient un chapitre XXXV consacré entièrement au *salam*.

³⁰⁶⁴ *Sahîh Al-Bukhari*, hadith n° 2439.

³⁰⁶⁵ *Ibid.*, hadith n° 2439 et s. ;

³⁰⁶⁶ AL-ZUHAYLI, Wahbah, EL-GAMAL, Mahmoud (Trad.), op. cit, p. 238 ; AAOIFI, Norme charaïque n° 10, Annexe B.

³⁰⁶⁷ AAOIFI, Norme charaïque n°10, art. 3.1.1.

l'acheteur soit précisément déterminée ainsi que le rapportent les hadiths. S'il s'agit d'une prestation monétaire, les parties doivent avoir fixé le prix. Dans les autres hypothèses, qui ne devraient être qu'exceptionnelles dans le cadre de la finance islamique, il convient de déterminer le genre, l'espèce et les caractéristiques de la chose concernée³⁰⁶⁸. Le contrat *salam* impliquant l'exécution immédiate de la prestation de l'acheteur, celle-ci doit se faire au lieu de conclusion du contrat. Les malékites tolèrent, à l'encontre des autres écoles, que l'exécution de la prestation de l'acheteur soit différée, à condition qu'elle intervienne trois jours au plus tard après la formation du contrat³⁰⁶⁹. L'AAOIFI, après avoir rappelé le principe, reprend la règle malékite en précisant que le paiement peut intervenir sous deux ou trois jours sous réserve que la délivrance de l'objet du *salam* soit postérieure³⁰⁷⁰.

608 Obligation du vendeur. Dans le *salam*, le vendeur (*al-muslim 'ilayhi*) s'engage à transférer à terme la propriété d'une chose fongible³⁰⁷¹. Les corps certains sont exclus, de même que toute chose dont l'appréciation de la valeur est subjective, tels les bijoux et les objets d'antiquités, ou qui proviendrait d'un fonds déterminé³⁰⁷². D'après un auteur, la règle a pour finalité d'éviter tout litige entre les parties car il pourrait exister une différence entre la chose promise et la chose remise³⁰⁷³. La délivrance étant différée, il n'est pas certain que le vendeur puisse remettre la chose convenue lorsque les parties ont stipulé des caractéristiques spécifiques, ce qui génère le *gharar*. Les juristes de l'AAOIFI fondent la règle sur un hadith rapportant que le Prophète aurait condamné le contrat *salam* prévoyant la vente de denrées venant d'un champ déterminé³⁰⁷⁴. L'organisation retient une conception extensive de la notion de chose fongible qui inclut les produits manufacturés standardisés commercialisés par les sociétés³⁰⁷⁵. L'essentiel est que le bien objet du *salam* ne présente pas une identité

³⁰⁶⁸ *Ibid.*, art. 3.1.2.

³⁰⁶⁹ AL-ZUHAYLI, Wahbah, EL-GAMAL, Mahmoud (Trad.), *op. cit.*, p. 241.

³⁰⁷⁰ AAOIFI, Norme charaïque 10, art. 3.1.3.

³⁰⁷¹ *Ibid.*, art. 3.2.1.

³⁰⁷² *Ibid.*, art. 3.2.3.

³⁰⁷³ LINANT DE BELLEFONDS, Yvon, *Traité de droit musulman comparé, Vol.1: Théorie générale de l'acte juridique*, Mouton et cie., 1965, paragr. 223.

³⁰⁷⁴ « Un homme vint voir le Prophète et lui dit : « les gens de telle tribu, descendants des juifs et convertis à l'islam, furent touchés par la famine, je crains qu'ils ne renient leur religion ». Alors le Prophète dit : « Qui a quelque chose à donner ? ». Un homme juif dit « j'ai telle et telle chose (qu'il a nommée) » ; il me semble qu'il a dit « Trois cents dinars à tel prix et tel prix, du jardin de telle tribu ». Alors le Prophète dit : « A tel et tel prix, à telle et telle échéance, mais pas du jardin de telle tribu ». *Sunan Ibn Majah*, hadith n° 2281. La traduction provient de la version française officielle des normes de l'AAOIFI, v. AAOIFI, Norme charaïque n°10, Annexe B.

³⁰⁷⁵ AAOIFI, Norme charaïque n°10, art. 3.2.2.

spécifique afin de permettre au vendeur de se le procurer si nécessaire³⁰⁷⁶. Il faut par ailleurs que l'existence de la chose au jour de sa délivrance soit hautement probable³⁰⁷⁷. La règle retenue par l'AAOIFI se distingue de celle des hanéfites qui requiert que la chose existe, dans son genre, au moment de la conclusion du contrat³⁰⁷⁸. Sur ce point, l'organisation a consacré la position, plus libérale, de l'école hanbalite, similaire à celle des deux autres³⁰⁷⁹.

Si le *salam* déroge en partie à la rigueur de la prohibition du *gharar*, les parties demeurent tenues d'observer les règles relatives au *riba*³⁰⁸⁰. Elles doivent encore déterminer précisément la prestation du vendeur afin qu'il ne résulte du contrat ni ambiguïté ni équivoque. Pour cela, la chose doit être décrite en détail, en précisant, en fonction de sa nature, la masse, le volume, la mesure ou le nombre³⁰⁸¹. Les parties doivent convenir du terme à l'échéance duquel la délivrance de la chose doit intervenir. Il est permis de prévoir une délivrance échelonnée sous réserve que le prix du *salam* ait été entièrement payé lors de la conclusion du contrat³⁰⁸². En principe, le lieu de la délivrance doit être déterminé. A défaut, il est supposé être le lieu de conclusion du contrat, à moins que cela ne soit impossible, auquel cas il convient de se référer aux usages³⁰⁸³.

609 Délivrance de la chose objet du *salam* (*al-muslam fih*). La délivrance de la chose convenue constitue l'obligation principale du vendeur³⁰⁸⁴. Au cas où la chose présenterait des caractéristiques différentes, l'acheteur est tenu de l'accepter si sa qualité est supérieure, à moins que la qualité stipulée ait été déterminante de son consentement³⁰⁸⁵. En toute hypothèse, l'acheteur ne peut être contraint de recevoir une chose de qualité inférieure. S'il l'accepte, le vendeur peut lui consentir une réduction du prix³⁰⁸⁶. La délivrance d'une chose d'une espèce différente est exclue, à moins que

³⁰⁷⁶ *Ibid.*, art. 3.2.3.

³⁰⁷⁷ *Ibid.*, art. 3.2.8.

³⁰⁷⁸ SALEH, Nabil A, *Unlawful gain and legitimate profit in Islamic law*, Cambridge University Press, 1986, p. 72 HIMEUR, Chihab Mohammed et ABDELMOUMEN, Nedra, *La finance islamique face au droit français*, L'Harmattan, 2015, p. 159 LINANT DE BELLEFONDS, Yvon, *Traité de droit musulman comparé, Vol.1: Théorie générale de l'acte juridique*, Mouton et cie., 1965, paragr. 223.

³⁰⁷⁹ SALEH, Nabil A, *op. cit.*, p. 74.

³⁰⁸⁰ *Ibid.*, art. 3.2.4.

³⁰⁸¹ *Ibid.*, art. 3.2.6 et 3.2.7.

³⁰⁸² *Ibid.*, art. 3.2.9.

³⁰⁸³ *Ibid.*, art. 3.2.10. Sur les conditions relatives à la détermination de la prestation du vendeur, v. aussi AL-ZUHAYLI, Wahbah, EL-GAMAL, Mahmoud (Trad.), *op. cit.*, p. 255.

³⁰⁸⁴ *Ibid.*, art. 5.1.

³⁰⁸⁵ *Ibid.*, art. 5.2.

³⁰⁸⁶ *Ibid.*, art. 5.3.

les parties s'accordent, après échéance du terme, pour la substituer à celle convenue³⁰⁸⁷. Le vendeur peut exécuter son obligation avant l'échéance du terme qui ne constitue qu'une date butoir. L'acheteur n'est alors en droit de refuser la chose que s'il justifie d'un motif légitime³⁰⁸⁸. Si le vendeur ne peut satisfaire à son obligation en raison de son insolvabilité, l'acheteur doit lui accorder un délai³⁰⁸⁹. La délivrance étant différée, les *fuqaha* la considèrent juridiquement comme une dette qui ne peut s'accroître en raison de son report³⁰⁹⁰. Partant, les parties ne peuvent stipuler une clause pénale en cas de retard du vendeur dans l'exécution de son obligation³⁰⁹¹. Lorsque l'inexécution trouve sa cause dans l'indisponibilité de la chose, l'acheteur peut accorder un délai ou demander la résolution du contrat. Les parties peuvent préférer la délivrance d'une autre chose que celle convenue³⁰⁹². Bien que l'AAOIFI n'en fasse pas mention, les *fuqaha* des différentes écoles considèrent que le transfert de propriété de la chose objet du *salam* s'opère au moment de sa délivrance³⁰⁹³.

610 Le *salam* parallèle (*salam muwazi*). Le droit islamique interdit, en principe, la vente d'une chose que l'on ne possède pas encore au motif que le contrat serait entaché de *gharar*³⁰⁹⁴. L'application de la règle contraindrait l'institution financière islamique à attendre la délivrance de la chose avant de pouvoir la revendre. Seul un courant minoritaire au sein de l'école malékite a admis de déroger à la règle, sous réserve que la chose ne soit pas une denrée alimentaire et que le prix n'excède pas celui du premier contrat³⁰⁹⁵. La pratique a envisagé une autre méthode dite du « *salam* parallèle » (*salam muwazi*) consistant à conclure, avec un tiers, un autre contrat *salam* ayant le même objet que le premier³⁰⁹⁶. Plusieurs fatwas récentes ont affirmé la validité du *salam*

³⁰⁸⁷ *Ibid.*, art. 4.2 et 5.4. Sur le refus des *fuqaha* de substituer une chose par une autre avant l'échéance du terme prévu pour la délivrance, v. AL-ZUHAYLI, Wahbah, EL-GAMAL, Mahmoud (Trad.), *op. cit.*, p. 256 et s.

³⁰⁸⁸ *Ibid.*, art. 5.5.

³⁰⁸⁹ *Ibid.*, art. 5.6. La règle a pour fondement une injonction coranique, v. Sourate 2, verset 280 : « Si votre débiteur se trouve dans la gêne, attendez qu'il soit en mesure de vous payer. Si vous faites l'aumône en abandonnant vos droits, c'est préférable pour vous. Si vous saviez ! »

³⁰⁹⁰ Résolution n°85 (2/9), 1°, f et Résolution n°109 (3/12), 2° de l'Académie Internationale du Fiqh islamique.

³⁰⁹¹ AAOIFI, Norme charaïque n°10, art. 5.7.

³⁰⁹² *Ibid.* art. 5.8.2.

³⁰⁹³ AL-ZUHAYLI, Wahbah, EL-GAMAL, Mahmoud (Trad.), *op. cit.*, p. 255.

³⁰⁹⁴ L'AAOIFI le rappelle dans sa norme consacrée au *salam*, v. Norme charaïque n°10, art. 4.1. Dans l'annexe B accompagnant la norme, l'organisation précise aussi que la vente de la chose est impossible car il s'agit d'une dette.

³⁰⁹⁵ EL-GAMAL, Mahmoud, *Finance islamique*, De Boeck, 2010, p. 116.

³⁰⁹⁶ L'AAOIFI définit ainsi le *salam* parallèle « Si le vendeur originair conclut un contrat *salam* séparé avec une tierce personne en vue d'acquérir un actif dont les spécifications sont identiques à celles de l'actif, objet du premier contrat *salam* pour qu'il puisse satisfaire à ses engagements résultant de celui-ci, ce contrat s'appelle, conformément aux coutumes en vigueur, *salam* parallèle. Par exemple, l'institution achète une quantité déterminée de coton aux agriculteurs (*rab al salam* dans le premier contrat) puis elle conclut un nouveau contrat *salam* avec des usines de produits textiles et revend au moyen du contrat *salam* du coton dont les spécifications sont identiques à celles du coton acheté dans le premier contrat, sans que la validité du deuxième contrat dépende de l'exécution du premier contrat ». La traduction est ici issue de la version des normes

parallèle, l'une d'elles invoquant même le besoin pour les banques islamiques d'être compétitives³⁰⁹⁷. L'AAOIFI l'admet également en retenant que les deux opérations sont indépendantes, bien qu'elles portent sur une chose similaire³⁰⁹⁸. Si une telle proposition est propice au développement de la finance islamique, elle s'avère critiquable au regard de la prohibition du *gharar* lorsque l'opération est considérée dans son ensemble. L'indépendance des contrats permet certes de limiter les conséquences en cas de défaillance du premier vendeur, le second pouvant se procurer la chose auprès d'un tiers et ce d'autant plus facilement que le *salam* ne peut porter que sur une chose fongible. L'AAOIFI retient cependant une conception extensive de la notion pouvant rendre difficile l'obtention d'une chose présentant les caractéristiques stipulées dans le second contrat³⁰⁹⁹. Il pèse sur l'opération un certain degré d'incertitude d'autant plus condamnable que le *salam* déroge au principe de la prohibition du *gharar*.

Un auteur a présenté un schéma de *salam* parallèle se limitant à deux parties afin notamment de permettre à la banque de se prémunir d'une baisse de prix³¹⁰⁰. Dans le second contrat, le vendeur originaire devient acheteur et, réciproquement, l'institution devient vendeur. Une telle opération apparaît critiquable à double titre. En premier lieu, l'exposition au risque est traditionnellement un critère de validité d'un financement islamique. En second lieu, les *fuqaha* semblent n'admettre le *salam* parallèle que s'il implique la conclusion du contrat avec un tiers. L'AAOIFI précise en ce sens que le vendeur, ou l'acheteur, peut conclure un *salam* parallèle avec un tiers, ce qui exclut expressément le contrat entre les mêmes parties³¹⁰¹. Le second contrat est soumis aux règles ordinaires du *salam* et doit impérativement être indépendant du premier³¹⁰².

A l'aune de sa définition, le *salam* pourrait se voir appliquer, dans le cadre de sa transposition en droit français, les règles de la vente avec délivrance à terme.

de l'AAOIFI publiée par l'association PARIS EUROPLACE dont la qualité est supérieure à celle officielle, *Finance islamique : les normes de conformité de l'AAOIFI*, ESKA, 2013, p. 156.

³⁰⁹⁷ Pour une reproduction de ces fatwas, v. EL-GAMAL, Mahmoud, *op. cit.*, p. 117 et s.

³⁰⁹⁸ AAOIFI, Norme charaïque n°10, Annexe B.

³⁰⁹⁹ Même en présence d'une chose fongible *stricto sensu*, la pénurie d'une matière première n'est pas à exclure.

³¹⁰⁰ CAUSSE-BROQUET, Geneviève, *La finance islamique*, 2^e éd., RB éd., 2012, p. 64 et s.

³¹⁰¹ AAOIFI, Norme charaïque n°10, art. 6.1 et 6.2.

³¹⁰² *Ibid.* art. 6.3 et 6.5.

B) *Le cadre juridique français*

611 Le salam, une opération de crédit ? Il a été rappelé, à propos de la *murabaha*, que le droit français retient une conception extensive de la notion d'opération de crédit qui n'impose pas la stipulation d'un intérêt³¹⁰³. L'article L. 313-1 al. 1^{er} du Code monétaire et financier se contente d'exiger une mise à disposition de fonds à titre onéreux. Le *salam* est indiscutablement une vente, mais il est qualifiable d'opération de crédit dès lors que l'une des parties au contrat est un établissement de crédit. Le paiement du prix au moment de la conclusion du *salam* peut s'analyser en une mise à disposition immédiate de fonds s'apparentant à une avance. La fonction première du *salam* est, à cet égard, de permettre au vendeur agissant en tant qu'emprunteur de se procurer les fonds nécessaires à l'exploitation de son activité. La particularité du contrat islamique est que l'emprunteur ne restitue pas une somme d'argent, mais transmet à l'établissement de crédit la propriété d'une chose fongible. Cette contrepartie satisfait à l'exigence du caractère onéreux de l'opération à double titre. D'abord parce que sa simple existence a pour conséquence l'exclusion de la gratuité, chacune des parties à l'opération recevant de l'autre un avantage. Ensuite, parce que le *salam* étant une vente à prix minoré, le vendeur fournit à l'acheteur une chose dont la valeur est supérieure aux fonds reçus³¹⁰⁴. De la définition légale du crédit, certains auteurs déduisent trois critères d'identification d'une opération de crédit qui dépassent la lettre du texte. Il faudrait ainsi que l'opération implique « 1° une avance ou une promesse d'avance de fonds ; 2° une rémunération du créiteur ; 3° une restitution »³¹⁰⁵. Le troisième élément implique que le bénéficiaire du crédit rende ce qu'il a reçu. Or, il n'est pas question de restitution dans le *salam*, mais de la délivrance à terme d'une chose fongible. Ce critère posé par une partie de la doctrine est absent de la définition légale de l'opération de crédit. Il convient alors de l'ignorer en procédant selon l'adage « *ubi lex non distinguit, nec nos distinguere debemus* »³¹⁰⁶. Plus en adéquation avec l'article L. 313-1 du Code monétaire et financier, le Pr Thierry BONNEAU a suggéré de définir l'opération de crédit « *comme une mise à disposition*

³¹⁰³ V. nos développements consacrés à la qualification d'opération de crédit de l'opération *murabaha* ainsi qu'à la réception de la prohibition du *riba* en droit français.

³¹⁰⁴ Sur la qualification de vente à prix minoré, v. AAOIFI, Norme charaïque n°10, Annexe B.

³¹⁰⁵ STORCK, Michel, KOVAR, Jean-Philippe, ERÉSÉO, Nicolas *et al.*, *Droit bancaire*, 2^e éd., Dalloz, 2019, paragr. 63.

³¹⁰⁶ « Il n'y a pas lieu de distinguer là où la loi ne distingue pas ».

de fonds rémunérée »³¹⁰⁷. Il en est ainsi dans le *salam* où l'acheteur paye immédiatement le vendeur en contrepartie de la délivrance à terme de la chose. Le législateur n'impose pas que le bénéficiaire soit tenu d'une prestation monétaire. Il suffit, ainsi que l'ont souligné deux auteurs, que l'établissement de crédit reçoive une contrepartie effective³¹⁰⁸. L'escompte, l'affacturage ou encore la cession Dailly, bien qu'ils impliquent non pas une restitution, mais un transfert de créances, sont qualifiés d'opération de crédit³¹⁰⁹. Le *salam* présente certaines similarités avec l'escompte qui s'analyse juridiquement comme « l'achat d'une créance généralement à terme avec paiement immédiat et anticipé de son montant »³¹¹⁰. Le contrat islamique est quant à lui l'achat d'une chose de genre avec paiement immédiat du prix en contrepartie de sa délivrance à terme.

M. Guillaume ANSALONI a mis en exergue l'insuffisance des critères classiques de caractérisation d'une opération de crédit auxquels il suggère de substituer celui de « risque de crédit » qu'il veut « précis et conforme à la réalité de choses ».³¹¹¹ La notion désigne, d'après l'auteur, le risque de défaillance du débiteur³¹¹². Ce critère a pour mérite d'être conforme à l'étymologie du terme « crédit » issu du latin *credere* qui signifie littéralement « croire ». Accorder un crédit c'est avant tout croire en la personne, en sa capacité à honorer ses engagements. Plus généralement, c'est s'exposer à un risque, ce qui est le cas dans le contrat *salam*. La délivrance de la chose n'étant pas concomitante à la conclusion de l'acte, l'acheteur n'est pas certain de recevoir la chose ou de sa conformité aux stipulations contractuelles. Le critère temporel est, du reste, un élément essentiel du crédit d'après l'article L. 311-1, 6° du Code de la consommation³¹¹³. Le risque est d'autant plus accentué que l'acheteur est engagé dans un *salam* parallèle. C'est précisément pour le réduire que les *fuqaha* exigent la description complète de la chose, la stipulation du terme et l'indépendance des contrats de *salam* et de *salam* parallèle. A retenir le critère du risque de crédit, le *salam* doit

³¹⁰⁷ BONNEAU, Thierry, *Droit bancaire*, 14^e éd., LGDJ, 2021, paragr. 65.

³¹⁰⁸ PIÉDELIEVRE, Stéphane et PUTMAN, Emmanuel, *Droit bancaire*, Economica, 2011, paragr. 46.

³¹⁰⁹ BONNEAU, Thierry, *op. cit.*, paragr. 60.

³¹¹⁰ *Ibid.*, paragr. 59.

³¹¹¹ ANSALONI, Guillaume, « Le risque de crédit, critère de la notion d'opération de crédit en droit français », *Revue banque* 2013, n°759, p. 58 et s.

³¹¹² *Ibid.*, p. 60.

³¹¹³ En ce sens, v. CATTALANO-CLOAREC, Garance et LOISEAU, Grégoire Préfacier, « Le contrat de prêt », LGDJ, 2015, paragr. 550. « En outre, l'éclairage du Code de la consommation met en lumière l'un des critères essentiels du crédit : le décalage dans le temps entre les prestations du bénéficiaire du crédit et celles du fournisseur du crédit ».

être qualifié d'opération de crédit. Il l'est encore au regard de la conception classique de la notion, *a fortiori* si l'acheteur est un établissement de crédit.

612 Admission des prestations futures. En droit français des contrats, la prestation peut être présente ou future³¹¹⁴. Cela implique que l'une des parties puisse s'engager à délivrer une chose qui n'existe pas au moment de la formation du contrat, mais dont l'existence est possible au jour de l'exécution de la prestation³¹¹⁵. L'exemple classique envisagé par le Code civil est la vente d'immeuble à construire³¹¹⁶. La chose future peut encore être des biens meubles à fabriquer ou à produire³¹¹⁷, une sûreté³¹¹⁸ ou même une créance³¹¹⁹. Ce n'est qu'à titre exceptionnel que le législateur a interdit qu'un contrat porte sur une chose future en prohibant les pactes sur succession future³¹²⁰ ou la cession de droits d'auteurs sur des œuvres futures³¹²¹.

613 Le *salam*, une vente avec délivrance à terme. Le *salam* ne saurait être qualifié de vente d'une chose future car la chose peut exister au moment de la formation du contrat, seule sa délivrance étant différée. Il convient alors d'envisager une autre qualification. Un auteur a estimé que le *salam* ne s'assimile pas à une vente à terme car « *la prestation future ne peut pas être en numéraire* ». La justification avancée suggère une conception restreinte de la notion. Hormis pour le cas de la vente d'immeuble à construire, la vente à terme ne fait l'objet d'aucune définition légale³¹²². Selon la doctrine, elle s'entend, *lato sensu*, de « *la vente affectée d'un terme retardant l'exigibilité de l'obligation de l'une des parties, soit l'obligation de payer le prix (vente à crédit), soit l'obligation, pour le vendeur, de livrer la chose (vente à livrer)* »³¹²³. Aux termes de l'article 1305 du Code civil, l'obligation de l'une des parties peut être

³¹¹⁴ C. civ., art. 1163 al. 1^{er}.

³¹¹⁵ TERRÉ, François, SIMLER, Philippe, LEQUETTE, Yves *et al.*, *Droit civil*, 12^e éd., Dalloz, 2018, paragr. 362.

³¹¹⁶ C. civ., art. 1601-1 et s., v. aussi CCH, art. L. 261-1 et s.

³¹¹⁷ C. consom, art. L. 217-1, I : « [...] sont également assimilés à des contrats de vente aux fins du présent chapitre, les contrats de vente de biens à fabriquer ou à produire ».

³¹¹⁸ L'article 2333 du Code civil envisage le gage d'une chose future.

³¹¹⁹ Une créance future peut faire l'objet d'un nantissement aux termes de l'article 2357 du Code civil.

³¹²⁰ C. civ., art. 722.

³¹²¹ C. propr. intell., art. L. 131-1.

³¹²² C. civ., art. 1601-2 : « *La vente à terme est le contrat par lequel le vendeur s'engage à livrer l'immeuble à son achèvement, l'acheteur s'engage à en prendre livraison et à en payer le prix à la date de livraison. Le transfert de propriété s'opère de plein droit par la constatation par acte authentique de l'achèvement de l'immeuble ; il produit ses effets rétroactivement au jour de la vente* ».

³¹²³ CORNU, Gérard (Dir.), *Vocabulaire juridique*, 13^e éd., PUF, 2020, V° Vente à terme. La définition semble reprendre la confusion du Code civil de 1804 entre l'obligation de livrer la chose, à savoir son transport matériel, et l'obligation de délivrance qui pèse sur le vendeur et qui est inhérente au contrat de vente. Pour ne pas entretenir cette confusion, il est préférable de qualifier le *salam* de vente avec délivrance à terme plutôt que de vente à livrer.

affectée d'un terme. Il est en ainsi, « *lorsque son exigibilité est différée jusqu'à la survenance d'un événement futur et certain, encore que la date en soit incertaine* ». Il ressort du texte que le terme ne retarde pas la naissance de l'obligation mais son exigibilité. Cette distinction n'a toutefois guère de sens lorsque l'une des parties s'engage à transférer la propriété d'une chose³¹²⁴. Si cet effet se réalise en principe dès la formation du contrat de vente³¹²⁵, il est néanmoins différé lorsque l'obligation est à terme³¹²⁶. Il l'est par ailleurs nécessairement en présence d'une chose future. Dans le cadre de la vente, contrairement à ce qu'énonce l'article 1305 du Code civil, le terme n'affecte pas tant une obligation que l'un des effets du contrat en le suspendant³¹²⁷. Rien ne s'oppose à affirmer, en droit français, que le *salam* se présente juridiquement comme une vente à terme. Peut-être convient-il de le qualifier de vente affectée d'un terme, ou plutôt de vente avec délivrance à terme, si l'on entend éviter toute confusion avec la vente d'immeuble à construire.

614 Application du régime juridique de la vente. Traditionnellement, le contrat *salam* était qualifié de contrat réel car sa formation supposait le paiement immédiat du prix³¹²⁸. Les juristes modernes admettent que le paiement intervienne au plus tard trois jours après la conclusion du contrat, ce qui exclut le *salam* de la catégorie des contrats réels³¹²⁹. Il résulte de l'article 1583 du Code civil que la vente suit le principe du consensualisme puisqu'elle 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* ». Par la stipulation du terme, les parties suspendent, jusqu'à son échéance, le transfert de propriété. En l'absence de stipulation contraire, le Code civil ne contraint pas le vendeur au paiement immédiat, ou sous trois jours, du prix. Il appartient aux parties de prévoir, au moyen d'une clause résolutoire, que l'acheteur est tenu d'exécuter son obligation dans un délai maximal de trois jours après la formation du contrat sous peine de résolution de l'acte.

³¹²⁴ V. en ce sens CHANTEPIE, Gaël et LATINA, Mathias, *La réforme du droit des obligations*, 2e éd., Dalloz, 2018, paragr. 796.

³¹²⁵ C. civ., art. 1196 et 1583.

³¹²⁶ Le second alinéa 2 de l'article 1196 du Code civil reconnaît aux parties la faculté de différer le transfert de propriété.

³¹²⁷ V. en ce sens MIGNOT, Marc, JCl. Civil code, art. 1305, fasc. unique, mai 2017, paragr. 9 ; CHANTEPIE, Gaël et LATINA, Mathias, *op. cit.*, paragr. 796.

³¹²⁸ LINANT DE BELLEFONDS, Yvon, *Traité de droit musulman comparé, Vol.1: Théorie générale de l'acte juridique*, Mouton et cie., 1965, paragr. 144. *Contra* CHÉHATA, Chafik, *Théorie générale de l'obligation en droit musulman hanéfite*, Sirey, 1969, paragr. 128. : « *Il en est autrement dans les contrats de change (s'arf) et de vente à terme (salam), où la remise actuelle est exigée pour écarter la suspicion d'usure. Le contrat dans ces cas existe, mais il est vicié* ».

³¹²⁹ V. à titre d'illustration, AAOIFI, Norme charaïque n° 10, art. 3.1.3 et Résolution n°85 (2/9), 1°,c) de l'Académie Internationale du Fiqh islamique.

Afin de satisfaire aux règles islamiques, les parties peuvent se dispenser de l'exigence de mise en demeure ainsi que l'article 1225 al. 2 du Code civil les y autorise. En revanche, concernant l'obligation du vendeur, la clause résolutoire automatique doit être écartée si les parties entendent respecter les règles de l'AAOIFI. L'organisation impose en effet à l'acheteur d'accorder un délai au vendeur au cas où l'inexécution de son obligation résulterait de son insolvabilité³¹³⁰. Pour satisfaire à la règle, les parties peuvent stipuler que la résolution prendra effet à l'issue d'un délai d'un mois, ou plus si elles le jugent nécessaire, à compter de la mise en demeure. Dans le *salam*, le vendeur est tenu de délivrer une chose conforme aux stipulations contractuelles, à moins que sa qualité ne soit supérieure, auquel cas l'acheteur est tenu de l'accepter³¹³¹. En droit français, la délivrance doit porter très exactement sur la chose définie dans le contrat³¹³². En conséquence, l'acheteur ne peut être contraint d'accepter une chose différente, même si sa qualité est supérieure. Dans ce cas de figure, il est cependant peu de situations où, s'agissant d'une chose fongible, l'acheteur ait intérêt à invoquer l'inexécution de l'obligation de délivrance du vendeur. A moins qu'il ait entendu faire de la chose un usage spécifique et ait érigé expressément sa qualité en élément déterminant de son consentement, auquel cas l'AAOIFI admet qu'il puisse la refuser³¹³³.

615 Prohibition de la clause pénale et des intérêts moratoires. Les *fuqaha* considèrent que l'obligation de délivrance du vendeur constitue une dette, au sens islamique du terme, qui ne peut s'accroître en raison du retard dans l'exécution³¹³⁴. En conséquence, les parties ne peuvent stipuler, au profit de l'acheteur, une clause pénale qu'elle soit moratoire ou compensatoire³¹³⁵. Il a été rappelé, à propos de la *murabaha* que l'article 1231-1 du Code civil autorise le créancier d'une obligation à demander la condamnation du débiteur en cas soit de retard dans l'exécution, soit d'inexécution définitive³¹³⁶. L'intégration au contrat des principes cardinaux de la finance islamique et des convictions religieuses des parties devrait néanmoins faire échec à l'application

³¹³⁰ AAOIFI, Norme charaïque n°10, art. 5.6.

³¹³¹ *Ibid.*, art. 5.2.

³¹³² Sur ce point, v. *supra* nos développements consacrés à la transposition du *khiyar al-'ayb* en droit français paragr. 278

³¹³³ AAOIFI, Norme charaïque n°10, art. 5.2.

³¹³⁴ Résolution n°85 (2/9), 1°, f et Résolution n°109 (3/12), 2° de l'Académie Internationale du Fiqh islamique.

³¹³⁵ AAOIFI, Norme charaïque n°10, art. 5.7.

³¹³⁶ V. *supra* nos développements consacrés à la transposition de l'opération de *murabaha* en droit français paragr. 558.

du texte³¹³⁷. Les parties peuvent toujours stipuler une clause limitant l'indemnisation de l'acheteur au préjudice réel subi en cas d'inexécution devenue définitive et excluant expressément les dommages-intérêts moratoires en cas de retard dans l'exécution.

Il est permis de s'interroger quant à la faculté pour les parties de prévoir que le vendeur s'oblige à verser une somme forfaitaire ou un pourcentage de la dette au profit d'œuvres caritatives en cas de retard dans la délivrance. Contrairement à la *murabaha*, la norme de l'AAOIFI consacrée au *salam* n'en fait pas mention, ce qui pourrait s'interpréter en une exclusion. Une autre norme, relative au débiteur défaillant, semble l'admettre en ce qu'un tel engagement est possible dans les contrats impliquant un endettement³¹³⁸. Or, l'obligation de délivrance du vendeur est considérée comme une dette, au sens du *fiqh*. En droit français, « l'engagement de don » ne peut être qualifié de libéralité mais s'apparente à une clause pénale. Sous réserve qu'il puisse être stipulé dans le *salam*, la clause limitative de réparation est inutile³¹³⁹.

616 Salam parallèle et indépendance des contrats. La validité du *salam* parallèle est conditionnée à l'indépendance des deux contrats de sorte que les droits et obligations créés par l'un ne dépendent pas de l'autre. Cela a notamment pour conséquence d'empêcher la résolution du second *salam* en cas de défaillance du vendeur dans le premier³¹⁴⁰. La règle exclut d'emblée l'insertion dans le *salam* parallèle d'une condition résolutoire dont la réalisation dépendrait d'un événement lié au premier contrat. L'exigence posée par le *fiqh* s'accorde avec le principe de l'effet relatif du contrat affirmé par l'article 1199 du Code civil³¹⁴¹. L'Assemblée plénière a néanmoins posé comme exception dans l'arrêt *Bootshop/Myr'ho* que « *le tiers à un contrat peut invoquer, sur le fondement de la responsabilité délictuelle, un manquement contractuel dès lors que ce manquement lui a causé un dommage* »³¹⁴². Certains arrêts ultérieurs

³¹³⁷ *Id.*

³¹³⁸ AAOIFI, Norme charaïque n°3, art. 2.1.8 : « *est licite toute stipulation dans un contrat d'endettement, telle la murabaha, qui engage le débiteur récalcitrant à faire don d'un montant forfaitaire ou d'un pourcentage de la somme due, sous réserve que cette somme soit versée à des œuvres caritatives par les soins de l'institution et sous le contrôle de son comité de supervision charaïque* ». La version française officielle des normes de l'AAOIFI fait usage de l'expression « somme due », ce qui pourrait suggérer que « l'engagement de don » n'est possible qu'en présence d'une prestation monétaire. La version anglaise emploie le terme générique *debt* qui s'applique à tout type de prestation.

³¹³⁹ Sur l'ensemble de ces points, v. nos développements consacrés à la transposition de l'opération de *murabaha* en droit français.

³¹⁴⁰ AAOIFI, Norme charaïque n°10, art. 6.3.

³¹⁴¹ « *Le contrat ne crée d'obligations qu'entre les parties.*

Les tiers ne peuvent ni demander l'exécution du contrat ni se voir contraints de l'exécuter, sous réserve des dispositions de la présente section et de celles du chapitre III du titre IV ».

³¹⁴² Ass. plén., 6 oct. 2006, *Consorts Loubeyre c. Société bootshop*, n°05-13.255, Bull. Ass. Plén., n°9, D. 2006. 2825, obs. I. Gallmeister, note G. Viney ; *ibid.* 2007.1827, obs. L. Rozès ; *ibid.* 2897, obs. P. Brun et P. Jourdain ; *ibid.* 2966, obs. S. Amrani-

ont paru s'éloigner de cette solution³¹⁴³, mais l'Assemblée plénière l'a pleinement réaffirmée en levant toutes les ambiguïtés nées de sa précédente décision³¹⁴⁴. Un tiers au contrat peut ainsi agir en responsabilité contre le débiteur défaillant en démontrant simplement le lien de causalité entre le manquement contractuel et le dommage qu'il a subi³¹⁴⁵. Par ses deux arrêts, l'Assemblée plénière a retenu l'unité des fautes contractuelle et délictuelle. Le *salam* parallèle ayant le même objet que le premier contrat, le second acheteur pourrait-il rechercher la réparation de son préjudice auprès du vendeur originaire lorsque ce dernier a manqué à ses engagements ? Il s'agit de l'hypothèse où le vendeur du *salam* parallèle ne satisfait pas à son obligation au terme convenu en raison de la non-délivrance de la chose par le vendeur originaire. En raison de l'identité d'objet, le second acheteur est intéressé par l'exécution du premier contrat et justifie, partant, d'un intérêt à agir. Admettre son action contre le vendeur originaire serait contestable en ce que les parties, en recourant au *salam*, ne peuvent ignorer la règle de l'indépendance de deux contrats, et ce, bien qu'ils partagent un même objet. L'acheteur du *salam* parallèle ne devrait pouvoir exercer une action qu'à l'encontre de son cocontractant sur le fondement de la responsabilité contractuelle. La formulation générale du principe énoncé par l'Assemblée plénière laisse toutefois supposer que l'action du second acheteur contre le vendeur originaire est envisageable. Rendue sous l'empire du droit antérieur à l'ordonnance du 10 février 2016, la jurisprudence de la Cour de cassation ne devrait pas être remise en cause par les dispositions nouvelles qui demeurent silencieuses sur ce point³¹⁴⁶. L'article 1200 al. 2 du Code civil se contente en effet d'énoncer que les tiers peuvent se prévaloir du contrat pour apporter la preuve d'un fait.

L'exigence d'indépendance des contrats dans une opération de *salam* parallèle se retrouve s'agissant de l'*istisna*. La raison est commune, limiter l'atteinte au principe de prohibition du *gharar*. Elle se justifie d'autant plus que l'*istisna* y déroge plus amplement.

Mekki et B. Fauvarque-Cosson ; *AJDI* 2007.295, obs. N. Damas ; *RDI* 2006.504, obs. P. Malinvaud ; *RTD civ.* 2007.61, obs. P. Deumier ; *ibid.* 115, obs. J. Mestre et B. Fages ; *ibid.* 123, obs. P. Jourdain.

³¹⁴³ Civ. 3^e, 22 oct. 2008, n° 07-15.692 et 07-15.583, *Bull. civ.* III, n° 160 ; Civ. 1^{re}, 15 déc. 2011 n° 10-17.691 ; Com. 18 janv. 2017, n°14-18.832 et 14-16.442 ; Civ. 3^e, 18 mai 2017, n° 16-11.203, *Bull. civ.* III, n° 64.

³¹⁴⁴ Ass. plén., 13 janv. 2020, n°17-19.963, P: D. 2020.394, note M. Bacache; *ibid.* 416 note J.-S. Borghetti; *RTD civ.* 2020.96, note H. Barbier; *AJ contrat* 2020.80, note. M. Latina; *Resp. civ. et assur.* 2020, ét. 4 L. Bloch; *Gaz. Pal.* 4 févr. 2020, n° 369, p. 15 note D. Houtcief.

³¹⁴⁵ Pour un rappel explicite du principe v. *ibid.*, paragr .22.

³¹⁴⁶ En ce sens, v. CHANTEPIE, Gaël et LATINA, Mathias, *La réforme du droit des obligations*, 2e éd., Dalloz, 2018, paragr. 554 DESHAYES, Olivier, GENICON, Thomas et LAITHIER, Yves-Marie, *Réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations*, 2^e éd., LexisNexis, 2018, p. 486.

II] L'*istisna*

617 Définition. Le terme *istisna* signifie en arabe demander un *san'ah*, ce dernier désignant un ouvrage réalisé par une personne³¹⁴⁷. L'AAOIFI le définit sobrement comme le contrat « *de vente d'un objet décrit dont on demande la fabrication* »³¹⁴⁸. Il correspond, plus précisément, au contrat par lequel une personne, le *mustani*, demande à un entrepreneur, le *sani*, la fabrication ou la construction d'un ouvrage, appelé *masnu*, en contrepartie du paiement immédiat ou différé du prix³¹⁴⁹. Le contrat ne se limite toutefois pas à la réalisation d'un ouvrage, mais s'étend à la transformation ou à l'entretien d'une chose³¹⁵⁰. Il est encore utilisé pour la fourniture d'électricité ou de gaz³¹⁵¹. En somme, l'*istisna* peut être qualifié de contrat d'entreprise³¹⁵². Son utilisation comme moyen de financement n'est que récente et s'accompagne dans ce cas d'un contrat *istisna* parallèle. La différence de prix entre les deux contrats constitue la marge bénéficiaire de l'institution³¹⁵³. La Banque Islamique de Développement recourt à l'*istisna* pour la construction d'ouvrages d'envergure dans les pays musulmans³¹⁵⁴.

618 Fondements charaïques. L'application stricte de la prohibition du *gharar* devrait conduire au rejet du contrat *istisna* car il a pour objet une chose inexistante au moment de sa conclusion. Nonobstant ce principe, les jurisconsultes ont admis la licéité du contrat *salam* sur la base de plusieurs hadiths³¹⁵⁵. Mais, selon un auteur, l'*istisna* constituerait une « *dérogation certainement beaucoup plus grave aux principes généraux* » que le *salam* car « *la chose, objet d'une istisna, doit être fabriquée et n'existera matériellement qu'au moment de la livraison* »³¹⁵⁶. Le *salam* porte en effet

³¹⁴⁷ AL-ZUHAYLI, Wahbah, EL-GAMAL, Mahmoud (Trad.), *Financial transactions in Islamic jurisprudence*, vol. 1, Dar Al-Fikr, 2001, p. 268.

³¹⁴⁸ D'après la traduction française officielle des normes de l'AAOIFI, v. Norme charaïque n°11, Annexe C.

³¹⁴⁹ EL-GAMAL, Mahmoud, *Finance islamique*, De Boeck, 2010, p. 123.

³¹⁵⁰ HIMEUR, Chihab Mohammed, *Les contrats de la finance islamique*, Larcier, 2018, p. 209.

³¹⁵¹ RUIMY, Michel, *La finance islamique*, A. Fernel, 2008, p. 119.

³¹⁵² D'après le *Vocabulaire juridique* du doyen Cornu, le contrat d'entreprise s'entend du « *contrat (encore dit louage d'ouvrage ou d'industrie) par lequel une personne (entrepreneur ou locataire d'ouvrage) s'engage envers une autre (client parfois nommé maître de l'ouvrage) à faire un ouvrage (construction, réparation, transport, etc.) en fournissant son travail ou son industrie ou également la matière et qui diffère du contrat de travail (ou louage de services) en ce qu'il ne subordonne pas l'entrepreneur à celui qui commande l'ouvrage dans l'exécution de la tâche convenue* », v. ³¹⁵² CORNU, Gérard (Dir.), *Vocabulaire juridique*, 13e éd., PUF, 2020, v°Entreprise.

³¹⁵³ CAUSSE-BROQUET, Geneviève, *La finance islamique*, 2^e éd., RB éd., 2012, p. 69.

³¹⁵⁴ EL-GAMAL, Mahmoud, *Finance islamique*, De Boeck, 2010, p. 124.

³¹⁵⁵ V. *supra* nos développements consacrés aux fondements charaïques du contrat *salam* paragr. 606.

³¹⁵⁶ LINANT DE BELLEFONDS, Yvon, *Traité de droit musulman comparé, Vol.1: Théorie générale de l'acte juridique*, Mouton et cie., 1965, paragr. 224.

sur une chose fongible qui existe au moment de la formation du contrat ou, du moins, dont l'existence au moment de la livraison est fortement probable. En conséquence, le degré d'incertitude est inférieur à celui de l'*istisna* qui suppose la réalisation d'un ouvrage spécifique. Le contrat est pourtant admis par les quatre *madhâhib* sunnites, en raison de sa nécessité pour l'*umma*, qui fondent sa validité sur le raisonnement par analogie (*qiyas*) et la préférence juridique (*istihsan*)³¹⁵⁷. Outre ces sources, la *Sunna* peut aussi être invoquée pour soutenir la licéité de l'*istisna*. D'après plusieurs hadiths, consignés dans les *Sahîh* d'Al-Bukhari et de Muslim, le Prophète aurait commandé la réalisation d'une chaire³¹⁵⁸ ainsi que d'un anneau³¹⁵⁹. Ces récits attestent, selon les juristes, de la licéité du contrat d'entreprise³¹⁶⁰.

619 *Istisna et salam.* Tant le *salam* que l'*istisna* portent sur une chose future et il n'en fallait pas moins pour que certains *fuqaha* assimilent les deux contrats³¹⁶¹. Joseph SCHACHT écrit à cet égard que l'*istisna* « n'est qu'un simple contrat *salam* »³¹⁶². Cet avis est notamment celui des écoles malékite, shaféite et hanbalite³¹⁶³. Un certain nombre de différences les distingue cependant et empêche toute confusion³¹⁶⁴. En premier lieu, le paiement immédiat du prix est une condition de validité du *salam* tandis qu'il peut être différé ou échelonné dans l'*istisna*. En deuxième lieu, l'objet du *salam* est nécessairement une chose fongible qualifiée juridiquement de dette. En revanche, l'*istisna* porte sur la fourniture d'une chose spécifique, individualisée par les parties, et qui doit nécessairement être manufacturée ou construite³¹⁶⁵. Le *sani* est alors tenu d'un '*ayn* et non d'une dette, ce qui autorise en ce cas la stipulation d'une clause pénale dans l'éventualité d'un retard de délivrance³¹⁶⁶. Il s'agit là de la différence majeure

³¹⁵⁷ *Ibid.* ; AL-ZUHAYLI, Wahbah, EL-GAMAL, Mahmoud (Trad.), *op. cit.*, p. 276 ; RAYNER, Susan Elizabeth, *The Theory of Contracts in Islamic Law: A Comparative Analysis With Particular Reference to the Modern Legislation in Kuwait, Bahrain and the United Arab Emirates*, thèse de doctorat, Fitzwilliam College, Cambridge, 1989.

³¹⁵⁸ *Sahîh Al-Bukhari*, hadith n°2094 et 2095 ; *Sahîh Muslim*, hadith n°544.

³¹⁵⁹ *Sahîh Al-Bukhari*, hadith n°5874 ; *Sahîh Muslim*, hadith n°2091 et 2092.

³¹⁶⁰ AAOIFI, Norme charaïque n°11, Annexe B ; AL-ZUHAYLI, Wahbah, EL-GAMAL, Mahmoud (Trad.), *op. cit.*, p. 272.

³¹⁶¹ GUÉRANGER, François, *Finance islamique*, Dunod, 2009, p. 121 LINANT DE BELLEFONDS, Yvon, *Traité de droit musulman comparé, Vol.1: Théorie générale de l'acte juridique*, Mouton et cie., 1965, paragr. 224.

³¹⁶² SCHACHT, Joseph, *Introduction au droit musulman*, Maisonneuve et Larose, 1999, p. 132.

³¹⁶³ AL-AMINE, Muhammad Al-Bashir Muhammad, « Istisna' and Its Application in Islamic Banking », *Arab Law Quarterly* 2001, vol. 16, n°1, p. 22-48., spéc. p. 24.

³¹⁶⁴ Sur ce point, v. AL-ZUHAYLI, Wahbah, EL-GAMAL, Mahmoud (Trad.), *op. cit.*, p. 276 et s. ; EL-GAMAL, Mahmoud, *Finance islamique*, De Boeck, 2010, p. 123.

³¹⁶⁵ AAOIFI, Norme charaïque n°11, art. 3.1.1 et Annexe C.

³¹⁶⁶ Sur la notion d'*ayn*, v. CHÉHATA, Chafik, *Théorie générale de l'obligation en droit musulman hanéfite*, Sirey, 1969, paragr. 264 et s. : « Les obligations ayant pour objet des choses déterminées dans leur individualité, tels que les immeubles, les animaux, les esclaves etc., sont des obligations « '*ayn* ». ; v. aussi SALEH, Nabil, « Definition and formation of contract under Islamic and Arab laws », *Arab Law Quarterly* 1990, Vol. 5, n°3, p. 101 et s., spéc. p. 103.

entre les deux contrats. En dernier lieu, le terme doit être spécifié dans le contrat *salam* alors qu'il ne s'agit que d'une simple faculté s'agissant de *l'istisna*³¹⁶⁷.

620 Istisna et ijarah. Un autre rapprochement peut être opéré avec l'*ijarah*. Certains *fuqaha* ont d'ailleurs pu qualifier *l'istisna* de contrat de travail³¹⁶⁸. Il est vrai que dans ce dernier l'employeur peut demander au salarié la réalisation d'un ouvrage. En droit français, le Code civil envisage d'ailleurs le contrat d'entreprise en tant que louage d'ouvrage et d'industrie³¹⁶⁹. Il se distingue néanmoins du contrat de travail par l'existence dans ce dernier d'un lien de subordination entre le salarié et l'employeur³¹⁷⁰. Ce critère n'est pas retenu en droit islamique pour distinguer *l'istisna* de l'*ijarah*. Les juristes considèrent simplement que si dans le second le salarié ne fournit que son travail, il apporte en plus, dans le premier, les matériaux destinés à la réalisation de l'ouvrage³¹⁷¹.

Les spécificités de *l'istisna* justifient de le distinguer des autres contrats nommés du *fiqh* et d'envisager son régime juridique islamique (A) afin de démontrer qu'il est transposable en droit français au moyen du contrat d'entreprise (B).

A) Le cadre juridique islamique

621 Force obligatoire du contrat. Abu Hanifa, fondateur éponyme de l'école juridique, estime que *l'istisna* s'analyse en une promesse de vente dépourvue de caractère contraignant tant que le *mustasni* n'a pas vu l'ouvrage réalisé³¹⁷². Pendant cette période, l'une ou l'autre des parties peut librement se dédire. Une fois l'ouvrage réalisé et présenté au *mustasni*, le contrat acquiert force obligatoire, mais il peut

³¹⁶⁷ AL-ZUHAYLI, Wahbah, EL-GAMAL, Mahmoud (Trad.), *op. cit.*, p. 276.

³¹⁶⁸ SALEH, Nabil A, *Unlawful gain and legitimate profit in Islamic law*, Cambridge University Press, 1986, p. 61.

³¹⁶⁹ C. civ., art. 1779 et s. Ces articles sont insérés dans un chapitre intitulé « Du louage d'ouvrage et d'industrie ».

³¹⁷⁰ Soc., 13 nov. 1996, n°94-13.187, Bull. civ. IV, n°386 : « le lien de subordination est caractérisé par l'exécution d'un travail sous l'autorité d'un employeur qui a le pouvoir de donner des ordres et des directives, d'en contrôler l'exécution et de sanctionner les manquements de son subordonné ». L'existence d'un lien de subordination peut entraîner la requalification du contrat d'entreprise en contrat de travail, v. Soc. 28 nov. 2018, n° 17-20.079, P, *JCP S* 2018. 1398, avis C. Courcol-Bouchard, note G. Loiseau ; *RDT* 2019. 36, note M. Peyronnet ; *D.* 2019.169, avis C. Courcol-Bouchard ; *ibid.* 117, note M.-C. Escande-Varniol ; Soc. 4 mars 2020, n° 19-13.316, P, *AJ Contrat* 2020. 227, note T. Pasquier ; *Dr. soc.* 2020. 374, note P.-H. Antonmattei.

Sur la distinction entre le contrat d'entreprise et le contrat de travail v. MALAURIE, Philippe, AYNÈS, Laurent et GAUTIER, Pierre-Yves, *Droit des contrats spéciaux*, 11^e éd., LGDJ, 2020, p. 457 et s.

³¹⁷¹ AAOIFI, Norme charaïque n°11, Annexe C ; GUÉRANGER, François, *Finance islamique*, Dunod, 2009, p. 123.

³¹⁷² SALEH, Nabil A, *Unlawful gain and legitimate profit in Islamic law*, Cambridge University Press, 1986, p. 61.

toujours être anéanti si le client se prévaut de son option de vue (*khiyar al-ru'yah*)³¹⁷³. L'un de ses éminents disciples, Abu Yusuf, professe le contraire et estime que le contrat est obligatoire pour les deux parties. Le *sani* ne peut refuser de réaliser l'ouvrage et le *mustasni* est tenu de l'accepter, sans pouvoir se prévaloir de l'option de vue, dès lors qu'il satisfait aux stipulations contractuelles³¹⁷⁴. Son avis a été adopté par les rédacteurs de la *Medjellé*, ouvrage codifiant la doctrine hanéfite en vigueur dans l'Empire ottoman, où l'article 392 dispose : « *une fois le contrat conclu, les parties ne peuvent plus s'en départir. Toutefois l'acheteur a la faculté de refuser la chose si elle n'est pas conforme à la commande* »³¹⁷⁵. Les divergences qui ont agité l'école hanéfite ne se retrouvent pas dans les autres *madhâhib* qui considèrent que l'*istisna* a force obligatoire *ab initio*³¹⁷⁶. Cet avis est partagé par les juristes modernes et notamment l'Académie Internationale du Fiqh islamique³¹⁷⁷ et l'AAOIFI³¹⁷⁸. Cette dernière se réfère expressément à Abu Yusuf et à la *Medjellé* pour justifier du caractère obligatoire de l'*istisna*³¹⁷⁹. L'une des parties ne peut ainsi modifier unilatéralement le contrat³¹⁸⁰.

622 Modification du contrat. Les parties peuvent convenir, par consentement mutuel, d'une modification des caractéristiques de l'ouvrage après la conclusion de l'*istisna* et de revoir en conséquence le prix ainsi que le délai de livraison. Le nouveau prix peut être déterminé en se référant au prix initial, à l'avis d'un expert, aux usages, ou à un indice de référence connu³¹⁸¹. L'allongement du délai de paiement consécutif à une modification du contrat ne peut justifier en soi une augmentation du prix car cela s'apparente au *riba*. En revanche, le *sani* peut consentir une réduction du prix en cas de paiement anticipé, sous réserve que cette faculté ne soit pas prévue par le contrat³¹⁸².

623 Chose objet de l'*istisna*. A la différence du *salam* qui suppose une chose fongible, l'*istisna* ne peut porter que sur une chose manufacturée, c'est-à-dire issue de la

³¹⁷³ *Ibid.* L'option de vue revêt une importance particulière au sein de l'école hanéfite, mais est rejetée par les shaféites et les hanbalites. L'absence de consensus à son égard pourrait expliquer qu'elle est ignorée par l'AAOIFI. Sur l'option de vue en droit hanéfite v. LINANT DE BELLEFONDS, Yvon, *Traité de droit musulman comparé, Vol.1: Théorie générale de l'acte juridique*, Mouton et cie., 1965, paragr. 439.

³¹⁷⁴ AL-AMINE, Muhammad Al-Bashir Muhammad, *op. cit.*, p. 30 ; SALEH, Nabil A, *op. cit.*, p. 61.

³¹⁷⁵ D'après la traduction de ARISTARCHI BEY, Grégoire, *Législation ottomane*, Sixième partie contenant le Code civil ottoman, Livre I-VIII. Constantinople : Bureau du Journal Thraky : 1881, p. 110.

³¹⁷⁶ SALEH, Nabil A, *op. cit.*, p. 62.

³¹⁷⁷ Résolution n°65(3/7), 1°.

³¹⁷⁸ AAOIFI, Norme charaïque n°11, art. 2.2.1 et 2.2.2.

³¹⁷⁹ *Ibid.*, Annexe B.

³¹⁸⁰ *Ibid.*, art. 4.1.2.

³¹⁸¹ *Ibid.*, art. 4.1.1.

³¹⁸² *Ibid.*, art. 4.1.3.

transformation de matières premières, ce qui inclut la construction d'immeubles³¹⁸³. Le contrat est valide dès lors que le *sani* s'engage à livrer une telle chose³¹⁸⁴. Cette dernière peut répondre à des caractéristiques spécifiques déterminées par les parties. Il n'est pas ainsi nécessaire qu'elle corresponde à un bien existant sur le marché³¹⁸⁵. L'inexistence de la chose est, au demeurant, une condition de validité du contrat puisque la nature de l'*istisna* implique que son objet soit une chose future³¹⁸⁶. A défaut, cela reviendrait à enfreindre la prohibition du hadith interdisant la vente de la chose que l'on ne possède pas³¹⁸⁷. Paradoxalement, l'AAOIFI admet que le fabricant fournisse une chose qu'il a déjà réalisée avant la conclusion du contrat dès lors qu'elle répond aux caractéristiques déterminées par le client³¹⁸⁸. Dans cette hypothèse, la délivrance de la chose doit intervenir sans délai³¹⁸⁹. Envisagée dans le cadre de la finance islamique, l'opération d'*istisna* fait généralement intervenir un établissement de crédit. En pratique, celui-ci ne réalise pas personnellement l'ouvrage commandé par le client. L'AAOIFI admet par conséquent qu'il puisse délivrer une chose réalisée par un tiers, sous réserve que le contrat ne prévoise pas le contraire³¹⁹⁰. Les parties peuvent en effet stipuler que l'institution islamique s'oblige à fabriquer elle-même la chose³¹⁹¹.

624 Obligations du *sani*. L'obligation principale de l'entrepreneur consiste en la réalisation d'une chose répondant aux spécifications stipulées dans le délai convenu ou, à défaut de précision, dans un délai raisonnable au regard de sa nature et des usages³¹⁹². Une fois la chose achevée, il doit encore la garantir contre les vices éventuels. Il s'agit d'une obligation impérative qui ne peut, partant, être écartée par la volonté des parties³¹⁹³. L'*istisna* se distingue en cela de la *murabaha* où le vendeur peut s'exonérer de la garantie des vices de la chose. L'AAOIFI justifie cette différence par la nature des contrats. Les clauses exclusives de garantie ne sont admises que dans les contrats de vente ordinaire car ces derniers portent sur un bien identifié par les parties. Elles ne se conçoivent pas en matière d'*istisna* car le contrat a pour objet la réalisation

³¹⁸³ *Ibid.*, art. 3.1.1 et 3.1.8.

³¹⁸⁴ AAOIFI, Norme charaïque n°11, art. 3.1.1.

³¹⁸⁵ *Ibid.*, art. 3.1.2 Cela distingue à nouveau l'*istisna* du *salam*.

³¹⁸⁶ *Ibid.*, art. 3.1.3.

³¹⁸⁷ *Ibid.*, Annexe B.

³¹⁸⁸ *Ibid.*, art. 3.1.5.

³¹⁸⁹ *Id.*

³¹⁹⁰ *Ibid.*, art. 3.1.1 et 3.1.5.

³¹⁹¹ *Ibid.*, art. 3.1.4.

³¹⁹² *Ibid.*, art. 3.1.6. L'Académie Internationale du Fiqh Islamique exige quant à elle que le délai soit spécifié, v. Résolution n°65(3/7), 2°.

³¹⁹³ *Ibid.*, art. 2.2.3.

d'une chose répondant à des caractéristiques spécifiques déterminées par les parties, ce qui suppose qu'elle soit exempte de tout défaut³¹⁹⁴. Si la norme de l'AAOIFI ne précise pas la durée de la garantie des vices, elle affirme néanmoins qu'elle peut être fixée par les parties ou déterminée selon les usages en vigueur³¹⁹⁵. Le contrat peut encore prévoir une obligation d'entretien de la chose pesant sur le fabricant³¹⁹⁶.

625 Obligation principale du *mustasni* : le paiement du prix. Afin que le contrat ne soit pas entaché de *gharar*, le prix doit être déterminé au stade de la formation de l'acte³¹⁹⁷. Rien n'interdit au *sani* d'établir plusieurs devis dont le prix est fonction de la date de livraison, mais le *mustasni* est tenu de choisir une offre lors de la conclusion de l'*istisna*³¹⁹⁸. Si d'ordinaire le prix est payé en numéraire, il peut aussi l'être en nature ou en conférant au fabricant un droit de jouissance sur l'ouvrage ou sur une autre chose³¹⁹⁹. Il est permis de différer le paiement du prix ou de le fractionner. Les parties peuvent ainsi prévoir des versements déterminés à échéances convenues. Il est encore possible de stipuler que le paiement interviendra au fur et à mesure de l'avancée des travaux, sous réserve que les étapes soient établies par les usages et qu'elles ne donnent pas lieu à litige³²⁰⁰. Cette condition n'est pas exigée lorsque l'ouvrage est constitué de plusieurs parties, ce qui est notamment le cas en matière de construction immobilière³²⁰¹. En cas de survenue d'un événement imprévisible justifiant une révision du prix, les parties peuvent y procéder par consentement mutuel. En cas de désaccord, il est permis de recourir à l'arbitrage ou au juge étatique³²⁰².

626 Validité de la clause pénale. L'*istisna* se distingue des autres contrats en ce que la stipulation d'une clause pénale est possible. Elle ne peut toutefois porter que sur l'obligation du *sani* de réaliser le travail et demeure prohibée concernant l'obligation du *mustasni* de payer le prix³²⁰³. Cette différence se justifie par la nature de l'obligation à laquelle est tenue chacune des parties. Celle du *mustasni* s'analyse juridiquement en

³¹⁹⁴ *Ibid.*, Annexe B.

³¹⁹⁵ *Ibid.*, art. 3.1.7.

³¹⁹⁶ *Id.*

³¹⁹⁷ *Ibid.*, art. 3.2.1.

³¹⁹⁸ *Ibid.*, art. 3.2.4.

³¹⁹⁹ *Ibid.*, art. 3.2.1.

³²⁰⁰ *Ibid.*, art. 3.2.2.

³²⁰¹ *Ibid.*, art. 3.2.3.

³²⁰² *Ibid.*, art. 4.2.1.

³²⁰³ *Ibid.*, art. 6.6 ; Résolutions n°65 (3/7), 4° et n°109 (3/12), 2° ; AL-AMINE, Muhammad Al-Bashir Muhammad, *op. cit.*, p. 33.

une dette (*dayn*) car elle porte sur une somme d'argent³²⁰⁴. En revanche, l'obligation du *sani* a pour objet la réalisation d'une chose déterminée (*'ayn*) et n'est donc pas sujette à la prohibition du *riba*³²⁰⁵. Al-Zuhayli rapporte que le juge Shurayh³²⁰⁶ et les membres du Conseil suprême de la justice d'Arabie Saoudite ont admis la stipulation d'une clause pénale (*shart al-jaza'i*) dans un contrat *istisna* en se référant à l'avis hanbalite selon lequel toute clause stipulée volontairement, et sans contrainte, est obligatoire³²⁰⁷. La clause pénale peut être moratoire ou compensatoire, mais le montant de la pénalité doit nécessairement être déterminé et non excessif³²⁰⁸. L'application de la clause est exclue si l'exécution de l'obligation du *sani* a été empêchée par la force majeure³²⁰⁹.

627 Réalisation partielle de l'ouvrage. Dans le cas où l'entrepreneur abandonne la réalisation de l'ouvrage, le *mustasni* est en droit de conclure un nouveau contrat *istisna* pour l'achever. Il convient pour cela de « liquider l'opération en cours avec le premier fabricant », les dettes éventuelles restant à la charge du *mustasni*³²¹⁰. La règle énoncée par l'AAOIFI est ambiguë et, en ces termes, semble imposer aux parties de mettre fin au contrat. La version anglaise officielle des normes de l'organisation suggère un autre sens en affirmant que les parties doivent procéder à une « évaluation du projet »³²¹¹. Le nouveau contrat ne peut contraindre le second entrepreneur à se faire assister par le premier³²¹². En matière de construction d'immeubles, les parties peuvent prévoir, lorsque l'ouvrage est réalisé sur un terrain appartenant au *mustasni*, que ce dernier pourra faire réaliser l'ouvrage aux frais du *sani* au cas où celui-ci refuserait d'exécuter son obligation³²¹³.

³²⁰⁴ Sur la notion de *dayn*, v. CHÉHATA, Chafik, *Théorie générale de l'obligation en droit musulman hanéfite*, Sirey, 1969, p. 170. V. aussi SCHACHT, Joseph, *Introduction au droit musulman*, Maisonneuve et Larose, 1999, p. 115.

³²⁰⁵ Sur la notion d'*'ayn*, v. CHÉHATA, Chafik, *Droit musulman: Applications au Proche-Orient*, Dalloz, 1970, p. 172 et s. Sur les deux notions, v. AYUB, Muhammad, *Understanding islamic finance*, John Wiley & Sons, 2007, p. 101 et s.

³²⁰⁶ Juge islamique (*qadi*) du VIII^e siècle.

³²⁰⁷ AL-ZUHAYLI, Wahbah, EL-GAMAL, Mahmoud (Trad.), *op. cit.*, p. 279. Les juges saoudiens observent la doctrine wahhabite qui se réclame de l'école hanbalite, laquelle adopte une position libérale à l'égard des clauses adjointes, v. nos développements consacrés à ces clauses.

³²⁰⁸ AAOIFI, Norme charaïque n°11, art. 6.6.

³²⁰⁹ *Id.*

³²¹⁰ *Ibid.*, art. 4.2.2. La formulation provient de la traduction française officielle des normes de l'AAOIFI. La version de l'association Paris Europlace est la suivante : « En ce cas, il faut liquider l'opération en l'état où elle se trouve entre le client et le précédent fabricant de sorte que les dettes- s'il en existe- demeurent une obligation personnelle à la charge du client », v. *Finance islamique : les normes de conformité de l'AAOIFI*, ESKA, 2013, p. 164.

³²¹¹ « In this case, an assessment of the project should be undertaken on the basis of the existing status of the project. The cost of this assessment is chargeable to the account of the customer, in which case all outstanding debts, if any, that arise from the incomplete *Istisna'a* contract shall be the personal responsibility of the customer ».

³²¹² AAOIFI, Norme charaïque n°11, art.4.2.2.

³²¹³ *Ibid.*, art. 4.2.3.

Il convient de distinguer selon que l'absence de réalisation de l'ouvrage résulte du seul fait du *sani* ou qu'elle est imputable au *mustasni*. Dans la première hypothèse, le maître de l'ouvrage demeure tenu de payer la somme correspondant aux travaux effectués, mais l'entrepreneur doit l'indemniser à hauteur du préjudice réel subi. Dans la seconde, le *mustasni* est contraint de payer la somme correspondant aux travaux réalisés et de réparer le préjudice subi par le *sani*. Lorsque la non-réalisation de l'ouvrage est due à une cause étrangère aux parties, le maître de l'ouvrage n'est tenu de payer l'entrepreneur qu'à hauteur des travaux exécutés et toute indemnisation est exclue³²¹⁴.

628 Délivrance de l'ouvrage. Le *sani* satisfait à son obligation en délivrant la chose soit au *mustasni*, soit à une personne désignée par ce dernier³²¹⁵. Elle peut s'opérer par sa remise matérielle ou fictive dès lors que le *mustasni* peut en prendre livraison³²¹⁶. La délivrance peut intervenir prématurément dès lors que l'ouvrage répond aux spécifications stipulées par les parties. Dans ce cas, le *mustasni* ne peut refuser d'en prendre livraison que s'il peut se prévaloir d'un motif légitime³²¹⁷. A défaut, la chose est conservée selon les règles applicables au contrat de dépôt (*amanah*) et les frais sont à la charge du *mustasni*³²¹⁸. Si le maître de l'ouvrage n'en prend pas livraison à l'issue d'une période déterminée, le contrat peut prévoir que le fabricant reçoit mandat de vendre la chose au nom et pour le compte du premier. Si le prix de vente est supérieur à sa dette, le *mustasni* se voit restituer l'excédent. S'il est inférieur, il doit verser au *sani* la différence. En tout état de cause, les frais éventuels occasionnés par la vente sont à la charge du maître de l'ouvrage³²¹⁹. La réalisation d'un ouvrage non conforme au contrat constitue un motif légitime de refus d'en prendre livraison. Le *mustasni* peut toutefois l'accepter et demander au *sani* une réduction du prix³²²⁰. A l'inverse, si l'ouvrage est d'une qualité supérieure, il convient de distinguer selon que le *mustasni* s'est engagé en considération des spécifications stipulées ou non. Si tel est le cas, il peut le refuser, mais, à défaut, il est tenu de l'accepter sans qu'il puisse cependant être contraint de payer un prix supérieur³²²¹.

³²¹⁴ *Ibid.*, art. 4.2.4.

³²¹⁵ *Ibid.*, art. 6.1.

³²¹⁶ *Ibid.*, art. 6.3.

³²¹⁷ *Ibid.*, art. 6.2.

³²¹⁸ *Ibid.*, art. 6.4.

³²¹⁹ *Ibid.*, art. 6.5.

³²²⁰ *Ibid.*, art. 6.1.1.

³²²¹ *Ibid.*, art. 6.1.2.

629 Istisna parallèle. Dans le cadre de la finance islamique, le contrat *istisna* s'accompagne souvent d'un contrat *istisna parallèle*. Ainsi conçue l'opération se présente comme une technique de financement de la réalisation d'un actif. Elle implique que l'institution financière islamique, généralement un établissement de crédit, conclut deux contrats dans lesquels elle est respectivement entrepreneur et maître de l'ouvrage. Le bénéfice de l'institution correspond à la différence de prix entre les deux contrats³²²². En aucune manière, son rôle ne doit se limiter à financer un contrat existant entre son client et l'entrepreneur qui réalise effectivement la chose³²²³. L'*istisna parallèle* est rendu possible par les *fuqaha* qui n'exigent pas que la conclusion du contrat entre l'institution et son client soit précédée de l'acquisition de la chose ou des matériaux nécessaires à sa fabrication³²²⁴. L'opération peut aussi servir à un entrepreneur pour répondre à un besoin de liquidités. Il conclut en ce sens un contrat *istisna* avec l'institution qui s'engage à payer le prix au comptant. Cette dernière conclut ensuite un second contrat *istisna* ayant le même objet que le premier mais dont le terme est postérieur. L'AAOIFI précise que la validité de l'opération est soumise à l'indépendance des deux contrats³²²⁵. Cette exigence se retrouve dans l'autre hypothèse, plus commune, où l'institution occupe le rôle de *sani* dans le premier contrat *istisna* et le rôle de *mustasni* dans le second³²²⁶. Le client n'ayant pas les fonds nécessaires à la réalisation de l'ouvrage entre en contact avec l'institution afin de conclure un contrat *istisna* dans lequel le paiement du prix est différé ou échelonné. A cette occasion, il peut lui transmettre les devis réalisés par les entrepreneurs qu'il a identifiés³²²⁷. L'institution conclut ensuite un autre contrat *istisna* ayant le même objet mais un terme inférieur. Elle ne peut s'exonérer des obligations inhérentes à sa qualité de *sani* en les transférant à l'entrepreneur dans le contrat d'*istisna* parallèle, les deux contrats devant demeurer séparés³²²⁸. L'opération d'*istisna* initiée à la demande du client revêt un intérêt certain dans la réalisation de projets d'envergure. A cet égard,

³²²² *Ibid.*, Annexe C ; CAUSSE-BROQUET, Geneviève, *La finance islamique*, 2^e éd., RB éd., 2012, p. 69.

³²²³ *Ibid.*, art. 2.1.3.

³²²⁴ *Ibid.*, art. 2.1.1. et 6.7.

³²²⁵ *Ibid.*, art. 7.1 et 7.4.

³²²⁶ *Ibid.*, art. 7.2.

³²²⁷ *Ibid.*, art. 2.1.2.

³²²⁸ *Ibid.*, art. 7.3 et 7.4.

des auteurs ont suggéré son usage dans le cadre de partenariats public-privé³²²⁹. En outre, dans le cadre de financements de projets, l'*istisna* peut être associé avec un contrat *musharakah* ou *ijarah*³²³⁰.

De par sa définition et son régime juridique, l'*istisna* évoque le contrat d'entreprise qui apparaît comme le support idéal pour sa transposition en droit français.

B) La réception de l'*istisna* au moyen du contrat d'entreprise

630 Du louage d'ouvrage au contrat d'entreprise. Le Code civil envisage le contrat d'entreprise en tant que « louage d'ouvrage » que l'article 1710 du Code civil définit comme le « *contrat par lequel l'une des parties s'engage à faire quelque chose pour l'autre, moyennant un prix convenu entre elles* »³²³¹. L'expression de « louage d'ouvrage », jugée désuète, est aujourd'hui abandonnée par la doctrine et la jurisprudence qui lui préfèrent celle de « contrat d'entreprise »³²³². Ce changement de terminologie s'accompagne de l'émergence d'une nouvelle définition proposée par la Cour de cassation : « *le contrat d'entreprise est la convention par laquelle une personne charge un entrepreneur d'exécuter, en toute indépendance, un ouvrage ; qu'il en résulte que ce contrat, relatif à de simples actes matériels, ne confère à l'entrepreneur aucun pouvoir de représentation* »³²³³. Défini en des termes larges, le contrat d'entreprise recouvre des espèces hétérogènes³²³⁴. Il est, selon les mots d'un auteur, « *à la fois contrat spécial lors qu'il tend à la fabrication d'un ouvrage sur mesure et famille de contrats lorsqu'il se rapporte à une prestation de service* »³²³⁵. La

³²²⁹ VAISSIER, François-Guilhem, MARTIN-SISTERON, Hugues, « Le recours à un financement de projets incluant une tranche islamique dans le cadre de partenariats public-privé français : mythe ou future réalité ? », *Contrats et marchés publics* 2013, n°3, p. 48 et s. ; HIMEUR, Chihab Mohammed, *Les contrats de la finance islamique*, Larcier, 2018, p. 228 et s.

³²³⁰ Sur le financement de projets charia-compatible, v. la thèse de M. Hugues Martin-Sisteron MARTIN-SISTERON, Hugues, *L'adaptation des exigences de l'ordre moral islamique aux opérations de financement de projet*, Thèse de doctorat, Université Panthéon-Sorbonne, 2011.

³²³¹ Sur ce point, v. la thèse du Pr Juliette Sénéchal : SENECHAL, Juliette, *Le contrat d'entreprise au sein de la classification des contrats spéciaux : recherche sur un double enjeu du mouvement de recodification du droit des contrats*, Presses Universitaires d'Aix-Marseille, 2008. L'auteur critique notamment l'inclusion du contrat au sein de la classification inadaptée des louages, v. *op. cit.*, p.79 et s.

³²³² Sur cette évolution, v. LABARTHE, Françoise, « Du louage d'ouvrage au contrat d'entreprise, la dilution d'une notion » in *Etudes offertes à Jacques Ghestin: Le contrat au début du XXIe siècle*, LGDJ, 2001, p. 489 et s.

³²³³ Civ. 1^{re}, 19 févr. 1968, n° 64-14.315, *Bull. civ. I*, n°69. Un auteur a critiqué cette approche consistant à définir le contrat d'entreprise par rapport à ce qu'il n'est pas, v. PUIG, Pascal, *La qualification du contrat d'entreprise*, Ed. Panthéon-Assas, 2002, paragr. 803.

³²³⁴ MALAURIE, Philippe, AYNÈS, Laurent et GAUTIER, Pierre-Yves, *Droit des contrats spéciaux*, 11^e éd., LGDJ, 2020, paragr. 495 COLLART DUTILLEUL, François et DELEBECQUE, Philippe, *Contrats civils et commerciaux*, 11^e éd., Dalloz, 2019, paragr. 695.

³²³⁵ PUIG, Pascal, « Le contrat d'entreprise » in ANDREU, Lionel, MIGNOT, Marc (Dir.), *Les contrats spéciaux et la réforme du droit des obligations*, Institut Universitaire Varenne, LGDJ, 2017, p. 155 et s., spéc. p. 125.

réforme du droit des contrats opérée par l'ordonnance du 10 février 2016 laisse présager de l'abandon de la catégorie des contrats d'entreprise au profit de celle de contrat de prestation de service³²³⁶. L'article 1165 du Code civil évoque en effet la détermination du prix dans « *les contrats de prestation de service* »³²³⁷. L'avant-projet de réforme du droit des contrats spéciaux de l'association Henri Capitant suggère à cet égard de s'inscrire dans la continuité de l'ordonnance du 10 février 2016 et de substituer la notion de contrat de prestation de service à celle de contrat d'entreprise³²³⁸. Les dispositions afférentes à cette nouvelle catégorie seraient rangées au sein d'un titre X intitulé « Du contrat de prestation de service ». L'article 69 de l'avant-projet propose de définir ce contrat comme « *celui par lequel le prestataire doit accomplir un travail de manière indépendante au profit du client* ».

631 Fourniture facultative de la matière. L'*istisna* se distingue de l'*ijarah* en ce qu'il implique que le *sani* fournisse la matière nécessaire à la réalisation de l'ouvrage³²³⁹. Cette condition est en revanche absente s'agissant du contrat d'entreprise, l'article 1787 du Code civil disposant : « *lorsqu'on charge quelqu'un de faire un ouvrage, on peut convenir qu'il fournira seulement son travail ou son industrie, ou bien qu'il fournira aussi la matière* ». La version initiale du texte proposée par les rédacteurs du Code civil contenait deux alinéas supplémentaires³²⁴⁰. L'un énonçait : « *Dans le premier cas, c'est un pur louage* » et l'autre « *Dans le second, c'est une vente d'une chose une fois faite* ». Ainsi, comme en droit islamique, la réalisation d'un ouvrage sans fournir la matière s'assimilait pleinement au louage, tandis qu'elle était qualifiée de vente dans le cas contraire. Ces précisions ont cependant été rejetées par la section de législation du Tribunal au motif qu'elles étaient de pure doctrine et n'avaient « *nullement le caractère d'une disposition législative* »³²⁴¹. Nonobstant cet abandon, la majorité de la doctrine classique qualifiait de vente le contrat par lequel une personne réalisait un ouvrage en fournissant la matière³²⁴². Ce faisant, elle adoptait une conception similaire aux *fuqaha* qui définissent l'*istisna* comme un contrat de vente.

³²³⁶ Sur ce point v. PUIG, Pascal, « Le contrat d'entreprise », *op. cit.* V. aussi *supra* nos développements consacrés à la détermination du prix dans les contrats de prestation de service paragr. 166.

³²³⁷ L'expression se retrouve aussi à l'article 1352-8 du Code civil à propos des restitutions.

³²³⁸ Association Henri Capitant, Offre de réforme du droit des contrats spéciaux, Dalloz 2020, p. 36.

³²³⁹ AAOIFI, Norme charaïque n°11, Annexe C ; GUÉRANGER, François, *Finance islamique*, Dunod, 2009, p. 123.

³²⁴⁰ FENET, Pierre-Antoine, *Recueil complet des travaux préparatoires du Code civil*, T. 14, Videcoq, 1836, p. 233.

³²⁴¹ *Ibid.*, p. 289.

³²⁴² PUIG, Pascal, « Le contrat d'entreprise », *op. cit.*, p. 118, spéc. note n°16.

632 Distinction du contrat d'entreprise et du contrat de vente. L'assimilation entre la vente et l'entreprise avec fourniture de matière a été progressivement abandonnée. Elle résultait, en partie du moins, de la difficulté à les distinguer. Un auteur a ainsi souligné que « *s'agissant d'une chose à construire ou à fabriquer, lorsque la loi n'a pas prévu un régime impératif pour le contrat, il dépend de la volonté des parties de savoir s'il s'agit d'un louage d'ouvrage ou bien d'une vente* »³²⁴³. Dès 1883, un arrêt rendu par la Cour de cassation en matière de construction immobilière a affirmé l'autonomie de l'entreprise avec fourniture de matière par rapport à la vente³²⁴⁴. Le transfert de propriété pouvait alors s'expliquer par l'adage *accessorium sequitur principale*. Le terrain appartenant au maître de l'ouvrage, celui-ci devenait propriétaire des matériaux fournis par l'entrepreneur par voie d'accession³²⁴⁵.

En matière mobilière, s'est imposé, sur la base de l'adage, le critère dit « économique » qui consistait à comparer la valeur respective du travail fourni par l'entrepreneur et des matériaux. Si la première était supérieure à la seconde, il s'agissait d'un contrat d'entreprise. Dans l'hypothèse inverse, le contrat devait être qualifié de vente³²⁴⁶. La règle avait pour intérêt son apparente simplicité et trouvait écho à l'article 3 de la Convention de Vienne du 11 avril 1980 sur la vente internationale de marchandises³²⁴⁷. Le critère « économique » se voit pourtant préférer désormais celui dit du « travail spécifique » selon lequel la qualification du contrat dépend de la spécificité de l'ouvrage réalisé. La Cour de cassation a ainsi jugé qu'il s'agit d'un contrat d'entreprise, et non d'une vente, lorsque l'entrepreneur est tenu de réaliser « *un travail spécifique en vertu d'indications particulières* »³²⁴⁸. A l'inverse, la vente porte sur « *des choses dont les caractéristiques [sont] déterminées par avance par le fabricant* »³²⁴⁹. Autrement dit, le contrat est une vente s'il a pour objet une chose standardisée et un

³²⁴³ LARROUMET, Christian et BROS, Sarah, *Les obligations*, Economica, 2018, p. 346.

³²⁴⁴ Civ. 20 févr. 1883, Bull. civ. 1883, n°38, D.P. 1884.1.32 « *Dans le cas où le propriétaire d'un terrain y fait construire un édifice par un entrepreneur, lors même que ce dernier fournit non seulement son travail ou son industrie, mais encore les matériaux de la construction [...], nonobstant cette dernière stipulation, le contrat reste un louage d'industrie, auquel on ne peut transporter les règles spéciales du contrat de vente* »

³²⁴⁵ BÉNABENT, Alain, *Droit des contrats spéciaux civils et commerciaux*, 14^e éd., LGDJ, 2021, paragr. 487.

³²⁴⁶ PUIG, Pascal, « Le contrat d'entreprise », *op. cit.*, p. 120 ; RAYNARD, Jacques et SEUBE, Jean-Baptiste, *Droit des contrats spéciaux*, 10^e éd., LexisNexis, 2019, p. 397 BÉNABENT, Alain, *op. cit.*, paragr. 487.

³²⁴⁷ Si le 1) du texte affirme que « *sont réputés ventes les contrats de fourniture de marchandises à fabriquer ou à produire* » lorsque la matière est fournie par le vendeur, le 2) précise « *la présente Convention ne s'applique pas aux contrats dans lesquels la part prépondérante de l'obligation de la partie qui fournit les marchandises consiste en une fourniture de main-d'œuvre ou d'autres services* ».

³²⁴⁸ Civ. 3^e, 5 févr. 1985, n°83-16.675, Bull. civ. III, n°23, D. 1986.499, note J. Huet ; RTD civ. 1985.737, obs. Ph. Rémy.

³²⁴⁹ Com., 4 juill. 1989, n°88-14.371, Bull. civ. IV, n°210, D. 1990. 246, note G. Virassamy ; RTD civ. 1990. 105, obs. Ph. Rémy.

contrat d'entreprise s'il implique la réalisation d'une chose sur mesure³²⁵⁰. Cette opposition se retrouve en droit islamique entre le *salam* et l'*istisna*, bien que les deux contrats soient considérés juridiquement comme des ventes³²⁵¹.

A la suite de la consécration du critère du « travail spécifique », il importe peu de savoir lequel des contractants a fourni la matière ou si le travail réalisé par l'entrepreneur est prépondérant³²⁵². La qualification de contrat d'entreprise doit être retenue dès lors que l'ouvrage à réaliser est unique parce qu'il répond aux besoins spécifiques du client³²⁵³. A défaut, même si l'ouvrage se caractérise par un certain degré de complexité, il s'agit d'une vente. Ainsi, un contrat portant sur la commande de « *deux sous-marins de type « scorpene* » » a pu être qualifié de « *contrat de construction navale qui s'analyse en un contrat de vente à livrer* »³²⁵⁴. L'*istisna* peut alors recevoir, selon le travail que doit réaliser l'entrepreneur, la qualification de contrat de vente ou de contrat d'entreprise, chacun relevant d'un régime différent. Les règles de la vente ayant déjà été évoquées à propos de la *murabaha* et du *salam*, il convient d'envisager l'*istisna* en tant que contrat d'entreprise. Selon l'ouvrage à réaliser, le contrat peut suivre le régime du louage d'ouvrage (1) ou de la construction immobilière (2).

1) L'application du droit commun du louage d'ouvrage à l'istisna

633 Détermination du prix. L'article 1591 du Code civil fait de la détermination du prix une condition de validité du contrat de vente. Il en est autrement en matière de contrat d'entreprise³²⁵⁵. Antérieurement à la réforme du droit des contrats opérée par l'ordonnance du 10 février 2016, la jurisprudence avait admis que le prix pouvait être

³²⁵⁰ HUET, Jérôme, note sous Civ. 3^e, 5 févr. 1985, préc. L'auteur oppose « *la production standard et la confection sur mesure* ».

³²⁵¹ Le contrat *salam* ne peut avoir pour objet qu'une chose fongible, mais l'AAOIFI précise qu'il est en ainsi des produits manufacturés standardisés, v. AAOIFI, Norme charaïque n°10, art. 3.2.2.

³²⁵² Un auteur propose une définition intégrant le critère du travail spécifique, v. BOFFA, Romain, v° *Entreprise* in MAZEAUD Denis, BOFFA Romain et BLANC Nathalie (dir.), *Dictionnaire du contrat*, LGDJ, 2018, p. 543. : « *contrat par lequel une personne -le maître de l'ouvrage- charge une autre - l'entrepreneur- d'exécuter un travail spécifique, indépendant et rémunéré* ».

³²⁵³ Sur ce point, v. PUIG, Pascal, « Contrat d'entreprise, contrat de vente : quelle frontière ? », *RDC* 2005/4.1111 : « *La qualification d'entreprise ne requiert plus, ni la fourniture de matière par le maître, ni la suprématie du travail sur les matériaux fournis par l'entrepreneur et entrant dans la composition de l'ouvrage. Il suffit que cet ouvrage réponde à des spécifications particulières fixées par le client afin de satisfaire ses besoins spécifiques de telle sorte qu'il ne puisse être ni fabriqué à l'avance ni remplacé par un bien équivalent. L'ouvrage spécifique s'analyse ainsi en un corps certain dont l'unicité interdit toute substituabilité. La chose standardisée, objet de la vente, est au contraire une chose de genre, par nature interchangeable puisque produite en série* ».

³²⁵⁴ Com., 26 juin 2019, n°17-30.970, *Bull. civ.* IV, P.

³²⁵⁵ V. *supra* nos développements consacrés à la détermination du prix dans les contrats de prestation de service, paragr. 166.

fixé postérieurement à la conclusion du contrat d'entreprise³²⁵⁶. Le législateur a consacré la règle prétorienne à l'article 1165 du Civil dont le premier alinéa dispose : « *Dans les contrats de prestation de service, à défaut d'accord des parties avant leur exécution, le prix peut être fixé par le créancier, à charge pour lui d'en motiver le montant en cas de contestation* ». Cette faculté offerte au créancier étant contraire à la prohibition du *gharar*, il est impératif que les parties fixent la rémunération de l'entrepreneur au moment de la conclusion du contrat. Cela contraint l'entrepreneur à évaluer précisément le montant de sa prestation et l'expose à un risque de perte si le coût du travail dépasse ses prévisions. Le contrat constitue alors un marché à forfait que n'ignore pas le Code civil³²⁵⁷. A noter que si le contrat est conclu avec un consommateur, l'entrepreneur doit en principe l'informer du prix par « *par voie de marquage, d'étiquetage, d'affichage ou par tout autre procédé approprié* »³²⁵⁸. Lorsque cela s'avère impossible du fait de la nature de la prestation, l'entrepreneur doit fournir au consommateur « *le mode de calcul du prix et, s'il y a lieu, tous les frais supplémentaires de transport, de livraison ou d'affranchissement et tous les autres frais éventuels* »³²⁵⁹.

634 Obligations du maître de l'ouvrage. Dans le *fiqh*, comme en droit français, le maître de l'ouvrage est tenu de deux obligations principales que sont le paiement du prix et la réception de l'ouvrage. S'agissant de la première, les parties ne peuvent stipuler une clause pénale sans enfreindre la prohibition du *riba*. L'entrepreneur doit en outre renoncer au droit aux dommages-intérêts moratoires au cas où le maître de l'ouvrage tarderait à payer sa dette. Les réflexions menées à ce sujet à propos de la *murabaha* en droit français peuvent être transposées à l'*istisna*³²⁶⁰.

S'agissant de la seconde, il convient de relever certaines similarités, mais aussi quelques différences, entre les règles du droit français et du droit islamique. La réception s'entend de l'approbation donnée par le client aux travaux³²⁶¹. La doctrine

³²⁵⁶ Civ. 1^{re}, 15 juin 1973, n°72-12.062, Bull. civ. I, n°202 : considérant à propos du louage d'ouvrage qu'un « *accord préalable sur le montant exact de la rémunération n'est pas un élément essentiel du contrat de cette nature* ».

³²⁵⁷ C. civ., art. 1793 : « *Lorsqu'un architecte ou un entrepreneur s'est chargé de la construction à forfait d'un bâtiment, d'après un plan arrêté et convenu avec le propriétaire du sol, il ne peut demander aucune augmentation de prix, ni sous le prétexte de l'augmentation de la main-d'oeuvre ou des matériaux, ni sous celui de changements ou d'augmentations faits sur ce plan, si ces changements ou augmentations n'ont pas été autorisés par écrit, et le prix convenu avec le propriétaire* ».

³²⁵⁸ C. consom., art. L. 112-1.

³²⁵⁹ *Ibid.*, art. L. 112-3.

³²⁶⁰ V. nos développements consacrés à la transposition de la *murabaha* en droit français.

³²⁶¹ Civ. 3^e, 8 oct. 1974, n°73-12.347, Bull. civ. III, n°337, JCP G 1974.IV.376.

majoritaire la distingue de la livraison qui est une simple opération matérielle tandis que la première constitue un acte juridique³²⁶². La réception de l'ouvrage par le maître entraîne l'exigibilité du prix ou du solde restant dû³²⁶³, le transfert de la garde³²⁶⁴, et, surtout, couvre tout vice ou défaut de conformité apparent³²⁶⁵. Pour faire échec au dernier effet, le maître peut émettre des réserves au moment de la réception. Cette faculté est absente des normes de l'AAOIFI où seul le refus de prendre réception de l'ouvrage est envisagé. Elle ne devrait cependant pas s'avérer contraire au droit islamique puisque l'entrepreneur peut être tenu de garantir la chose pendant une période déterminée par les parties ou par les usages³²⁶⁶. Le *fiqh* admet en outre que les parties conviennent que le maître prenne réception de l'ouvrage nonobstant ses défauts en contrepartie d'une réduction du prix, ce à quoi ne s'oppose pas le droit français³²⁶⁷. Les règles régissant l'*istisna* prévoient cependant que le client est tenu d'accepter l'ouvrage qui présenterait des qualités supérieures à celles stipulées, à moins que ces dernières aient été déterminantes de son consentement³²⁶⁸. En droit français, une telle contrainte s'avère contraire au principe de la force obligatoire du contrat. Le client est en droit d'exiger que l'ouvrage soit conforme à ce que prévoit le contrat. A défaut, l'entrepreneur manque à son obligation principale. Pour satisfaire au droit islamique, les parties peuvent affirmer dans leur accord que les caractéristiques de l'ouvrage sont déterminantes de leur consentement, mais cette précision est superfétatoire au regard du droit français. La réception constituant une obligation pour le maître de l'ouvrage, il ne peut la refuser que s'il dispose d'une raison légitime. Sur ce point, l'AAOIFI prévoit que le *mustasni* est contraint d'accepter l'ouvrage dès lors qu'il est conforme au contrat, mais n'envisage pas la sanction du refus injustifié³²⁶⁹. Elle affirme néanmoins que les parties, sur le fondement du mandat, peuvent stipuler que le *sani* vendra la chose au nom et pour le compte du *mustasni* s'il refuse d'en prendre réception

³²⁶² GIBIRILA, Deen, *JCl. Civil Code*, Art. 1787, fasc. 10, aout 2021, paragr. 94 ; BÉNABENT, Alain, *Droit des contrats spéciaux civils et commerciaux*, 14^e éd., LGDJ, 2021, paragr. 581 MALAURIE, Philippe, AYNÈS, Laurent et GAUTIER, Pierre-Yves, *Droit des contrats spéciaux*, 11^e éd., LGDJ, 2020, paragr. 539 RAYNARD, Jacques et SEUBE, Jean-Baptiste, *Droit des contrats spéciaux*, 10^e éd., LexisNexis, 2019, paragr. 500 COLLART DUTILLEUL, François et DELEBECQUE, Philippe, *Contrats civils et commerciaux*, 11^e éd., Dalloz, 2019, paragr. 739. *Contra*. BOUBLI, Bernard, *Rép. civ. Dalloz*, v° Contrat d'entreprise, nov. 2016 (act. juin 2021), paragr. 114 : « la « prise de livraison » et la réception sont une seule et même chose [...] : la réception n'est rien d'autre que la livraison vue du côté du créancier ».

³²⁶³ Civ. 3^e, 14 nov. 1968, *Bull. civ.* III, n°475.

³²⁶⁴ Civ. 3^e, 9 mai 1972, n°71-11.639, *Bull. civ.* III, n°293.

³²⁶⁵ Civ. 3^e, 16 déc. 1987, *Bull. civ.* III, n°86-15.44, n°208 : « la réception des travaux couvre tout vice ou défaut de conformité apparent qui n'a pas fait l'objet de réserves ».

³²⁶⁶ AAOIFI, Norme charaïque n°11, art. 3.1.7. L'entrepreneur est par ailleurs tenu de la garantie des vices que pourrait présenter l'ouvrage, v. *ibid.*, art. 2.2.3.

³²⁶⁷ *Ibid.*, art. 6.1.1.

³²⁶⁸ *Ibid.*, art. 6.1.2.

³²⁶⁹ *Ibid.*, art 6.2.

à l'issue d'une période déterminée³²⁷⁰. En droit français, l'article 1792-6 al. 1^{er} du Code civil dispose que la réception peut être judiciairement prononcée à défaut de réception amiable³²⁷¹. Bien que la règle soit énoncée à propos des contrats de construction, elle s'étend aux autres matières³²⁷². L'entrepreneur peut en outre se prévaloir de la loi du 31 décembre 1903 qui lui permet de demander au juge de faire vendre aux enchères publiques les objets mobiliers qui lui ont été confiés « *pour être travaillés, façonnés, réparés ou nettoyés* »³²⁷³.

635 Obligation principale de l'entrepreneur : la réalisation de l'ouvrage.

L'entrepreneur est tenu de réaliser l'ouvrage conformément aux caractéristiques stipulées et dans le délai prévu. Dans le cadre de la transposition de l'*istisna*, le contrat porte nécessairement sur une chose avec fourniture de la matière par l'entrepreneur. Partant, il pèse logiquement sur l'entrepreneur une obligation de résultat³²⁷⁴. D'aucuns considèrent néanmoins que cette obligation est parfois atténuée³²⁷⁵. En présence d'une obligation de résultat, le débiteur ne peut en principe s'exonérer de sa responsabilité que s'il prouve que l'inexécution est due à une cause étrangère. La jurisprudence a toutefois retenu, dans certains arrêts, que l'entrepreneur puisse s'exonérer s'il prouve qu'il n'a commis aucune faute³²⁷⁶. En droit islamique, la force majeure, la faute de la victime et le fait du tiers sont des causes d'exonération du débiteur, mais la charge de la preuve lui incombe toujours³²⁷⁷. En dehors de ces hypothèses, le débiteur doit réaliser l'ouvrage tel que le contrat le prévoit et peut, si besoin, y être contraint par le juge³²⁷⁸. Ainsi, pèse sur le *sani* une obligation rappelant l'obligation de résultat à laquelle est tenu l'entrepreneur en droit français lorsqu'il s'engage à construire ou à fabriquer une chose.

³²⁷⁰ *Ibid.*, art 6.5.

³²⁷¹ « *La réception est l'acte par lequel le maître de l'ouvrage déclare accepter l'ouvrage avec ou sans réserves. Elle intervient à la demande de la partie la plus diligente, soit à l'amiable, soit à défaut judiciairement. Elle est, en tout état de cause, prononcée contradictoirement* ». La jurisprudence reconnaît que la réception puisse être tacite, Civ. 3^e, 12 oct. 1988, n°87-11.174, *Bull. civ.* III, n°137: « *l'article 1792-6 du Code civil n'exclut pas la possibilité d'une réception tacite* ».

³²⁷² COLLART DUTILLEUL, François et DELEBECQUE, Philippe, *Contrats civils et commerciaux*, 11^e éd., Dalloz, 2019, paragr. 738 RAYNARD, Jacques et SEUBE, Jean-Baptiste, *Droit des contrats spéciaux*, 10^e éd., LexisNexis, 2019, paragr. 501 BÉNABENT, Alain, *Droit des contrats spéciaux civils et commerciaux*, 14^e éd., LGDJ, 2021, paragr. 586.

³²⁷³ Loi du 31 décembre 1903 relative à la vente de certains objets abandonnés.

³²⁷⁴ BOUBLI, Bernard, *op. cit.*, paragr. 72 ; GIBIRILA, Deen, *op. cit.*, paragr. 61.

³²⁷⁵ BÉNABENT, Alain, *op. cit.*, paragr. 540 MALAURIE, Philippe, AYNÈS, Laurent et GAUTIER, Pierre-Yves, *Droit des contrats spéciaux*, 11^e éd., LGDJ, 2020, paragr. 513.

³²⁷⁶ V. à propos du garagiste : Civ. 1^{re}, 2 févr. 1994, n° 91-18.764, *Bull. civ.* I, n°41 ou du teinturier : Civ. 1^{re}, 20 déc. 1993, n°92-11.385, *Bull. civ.* n°376, *RTD civ.* 1994. 611, obs. P. Jourdain.

³²⁷⁷ CHÉHATA, Chafik, *Théorie générale de l'obligation en droit musulman hanéfite*, Sirey, 1969, paragr. 53.

³²⁷⁸ *Ibid.*, paragr. 51.

636 Délai de réalisation de l'ouvrage. La précision du délai n'est une condition de validité du contrat ni en droit français ni en droit islamique. En son absence, les deux systèmes juridiques retiennent que l'entrepreneur dispose d'un délai raisonnable apprécié par le juge d'après les usages et la nature de la prestation³²⁷⁹. En sa présence, l'entrepreneur doit délivrer l'ouvrage à son échéance. L'AAOIFI prévoit que la délivrance peut intervenir par anticipation dès lors que l'ouvrage est conforme aux prévisions des parties. Le *mustasni* est alors contraint d'en prendre réception, à moins qu'il ne dispose d'une raison valable de la refuser³²⁸⁰. En droit français, l'article 1305-3 al. 1^{er} du Code civil dispose que « *le terme profite au débiteur, s'il ne résulte de la loi, de la volonté des parties ou des circonstances qu'il a été établi en faveur du créancier ou des deux parties* ». L'entrepreneur est présumé être le bénéficiaire du terme et peut, en vertu du second alinéa de cet article, y renoncer sans le consentement de son cocontractant³²⁸¹. Il lui est ainsi possible de délivrer l'ouvrage par anticipation dès lors qu'il est entièrement réalisé, et conforme au contrat, et sous réserve que le bénéfice du terme n'ait pas été étendu au maître de l'ouvrage.

637 Inexécution imputable à l'entrepreneur. L'*istisna* se distingue des autres contrats islamiques par la possibilité de stipuler une clause pénale dans l'hypothèse où le *mustasni* manquerait à son obligation³²⁸². Les parties peuvent ainsi prévoir par avance les conséquences liées à l'inexécution. La détermination du montant de la clause est une condition de sa validité dans les deux systèmes juridiques³²⁸³. L'AAOIFI se borne à préciser que la pénalité ne doit pas être excessive³²⁸⁴. Sur ce point, le droit français, après avoir affirmé le principe d'intangibilité de la clause, reconnaît au juge un pouvoir modérateur non seulement lorsque la pénalité est manifestement excessive, mais aussi lorsqu'elle est dérisoire³²⁸⁵. La réduction de la pénalité peut en outre intervenir en cas d'inexécution partielle « *à proportion de l'intérêt que l'exécution partielle a procuré au créancier* »³²⁸⁶. Bien que cette faculté reconnue au juge ne se

³²⁷⁹ V. à propos du droit français : Civ. 3^e, 16 mars 2011, n° 10-14.051, *Bull. civ.* III, n°35 ; à propos du droit islamique : AAOIFI, Norme charaïque n°11, art. 3.1.6. L'exception en droit français porte sur les contrats soumis aux dispositions du Code de la consommation. Lorsque le client est un consommateur, l'article L. 111-1 impose au professionnel une obligation précontractuelle d'information portant notamment sur le délai d'exécution.

³²⁸⁰ AAOIFI, Norme charaïque n°11, art. 6.2.

³²⁸¹ « *La partie au bénéfice exclusif de qui le terme a été fixé peut y renoncer sans le consentement de l'autre* ».

³²⁸² AAOIFI, Norme charaïque, n°11, art. 6.6.

³²⁸³ V. s'agissant du droit islamique : *ibid.* ; Résolutions n°65 (3/7), 4° et n°109 (3/12), 2° ; AL-AMINE, Muhammad Al-Bashir Muhammad, *op. cit.*, p. 33. S'agissant du droit français, v. C. civ., art. 1231-5 al. 1^{er}.

³²⁸⁴ AAOIFI, Norme charaïque n°11, art. 6.6.

³²⁸⁵ C. civ., art. 1231-5 al. 2.

³²⁸⁶ *Ibid.*, al. 3.

retrouve pas dans le *fiqh*, elle ne lui est pas contraire pour autant. Admettre une clause pénale manifestement excessive serait en contradiction avec le principe de prohibition de l'enrichissement injuste qui gouverne le droit islamique. A l'inverse, maintenir une pénalité dérisoire inciterait l'entrepreneur à ne pas s'exécuter. Or, le Coran enjoint aux musulmans de respecter leurs engagements³²⁸⁷. La réduction du montant de la clause en cas d'exécution partielle peut s'appuyer sur l'une des règles énoncées par l'AAOIFI. L'organisation affirme que même si la défaillance de l'entrepreneur n'est due qu'à son seul fait, le maître de l'ouvrage demeure redevable de la somme correspondant aux travaux achevés³²⁸⁸. L'exécution partielle de l'obligation devant être prise en considération, la règle française ne semble pas en contradiction avec le *fiqh*. Le pouvoir de révision du juge revêtant un caractère impératif, les parties ne peuvent y renoncer³²⁸⁹. Il appartient toutefois au juge de motiver toute révision de la clause pénale, ce qui n'est pas le cas lorsqu'il se contente de relever que son montant est « *un peu élevé* »³²⁹⁰. En principe, l'efficacité de la clause pénale est conditionnée à la mise en demeure préalable du débiteur, à moins que l'inexécution soit définitive³²⁹¹. La jurisprudence rendue sous l'empire du droit antérieur à la réforme du droit des contrats admettait que les parties se dispensent de la mise en demeure³²⁹². Rien ne laisse supposer, dans la rédaction de l'article 1231-5 du Code civil, que le législateur ait entendu y mettre un terme³²⁹³.

638 Exécution imposée au débiteur. En droit islamique, le débiteur qui refuse d'exécuter son obligation peut y être contraint par le juge. S'il persiste dans son refus, la contrainte corporelle est alors envisageable. Lorsque l'exécution forcée est matériellement impossible, la créance est convertie en somme d'argent³²⁹⁴. En droit français, l'article 1221 du Code civil reconnaît au créancier, sous réserve d'avoir mis en demeure le débiteur, la possibilité de poursuivre l'exécution de l'obligation en nature. Le texte précise que ce droit ne cède que si l'exécution s'avère impossible ou

³²⁸⁷ Coran, sourate V, verset 1.

³²⁸⁸ AAOIFI, Norme charaïque n°11, art. 4.2.4.

³²⁸⁹ C. civ., art. 1231-5 al. 4 : « *Toute stipulation contraire aux deux alinéas précédents est réputée non écrite* ».

³²⁹⁰ Ch. mixte, 20 janv. 1978, n° 76-11.611, *Bull. ch. mixte*, n°1, D. 1978. IR 229, obs. Vasseur ; *RTD civ.* 1978. 377, obs. Cornu.

³²⁹¹ C. civ., art. 1231-5 al. 5.

³²⁹² Civ. 3^e, 9 juin 1999, n°97-20.977, *Bull. civ.* III, n°131.

³²⁹³ Pour un avis similaire, v. DESHAYES, Olivier, GENICON, Thomas et LAITHIER, Yves-Marie, *Réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations*, 2^e éd., LexisNexis, 2018, p. 598 CHANTEPIE, Gaël et LATINA, Mathias, *La réforme du droit des obligations*, 2^e éd., Dalloz, 2018, paragr. 692.

³²⁹⁴ CHÉHATA, Chafik, *Théorie générale de l'obligation en droit musulman hanéfite*, Sirey, 1969, paragr. 50.

s'il existe une disproportion manifeste entre son coût pour le débiteur de bonne foi et son intérêt pour le créancier. La première exception n'est guère sujette à critique en raison de son caractère logique. La seconde a, en revanche, été diversement reçue en doctrine. Une partie s'est félicitée d'un « *texte équilibré qui condamne l'égoïsme du créancier qui voudrait à tout prix recourir à l'exécution en nature* »³²⁹⁵. Une autre a estimé que cette exception ouvrait « *une brèche dans le droit du créancier qui, en pratique comme en théorie, pourrait bien être considérable, au point de bouleverser les grands équilibres du droit des contrats* »³²⁹⁶. Mais il est permis, à la suite d'un auteur, d'y voir une « *application traditionnelle de la réserve d'abus* »³²⁹⁷. Les critiques émises à l'encontre de l'introduction de cette exception ont amené le législateur à faire évoluer le texte. La condition de bonne foi du débiteur est un ajout de la loi de ratification du 20 avril 2018 et permet d'écarter toute tentation de celui-ci de commettre une « *faute lucrative* ». Cela réduit d'autant plus les hypothèses d'application de l'exception qui étaient déjà restreintes par l'exigence du coût manifestement disproportionné de l'exécution de l'obligation. Bien que cette exception soit ignorée du droit islamique, elle n'apparaît pas contraire à son esprit. D'aucuns considèrent que les parties pourraient renoncer par anticipation à l'exception et permettre l'exécution forcée en nature alors même qu'elle entraîne pour le débiteur un coût manifestement disproportionné³²⁹⁸. Il est cependant permis de penser que l'exception revêt un caractère impératif, car toute clause en sens contraire dégènerait en abus du créancier dès lors qu'il demanderait l'exécution forcée d'une obligation en dépit de son coût disproportionné, et ce d'autant plus si le débiteur est de bonne foi³²⁹⁹.

³²⁹⁵ LARROUMET, Christian et BROS, Sarah, *Les obligations*, Economica, 2018, paragr. 578.

³²⁹⁶ GENICON, Thomas, « Contre l'introduction du "coût manifestement déraisonnable" comme exception à l'exécution forcée en nature », *Dr. et patr.* 2014, n° 240, p. 63. La critique portait sur le texte retenu dans l'avant-projet de réforme du droit des obligations.

³²⁹⁷ MAZEAUD, Denis, « L'exécution forcée en nature dans la réforme du droit des contrats », *D.* 2016.2477 : « *Il est concevable de répliquer que, comme tout droit, tout pouvoir ou toute prérogative, le droit à l'exécution en nature est canalisé par la traditionnelle réserve d'abus, ni plus, ni moins* ».

³²⁹⁸ DESHAYES, Olivier, GENICON, Thomas et LAITHIER, Yves-Marie, *Réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations*, 2^e éd., LexisNexis, 2018, p. 552.

³²⁹⁹ Pour un avis similaire, v. DELEBECQUE, Philippe, L'articulation et l'aménagement des sanctions de l'inexécution du contrat, *Dr. et patr.* 2016, n°259, p. 62 : « *la limite tenant à l'existence d'une disproportion manifeste entre le coût de l'exécution pour le débiteur et son intérêt pour le créancier n'est-elle pas susceptible d'être mise de côté : cela irait à directement à l'encontre de la volonté du législateur qui a été de trouver, en l'occurrence, une solution respectant les intérêts du créancier, tout en ménageant le point de vue du débiteur* ». V. aussi LARROUMET, Christian et BROS, Sarah, *Les obligations*, Economica, 2018, paragr. 578. Considérant que le créancier serait de mauvaise foi, ce qui empêcherait la demande d'exécution forcée de prospérer ; MAZEAUD, Denis, *op. cit.*, spéc. paragr. 13. Pour un avis nuancé, v. MEKKI, Mustapha, « Fiche pratique : l'exécution forcée « en nature », sauf si... », *Gaz. Pal.* 5 juill. 2016, p. 15, spéc. paragr. 12.

639 Exécution forcée par un tiers. Plutôt que d'imposer au débiteur l'exécution forcée de son obligation, le créancier peut obtenir satisfaction auprès d'un tiers. L'article 1222 du Code civil dispose qu'« *après mise en demeure, le créancier peut aussi, dans un délai et à un coût raisonnables, faire exécuter lui-même l'obligation [...]* ». Le créancier bénéficie ainsi d'une faculté de remplacement qui existait déjà dans la version originelle du Code civil mais était soumise à l'autorisation du juge. L'apport de l'ordonnance du 10 février 2016 est de permettre la mise en œuvre extrajudiciaire de la sanction. La faculté de remplacement confère au créancier le pouvoir de « *transformer l'objet de l'obligation de son cocontractant* » en une obligation monétaire³³⁰⁰. Il faut néanmoins pour cela que l'exécution par le tiers présente un coût raisonnable faisant écho au coût manifestement disproportionné de l'article 1221 du Code civil. A cette condition, le créancier peut réclamer « *au débiteur le remboursement des sommes engagées* »³³⁰¹. L'autorisation judiciaire est rétablie s'il demande au débiteur de payer par avance les sommes nécessaires à l'exécution de l'obligation par les tiers.

La faculté de remplacement n'existe pas en tant que telle dans le *fiqh*, mais le créancier peut saisir le juge pour faire exécuter son obligation aux dépens du débiteur. Sa créance est alors, à l'instar du droit français, convertie en une somme d'argent³³⁰². Rien ne s'oppose ainsi à ce que le maître se prévale des dispositions de l'article 1222 du Code civil lorsque l'entrepreneur manque à son obligation de réaliser l'ouvrage. Il convient de relever à cet égard que les juristes de l'AAOIFI autorisent le *mustasni* à faire réaliser l'ouvrage aux frais du *sani* si ce dernier le refuse ou tarde à s'exécuter. Mais cette faculté n'est expressément envisagée que dans l'hypothèse de la construction d'un immeuble sur un terrain appartement au *mustasni*³³⁰³. Faut-il en déduire qu'elle n'est possible qu'en ce domaine ? Il est permis de répondre par la négative si l'on se réfère au droit islamique classique³³⁰⁴, mais la précision apportée par la norme de l'AAOIFI n'aurait alors guère d'intérêt. Peut-être s'explique-t-elle par la conception du contrat adoptée par l'organisation.

³³⁰⁰ AYNÈS, Augustin, « Accroissement du pouvoir de la volonté individuelle », *Dr. et patr.* 2016, n°259, p. 49-53, spéc. p. 49. V. aussi sur ce point, LAITHIER, Yves-Marie, « L'exécution forcée en nature des obligations contractuelles » in CARTWRIGHT, John, FAUVARQUE-COSSON, Bénédicte, WITTAKER, Simon (Dir.), *La réécriture du Code civil : Le droit français des contrats après la réforme de 2016*, Société de législation comparée, 2018, p. 271-309, spéc. p. 278.

³³⁰¹ C. civ., art. 1222 al. 1^{er}.

³³⁰² CHÉHATA, Chafik, *Droit musulman: Applications au Proche-Orient*, Dalloz, 1970, paragr. 50.

³³⁰³ AAOIFI, Norme charaïque n°11, art. 4.2.3.

³³⁰⁴ V. note préc. n°3302.

Dans le cadre de la finance islamique, l'*istisna* s'avère notamment utile au financement de projets immobiliers d'envergure. En ce cas, le contrat doit alors suivre le régime spécifique du droit de la construction.

2) L'application du droit de la construction

640 Vente ou entreprise ? En matière mobilière, le critère du travail spécifique permet de distinguer selon que l'acte doit être qualifié de contrat de vente ou de contrat d'entreprise³³⁰⁵. En matière immobilière, il doit être distingué entre deux catégories de contrats³³⁰⁶. La première se compose des contrats ayant pour objet la réparation ou l'aménagement d'un immeuble. Lorsque les travaux portent sur des constructions préexistantes, il s'agit d'un contrat d'entreprise. La qualification de contrat de vente s'impose en revanche s'il est prévu d'ajouter des éléments d'équipement nouveaux à une construction existante³³⁰⁷. La seconde catégorie regroupe les contrats ayant pour objet la construction d'un immeuble et dont la nature varie en fonction de la propriété du sol³³⁰⁸. La Cour de cassation considère de longue date que la construction réalisée sur le terrain appartenant au maître de l'ouvrage s'analyse en un contrat d'entreprise³³⁰⁹. La propriété de l'ouvrage est dans ce cas transférée par voie d'accession suivant l'adage *superficies solo cedit*. En dehors de cette hypothèse, le contrat est qualifié de vente, et plus spécifiquement de vente d'immeuble à construire, parce qu'il transfère non seulement la propriété des constructions mais aussi celle du sol. Ainsi, le contrat *istisna*, transposé en droit français, doit suivre le régime du contrat d'entreprise ou de la vente d'immeuble à construire selon que le client est propriétaire ou non du sol sur lequel est réalisée la construction.

641 Vente d'immeuble à construire. L'article 1601-1 du Code civil envisage une catégorie particulière de vente, la vente d'immeuble à construire, définie comme « *celle par laquelle le vendeur s'oblige à édifier un immeuble dans un délai déterminé par le*

³³⁰⁵ V. *supra* paragr. 632.

³³⁰⁶ BOFFA, Romain, v° *Entreprise* in MAZEAUD Denis, BOFFA Romain et BLANC Nathalie (dir.), *Dictionnaire du contrat*, LGDJ, 2018, p. 514 et s.spéc. p. 542.

³³⁰⁷ *Ibid.*, p. 543.

³³⁰⁸ TOURNAFOND, Olivier, *Rép. civ. Dalloz.*, v° *Vente d'immeuble à construire*, mars 2004 (actualisation avril 2021), paragr. 18.

³³⁰⁹ Civ. 20 févr. 1883, Bull. civ. 1883, n°38, *D.P.* 1884.1.32, préc. note n°3244.

contrat »³³¹⁰. Le second alinéa du texte précise que la vente est soit à terme, soit en l'état futur d'achèvement (ci-après VEFA). La première s'entend du « *contrat par lequel le vendeur s'engage à livrer l'immeuble à son achèvement, l'acheteur s'engage à en prendre livraison et à en payer le prix à la date de livraison* »³³¹¹. L'acheteur acquiert la propriété de l'immeuble de plein droit par la constatation par acte authentique de son achèvement. Ce transfert est supposé réalisé au jour de la vente³³¹². La VEFA suppose au contraire que « *le vendeur transfère immédiatement à l'acquéreur ses droits sur le sol ainsi que la propriété des constructions existantes* »³³¹³. Ce dernier devient propriétaire des ouvrages « *au fur et à mesure de leur exécution* » et doit payer le prix en conséquence. Des auteurs ont souligné la proximité de l'*istisna* avec la vente à terme et la VEFA dont le régime est dispersé entre le Code civil et le Code de la construction et de l'habitation³³¹⁴. D'autres contrats, tels que la construction de maison individuelle et la promotion immobilière³³¹⁵, pourraient cependant être envisagés en vue de la transposition de l'*istisna* en droit français. Le choix du contrat doit alors s'opérer selon la nature de l'ouvrage à réaliser. La vente d'immeuble à construire présente cependant pour intérêt que l'institution financière peut agir en tant que vendeur et non en tant qu'entrepreneur.

642 Secteur protégé et secteur libre. Dans le domaine de la construction, le législateur impose parfois aux parties de recourir à la vente à terme ou à la VEFA afin de protéger l'acheteur profane. L'article L. 261-10 du Code de la construction et de l'habitation instaure un secteur protégé auquel les parties ne peuvent se soustraire dès lors que trois conditions sont réunies. Il faut en premier lieu que le contrat ait pour objet la

³³¹⁰ Repris à l'article 261-1 du Code de la construction et de l'habitation.

³³¹¹ C. civ., art. 1601-2. Repris à l'article 261-2 du Code de la construction et de l'habitation.

³³¹² *Id.*

³³¹³ C. civ., art. 1601-3. Repris à l'article 261-3 du Code de la construction et de l'habitation.

³³¹⁴ GRANGERAU, Pascal, HAROUN, Mehdi, « Financements de projets et financements islamiques : quelques réflexions prospectives pour des financements en pays de droit civil », *Banque & Droit* 2004, n°97, p. 52 et s., spéc. p. 55 ; CEKICI, Ibrahim-Zeyyad, *Le cadre juridique français des opérations de crédit islamique* [microfiche], Université de Strasbourg, 2012, paragr. 605 MARTIN-SISTERON, Hugues, *Finance islamique et financement de projets en France*, IRJS, 2012, paragr. 877 et s. GUÉRANGER, François, *Finance islamique*, Dunod, 2009, p. 121 HIMEUR, Chihab Mohammed, *Les contrats de la finance islamique*, Larcier, 2018, p. 217.

³³¹⁵ C. civ., art. 1831-1 : « *Le contrat de promotion immobilière est un mandat d'intérêt commun par lequel une personne dite " Promoteur immobilier " s'oblige envers le maître d'un ouvrage à faire procéder, pour un prix convenu, au moyen de contrats de louage d'ouvrage, à la réalisation d'un programme de construction d'un ou de plusieurs édifices ainsi qu'à procéder elle-même ou à faire procéder, moyennant une rémunération convenue, à tout ou partie des opérations juridiques, administratives et financières concourant au même objet. Ce promoteur est garant de l'exécution des obligations mises à la charge des personnes avec lesquelles il a traité au nom du maître de l'ouvrage. Il est notamment tenu des obligations résultant des articles 1792, 1792-1, 1792-2 et 1792-3 du présent code.*

Si le promoteur s'engage à exécuter lui-même partie des opérations du programme, il est tenu, quant à ces opérations, des obligations d'un locateur d'ouvrage ».

construction d'un immeuble d'habitation ou à usage professionnel et d'habitation. En second lieu, le contrat doit transférer la propriété des constructions mais aussi du sol. Enfin, l'acheteur doit s'obliger à effectuer des versements ou des dépôts de fonds avant l'achèvement de la construction. Dès lors que ces conditions sont réunies, le régime de la vente d'immeuble à construire s'applique au contrat *istisna* de manière impérative. A défaut de l'une d'entre elles, notamment lorsque le contrat prévoit la construction d'un immeuble à usage professionnel, commercial ou industriel, ce régime n'a qu'un caractère supplétif³³¹⁶. Les parties peuvent alors soumettre leur accord au droit commun de la construction.

643 Règles spécifiques au secteur protégé. Dès lors que le contrat relève du secteur protégé, les parties sont tenues au respect de règles de forme. L'article 261-11 du Code de la construction et de l'habitation impose, à peine de nullité un acte conclu en la forme authentique³³¹⁷. Il requiert en outre la présence d'un certain nombre de mentions parmi lesquelles la description de l'immeuble, ou de la partie d'immeuble, vendu, son prix et les modalités de paiement de celui-ci, ainsi que le délai de livraison. Le contrat doit en outre comporter en annexe, ou par référence à des documents déposés chez un notaire, les indications utiles relatives à la consistance et aux caractéristiques techniques de l'immeuble³³¹⁸. Lorsque la vente est faite en l'état futur d'achèvement, le contrat doit mentionner la garantie financière d'achèvement ou de remboursement. Si ces contraintes ne se retrouvent pas en droit islamique, elles ne constituent en rien un obstacle à la transposition de l'*istisna*.

L'article L. 261-11 du Code de la construction et de l'habitation conditionne la validité de la clause de révision du prix à la référence à l'indice national du bâtiment. S'agissant de l'*istisna*, le principe est l'intangibilité du prix qui ne peut être modifié qu'en cas de survenue de circonstances exceptionnelles³³¹⁹. Il semble, dans le *fiqh*, que les parties ne puissent prévoir sa révision par une clause³³²⁰. Dans le cas de la vente à terme, le

³³¹⁶ AUBY, Jean-Bernard, PERINET-MARQUET, Hugues, NOGUELLOU, Rozen, *Droit de l'urbanisme et de la construction*, 12^e éd., LGDJ, 2020, paragr. 1379 ; SIZAI, Daniel, DURAND-PASQUIER, Gwenaëlle, *JCl. Construction – Urbanisme*, fasc. 81: VENTES D'IMMEUBLES À CONSTRUIRE. – Origine. Législation. Définition, aout 2010, paragr. 75 ; TOURNAFOND, Olivier, *op. cit.*, paragr. 9 et 11.

³³¹⁷ La jurisprudence considère qu'il s'agit d'une nullité relative, v. Civ. 3^e, 4 oct. 2018, n°16-22.095, P, D. 2018.1969 ; *RDI* 2018. 600, obs. Tournafond et Tricoire ; *RTD civ.* 2018. 886, obs. Barbier

³³¹⁸ Le contenu de cette obligation est précisé par l'article R. 261-13 Code de la construction et de l'habitation.

³³¹⁹ AAOIFI, Norme charaïque n°11, art 4.2.1.

³³²⁰ L'AAOIFI admet que les parties puissent réviser le prix par accord mutuel au moment de la survenue de circonstances exceptionnelles, mais il ressort du texte que la révision ne peut être automatique : « *En cas de circonstances exceptionnelles nécessitant l'ajustement du prix de l'istisna à la hausse ou à la baisse, il est permis de le faire par consentement des deux*

contrat peut prévoir que des dépôts de garantie seront effectués au fur et à mesure de l'avancée des travaux à un compte spécial ouvert au nom de l'acquéreur par un organisme habilité à cet effet³³²¹. Si le contrat comporte une clause résolutoire concernant les obligations de versement ou de dépôt, elle ne peut produire effet qu'un mois après la sommation ou le commandement de payer demeuré infructueux³³²². Enfin, la clause pénale ne peut prévoir une indemnité supérieure à 10% du montant de la vente en cas d'inexécution devenue définitive³³²³.

644 Responsabilité du constructeur. L'AAOIFI prévoit, en reprenant les règles du *fiqh*, que le *sani* est tenu de garantir l'ouvrage contre les vices et ne peut s'en exonérer au moyen d'une clause stipulée à son profit³³²⁴. Le législateur français a quant à lui instauré un régime spécifique de responsabilité du constructeur prévu en matière de louage d'ouvrage³³²⁵, mais qui est étendu au contrat de vente d'immeuble à construire³³²⁶ et au contrat de promotion immobilière³³²⁷. Aux termes des articles 1792 et 1792-4 du Code civil, le constructeur est, pendant dix ans, « *responsable de plein droit, envers le maître ou l'acquéreur de l'ouvrage, des dommages, même résultant d'un vice du sol, qui compromettent la solidité de l'ouvrage ou qui, l'affectant dans l'un de ses éléments constitutifs ou l'un de ses éléments d'équipement, le rendent impropre à sa destination* ». A cela s'ajoute les « *dommages qui affectent la solidité des éléments d'équipement d'un ouvrage, mais seulement lorsque ceux-ci font indissociablement corps avec les ouvrages de viabilité, de fondation, d'ossature, de clos ou de couvert* »³³²⁸. La Haute juridiction considère que la garantie décennale doit être étendue aux éléments d'équipement, dissociables ou non, d'origine ou installés sur existant, lorsqu'ils rendent l'ouvrage dans son ensemble impropre à sa destination³³²⁹. Les autres éléments d'équipement sont couverts par la garantie biennale de bon

parties, arbitrage ou recours à la justice ; tout en [respectant la prohibition du riba] ». Le texte cité est issu de la version française officielle des normes de l'AAOIFI.

³³²¹ CCH, art. L. 261-12. S'agissant de la VEFA, le texte précise que « *le vendeur ne peut exiger ni accepter aucun versement, aucun dépôt, aucune souscription ou acceptation d'effets de commerce avant la signature du contrat, ni avant la date à laquelle la créance est exigible* ».

³³²² CCH, art. L. 261-13.

³³²³ CCH, art. L. 261-14.

³³²⁴ AAOIFI, Norme charaïque n°11, art. 2.2.3.

³³²⁵ C. civ., art. 1792 et s.

³³²⁶ C. civ., art. 1646-1, repris à l'article L. 261-6 du Code de la construction et de l'habitation.

³³²⁷ C. civ., art. 1831-1, repris à l'article L. 221-1 du Code de la construction et de l'habitation.

³³²⁸ C. civ., art. 1792-2 al. 1^{er}. Le second alinéa précise qu'un « *un élément d'équipement est considéré comme formant indissociablement corps avec l'un des ouvrages de viabilité, de fondation, d'ossature, de clos ou de couvert lorsque sa dépose, son démontage ou son remplacement ne peut s'effectuer sans détérioration ou enlèvement de matière de cet ouvrage* ».

³³²⁹ Civ. 3^e, 15 juin 2017, n°16-19.640, P, RDI 2017.409, obs. C. Charbonneau. ; Civ. 3^e, 14 sept. 2017, n°16-17.323, P, RDI 2017.542 obs. Ph. Malinvaud.

fonctionnement³³³⁰. Le législateur a prévu une troisième garantie dite de « parfait achèvement » qui, pendant un an à compter de la réception de l'ouvrage, contraint l'entrepreneur à réparer tous les désordres signalés par le maître de l'ouvrage³³³¹. Elle se distingue des autres garanties en ce qu'elle ne prévoit pas une réparation pécuniaire, mais impose une exécution en nature afin d'assurer l'achèvement complet de l'ouvrage. A noter que si l'institution islamique agit en tant que vendeur d'immeuble à construire, mais n'est pas elle-même le constructeur, elle n'est pas, en cette qualité, tenue de la garantie de parfait achèvement qui ne pèse que sur l'entrepreneur³³³². Rien n'interdit toutefois aux parties de stipuler le contraire³³³³. A l'instar du droit islamique, les garanties des vices revêtent en droit français un caractère impératif empêchant les parties d'y déroger. Toute clause limitant ou excluant cette garantie est réputée non écrite³³³⁴.

645 Réception de l'ouvrage. La réception des travaux constitue le point de départ des garanties légales contre les vices et l'ultime étape du contrat ayant pour objet la construction d'un bâtiment³³³⁵. L'article 1792-6 al. 1^{er} du Code civil la définit comme « *l'acte par lequel le maître de l'ouvrage déclare accepter l'ouvrage avec ou sans réserves. Elle intervient à la demande de la partie la plus diligente, soit à l'amiable, soit à défaut judiciairement. Elle est, en tout état de cause, prononcée contradictoirement* ». Il ressort de ce texte que le législateur n'a envisagé que la réception expresse ou judiciaire. La jurisprudence admet néanmoins que la réception puisse être tacite, hormis lorsque le contrat a pour objet la construction d'une maison individuelle³³³⁶ ou lorsqu'il impose qu'elle soit expresse³³³⁷. La réception tacite suppose que le maître ait manifesté une volonté non équivoque de recevoir l'ouvrage. La Cour de cassation considère à cet égard que « *la prise de possession de l'ouvrage et*

³³³⁰ C. civ., art. 1792-3.

³³³¹ *Ibid.*, art. 1792-6 al. 2.

³³³² La garantie de parfait achèvement n'est pas visée par l'article 1646-1 du Code civil repris à l'article L. 261-6 du Code de la construction et de l'habitation.

³³³³ L'AAOIFI autorise les parties à étendre la garantie des vices de l'ouvrage, v. Norme charaïque n°11 art. 3.1.7.

³³³⁴ En droit commun de la construction, le caractère d'ordre public de ces garanties est affirmé par l'article 1792-5 du Code civil. En matière de vente d'immeuble à construire, le principe est énoncé à l'article L. 261-16 du Code de la construction et de l'habitation.

³³³⁵ Civ. 3^e, 6 sept. 2018, n°17-21.155, *Bull. civ.* III, n°95, *D.* 2018.1753; *RDI* 2018.552, obs. Boubli : « [...] *le contrat d'entreprise prend fin à la réception de l'ouvrage, avec ou sans réserves* »,

³³³⁶ CCH, art. L. 231-6, IV.

³³³⁷ Civ. 3^e, 31 janv. 2007, n°05-18.959, *Bull. civ.* III, n°10, *RDI* 2007.280, obs. Boubli, *Défrenois* 2008.70, obs. Périnet-Marquet.

le paiement des travaux font présumer la volonté non équivoque du maître de l'ouvrage de le recevoir avec ou sans réserves »³³³⁸.

Les normes de l'AAOIFI n'évoquent pas la réception de l'ouvrage, mais précisent que la délivrance peut s'opérer fictivement en permettant au maître d'en prendre possession³³³⁹. Si en droit français le maître peut émettre des réserves à l'occasion de la réception, seul le refus pour un motif légitime est envisagé dans le cadre de l'*istisna*³³⁴⁰. Les deux systèmes juridiques s'accordent en revanche pour considérer que l'acceptation des travaux opère transfert de la garde de l'ouvrage et des risques de construction³³⁴¹. L'acceptation sans réserve a pour effet de purger les vices apparents, mais la jurisprudence atténue le principe notamment si le maître de l'ouvrage est un profane en matière de construction³³⁴², s'il n'a pas été informé, par le maître d'œuvre, des conséquences de l'absence de réserves³³⁴³, ou encore, si le défaut apparent ne s'est révélé dans son ampleur ou ses conséquences que postérieurement³³⁴⁴. Le concept de réserves n'existant pas dans le *fiqh*, faut-il considérer que l'acceptation de l'ouvrage par le *mustasni* a pour effet de purger les vices de construction ? L'article 6.3 de la norme consacrée à l'*istisna* paraît l'affirmer³³⁴⁵. Mais une interprétation contraire peut être retenue à l'aune d'un autre article interdisant au *sani* de stipuler une clause l'exonérant de la garantie des vices³³⁴⁶. Il est ainsi permis d'envisager que l'acceptation de l'ouvrage n'entraîne que la renonciation du maître de l'ouvrage à se prévaloir des défauts de conformité apparents³³⁴⁷. Bien qu'elle soit ignorée par l'AAOIFI, la réception des travaux constitue l'ultime étape du contrat de construction que les parties doivent impérativement respecter dans le cadre de la transposition de l'*istisna* en droit français.

³³³⁸ Civ. 3^e, 18 avr. 2019, n°18-13.734, P, *Constr.-Urb* 2019.81, obs. M.-L. Pagès de Varenne, *RDI* 2019.336, obs. Boubli.

³³³⁹ AAOIFI, Norme charaïque n°11, art. 6.1 et 6.3. La rédaction de la norme est ambiguë, mais semble indiquer que la simple mise à disposition suffise pour que le *sani* satisfasse à son obligation. Pour autant, le *mustasni* pouvant refuser l'ouvrage en cas de défaut de conformité, il est difficile d'affirmer que la délivrance s'opère par la mise à disposition.

³³⁴⁰ *Ibid.*, art. 6.1.1.

³³⁴¹ La norme de l'AAOIFI consacrée à l'*istisna* l'énonce expressément, v. AAOIFI, Norme charaïque n°11, art. 6.3 : « *La livraison peut se faire par délivrance légale en mettant le bien fabriqué à la disposition du maître d'ouvrage ; à ce moment-là le bien passe de la garantie du fabricant à celle du maître d'ouvrage. Une fois le bien mis à la disposition du maître d'ouvrage, tout dégât qu'il subit et qui n'est pas imputable à une faute ou négligence du fabricant est au risque du maître d'ouvrage. Ainsi la distinction est faite entre les deux garanties ! celle du fabricant et celle du maître d'ouvrage* ».

³³⁴² Civ. 3^e, 17 nov. 1993, n°82-11.206, *Bull. civ.* III, n°146, *RDI* 1994.53 et 252, obs. Malinvaud et Boubli : « [...] *le caractère apparent ou caché d'un vice de construction ou d'un défaut de conformité doit s'apprécier au regard du maître de l'ouvrage lui-même, et non pas du maître d'oeuvre, fût-il mandaté pour procéder à la réception* ».

³³⁴³ Civ. 3^e, 30 oct. 1991, n°90-12.993, *Bull. civ.* III, n°250, *RDI* 1992.75, obs. Malinvaud et Boubli.

³³⁴⁴ Civ. 3^e, 12 févr. 1997, n°95-13.531, *RDI* 1997. 238, obs. Ph. Malinvaud et B. Boubli.

³³⁴⁵ V. *supra* note n°3341.

³³⁴⁶ AAOIFI, Norme charaïque n°2.2.3.

³³⁴⁷ Cet effet est expressément affirmé à l'article 6.1.1. de la norme n°11 de l'AAOIFI.

646 Délivrance. En matière de vente d'immeuble à construire, la réception est étrangère aux rapports entre l'acquéreur et le vendeur. Ce dernier est tenu, en vertu de la nature du contrat, d'une obligation de délivrance qui ne saurait être confondue avec la réception qui intervient entre le vendeur, en qualité de maître de l'ouvrage, et les différents entrepreneurs ayant participé à la construction³³⁴⁸. La délivrance suppose, au préalable, l'achèvement de l'immeuble vendu. L'AAOFI prévoit que la délivrance peut intervenir dès lors que le bien est conforme aux stipulations contractuelles³³⁴⁹. En droit français, l'immeuble est réputé achevé lorsque « *sont exécutés les ouvrages et sont installés les éléments d'équipement qui sont indispensables à l'utilisation, conformément à sa destination, de l'immeuble faisant l'objet du contrat* »³³⁵⁰. Il en résulte que l'achèvement intervient juridiquement, alors que l'immeuble n'est pas entièrement terminé, dès lors qu'il est conforme à sa destination. Il ne faudrait pas en conclure pour autant que le vendeur peut ainsi délivrer le bien alors qu'il ne satisfait pas pleinement à l'accord des parties. On distingue alors l'achèvement du parachèvement, ou parfait achèvement, auquel est tenu le vendeur au titre de son obligation de délivrance conforme. La notion d'achèvement, au sens du Code de la construction et de l'habitation, sert notamment à définir un repère dans le processus de construction³³⁵¹. Elle ne saurait dispenser le vendeur de son obligation. En droit français, comme dans le *fiqh*, la délivrance suppose que le bien soit conforme au contrat. Le vendeur d'immeuble à construire est à ce titre tenu de garantir les défauts de conformité apparents³³⁵².

647 Istisna parallèle et construction d'immeuble. Envisagé comme un mode de financement, *l'istisna* implique généralement un établissement de crédit. Or, afin d'écartier toute suspicion de *riba*, l'institution ne peut se limiter à un rôle de simple financier de l'opération³³⁵³. La règle impose un véritable engagement de l'institution à édifier l'immeuble au moyen d'un contrat *istisna*. Un établissement de crédit n'étant pas une entreprise de construction, il doit conclure un second contrat, qualifié d'*istisna*

³³⁴⁸ TOURNAFOND, Olivier, *op. cit.*, paragr. 156 ; MAGNIN, François, *JCl. Civil Code*, Art. 1601-1 à 1601-4, Fasc. 10, paragr. 64.

³³⁴⁹ AAOIFI, Norme charaïque n°11, art.6.2.

³³⁵⁰ CCH, art R. 261-1

³³⁵¹ Ainsi l'achèvement entraîne le paiement de 95 % du prix, du délai d'action en nullité en cas d'inobservation des règles impératives du secteur protégé et l'expiration de la garantie bancaire d'achèvement

³³⁵² C. civ., art. 1642-1, repris à l'article L. 261-5 du Code de la construction et de l'habitation.

³³⁵³ AAOIFI, Norme charaïque n°11, art. 2.1.3.

parallèle, avec un professionnel du secteur³³⁵⁴. La vente d'immeuble à construire révèle alors son intérêt en ce qu'elle permet à l'institution financière d'occuper une position d'intermédiaire dans l'opération. L'article 1601-1 du Code civil la définit comme la vente par « *laquelle le vendeur s'oblige à édifier un immeuble dans un délai déterminé par le contrat* ». Il n'impose aucunement au vendeur de procéder par lui-même à la construction de l'immeuble. Toute interprétation en sens contraire s'opposerait à l'adage *ubi lex non distinguit nec nos distinguere debemus*. Le vendeur peut ainsi contracter avec un entrepreneur pour édifier l'immeuble, l'opération s'apparentant alors à l'*istisna* parallèle.

La vente d'immeuble à construire a pour inconvénient qu'elle suppose la cession du terrain par le vendeur. Elle exclut ainsi de son champ d'application la construction d'un immeuble sur le terrain appartenant au maître de l'ouvrage. Elle se distingue en cela du louage d'ouvrage qui peut aussi être envisagé dans le cadre de l'*istisna* parallèle. Rien n'interdit en effet à un établissement de crédit d'agir en qualité d'entrepreneur, puis de recourir à un sous-traitant. La loi du 31 décembre 1975 définit, en son article premier, la sous-traitance comme « *l'opération par laquelle un entrepreneur confie par un sous-traité, et sous sa responsabilité, à une autre personne appelée sous-traitant l'exécution de tout ou partie du contrat d'entreprise ou d'une partie du marché public conclu avec le maître de l'ouvrage* »³³⁵⁵. La technique contraint cependant à l'agrément de chaque sous-traitant par le maître de l'ouvrage³³⁵⁶ et crée un lien entre le contrat principal et le contrat de sous-traitance³³⁵⁷, ce qui est contraire au droit islamique³³⁵⁸. Il demeure alors la possibilité pour l'établissement de crédit de conclure un premier contrat en qualité d'entrepreneur, puis un second en tant que maître de l'ouvrage³³⁵⁹. L'artificialité d'un tel montage ne devrait-elle pas amener le juge à requalifier le second contrat en sous-traitance³³⁶⁰? Au soutien de cette hypothèse, il est permis d'arguer que les deux contrats ont exactement le même objet. Partant, il ne s'agirait pas de deux contrats d'entreprise indépendants, mais d'une chaîne de contrats caractéristique de la

³³⁵⁴ V. *supra* paragr. 632.

³³⁵⁵ Loi n° 75-1334 du 31 décembre 1975 relative à la sous-traitance, art. 1^{er}.

³³⁵⁶ *Ibid.*, art. 3.

³³⁵⁷ Le titre III de la loi n° 75-1334 du 31 décembre 1975 instaure une action directe au profit du sous-traitant contre le maître de l'ouvrage au cas où l'entrepreneur ne paie pas. Les parties ne peuvent prévoir une clause en sens contraire en raison du caractère d'ordre public des dispositions de la loi affirmé par l'article 15.

³³⁵⁸ AAOIFI, Norme charaïque n°11, art. 7.4.

³³⁵⁹ Ce schéma est retenu par l'Administration fiscale dans son instruction consacrée à l'AAOIFI, v. Instr. Fisc. du 23 juill. 2010, BOI n°78b, 4FE/S4/10, paragr. 5 et s.

³³⁶⁰ Cette critique a pu être adressée par un auteur à propos de la *murabaha* qui servirait à dissimuler un prêt à intérêt, v. MALAURIE, Philippe, « Finance islamique : interdiction coranique du prêt à intérêt et subterfuges civils et fiscaux », *JCP N* 2010, n°50, act. 888.

sous-traitance³³⁶¹. A l'encontre de cette interprétation, les parties peuvent objecter que le second contrat ne porte pas sur l'exécution du premier. Or, il résulte de la loi du 31 décembre 1975 que la sous-traitance se caractérise par « *l'exécution de tout ou partie du contrat d'entreprise* »³³⁶². Ces derniers arguments paraissent peu convaincants et il est probable que le juge perçoive dans le second contrat un contrat de sous-traitance³³⁶³.

648 Qualification d'opération de crédit. Le contrat *istisna* étant assimilable à un contrat d'entreprise, il ne présente guère d'intérêt en matière de financement s'il est considéré isolément³³⁶⁴. L'*istisna* parallèle doit en revanche recevoir la qualification d'opération de crédit ainsi que le soutiennent plusieurs auteurs³³⁶⁵. Pour l'un d'eux, ce mode de financement consisterait plus précisément en une mise à disposition indirecte de fonds car l'établissement de crédit ne les verse pas directement à son client mais à l'entrepreneur³³⁶⁶. La mise à disposition de fonds constitue en effet l'une des conditions *sine qua non* de la qualification d'opération de crédit telle que l'envisage l'article L. 313-1 du Code monétaire et financier, l'autre étant le caractère onéreux de l'opération. Ces deux conditions sont satisfaites dans le cadre de l'*istisna* parallèle. La mise à disposition indirecte de fonds se caractérise par la conclusion du second contrat *istisna*, ayant le même objet que le premier, par lequel le financier s'oblige à payer l'entrepreneur pour la réalisation de l'ouvrage désiré par le client. Le caractère onéreux résulte quant à lui de la différence du prix entre les deux contrats, le client s'engageant à payer, de façon différée, un prix supérieur à celui versé par le financier.

³³⁶¹ Sur ce point, v. KARILA, Jean-Pierre, KARILA, Laurent, *JCl. Construction – Urbanisme*, fasc. 206: SOUS-TRAITANCE–Loi n° 75-1334 du 31 décembre 1975 – Qualification et modalités de la sous-traitance - La protection du sous-traitant, déc. 2015, paragr. 17 et 35 ; GIBIRILA, Deen, *JCl. Civil Code*, art. 1787, fasc. 20, juin 2019, paragr. 7.

³³⁶² Loi n° 75-1334 du 31 décembre 1975 relative à la sous-traitance, art. 1^{er}, al. 1.

³³⁶³ La question de la sous-traitance ne se pose pas en matière de vente d'immeuble à construire. Ainsi que le souligne un auteur « [...] lorsque le constructeur élève un bâtiment sur un terrain qui lui appartient pour livrer ensuite l'ensemble, on se trouve en présence d'une vente d'immeubles à construire soumise à un régime particulier exclusif de la sous-traitance. Même si le vendeur a déjà contracté avec ses clients, avant d'engager les travaux et de traiter avec les constructeurs à cette fin, ceux-ci ne peuvent être considérés comme des sous-traitants et donc pas se prévaloir des dispositions de la loi de 1975 à l'encontre des acquéreurs qui ne sont pas des maîtres de l'ouvrage », v. GIBIRILA, Deen, *JCl. Civil Code*, Art. 1787, fasc. 20, juin 2019, paragr. 8.

³³⁶⁴ A cet égard, la présentation du contrat par l'Administration fiscale est critiquable, v. Instr. Fisc. du 23 juill. 2010, BOI n°78b, 4FE/S4/10 : « L'*istisna* est un contrat de financement par lequel un Financier, finance pour son compte propre ou pour le compte de son Client, la construction d'un ouvrage mobilier ou immobilier auprès d'un tiers qui le construit (« le Fabricant »). ».

³³⁶⁵ LEMEUX, Arnaud, « Les instructions fiscales concernant la mourabaha, l'ijara et l'istisna : une neutralité fiscale affichée, une qualification juridique bancaire en filigrane », RTDF 2010, n°3, p. 85 et s., spéc. p. 87 ; CEKICI Ibrahim-Zeyyad, *Le cadre juridique français des opérations de crédit islamique*, Thèse, Université de Strasbourg, 2012, paragr. 606. Plus généralement sur la qualification des contrats islamiques en opération de crédit, v. BONNEAU, Thierry, « Finance islamique et réglementation bancaire » in *Mélanges en l'honneur du professeur Michel Germain*, LexisNexis, 2015, p. 153 et s.

La position de ces auteurs est partagée par l'Administration fiscale, v. Instr. Fisc. du 23 juill. 2010, BOI n°78b, 4FE/S4/10 Instr. Fisc. du 23 juill. 2010, BOI n°78b, 4FE/S4/10, paragr. 8.

³³⁶⁶ CEKICI, Ibrahim-Zeyyad, *Le cadre juridique français des opérations de crédit islamique* [microfiche], Université de Strasbourg, 2012, paragr. 606.

Lorsqu'elle porte sur la construction d'un immeuble et implique un consommateur, l'*istisna* parallèle peut être qualifiée de crédit immobilier au sens de l'article L. 313-1 du Code de la consommation. Le texte dispose qu'entrent dans cette catégorie les crédits, au sens de l'article L. 311-1 du même code, destinés à financer l'acquisition d'un immeuble, mais aussi les « dépenses relatives à sa construction ». Or, il a été démontré, à propos de la *murabaha*, que le Code de la consommation retenait une définition de la notion d'opération de crédit suffisamment large pour y inclure les contrats islamiques dont le paiement du prix est échelonné³³⁶⁷.

649 Fiscalité de l'*istisna* parallèle. L'*istisna* étant aisément assimilable à un contrat d'entreprise, l'Administration fiscale a jugé opportun de ne développer que le régime applicable à l'*istisna* parallèle³³⁶⁸. Elle relève que, dans cette opération, la rémunération du financier se compose de ce qu'elle qualifie de « revenu » et de « commission » du financier³³⁶⁹. Le revenu constitue la contrepartie du différé de paiement accordé au client, tandis que la commission correspond à la rémunération du financier au titre de sa seule intermédiation. A l'instar de sa doctrine concernant la *murabaha*, l'Administration précise que le revenu du financier est « assimilable, sur le plan fiscal, aux intérêts dus durant la période considérée dans le cadre d'un financement conventionnel »³³⁷⁰. La commission, de même que les autres éléments du prix, sont quant à eux taxables selon les règles du droit commun³³⁷¹.

L'opération d'*istisna* parallèle bénéficie ainsi d'une fiscalité neutre qui la place sur le même plan qu'un financement conventionnel³³⁷², mais il convient pour cela de respecter un certain nombre de conditions. Une première tient à la qualité du financier qui doit être un établissement de crédit³³⁷³. Les autres sont relatives au contenu du contrat et imposent aux parties un certain formalisme. L'Administration fiscale exige que « les documents contractuels doivent clairement faire ressortir que l'actif à construire doit être livré au Client, dans un délai qui ne peut excéder six mois après

³³⁶⁷ V. nos développements consacrés à la qualification de la *murabaha* en opération de crédit paragr. 530.

³³⁶⁸ Instr. Fisc. du 23 juill. 2010, BOI n°78b, 4FE/S4/10.

³³⁶⁹ *Ibid.*, paragr. 6 : « Dans ces opérations, le Financier peut être conduit à facturer au Client une Commission au titre de son rôle d'intermédiation, ainsi qu'une marge (« Revenu ») au titre du différé de paiement accordé au Client ».

³³⁷⁰ *Ibid.*, paragr. 10.

³³⁷¹ *Id.*

³³⁷² *Id.* : « Dans ce cadre, les règles fiscales doivent être appliquées pour le Financier, en regardant le Revenu comme un flux d'intérêts que produirait un financement conventionnel équivalent, et pour le Client, comme un flux d'intérêts qu'il acquitterait dans le cadre d'un financement conventionnel équivalent ».

³³⁷³ *Ibid.*, paragr. 8. L'Administration prévoit cependant des exceptions, notamment si le financier ne réalise pas des opérations de crédit à titre habituel ou selon les cas prévus aux articles L. 511-6 et L. 511-7 du Code monétaire et financier.

son achèvement »³³⁷⁴. Ces documents doivent en outre indiquer le prix total d'acquisition de l'actif et permettre d'identifier « *comptablement et fiscalement* » le prix d'acquisition de l'actif par le financier, le revenu de ce dernier et sa commission. Le revenu doit être connu au moyen « *d'un échéancier annexé au contrat, distinguant le remboursement du prix d'acquisition, le paiement du Revenu et le paiement de la Commission* »³³⁷⁵. Les parties doivent encore stipuler expressément que le revenu constitue la contrepartie du différé de paiement accordé au client³³⁷⁶. Enfin, il faut que le contrat mentionne que l'opération s'inscrit dans le cadre juridique et fiscal défini par l'instruction³³⁷⁷.

650 Critique de l'*istisna* parallèle. Dans le domaine de la construction, l'*istisna* parallèle présente plusieurs inconvénients qui amènent à douter de l'opportunité d'y recourir. En premier lieu, la technique fait peser sur le financier, en raison de son intermédiation, des contraintes légales qui lui sont d'ordinaire étrangères. Que le contrat soit une vente d'immeuble à construire ou un louage d'ouvrage soumis au droit commun, le financier est tenu envers son client des diverses garanties d'ordre public. En deuxième lieu, il existe un risque de requalification du second contrat en sous-traitance, ce qui aurait pour effet, notamment en raison de l'action directe, de créer un lien entre les actes que le *fiqh* prohibe³³⁷⁸. Enfin, l'*istisna* parallèle apparaît inadaptée pour la réalisation de projets d'envergure qui impliquent par nature plusieurs parties.

651 Alternative à l'*istisna* parallèle. Pour éluder ces contraintes, il paraît préférable de constituer une société *ad hoc* encore désignée sous l'expression anglaise de *special purpose vehicle* en matière de financement de projets³³⁷⁹. Dans un tel schéma, le financier et le client sont associés, mais le premier détient la plupart des parts sociales qui seront progressivement achetées par le second. Pour ce faire, les parties peuvent prévoir, au moyen d'un accord extra-statutaire, que le financier consent plusieurs

³³⁷⁴ *Ibid.*, paragr. 7.

³³⁷⁵ *Id.*

³³⁷⁶ Pour satisfaire à cette condition l'Administration propose une clause type : « la contrepartie du différé de paiement accordé à l'acquéreur par le vendeur, l'acquéreur s'obligeant à payer au vendeur le Revenu du Financier jusqu'à la date de paiement effectif de l'intégralité du prix », v. *Id.*

³³⁷⁷ *Id.*

³³⁷⁸ V. *supra* paragr. 629.

³³⁷⁹ Pour un avis similaire, v. MARTIN-SISTERON, Hugues, *Finance islamique et financement de projets en France*, IRJS, 2012, paragr. 882. L'auteur envisage la création d'un SPV qui pourrait être « une filiale d'une banque islamique » afin notamment d'éviter à l'institution financière d'être tenue des garanties légales imposées au constructeur. Dans le schéma proposé par l'auteur l'institution constitue la société pour ne pas engager directement sa responsabilité. Nous suggérons une autre approche consistant à réunir le financier et son client au sein d'une même société.

promesses unilatérales de vente de ses titres à son client. En vertu du principe de la liberté contractuelle, le droit français ne s'y oppose pas et n'encadre les pactes d'associés qu'à *minima*³³⁸⁰. La réforme du droit des contrats opérée par l'ordonnance du 10 février 2016 les a en outre renforcés³³⁸¹. La technique convainc d'autant plus qu'elle est connue du *fiqh* sous l'appellation de *musharakah* dégressive. Les juristes musulmans reconnaissent sa licéité, mais imposent que la promesse unilatérale de vente, ou d'achat, fasse l'objet d'un accord extra-statutaire³³⁸².

Un autre schéma reposant sur la vente de l'ouvrage entre le financier et le client doit être exclu. En raison de la prohibition du *gharar*, un contrat ne peut avoir pour objet une chose future, à l'exception du *salam* et de l'*istisna*. La promesse unilatérale de contrat ne déroge pas au principe, de sorte qu'il est impossible aux parties de prévoir que le client s'engage à acquérir l'ouvrage après son achèvement.

652 Conclusion section 2. Les atteintes portées par le *salam* et l'*istisna* au principe de l'existence actuelle de l'objet sont telles que certains auteurs remettent en question sa pertinence. Ibn Taymiyya et son disciple Ibn Qayyim le jugent non seulement inutile, dès lors que l'on exige que la chose soit susceptible d'être livrée et suffisamment déterminée, mais aussi sans fondement charaïque³³⁸³. La prohibition des contrats portant sur une chose future, à l'exception du *salam* et de l'*istisna*, repose en effet sur les hadiths interdisant la vente de la chose que l'on ne possède pas³³⁸⁴. Or ces récits ne devraient pas, selon certains auteurs, recevoir une interprétation extensive. Le Prophète aurait entendu interdire uniquement la vente de la chose d'autrui et non la vente d'une chose future³³⁸⁵. Le *gharar* serait mineur, et le contrat par conséquent valide, dès lors que la chose satisfait aux deux conditions posées par Ibn Taimiyya et Ibn Qayyim³³⁸⁶. Leur raisonnement mérite d'être approuvé à l'aune des nombreuses exceptions au principe. Outre le *salam* et l'*istisna*, l'*ijarah* peut être considéré comme

³³⁸⁰ L'article L. 233-11 du Code de commerce impose notamment que les pactes d'actionnaires soient révélés lorsque les actions de la société sont admises sur un marché réglementé.

³³⁸¹ LAMAZEROLLES, Eddy, « Réforme du droit des contrats et société » in ANDREU, Lionel, MIGNOT, Marc (Dir.), *Les contrats spéciaux et la réforme du droit des obligations*, Institut Universitaire Varenne, LGDJ, 2017 ; GALLOIS-COCHET, « Réforme du droit des contrats, pactes de préférence et promesses unilatérales », *Dr. sociétés* 2016, repère 4.

³³⁸² AAOIFI, Norme charaïque n°12, art. 5.1.

³³⁸³ Ibn TAYMIYYA, *Al-Qiyās*, p. 40, éd. Al-Salafiya, Le Caire ; Ibn Qayyim Al-Jawziyya, *l'lam al-muwaqī'in*, t. II, éd. Munir al-Damasqī, p. 357 cités par LINANT DE BELLEFONDS, Yvon, *Traité de droit musulman comparé, Vol.1: Théorie générale de l'acte juridique*, Mouton et cie., 1965, paragr. 229.

³³⁸⁴ V. notre chapitre consacré au *gharar*.

³³⁸⁵ ZAHRAA, Mahdi, MAHMOR, Shafaii, « The validity of contracts when the goods are not yet in existence in the Islamic Law of sale of goods », *Arab Law Quarterly* 2002, Vol. 17, n°5, p. 379-397, spéc. p. 386.

³³⁸⁶ *Ibid.*, p. 397 ; LINANT DE BELLEFONDS, Yvon, *op. cit.*, paragr. 229.

ayant pour objet une chose future en dépit des arguties de certains *fuqaha* qui considèrent que le contrat n'est véritablement formé qu'au moment de la jouissance de la chose et qu'il se renouvelle au fur et à mesure.

La réception du *salam* et de *l'istisna* est d'autant plus facilitée que le droit français ne prohibe pas les contrats ayant pour objet une chose future. Le *salam* peut ainsi aisément être assimilé à un contrat de vente avec délivrance à terme de la chose. Selon l'ouvrage à réaliser, *l'istisna* peut être qualifié tantôt de contrat de vente, tantôt de contrat d'entreprise lorsqu'il est exigé de l'entrepreneur un travail spécifique. Cette distinction se retrouve en matière immobilière selon que le maître de l'ouvrage est propriétaire ou non du terrain sur lequel sera bâti l'édifice. En ce domaine, le législateur français impose aux parties un certain nombre de règles qui ne constituent en rien un obstacle à la réception du contrat *istisna* puisqu'on les retrouve dans le *fiqh*. C'est le cas notamment des garanties dont est tenu le constructeur et auxquelles les parties ne peuvent renoncer dans les deux systèmes juridiques.

653 Conclusion chapitre 1. La réception des financements islamiques reposant sur la vente est possible en faisant application du cadre juridique prévu pour différents contrats nommés du droit français. A nouveau, le principe de la liberté contractuelle s'avère être un atout majeur dans cette entreprise en permettant aux parties de déroger aux règles qui ne revêtent pas un caractère impératif. Il n'est ainsi pas nécessaire de réformer le droit français, contrairement à ce qu'a pu suggérer le rapport JOUINI-PASTRE. Ses rédacteurs avaient notamment proposé d'exonérer le financier de la garantie des vices cachés³³⁸⁷. Les *fuqaha* ne s'opposent pas, s'agissant de la *murabaha*, aux clauses limitatives ou exclusives de garantie, mais leur stipulation est laissée à la discrétion des parties. Dans ce contrat, la marge bénéficiaire du vendeur se justifie, pour partie, par les risques auxquels il s'expose parmi lesquels la défectuosité de la chose. A cet égard, conserver l'obligation de garantie du vendeur permet d'atténuer les critiques adressées à la *murabaha* quant à sa proximité avec les financements à intérêts. Les clauses limitatives ou exclusives de garantie sont en revanche expressément exclues dans *l'ijarah* et *l'istisna*. Ces contrats, bien que qualifiés de vente dans le *fiqh*, doivent en revanche suivre un autre régime. Lorsqu'il s'accompagne d'une promesse de vente, *l'ijarah* doit se voir appliquer les règles régissant le crédit-bail. *L'istisna* peut

³³⁸⁷ JOUINI, Elyes, PASTRÉ, Olivier, MESTRALLET, Gérard *et al.*, *La finance islamique*, Economica, 2009, p. 108.

être tantôt qualifié de vente, tantôt de contrat d'entreprise selon la chose à réaliser. Quant au *salam*, le droit français ne partageant pas l'hostilité du *fiqh* à l'égard des prestations futures, sa réception ne pose aucune difficulté.

La méthode de réception des contrats islamiques par application du droit positif peut être étendue aux contrats reposant sur l'association.

Chapitre 2 : Les contrats reposant sur l'association

654 Condamnation de la thésaurisation. Le Coran enjoint aux musulmans de ne pas accumuler les richesses et de les dépenser utilement soit à travers l'investissement soit en accomplissant l'aumône³³⁸⁸. Plus encore, celui qui thésaurise s'expose au courroux divin : « *Annonce un châtement douloureux à ceux qui thésaurisent l'or et l'argent sans rien dépenser dans le chemin de Dieu, le jour où ces métaux seront portés à incandescence dans le Feu de la Géhenne et qu'ils serviront à marquer leurs fronts, leurs flancs et leurs dos : "Voici ce que vous thésaurisiez ; goûtez ce que vous thésaurisiez"* »³³⁸⁹. Cette condamnation coranique est confirmée par un hadith rapporté dans le *Sahîh* de Muslim, selon lequel le Prophète aurait déclaré que seul le pécheur thésaurise³³⁹⁰.

655 L'association (*sharikah*). La vente constitue le contrat type à partir duquel les juristes musulmans raisonnent pour établir les règles applicables aux actes juridiques, mais l'association se présente comme le contrat idéal en ce qu'elle repose sur le principe du partage des profits et des pertes. Les parties, en tant qu'associés, œuvrent à la réalisation d'une entreprise commune. Dans le domaine de la finance islamique, les financements reposant sur l'association sont ainsi dits participatifs, par opposition aux contrats basés sur la vente impliquant quant à eux un endettement³³⁹¹. Bien que chacune appartienne à la catégorie des *sharikat*, les sociétés en droit islamique, il est traditionnellement distingué entre la *mudarabah* (I) et la *musharakah* (II).

³³⁸⁸ Coran, sourate 24, verset 33 « [...] et donnez-leur des biens que Dieu vous a accordés » ; sourate 57, verset 7 : « Croyez en Dieu et en son Prophète. Donnez en aumônes ce dont il vous a fait les dispensateurs ».

³³⁸⁹ Ibid., sourate 9, versets 34-35.

³³⁹⁰ *Sahîh Muslim*, hadith n°1605. Le hadith est également cité dans le Sunan d'Ibn Majah, hadith n°2154.

³³⁹¹ V. à titre d'illustration, CAUSSE-BROQUET, Geneviève, *La finance islamique*, 2^e éd., RB éd., 2012, p. 51 SAÏDANE, Dhafer, *La finance islamique à l'heure de la mondialisation*, 2^e éd., RB éd., 2011, p. 74 JOUABER SNOUSSI, Kaouther, *La finance islamique*, La Découverte, 2012, p. 23 RUIMY, Michel, *La finance islamique*, A. Fanel, 2008, p. 94.

Section 1 : La *mudarabah*

656 Définition. Selon le Pr Sélim JAHEL, le terme « *mudarabah* » procède de « *daraba* » qui signifie en arabe voyager, se déplacer à la recherche de profits³³⁹². Son emploi est attesté en Irak tandis que le contrat serait désigné sous le terme « *qirad* » en Arabie³³⁹³. A ces deux dénominations s'ajoutent celles de « *mu'amalah* »³³⁹⁴ et de « *muqarada* »³³⁹⁵. Chacune désigne le contrat par lequel deux personnes au moins instituent une société en vue d'en partager les profits, l'une apportant le capital (*rab al-mal*), l'autre son expertise (*mudarib*)³³⁹⁶. Dans la *mudarabah*, en raison de sa nature, les pertes sont supportées par le *rab al-mal* à hauteur du capital investi. Elle appartient à la catégorie des actes reposant sur la confiance (*al-amanah*)³³⁹⁷, ce qui suppose que le contrat est conclu *intuitu personae*. La *mudarabah* est d'ailleurs moins considérée par les juristes musulmans comme une société que comme une variété de mandat. L'AAOIFI précise ainsi que, pour conclure une *mudarabah*, les parties doivent avoir la capacité de donner et recevoir mandat³³⁹⁸. Si le contrat est parfois décrit comme un mandat³³⁹⁹, il ne saurait y être assimilé véritablement. Certes le mandat peut être rémunéré, mais le mandataire perçoit alors une somme déterminée³⁴⁰⁰. La *mudarabah*

³³⁹² JAHEL, Sélim, *La place de la Chari'a dans les systèmes juridiques des pays arabes*, Éd. Panthéon-Assas, 2012, p. 354. L'auteur précise que le terme « *darb* » désigne le chemin.

³³⁹³ EBRAHIM, Muhammed-Shahid, SHEIKH, Mustapha, « The "Muḍāraba" Facility: Evolution, Stasis and Contemporary Revival », *Arab Law Quarterly* 2015, n°3, p. 253 ; EL-GAMAL, Mahmoud, *Finance islamique*, De Boeck, 2010, p. 157. Le terme « *qirad* » se rencontre au sein des écoles malékites et shaféites, v. VISSER, Hans, *Islamic finance*, Edward Elgar, 2009, p. 54.

³³⁹⁴ AAOIFI, Norme charaïque n°13, art. 4.1.

³³⁹⁵ AL-ZUHAYLI, Wahbah, EL-GAMAL, Mahmoud (Trad.), *Financial transactions in Islamic jurisprudence*, vol. 1, Dar Al-Fikr, 2001, p. 489.

Sur l'interchangeabilité des termes « *qirad* », « *mudarabah* » et « *muqarada* » v. UDOVITCH, Abraham Labe, v° *Kirad* in BEARMAN, Peri, BLANQUIS, Thierry, BOSWORTH, Clifford Edmund, VAN DONZEL, Emeri Johannes, HEINRICH (Dir.), *Encyclopédie de l'Islam*, Brill, 2010 [En ligne]. Disponible sur < <https://referenceworks.brillonline.com/browse/encyclopedia-de-l-islam> > (Consulté le 22 septembre 2022)

³³⁹⁶ L'AAOIFI propose une définition concise : « *la mudarabah (commandite) est un contrat de société à but lucratif liant le bailleur de fonds à travers son apport en capital d'une part et le mudarib (commandité) à travers son apport en industrie d'autre part* », v. AAOIFI, Norme charaïque n°13, art. 2. La traduction proposée par l'association PARIS EUROPLACE est supérieure : « *La mudarabah est une société (charika) instituée en vue de partager le profit et dans laquelle rab al-mal (sic) apporte les biens et le mudarib son expertise* » v. *Finance islamique : les normes de conformité de l'AAOIFI*, ESKA, 2013, p. 205.

Une autre définition peut être trouvée au sein de la *Medjellé* en son article 1404 : « *La Société moudarébé est celle où l'un des associés apporte un capital en nature et l'autre associé son industrie seulement* ». D'après la traduction d' ARISTARCHI BEY, Grégoire, *Législation ottomane*, Sixième partie contenant le Code civil ottoman, Livre IX-XVI. Constantinople : Bureau du Journal Thraky : 1888.

Sur la possibilité d'avoir une pluralité de *mudarib* et de *rab al-mal* v. AL-ZUHAYLI, Wahbah, EL-GAMAL, Mahmoud (Trad.), *op. cit.*, p. 492 et COMAIR-OBEID, Nayla, *Les contrats en droit musulman des affaires*, Economica, 1995, p. 177.

³³⁹⁷ AAOIFI, Norme charaïque n°13, art. 4.4.

³³⁹⁸ *Ibid.*, art. 4.2. Cette exigence est aussi rapportée par Al-Zuhayli, v. AL-ZUHAYLI, Wahbah, EL-GAMAL, Mahmoud (Trad.), *op. cit.*, p. 493.

³³⁹⁹ BEN ISH'ÂQ, Khalil, BOUSQUET, Georges-Henri (trad.), *Abrégé de la loi musulmane selon le rite de l'imâm Malek*, t. 3 : Le patrimoine, La Maison des livres, Alger, 1961, p. 119.

³⁴⁰⁰ V. sur ce point AAOIFI, Norme charaïque n°23, art. 4.2.3.

implique en revanche un partage des profits générés par le capital³⁴⁰¹. Les juristes de l'AAOIFI la distinguent néanmoins de la société (*sharika*) en invoquant deux arguments³⁴⁰². Selon le premier, le droit aux profits des associés résulte des apports au capital social tandis qu'il découle pour le *mudarib* du travail accompli. Selon le second, la société repose sur le travail de l'ensemble des associés alors qu'il n'est fourni que par le *mudarib* dans le cadre d'une *mudarabah*. Cet avis est partagé par l'islamologue Joseph SCHACHT qui considère qu'elle « *n'est pas une véritable société* »³⁴⁰³.

657 Fondements charaïques. La *mudarabah* reposant sur l'idéal islamique de partage des profits et de création de la richesse par le travail et l'investissement, sa licéité repose sur de nombreuses sources du droit islamique. Les jurisconsultes invoquent en sa faveur deux versets du Coran, l'un évoquant les hommes qui « *parcourent la terre à la recherche des bienfaits de Dieu* »³⁴⁰⁴, l'autre énonçant : « *lorsque la prière est achevée, dispersez-vous dans le pays ; recherchez la grâce de Dieu ;[...]* »³⁴⁰⁵. Si Al-Zuhayli concède qu'il est difficile d'établir un lien entre la *mudarabah* et ces versets de prime abord, il s'en déduirait néanmoins la reconnaissance implicite du droit de travailler avec le capital d'autrui en contrepartie d'une part des profits³⁴⁰⁶. S'agissant de la *Sunnah* un hadith rapporte qu'Abbas ibn 'Abd al-Muttalib avait pour habitude, lorsqu'il concluait une *mudarabah*, de stipuler certaines conditions restreignant les pouvoirs du *mudarib* sans que le Prophète ne s'y oppose³⁴⁰⁷. Ce dernier aurait en outre déclaré qu'il y a des bienfaits dans trois choses parmi lesquelles la *mudarabah*³⁴⁰⁸. Il convient toutefois de remarquer qu'aucun des hadiths ne figure parmi les *Sahîh* d'Al-Bukhari et de Muslim. Des auteurs soutiennent que Mahomet aurait pratiqué lui-même la *mudarabah* en tant que *mudarib* avec Khadîdja, sa future épouse, qui appartenait à une famille de riches marchands³⁴⁰⁹. Les actes du Prophète n'étant pas sujets à critique,

³⁴⁰¹ Pour un avis similaire, v. Al-Zuhayli, v. AL-ZUHAYLI, Wahbah, EL-GAMAL, Mahmoud (Trad.), *op. cit.*, p. 487.

³⁴⁰² AAOIFI, Norme charaïque n°13, Annexe C.

³⁴⁰³ L'auteur ajoute « *elle consiste en relations fiduciaires (amâna) et en une procuration, elle ne devient société que dans la limite où le bénéfice est en cause* », v. SCHACHT, Joseph, *Introduction au droit musulman*, Maisonneuve et Larose, 1999, p. 132.

³⁴⁰⁴ Coran, Sourate 73, verset 20. Ce verset est expressément cité par l'AAOIFI comme fondement de la validité de la *mudarabah*, v. AAOIFI, Norme charaïque n°13, Annexe B.

³⁴⁰⁵ Coran, sourate 62, verset 10. L'AAOIFI ne mentionne pas cet autre verset contrairement au juriste hanéfite Al-Zuhayli, v. AL-ZUHAYLI, Wahbah, EL-GAMAL, Mahmoud (Trad.), *op. cit.*, p. 488.

³⁴⁰⁶ AL-ZUHAYLI, Wahbah, EL-GAMAL, Mahmoud (Trad.), *op. cit.*, p. 488.

³⁴⁰⁷ Al-Bayhaqî, Sunan Al-Kubrâ, 6:111, cité par AAOIFI, Norme charaïque, n°13, Annexe B et AL-ZUHAYLI, Wahbah, EL-GAMAL, Mahmoud (Trad.), *op. cit.*, p. 488.

³⁴⁰⁸ *Sunan Ibn Majah*, hadith n°2289. Le Sunan d'An-Nasa'i contient deux autres hadiths desquels on infère la validité de la *mudarabah*, v. hadith n°3928 et hadith n°3935.

³⁴⁰⁹ EBRAHIM, Muhammed-Shahid, SHEIKH, Mustapha, *op. cit.*, p. 254 ; ³⁴⁰⁹ AL-ZUHAYLI, Wahbah, EL-GAMAL, Mahmoud (Trad.), *op. cit.*, p. 489 ; COMAIR-OBEID, Nayla, *Les contrats en droit musulman des affaires*, Economica, 1995, p. 177.

le contrat serait nécessairement licite. Le véritable fondement de la licéité de la *mudarabah* apparaît être cependant le consensus des juristes à son égard en dépit de son origine préislamique³⁴¹⁰. L'AAOIFI reconnaît que le contrat répond à la double nécessité d'offrir une alternative à la prohibition du prêt à intérêt ainsi que de faciliter les investissements en autorisant les partenariats entre les capitalistes et les personnes disposant d'une expertise. Or l'intérêt général de la communauté constitue une source du droit qui peut être invoquée en faveur de la *mudarabah*³⁴¹¹. Contrairement au *riba*, le profit est licite car les parties se le partagent et s'exposent chacune à un risque, le *rab al-mal* en perdant le capital et le *mudarib* en ne percevant aucune rémunération en dépit du travail accompli³⁴¹².

Bien que le régime islamique de la *mudarabah* (I) rappelle la société en commandite, la définition d'un cadre juridique français du contrat amène à considérer le contraire (II).

I] Le cadre juridique islamique de la mudarabah

658 Un contrat, deux usages. Ainsi qu'il ressort de la norme de l'AAOIFI qui lui est consacrée, la *mudarabah* se prête à deux usages. L'un, classique, consiste à recourir au contrat afin de constituer une sorte de société en commandite (A). L'autre, moderne et issu de la pratique, fait de la *mudarabah* le support des comptes d'investissement (B).

A) La mudarabah en tant que société en commandite

659 Force obligatoire du contrat. Les *fuqaha* opérant un rapprochement entre la *mudarabah* et le mandat, ils considèrent que celle-ci est librement révocable par l'une des parties³⁴¹³. Le principe connaît toutefois deux exceptions que l'AAOIFI emprunte à l'école malékite³⁴¹⁴. En premier lieu, le contrat ne peut être révoqué si le *mudarib* a commencé à l'exécuter³⁴¹⁵. En second lieu, il n'est pas permis de mettre fin à la

³⁴¹⁰ AAOIFI, Norme charaïque n°13, Annexe B ; AL-ZUHAYLI, Wahbah, EL-GAMAL, Mahmoud (Trad.), *op. cit.*, p. 489

³⁴¹¹ Pour un avis similaire, v. HIMEUR, Chihab Mohammed, *Les contrats de la finance islamique*, Larcier, 2018, p. 125.

³⁴¹² SALEH, Nabil A, *Unlawful gain and legitimate profit in Islamic law*, Cambridge University Press, 1986, p. 104.

³⁴¹³ AAOIFI, Norme charaïque n°13, art. 4.3.

³⁴¹⁴ Sur les exceptions malékites au principe, v. AL-ZUHAYLI, Wahbah, EL-GAMAL, Mahmoud (Trad.), *op. cit.*, p. 493. e

³⁴¹⁵ *Ibid.*, art. 4.3.1. L'AAOIFI justifie cette dérogation au principe par le préjudice que subirait le *mudarib* qui ne pourrait percevoir de rémunération si le *rab al-mal* venait à révoquer le contrat, v. l'annexe B accompagnant la norme citée.

mudarabah unilatéralement lorsque les parties ont stipulé une durée déterminée³⁴¹⁶. A l’opposé Abu Hanifa, Malek et Ibn Hanbal, fondateurs éponymes des *madhâhib* sunnites, considéraient que le contrat demeurerait révocable même après avoir reçu un commencement d’exécution³⁴¹⁷. La consécration des règles malékites par l’AAOIFI permet de conférer une sécurité accrue à la *mudarabah* en la préservant de l’arbitraire de l’une des parties.

660 Deux formes de *mudarabah*. A l’instar du mandat, la *mudarabah* peut être conclue sous une forme qui restreint les pouvoirs du *mudarib*. Elle prend alors le nom de *mudarabah muqayyadah* (limitée ou restreinte) et permet au *rab al-mal* de limiter les investissements à un lieu ou à un domaine spécifique, sous réserve que cela n’entrave pas outre mesure l’activité du *mudarib*³⁴¹⁸. Sa validité repose sur l’avis d’Abu Hanifa et de Ibn Hanbal qui s’opposent sur ce point à Malek et Al-Shafi’i³⁴¹⁹. Selon ces derniers, la *mudarabah* ne doit connaître aucune restriction (*mudarabah mutlaqah*), ce qui confère au *mudarib* un large pouvoir discrétionnaire³⁴²⁰. Pour autant, celui-ci ne doit commettre aucun abus ou négligence, sous peine d’engager sa responsabilité. Il lui appartient d’agir conformément aux usages et respecter l’objet de la *mudarabah*³⁴²¹.

661 Capital de la *mudarabah*. Le capital doit, à peine de nullité, être déterminé, quant à son espèce et à sa quotité, afin d’éliminer tout risque de *gharar* et de permettre la détermination du profit³⁴²². L’apport en numéraire constitue le principe dans la *mudarabah*, mais les apports en nature sont admis sous réserve que la valeur de l’actif soit évaluée par un expert ou selon une méthode déterminée par les parties³⁴²³. La règle énoncée par l’AAOIFI contraste avec la position traditionnelle des *fuqaha*. Al-Zuhayli rapporte en effet que la majorité d’entre eux exclut les apports en nature au motif que l’évaluation de l’actif engendre le *gharar*³⁴²⁴. Ils s’opposent en cela à l’avis d’Abu Hanifa, d’Ibn Hanbal et de Malek qui admettaient le contraire³⁴²⁵. Il semble que la

³⁴¹⁶ *Ibid.*, art. 4.3.2.

³⁴¹⁷ AL-ZUHAYLI, Wahbah, EL-GAMAL, Mahmoud (Trad.), *op. cit.*, p. 493

³⁴¹⁸ AAOIFI, Norme charaïque n°13, art. 5.2.

³⁴¹⁹ AL-ZUHAYLI, Wahbah, EL-GAMAL, Mahmoud (Trad.), *op. cit.*, p. 490 ; SALEH, Nabil A, *Unlawful gain and legitimate profit in Islamic law*, Cambridge University Press, 1986, p. 104 EL-GAMAL, Mahmoud, *Finance islamique*, De Boeck, 2010, p. 158.

³⁴²⁰ AAOIFI, Norme charaïque n°13, art. 5.2.

³⁴²¹ *Id.* ; TOUSSI, Ali, *Le taux d’intérêt dans un système financier islamique*, L’Harmattan, 2010, p. 91.

³⁴²² *Ibid.*, art 7.3.

³⁴²³ AAOIFI, Norme charaïque n°13, art. 7.1.

³⁴²⁴ AL-ZUHAYLI, Wahbah, EL-GAMAL, Mahmoud (Trad.), *op. cit.*, p. 493.

³⁴²⁵ *Ibid.*, p. 494.

norme de l'AAOIFI, bien qu'elle n'en fasse pas mention, reprenne l'avis de ces grands maîtres³⁴²⁶. S'il n'est pas qualifié comme tel en droit islamique, le travail accompli par le *mudarib* s'apparente à un apport en industrie. Le *rab al-mal* ne peut apporter au capital une créance qu'il détiendrait à l'égard du *mudarib* ou d'une tierce personne³⁴²⁷. Il est en outre nécessaire que le capital soit libéré, intégralement ou du moins partiellement, dès la formation du contrat afin que le *mudarib* puisse en disposer pour accomplir son obligation³⁴²⁸. La norme de l'AAOIFI n'aborde pas la question de l'augmentation de capital de la *mudarabah*. Il semble que celui-ci ne puisse faire l'objet de modifications en raison du principe de son intangibilité³⁴²⁹. L'augmentation de capital pourrait toutefois être réalisée en se référant à l'avis des juristes malékites qui admettent que le *rab al-mal* réalise plusieurs apports, notamment si le *mudarib* le réclame³⁴³⁰.

662 Répartition des bénéfices. Les parties doivent déterminer, à peine de nullité de la *mudarabah*, les modalités de répartition des bénéfices afin d'éviter tout litige. Chaque partie se voit attribuer un pourcentage indivis du profit, ce qui exclut que le contrat prévoie le versement d'une somme forfaitaire³⁴³¹. De même, l'une des parties ne peut, en vertu du contrat *mudarabah*, recevoir à la fois une part du profit et une rémunération pour le travail accompli. Il est néanmoins admis que les parties conviennent, par acte séparé, que l'une d'elles puisse être rémunérée pour un travail accompli en dehors de la *mudarabah*, sous réserve que ce contrat soit indépendant et, partant, survive à la disparition de la société³⁴³². Le contrat *mudarabah* doit stipuler la clé de répartition des profits, mais il est possible pour les parties de la modifier ultérieurement par consentement mutuel³⁴³³. A défaut, la norme de l'AAOIFI énonce qu'il convient de se référer aux usages et, en leur absence, de retenir la nullité du contrat³⁴³⁴. La *Medejllé*

³⁴²⁶ Pour un avis similaire, v. EL-GAMAL, Mahmoud, *Finance islamique*, De Boeck, 2010, p. 159. Dans l'annexe B accompagnant la norme, l'AAOIFI justifie l'admission des apports en nature par l'objectif de la *mudarabah* qui est de réaliser un profit, ce qui n'empêche pas un tel apport. L'organisation fonde cet argument sur l'avis des *fuqaha* Ad-Dasuqi et d'Ibn Qudama, respectivement malékite et hanbalite. Il convient de remarquer que le Code civil ottoman, en son article 1409, reconnaissait lui aussi la validité des apports en nature bien qu'il excluait certains biens comme les immeubles.

³⁴²⁷ AAOIFI, Norme charaïque n°13, art. 7.2.

³⁴²⁸ *Ibid.*, art. 7.4 ; AL-ZUHAYLI, Wahbah, EL-GAMAL, Mahmoud (Trad.), *op. cit.*, p. 494 et s.

³⁴²⁹ Ce principe est perceptible aux articles 8.7 et 8.8 de la norme n°13 et 3.1 et suivants de la norme n°40 de l'AAOIFI. Il est encore affirmé dans les annexes accompagnant ces normes. Si ce principe impose davantage que le capital ne peut subir une diminution, il peut être supposé qu'il s'oppose aussi à son augmentation. Cela expliquerait que l'augmentation de capital ne soit pas abordée par l'AAOIFI ou par la *Medjellé*.

³⁴³⁰ AL-ZUHAYLI, Wahbah, EL-GAMAL, Mahmoud (Trad.), *op. cit.*, p. 495.

³⁴³¹ AAOIFI, Norme Charaïque n°13, art. 8.1.

³⁴³² *Ibid.*, art. 8.2.

³⁴³³ *Ibid.*, art. 8.3.

³⁴³⁴ *Ibid.*, art. 8.4.

consacrait un autre principe, son article 1411 affirmant qu'en l'absence de détermination des quotes-parts attribuées à chaque partie, le partage devait opérer à parts égales. Cette règle est également rapportée par Al-Zuhayli qui la fonde sur un verset du Coran prônant l'égalité³⁴³⁵. Bien que l'une des parties ne puisse recevoir une somme forfaitaire, il est admis qu'elle perçoive la fraction excédentaire des profits dépassant un seuil déterminé par commun accord, car cela ne porte pas atteinte au principe du partage des profits et des pertes³⁴³⁶. *Le rab al-mal* ne peut cependant faire deux apports distincts au capital, de sorte qu'il reçoive les profits de l'un et le *mudarib* les profits de l'autre³⁴³⁷. De même, l'une des parties ne peut se voir attribuer les bénéfices liés à une opération spécifique de la *mudarabah*³⁴³⁸.

663 Distribution des bénéfices. Les parties ne peuvent percevoir de bénéfices que sous réserve d'observer le principe de l'intangibilité du capital impliquant que la valeur des actifs de la *mudarabah* lui soit supérieure³⁴³⁹. Cette valeur se détermine à l'occasion de la liquidation fictive (*al-tandid al-hukmi*) ou effective (*al-tandid al-haqiqi*) des biens de la *mudarabah*³⁴⁴⁰. La première consiste en une évaluation monétaire réalisée par des experts tandis que la seconde s'entend de la transformation de tous les actifs en monnaie et du recouvrement de toutes les créances³⁴⁴¹. Si l'une des opérations réalisées par le *mudarib* engendre une perte, elle doit être imputée sur les autres. Ainsi les pertes antérieures sont reportées sur les opérations futures. Si, lors de la liquidation, les pertes sont supérieures au profit, le capital de la *mudarabah* est diminué d'un montant égal³⁴⁴². Il est permis de distribuer aux parties des acomptes sur dividendes qui seront revus, si nécessaire, lors de la liquidation fictive ou effective³⁴⁴³. L'AAOIFI, pas plus que les auteurs classiques, ne précisent expressément quand doit avoir lieu le *tandid*. Un guide élaboré par la Banque Centrale d'Afghanistan suggère qu'il appartient aux parties de

³⁴³⁵ AL-ZUHAYLI, Wahbah, EL-GAMAL, Mahmoud (Trad.), *op. cit.*, p. 495. Le texte coranique invoqué est le douzième verset de la quatrième sourate relatif aux dévolutions successorales.

³⁴³⁶ AAOIFI, Norme charaïque n°13, art. 8.5.

³⁴³⁷ *Ibid.*, art. 8.6.

³⁴³⁸ *Id.*

³⁴³⁹ *Ibid.*, art. 8.7 ; Résolution n°30 (5/4) de l'Académie Internationale du Fiqh Islamique.

³⁴⁴⁰ AAOIFI, Norme charaïque n°40, art. 3.1.2.1 ; BANK NEGARA MALAYSIA, *Mudarabah*, 20 avril 2015, p. 13. Disponible sur : <https://www.bnm.gov.my/documents/20124/938039/Mudarabah.pdf/2ea1c2df-b084-1b3b-f640-d7993d1e38ea?t=1592218042807> (Consulté le 27 septembre 2022).

³⁴⁴¹ *Id.*

³⁴⁴² AAOIFI, Norme charaïque n°13, art. 8.7.

³⁴⁴³ *Ibid.*, art. 8.8.

le déterminer par consentement mutuel³⁴⁴⁴. On infère, d'une norme de l'AAOIFI relative à la *mudarabah* comme support des comptes bancaires d'investissement, que le *tandid* doit être réalisé à l'issue de chaque exercice comptable³⁴⁴⁵.

664 Gestion de la *mudarabah*. Le *mudarib* est tenu d'assurer une gestion prudente et raisonnable de la *mudarabah*³⁴⁴⁶. A défaut, il engage sa responsabilité et devient garant du capital³⁴⁴⁷. En vue de satisfaire à son obligation, le *mudarib* peut accomplir tout acte pertinent dès lors que le *rab al-mal* n'a apporté aucune restriction à son activité. Le contrat est alors qualifié de *mudarabah* pure et simple (*mudarabah mutlaqah*)³⁴⁴⁸. Le *rab al-mal* peut aussi restreindre les pouvoirs du *mudarib* en l'obligeant notamment à investir le capital de la *mudarabah* à un moment, dans un lieu ou dans un secteur déterminé (*mudarabah muqayyadah*). Ces restrictions ne doivent toutefois pas limiter outre mesure les prérogatives du *mudarib* en rendant impossible l'exécution de son obligation³⁴⁴⁹. Le *rab al-mal* ne peut en outre exiger d'être associé dans la réalisation des actes de gestion en imposant sa participation ou sa consultation préalable³⁴⁵⁰. Le *mudarib* est tenu d'assurer la gestion de la *mudarabah* sans pouvoir percevoir une contrepartie autre que son droit au profit éventuel³⁴⁵¹. S'il charge un tiers d'accomplir un acte qui relève de son obligation, il doit conclure, à ses frais, un contrat *ijarah*. En revanche, si le tiers accomplit un travail qui ne relève pas des obligations du *mudarib*, les frais sont supportés par la *mudarabah*³⁴⁵². En dépit de la forme de la société, certains actes sont proscrits par nature au *mudarib*. Il lui est ainsi interdit de vendre un bien en dessous du prix du marché ou d'acheter un bien à un prix supérieur au marché, à moins qu'il n'y trouve un intérêt manifeste pour la *mudarabah*³⁴⁵³. Il ne peut non plus octroyer un prêt ou disposer d'un bien à titre gratuit y compris au bénéfice d'une fondation charitable. Il ne lui est permis de renoncer à un droit lié à une opération de *mudarabah*

³⁴⁴⁴ DA AFGHANISTAN BANK, *Mudarabah Product Guide*, 2018, p. 16. Disponible sur <<https://dab.gov.af/sites/default/files/2018-12/23MudharabahProductGuidedgdfhg121201612141147553325325.pdf>> (Consulté le septembre 2022)

³⁴⁴⁵ AAOIFI, Norme charaïque n°40, art. 3.2.1.

³⁴⁴⁶ AAOIFI, Norme charaïque n°13, art. 9.

³⁴⁴⁷ *Ibid.*, art. 4.4. A cet égard, le *rab al-mal* peut exiger du *mudarib* la constitution de garanties, v. *ibid.*, art. 6.

³⁴⁴⁸ *Ibid.*, art. 9.1. La norme de l'AAOIFI consacrée à la *mudarabah* énumère les actes susceptibles d'être accomplis par le *mudarib*. Il en est ainsi de l'investissement dans des secteurs conformes à la charia, du mandat consenti à un tiers, de la vente ou de l'achat à terme, de la fusion de la *mudarabah* avec une société tierce, etc. V. AAOIFI, Norme charaïque n°13, art. 9.1.1 et s.

³⁴⁴⁹ *Ibid.*, art. 9.2.

³⁴⁵⁰ *Ibid.*, art. 9.3.

³⁴⁵¹ *Ibid.*, art. 9.4

³⁴⁵² *Id.*

³⁴⁵³ *Ibid.*, art. 9.5.

qu'à la condition *sine qua non* d'obtenir l'approbation du *rab al-mal*³⁴⁵⁴. Les frais exposés par le *mudarib* dans le cadre de son obligation de gestion sont supportés par la *mudarabah*. A défaut d'accord entre les parties sur ce point, il convient de procéder selon les usages³⁴⁵⁵.

665 Extinction de la *mudarabah*. En raison du rapprochement avec le mandat opéré par les jurisconsultes, le contrat de *mudarabah* peut être révoqué unilatéralement par le *rab al-mal*³⁴⁵⁶. Il prend encore fin par l'accord des deux parties, par la survenance du terme, s'il a été stipulé, par la perte du capital ou le décès du *mudarib*³⁴⁵⁷. L'AAOIFI ignore l'hypothèse de l'incapacité du *mudarib* qui surviendrait au cours de l'exécution du contrat. La *Medjellé* considérait qu'elle constituait une cause de dissolution de la *mudarabah*³⁴⁵⁸. Les hanéfites retenaient autrefois qu'il en allait de même si le *rab al-mal* se rendait apostat, ou s'installait dans un territoire non régi par la charia³⁴⁵⁹. Les *fuqaha* modernes semblent heureusement avoir abandonné cet avis³⁴⁶⁰.

L'assimilation de la *mudarabah* à une variété de mandat par les jurisconsultes permet aux parties d'être dispensées des formalités inhérentes à la constitution d'une société³⁴⁶¹. Elle peut ainsi constituer un support pour les comptes d'investissement conformes à la charia.

B) La mudarabah en tant que support des comptes d'investissement

666 Usage moderne de la *mudarabah*. La pratique a saisi l'intérêt de la *mudarabah* comme alternative islamique aux investissements conventionnels. En vue d'encourager un tel usage, l'AAOIFI y a consacré une norme spécifique. L'organisation rappelle que la *mudarabah* peut, selon la volonté des parties, prendre deux formes dont chacune sert à la création d'un compte d'investissement. Ce dernier peut ainsi être pur et simple,

³⁴⁵⁴ *Ibid.*, art. 9.6.

³⁴⁵⁵ *Ibid.*, art. 9.7.

³⁴⁵⁶ *Ibid.*, art. 10.1.1.

³⁴⁵⁷ *Ibid.*, art. 10.1.2 et s. L'AAOIFI précise, lorsque le *mudarib* est une personne morale, que sa disparition s'assimile au décès.

³⁴⁵⁸ *Medjellé*, art. 1429.

³⁴⁵⁹ AL-ZUHAYLI, Wahbah, EL-GAMAL, Mahmoud (Trad.), *op. cit.*, p. 520.

³⁴⁶⁰ Cette cause de dissolution de la *mudarabah* est absente de la *Medjellé* pourtant d'inspiration hanéfite.

³⁴⁶¹ Pour un constat similaire, v. MIRAKHOR, Abbas, ZAIDI, Iqbal, « Profit-and-loss sharing contracts in Islamic finance » in HASSAN M. Kabir et LEWIS Mervyn Keith (dir.), *Handbook of Islamic banking*, Edward Elgar Publishing, 2007, p. 51.

lorsque l'institution financière dispose d'une pleine latitude pour choisir les investissements, ou restreint, si le client impose certaines limitations³⁴⁶².

667 Reprise des règles classiques. Les comptes d'investissement islamiques sont régis par les règles applicables à la *mudarabah*. Dès lors, l'adoption par l'AAOIFI d'une norme qui leur est spécifique peut apparaître superfétatoire. Elle se justifie toutefois en apportant des précisions qui sont absentes de la norme relative à l'usage classique de la *mudarabah* et qui se révèlent nécessaires en raison de la spécificité des comptes d'investissement.

668 Distinction des comptes d'investissement et des comptes ordinaires. L'AAOIFI oppose les comptes bancaires reposant sur la *mudarabah* aux comptes courants et aux comptes de dépôt³⁴⁶³. Ces derniers sont proposés par les établissements de crédit islamiques sur la base du contrat de prêt (*qard*)³⁴⁶⁴. Les *fuqaha* considèrent qu'à défaut de stipulation d'un terme, le prêteur peut demander la restitution de la chose à tout moment³⁴⁶⁵. Ce faisant, le contrat s'avère particulièrement adapté pour les dépôts à vue. Le client peut ainsi, à tout moment, exiger la restitution des sommes versées, sans que l'établissement de crédit ne puisse exiger aucun frais³⁴⁶⁶. En contrepartie, le banquier a le droit d'investir ces sommes, mais il est tenu de les garantir³⁴⁶⁷. Le client, en sa qualité de prêteur, ne peut percevoir de rémunération sous quelque forme que ce soit sans enfreindre la prohibition du *riba*. Les comptes d'épargne, lorsque le titulaire décide de l'affectation des sommes, sont soumis aux règles relatives aux comptes de dépôt. Dans le cas contraire, les juristes de l'AAOIFI les assimilent à des comptes d'investissement³⁴⁶⁸.

Ceux-ci étant assis sur la *mudarabah*, l'établissement de crédit ne garantit pas les sommes déposées, à moins qu'il ne commette une faute engageant sa responsabilité³⁴⁶⁹. La norme de l'AAOIFI ne précise pas si le titulaire du compte d'investissement peut exiger la restitution des fonds à tout moment, autrement dit si les dépôts sont à vue ou

³⁴⁶² AAOIFI, Norme charaïque n°40, art. 2.1.1 et 2.1.2.

³⁴⁶³ *Ibid.*, art. 2.2.

³⁴⁶⁴ *Ibid.*, art. 2.2.1.

³⁴⁶⁵ AAOIFI, Norme charaïque n°19, art. 6.

³⁴⁶⁶ AAOIFI, Norme charaïque n°40, art. 2.2.1.

³⁴⁶⁷ *Id.* et art. 2.2.2.

³⁴⁶⁸ *Ibid.*, art. 2.2.3.

³⁴⁶⁹ *Ibid.*, art. 2.2.1

à terme. L'application des règles de la *mudarabah* classique amène à privilégier la seconde hypothèse. Si le contrat peut en principe être révoqué unilatéralement, il en est autrement si les parties ont stipulé un terme ou si le *mudarib* a commencé à l'exécuter. Dans ce dernier cas, il est nécessaire d'attendre le *tandid*³⁴⁷⁰. Une autre solution peut être retenue en se référant aux avis d'Abu Hanifa, de Malek, et d'Ibn Hanbal qui, par analogie avec le mandat, estimaient que l'une des parties pouvait mettre fin unilatéralement à la *mudarabah* à tout moment³⁴⁷¹. Ainsi, le titulaire du compte pourrait exiger la restitution à vue des sommes déposées. Une telle faculté pourrait se fonder sur la norme de l'AAOIFI qui envisage le retrait de la *mudarabah* sans exiger qu'il n'intervienne à une période spécifique³⁴⁷².

669 Contenu du contrat. L'une des conditions essentielles de validité de la *mudarabah* est la détermination des modalités de répartition des bénéfices. Les parties sont, sur ce point, tenues d'observer les règles classiques³⁴⁷³. Il est ainsi essentiel que le contrat stipule que chacune des parties perçoive un pourcentage déterminé des bénéfices et non une somme forfaitaire. Dans un probable souci de viabilité des banques islamiques, l'AAOIFI consacre certaines pratiques des établissements de crédit conventionnels qu'il est difficile de justifier à l'aune des règles classiques de la *mudarabah*³⁴⁷⁴. Le contrat peut ainsi préciser que l'ouverture du compte engendre des frais à la charge du client. Il est dans ce cas nécessaire que ces frais correspondent à une somme forfaitaire qui ne dépasse pas le prix moyen du marché³⁴⁷⁵. Cette règle se concilie difficilement avec l'interdiction faite d'ordinaire au *mudarib* de percevoir une rémunération en sus de son droit aux bénéfices³⁴⁷⁶. De même, en cas de dépôt de monnaie fiduciaire, l'institution peut réclamer des frais au titre de la compensation des charges de transport, de conservation et de comptage³⁴⁷⁷. Ce rapprochement contestable avec les pratiques bancaires conventionnelles est encore perceptible s'agissant de la modification unilatérale du contrat. L'AAOIFI rappelle que l'institution est tenue, en principe, d'avertir le titulaire du compte de toute évolution des clauses au moyen d'échanges par

³⁴⁷⁰ AAOIFI, Norme charaïque n°13, art. 4.3.

³⁴⁷¹ AL-ZUHAYLI, Wahbah, EL-GAMAL, Mahmoud (Trad.), *op. cit.*, p. 493

³⁴⁷² AAOIFI, Norme charaïque n°40, art. 4.9 et 5.4.

³⁴⁷³ *Ibid.*, art. 4.1 et s.

³⁴⁷⁴ Bien que l'organisation s'abstienne de motiver ce choix, il paraît certain que sa volonté est de réduire, autant que faire se peut, les différences entre les institutions financières islamiques et les autres.

³⁴⁷⁵ AAOIFI, Norme charaïque, art. 2.2.4.

³⁴⁷⁶ Sur cette interdiction, v. AAOIFI, Norme charaïque n°13, art. 8.2.

³⁴⁷⁷ AAOIFI, Norme charaïque n°40., art. 2.2.5.

courrier. Mais elle affirme ensuite qu'en raison de la difficulté et du coût d'un tel procédé, il suffit que l'institution envoie des notifications ou publie ces changements sur son site internet ou par un autre moyen. Le client est réputé les avoir acceptés s'il ne manifeste une volonté contraire à l'issue du terme spécifié par l'institution³⁴⁷⁸.

670 Fonctionnement du compte d'investissement. Les conditions de réalisation et de distribution des bénéfices sont similaires à celles exposées à propos de la *mudarabah* ordinaire. La norme de l'AAOIFI apporte toutefois quelques précisions bienvenues. L'existence du bénéfice ne peut être constatée qu'après la réalisation du *tandid* et la déduction des frais, particuliers et communs, relatifs aux opérations de placement des fonds des comptes d'investissement³⁴⁷⁹. Il faut encore constituer des provisions et des réserves, les premières prévenant la dépréciation des créances douteuses et les secondes permettant d'assurer la distribution d'un bénéfice moyen stable. Il est permis de créer une réserve pour risques d'investissement, mais il convient au préalable de verser au *mudarib* sa quote-part du bénéfice³⁴⁸⁰.

En cas de pluralité d'investisseurs réunis au sein d'une même *mudarabah*, la répartition des bénéfices doit s'opérer selon la méthode des nombres qui prend en considération le montant et la durée des dépôts (unité monétaire x unité de temps)³⁴⁸¹.

Les pertes engendrées par une opération sont imputées sur les bénéfices des autres opérations³⁴⁸². La norme de l'AAOIFI précise que si l'ensemble est déficitaire à l'issue du *tandid*, le « capital » de la *mudarabah* est diminué du montant de la perte³⁴⁸³. Si la réduction de capital se conçoit dans le cadre d'une société, elle apparaît plus difficile s'agissant des comptes reposant sur la *mudarabah* où les dépôts faisant office de capital sont investis. La solution est alors, autant que faire se peut, de prélever le montant de la perte dans les réserves constituées à cet effet.

671 Retrait du compte d'investissement. Le titulaire du compte est en droit de se retirer avec tout ou partie de son montant³⁴⁸⁴. Cet acte s'analyse non pas en un retrait

³⁴⁷⁸ *Ibid.*, art. 2.2.8.

³⁴⁷⁹ *Ibid.*, art. 3.1.2.2. La norme précise que les dépenses exposées par le *mudarib* pour l'accomplissement de son obligation sont exclues.

³⁴⁸⁰ *Ibid.*, art. 3.1.2.3

³⁴⁸¹ *Ibid.*, art. 5.1.

³⁴⁸² *Ibid.*, art. 3.2.1. Contrairement à la norme relative à la *mudarabah* classique, la période de réalisation du *tandid* est ici expressément définie et correspond à la clôture de l'exercice comptable.

³⁴⁸³ *Id.*

³⁴⁸⁴ AAOIFI, Norme charaïque n°40, art. 4.9 et 5.4.

des sommes déposées, mais en une conversion de la quote-part du *rab al-mal* dans les actifs de la *mudarabah*³⁴⁸⁵. Bien que l'AAOIFI ne le précise pas expressément, il semble que l'exercice de ce droit puisse intervenir à tout moment³⁴⁸⁶. L'organisation impose cependant aux parties l'observation de plusieurs conditions. Le titulaire du compte doit renoncer à tout profit non distribué ou latent ainsi qu'à ses droits sur les réserves et provisions. En contrepartie, lorsque le compte réunit plusieurs investisseurs, ceux qui se maintiennent ne peuvent exiger de celui qui se retire qu'il contribue aux pertes latentes³⁴⁸⁷. Lors de la liquidation, la quote-part du sortant sur les réserves et les allocations doit être versée au profit de bonnes œuvres³⁴⁸⁸. En vue de répondre au besoin de liquidités que peut notamment engendrer un retrait, le contrat peut prévoir la possibilité pour la banque de prélever un certain montant sur les sommes déposées³⁴⁸⁹.

672 Comptes d'investissement ou fonds *mudarabah* ? Une lecture attentive de la norme de l'AAOIFI suggère que les règles énoncées conviennent davantage à la mise en place d'un fonds d'investissement islamique qu'à un compte bancaire. Significative est à cet égard, la possibilité pour un même compte d'avoir plusieurs titulaires dont chacun dispose d'un droit de retrait. L'Académie Internationale du Fiqh Islamique a d'ailleurs adopté une résolution relative à l'émission de titres *mudarabah* représentant un droit de propriété sur le capital de la société (*sukuk mudarabah*)³⁴⁹⁰. Ces titres sont d'égales valeurs et confèrent à leurs porteurs les prérogatives reconnues au *rab al-mal*³⁴⁹¹. Ils sont négociables, mais soumis à un régime différent selon l'état du capital. Tant que le *mudarib* n'a pas commencé l'activité et que le capital demeure sous forme monétaire, la négociation et le rachat des titres obéissent aux règles relatives au contrat de change (*sarf*)³⁴⁹². Dès lors que la *mudarabah* est constituée d'une majorité de créances, la négociation de titres doit respecter les règles régissant la cession de créances. En dehors de ces cas, les *sukuk mudarabah* peuvent être librement négociés et rachetés. Il est ainsi envisageable, sur le fondement du contrat *mudarabah*, de créer un fonds d'investissement islamique. Les investisseurs, en qualité de *rab al-mal*,

³⁴⁸⁵ *Ibid.*, art. 4.9.

³⁴⁸⁶ La faculté se déduit des articles cités à la note précédente, v. *supra* notre paragraphe consacré à la distinction des comptes d'investissement et des comptes ordinaires.

³⁴⁸⁷ AAOIFI, Norme charaïque n°40, art. 5.4.

³⁴⁸⁸ *Id.*

³⁴⁸⁹ *Ibid.*, art. 4.10.

³⁴⁹⁰ Académie Internationale du Fiqh Islamique, Résolution n°30 (5/4).

³⁴⁹¹ AAOIFI, Norme charaïque n°17, art. 5.1.5.7.

³⁴⁹² Académie Internationale du Fiqh Islamique, Résolution n°30 (5/4) ; AAOIFI, Norme charaïque n°7, art. 5.2.1.

apportent les fonds qui sont gérés par une institution financière islamique agissant en tant que *mudarib*. La technique rappelle les organismes de placement collectif en valeurs immobilières

En dépit de son origine préislamique, la *mudarabah* fait l'objet d'un consensus parmi les juristes et se prête à plusieurs usages permettant à la finance islamique de rivaliser avec la finance ordinaire. A bien des égards, la *mudarabah* classique évoque la société en commandite en droit français, aussi convient-il de s'interroger sur l'application des règles de la seconde à la première et, plus largement, sur le cadre juridique français de la *mudarabah*.

II] Le cadre juridique français de la mudarabah

673 Plan. En raison de son apparente proximité avec la société en commandite, la *mudarabah* devrait être aisément transposable en droit français. Une analyse comparée démontre toutefois l'inadéquation du régime de la société en commandite (**A**). Il est cependant possible de définir un cadre juridique aux investissements islamiques reposant sur la *mudarabah* (**B**).

A) L'inadéquation du régime de la société en commandite

674 La mudarabah, ancêtre de la commandite ? Selon plusieurs auteurs, la société en commandite trouverait ses origines dans la *commenda* apparue en Italie au cours du Haut Moyen Âge et qui consistait à confier un capital à une personne en vue de l'accroître³⁴⁹³. Introduite en France au cours de la même période, la *commenda* permettait notamment aux nobles qui ne pouvaient travailler de faire fructifier leur argent sans être empêché par la prohibition du prêt à intérêt³⁴⁹⁴. La technique pourrait être datée du prêt nautique pratiqué en Grèce pendant l'Antiquité³⁴⁹⁵, mais un auteur,

³⁴⁹³ BESNIER, Robert, « Passé, présent et avenir de la société en commandite. A propos d'un ouvrage récent », *Rev. hist. droit* 1984, p. 53-58, spéc. p. 54 ; GERMAIN, Michel, MAGNIER, Véronique, *Les sociétés commerciales*, Traité de droit des affaires, T. 2, 22^e éd., LGDJ, 2017, paragr. 1733 ; SZRAMKIEWICZ, Romuald et DESCAMPS, Olivier, *Histoire du droit des affaires*, 2^e éd., LGDJ-Lextenso éditions, 2013, paragr. 152 LÉVY, Jean-Philippe et CASTALDO, André, *Histoire du droit civil*, Dalloz, 2010, paragr. 475.

³⁴⁹⁴ LE CANNU, Paul, DONDERO, Bruno, *Droit des sociétés*, 9^e éd., LGDJ, 2022, paragr. 1425.

³⁴⁹⁵ SZRAMKIEWICZ, Romuald et DESCAMPS, Olivier, *op. cit.*, paragr. 35. Une forme primitive de la société en commandite pourrait aussi être trouvée dans le Code de Hammurabi, v. JALLAMION, Carine, « Une histoire du crédit non bancaire : la société en commandite simple aux XVIII^e et XIX^e siècles », *RD bancaire et fin.* 2019, dossier 14.

suivi par d'autres, affirme que la *commenda* proviendrait de la *mudarabah*³⁴⁹⁶. Cet avis est nuancé par John PRIOR pour qui le contrat italien emprunterait davantage au *chreokoinōnia* byzantin, bien qu'il reconnaisse que la *mudarabah* ait pu avoir une influence tant les similarités sont évidentes³⁴⁹⁷. Si l'origine de la *commenda*, et, partant, de la commandite, est incertaine, le rapprochement avec la *mudarabah* est néanmoins justifié.

675 Des similarités sur le principe. La réception de la *mudarabah* en droit français serait une occasion de relancer la constitution de sociétés en commandite quelque peu tombées en désuétude. Le Code de commerce en connaît deux formes : la société en commandite simple³⁴⁹⁸ et la société en commandite par actions³⁴⁹⁹.

La première n'est plus guère utilisée et correspond, le plus souvent, à d'anciennes sociétés en nom collectif transformées à la suite du décès d'un associé en vue de permettre à ses héritiers mineurs de bénéficier du statut de commanditaire³⁵⁰⁰. Récemment, la loi du 6 août 2015 a introduit un nouveau véhicule sociétaire destiné à favoriser les opérations de capital investissement, la société de libre partenariat, reposant sur la société en commandite simple³⁵⁰¹. A l'instar de la *mudarabah*, la société en commandite simple est dualiste. Elle est constituée des associés commandités, équivalent du *mudarib*, d'une part, et des associés commanditaires, équivalent du *rab al-mal* d'autre part. Les premiers ont le statut d'associé en nom collectif, et partant la qualité de commerçant, tandis que les seconds, comme en droit islamique, ne répondent des dettes sociales qu'à concurrence du montant de leur apport³⁵⁰². Au reste, la société en commandite simple suit peu ou prou le régime de la société en nom collectif³⁵⁰³. A noter que le décès de l'un des commandités est susceptible d'entraîner la dissolution de la société comme c'est le cas pour la *mudarabah*. Il peut cependant être fait échec à cet effet au moyen d'une clause de continuation³⁵⁰⁴.

³⁴⁹⁶ UDOVITCH, Abraham, *Partnership and profit in medieval Islam*, Princeton University Press, 1970, p. 172, v. aussi du même auteur « At the Origins of the Western Commenda: Islam, Israel, Byzantium? », *Speculum: A Journal of Medieval Studies* 1962, n°2, p. 198-207. Pour les avis similaires, v. ÇIZAKÇA, Murat, *A comparative evolution of business partnerships : the Islamic world and Europe, with specific reference to the Ottoman archives*, Brill, 1996 ; *id.*, « Risk sharing and risk shifting: An historical perspective », *Borsa Istanbul Review* 2014, n°4, p. 191-195 ; SALEH, Nabil A, *Unlawful gain and legitimate profit in Islamic law*, Cambridge University Press, 1986, p. 103.

³⁴⁹⁷ PRIOR, John, « The Origins of the Commenda Contract », *Speculum: A Journal of Medieval Studies* 1977, n°1, p. 5-37.

³⁴⁹⁸ C. com., art. L. 222-1 et s.

³⁴⁹⁹ *Ibid.*, art. L. 226-1 et s.

³⁵⁰⁰ COZIAN, Maurice, VIANDIER, Alain, DEBOISSY, Florence, *Droit des sociétés*, 34^e éd., LexisNexis, 2021, paragr. 1908.

³⁵⁰¹ L. n° 2015-990 du 6 août 2015 pour la croissance, l'activité et l'égalité des chances économiques, art. 145.

³⁵⁰² C. com., art. L. 222-1.

³⁵⁰³ *Ibid.*, art. L. 222-2.

³⁵⁰⁴ *Ibid.*, art. L. 222-10.

La seconde, la société par actions, a connu un certain engouement au cours du XIX^e siècle avant d'être progressivement délaissée, au point que le législateur l'aurait supprimée sans l'intervention de la société Michelin qui a adopté ce statut³⁵⁰⁵. Elle appartient, ainsi que son nom l'indique, à la catégorie des sociétés par actions et constitue en cela un support intéressant pour la transposition de la *mudarabah* en droit français dans le cadre de la finance islamique³⁵⁰⁶. La société en commandite par actions repose aussi sur la distinction entre associés commandités et associés commanditaires, à la différence que les premiers ont la qualité de commerçants et les seconds la qualité d'actionnaires ne répondant des dettes sociales qu'à hauteur de leur apport. Les commandités doivent en outre être au nombre de trois³⁵⁰⁷. Si cette condition est absente de la *mudarabah*, elle n'est pas pour autant incompatible avec les exigences du *fiqh*. Le constat de ces apparentes similarités ne doit cependant pas occulter des différences rédhibitoires amenant à exclure la transposition de la *mudarabah* au moyen de la société en commandite, qu'elle soit simple ou par actions.

676 Absence d'*affectio societatis* ? La commandite étant une société, elle répond à la définition de l'article 1832 du Code civil. Le premier alinéa de ce texte dispose que « *la société est instituée par deux ou plusieurs personnes qui conviennent par un contrat d'affecter à une entreprise commune des biens ou leur industrie en vue de partager le bénéfice ou de profiter de l'économie qui pourra en résulter* ». Le troisième ajoute que les associés s'engagent à contribuer aux dettes. A ces conditions expressément posées par le législateur s'ajoute *l'affectio societatis*, la volonté des associés « *de collaborer, sur un pied d'égalité, à la réalisation d'un projet commun* »³⁵⁰⁸. Or, un auteur reproche à la *mudarabah* d'en être dépourvu, ce qui l'empêcherait d'être qualifiée de société au sein du droit français³⁵⁰⁹.

D'abord, parce que le *mudarib* serait le seul maître de l'affaire sans que le *rab al-mal* « *ne puisse jamais imprimer une quelconque directive à l'exploitation pour laquelle son concours est requis* »³⁵¹⁰. A cela, il convient d'objecter que l'auteur ne connaît

³⁵⁰⁵ LE CANNU, Paul, DONDERO, Bruno, *op. cit.*, paragr. 1058 ; COZIAN, Maurice, VIANDIER, Alain, DEBOISSY, Florence, *op. cit.*, paragr. 1493.

³⁵⁰⁶ En conséquence, les sociétés en commandite par actions suivent, pour partie, les règles applicables aux sociétés anonymes, v. C. com., art. L. 226-1.

³⁵⁰⁷ C. com., art. L. 226-1.

³⁵⁰⁸ Civ. 1^{re}, 20 janv. 2010, n°08-13.200, *Bull. civ. I*, n°11, *Bulletin joly sociétés* 2010.448, note Vallansan

³⁵⁰⁹ HEINRICH, Jacques, « Les principaux contrats de financement utilisés par les banques islamiques », *Revue banque* 1987, n°478, p. 1134 et s.

³⁵¹⁰ *Ibid.*, p. 1135.

qu'imparfaitement la *mudarabah*³⁵¹¹. Il est en effet permis au *rab al-mal* d'apporter des restrictions aux pouvoirs du *mudarib* en lui imposant des directives contraignantes quant à l'investissement du capital³⁵¹². En outre, la critique adressée par l'auteur vaut aussi pour la société en commandite, peu importe la forme, puisqu'un associé commanditaire ne peut faire aucun acte de gestion externe³⁵¹³. Il ne peut ainsi qu'émettre des avis ou des conseils et exercer un pouvoir de contrôle et de surveillance³⁵¹⁴.

Ensuite, « *parce que l'inégalité des parties est encore plus flagrante si l'on considère que l'entrepreneur participe au partage des bénéfices sans qu'il soit nécessairement appelé à répondre des pertes potentielles [...]* »³⁵¹⁵. L'absence de contribution du *mudarib* aux pertes est souvent dénoncée parce qu'elle l'inciterait à une prise de risques démesurés³⁵¹⁶. Ce serait toutefois se méprendre que d'affirmer que le *mudarib* ne perd rien en cas de faillite de la *mudarabah*. En premier lieu, car il peut être tenu responsable en cas de fraude ou de négligence avérée³⁵¹⁷. En second lieu, parce qu'il réalise un travail pour lequel il ne perçoit que les éventuels bénéfices de la *mudarabah*, toute rémunération étant exclue³⁵¹⁸. En cela, il est permis de dire que si le *rab al-mal* perd son apport en numéraire, le *mudarib* perd son apport en industrie et contribue ainsi aux pertes.

677 L'absence d'obligation aux dettes sociales : un obstacle à l'application du régime de la commandite. L'argument tiré de l'absence de contribution du *mudarib* au passif social ne doit pas être écarté pour autant³⁵¹⁹. Qu'elle soit simple ou par actions, la commandite en droit français impose à tous les associés de contribuer aux pertes conformément au principe énoncé à l'article 1832 al. 3 du Code civil. Cependant, si les associés commanditaires ne sont tenus qu'à concurrence du montant de leur apport, les

³⁵¹¹ Il évoque pourtant plus loin dans le texte l'existence de deux formes de *mudarabah*, v. HEINRICH, Jacques, *op. cit.*, p. 1135.

³⁵¹² AAOIFI, Norme charaïque n°13, art 5.2 et 9.2. V. aussi nos développements consacrés au régime juridique islamique de la *mudarabah*.

³⁵¹³ Pour les sociétés en commandite simple, v. C. com., art. L. 222-6. Pour les sociétés en commandite par actions, v. C. com., art. L. 226-1 par renvoi à l'article L. 222-6.

³⁵¹⁴ C. com., art. R. 222-6.

³⁵¹⁵ HEINRICH, Jacques, *op. cit.*, p. 1135.

³⁵¹⁶ V. notamment sur ce point VISSER, Hans, *Islamic finance*, Edward Elgar, 2009, p. 55 RUIMY, Michel, *La finance islamique*, A. Franel, 2008, p. 96 et s. CAUSSE-BROQUET, Geneviève, *La finance islamique*, 2^e éd., RB éd., 2012, p. 54 COMAIR-OBEID, Nayla, *Les contrats en droit musulman des affaires*, Economica, 1995, p. 178.

³⁵¹⁷ AAOIFI, Norme charaïque n°13, art. 4.4 et Norme charaïque n°45, art. 3.2 et 3.7.

³⁵¹⁸ AAOIFI, Norme charaïque n°13, art. 8.2 et 9.4.

³⁵¹⁹ Sur la distinction entre contribution aux pertes et obligation aux dettes, v. notamment COZIAN, Maurice, VIANDIER, Alain, DEBOISSY, Florence, *op. cit.*, paragr. 260 ; LE CANNU, Paul, DONDERO, Bruno, *op. cit.*, paragr. 1407.

associés commandités répondent, quant à eux, indéfiniment et solidairement des dettes sociales³⁵²⁰. Il s'agit là d'une différence majeure entre la société en commandite et la *mudarabah*. Il ne saurait être envisagé de stipuler, dans le contrat islamique, que l'entrepreneur soit soumis indéfiniment à la contribution au passif social. La clause se verrait qualifiée de clause adjointe par les juristes car elle modifie un effet légal du contrat, y compris pour les hanbalites pourtant plus libéraux en la matière³⁵²¹. En conséquence, la réception de la *mudarabah* en droit français au moyen de la société en commandite doit être écartée³⁵²².

678 La société en participation : une alternative possible ? Dans sa thèse, M. Ibrahim Zeyyad CEKICI a soutenu que le contrat *mudarabah* pouvait se voir qualifier de société en participation³⁵²³. Cette dernière présente pour intérêt de ne pas être soumise à l'obligation d'immatriculation tout en étant qualifiée de véritable société³⁵²⁴. Elle bénéficie ainsi d'un caractère occulte qui la rend particulièrement adaptée au secret des affaires³⁵²⁵. Elle se caractérise en outre par la grande liberté contractuelle qu'elle offre aux associés qui conviennent de son objet, de son fonctionnement et de ses conditions, sous réserve de respecter les dispositions impératives du droit des sociétés³⁵²⁶. La société en participation pourrait alors être utilisée afin de reproduire le régime juridique de la *mudarabah*. L'idée a été partagée par des auteurs pour qui la « *société en participation pourrait également être le moyen de développer les finances éthiques, et plus spécialement, confessionnelles (finance juive, chrétienne islamique), qui sont à des degrés divers hostiles à la rémunération du prêt au motif que l'écoulement du temps ne doit pas être source de profit* »³⁵²⁷. L'absence

³⁵²⁰ Pour la société en commandite simple, l'article L. 222-1 du Code de commerce soumet les associés commandités au statut des associés en nom collectif (v. C. com, art. L. 221-1). Pour la société en commandite par actions,

³⁵²¹ La raison en est que la clause modifierait un effet principal et non secondaire du contrat. La *mudarabah* se caractérise en effet par l'absence de contribution du mudarib aux dettes sociales.

³⁵²² Contra GRANGEREAU, Pascal, HAROUN, Mehdi, « Financements de projets et financements islamiques : quelques réflexions prospectives pour des financements en pays de droit civil », *Banque & Droit* 2004, n°97, p. 52 et s., spéc. p. 54. Les auteurs affirment que la *mudarabah* « peut être assimilée à une commandite simple ou par actions ». V. aussi

³⁵²³ CEKICI, Ibrahim-Zeyyad, *Le cadre juridique français des opérations de crédit islamique* [microfiche], Université de Strasbourg, 2012, paragr. 862 et s.

³⁵²⁴ C. civ., art. 1871 al. 1^{er}.

³⁵²⁵ BALI, Mehdi, « Le réveil de la société en participation par les finances éthiques », *RD bancaire et fin.* 2011, étude 3, spéc. paragr. 12.

³⁵²⁶ C. civ., art. 1871 al. 2. Ces dispositions amènent le Pr Deen Gibirila à affirmer que la société est « régie par le principe de la liberté contractuelle », v. GIBIRILA, Deen, *JCl. Civil Code*, Art. 1871 à 1873, fasc. unique : société en participation, juin 2018, paragr. 15 ; KENDERIAN, Fabien, « La contribution aux pertes sociales », *Rev. sociétés* 2002.617, spéc. paragr. 21 : « La contribution aux pertes existe dans toutes les sociétés et concerne les rapports des associés entre eux, tandis que l'obligation aux dettes n'existe que dans les sociétés à risque illimité et concerne les rapports entre les créanciers sociaux et les associés, lesquels sont indéfiniment responsables du passif social ».

³⁵²⁷ COZIAN, Maurice, VIANDIER, Alain et DEBOISSY, Florence, *Droit des sociétés*, 34^e éd., LexisNexis, 2021, paragr. 2005.

d'immatriculation s'accompagne toutefois de l'absence de personnalité morale, ce qui a pour effet de rendre la société en participation inopposable aux tiers. Ainsi, en principe, chaque associé contracte en son nom personnel et est seul engagé à l'égard des tiers³⁵²⁸. En revanche, le *mudarib* n'est jamais tenu personnellement des dettes contractées dans le cadre de la *mudarabah*. Le contrat islamique lui confère en effet une certaine protection, puisqu'il ne s'expose qu'à la perte de son apport en industrie, laquelle est absente s'agissant de la société en participation. On pourrait néanmoins arguer que lorsque l'activité de la *mudarabah* est limitée au capital-investissement, il importe peu que l'associé s'engage personnellement puisqu'il ne s'expose qu'à la perte des capitaux. La société en participation pourrait alors présenter un intérêt en dépit du principe de l'engagement personnel de l'associé gérant. Mais il semble préférable de l'exclure en raison de la contrariété à une règle claire du *fiqh*.

Si aucun type de société en droit français ne sied à la *mudarabah*, c'est peut-être parce que cette dernière n'en est pas véritablement une en droit islamique. Un autre usage de la *mudarabah* doit alors être envisagé, celui des comptes d'investissement.

B) Le cadre juridique des investissements reposant sur la mudarabah

679 Inadéquation des comptes d'épargne conventionnels. Les comptes d'investissement structurés sur la base d'une *mudarabah* permettraient aux établissements de crédit de proposer une alternative aux produits d'épargne conventionnels dont la rémunération par un intérêt fixe contrevient aux principes charaïques. Les régimes du livret A, du livret de développement durable ou encore de l'épargne-logement ne sauraient ainsi être utiles à la réception de la *mudarabah* en droit français. En raison de leur caractère *sui generis*, les comptes d'investissements islamiques suscitent de nombreuses interrogations. Trois qualifications peuvent être envisagées : celle de compte bancaire (1), d'organisme de placement collectif en valeurs mobilières (2) ou de fiducie-gestion (3).

³⁵²⁸ C. civ., art. 1872-1 al. 1^{er}.

1) La qualification de compte bancaire

680 Une réception de fonds du public. Le recours à la *mudarabah* en vue de proposer des comptes d'investissement conformes à la charia est approuvé par l'AAOIFI qui y consacre une norme³⁵²⁹. Dans cette perspective, l'apport du capital par le *rab al-mal* pourrait s'analyser en une remise de fonds et ce d'autant plus qu'il est censé être restitué lors de la liquidation de la *mudarabah*.³⁵³⁰ La réception de fonds remboursables du public constitue, avec les opérations de crédit et les services bancaires de paiement, la catégorie des opérations de banque sur laquelle les établissements de crédit disposent d'un monopole³⁵³¹. En vertu de l'article L. 312-2 du Code monétaire et financier, « *sont considérés comme fonds remboursables du public les fonds qu'une personne recueille d'un tiers, notamment sous la forme de dépôts, avec le droit d'en disposer pour son propre compte mais à charge pour elle de les restituer [...]* ». *A priori*, la définition de la notion s'adapte aux comptes d'investissement basés sur la *mudarabah* en ce qu'elle permet à l'établissement de crédit d'en disposer librement, et notamment d'effectuer des placements financiers³⁵³². Un parallèle peut ainsi être établi entre la réception de fonds du public et la *mudarabah* illimitée qui confère au *mudarib* la même liberté. En revanche, les comptes reposant sur une *mudarabah* restreinte devraient alors être exclus car, en permettant au *rab-al mal* d'imposer une affectation particulière du capital, ils sont en contrariété avec le principe de libre disposition des fonds. Si la nature juridique de l'opération de réception de fonds fait débat, elle ne présente en réalité guère d'intérêt³⁵³³. Ainsi, le Pr Thierry BONNEAU soutient qu'elle se voit qualifiée de dépôt par « *commodité* » car « *les fonds peuvent*

³⁵²⁹ V. supra nos développements consacrés aux comptes d'investissement structurés sur la base de la *mudarabah*.

³⁵³⁰ Pour un avis similaire v. CEKICI, Ibrahim-Zeyyad, *Le cadre juridique français des opérations de crédit islamique* [microfiche], Université de Strasbourg, 2012, paragr. 871 et s. ; SERHAL, Chucri-Joseph, « La finance islamique : une intégration possible dans le système bancaire français », *Banque & Droit* 2006, n° 106, p. 41. L'auteur envisage le « compte d'épargne d'islamique » dans une sous-partie consacrée à la « réception de fonds du public », bien qu'il affirme ensuite qu'un tel compte s'apparente davantage à un OPCVM.

³⁵³¹ C. mon. fin., art. L. 311-1 et L. 511-5 al. 2.

³⁵³² LASSERRE CAPDEVILLE, Jérôme, « Le dépôt bancaire, un dépôt « à part » », *AJ contrat* 2016.515. Cette liberté n'est toutefois pas absolue, v. sur les limites à la libre disposition des fonds HOUIN-BRESSAND, Caroline, « Les limites à la libre disposition des fonds reçus du public » in *Mélanges AEDBF*, RB Edition 2013, p. 257-263.

³⁵³³ LASSERRE CAPDEVILLE, Jérôme, « Le dépôt bancaire, un dépôt « à part » », préc. ; DELEBECQUE, Philippe, BINCTIN, Nicolas, ANDREU, Lionel, *Opérations bancaires et contrats commerciaux*, Traité de droit des affaires, t. 3, 18^e éd., LGDJ, 2018, paragr. 177 ; COLLART DUTILLEUL, François et DELEBECQUE, Philippe, *Contrats civils et commerciaux*, 11^e éd., Dalloz, 2019, paragr. 830.

être reçus autrement, notamment en vertu d'une convention de prêt ou d'une convention de compte-courant »³⁵³⁴.

681 Conformité à la charia du fonds de garantie ? Un auteur a avancé que la réception en droit français des comptes bancaires reposant sur la *mudarabah* se heurterait à la garantie des déposants³⁵³⁵. Depuis une directive européenne du 30 mai 1994³⁵³⁶ à l'origine de la loi du 8 août 1994³⁵³⁷, tout établissement de crédit agréé en France doit adhérer à un fonds spécifique, désormais appelé Fonds de garantie des dépôts et de résolution, au titre du mécanisme de la garantie des dépôts³⁵³⁸. Ce dernier est mis en œuvre, à l'initiative de l'Autorité de contrôle prudentiel et de résolution, lorsqu'elle constate qu'un établissement de crédit « *n'est plus en mesure de restituer, immédiatement ou à terme rapproché, les fonds* » qu'il a reçus du public³⁵³⁹. Il peut encore l'être, de façon, préventive, lorsque « *la situation laisse craindre à terme une indisponibilité des fonds* »³⁵⁴⁰. Le mécanisme de garantie permet une indemnisation à hauteur de 100 000€ par déposant et par établissement de crédit³⁵⁴¹, mais il exclut certains titulaires de compte, parmi lesquels les organismes de placement collectif³⁵⁴², de même que certains fonds³⁵⁴³. Or, dans la *mudarabah*, le *rab al-mal* doit en principe s'exposer à la perte de son capital. La garantie légale instaurée en faveur des déposants serait alors en contrariété avec les exigences charaïques³⁵⁴⁴. Les dispositions relatives

³⁵³⁴ BONNEAU, Thierry, *Droit bancaire*, 14^e éd., LGDJ, 2021, paragr. 53.

³⁵³⁵ MAKHLOUF, Amel, *L'émergence d'un droit international de la finance islamique*, IRJS éditions, 2015, paragr. 333 et s. Sur ce point, v. aussi LEMEUX, Arnaud, « Les instructions fiscales concernant la mourabaha, l'ijara et l'istisna : une neutralité fiscale affichée, une qualification juridique bancaire en filigrane », RTDF 2010, n°3, p. 88 ;

³⁵³⁶ Directive 94/19/CE du Parlement européen et du Conseil, du 30 mai 1994, relative aux systèmes de garantie des dépôts.

³⁵³⁷ Loi n° 94-679 du 8 août 1994 portant diverses dispositions d'ordre économique et financier.

³⁵³⁸ C. mon. fin., art. L. 312-4-1, I.

³⁵³⁹ *Ibid.*, art. L. 312-5, I.

³⁵⁴⁰ *Ibid.*, art. L. 312-5, II.

³⁵⁴¹ Arr. du 27 octobre 2015 relatif à la mise en œuvre de la garantie des dépôts, au plafond d'indemnisation et aux modalités d'application de l'article L. 312-4-1 du code monétaire et financier, art. 7.

En son article 2, le texte précise en outre les dépôts couverts par la garantie. Il s'agit des dépôts qui sont constitués par: « *toutes les sommes, libellées en euros, en francs CFP ou dans la devise d'un autre Etat, laissées en compte auprès d'un établissement de crédit adhérent au Fonds de garantie des dépôts et de résolution et qu'il doit restituer en application des dispositions législatives, réglementaires ou contractuelles qui leur sont applicables.*

Les dépôts mentionnés au premier alinéa incluent :

1° *Les comptes courants ;*

2° *Les comptes de dépôts à vue et à terme ;*

3° *Les comptes et plans d'épargne, sur livret ou non ;*

4° *Les dépôts effectués sur les comptes-espèces des plans d'épargne en actions, des plans d'épargne-retraite, d'épargne salariale, ou équivalents ouverts auprès d'un établissement de crédit ;*

5° *Les dépôts bénéficiant de la garantie de l'Etat instituée par l'article 120 de la loi n° 2008-1443 du 30 décembre 2008 de finances rectificative pour 2008 effectués sur les livrets A, les livrets de développement durable et solidaire et les comptes sur livrets d'épargne populaire ;*

[...]»

³⁵⁴² C. mon. fin., art. L. 312-4-1, II, 7°

³⁵⁴³ *Ibid.*, L. 312-4-1, III.

³⁵⁴⁴ MAKHLOUF, Amel, *L'émergence d'un droit international de la finance islamique*, IRJS éditions, 2015, paragr. 335.

à cette garantie étant d'ordre public³⁵⁴⁵, Mme Amel MAKHLOUF relève à juste titre que le titulaire du compte ne peut y renoncer par anticipation, mais qu'il en est autrement s'agissant d'un droit acquis³⁵⁴⁶. Il peut en effet être légitimement attendu d'une personne titulaire d'un compte d'investissement islamique qu'elle renonce à une indemnisation qui serait contraire aux normes religieuses auxquelles elle adhère.

682 Compatibilité du fonds de garantie avec les règles du *fiqh*. Le mécanisme de garantie des dépôts est-il vraiment contraire au *fiqh* ? La *mudarabah* tire en partie sa licéité de l'exposition du *rab al-mal* au risque de perdre son apport. L'existence de ce risque justifie, contrairement au *riba*, que le profit soit admis. Le mécanisme de garantie n'est toutefois limité qu'à l'hypothèse particulière de la faillite de l'établissement de crédit et ne supprime pas, partant, le risque de perte en totalité. Autrement dit, la garantie ne protégerait pas le *rab al-mal* contre la faillite de la *mudarabah*, mais uniquement contre celle du *mudarib*. Par ailleurs, le mécanisme pourrait évoquer une forme de *Takaful* en ce que le fonds est alimenté par les contributions des établissements de crédit³⁵⁴⁷. Il n'est toutefois pas certain que ces arguments suffisent à convaincre les jurisconsultes qui seraient amenés à connaître de la question. Un document publié en 2011 par l'IFSB reconnaissait qu'il n'existait pas de régime spécifique à l'état de cessation des paiements d'une banque islamique en raison de la récence de la problématique³⁵⁴⁸. L'AAOIFI a néanmoins émis une norme le 28 mai 2010 consacrée à « l'insolvabilité » dont certaines dispositions concernent spécifiquement les institutions financières islamiques³⁵⁴⁹. En son article 9.1.1., la norme précise que les comptes ordinaires sont concernés par la procédure collective ouverte à l'encontre de l'institution, mais que les comptes d'investissement y échappent. La norme ajoute qu'il en est de même s'agissant des véhicules d'investissement gérés par l'institution sur la base de la *mudarabah*. L'AAOIFI justifie la règle par l'absence de droits de l'institution financière islamique sur les biens de la

³⁵⁴⁵ Ce caractère se déduit aisément de la rédaction de ces dispositions.

³⁵⁴⁶ MAKHLOUF, Amel, *op. cit.*, paragr. 337. Sur la faculté de renoncer à une disposition d'ordre public dès lors que le droit est acquis, v. nos développements consacrés à « La limite de l'ordre public » au sein de la section relative à « L'incorporation des normes religieuses ».

³⁵⁴⁷ C. mon. fin., art. L. 312-7.

³⁵⁴⁸ IFSB, *Effective Insolvency Regimes: Institutional, Regulatory and Legal Issues Relating to Islamic Finance*, IFSB, 2011, p. 2 et 93. V. aussi sur ce point, ABDELHADY, Hdeel, « Consumer-oriented insolvency risk allocation in Islamic retail profit sharing investment accounts », *Butterworths Journal of International Banking and Financial Law* 2014, vol. 29, n°4, p. 236-241.

³⁵⁴⁹ AAOIFI, Norme charaïque n°43, art. 9.

*mudarabah*³⁵⁵⁰. Dans l'hypothèse où un établissement de crédit agréé en France serait en état de cessation des paiements, les comptes d'investissement reposant sur la *mudarabah* n'échapperaient pas à la procédure collective. Le mécanisme de garantie des dépôts permettrait alors une indemnisation des titulaires des comptes qui satisferait à la règle islamique. Ainsi, contrairement à ce qu'a pu suggérer Mme Amel MAKHLOUF, le mécanisme de garantie des dépôts pourrait s'avérer charia-compatible et ce d'autant plus qu'il protégerait les titulaires des comptes d'investissement d'un événement qui n'est pas supposé entraîner la perte de leur capital³⁵⁵¹.

A noter qu'il existe un mécanisme similaire de garantie des titres, géré par le fonds de garantie des dépôts et de résolution, et auquel doivent adhérer les établissements de crédit autorisés à fournir des services d'investissement. Ce fond a pour objet « *d'indemniser les investisseurs en cas d'indisponibilité de leurs instruments financiers ainsi que de leurs dépôts en espèces lorsqu'ils sont liés à un service d'investissement, à la compensation ou à la conservation d'instruments financiers* »³⁵⁵².

683 Un compte rémunéré. La norme de l'AAOIFI ne s'oppose pas à ce que le compte d'investissement reposant sur la *mudarabah* soit qualifié de compte à vue en ce qu'il est possible de demander la restitution des sommes déposées à tout moment³⁵⁵³. Longtemps le droit français s'est opposé à la rémunération des comptes à vue jusqu'à un arrêt de la CJCE du 5 octobre 2004³⁵⁵⁴. Cette interdiction ayant été jugée contraire à la liberté d'établissement, la solution inverse est retenue depuis un arrêté du 8 mars

³⁵⁵⁰ *Ibid.*, Annexe B.

³⁵⁵¹ Plusieurs auteurs se sont prononcés en faveur d'un régime de protection des titulaires de comptes d'investissement. Madame Hdeel ABDELHADY a suggéré la reconnaissance d'une action légale qui leur permettrait de récupérer les sommes déposées en cas de défaillance de l'établissement de crédit. L'auteur estime que l'action serait conforme à la charia en raison de la prise en considération de l'intérêt public (*istislah*) comme source de droit, v. ABDELHADY, Hdeel, préc., spéc p. 240 et s. D'autres auteurs évoquent la possibilité de mettre en place une assurance spécifique pour les dépôts, v. ALI, Ateeq, AL MAMUM, Salim, *Recovery, resolution and insolvency issues for institutions offering Islamic financial services*, IFSB Working Paper Series, WP-07, Décembre 2017, spéc. p. 48 et s. et 97.

V. aussi, IADI, *Deposit Insurance from the Shariah Perspective*, Discussion Paper, IADI, Février 2010, p. 6 [En ligne] Disponible sur < [https://www.iadi.org/en/assets/File/Papers/Approved%20Research%20-%20Discussion%20Papers/DP-DI_From_Shariah_Perspective_\(Final\)_Sep2011_to_IADI.pdf](https://www.iadi.org/en/assets/File/Papers/Approved%20Research%20-%20Discussion%20Papers/DP-DI_From_Shariah_Perspective_(Final)_Sep2011_to_IADI.pdf)> (Consulté le 27 septembre 2022). Les auteurs du document rapportent qu'une protection des titulaires de comptes d'investissement est envisageable, pour certains *fuqaha*, dès lors qu'elle est assurée par un tiers. Or le Fonds de garantie des dépôts est une personne morale de droit privé distincte de l'établissement du crédit qui doit y adhérer, v. BONNEAU, Thierry, *Droit bancaire*, 14^e éd., LGDJ, 2021, paragr. 395.

³⁵⁵² C. mon. fin., art. L. 322-1 et s.

³⁵⁵³ V. note n°3486. Cela étant, rien n'interdit aux parties de prévoir le contraire.

³⁵⁵⁴ CJCE, 5 octobre 2004, affaire C-442/02, *CaixaBank France c/ Ministère de l'Économie, des Finances et de l'Industrie*, RTD civ., 2004. 726. note J. Mestre.

2005³⁵⁵⁵. La rémunération des comptes à terme a, quant à elle, toujours été libre en droit français³⁵⁵⁶.

684 Obligation de restitution des fonds. Selon M. Arnaud LEMEUX, la difficulté viendrait de ce que les fonds reçus par l'établissement de crédit « *ne peuvent constituer des dépôts car ils ne sont pas recouvrables intégralement* »³⁵⁵⁷. L'auteur affirme néanmoins que ces fonds « *rentreraient bien dans la catégorie des « autres fonds remboursables » puisque les textes réglementaires font référence à un solde créditeur que l'établissement de crédit doit restituer conformément aux conditions contractuelles applicables* »³⁵⁵⁸. L'obligation de restitution des fonds est expressément énoncée par l'article L. 312-2 du Code monétaire et financier définissant la notion de fonds remboursables du public. Ces fonds étant légalement assimilés à un dépôt, l'obligation de restitution découle de leur remise initiale³⁵⁵⁹.

Doit-on considérer que le risque de perte inhérent à la *mudarabah* fait obstacle à la qualification de fonds remboursables du public, car l'établissement de crédit, tenu de suivre les règles du *fiqh*, ne restituerait pas les fonds initialement déposés ?³⁵⁶⁰ Pour répondre, il convient de rappeler que l'opération de réception des fonds est qualifiée de « dépôt » par commodité³⁵⁶¹. Si elle a parfois été analysée comme un dépôt irrégulier, un auteur a montré qu'il ne pouvait en être ainsi aux motifs, notamment, que la garde de la chose n'est pas essentielle et que l'argent n'est pas remis pour être restitué³⁵⁶². Ainsi, le dépôt en banque ne doit pas suivre le régime du contrat de dépôt établi par le Code civil³⁵⁶³, et l'obligation de restitution de l'établissement de crédit

³⁵⁵⁵ Arr. du 8 mars 2005 portant application de l'article L. 312-1-1 du code monétaire et financier précisant les principales stipulations devant figurer dans les conventions de compte de dépôt, *JO*, 16 mars 2005, p. 4494.

³⁵⁵⁶ LASSERRE CAPDEVILLE, Jérôme, STORCK, Michel, MIGNOT, Marc *et al.*, *Droit bancaire*, 3^e éd., Dalloz, 2021, paragr. 750.

³⁵⁵⁷ LEMEUX, Arnaud, *op. cit.*, p. 88.

³⁵⁵⁸ *Id.*

³⁵⁵⁹ CAUSSE, Hervé, « L'obligation de restitution du banquier dépositaire peut-elle être payante », *RD bancaire et fin.*, étude 100055.

³⁵⁶⁰ Pour une réponse affirmative, v. LASSERRE CAPDEVILLE, Jérôme, HAZOUG, Sâmî, « Le compte de dépôt et la finance islamique », *RD bancaire et fin.* 2011, étude 33, spéc. paragr. 17 : « *Rappelons en effet que dans la mudaraba, le principe du partage des pertes fait que le rab el mal (ici le client) n'est en aucun cas certain de récupérer les fonds versés au moudareb (ici le banquier). Tel ne sera pas le cas, plus particulièrement, si des pertes sont subies par ce dernier. Dès lors, si l'on appliquait ce contrat au compte de dépôt, nous aboutirions à une solution contraire à l'article L. 312-2 du Code monétaire et financier prévoyant expressément une obligation de restitution* ».

³⁵⁶¹ BONNEAU, Thierry, *Droit bancaire*, 14^e éd., LGDJ, 2021, paragr. 53.

³⁵⁶² GRUA, François, « Le dépôt de monnaie en banque », *D.* 1998.259.

³⁵⁶³ La jurisprudence a cependant fait application de l'article 1937 du Code civil au dépôt en banque, v. à titre d'illustration Com. 3 nov. 2004, n° 01-16.238, *Bull. civ.* IV, n° 187 ; D. 2005.579, note Naudin.

L'inadéquation du régime du contrat de dépôt s'illustre néanmoins par la non-application de l'article 1936 du Code civil imposant au dépositaire de restituer les fruits que la chose aurait pu produire. A défaut, cela s'opposerait à l'activité même du banquier.

diffère de celle du dépositaire ordinaire qui est tenu de rendre « *identiquement la chose même qu'il a reçue* »³⁵⁶⁴. La restitution se réalise soit directement, par la remise des fonds au client, soit indirectement, par l'exécution d'un ordre de paiement au bénéfice d'un tiers émanant de ce même client³⁵⁶⁵. La restitution directe existe dans le compte d'investissement *mudarabah* puisque le titulaire peut se retirer avec tout ou partie de son montant³⁵⁶⁶. En cela, les fonds déposés peuvent être qualifiés de fonds remboursables du public au sens de l'article L. 312-2 du Code monétaire et financier. Seulement, le montant peut être inférieur à celui de départ en raison du risque de perte, connu et accepté par le déposant, lié aux investissements. L'existence d'une forme de restitution indirecte pourrait être discutée à travers la déduction, du solde du compte, d'un montant correspondant aux pertes. Autrement dit, puisque le titulaire du compte, en tant que *rab al-mal*, s'est engagé à supporter les pertes à hauteur des fonds qu'il a déposés, il donne, tacitement, l'ordre au banquier de les déduire du solde³⁵⁶⁷. L'investissement des fonds, qui constitue une obligation pour le banquier dans le cadre du compte d'investissement *mudarabah*, pourrait aussi s'apparenter à une forme de restitution indirecte, bien que cette analyse peine à convaincre.

685 Un compte *sui generis*. Outre le risque de perte, le compte d'investissement *mudarabah* se distingue des comptes ordinaires en ce que le déposant et le dépositaire se partagent les profits liés à l'investissement des fonds déposés selon un ratio convenu. Il a cependant pour point commun de permettre à l'établissement de crédit de « travailler avec l'argent des autres »³⁵⁶⁸. Parce qu'il ne ressemble à nul autre, le compte d'investissement reposant sur la *mudarabah* est un compte bancaire *sui generis*. Cela le prive, en conséquence, de la possibilité de bénéficier des régimes établis par le législateur pour certains comptes rémunérés³⁵⁶⁹. Sa réception en droit français pourrait néanmoins s'envisager au moyen d'un compte à vue adossé à un OPCVM court terme. La technique est décrite par le Pr Thierry BONNEAU : « *chaque jour, la position du compte est analysée informatiquement : si le compte est créditeur, il est*

³⁵⁶⁴ C. civ., art. 1932 al. 1^{er}.

³⁵⁶⁵ LASSERRE CAPDEVILLE, Jérôme, *op. cit.*, spéc. paragr. 2.1.

³⁵⁶⁶ AAOIFI, Norme charaïque n°41, art. 4.9.

³⁵⁶⁷ A défaut de déduction, l'établissement de crédit serait tenu de restituer le montant initialement déposé et assumerait alors la perte subie. Pour satisfaire aux exigences charaïques, le titulaire du compte accepte que le montant des pertes soit déduit du solde du compte. En cela, il est possible de considérer qu'il donne un ordre de paiement au profit de l'établissement de crédit.

³⁵⁶⁸ BONNEAU, Thierry, *Droit bancaire*, 14^e éd., LGDJ, 2021, paragr. 55 PIÉDELIEVRE, Stéphane et PUTMAN, Emmanuel, *Droit bancaire*, Economica, 2011, paragr. 274.

³⁵⁶⁹ C. mon. fin., art. L. 221-1 et s.

automatiquement investi en OPCVM ; s'il est débiteur, les titres d'OPCVM sont vendus »³⁵⁷⁰. Elle permettait, lorsque l'interdiction de rémunérer les comptes à vue était en vigueur, de faire fi de l'esprit du texte tout en respectant sa lettre³⁵⁷¹. La liberté contractuelle qui caractérise la convention de compte devrait permettre aux parties, sur le principe du schéma évoqué, de reproduire le régime juridique du compte d'investissement *mudarabah* énoncé par l'AAOIFI. Au lieu d'une clause prévoyant la rémunération du compte par un intérêt fixe ou variable, les parties stipuleraient un taux de répartition des profits liés aux investissements des fonds déposés. Une telle clause pourrait tomber sous le coup des dispositions de l'article 1171 du Code civil. En pratique, l'établissement de crédit propose un contrat prérédigé qui ne permet pas aux clients de négocier les clauses. Ce contrat se voit ainsi qualifié de contrat d'adhésion au sens des articles 1110 et 1171 du Code civil. Ce dernier texte prévoit que toute clause, insérée dans un tel contrat, générant un déséquilibre significatif entre les droits et obligations des parties est réputée non écrite. Il pourrait en être ainsi si le taux de répartition des profits bénéficiait, de façon disproportionnée, au banquier. Il serait néanmoins excessif de considérer que la simple attribution d'un pourcentage des profits à l'établissement de crédit caractérise le déséquilibre significatif. Cette forme de rémunération correspond à la contrepartie de l'obligation de gérer les fonds déposés dans le cadre de la *mudarabah*.

Bien que la transposition en droit français du compte d'investissement reposant sur la *mudarabah* paraisse envisageable, sa réception par le juge demeure incertaine en raison de sa singularité. Un autre fondement pourrait se révéler davantage adapté, celui des organismes de placement collectif en valeurs immobilières (OPVCM).

2) La qualification d'OPCVM

686 Les OPVCM davantage adaptés ? L'AAOIFI a consacré une norme aux comptes bancaires structurés au moyen de la *mudarabah*, mais dont les dispositions suggèrent qu'elles concernent davantage les fonds d'investissement islamique. A cet égard, M. Chucri-Joseph SERHAL avance que « *le compte d'épargne islamique constitue un*

³⁵⁷⁰ BONNEAU, Thierry, *op. cit.*, paragr. 1014.

³⁵⁷¹ En raison de son caractère dérogatoire, le compte à vue adossé à un produit financier a été réglementé, v. Décision de caractère général n° 69-02 du 8 mai 1969 du Conseil national du crédit relative aux conditions de réception des fonds par les banques, modifiée par le règlement CRBF n° 92-09 du 15 octobre 1992, art. 2-A.

instrument de gestion collective et serait au final, dans son fonctionnement, l'équivalent d'un OPCVM »³⁵⁷². Il ajoute que ce compte « *serait juridiquement, pour le droit français, une souscription par le client à un OPCVM, structuré d'une manière compatible avec les règles imposées par l'islam* »³⁵⁷³. Cet avis est partagé par M. Gilles VAYSSET, alors secrétaire général du CECEI³⁵⁷⁴, au cours d'une table ronde au Sénat consacrée à la finance islamique. L'intervenant considère « *qu'il ne peut y avoir assimilation aux dépôts ou même aux fonds remboursables, s'agissant d'avances de fonds du client à la banque pour investissements. Ces avances pourraient être assimilées à des investissements semblables à des organismes de placement collectif qui ne bénéficient pas, comme nous le savons, de la protection accordée par le fonds de garantie* »³⁵⁷⁵. Il conclut en affirmant qu'aucune modification du cadre législatif et réglementaire n'apparaît nécessaire³⁵⁷⁶. Dans un livre blanc intitulé *Finance Islamique et Immobilier en France*, le cabinet d'avocat Norton Rose³⁵⁷⁷ considère qu'en « *droit français, l'organisme de placement collectif dans l'immobilier (OPCI) constitue la structure qui se rapproche le plus des principes de la Mudarabah* »³⁵⁷⁸. A l'origine, les OPCI reposaient, comme le suggère leur dénomination, sur le modèle des OPCM avant que l'ordonnance n°2013-676 du 23 juillet 2013 ne modifie l'architecture du Code monétaire et financier pour les intégrer au sein des fonds d'investissement alternatifs (FIA)³⁵⁷⁹. Aux termes de l'articles L. 214-1, II et L. 214-24, II du Code monétaire et financier, les OPCI appartiennent à la catégorie des organismes de placement collectif. Pour des considérations pratiques, seuls les OPCVM seront envisagés.

687 Agrément d'OPCVM islamiques. Dès 2007, l'AMF a été amenée à définir sa position suite à une demande d'agrément d'un OPVCM se déclarant conforme à la charia³⁵⁸⁰. L'Autorité se montre favorable à de tels fonds dès lors que l'autonomie de

³⁵⁷² SERHAL, Chucri-Joseph, « La finance islamique : une intégration possible dans le système bancaire français », *Banque & Droit* 2006, n° 106, p. 41.

³⁵⁷³ *Id.*

³⁵⁷⁴ Le Comité des établissements de crédit et des entreprises d'investissement (CECEI) était, au moment de la table ronde, l'organisme compétent en matière d'agrément bancaire. Ses prérogatives appartiennent désormais à l'Autorité de contrôle prudentiel et de résolution (ACPR).

³⁵⁷⁵ Intervention de M. Gilles Vaysset in ARTHUIS, Jean, *La finance islamique en France : quelles perspectives ?*, Rapport d'information du Sénat n°329, Sénat, 2008, p. 59. A noter que l'intervenant semble confondre la *murabaha* et la *mudarabah*, v. *op. cit.*, p. 58.

³⁵⁷⁶ *Id.*

³⁵⁷⁷ Devenu depuis Norton Rose Fulbright

³⁵⁷⁸ DTZ ASSET MANAGEMENT, NORTON ROSE, *Finance Islamique et Immobilier en France*, Livre blanc, 2010, p. 99.

³⁵⁷⁹ *Le Lamy Droit du Financement* 2022, paragr. 2029 ; COURET, Alain, LE NABASQUE, Hervé, COQUELET, Marie-Laure et al., *Droit financier*, 3^e éd., Dalloz, 2019, paragr. 1094.

³⁵⁸⁰ AMF, « Critères extra financiers de sélection des actifs et application aux OPC se déclarant conformes à la loi islamique », DOC-2007-19, Rev. AMF 2007, n° 38, p. 75. Pour un commentaire de cette position modifiée en 2013, 2015 et 2018, v.

la société de gestion est préservée. Sa doctrine est exprimée en deux temps, d'abord en précisant les conditions de recours à des critères financiers, puis en les appliquant aux OPCVM islamiques. Ces derniers ont pour particularité, à l'instar des banques islamiques, de recourir à un comité d'experts, dit « comité charia », pour s'assurer de la conformité à la Loi de leur activité³⁵⁸¹. L'AMF a opté pour un encadrement *a minima* de ce comité en distinguant selon qu'il sélectionne lui-même les titres ou qu'il n'émet qu'un simple avis consultatif. Seule cette dernière hypothèse préserve l'autonomie de la société de la gestion et satisfait ainsi aux dispositions législatives et réglementaires. L'AMF rappelle en outre que la sélection des titres ne peut reposer sur des critères discriminatoires tels que la religion d'un dirigeant d'entreprise³⁵⁸².

688 Diversité des OPCVM. Aux termes de l'article L. 214-4 du Code monétaire et financier, « *les OPCVM prennent la forme soit de sociétés d'investissement à capital variable dites " SICAV ", soit de fonds communs de placement* ». Une SICAV est constituée au moyen soit d'une société anonyme, soit d'une société par actions simplifiée dont le siège social et l'administration sociale sont situés en France³⁵⁸³. Le fonds commun de placement est, quant à lui, une « *copropriété d'instruments financiers et de dépôts* » ne disposant pas, partant, de la personnalité juridique³⁵⁸⁴. Chacune de ces formes d'OPCVM a pour intérêt de permettre aux investisseurs de souscrire des parts³⁵⁸⁵. L'Académie Internationale du Fiqh Islamique et l'AAOIFI ont également reconnu cette possibilité s'agissant de la *mudarabah*³⁵⁸⁶. Si le Pr Isabelle RIASSETTO a démontré la compatibilité des fonds islamiques et du droit français³⁵⁸⁷, la création d'un OPCVM reposant sur la *mudarabah* interroge notamment quant à sa gestion.

BONNEAU, Thierry, « Loi islamique, Organisme de placement collectif en valeurs mobilières », *RD bancaire et fin.* 2007, comm. 237 ; STORCK, Michel, « Conditions d'agrément d'un OPCVM islamique et conditions d'admission à la négociation des obligations islamiques (sukuk) sur un marché réglementé français : l'AMF publie deux notes faisant état de la réglementation applicable en France », *RTD com.* 2008.808 ; GUILLOT, Jean-Louis, BERARD, Pierre-Yves, « Les critères extrafinanciers de sélection des actifs des OPCVM », *Revue banque* 2013, n° 759, p. 85.

³⁵⁸¹ Sur les comités charia, v. FADI, Achi, FORGET, Elisabeth, « La gouvernance des comités charia », *RD bancaire et fin.* 2011, étude 14 ; ABDALLAH, Amal, « Le contrôle religieux au sein des banques : une particularité de la finance islamique », *Bull. joly bourse* 2013, n°7-8, p. 374 et s. ; BONNEAU, Thierry, « Finance islamique et réglementation bancaire » in *Mélanges en l'honneur du professeur Michel Germain*, LexisNexis, 2015, spéc. p. 158 et s.

³⁵⁸² AMF, « Critères extra financiers de sélection des actifs et application aux OPC se déclarant conformes à la loi islamique », *op. cit.*

³⁵⁸³ C. mon. fin., art. L. 214-7.

³⁵⁸⁴ *Ibid.*, art. L. 214-8.

³⁵⁸⁵ *Ibid.*, art. L. 214-2-1.

³⁵⁸⁶ AAOIFI, Norme charaïque n°17, spéc. art. 3.6.2 et 5.1.5.7 et Académie Internationale du Fiqh Islamique, Résolution n°30 (5/4).

³⁵⁸⁷ RIASSETTO, Isabelle, « Les fonds islamiques », *RD bancaire et fin.* 2011, étude 11. L'auteur soutient notamment que « contrairement à une idée reçue, la création d'un fonds islamique ne comporte pas d'originalité par rapport à celle d'un autre OPCVM », v. *op. cit.*, paragr. 7.

689 Gestion de l'OPCVM. L'absence de personnalité morale des FCP les contraint à recourir à une société de gestion tandis qu'elle n'est que facultative pour les SICAV³⁵⁸⁸. En vertu de la directive dite OPCVM, la société de gestion exerce les fonctions de gestion du portefeuille, d'administration du fonds et de commercialisation des parts, qui peuvent être comparées à celles exercées par le *mudarib*³⁵⁸⁹. Pour autant, peut-on assimiler la société de gestion au *mudarib* ? Conformément à la définition de la *mudarabah*, l'un comme l'autre apporte son expertise afin de faire fructifier les fonds. Cependant si le *mudarib* agit en vue de partager le profit avec le *rab al-mal*, la société de gestion le fait dans « *le seul intérêt de l'OPCVM et des porteurs de parts ou actionnaires de l'OPCVM* »³⁵⁹⁰. Son rôle s'apparente alors à celui d'un mandataire plutôt que d'un associé commandité comme l'est le *mudarib*. En cette qualité ce dernier ne perçoit qu'une quote-part du profit à l'exclusion de toute autre forme de rémunération. Dans sa thèse consacrée au capital risque islamique en droit français, Mme Dorsaf MATRI a brièvement évoqué la rémunération de la société de gestion³⁵⁹¹. L'auteur rappelle que cette rémunération se compose de parts de « *carried interest* » souscrites par les membres de l'équipe de gestion et qui donnent droit à une quote-part des plus-values réalisées par le fonds », et d'une commission de gestion prélevée sur les actifs du fonds correspondant aux frais de fonctionnement du fonds³⁵⁹². L'AAOIFI admet en effet que le *mudarib* prélève certaines sommes sur les fonds afin de couvrir les frais inhérents à la gestion du fonds³⁵⁹³. Mme Dorsaf MATRI ajoute toutefois que le *mudarib* « *peut être rémunéré sous forme de salaire ou percevoir un pourcentage de profit du fonds* »³⁵⁹⁴. Elle cite, au soutien de son affirmation, un article de la norme n°13 de l'AAOIFI consacrée à la *mudarabah*³⁵⁹⁵.

³⁵⁸⁸ C. mon. fin., art. L. 214-7-1 (pour les SICAV) et L. 214-8-1 (pour les FCP, le texte précisant que le fonds est constitué à l'initiative de la société de gestion)

³⁵⁸⁹ Directive 2009/65/CE du Parlement européen et du Conseil du 13 juillet 2009 portant coordination des dispositions législatives, réglementaires et administratives concernant certains organismes de placement collectif en valeurs mobilières (OPCVM), Annexe II.

A propos du rôle du *mudarib* dans l'émission de *sukuk mudarabah*, v. AAOIFI, Norme charaïque n°17, art. 5.1.5.7.

³⁵⁹⁰ C. mon. fin., art. L. 214-9.

³⁵⁹¹ MATRI, Dorsaf, PARLEANI, Gilbert Préfacier et ALI, Nazim Auteur de la postface, « Le capital risque islamique en droit français », IRJS éditions, 2016, paragr. 469 et s.

³⁵⁹² *Ibid.*, paragr. 470.

³⁵⁹³ AAOIFI, Norme charaïque n°40, art. 3.1.2.2 et 4.10

³⁵⁹⁴ MATRI, Dorsaf, PARLEANI, Gilbert Préfacier et ALI, Nazim Auteur de la postface, *op. cit.*, paragr. 870.

³⁵⁹⁵ Bien que l'auteur ne le précise pas il s'agit de l'article 8.2 de cette norme : « *En principe, le cumul d'une quote-part du profit de la mudarabah et d'une rémunération n'est pas permis. Rien ne s'oppose à ce que les deux parties conviennent, par acte séparé, que l'une d'entre elles accomplisse un acte qui ne dépend pas des actes de la mudarabah moyennant un rémunération déterminée, de sorte que le contrat mudarabah survive, s'il vient à en être séparé* ». La traduction que cite l'auteur est issue de *Finance islamique : les normes de conformité de l'AAOIFI*, ESKA, 2013, p. 207.

Deux objections doivent lui être adressées. En premier lieu, en invoquant la norme générale relative à la *mudarabah* plutôt que celle spécifique aux comptes d'investissement gérés sur la base de ce contrat, l'auteur semble ignorer l'existence de cette dernière norme³⁵⁹⁶. En second lieu, l'article invoqué ne permet pas au *mudarib* de percevoir une rémunération « sous forme de salaire » comme le soutien Mme Dorsaf MATRI. Il ne l'autorise, comme l'énonce expressément la norme, que pour les actes accomplis par le *mudarib* qui ne relèvent pas de la *mudarabah*³⁵⁹⁷. Il s'agit de l'hypothèse où les parties concluent un contrat indépendant. Tout au plus l'AAOIFI admet-elle que le *mudarib* prélève des frais à l'occasion de l'ouverture du compte d'investissement, ce qui correspondrait à la création du fonds³⁵⁹⁸.

690 Exclusion du recours à la société de gestion. La rémunération des sociétés de gestion est envisagée aux articles 321-116 du règlement général de l'AMF. Pour la gestion du portefeuille la société perçoit une commission de gestion et, le cas échéant, une quote-part des commissions de souscription et de rachat ou des rémunérations accessoires³⁵⁹⁹. S'il est admis que la commission de gestion comporte une part variable, elle s'accompagne nécessairement d'une part fixe qui est contraire aux règles régissant la *mudarabah*³⁶⁰⁰. Un fonds d'investissement islamique reposant sur la *mudarabah* ne peut donc être constitué sous la forme d'un FCP puisque le recours à une société de gestion est obligatoire pour ce type d'OPVCM.

691 SICAV autogérée. L'autre forme d'OPVCM est la SICAV qui, en tant que société, dispose de la personnalité juridique contrairement au FCP. Elle est soit une société par actions, soit une société par actions simplifiée ayant pour objet la gestion du portefeuille d'instruments financiers et de dépôts³⁶⁰¹. La SICAV suit ainsi les dispositions du Code de commerce relatives aux sociétés commerciales, bien que les articles L. 214-7-2 et L. 214-7-3 du Code monétaire et financier y apportent des dérogations notables. A la différence du FCP, le recours à une société de gestion du

³⁵⁹⁶ L'interdiction de principe pour le *mudarib* de percevoir une rémunération est rappelée dans la norme n°40 aux article 4.1 et 4.4.

³⁵⁹⁷ L'AAOIFI justifie ce principe dans l'annexe B accompagnant la norme. L'attribution d'une somme forfaitaire est contraire à l'esprit du contrat qui implique nécessairement un partage des profits.

³⁵⁹⁸ AAOIFI, Norme charaïque n°40, art.2.2.4.

³⁵⁹⁹ Règl. gén. AMF, art. 321-117.

³⁶⁰⁰ *Ibid.*, art. 321-118

³⁶⁰¹ C. mon. fin., art. L. 214-7.

portefeuille constitue une simple faculté pour la SICAV³⁶⁰². En son absence, la gestion de la SICAV revient à ses dirigeants³⁶⁰³.

Lorsque la SICAV prend la forme d'une société anonyme, ses fondateurs ont le choix entre une direction moniste dite « à la française », avec conseil d'administration, et une direction dualiste dite « à l'allemande », avec conseil de surveillance et directoire. La complexité d'une telle organisation est difficilement compatible avec la qualité de *mudarib*. Que la structure soit moniste ou dualiste, elle suppose la participation de plusieurs personnes dont certaines sont nécessairement des personnes physiques³⁶⁰⁴.

La SICAV constituée sous la forme d'une société par actions simplifiée (SAS) offre une plus grande souplesse à ses fondateurs. Conformément à l'article L. 227-5 du Code de commerce, le mode de direction de la SAS est librement déterminé par ses statuts. Le président, considéré comme le représentant légal de la société, est le seul dirigeant qu'ait imposé le législateur. Il peut être choisi parmi les actionnaires ou être un tiers, mais il lui est surtout permis d'être une personne morale, ce qui est interdit s'agissant de la société anonyme³⁶⁰⁵. Les statuts peuvent ainsi prévoir une direction unique de la société qui convient davantage à la gestion d'un fonds reposant sur le principe de la *mudarabah*. Le régime libéral établi en faveur de la SAS permet en outre de déterminer librement la rémunération du dirigeant qui peut alors correspondre à une quote-part des profits générés par la société³⁶⁰⁶. En conséquence, la SICAV prenant la forme d'une SAS se révèle le seul fondement utile à la constitution d'un OPCVM reposant sur le principe de la *mudarabah*.

3) La qualification de fiducie-gestion

692 Fiducie et finance islamique. Le recours à la fiducie dans le cadre de la finance islamique a fait l'objet de nombreux écrits³⁶⁰⁷. En vue de favoriser l'émission de *sukuk*,

³⁶⁰² *Ibid.*, art. L. 214-7-1 al. 1°

³⁶⁰³ La SICAV autogérée doit remplir l'ensemble des conditions applicables aux sociétés de gestion et respecter les obligations applicables à ces sociétés, v. Règl. gén. AMF, art. 411-1, 3°.

³⁶⁰⁴ Le conseil d'administration et le conseil de surveillance peuvent avoir pour membre une personne morale, mais celle-ci doit alors désigner un représentant permanent (C. com., art. L. 225-50 pour le conseil d'administration et L. 225-76 pour le conseil de surveillance. Le président du conseil d'administration et les membres du directoire sont nécessairement des personnes physiques (respectivement C. com., art. L. 225-47 et L. 225-59, al. 3).

³⁶⁰⁵ C. com., art. L. 227-7.

³⁶⁰⁶ LE CANNU, Paul, DONDERO, Bruno, *Droit des sociétés*, 9e éd., LGDJ, 2022, paragr. 1007; COZIAN, Maurice, VIANDIER, Alain et DEBOISSY, Florence, *Droit des sociétés*, 34e éd., LexisNexis, 2021, paragr. 1536.

³⁶⁰⁷ de BROSESSE, Arnaud, ABOUALI, Gamal, « Le développement de la finance islamique en France, ses applications et ses implications sur l'évolution du régime juridique de la fiducie », *Option finance* 2009, n° 1015, p.31-33 ; CAROLLE-BRISSON, Diane, « La fiducie : porte d'entrée des sukuk en France ? », *RLDA* 2009, n°2411 ; CHARLIN, Jacques, « Fiducie, sukuk et

il avait été proposé de réformer la fiducie, alors récemment introduite en droit français, afin que le fiduciaire puisse émettre des titres qui confèrent à leurs porteurs un droit de propriété sur les actifs³⁶⁰⁸. En ce sens, le Sénateur Philippe Marini avait, après un premier échec, convaincu la Commission des finances du Sénat d'insérer, à la proposition de loi sur l'accès au crédit des PME, un article 6 qui disposait : « *le fiduciaire exerce la propriété fiduciaire des actifs figurant dans le patrimoine fiduciaire, au profit du ou des bénéficiaires, selon les stipulations du contrat de fiducie* »³⁶⁰⁹. De l'aveu de son auteur, le texte s'inspirait de la conception anglo-saxonne du *trust*, lequel provient d'un système juridique connaissant une distinction entre la « propriété économique » et la « propriété juridique »³⁶¹⁰. Il a suscité l'ire de la doctrine qui a vu en ses dispositions « *une construction doctrinale parfaitement inconnue du droit civil* »³⁶¹¹, au point qu'un auteur s'est demandé si « *l'atteinte portée à un pilier de la construction civiliste ne serait pas à même de faire vaciller l'ensemble* »³⁶¹². Au grand soulagement de ses contempteurs, le texte a fait l'objet d'un contrôle de constitutionnalité à la demande d'un groupe de 83 députés. Les requérants faisaient notamment valoir que le désormais article 16 de la loi n°2009-1255 du 19 octobre 2009 était dépourvu de tout lien avec l'objet du texte déposé, ce que l'on qualifie de « cavalier législatif »³⁶¹³. Par une décision du 14 octobre 2009, le Conseil constitutionnel censure l'article 16 de la loi n°2009-1255 du 19 octobre 2009 au motif que ses dispositions ne présentaient « *aucun lien même indirect, avec celles qui figuraient dans la proposition de loi tendant à favoriser l'accès au crédit des petites et moyennes entreprises* »³⁶¹⁴. La fiducie se voyait ainsi « *préservée des audaces du législateur* »³⁶¹⁵. Nonobstant cette censure, deux structures juridiques d'émission de

autres murabaha ou ijara : à propos de la finance islamique », *JCP E* 2009.1946 ; BERTRAN DE BALANDA, Jacques, BOURABIAT, Foued, « Fiducie et finance islamique », *Dr. & patr.* 2010, n° 192, p. 84-93 ; DUPICHOT, Philippe, « Fiducie et finance islamique », *D* 2010.1064 ; BARRIERE, François, « Propriété, Fiducie et sukuk », *JCP E* 2011.1203 ; BAUDOUIN, Valentine, RUTSAERT, Quentin, BENGARAI ABOU NOUR, Tarik, « Les sukuk : un regard croisé en droit commercial islamique, français et luxembourgeois », *Option finance* 2014, n°1279, p. 30-32 ; SAINT MARC, Gilles, « Emission de sukuk en droit français : l'apport de la fiducie » in ASSOCIATION HENRI CAPITANT, *La fiducie dans tous ses états*, Actes du colloque organisé le 15 avril 2010 à l'Université Paris-Est Créteil, Dalloz, 2011, p. 81-87.

³⁶⁰⁸ Intervention de Me Gilles SAINT MARC retranscrite in *La finance islamique en France : Quelles perspectives ?*, Les rapports du Sénat, n° 329, p. 17 ; JOUINI, Elyes, PASTRÉ, Olivier, MESTRALLET, Gérard *et al.*, *La finance islamique*, Economica, 2009, p. 103.

³⁶⁰⁹ Proposition de loi n°1728, modifiée par le Sénat, tendant à favoriser l'accès au crédit des petites et moyennes entreprises et à améliorer le fonctionnement des marchés financiers, XIIIe législature (2007 -2012).

³⁶¹⁰ Rapp. Sénat, n°442, 2008-2009, fait au nom de la commission des Finances, du contrôle budgétaire et des comptes économiques de la Nation sur la proposition de loi, ADOPTÉE PAR L'ASSEMBLÉE NATIONALE, tendant à favoriser l'accès au crédit des petites et moyennes entreprises, p. 82.

³⁶¹¹ LUCAS, François-Xavier, « La fiducie au pays de l'or noir », *Bull. Joly soc.* 2006, p. 825

³⁶¹² MALLET-BRICOUT, Blandine, « Le fiduciaire propriétaire ? », *JCP E* 2010, étude 1191.

³⁶¹³ Commentaire de la décision n°2009-589 DC du 14 octobre 2009, *Les cahiers du Conseil constitutionnel*, Cahier n°28.

³⁶¹⁴ Cons. Const., 19 octobre 2009, n°2009-589, spéc. consid. 3, *D.* 2009, obs. A. Lienhard

³⁶¹⁵ AYNES, Laurent, CROCQ, Pierre, « La fiducie préservée des audaces du législateur », *D.* 2009.2559.

sukuk ont été présentées à l'AAOIFI qui les a acceptées dans leurs principes. L'une repose sur une combinaison d'un organisme de titrisation et de la fiducie, et l'autre sur l'émission de titres de dettes dont le principal et la rémunération sont indexés sur l'actif financé, se rapprochant des *trust certificates* et, partant, de la propriété « économique »³⁶¹⁶.

693 Fiducie et *mudarabah*. Outre l'émission de *sukuk*, la fiducie pourrait présenter un intérêt en tant qu'instrument de gestion, individuelle ou collective, reposant sur la *mudarabah*. Un auteur a relevé à cet égard que « *le contrat de mudarabah, que l'on a, par approximation assimilé à une commandite, ressemble aussi à une fiducie* »³⁶¹⁷. Aux termes de l'article 2011 du Code civil, « *la fiducie est l'opération par laquelle un ou plusieurs constituants transfèrent des biens, des droits ou des sûretés, ou un ensemble de biens, de droits ou de sûretés, présents ou futurs, à un ou plusieurs fiduciaires qui, les tenant séparés de leur patrimoine propre, agissent dans un but déterminé au profit d'un ou plusieurs bénéficiaires* ». La référence au « *but déterminé* » permet l'existence de différentes formes de fiducie parmi lesquelles la fiducie-gestion possède des points communs avec la *mudarabah*. L'on peut s'interroger toutefois si ce « *but* » peut être similaire à celui du contrat islamique, à savoir le partage des profits. La formulation large retenue par le législateur semble l'admettre et une analyse des dispositions régissant la fiducie plaiderait en faveur de cette interprétation.

694 Rapprochement entre la fiducie et la *mudarabah*. De même que la *mudarabah* peut impliquer un ou plusieurs *arbal al-mal*³⁶¹⁸, la fiducie est susceptible d'être constituée par une ou plusieurs personnes³⁶¹⁹. Bien qu'en pratique le *rab al-mal* réalise un apport en numéraire, les juristes musulmans ne s'opposent pas aux apports en nature³⁶²⁰. S'agissant de la fiducie, le législateur a prévu que le constituant transfère « *des biens ou des droits* », ce qui inclut nécessairement les sommes d'argent³⁶²¹. Dans

³⁶¹⁶ Sur ce point v. SAINT MARC, Gilles, « Emission de *sukuk* en droit français : l'apport de la fiducie » *in op. cit.*, spéc. p. 87. Les structures juridiques sont détaillées dans un document publié par Paris Europlace, v. PARIS EUROPLACE, *Issuing and Listing Sukuk in France : How to Take Advantage of the Attractive French Legal and Tax Environment*, French Sukuk Guidebook, novembre 2011.

La structure reposant sur la fiducie interroge en ce que le document publié par Paris Europlace indique : « *Sukukholders are co-owners of [...] the benefit of the legal ownership of the Underlying Assets held by the fiduciary* ».

³⁶¹⁷ GUÉRANGER, François, *Finance islamique*, Dunod, 2009, p. 94.

³⁶¹⁸ Pluriel de *rab al-mal*

³⁶¹⁹ C. civ., art. 2011.

³⁶²⁰ AAOIFI, Norme charaïque n°13, art. 7.1.

³⁶²¹ FRANÇOIS, Bénédicte, *Rép. sociétés Dalloz*, v°Fiducie, sept. 2011, actualisation nov. 2021, paragr. 52.

le contrat islamique, chacune des parties bénéficie de la gestion du *mudarib*. Un principe similaire peut être établi en vertu de l'article 2016 du Code civil qui dispose que « *le constituant ou le fiduciaire peut être le bénéficiaire ou l'un des bénéficiaires du contrat de fiducie* ». Est-il cependant judicieux de désigner le fiduciaire comme l'un des bénéficiaires de la fiducie ? Dans la fiducie-gestion, le principe est que le constituant est le seul bénéficiaire, le fiduciaire devant lui rétrocéder les biens ou les droits transférés à l'issue du contrat³⁶²². Sur ce point la fiducie est similaire à la *mudarabah* qui prévoit la restitution du capital au *rab al-mal*. La désignation du fiduciaire en tant que bénéficiaire, au même titre que le constituant, lui permettrait certes de percevoir les profits liés à sa gestion des fonds, mais cela supposerait qu'il reçoive une partie du patrimoine fiduciaire lorsque le contrat prend fin. Pour être en conformité avec le *fiqh*, le fiduciaire devrait renoncer à sa qualité de bénéficiaire à ce moment. Une autre solution consisterait pour les parties à stipuler que la rémunération du fiduciaire prenne la forme d'un pourcentage des profits lié à la gestion des actifs. Malgré plusieurs réformes de la fiducie, le Code civil demeure silencieux sur la rémunération du fiduciaire³⁶²³. En l'absence de précision, les parties sont alors libres d'en définir les modalités³⁶²⁴. Il leur est loisible de s'inspirer du régime de la *mudarabah* et de prévoir dans le contrat de fiducie que le fiduciaire percevra une rémunération prenant la forme d'un pourcentage déterminé des profits engendrés par la gestion des actifs fiduciaires³⁶²⁵.

695 Similarités quant aux pouvoirs. La *mudarabah* et la fiducie convergent encore s'agissant des pouvoirs conférés au *mudarib* et au fiduciaire. L'article 2018, 6° du Code civil dispose que le contrat de fiducie détermine, à peine de nullité, « *la mission du ou des fiduciaires et l'étendue de leurs pouvoirs d'administration et de disposition* ». A l'instar du *rab al-mal* dans le cadre d'une *mudarabah* limitée, le constituant peut ainsi

³⁶²² *Ibid.*, paragr. 35.

³⁶²³ L'absence de dispositions spécifiques à ce sujet a été regrettée par le rapporteur de la loi instituant la fiducie : « *La stipulation relative à la rémunération du fiduciaire n'a pas non plus été retenue, ce qui peut davantage donner lieu à discussion. Dans sa version initiale, la proposition de loi disposait en effet que le contrat de fiducie prévoyait la rémunération du fiduciaire et que, en l'absence de stipulation sur le sujet, la fiducie était gratuite. En laissant toute latitude aux parties, y compris celle de ne rien prévoir, l'article 2016 du code civil ne permettra pas de régler les contentieux qui se heurteraient au silence du contrat. Pour cette raison, il eut sans doute été souhaitable d'inclure la rémunération dans le 6° de cet article, de manière à obliger les parties à s'accorder sur ce point et à éclairer, le cas échéant, le juge dans le règlement des litiges éventuels* » v. Rapp. AN, n°3655

³⁶²⁴ DELFOSSE, Alain, PENIGUEL, Jean-François, « Premières vues sur la fiducie », *Deffrénois* 2007, p. 581 et s.

³⁶²⁵ Le législateur y est d'autant moins opposé que l'article 266, 1, f bis du CGI dispose que la TVA due par le fiduciaire au titre de ses obligations est assise sur « *la rémunération versée par le constituant ou retenue sur les recettes de l'exploitation des droits et biens du patrimoine fiduciaire* ».

restreindre les pouvoirs du fiduciaire sans, bien entendu, que cela n'ait pour effet de rendre impossible la gestion des biens. Pour le reste, il agit, comme le *mudarib*, de manière exclusive, ce qui exclut toute ingérence du constituant dans la gestion des biens³⁶²⁶. A l'égard des tiers, le fiduciaire est présumé disposer « *des pouvoirs les plus étendus sur le patrimoine fiduciaire* », à moins qu'il ne soit démontré qu'il ait eu connaissance d'éventuelles limitations³⁶²⁷.

696 Similarités quant à la responsabilité. Le parallèle entre les deux contrats se poursuit quant à la responsabilité du fiduciaire et du *mudarib*. La *mudarabah*, cela a déjà été rappelé, appartient à la catégorie des contrats *al-amanah*, à savoir les contrats qui, comme l'indique le mot en langue arabe, reposent sur la confiance³⁶²⁸. Le terme « fiducie » provient du latin *fiducia* qui signifie « confiance » et a donné son nom à l'institution de droit romain dont s'inspire la fiducie intégrée tardivement par le législateur dans le Code civil, bien qu'elle s'en différencie en de nombreux points. Les Romains distinguaient déjà la *fiducia cum amico*, ou fiducie avec ami, pouvant s'apparenter à la fiducie-gestion, et la *fiducia cum creditore*, proche de la fiducie-sûreté³⁶²⁹. La référence étymologique à la confiance souligne l'importance de l'*intuitu personae* dans les deux contrats. En conséquence, le *mudarib* engage naturellement sa responsabilité en cas de manquement aux termes du contrat, de fraude ou de faute avérée de gestion³⁶³⁰. De même, le fiduciaire « *est responsable, sur son patrimoine propre, des fautes qu'il commet dans l'exercice de sa mission* »³⁶³¹. A l'instar du *mudarib*, il ne saurait être tenu de répondre de la perte de valeur du patrimoine fiduciaire dès lors qu'il a agi conformément à sa mission.

697 Similarités quant à la révocabilité du contrat. Enfin, le contrat de fiducie est librement révocable tant que le bénéficiaire ne l'a pas accepté ou si le constituant est le seul à disposer de cette qualité³⁶³². En principe, la *mudarabah* est révocable tant par

³⁶²⁶ Deux auteurs soulignent à cet égard : « [...] dans le cadre des pouvoirs qui lui sont conférés, le fiduciaire agit de manière exclusive. Parallèlement, le constituant perd alors la possibilité d'accomplir lui-même les actes juridiques que le fiduciaire est chargé d'effectuer pour le compte de la fiducie » v. ³⁶²⁶ DELFOSSE, Alain, PENIGUEL, Jean-François, préc., spéc. paragr. 29.

³⁶²⁷ C. civ., art. 2023.

³⁶²⁸ AAOIFI, Norme charaïque n°13, art. 4.4.

³⁶²⁹ LÉVY, Jean-Philippe et CASTALDO, André, *Histoire du droit civil*, Dalloz, 2010, paragr. 476.

³⁶³⁰ AAOIFI, Norme charaïque n°13, art. 4.4.

³⁶³¹ C. civ., art. 2026.

³⁶³² C. civ., art. 2028.

le *mudarib* que par le *rab al-mal* car son régime s'inspire du mandat³⁶³³. Elle ne peut toutefois plus l'être si le *mudarib* a commencé à exécuter le contrat ou si les parties ont stipulé un terme³⁶³⁴.

698 Adéquation de la fiducie. Les nombreuses similarités entre les deux contrats amènent à considérer la transposition de la *mudarabah* à travers le régime de la fiducie. La technique permettrait aux établissements de crédit de proposer un service de gestion patrimoniale charia-compatible en ce qu'il repose sur le principe de la *mudarabah*. Si, à l'origine, l'article 2014 du Code civil disposait que seules les personnes morales soumises à l'impôt sur les sociétés pouvaient constituer une fiducie, le législateur l'a abrogé un an après son adoption l'étendant ainsi à toute personne en capacité de contracter³⁶³⁵. La qualité de fiduciaire est quant à elle réservée à certains établissements financiers ainsi qu'aux membres de la profession d'avocat, ce qui présente un intérêt notable dans le cadre de la finance islamique³⁶³⁶.

699 Conclusion section 1. En dépit de sa proximité avec la société en commandite, la *mudarabah* ne peut véritablement lui emprunter son régime en raison de la responsabilité indéfinie de l'associé commandité au passif social. Dans le cadre des investissements reposant sur le contrat islamique, d'autres qualifications peuvent être envisagées. Il en est ainsi du compte bancaire, sous réserve que le juge reconnaisse que la *mudarabah* implique bien une réception de fonds remboursables du public. Le recours au contrat s'envisage encore en vue de constituer un OPCVM, bien qu'il ne puisse prendre la forme que d'une SICAV reposant sur une société par actions simplifiée. Enfin, la *mudarabah* se prête à la mise en place d'une fiducie-gestion.

Le régime juridique singulier de la *mudarabah* restreint son usage en droit français, notamment dans le domaine des OPCVM où l'on aurait pu penser, *a priori*, qu'elle trouve son intérêt principal. Il ne faudrait pas pour autant généraliser ce constat à l'ensemble des contrats de la finance islamique. Les OPCVM peuvent être constitués sur le fondement de la *musharakah*, pendant islamique de la société.

³⁶³³ V. supra nos développements relatifs au régime islamique de la *mudarabah*.

³⁶³⁴ AAOIFI, Norme charaïque n°13, art. 4.3.

³⁶³⁵ L. n° 2008-776 du 4 août 2008 de modernisation de l'économie, art. 18.

³⁶³⁶ C. civ., art. 2015.

Section 2 : La *musharakah*

700 Définition. Le terme « *musharakah* » provient de *sharikah* qui désigne l'association de deux biens de sorte qu'il devient impossible de les distinguer³⁶³⁷. Les deux termes, employés comme synonymes, ont désigné par la suite l'association entre deux ou plusieurs personnes qui participent à une entreprise commune³⁶³⁸. La version française officielle des normes de l'AAOIFI définit la *musharakah* comme « *l'accord entre deux ou plusieurs parties pour la mise en commun de leurs apports en numéraire, en nature ou en industrie ou leurs engagements dans le but de réaliser un profit* »³⁶³⁹. Ainsi décrite, la *musharakah* rappelle le contrat de société tel que l'envisage l'article 1832 du Code civil³⁶⁴⁰, à ceci près que, contrairement au droit français, la contribution des associés aux dettes n'est pas expressément évoquée, bien que les parties y soient obligées³⁶⁴¹. L'islamologue Joseph SCHACHT a pourtant écrit que « *le concept de société n'existe pas en droit islamique* » au motif que la notion de personne morale est inconnue³⁶⁴². Cette affirmation, si elle est conforme à la conception des juristes classiques, ne doit pas pour autant occulter la proximité entre la *musharakah* et la société occidentale comme en témoigne la reconnaissance par l'AAOIFI de la validité des différentes formes que peut prendre cette dernière³⁶⁴³. Pour être plus précis, il convient de distinguer entre la *sharikah al-milk*, qui correspond peu ou prou à la notion d'indivision en droit français, et la *sharikah al-'aqd* qui s'apparente davantage au

³⁶³⁷ AL-ZUHAYLI, Wahbah, EL-GAMAL, Mahmoud (Trad.), *Financial transactions in Islamic jurisprudence*, vol. 1, Dar Al-Fikr, 2001, p. 447.

³⁶³⁸ SOURDEL, Dominique, SOURDEL-THOMINE, Janine, *Vocabulaire de l'Islam*, PUF, 2002, V° Shirka.

³⁶³⁹ AAOIFI, Norme charaïque n°12, art. 2.1. La traduction des normes de l'AAOIFI par l'association Paris Europlace propose la traduction suivante : « *La charika al-aqd est l'accord de deux ou plusieurs personnes de mettre en commun leurs biens, leur industrie ou leurs obligations en vue de réaliser des bénéfices* », v. , *Finance islamique : les normes de conformité de l'AAOIFI*, ESKA, 2013, p. 179.

La définition de la *musharakah* retenue par l'AAOIFI consacre la conception hanéfite du contrat, v. pour une présentation des règles des différentes écoles, v. AL-ZUHAYLI, Wahbah, EL-GAMAL, Mahmoud (Trad.), *op. cit.*, p. 447 et s.

³⁶⁴⁰ « *La société est instituée par deux ou plusieurs personnes qui conviennent par un contrat d'affecter à une entreprise commune des biens ou leur industrie en vue de partager le bénéfice ou de profiter de l'économie qui pourra en résulter.*

Elle peut être instituée, dans les cas prévus par la loi, par l'acte de volonté d'une seule personne.

Les associés s'engagent à contribuer aux pertes ».

³⁶⁴¹ AAOIFI, Norme charaïque n°12, art. 3.1.5.

³⁶⁴² SCHACHT, Joseph, *Introduction au droit musulman*, Maisonneuve et Larose, 1999, p. 108 et 132. ; SAADALLAH, Ridha, « *La jurisprudence islamique des sociétés* » in Banque Islamique de Développement, *Les sciences de la Chari'a pour les économistes*, Actes de séminaire n°44, 1998, p. 270.

³⁶⁴³ AAOIFI, Norme charaïque n°12, art. 2.2.2 et 4.

contrat de société³⁶⁴⁴. Seule cette dernière forme sera étudiée dans le cadre de la finance islamique.

701 Fondements charaïques. La *musharakah* satisfait, plus que tout autre contrat, à l'idéal islamique de création de richesse par le travail et l'investissement, le gain de chacun des associés étant légitimé par l'exposition commune au risque de pertes. Il n'est alors guère étonnant que le contrat fasse l'objet d'un consensus parmi les *madhâhib*³⁶⁴⁵. Outre l'*ijmâ*, Al-Zuhayli cite deux versets du Coran en faveur de la validité de la *musharakah*³⁶⁴⁶ dont le lien avec le contrat, en particulier pour le premier, n'est que peu apparent : « [...] *s'ils sont plusieurs : ils se répartiront le tiers de l'héritage [...]* » ; « [...] *beaucoup d'associés se causent des torts réciproques à l'exception du petit nombre de ceux qui croient et qui font des œuvres bonnes [...]* »³⁶⁴⁷. D'après plusieurs hadiths, mais dont aucun ne figure au sein des *Sahîh* d'Al-Bukari et de Muslim, le Prophète aurait tacitement approuvé la *musharakah*³⁶⁴⁸. L'un d'eux, qualifié de hadith *qudsi*³⁶⁴⁹, rapporte que Dieu aurait déclaré qu'il s'associe avec les parties aussi longtemps que l'une d'elles ne trompe pas l'autre³⁶⁵⁰. Selon un autre, le Prophète aurait déclaré : « *bienvenue à mon frère et mon associé ; ne trompe pas et ne querelle pas* »³⁶⁵¹.

L'étude des règles de la *musharakah* établies par les *fuqaha* (I) révèle qu'elle est transposable en droit français en lui appliquant le régime juridique de la société (II).

³⁶⁴⁴ Sur la distinction entre ces deux notions, v. AL-ZUHAYLI, Wahbah, EL-GAMAL, Mahmoud (Trad.), *op. cit.*, p. 449 ; SALEH, Nabil A, *Unlawful gain and legitimate profit in Islamic law*, Cambridge University Press, 1986, p. 91 HASSAN M. Kabir et LEWIS Mervyn Keith (dir.), *Handbook of Islamic banking*, Edward Elgar Publishing, 2007, p. 120.

³⁶⁴⁵ AL-ZUHAYLI, Wahbah, EL-GAMAL, Mahmoud (Trad.), *op. cit.*, p. 448 ; AAOIFI, Norme charaïque n°12, Annexe B

³⁶⁴⁶ AL-ZUHAYLI, Wahbah, EL-GAMAL, Mahmoud (Trad.), *op. cit.*, p. 448.

³⁶⁴⁷ Coran, sourate 4, verset 12 et sourate 38, verset 24. L'AAOIFI ne cite que ce dernier verset dans l'annexe B accompagnant sa norme consacrée à la *musharakah*.

³⁶⁴⁸ AAOIFI, Norme charaïque n°12, Annexe B.

³⁶⁴⁹ Un hadith *qudsi* reproduirait la parole de Dieu, connue de Mahomet par inspiration, v. SOURDEL, Dominique, SOURDEL-THOMINE, Janine, *op. cit.*, V°Qudsi.

³⁶⁵⁰ *Sunan Abu Dawud*, hadith n°3383.

³⁶⁵¹ Le hadith est cité par l'AAOIFI dans l'annexe B accompagnant la norme n°12.

I] *Le cadre juridique islamique*

702 Coexistence des sociétés traditionnelles et des sociétés modernes. La proximité des sociétés traditionnelles du droit islamique (**A**), *sharikaat*, avec les sociétés occidentales actuelles (**B**) explique que les jurisconsultes reconnaissent la conformité à la charia de ces dernières.

A) *Les sociétés traditionnelles*

703 Diverses formes de *musharakah*. En dépit d'un consensus sur la validité de la *sharikah al-'aqd*, les *madhâhib* ne s'accordent pas sur les différentes formes qu'elle peut prendre³⁶⁵². Les juristes de l'AAOIFI en retiennent quatre, reprenant ainsi la position de l'école hanéfite : la *mufawadah* (société à mandat général³⁶⁵³), la *sharikah al-'inan* (société à mandat limité), la *sharikah al-wujuh* ou *al-dhimam* (société dite de notables ou de crédit), la *sharikah al-a'mal* (la société d'ouvrage ou association d'artisans). La *mufawadah* a pour particularité de conférer à chaque associé tout pouvoir et toute responsabilité les plaçant, ainsi, en situation de parfaite égalité et permettant à chacun d'engager seul la société³⁶⁵⁴. Approuvée par les juristes hanéfites et malékites, elle divise les hanbalites, tandis qu'elle se voit rejetée par les shaféites. En raison de ses conditions strictes et de sa rareté, l'AAOIFI l'a expressément exclue de sa norme consacrée à la *musharakah*³⁶⁵⁵. L'organisation, si elle évoque brièvement la société de notables et la société d'ouvrage, n'envisage véritablement le régime juridique de la *musharakah* qu'à travers la société à mandat limité (*sharikah al-'inan*).

L'AAOIFI prend en considération les apports de la pratique à l'origine de la *musharakah* dégressive (*musharakah mutanaqisah*), laquelle consiste en une cession progressive des parts sociales par l'un des associés qui se comporte ainsi comme un

³⁶⁵² Sur ce point, v. AL-ZUHAYLI, Wahbah, EL-GAMAL, Mahmoud (Trad.), *op. cit.*, p. 449 et s. ; SALEH, Nabil A, *Unlawful gain and legitimate profit in Islamic law*, Cambridge University Press, 1986, p. 93.

³⁶⁵³ Cette traduction correspond à celle proposée par la version officielle des normes de l'AAOIFI en français. Elle se rencontre aussi dans BEN ISH'ÂQ, Khalil, BOUSQUET, Georges-Henri (trad.), *Abrégé de la loi musulmane selon le rite de l'imâm Malek*, t. 3 : Le patrimoine, La Maison des livres, Alger, 1961, p. 76.

³⁶⁵⁴ SCHACHT, Joseph, *Introduction au droit musulman*, Maisonneuve et Larose, 1999, p. 132 AYUB, Muhammad, *Understanding islamic finance*, John Wiley & Sons, 2007, p. 310 SALEH, Nabil A, *op. cit.*, p. 92.

³⁶⁵⁵ AAOIFI, Norme charaïque n°12, art. 1.

baillieur de fonds (2), et qui se distingue de la *musharakah* classique, aussi dite définitive (1)

1) *La musharakah définitive*

704 *Sharikah al-‘inan*. A la différence de la *sharikah al-mufawadah*, la *sharika al-‘inan* est approuvée par l’ensemble des jurisconsultes, bien qu’ils soient en désaccord sur les règles qui lui sont applicables³⁶⁵⁶. Le terme *‘inan* désigne les rênes d’un cheval et serait employé ici de façon métaphorique afin de représenter les associés comme deux cavaliers chevauchant côte à côte, chacun tenant ses rênes à côté de l’autre, symbolisant ainsi leur égalité³⁶⁵⁷. Selon l’AAOIFI, la *sharikah al-‘inan* est « *la mise en commun de biens par deux ou plusieurs associés, de sorte que chaque associé est en droit d’administrer la société. Les bénéfices seront partagés entre eux selon des proportions fixées d’un commun accord. Quant aux pertes, elles sont supportées au prorata des apports* »³⁶⁵⁸.

705 Constitution de la société. La norme de l’AAOIFI énonce d’abord que le contrat de société est formé par l’accord de volonté des parties, mais elle ajoute ensuite qu’il doit être établi par écrit et, s’il a lieu, publié officiellement. L’organisation ne précise pas si ces formalités, dérogeant au principe du verbalisme consacré par le *fiqh*, sont exigées *ad validitatem* ou *ad probationem*³⁶⁵⁹. A l’instar de l’article 1835 du Code civil, les juristes de l’AAOIFI imposent que le contrat de société comporte certaines mentions parmi lesquelles l’objet social, les apports des associés et leurs parts dans le capital³⁶⁶⁰, ainsi que les modalités de répartition du bénéfice³⁶⁶¹. Les clauses du contrat de société, et notamment la répartition des profits, peuvent être modifiées à tout moment par consentement mutuel des parties. La contribution des associés aux pertes doit toutefois être proportionnelle à leurs parts dans le capital social³⁶⁶². L’association avec un non-musulman est permise dès lors que les apports sont licites, que les opérations réalisées respectent les exigences charaïques et que la gestion de la société

³⁶⁵⁶ AL-ZUHAYLI, Wahbah, EL-GAMAL, Mahmoud (Trad.), *op. cit.*, p. 451 ; SALEH, Nabil A, *op. cit.*, p. 93.

³⁶⁵⁷ AL-ZUHAYLI, Wahbah, EL-GAMAL, Mahmoud (Trad.), *op. cit.*, p. 451.

³⁶⁵⁸ AAOIFI, Norme charaïque n°12, art. 3.1. La définition est issue de la version française officielle des normes de l’AAOIFI.

³⁶⁵⁹ AAOIFI, Norme charaïque n°12, art. 3.1.1.1.

³⁶⁶⁰ *Ibid.*, art. 3.1.2 et s., spéc. art. 3.1.2.3.

³⁶⁶¹ *Ibid.*, art. 3.1.5.1.

³⁶⁶² *Ibid.*, art. 3.1.1.4.

est confiée soit à une institution financière islamique en sa qualité d'associée, soit à un tiers se conformant aux règles islamiques³⁶⁶³.

706 Le capital de la société. En principe, le capital de la société est constitué exclusivement par des apports en numéraire. La majorité des juristes justifient l'exclusion des autres formes d'apports par les difficultés que pose leur évaluation et qui pourraient conduire à des litiges³⁶⁶⁴. L'AAOIFI a cependant consacré l'avis des malékites qui ont jugé licite les apports en nature sous réserve de les évaluer en numéraire afin de déterminer la part de chaque associé dans le capital de la société³⁶⁶⁵. Dans le cas où l'un des associés réalise un apport en numéraire dans une devise étrangère, il convient de la convertir afin de déterminer la part de chaque associé dans le capital³⁶⁶⁶. Cette détermination doit avoir lieu que le capital soit libéré en une ou plusieurs fois³⁶⁶⁷. L'apport au capital de dettes seules n'est pas permis, mais il est possible d'apporter un bien grevé d'un passif³⁶⁶⁸. Bien que l'AAOIFI considère que les sommes déposées en compte courant constituent, au regard de la charia, un prêt consenti à la société, l'organisation précise qu'elles peuvent aussi constituer un apport en capital³⁶⁶⁹. La norme est silencieuse quant aux conditions relatives à la libération du capital, mais il apparaît qu'elle ne doit pas nécessairement être consécutive à la formation du contrat. Classiquement, les juristes imposent que la libération du capital intervienne avant le début des activités de la société³⁶⁷⁰.

707 La gestion de la société. Chaque associé a le droit d'accomplir seul les actes conformes à l'objet social tels l'achat ou la vente au comptant ou à terme, le paiement,

³⁶⁶³ *Ibid.*, art. 3.1.1.2. L'AAOIFI fonde la règle sur un hadith rapportant que le Prophète aurait « interdit de s'associer avec les juifs et les chrétiens, sauf si l'achat et la vente sont sous le mandat du musulman », v. l'annexe B accompagnant la norme. Le hadith est cependant absent de la plupart des recueils.

³⁶⁶⁴ AL-ZUHAYLI, Wahbah, EL-GAMAL, Mahmoud (Trad.), *op. cit.*, p. 459.

³⁶⁶⁵ AAOIFI, Norme charaïque n°12, art. 3.1.2.2.

³⁶⁶⁶ *Ibid.*, art. 3.1.2.2. La version française officielle des normes de l'AAOIFI précise que la conversion doit être effectuée au taux en vigueur le jour de la libération du capital, tandis que la traduction réalisée par Paris Europlace mentionne le taux en vigueur le jour de la souscription. La version anglaise officielle de la norme ne permet pas de savoir à quelle date la conversion doit être réalisée : « *If partners have contributed their partnership capital in different currencies, these currencies must be translated into the currency of the Sharikah at current exchanger rates so as to determine the shares and liabilities of each partner* ». Toutefois, dans l'annexe B accompagnant la norme, il est indiqué que le taux de conversion est celui du jour du paiement, suggérant ainsi le jour de la libération du capital. Cette solution semble toutefois difficile à concilier avec la détermination des parts de chaque associé qui devrait logiquement avoir lieu lors de la souscription du capital.

³⁶⁶⁷ *Ibid.*, art. 3.1.2.3.

³⁶⁶⁸ *Ibid.*, art. 3.1.2.4.

³⁶⁶⁹ *Ibid.*, art. 3.1.2.5.

³⁶⁷⁰ SAADALLAH, Ridha, « La jurisprudence islamique des sociétés » in Banque Islamique de Développement, *Les sciences de la Chari'a pour les économistes*, Actes de séminaire n°44, 1998, p. 275 ; AL-ZUHAYLI, Wahbah, EL-GAMAL, Mahmoud (Trad.), *op. cit.*, p. 458.

la délivrance d'une chose, la constitution de garanties, etc. Les actes jugés contraires à l'intérêt de la société tels que la donation ou le prêt ne sont réalisables qu'avec l'autorisation des autres associés, à moins que le montant du prêt ne soit faible³⁶⁷¹. En dépit de ce principe, les associés peuvent décider que la gestion est assurée par un, ou plusieurs d'entre eux, seulement³⁶⁷². Ils peuvent encore préférer confier la gestion de la société à un tiers en contrepartie d'une rémunération déterminée. Il est admis que le gérant bénéficie, en sus de cette rémunération, d'un pourcentage sur les bénéfices réalisés par la société à titre de prime. Si ce pourcentage constitue l'unique contrepartie de la gestion, le gérant est juridiquement considéré comme un *mudarib* et ne peut percevoir de rémunération fixe³⁶⁷³. Pour une raison similaire, l'associé participant à la gestion de la société ne peut pas non plus se voir attribuer une rémunération forfaitaire. A défaut, ce se serait contrevenir au principe du partage des profits et des pertes. Rien n'interdit cependant à ce que les statuts prévoient que l'associé gérant bénéficie d'une quote-part dans les bénéfices plus importante que celle qui lui est attribuée eu égard à sa quote-part dans le capital social³⁶⁷⁴. Sous réserve que les parties le prévoient par un acte séparé, l'associé qui gère ou accomplit des tâches en lien avec la gestion de la société peut se voir attribuer une somme déterminée³⁶⁷⁵. L'AAOIFI justifie cette exception par l'existence d'un contrat distinct du contrat de société en vertu duquel l'associé n'agit plus en tant que tel mais en tant que salarié³⁶⁷⁶.

708 Répartition des bénéfices. Les modalités de répartition des bénéfices doivent être prévues dès la constitution de la société sous forme de pourcentage sur les bénéfices et non de sommes forfaitaires ou de pourcentage sur le capital social³⁶⁷⁷. Lors de la distribution des bénéfices, les associés peuvent convenir de modifier la clé de répartition, de même qu'un associé peut renoncer à sa quote-part au profit d'un autre³⁶⁷⁸. En principe, la quote-part d'un associé dans les bénéfices est proportionnelle à sa quote-part dans le capital. Il est permis d'y déroger, sous réserve qu'un associé qui a refusé de prendre part à la gestion de la société ne puisse se voir attribuer une quote-

³⁶⁷¹ AAOIFI, Norme charaïque n°12, art. 3.1.3.1.

³⁶⁷² *Ibid.*, art. 3.1.3.2.

³⁶⁷³ *Ibid.*, art. 3.1.3.3.

³⁶⁷⁴ *Ibid.*, art. 3.1.3.4.

³⁶⁷⁵ *Ibid.*, art 3.1.3.5.

³⁶⁷⁶ *Ibid.*, Annexe B.

³⁶⁷⁷ *Ibid.*, art. 3.1.5.1 et 3.1.5.2.

³⁶⁷⁸ *Ibid.*, art. 3.1.5.2.

part des bénéfices supérieure à celle dans le capital³⁶⁷⁹. A condition d'observer la règle précédente, les associés peuvent prévoir que les bénéfices excédant un certain taux seront attribués à l'un d'entre eux³⁶⁸⁰. Dès lors que ça ne conduit pas à exclure l'un des associés de son droit aux bénéfices, il est en outre possible de prévoir une clé, fixe ou variable, de répartition des bénéfices en fonction des périodes ou du montant des bénéfices réalisés³⁶⁸¹. A l'instar de la prohibition des clauses léonines en droit français³⁶⁸², aucune clause ne peut priver un associé de la participation aux bénéfices en droit islamique. La clause qui contrevient à la règle est nulle, mais il semble qu'elle n'affecte pas pour autant la validité du contrat selon les juristes de l'AAOIFI³⁶⁸³. Cela se déduit de l'article de la norme qui, après avoir énoncé la nullité de la clause, précise ensuite qu'en sa présence les bénéfices sont distribués au prorata de la part de chaque associé au capital³⁶⁸⁴. Les clauses attribuant à l'un des associés une somme forfaitaire ou un pourcentage de sa part du capital sont également visées par la sanction³⁶⁸⁵. Le versement d'une telle somme peut en effet conduire à priver l'un des associés de son droit aux bénéfices si les profits générés par la société sont insuffisants.

709 Distribution des bénéfices. Similairement à la *mudarabah*, la *musharakah* est soumise au principe de l'intangibilité du capital³⁶⁸⁶. La distribution des bénéfices est ainsi conditionnée à l'existence d'un profit après déduction des dépenses, des frais, des droits et des impôts³⁶⁸⁷. Le profit est constaté après liquidation effective ou fictive des actifs de la société, les créances étant évaluées à leur valeur nette après déduction de celles douteuses³⁶⁸⁸. Aucun bénéfice ne peut être distribué sur la base d'un calcul prévisionnel, il doit nécessairement correspondre au bénéfice réel après liquidation fictive ou effective³⁶⁸⁹. Il est néanmoins admis de verser des acomptes sur dividendes, sous réserve de procéder à leur régularisation ultérieure après liquidation³⁶⁹⁰. En vertu

³⁶⁷⁹ *Ibid.*, art. 3.1.5.3.

³⁶⁸⁰ *Ibid.*, art. 3.1.5.9.

³⁶⁸¹ *Ibid.*, art. 3.1.5.5.

³⁶⁸² Pour une comparaison, v. *infra* paragr. 727.

³⁶⁸³ Une version antérieure de la norme traduite par l'association Paris Europlace retenait la nullité du contrat, v. *Finance islamique : les normes de conformité de l'AAOIFI*, ESKA, 2013, p. 182.

³⁶⁸⁴ AAOIFI, Norme charaïque n°12, art. 3.1.5.7.

³⁶⁸⁵ *Id.* A noter que dans la version anglaise officielle de la norme, l'article 3.1.5.7 vise plus généralement toute clause contraire au principe du partage des bénéfices « *It is not permitted that the conditions or modes of profit allocation in a Shariah contract include any clause or condition that may result in the probable violation of the principle of sharing profit* ».

³⁶⁸⁶ Sur ce principe, v. *supra* nos développements consacrés au régime juridique islamique de la *mudarabah*.

³⁶⁸⁷ AAOIFI, Norme charaïque n°12, art. 3.1.5.6.

³⁶⁸⁸ *Ibid.*, art. 3.1.5.9.

³⁶⁸⁹ *Ibid.*, art. 3.1.5.10.

³⁶⁹⁰ *Ibid.*, art. 3.1.5.11.

d'une clause statutaire ou d'une décision des associés, il est permis d'affecter une partie des bénéfices à un compte de réserve pour renforcer la solvabilité de la société ou pour constituer une autre réserve spécifique³⁶⁹¹. Les associés peuvent éventuellement convenir de céder une partie des bénéfices à un tiers sous forme d'une donation³⁶⁹².

710 Contribution aux pertes. Les associés sont libres de déroger au principe de distribution des bénéfices au prorata de leur quote-part du capital, mais ils ne peuvent en revanche modifier la clé de répartition des pertes³⁶⁹³. La contribution aux pertes doit impérativement être proportionnelle à la participation dans le capital de la société, de sorte que les associés ne peuvent ainsi décider que l'un d'entre eux supporte une plus grande partie ou la totalité des pertes³⁶⁹⁴. La règle ne s'oppose pas toutefois à ce qu'un associé accepte d'assumer seul les pertes dès lors qu'il s'agit d'un acte volontaire et qu'il n'y est pas contraint par une clause³⁶⁹⁵.

711 Retrait d'un associé. Le départ de l'un des associés ne met pas fin à la société dès lors que les autres entendent la poursuivre³⁶⁹⁶. L'associé qui souhaite se retirer doit notifier sa décision aux autres et a le droit, selon l'AAOIFI, au « *remboursement de ses droits sociaux* »³⁶⁹⁷. L'ambiguïté de la formule ne permet pas de savoir si l'associé sortant doit céder ses parts ou si les associés restants doivent lui restituer la valeur de ses droits dans le capital. Le juriste pakistanais d'obédience hanéfite Muhammad TAQI USMANI affirme dans ce cas que l'associé sortant doit vendre ses parts et qu'à défaut d'accord sur le prix, celui-ci peut contraindre les autres associés à la liquidation de la société³⁶⁹⁸. Cette solution ne semble toutefois pas être la position adoptée par l'AAOIFI qui entend préserver l'existence de la société afin de répondre aux exigences modernes. Traditionnellement, la majorité des jurisconsultes s'accordaient à dire que le contrat de société était dépourvu de la force obligatoire, de sorte que chaque associé pouvait y

³⁶⁹¹ *Ibid.*, art. 3.1.5.13

³⁶⁹² *Ibid.*, art. 3.1.5.14.

³⁶⁹³ Al-Zuhayli rapporte que la règle en la matière est que « les profits sont partagés selon la volonté des parties, mais les pertes le sont selon leurs parts dans le capital », AL-ZUHAYLI, Wahbah, EL-GAMAL, Mahmoud (Trad.), *op. cit.*, p. 452. V. aussi, TAQI USMANI, Muhammad, *An introduction to islamic finance*, [s.l. : s.n.], [s.d.], p. 24.

³⁶⁹⁴ AAOIFI, Norme charaïque n°12, art. 3.1.5.10

³⁶⁹⁵ *Ibid.*, art. 3.1.5.4.

³⁶⁹⁶ *Ibid.*, art. 3.1.6.1.

³⁶⁹⁷ *Id.* Le terme recouvrement provient de la traduction de la norme par l'association Paris Europlace, v. *Finance islamique : les normes de conformité de l'AAOIFI*, ESKA, 2013, p. 183. La version française officielle de la norme emploie le terme « recouvrement ».

³⁶⁹⁸ TAQI USMANI, Muhammad, *An introduction to islamic finance*, [s.l. : s.n.], [s.d.], p. 29.

mettre fin unilatéralement³⁶⁹⁹. Les malékites considéraient quant à eux que le contrat était contraignant et, partant, que les associés ne pouvaient dissoudre la société que par consentement mutuel³⁷⁰⁰. Dans un souci probable de rapprocher les sociétés islamiques des sociétés occidentales, les juristes de l'AAOIFI paraissent avoir consacré une solution hybride. Il serait en effet difficile, dans le cadre d'une économie moderne, de contraindre l'un des associés à demeurer dans la société, de même que de lui permettre de provoquer unilatéralement sa dissolution. Cette solution hybride expliquerait le flou juridique autour du retrait de l'associé et du « remboursement » de ses droits sociaux. L'un des associés peut consentir une promesse unilatérale d'achat des actifs de la société au cours de son existence ou au moment de sa liquidation, soit au prix du marché soit au prix convenu lors de l'achat³⁷⁰¹. A nouveau l'AAOIFI déroge au principe de l'absence de force obligatoire de la promesse. Il est encore plus surprenant qu'elle retienne la validité d'une promesse d'achat dont le prix n'est déterminé qu'au moment de la vente. L'organisation rejette en revanche la promesse d'achat à la valeur nominale des actifs au motif qu'elle constituerait une technique de garantie du capital, ce que prohibe la charia³⁷⁰².

712 Dissolution de la société. Certaines des causes de dissolution de la *musharakah* sont similaires à celles énumérées par l'article 1844-7 du Code civil. La société islamique prend ainsi fin par l'expiration du temps pour lequel elle a été constituée, par la dissolution anticipée décidée par les associés et par la réalisation de son objet conduisant à la liquidation de ses actifs³⁷⁰³. Lorsque la société a été constituée pour une durée déterminée, ce que seuls les hanéfites et les hanbalites admettent, il peut être décidé de sa prorogation si sa dissolution venait à causer un préjudice à l'un des associés, et ce, jusqu'à la disparition de la cause qui justifie son maintien³⁷⁰⁴. Les juristes de l'AAOIFI considèrent également que la société prend fin lors de sa liquidation fictive qui donne lieu à une nouvelle société. A cette occasion les actifs qui n'ont pas été cédés au cours de la liquidation effective, mais qui ont été évalués en

³⁶⁹⁹ AL-ZUHAYLI, Wahbah, EL-GAMAL, Mahmoud (Trad.), *op. cit.*, p. 473 et 475; SAADALLAH, Ridha, « La jurisprudence islamique des sociétés » in Banque Islamique de Développement, *Les sciences de la Chari'a pour les économistes*, Actes de séminaire n°44, 1998, p. 274.

³⁷⁰⁰ *Id.*

³⁷⁰¹ AAOIFI, Norme charaïque n°12, art. 3.1.6.2.

³⁷⁰² AAOIFI, Norme charaïque n°12, art. 3.1.6.2 et annexe B.

³⁷⁰³ *Ibid.*, art. 3.6.1.3.

³⁷⁰⁴ SAADALLAH, Ridha, *op. cit.*, p. 274.

vertu de la liquidation fictive, constituent le nouveau capital de la société³⁷⁰⁵. La norme de l'AAOIFI passe sous silence d'autres événements qui, selon certains auteurs, mettent fin à la société telle la faillite de la société ou de l'un des associés, la réunion de toutes les parts sociales en une seule main, le décès, la perte de capacité ou l'apostasie de l'un des associés³⁷⁰⁶.

Lorsque la société prend fin par l'arrivée du terme, les actifs qui la composent sont vendus à la valeur du marché et le produit de la liquidation sert à payer les frais liés à cette opération, puis le passif de la société. Le reliquat est réparti entre les associés au prorata de la part de chacun d'eux dans le capital. S'il ne suffit pas à rembourser le capital, il est distribué aux associés au marc le franc de leurs parts³⁷⁰⁷.

713 *Sharikah al-wujûh* La société de crédit, encore appelée société des notables, se présente comme l'association entre deux ou plusieurs personnes en vue d'acheter à terme des biens puis de les revendre, chacune s'engageant à payer le prix à hauteur d'un pourcentage déterminé entre elles. Après la vente de ces actifs, les associés se partagent les bénéfices en proportion, ou non, de la part fixée en garantie de paiement³⁷⁰⁸. Cette forme de *sharikah* est admise par les juristes hanéfites et hanbalites, mais rejetée par les malékites et les shaféites au motif qu'elle ne satisfait pas aux conditions de la société qui doit reposer sur le capital ou le travail³⁷⁰⁹. Elle se caractérise en effet par l'absence de capital social en ce que les associés ne réalisent pas d'apports, mais s'engagent à payer les dettes résultant des achats à terme³⁷¹⁰. La notabilité des associés est perçue comme une garantie, d'où le nom de la société. Si la répartition des bénéfices opère selon l'accord des parties, la contribution aux pertes se détermine nécessairement à proportion des parts de chaque associé dans la garantie du prix des actifs achetés à terme³⁷¹¹. Comme dans toute société islamique, les associés ne peuvent prévoir le versement d'une somme forfaitaire au profit de l'un d'entre eux³⁷¹².

³⁷⁰⁵ AAOIFI, Norme charaïque n°12, art. 3.6.1.3.

³⁷⁰⁶ SAADALLAH, Ridha, *op. cit.*, p. 274; AL-ZUHAYLI, Wahbah, EL-GAMAL, Mahmoud (Trad.), *op. cit.*, p. 475.

³⁷⁰⁷ AAOIFI, Norme charaïque n°12, art. 3.6.1.3.

³⁷⁰⁸ AAOIFI, Norme charaïque n°12, art. 3.2.1.

³⁷⁰⁹ AL-ZUHAYLI, Wahbah, EL-GAMAL, Mahmoud (Trad.), *op. cit.*, p. 454; HIMEUR, Chihab Mohammed et ABDELMOUMEN, Nedra, *La finance islamique face au droit français*, L'Harmattan, 2015, p. 129.

³⁷¹⁰ AAOIFI, Norme charaïque n°12, art. 3.2.2.

³⁷¹¹ *Ibid.*, art. 3.2.2.

³⁷¹² *Id.*

714 *sharikah al-a'mal*³⁷¹³. La société d'ouvrage, ou société de travail, est l'accord entre deux ou plusieurs parties qui décident de joindre leurs efforts, physiques ou intellectuels, en vue de proposer des prestations de services et de se partager les bénéfices en résultant³⁷¹⁴. A l'instar des autres sociétés, les associés doivent déterminer dans le contrat les modalités de répartition des bénéfices³⁷¹⁵. La société ne reposant que sur le travail des associés, qui peut être réparti inégalement, elle est dépourvue de capital social³⁷¹⁶. Il n'est pas permis de prévoir que l'un des associés perçoive une somme forfaitaire³⁷¹⁷. Si le fonctionnement de la société requiert l'usage de biens d'équipements, ils peuvent être apportés par l'un des associés qui en conserve la propriété. Ces biens peuvent être acquis en commun par les associés, qui sont alors en indivision, ou auprès de l'un d'eux. Ils peuvent encore faire l'objet d'un bail³⁷¹⁸.

A côté de la *musharakah* définitive, la pratique a imaginé une forme plus adaptée aux exigences actuelles en matière de financement connue sous le nom de *musharakah* dégressive.

2) La *musharakah* dégressive

715 Une création récente. Le recours à la *musharakah* en vue de financer l'acquisition d'un bien, ou plus généralement la réalisation d'un projet, constitue une technique relativement nouvelle, mais qui semble néanmoins faire l'objet d'un consensus parmi les juristes au motif que ce contrat satisfait davantage que les autres aux idéaux islamiques³⁷¹⁹. La *musharakah* dégressive présente un intérêt certain en matière de financement de projets immobiliers, bien qu'elle puisse être utilisée en d'autres domaines³⁷²⁰. Elle a notamment été employée par la Banque Islamique de Jordanie afin de financer la construction de logements, d'un centre commercial et d'un hôpital³⁷²¹.

³⁷¹³ Cette forme de *sharikah* se rencontre aussi sous l'appellation de *sharikah al-'abdan* ou *al-sana'i*, v. AL-ZUHAYLI, Wahbah, EL-GAMAL, Mahmoud (Trad.), *op. cit.*, p. 455.

³⁷¹⁴ AAOIFI, Norme charaïque n°12, art. 3.3.1; AL-ZUHAYLI, Wahbah, EL-GAMAL, Mahmoud (Trad.), *op. cit.*, p. 455. Joseph Schacht la décrit sobrement comme « l'association d'artisans [...] pour l'exercice en commun d'une profession ou de professions voisines », v. SCHACHT, Joseph, *Introduction au droit musulman*, Maisonneuve et Larose, 1999, p. 132.

³⁷¹⁵ AAOIFI, Norme charaïque n°12, art. 3.3.1 et

³⁷¹⁶ *Ibid.*, art. 3.3.2.

³⁷¹⁷ *Ibid.*, art. 3.3.3.

³⁷¹⁸ *Ibid.*, art. 3.3.4.

³⁷¹⁹ Sur ce point, v. Résolution n°136 (2/15) de l'Académie Internationale du Fiqh Islamique ; AYUB, Muhammad, *Understanding islamic finance*, John Wiley & Sons, 2007, p. 337 et s. TAQI USMANI, Muhammad, *An introduction to islamic finance*, [s.l. : s.n.], [s.d.], p. 57 et s.

³⁷²⁰ Sur les différents usages de cette technique de financement, v. TAQI USMANI, Muhammad, *op. cit.*, p. 59 et s.

³⁷²¹ BENDJILALI, Boualem, « La moucharaka ou mode de financement de la participation » in Banque Islamique de Développement, *Introduction aux techniques islamiques de financement*, Actes de séminaire n°37, 1996, p. 45.

Au Canada et au Royaume-Uni, la technique est proposée comme alternative au prêt immobilier³⁷²². La *musharakah* dégressive s'apparente en effet à une opération de crédit en ce qu'elle consiste en l'association de deux ou plusieurs personnes dont l'une s'engage à acheter progressivement la part des autres associés jusqu'à ce qu'elle en détienne la totalité³⁷²³. Dans le domaine de la finance islamique, la banque apporte la majorité des fonds nécessaires à la réalisation du projet et s'associe avec son client qui lui rachète ses parts au fur et à mesure. Ainsi que le souligne le rapport Jouini-Pastré, le rachat des parts correspond « *économiquement au remboursement du principal et du paiement des intérêts au prêteur* »³⁷²⁴. Outre le contrat de société et la vente des parts, la *musharakah* dégressive peut impliquer un contrat de bail afin de mettre à disposition de l'un des associés le bien concerné par l'opération³⁷²⁵. Bien que la technique repose sur le rachat progressif des parts, le droit islamique interdit qu'un contrat réalise plusieurs opérations juridiques. Les associés doivent ainsi prévoir le rachat par un acte séparé des statuts, sans quoi la société encourrait la nullité³⁷²⁶. Ce peut être, en général, par une promesse unilatérale d'achat consentie par l'associé désirant acquérir la totalité des parts sociales.

716 Application des règles classiques de la *musharakah*. La *musharakah* dégressive suit les règles applicables aux sociétés et plus spécifiquement le régime de la *sharikah al-'inan*. Les associés ne peuvent ainsi inscrire dans les statuts le droit pour l'un des associés de se retirer avec son apport³⁷²⁷. De même, il n'est pas permis de mettre à la charge de l'un des associés l'ensemble des dépenses d'assurance ou d'entretien au motif qu'il a vocation à détenir l'intégralité des parts sociales³⁷²⁸. Chaque associé doit réaliser un apport, qu'il soit en numéraire ou en nature, et contribuer aux pertes à hauteur de celui-ci³⁷²⁹. L'application des règles de droit commun impose aux parties de déterminer, dans le contrat de société, les modalités de répartition des bénéficiers, lesquelles ne sont pas nécessairement proportionnelles aux apports en capital. Elles peuvent en outre convenir que cette répartition demeure inchangée quoiqu'un associé

³⁷²² VISSER, Hans, *Islamic finance*, Edward Elgar, 2009, p. 111.

³⁷²³ Pour une définition de la *musharakah* dégressive, v. AAOIFI, Norme charaïque n°12, art. 5.1.

³⁷²⁴ JOUINI, Elyes, PASTRÉ, Olivier, MESTRALLET, Gérard *et al.*, *La finance islamique*, Economica, 2009, p. 26.

³⁷²⁵ Pour un exemple de financement impliquant ces trois contrats, v. TAQI USMANI, Muhammad, *An introduction to islamic finance*, [s.l. : s.n.], [s.d.], p. 59 et s. AYUB, Muhammad, *Understanding islamic finance*, John Wiley & Sons, 2007, p. 339.

³⁷²⁶ AAOIFI, Norme charaïque n°12, art. 5.1.

³⁷²⁷ *Ibid.*, art. 5.2 ; AYUB, Muhammad, *op. cit.*, p. 337.

³⁷²⁸ *Ibid.*, art. 5.3.

³⁷²⁹ *Ibid.*, art. 5.4.

cède ses parts à un autre. En dépit de cette stipulation, la contribution aux pertes est impérativement corrélée à la part de chaque associé dans le capital³⁷³⁰. Toute clause qui attribue à l'un des associés une somme forfaitaire des bénéfices est nulle³⁷³¹.

717 Cession des droits sociaux inhérente à la *musharakah* dégressive. La cession des parts sociales inhérente à la *musharakah* dégressive peut être assurée au moyen d'une promesse unilatérale d'achat à laquelle les juristes de l'AAOIFI reconnaissent le caractère obligatoire³⁷³². Il est néanmoins prohibé de stipuler un prix correspondant à la valeur nominale des parts, car cela constituerait une garantie du capital qui est contraire à la charia³⁷³³. Les parties peuvent en revanche convenir de céder les parts à la valeur du marché ou à un prix convenu au jour de la vente³⁷³⁴. Les parties décident librement des modalités de cession des parts sociales et peuvent ainsi convenir que l'associé désirant les acquérir affecte à cet effet la part des bénéfices qui lui revient³⁷³⁵. L'AAOIFI autorise la location de parts entre associés sur la base du contrat *ijarah* en précisant que chacun demeure néanmoins tenu de « l'entretien » de sa part³⁷³⁶.

La consécration par l'AAOIFI d'une création de la pratique témoigne de l'ouverture d'esprit des jurisconsultes qui ne rejettent pas les innovations financières dès lors qu'elles respectent les exigences charaïques. Un autre exemple est la reconnaissance de la conformité à la charia des sociétés occidentales modernes.

B) La reconnaissance des sociétés modernes

718 Définition de la société par actions. L'AAOIFI définit la société par actions comme celle dont le capital est divisé en actions négociables et de même montant nominal et dans laquelle chaque associé n'est responsable qu'à hauteur de sa part dans le capital. Elle est assimilée à la *sharikah al- 'inan* et se voit donc appliquer son régime,

³⁷³⁰ *Ibid.*, art. 5.5.

³⁷³¹ *Ibid.*, art. 5.6.

³⁷³² *Ibid.*, art. 5.7. L'Académie Internationale du Fiqh Islamique ne semble envisager que la seule promesse unilatérale d'achat, v. Résolution n°136 (2/15), 3.

³⁷³³ Résolution n°136 (2/15) de l'Académie Internationale du Fiqh Islamique, 5, a).

³⁷³⁴ AAOIFI, Norme charaïque n°12, art. 5.7.

³⁷³⁵ *Ibid.*, art. 5.8.

³⁷³⁶ *Ibid.*, art. 5.9. La formule employée ne permet pas de saisir ce que l'organisation entend par entretien de la part. Il peut être supposé que cela renvoie aux obligations inhérentes à la qualité des associés. Une autre interprétation voudrait qu'il s'agisse de la possibilité de louer le bien au centre de la *musharakah* dégressive.

à l'exception des dispositions relatives à la responsabilité des associés et à la dissolution de la société par décision unilatérale³⁷³⁷.

719 Personnalité juridique de la société par actions. En dépit de l'inexistence de la notion de personne morale en droit islamique³⁷³⁸, les juristes modernes reconnaissent que la société par actions, basée sur la *sharikah al-'inan*, dispose de la personnalité juridique³⁷³⁹. Elle l'acquiert après la réalisation des formalités de publicité destinées à protéger les tiers. La société dispose en conséquence d'un patrimoine propre et de la capacité juridique lui permettant d'ester en justice le cas échéant³⁷⁴⁰.

720 Règles de la charia relatives aux sociétés par actions. Bien que la société islamique puisse en principe prendre fin par la volonté d'un seul associé, les *fuqaha* reconnaissent qu'il ne peut en être ainsi s'agissant des sociétés par actions³⁷⁴¹. L'adaptation des règles classiques de la *musharakah* à l'époque contemporaine concerne aussi certains procédés. La valeur nominale de l'action peut ainsi être majorée d'une prime d'émission afin de couvrir les frais liés à la souscription, sous réserve que cette prime soit évaluée convenablement³⁷⁴². Le capital social peut être augmenté au moyen de l'émission d'actions nouvelles, sous réserve qu'elles soient émises à la valeur réelle des actions anciennes déterminée après évaluation des actifs de la société par des experts³⁷⁴³. Il est permis de garantir la souscription des actions au moyen d'une promesse dépourvue de contrepartie³⁷⁴⁴. En cas de libération partielle du capital, le souscripteur est considéré associé à concurrence des actions libérées et débiteur d'une obligation d'augmenter sa part dans le capital³⁷⁴⁵. Les autorités compétentes d'un Etat peuvent organiser le marché des actions en imposant, au besoin, le recours à des courtiers³⁷⁴⁶. Les statuts de la société peuvent déterminer les conditions de cession des titres dès lors qu'aucune règle charaïque n'est enfreinte³⁷⁴⁷. La responsabilité de la société peut être limitée à son capital, à la condition que cela fasse l'objet d'une

³⁷³⁷ AAOIFI, Norme charaïque n°12, art. 4.1.1.1.

³⁷³⁸ SCHACHT, Joseph, *Introduction au droit musulman*, Maisonneuve et Larose, 1999, p. 108.

³⁷³⁹ AAOIFI, Norme charaïque n°12, art. 4.1.2.

³⁷⁴⁰ *Id.*

³⁷⁴¹ *Ibid.*, art. 4.1.2.1.

³⁷⁴² *Ibid.*, art. 4.1.2.2.

³⁷⁴³ *Ibid.*, art. 4.1.2.3.

³⁷⁴⁴ *Ibid.*, art. 4.1.2.4 ; Résolution n°64(7/2) de l'Académie Internationale du Fiqh Islamique.

³⁷⁴⁵ *Ibid.*, art. 4.1.2.5 ; Résolution n°64(7/2) de l'Académie Internationale du Fiqh Islamique.

³⁷⁴⁶ *Ibid.*, art. 4.1.2.8.

³⁷⁴⁷ *Ibid.*, art. 4.1.2.10.

publicité afin d'être porté à la connaissance de tous ses partenaires³⁷⁴⁸. Le nantissement des actions est autorisé, à moins que les statuts de la société ne prévoient le contraire³⁷⁴⁹. Enfin, les actions émises peuvent être nominatives ou au porteur³⁷⁵⁰.

Le respect de la charia impose en revanche la prohibition de certains procédés usuels dans les sociétés par actions. Les titres ne peuvent ainsi être acquis au moyen d'un prêt à intérêt³⁷⁵¹ et la vente à découvert est proscrite³⁷⁵². De même, il n'est pas permis d'émettre des actions de jouissance ou des actions de préférence donnant droit à la priorité en cas de liquidation de la société ou en cas de répartition des profits³⁷⁵³. Il est cependant admis que certaines actions confèrent des droits supplémentaires relatifs à la gestion et à l'administration de la société tels que le droit de vote³⁷⁵⁴.

721 La société en nom collectif. Les juristes de l'AAOIFI reconnaissent la validité de la société en nom collectif au motif qu'elle repose sur la solidarité des associés, ce qu'ils analysent comme une forme de *kafalah* (garantie). En outre, les actes accomplis par les associés sont soumis aux règles de la *wakalah* (mandat). La référence à ces deux contrats conduit l'AAOIFI à rapprocher la société en nom collectif de la *mufawadah*, la société à mandat général³⁷⁵⁵. Dans sa norme consacrée à la *musharakah*, l'organisation islamique fait sienne les règles essentielles régissant la société en nom collectif. Cette dernière y est décrite comme une société de personnes devant faire l'objet d'une publication avec une dénomination spécifique³⁷⁵⁶. Contrairement à la conception classique en droit islamique, la société en nom collectif se voit reconnaître la personnalité juridique et un patrimoine propre. Les associés répondent indéfiniment et solidairement des dettes sociales en cas d'insuffisance des actifs de la société³⁷⁵⁷. Un créancier peut ainsi poursuivre le paiement des dettes sociales contre tout associé de son choix sans que, à l'inverse du droit français, il ne doive au préalable avoir vainement mis en demeure la société³⁷⁵⁸. Un associé peut librement se retirer de la société en nom collectif, à moins qu'il ne se soit engagé à s'y maintenir pendant une

³⁷⁴⁸ *Ibid.*, art. 4.1.2.9.

³⁷⁴⁹ *Ibid.*, art. 4.1.2.11.

³⁷⁵⁰ *Ibid.*, art. 4.1.2.12 et 13.

³⁷⁵¹ *Ibid.*, art. 4.1.2.6.

³⁷⁵² *Ibid.*, art. 4.1.2.7.

³⁷⁵³ *Ibid.*, art. 4.1.2.14 et 15.

³⁷⁵⁴ *Ibid.*, art. 4.1.2.14 ; Résolution n°63(1/7) de l'Académie Internationale du Fiqh Islamique.

³⁷⁵⁵ AAOIFI, Norme charaïque n°12, Annexe B.

³⁷⁵⁶ AAOIFI, Norme charaïque n°12, art. 4.2.1.1. Comp. C. com., art. L. 221-2.

³⁷⁵⁷ *Ibid.*, art. 4.2.1.2. Comp. C. com., art. L. 221-1 al. 1.

³⁷⁵⁸ *Ibid.*, art. 4.2.2.1. Comp. C. com., art. L. 221-1 al. 2.

certaine durée ou que cela engendre un préjudice pour les autres associés³⁷⁵⁹. Pour que le retrait soit valide, l'associé sortant doit avoir notifié sa décision au reste des associés³⁷⁶⁰. Enfin, la cession de parts sociales n'est permise qu'avec le consentement de tous les associés³⁷⁶¹.

722 La société en commandite simple. La validité de la société en commandite simple n'est guère sujette à discussion en raison de sa proximité avec la *mudarabah*. A cet égard, l'AAOIFI assimile les associés commanditaires aux *arbab al-mal*³⁷⁶², les uns comme les autres voyant leur responsabilité limitée à hauteur de leurs apports dans la société³⁷⁶³. Mais l'AAOIFI n'étend pas le régime du *mudarib* aux associés commandités qui sont tenus indéfiniment et solidairement des dettes sociales³⁷⁶⁴. Elle reconnaît en effet que la société en commandite simple appartient à la catégorie des sociétés de personnes car la personnalité des associés commandités est déterminante³⁷⁶⁵. Ces derniers assurent seuls la gestion de la société sans que les associés commanditaires ne puissent s'immiscer³⁷⁶⁶. Les bénéfices sont répartis proportionnellement aux parts de chaque associé dans la société ou selon le ratio déterminé d'un commun accord³⁷⁶⁷. Le respect des préceptes charaïques impose que les statuts ne puissent prévoir que les associés commanditaires reçoivent un pourcentage du capital ou une somme forfaitaire³⁷⁶⁸.

723 La société en commandite par actions. L'admission des sociétés en commandite simple s'accompagne logiquement de celle des sociétés en commandite par actions. Les associés commandités sont tenus indéfiniment et solidairement des dettes sociales tandis que les associés commanditaires n'y répondent qu'à hauteur de leur apport au capital³⁷⁶⁹. Ces derniers ne peuvent s'immiscer dans la gestion de la société qui est assurée soit par les premiers, soit par un gérant non associé³⁷⁷⁰. Les bénéfices sont répartis à concurrence de la participation de chaque associé dans le capital ou selon ce

³⁷⁵⁹ *Ibid.*, art. 4.2.2.2.

³⁷⁶⁰ *Id.*

³⁷⁶¹ *Ibid.*, art. 4.2.2.3. Comp. C. com., art. L. 221-13 al. 2.

³⁷⁶² AAOIFI, Norme charaïque n°12, Annexe B.

³⁷⁶³ *Ibid.*, art. 4.3.1.2 et 4.3.2.1. Comp. C. com., art. L. 222-1 al.2

³⁷⁶⁴ *Id.*

³⁷⁶⁵ *Ibid.*, art. 4.3.1.1.

³⁷⁶⁶ *Ibid.*, art. 4.3.1.3 et 4.3.1.4.

³⁷⁶⁷ *Ibid.*, art. 4.3.2.1.

³⁷⁶⁸ *Ibid.*, art. 4.3.2.2.

³⁷⁶⁹ *Ibid.*, art. 4.4.2.1. et 4.4.2.4. Comp. C. com., art. L. 226-1.

³⁷⁷⁰ *Ibid.*, art. 4.4.2.2 et 4.4.2.3.

que prévoient les statuts³⁷⁷¹. Il n'est pas permis de stipuler, en faveur des associés commanditaires, l'attribution d'une partie des bénéfices sous forme d'un pourcentage du capital ou d'un montant forfaitaire³⁷⁷².

724 La société en participation. Les juristes de l'AAOIFI rapprochent la société en participation de la *sharikah al-'inan* en appliquant à la première la définition et les règles relatives à la seconde³⁷⁷³. Ils reconnaissent qu'en raison de son caractère occulte, la société en participation ne dispose pas de la personnalité juridique et, partant, d'un patrimoine distinct de celui des associés qui sont en conséquence tenus solidairement et indéfiniment des dettes sociales³⁷⁷⁴. Le contrat de société n'a pas force obligatoire, mais les parties peuvent en décider autrement si elles conviennent d'une durée³⁷⁷⁵. Un associé peut décider de son retrait à tout moment, à moins que cela n'entraîne un préjudice pour les autres associés³⁷⁷⁶.

La reconnaissance par les *fuqaha* de la conformité à la charia des sociétés modernes, auxquelles ils appliquent le régime de la *sharikah al-'inan*, plaide en faveur de la compatibilité de la *musharakah* avec les règles du droit français. Aussi convient-il de démontrer la possibilité de lui appliquer le régime juridique de la société.

II] Le cadre juridique français

725 Plan. A l'aune d'une analyse comparée, il est permis d'affirmer que la *musharakah* s'assimile à la société telle que la conçoit le droit français (**A**). Mais parce que la pratique en a fait une technique de financement, il convient en outre de s'interroger sur la possibilité de la qualifier d'opération de crédit (**B**).

³⁷⁷¹ *Ibid.*, art. 4.4.2.4.

³⁷⁷² *Ibid.*, art. 4.4.2.5.

³⁷⁷³ *Ibid.*, art. 4.5.1.1. et 4.5.2.1.

³⁷⁷⁴ *Ibid.*, art. 4.5.1.2. et 4.5.2.2.

³⁷⁷⁵ *Ibid.*, art. 4.5.2.3.

³⁷⁷⁶ *Ibid.*, art. 4.5.2.4.

A) *L'assimilation de la musharakah à la société*

726 Éléments essentiels du contrat de société. La *musharakah*, tant dans sa définition que dans son régime juridique, rappelle la société telle que la conçoit le droit français. Le rapprochement avec les dispositions de l'article 1832 du Code civil est encore plus évident s'agissant de la *mudarabah*. A travers la *musharakah*, deux ou plusieurs personnes conviennent bien « *par un contrat d'affecter à une entreprise commune des biens ou leur industrie en vue de partager le bénéfice ou de profiter de l'économie qui pourra en résulter* »³⁷⁷⁷. On retrouve dans le *fiqh* les éléments constitutifs du contrat de société exigés par l'article 1832 du Code civil. A l'instar du droit français, les juristes islamiques reconnaissent la validité des apports en numéraire, en nature ou en industrie. Ils figurent d'ailleurs dans la définition de la *musharakah* retenue par l'AAOIFI dans sa norme consacrée au contrat, tout comme l'intention des parties de partager les bénéfices qui résulteront de leur association³⁷⁷⁸. D'aucuns ont soutenu que la *mudarabah* ne pouvait être qualifiée de véritable société au motif que l'*affectio societatis* ferait défaut³⁷⁷⁹. Si cette critique a pu être contestée³⁷⁸⁰, elle ne saurait être réitérée à propos de la *musharakah*. Dans cette dernière, chacun des associés est tenu de contribuer aux pertes au prorata de sa participation dans le capital de la société. Elle satisfait ainsi aux exigences de l'article 1832 al. 3 du Code civil qui dispose que « *les associés s'engagent à contribuer aux pertes* ».

727 La prohibition des clauses léonines. Il est permis d'avancer que le droit islamique sanctionne les clauses léonines en ce qu'il interdit d'attribuer à l'un des associés la totalité des bénéfices, de l'exclure de la participation aux bénéfices ou de prévoir une contribution aux pertes autre que proportionnelle au capital. Ces clauses sont ainsi nommées car elles permettent à l'un des associés de « se tailler la part du lion », en référence à la fable de Phèdre *La vache et la chèvre, la brebis et le lion* dans laquelle l'animal se prévaut de sa qualité pour s'attribuer la totalité d'un cerf³⁷⁸¹.

³⁷⁷⁷ C. civ., art.1832 al. 1.

³⁷⁷⁸ AAOIFI, Norme charaïque n°12, art. 2.1.

³⁷⁷⁹ HEINRICH, Jacques, « Les principaux contrats de financement utilisés par les banques islamiques », *Revue banque* 1987, n°478, p. 1134 et s.

³⁷⁸⁰ V. *supra* nos développements consacrés à la *mudarabah* en droit français paragr. 676.

³⁷⁸¹ Jean de la Fontaine reprend la fable de Phèdre sous le titre *La Génisse, la Chèvre et la Brebis en société avec le Lion*.

En droit français la règle est expressément affirmée par l'article 1844-1 al. 2 disposant que « *la stipulation attribuant à un associé la totalité du profit procuré par la société ou l'exonérant de la totalité des pertes, celle excluant un associé totalement du profit ou mettant à sa charge la totalité des pertes sont réputées non écrites* ». En pratique, les clauses contrevenant explicitement à la règle sont rares et il faut s'intéresser à leurs effets indirects pour s'apercevoir du caractère léonin. Il en est ainsi d'une clause garantissant à un associé la rémunération de son apport en pourcentage du chiffre d'affaires, car elle revient à supprimer, pour partie du moins, l'obligation de contribuer aux pertes³⁷⁸². Pour une raison identique, les juristes islamiques condamnent la clause statutaire attribuant à l'un des associés une somme forfaitaire ou un pourcentage du capital à titre de sa participation aux bénéfices³⁷⁸³. Si, en droit français, la sanction de la clause léonine est expressément énoncée, le réputé non écrit, la norme de l'AAOIFI se borne à affirmer qu'elle est proscrite³⁷⁸⁴. Pour connaître la sanction, il convient alors de se reporter à la théorie des clauses adjointes qui, selon les écoles, conduit à la nullité de la clause seule ou de l'ensemble de l'acte³⁷⁸⁵.

728 Clause léonine et cession de droits sociaux. En matière de cession de droits sociaux, s'est posée la question de la validité de la clause, insérée dans une promesse d'achat, stipulant un prix fixe ou un prix minimum. Elle constitue pour le bénéficiaire une garantie contre une éventuelle dépréciation de ses droits sociaux et peut, en cela, être qualifiée de clause léonine, bien qu'elle ne soit pas stipulée dans le contrat de société³⁷⁸⁶. Pendant un temps, la Cour de cassation a adopté, sur le fondement de l'article 1855 du Code civil alors en vigueur, une jurisprudence dite « léoniste » en vertu de laquelle la clause est nulle « *si elle est contenue dans l'acte de société ou dans un acte séparé* » dès lors qu'elle « *oblige la société entière ou seulement quelques-uns de ses membres* », et ce, qu'elle soit « *temporaire ou faite pour un temps indéterminé* »³⁷⁸⁷. La Haute juridiction a, par la suite, infléchi sa position dans un arrêt du 15 juin 1982 où elle a considéré que l'article 1855 du Code civil n'était pas

³⁷⁸² LE CANNU, Paul, DONDERO, Bruno, *Droit des sociétés*, 9^e éd., LGDJ, 2022, paragr. 186.

³⁷⁸³ AAOIFI, Norme charaïque n°12, art. 3.1.5.7.

³⁷⁸⁴ Seule la traduction des normes de l'AAOIFI par Paris Europlace évoque la nullité du contrat, mais cette sanction est absente des versions française et anglaise officielles, v. *Finance islamique : les normes de conformité de l'AAOIFI*, ESKA, 2013, p. 182.

³⁷⁸⁵ V. nos développements consacrés à cette théorie.

³⁷⁸⁶ CAFFIN-MOI, Marie, v° Clause léonine in MAZEAUD Denis, BOFFA Romain et BLANC Nathalie (dir.), *Dictionnaire du contrat*, LGDJ, 2018, p. 209 et s., spéc. p. 211.

³⁷⁸⁷ Cass. req. 14 juin 1882, D. 1884.222 ; Cass. req. 9 avr. 1941, D. 1941.275 ; Com. 22 mars 1955, Bull. civ. III, n°104.

applicable à la clause fixant un prix fixe ou plancher au motif qu'elle « *se trouvait contenue dans une convention portant sur les conditions dans lesquelles devaient [...] être cédées les actions de la société et non dans les statuts de celle-ci* »³⁷⁸⁸. A la suite de cet arrêt, la validité de la clause est fonction de sa localisation et il suffit aux associés de la stipuler en dehors des statuts pour échapper à la prohibition des clauses léonines. La Cour devait encore faire évoluer sa jurisprudence dans l'arrêt *Bowater* du 20 mai 1986³⁷⁸⁹. Elle abandonne le critère de la localisation de la clause au profit de celui de l'objet de la convention. Dès lors que cette dernière se borne à assurer la transmission de droits sociaux, la clause stipulant un prix fixe ou plancher est valide. Il appartient ainsi au juge, pour caractériser le caractère léonin de la clause, de s'interroger quant à sa finalité. Si elle vise à permettre à l'un des associés de s'exonérer de la contribution aux pertes et, partant, de porter « *atteinte au pacte social* », la clause est alors léonine³⁷⁹⁰. La chambre commerciale de la Cour de cassation a réitéré à plusieurs reprises sa position libérale³⁷⁹¹, se référant parfois aux notions de bailleur de fonds et d'équilibre des conventions³⁷⁹² ou au critère temporel³⁷⁹³. La chambre civile a cependant parfois adopté une solution similaire au *fiqh* en retenant la nullité de la promesse lorsque le prix est déterminé par avance³⁷⁹⁴.

En droit islamique, la règle se rapproche davantage de la jurisprudence originelle de la Haute juridiction, car, si les jurisconsultes reconnaissent la validité de la promesse de cession de droits sociaux, c'est à la condition que le prix stipulé corresponde à la valeur du marché ou soit déterminé par les parties au moment de la cession³⁷⁹⁵. En aucun cas la promesse ne peut prévoir la cession des parts sociales à leur valeur nominale. Selon les jurisconsultes, un tel acte s'analyse en effet en une garantie de la valeur des parts

³⁷⁸⁸ Com., 15 juin 1982, *Gaz. Pal.* 1983. 1. Pan. 23, obs. Dupichot.

³⁷⁸⁹ Com. 20 mai 1986, *Bowater Corporation Limited c. du Vivier*, n° 85-16.716, *Bull. civ. IV*, n°95, *JCP E* 1986.I.15846, obs. Viandier et Caussain ; *JCP N* 1986.II.221, obs. Germain ; *Rev. sociétés* 1986.587, note Randoux ; *RTD com.* 1987.206, obs. Reinhard ; *RD bancaire et bourse* 1987.92, obs. Jeantin et Viandier.

³⁷⁹⁰ *Id.* : « [...] en effet est prohibée par l'article 1844-1 du Code civil la seule clause qui porte atteinte au pacte social dans les termes de cette disposition légale ; qu'il ne pouvait en être ainsi s'agissant d'une convention, même entre associés, dont l'objet n'était autre, sauf fraude, que d'assurer, moyennant un prix librement convenu, la transmission de droits sociaux ».

³⁷⁹¹ Com. 10 janv. 1989, n°87-12.155, *Bull. civ. IV*, n°19, *D.* 1990.250, note Forschbach ; *JCP* 1989.II.21256, note Viandier ; Com., 12 mars 1996, n°94-11.954, *Bull. civ. IV*, n°88, *D.* 1996. Somm. 347, obs. Hallouin.

³⁷⁹² Com., 16 nov. 2004, n°00-22.713, *Bull. civ. IV*, n°197, *D.* 2005. Pan. 2950, obs. Hallouin et Lamazerolles ; *Rev. sociétés* 2005.593, note Le Nabasque ; *RTD com.* 2005. 111, obs. Champaud et Danet ; *RDC* 2005.396, obs. F.-X. Lucas.

³⁷⁹³ Com., 22 févr. 2005, n°02-14.392, *Bull. civ. IV*, n°37, *D.* 2005.973, note Kessler.

³⁷⁹⁴ Civ. 1^{re}, 22 juill. 1986, *Bull. Joly* 1986.859, note Le Cannu ; *RTD com.* 1987.70, obs. Alfandari et Jeantin ; *JCP E* 1987.I.16644, obs. Viandier et Caussain ; *D.* 1987. Somm. 390, obs. Bousquet ; Civ. 1^{re}, 7 avr. 1987, *Bull. Joly* 1987. 278 ; *Rev. sociétés* 1987. 395, note Randoux ; *JCP* 1988. II. 21006, note Germain ; *RTD civ.* 1987. 745, obs. Mestre ; *RD bancaire et bourse* 1987. 92, obs. Jeantin et Viandier.

Des auteurs considèrent néanmoins que ces deux arrêts « déjà anciens, ne sont guère convaincants », v. LE CANNU, Paul, DONDERO, Bruno, *Droit des sociétés*, 9e éd., LGDJ, 2022, paragr. 190.

³⁷⁹⁵ AAOIFI, Norme charaïque n°12, art. 5.7.

qui est contraire à la charia³⁷⁹⁶. Les parties ne pouvant stipuler un prix fixe ou plancher dans la promesse, les conventions de portage et les opérations de capital investissement devraient en conséquence être restreintes. En outre, dans le cadre de la cession de droits sociaux, la norme de l'AAOIFI n'envisage que l'hypothèse de la promesse de vente. Rien ne justifie toutefois d'exclure la validité de la promesse d'achat. Sur ce point, le droit islamique se révèle plus restrictif que le droit français en adoptant une position plus « léoniste », mais qui ne constitue en rien un empêchement à la réception de la *musharakah* en droit français.

729 Répartition des bénéfices et des pertes. Sous réserve d'observer la prohibition des clauses léonines, rien n'interdit aux associés de prévoir une répartition déconnectée de leur participation au capital. Certes, l'article 1844-1 du Code civil dispose que « *la part de chaque associé dans les bénéfices et sa contribution aux pertes se déterminent à proportion de sa part dans le capital social* », mais il précise que les parties peuvent prévoir une clause contraire. Cette faculté est aussi reconnue en droit islamique, les associés pouvant décider d'une répartition des bénéfices proportionnelle ou non à leurs parts dans le capital social, à moins qu'il ne s'agisse d'un associé commanditaire³⁷⁹⁷. Le droit français autorise les statuts à aménager la contribution aux pertes³⁷⁹⁸ et même à instaurer une limite³⁷⁹⁹. Dans le *fiqh*, en revanche, la contribution aux pertes d'un associé est nécessairement proportionnelle à sa part dans le capital social³⁸⁰⁰. A nouveau, cette divergence entre les deux systèmes juridiques est négligeable. En l'absence de clause contraire, la contribution des associés se fait, en droit français, au prorata de leur parts dans le capital social.

Les grands principes du droit des sociétés étant commun en droit français et en droit islamique, la *musharakah* peut suivre le régime juridique de la société. Au soutien de cette affirmation, il convient de rappeler que l'AAOIFI reconnaît la conformité au *fiqh* des sociétés modernes dont le régime exposé dans sa norme reprend les grandes dispositions du droit français. Certes, dans sa conception traditionnelle, la *musharakah*

³⁷⁹⁶ *Id.*

³⁷⁹⁷ *Ibid.*, art. 3.1.5.3.

³⁷⁹⁸ Com., 4 mars 1970, n°67-12.782, *Bull. civ. IV*, n°86 ; Com., 7 mai 2019, n°17-15.077, *Bulletin joly sociétés*, juill. 2019, p.43, note J.-F. Barbière.

³⁷⁹⁹ Civ. 1^{re}, 16 oct. 1990, n°87-15.467, *Bull. Joly* 1990, p. 1029, note P. Le Cannu.

³⁸⁰⁰ AAOIFI, Norme charaïque n°12, art. 3.1.5.4.

est dépourvue de la personnalité juridique, mais les juristes modernes y ont, semble-t-il, renoncé et admettent désormais le contraire³⁸⁰¹.

A travers le recours à la *musharakah* les parties entendent parfois, outre la constitution d'une société, financer l'acquisition d'un bien ou la réalisation d'un projet. Dans cette situation, l'un des associés se comporte comme un bailleur de fonds, ce qui amène à se demander si la *musharakah* s'analyse alors en une opération de crédit.

B) La qualification de la *musharakah* en opération de crédit

730 Plan. Plusieurs auteurs ont opéré un rapprochement entre la *musharakah* et les prêts participatifs en arguant que le régime juridique de ces derniers pourrait servir à la réception du contrat islamique³⁸⁰². Bien que la *musharakah* puisse, *a priori*, évoquer le prêt participatif, sa nature fait obstacle à toute assimilation (1). Pour autant, il ne faudrait pas en venir à affirmer que toute forme de *musharakah* ne peut s'analyser en une opération de crédit. La *musharakah* dégressive, parce qu'elle implique, outre le contrat éponyme, une cession de droits sociaux, pourrait recevoir une telle qualification (2).

1) L'inadéquation du régime du prêt participatif

731 Présentation des prêts participatifs. Les prêts participatifs ont été introduits en droit français par la loi n° 78-741 du 13 juillet 1978 en vue de renforcer les fonds propres des entreprises³⁸⁰³. Ils présentent pour particularité d'être assimilés, pour l'appréciation de la situation financière de l'entreprise bénéficiaire, à des fonds propres³⁸⁰⁴. Ils constituent en outre des créances d'antépénultième rang car ils sont remboursés après désintéressement de tous les autres créanciers privilégiés ou

³⁸⁰¹ V. la norme n°12 de l'AAIOIFI consacrée à la *musharakah* qui reconnaît que les sociétés modernes disposent de la personnalité juridique.

³⁸⁰² GRANGEREAU, Pascal, HAROUN, Mehdi, « Financements de projets et financements islamiques : quelques réflexions prospectives pour des financements en pays de droit civil », *Banque & Droit* 2004, n°97, p. 52 et s., spéc. p. 54 ; SERHAL, Chucri-Joseph, « La finance islamique : une intégration possible dans le système bancaire français », *Banque & Droit* 2006, n° 106, p. 36 et s. ; *Id.*, « Les prêts participatifs à l'heure de la finance islamique », *Banque et stratégie* 2007, n°253, p. 8 ; *Id.*, « La structuration des produits chari'a compatibles » in LARAMÉE, Jean-Paul, *La finance islamique à la française*, Secure Finance, 2008, p. 200 et s. ; SAINT MARC, Gilles, « Le droit français est-il compatible avec la finance islamique ? », *Revue banque* 2008, n°703, p. 60-63 ; LASSERRE CAPDEVILLE, Jérôme, « La finance islamique : une finance douteuse ? », *RD bancaire et fin.* 2009, étude 32, spéc. paragr. 27 ; CEKICI, Ibrahim-Zeyyad, *Le cadre juridique français des opérations de crédit islamique* [microfiche], Université de Strasbourg, 2012, p. 667 et s.

³⁸⁰³ L. n° 78-741 du 13 juillet 1978 relative à l'orientation de l'épargne vers le financement des entreprises.

³⁸⁰⁴ C. mon. fin., art. L. 313-14 al. 2.

chirographaires, mais avant les titres participatifs et les titres de capital³⁸⁰⁵. Ce régime original explique, selon le Pr Thierry BONNEAU, l'hésitation des prêteurs à s'engager en l'absence de garantie³⁸⁰⁶. Les prêts participatifs sont rémunérés par un intérêt fixe auquel il est possible d'ajouter une clause de participation « *au bénéfice net de l'emprunteur ou au bénéfice réalisé par l'emprunteur lors de l'utilisation des biens dont l'acquisition a été financée totalement ou partiellement par ce prêt ou à la plus-value réalisée lors de leur cession ou sous forme de rétrocession de la marge réalisée* »³⁸⁰⁷. Cette clause se présente, parmi d'autres, comme un argument en faveur de l'application du régime juridique des prêts participatifs à la *musharakah*³⁸⁰⁸.

732 Rémunération du prêteur. Le droit islamique prohibe tout versement d'intérêts dans le cadre d'un prêt, et il en est de même de l'attribution d'une somme forfaitaire à l'un des associés³⁸⁰⁹. Or, le caractère onéreux du prêt participatif résulte du paiement d'un intérêt fixe, auquel s'ajoute, éventuellement, la clause de participation. Contrairement à ce qu'un auteur a pu affirmer, la charia n'autorise pas « *qu'un montant fixe soit payé mensuellement au prêteur participatif au titre de rémunération de sa dette* »³⁸¹⁰. En vue de rendre le prêt participatif conforme aux exigences charaïques, il a été proposé de stipuler un taux d'intérêt à zéro pour cent, car « *aucune disposition du Code monétaire et financier n'interdit que le taux d'intérêt fixe ne soit égal à zéro et que, par conséquent, la rémunération du prêt participatif ne puisse dépendre exclusivement de la clause de participation* »³⁸¹¹. Il convient d'objecter que le législateur précise que l'intérêt fixe du prêt participatif « *peut être majoré* » par une clause de participation³⁸¹². Une telle formulation pourrait sous-entendre que le taux d'intérêt ne peut être nul³⁸¹³. A cet égard, les dispositions applicables au prêt

³⁸⁰⁵ *Ibid.*, art. L. 313-15.

³⁸⁰⁶ BONNEAU, Thierry, *Droit bancaire*, 14^e éd., LGDJ, 2021, paragr. 753.

³⁸⁰⁷ C. mon. fin. art. L. 313-17.

³⁸⁰⁸ V. notamment SERHAL, Chucri-Joseph, « La structuration des produits chari'a compatibles » *in op. cit.*, spéc. p. 216 et s.

³⁸⁰⁹ AAOIFI, Norme charaïque n°12, art. 3.1.5.7.

³⁸¹⁰ SERHAL, Chucri-Joseph, « La structuration des produits chari'a compatibles » *in op. cit.*, p. 222.

L'auteur fonde cette affirmation sur la possibilité de verser des avances avant la liquidation fictive ou effective de la société, à la condition néanmoins de procéder à la régularisation ultérieure (v. AAOIFI, Norme charaïque n°12, art. 3.1.5.11). Si l'AAOIFI reconnaît en effet cette faculté, elle ne saurait toutefois permettre à garantir au prêteur une rémunération mensuelle reprenant le principe de l'intérêt. En outre, l'avance n'est admise que si celui qui en bénéficie s'engage à restituer l'excédent du montant effectivement dû après la liquidation fictive ou effective. Comment expliquer alors que, dans le cadre d'un prêt participatif, le prêteur soit tenu de restituer les sommes perçues au motif que la société a subi des pertes ? L'affirmation doit être contredite.

³⁸¹¹ *Ibid.*, p. 216. V. aussi suggérant la création d'un « crédit participatif » dont le régime emprunterait au prêt participatif, CEKICI, Ibrahim-Zeyyad, *Le cadre juridique français des opérations de crédit islamique* [microfiche], Université de Strasbourg, 2012, paragr. 867.

³⁸¹² C. mon. fin., art. L. 313-17

³⁸¹³ V. aussi s'interrogeant sur la validité d'un taux d'intérêt nul, CEKICI, Ibrahim-Zeyyad, *op. cit.*, paragr. 882.

participatif ne laissent guère de doutes quant à l'obligation de stipuler un intérêt³⁸¹⁴. Un taux d'intérêt nul équivaut à l'absence de stipulation d'un intérêt et aucune disposition du Code monétaire et financier ne laisse penser que la stipulation d'une clause de participation suffise à préserver le caractère onéreux du prêt, car, en cette hypothèse, sa rémunération serait incertaine.

733 Partage des profits à travers la clause de participation. La clause de participation permet, à l'instar de la *musharakah*, d'instaurer un principe de partage des profits. Elle permet notamment à l'emprunteur de recevoir une partie du bénéfice lié à l'utilisation ou la cession d'un bien financé par le prêt, ce qui revêt un intérêt certain dans le cadre de financements de projets reposant sur une combinaison de contrats tel un montage *musharakah/ijarah*. La participation rapproche davantage le prêt du contrat de société lorsqu'elle est assise sur le bénéfice net de l'emprunteur. Ainsi, « *sans avoir le statut d'associé, le prêteur est directement intéressé aux gains et indirectement lié aux pertes de l'entreprise* »³⁸¹⁵.

734 Prêt participatif et contribution aux pertes. La proximité du prêt participatif et de la *musharakah* se vérifierait encore s'agissant du principe du partage des pertes³⁸¹⁶. Il se déduirait du « *fait que le prêteur participatif de dernier rang ne soit remboursé qu'après désintéressement complet, non seulement de tous les créanciers privilégiés, mais aussi des simples chirographaires* »³⁸¹⁷. Certes, le prêt participatif étant une créance d'antépénultième rang, le prêteur s'expose, en cas de défaillance de l'entreprise, à un risque de perte des fonds prêtés d'autant plus grand qu'il est remboursé après désintéressement des créanciers chirographaires, lesquels ne reçoivent généralement qu'une faible partie de leur créance en cas d'ouverture d'une procédure collective³⁸¹⁸. Pour autant cela ne saurait suffire à déduire qu'il existe dans le prêt participatif un principe de partage des pertes, car le prêteur n'a pas la volonté d'y contribuer. Admettre le contraire conduirait, en présence d'une clause de participation, à caractériser la réunion des éléments constitutifs du contrat de société et, partant, à

³⁸¹⁴ QUEVY, Jean-François, *Rép. sociétés Dalloz*, v° Prêt participatif, 2019, act. sept. 2021, paragr. 57 et s.

³⁸¹⁵ LASSERRE CAPDEVILLE, Jérôme, STORCK, Michel, MIGNOT, Marc *et al.*, *Droit bancaire*, 3^e éd., Dalloz, 2021, paragr. 2266.

³⁸¹⁶ SERHAL, Chucri-Joseph, « La structuration des produits chari'a compatibles » *in op. cit.*, p. 216.

³⁸¹⁷ *Id.*

³⁸¹⁸ Pour un avis similaire, v. BALI, Mehdi, « Le réveil de la société en participation par les finances éthiques », *RD bancaire et fin.* 2011, étude 3, spéc. paragr. 7.

requalifier le contrat de prêt participatif³⁸¹⁹. M. Chucri-Joseph SERHAL a avancé que rien n'interdit aux parties de prévoir conventionnellement le principe du partage des pertes et que le « *prêt pourrait ainsi être participatif aussi bien sous l'angle de la répartition des profits que sous l'angle de la participation aux pertes* »³⁸²⁰. M. Mehdi BALI a cependant objecté à juste titre qu'une telle stipulation transformerait « *radicalement la nature de l'opération* » qui n'est « *plus un prêt au sens du Code civil* »³⁸²¹. En vertu de l'article 1892 du Code civil, le prêt suppose que « *l'une des parties livre à l'autre une certaine quantité de choses qui se consomment par l'usage, à la charge par cette dernière de lui en rendre autant de même espèce et qualité* ». En raison de l'intégration du principe du partage des pertes, l'emprunteur pourrait satisfaire à son obligation tout en restituant une quantité moindre, ce qui, comme l'a souligné M. Mehdi BALI, s'oppose à la nature même du prêt³⁸²². En outre, la stipulation expresse du principe du partage des profits et des pertes serait un élément en faveur de la requalification du contrat de prêt participatif en contrat de société.

735 Absence d'immixtion dans la gestion. Le prêt participatif, en raison de sa nature, ne confère au prêteur aucun droit de gestion de la société puisqu'il n'en est qu'un créancier³⁸²³. A l'inverse, les parties à un contrat de *musharakah* sont des associés et peuvent ainsi gérer la société. Elles peuvent cependant décider de ne confier la gestion qu'à l'une ou plusieurs d'entre elles, les autres s'engageant en contrepartie à ne pas intervenir³⁸²⁴. Sur ce point, le régime juridique du prêt participatif n'est pas un obstacle à son assimilation à la *musharakah*.

736 La nature de la *musharakah* : un obstacle à l'assimilation au prêt participatif. Outre la clause de participation, le rapprochement de la *musharakah* et du prêt participatif pourrait s'expliquer par le fait que plusieurs auteurs ont qualifié la première

³⁸¹⁹ Sur ce point, v. QUEVY, Jean-François, *op. cit.*, paragr. 67 et s.

³⁸²⁰ SERHAL, Chucri-Joseph, « La structuration des produits chari'a compatibles » *in op. cit.*, p. 216.

³⁸²¹ BALI, Mehdi, *op. cit.*, paragr. 8.

³⁸²² *Ibid.*, paragr. 11 « : *Partager les pertes et les profits fait immédiatement penser à la définition posée par l'article 1832 du Code civil [...] Dès lors, la formule du prêt ne peut pas être retenue, étant donné que le prêteur n'a jamais eu l'intention de contribuer aux pertes. Si tant est qu'il l'ait eue, alors il ne serait rien d'autre qu'un apporteur en numéraire. Ces propos condamnent, non seulement la qualification de prêt participatif, mais aussi toute idée de prêt en général, et en particulier de prêt avec clause de participation* ».

³⁸²³ GAVALDA, Christian et STOUFFLET, Jean, *Droit bancaire*, LexisNexis, 2015, paragr. 848. Les auteurs écrivent à ce sujet : « *on ne doit pas se méprendre sur la participation qui ne concerne que les résultats et non la gestion* ».

³⁸²⁴ AAOIFI, Norme charaïque n°12, art. 3.1.3.3.

de « financement participatif »³⁸²⁵. En dépit d'un régime juridique qui pourrait s'apparenter, *a priori*, à la *musharakah*, le prêt participatif ne peut cependant convenir à la réception du contrat en droit français. D'abord parce que, s'il est vrai, comme le soutient M. Joseph-Chucri SERHAL, que l'intérêt ne constitue pas la modalité exclusive de rémunération d'une opération de crédit³⁸²⁶, le législateur semble en avoir fait une condition de validité du prêt participatif. La clause de participation seule est ainsi insuffisante.

Ensuite, il ne saurait être soutenu qu'il existe un principe du partage des pertes dans le prêt participatif, pas plus que les parties ne peuvent décider de l'intégrer à leur accord. Le prêteur n'est qu'indirectement concerné par les pertes en cas de défaillance de l'entreprise³⁸²⁷. Prévoir conventionnellement le principe pourrait amener le juge à requalifier le contrat de prêt en contrat de société³⁸²⁸.

Enfin, le prêt participatif va à l'encontre de l'esprit même de la *musharakah* reposant sur l'association des parties. Tandis que le premier instaure un rapport de créancier à débiteur, la seconde crée un lien d'égalité entre les parties. Plus encore, le prêt participatif constitue une dette qui ne saurait, en cette qualité, être rémunérée sans enfreindre la prohibition du *riba*, et ce, même en vertu d'une clause de participation et non d'un intérêt. La *musharakah* ne correspond pas ainsi à la définition du prêt participatif. A cet égard, un auteur a souligné que « *la Moucharaka est donc plus proche du contrat de société que du prêt participatif, dont elle n'est pas véritablement un équivalent* »³⁸²⁹. M. Ibrahim Zeyyad CEKICI, pourtant co-auteur d'un article avec M. Joseph-Chucri SERHAL sur le sujet, le concède également dans sa thèse³⁸³⁰. Il a

³⁸²⁵ V. à titre d'illustration RUIMY, Michel, *La finance islamique*, A. Franel, 2008, p. 94 et s. JOUABER SNOUSSI, Kaouther, *La finance islamique*, La Découverte, 2012, p. 23 et s. CAUSSE-BROQUET, Geneviève, *La finance islamique*, 2^e éd., RB éd., 2012, p. 51 et s. Elle est encore qualifiée « d'opération avec participation », v. LÉVY, Aldo, *Finance islamique*, Gualino-Lextenso, 2012, p. 75. ou « d'instrument de participation à revenu variable », v. SAÏDANE, Dhafer, *La finance islamique à l'heure de la mondialisation*, 2^e éd., RB éd., 2011, p. 74.

³⁸²⁶ CEKICI, Ibrahim Zeyyad, SERHAL, Chucri Joseph, « L'application du taux effectif global aux contrats de financement islamique », *Banque et droit* 2009, n°126, p. 13 ; SERHAL, Chucri Joseph, « La structuration des produits chari'a compatibles » *in op. cit.*, p. 216

³⁸²⁷ GAVALDA, Christian et STOUFFLET, Jean, *Droit bancaire*, LexisNexis, 2015, paragr. 852.

³⁸²⁸ La chambre commerciale de la Cour de cassation semble cependant exiger une véritable implication afin de caractériser l'*affectio societatis* et, partant, l'existence d'une société en participation, v. Com., 24 mai 2017, n°15-15.547, *RDJA* 8-9/2017, n°560. Tel n'est pas le cas en l'espèce lorsqu'une personne ne démontre pas qu'elle s'est occupée de la vie de l'entreprise, qu'elle est intervenue dans la gestion quotidienne du débit de tabac ou qu'elle s'est activement impliquée en qualité d'associé. Il est toutefois difficilement imaginable, dans le cadre d'un financement reposant sur la *musharakah*, que le financier n'adopte qu'une position purement passive.

³⁸²⁹ QUEVY, Jean-François, *op. cit.*, paragr. 66.

³⁸³⁰ CEKICI, Ibrahim-Zeyyad, *Le cadre juridique français des opérations de crédit islamique* [microfiche], Université de Strasbourg, 2012, paragr. 880. « *A ce stade, on peut affirmer que le régime du prêt participatif ne coïncide donc pas forcément avec celui attendu pour les crédits participatifs, notamment s'il s'agit des crédits purement moushraka et moudaraba. Ces opérations instituent une véritable relation d'associé parce que le banquier prend le risque de ne pas être remboursé* ».

alors proposé la création d'un « crédit participatif » dont le régime emprunterait à la fois au prêt participatif et à la société en participation³⁸³¹.

737 Inadéquation du crédit participatif. La *musharakah* est parfois présentée comme une société en participation³⁸³². Elle la rappelle notamment en ce que, dans sa conception traditionnelle, la *sharikah* est dépourvue de personnalité morale. Des auteurs ont avancé que « *la société en participation pourrait être le moyen de développer les finances éthiques, et plus spécialement confessionnelles (finance juive, chrétienne, islamique, etc.) qui sont à des degrés divers hostiles à la rémunération du prêt au motif que l'écoulement du temps ne doit pas être source de profit, et préconisent le partage des pertes et gains entre les partenaires* »³⁸³³. Un autre, après avoir démontré « *l'inadéquation du prêt participatif* », a mis en exergue « *l'adéquation de la société en participation* » qu'il juge être un « *remède cohérent* » bien que « *déplaisant* » pour des raisons d'ordre prudentiel et comptable³⁸³⁴. Le « crédit participatif » proposé par M. Ibrahim Zeyyad CEKICI est décrit comme n'étant ni un prêt participatif, ni une société, bien que son régime juridique repose sur une combinaison des deux³⁸³⁵. Pourtant, à la lecture de ses développements, le crédit participatif semble relever en tout point de la seule société en participation³⁸³⁶. La volonté de rattacher, en droit français, la *musharakah* au prêt participatif pourrait alors s'expliquer par des considérations d'opportunité, la thèse de l'auteur s'intitulant : *Le cadre juridique français des opérations de crédit islamique*³⁸³⁷. Il n'est pas pertinent de qualifier d'opération de crédit ce qui, objectivement, correspond davantage à la définition de la société. Bien que les opérations de crédit représentent une partie conséquente des financements, elles n'en constituent pas la catégorie unique.

³⁸³¹ *Ibid.*, p. 667 et s.

³⁸³² V. à titre d'illustration JAHHEL, Sélim, *La place de la Chari'a dans les systèmes juridiques des pays arabes*, Éd. Panthéon-Assas, 2012, p. 354 CAUSSE-BROQUET, Geneviève, *La finance islamique*, 2^e éd., RB éd., 2012, p. 54. V. aussi qualifiant la *musharakah* de « joint-venture », GUÉRANGER, François, *Finance islamique*, Dunod, 2009, p. 96.

³⁸³³ COZIAN, Maurice, VIANDIER, Alain et DEBOISSY, Florence, *Droit des sociétés*, 34^e éd., LexisNexis, 2021, paragr. 2005.

³⁸³⁴ BALI, Mehdi, *op. cit.*, paragr. 15 et s.

³⁸³⁵ CEKICI, Ibrahim-Zeyyad, *Le cadre juridique français des opérations de crédit islamique* [microfiche], Université de Strasbourg, 2012, paragr. 867.

³⁸³⁶ *Ibid.*, paragr. 884.

³⁸³⁷ Pour un avis similaire, bien qu'antérieur à la thèse de M. Ibrahim Zeyyad Cekici, v. BALI, Mehdi, *op. cit.*, paragr. 15 : « *Lorsque juridiquement une qualification paraît adaptée et que l'on s'acharne, pourtant, contre la raison au maintien d'une autre peu satisfaisante, le réflexe du juriste est en général de se demander s'il n'y a pas des considérations d'opportunité. Le prêt participatif en offre à notre avis trois. La première est d'ordre psychologique. Son appellation rassure et laisse entendre que les relations entre emprunteur et prêteur seraient ici, d'un tout autre ordre, presque sympathiques. Vous ne verrez plus votre banque du même œil. Cela coïncide bien avec l'idée que les finances éthiques se conçoivent comme une alternative. Les deux autres sont d'ordre prudentiel et comptable et se déduisent, en négatif, du choix de la société en participation* ».

Ce constat ne doit pas pour autant être généralisé à la *musharakah* dégressive qui pourrait être qualifiée d'opération de crédit.

2) *Musharakah dégressive et opération de crédit*

738 Assimilation de la *musharakah* dégressive au crédit-bail de parts sociales ou d'actions. La *musharakah mutanaqisah* s'apparente à une opération de crédit en ce qu'elle implique la cession, progressive et à titre onéreux, des parts sociales du financier. Les *fuqaha* admettant que l'un des associés puisse prendre à bail la part d'un autre en contrepartie d'un loyer déterminé³⁸³⁸, il serait envisageable de recourir au crédit-bail de droits sociaux. Cette variété du crédit-bail a été introduite dans le Code monétaire et financier par la loi n° 2005-882 du 2 août 2005 en faveur des petites et moyennes entreprises, laquelle a aussi réformé les prêts participatifs³⁸³⁹. Pour être valides, les opérations de crédit-bail de parts sociales ou d'actions doivent être « assorties d'une promesse unilatérale de vente moyennant un prix convenu tenant compte, au moins pour partie, des versements effectués à titre de loyers »³⁸⁴⁰.

739 Promesse de cession des droits sociaux. La norme de l'AAOIFI laisse supposer que l'un des associés puisse consentir une promesse unilatérale de vente de ses droits sociaux³⁸⁴¹, tandis que la résolution de l'Académie Internationale du Fiqh Islamique vise expressément la seule promesse unilatérale d'achat³⁸⁴². La promesse unilatérale de vente, parce qu'elle confère l'option à l'acquéreur potentiel, satisfait davantage à la règle interdisant à l'une des parties de se prémunir contre la contribution aux pertes. A l'inverse, la promesse unilatérale d'achat permet au vendeur de choisir le moment opportun pour lever l'option et pourrait ainsi constituer un expédient permettant de contourner la règle. La *ratio legis* de l'interdiction de vendre les parts sociales à leur

³⁸³⁸ AAOIFI, Norme charaïque n°12, art. 5.9, Résolution n°136 (2/15) de l'Académie Internationale du Fiqh Islamique, 4.

³⁸³⁹ JACOMET, Thierry, « La location d'actions et l'élargissement des prêts participatifs : deux innovations de la loi sur les PME », *Bull.Joly sociétés*, 2005, p. 1167.

³⁸⁴⁰ C. mon. fin., art. L. 313-7, 4.

³⁸⁴¹ AAOIFI, Norme charaïque n°12, art. 5.7.

Selon la version française officielle « Il est permis que l'un des associés émette un engagement irrévocable donnant droit à son associé d'acheter ses parts progressivement [...] ».

D'après la version anglaise officielle « It is permissible for one of the partners to give a binding promise that entitles the other partner to acquire [...] ».

Selon la traduction de la norme réalisée par l'association Paris Europlace « L'un des associés peut faire une promesse contraignante au titre de laquelle son associé acquiert sa part progressivement [...] ».

³⁸⁴² Résolution n°136 (2/15) de l'Académie Internationale du Fiqh Islamique, 3.

valeur nominale est précisément d'empêcher de garantir l'apport du cédant³⁸⁴³. Il apparaît ainsi qu'à l'instar du crédit-bail de parts sociales ou d'actions, l'opération de *musharakah* dégressive peut inclure une promesse unilatérale de vente.

740 Détermination du prix de cession des droits sociaux. Aux termes de l'article L. 313-7,4 du Code monétaire et financier, la promesse unilatérale de vente doit prévoir un prix « *tenant compte, au moins pour partie, des versements effectués à titre de loyers* ». Or, les *fuqaha* interdisent aux parties de céder les droits sociaux à leur valeur nominale, le prix devant être déterminé au moment de la vente soit par la valeur du marché, soit par un accord des parties³⁸⁴⁴. Cela suppose qu'il ne peut être fixé forfaitairement *ex ante*, mais uniquement *ex post*. En droit français, au contraire, le prix doit être déterminé ou du moins déterminable de sorte qu'un nouvel accord des parties ne soit pas nécessaire³⁸⁴⁵. Pour satisfaire aux exigences du Code civil, la promesse unilatérale de vente pourrait stipuler que le prix de cession corresponde à la valeur estimée par un tiers au moment de la vente. L'article 1592 du Code civil reconnaît expressément ce droit aux parties et prévoit qu'en cas d'impossibilité pour le tiers de procéder à l'estimation, la vente n'a pas lieu, sauf estimation par un autre tiers. Le caractère seulement déterminable du prix de vente ne pose aucune difficulté s'agissant du calcul du TEG, car la jurisprudence a admise de longue date que le crédit-bail échappait, en raison de sa nature, aux règles relatives à l'usure et à la mention du TEG³⁸⁴⁶.

741 Faible intérêt pratique du crédit-bail de parts sociales ou d'actions. Si la *musharakah* dégressive pourrait juridiquement prendre la forme d'un crédit-bail de droit sociaux, une telle opération ne présenterait qu'un intérêt limité. En premier lieu, parce qu'en raison du renvoi à l'article L. 239-1 du Code de Commerce, elle n'est possible que pour certaines sociétés. Le texte la réserve aux sociétés par actions et aux sociétés à responsabilité limitée soumises à l'impôt sur les sociétés de plein droit ou

³⁸⁴³ AAOIFI, Norme charaïque n°12, art. 5.7, Résolution n°136 (2/15) de l'Académie Internationale du Fiqh Islamique, 5.a.

³⁸⁴⁴ *Id.*

³⁸⁴⁵ C. civ., art. 1163 al. 3 et art. 1591.

³⁸⁴⁶ Toulouse, 8 mai 1970, 1^{re} ch., D. 1971.96, JCP 1970.II.16481, note Bey ; Rouen, 3 juill. 1970, D.1971.465, note Dessens, JCP G 1971.II.16581, note Boccara. Sur ce point v. aussi ARNAUD-EMERY, Alexandra, « Crédit-bail immobilier – Conclusion du crédit-bail immobilier », *JCl. Construction – Urbanisme*, fasc. 150-10, spéc. paragr. 69 ; DUTEIL, Gilles, THOMAS-TAILLANDIER Delphine, *Rép. pén. Dalloz*, v°Usure, oct. 2015, paragr. 25 et s. ; SCHÜTZ, Rose-Noëlle, *Rép. civ. Dalloz*, v°Crédit-bail, oct. 2015, paragr. 27, *Lamy Droit des Sûretés* 2022, paragr. 216-11.

sur option. En pratique, cela ne s'apparente toutefois guère à un obstacle véritable. En second lieu, et il s'agit d'une restriction majeure incompatible avec le financement de projets de grande envergure, le crédit-preneur ne peut être qu'une personne physique, le législateur n'exigeant cependant de lui aucune qualité particulière³⁸⁴⁷.

742 Opportunité de qualifier la *musharakah* dégressive en une opération de crédit.

A la différence de la forme définitive impliquant, en principe, le maintien des associés jusqu'à sa liquidation, la *musharakah* dégressive évoque une opération de crédit en ce que l'un des associés s'engage *ab initio* à céder progressivement ses droits sociaux à l'autre. Autrement dit, l'un des associés se comporte comme un bailleur de fonds. D'aucuns pourraient alors y voir une mise à disposition de fonds à titre onéreux conformément à la définition de l'article L. 313-1 du Code monétaire et financier. L'établissement de crédit, à travers l'apport en numéraire, avancerait les fonds en contrepartie d'une participation aux bénéfices et du rachat, par le client, de ses droits sociaux. Le critère du risque inhérent à l'opération de crédit serait indéniablement présent³⁸⁴⁸. Il a été rappelé que le législateur a consacré une conception extensive de la notion d'opération de crédit permettant diverses formes de rémunération³⁸⁴⁹. Des auteurs ont ainsi affirmé qu'une « *avance rémunérée par une participation aux profits de l'activité du bénéficiaire serait une opération de banque* »³⁸⁵⁰. Pour autant, deux arguments doivent être soulevés à l'encontre de la qualification de la *musharakah* dégressive en une opération de crédit.

Le premier est d'ordre prudentiel et concerne la prise de participations d'un établissement de crédit dans les sociétés. Cette faculté leur est reconnue, dans certaines conditions, par l'article L. 511-2 du Code monétaire et financier, mais elle se voit limitée. Avant d'être abrogé par l'arrêté du 4 août 2016³⁸⁵¹, l'article 2 du règlement CRBF n° 90-06 du 20 juin 1990 prévoyait que chaque participation ne pouvait excéder 15% du montant des fonds propres de l'établissement et que l'ensemble des participations ne devait pas être supérieur à 60% de ces fonds. Des dispositions

³⁸⁴⁷ C. mon. fin., art. L. 313-7, 4 renvoyant à C. com., art. L. 239-1.

³⁸⁴⁸ Sur ce critère, v. ANSALONI, Guillaume, « Le risque de crédit, critère de la notion d'opération de crédit en droit français », *Revue banque* 2013, n°759, p. 58 et s.

³⁸⁴⁹ V. nos développements relatifs à la *murabaha* en droit français.

³⁸⁵⁰ GAVALDA, Christian et STOUFFLET, Jean, *Droit bancaire*, LexisNexis, 2015, paragr. 40.

³⁸⁵¹ Arr. du 4 août 2016 pris pour l'application de l'article L. 511-2 du code monétaire et financier relatif aux prises de participation des établissements de crédit dans des filiales à caractère financier ou des filiales d'assurance ou de réassurance ou dans des entités comparables ayant leur siège social en dehors de l'Espace économique européen.

similaires se retrouvent néanmoins dans le règlement (UE) n°575/2013 du 26 juin 2013³⁸⁵². Ainsi un établissement de crédit ne peut réaliser qu'un nombre restreint de financements reposant sur la *musharakah* dégressive. La qualifier d'opération de crédit la soumettrait au monopole de ces établissements ce qui, en conséquence, limiterait son nombre. En outre, la *musharakah* dégressive implique un risque majeur, la perte du capital, et une durée qui pourrait dissuader les établissements de crédit d'y recourir. Il n'est alors pas judicieux de la réserver à ces seuls établissements.

Le second est d'ordre notionnel et reprend une objection déjà formulée à propos de la *musharakah* définitive. En dépit de la cession des droits sociaux, la présence de l'*affectio societatis* doit conduire à exclure la qualification d'opération de crédit³⁸⁵³. Bien que la *musharakah* se révèle utile au financement de projets, elle repose, de par sa définition et ses règles, sur l'*affectio societatis*, à savoir la « *volonté de collaborer, sur un pied d'égalité, à la réalisation d'un projet commun* »³⁸⁵⁴, la « *volonté d'union et d'acceptation d'aléas communs* »³⁸⁵⁵ ou « *la volonté de s'associer et de participer aux bénéfices et aux pertes d'une entreprise commune* »³⁸⁵⁶. Il ne s'agit pas alors véritablement d'une mise à disposition de fonds à titre onéreux.

743 Conclusion section 2. En vue de sa réception en droit français, le contrat *musharakah* peut se voir appliquer le régime de la société. La proximité entre les deux systèmes juridiques a d'ailleurs conduit les *fuqaha*, et notamment l'AAOIFI, à reconnaître la conformité à la charia des sociétés occidentales modernes, dont les régimes exposés dans la norme adoptée par l'organisation de conformité empruntent aux dispositions du Code civil et du Code de commerce. D'aucuns ont voulu qualifier la *musharakah* d'opération de crédit pour des considérations d'opportunité. Le régime le plus adéquat semblait alors celui du prêt participatif, mais une réfutation des arguments avancés en ce sens démontre le contraire³⁸⁵⁷. En raison de sa nature, la *musharakah* ne se satisfait guère de la qualification d'opération de crédit. A cet égard,

³⁸⁵² Règlement (UE) n° 575/2013 du Parlement européen et du Conseil du 26 juin 2013 concernant les exigences prudentielles applicables aux établissements de crédit et aux entreprises d'investissement et modifiant le règlement (UE) n° 648/2012 Texte présentant de l'intérêt pour l'EEE, spéc. art. 89.

³⁸⁵³ V. *supra* paragr. 736.

³⁸⁵⁴ Civ. 1^{re}, 20 janv. 2010, n°08-13.200, *Bull. civ. I*, n°11, *Bull. Joly sociétés* 2010.448, note Vallansan. Cette définition de l'*affectio societatis* rappelle la *sharikah al-'inan*, le terme *inan* exprimant de façon symbolique l'égalité des associés, v. AL-ZUHAYLI, Wahbah, EL-GAMAL, Mahmoud (Trad.), *op. cit.*, p. 451.

³⁸⁵⁵ Com., 19 févr. 1991, n° 89-16.590

³⁸⁵⁶ Civ. 1^{re}, 18 juill. 1995, n°93-14.449, *Bull. civ. I*, n°320.

³⁸⁵⁷ Pour un avis similaire, v. BALI, Mehdi, *op. cit.* ; QUEVY, Jean-François, *op. cit.*, paragr. 66 ; ZEIN, Moulaye, « Comparaison des modes de financement des banques islamiques et des banques classiques » in Banque Islamique de Développement, *Introduction aux techniques islamiques de financement*, Actes de séminaire n°37, 1996, p. 179.

un auteur a rappelé qu'il « *est bien établi que l'opération n'est pas un prêt bancaire mais une participation pleine et entière au financement d'un projet avec un intéressement aux résultats, positifs ou négatifs* »³⁸⁵⁸. Ce constat s'étend tant à la forme définitive que dégressive de la *musharakah*, bien que cette dernière puisse, juridiquement, prendre la forme d'un crédit-bail de parts sociales ou d'actions. Le locataire ne pouvant être qu'une personne physique, cette variété du crédit-bail n'est toutefois que de peu d'intérêt en pratique. Il convient alors de qualifier la *musharakah* de société, ce qu'elle est réellement, sans que cela ne constitue un obstacle à sa réception. Bien que les opérations de crédit constituent une partie importante des financements, elles n'en sont pas la catégorie exclusive. Un financement *musharakah* peut reposer sur une société sans qu'il ne soit nécessaire qu'un établissement de crédit intervienne. A cette fin, la société en participation présente certains intérêts parmi lesquels son caractère occulte et sa simplicité de constitution. L'absence de personnalité morale se présente, *a priori*, comme un empêchement à son utilisation dans le cadre d'une *musharakah* dégressive. La Cour de cassation a cependant jugé que « *la circonstance que la société en participation ne soit pas titulaire d'un patrimoine propre ne fait pas obstacle à la cession par les associés des droits qu'ils tiennent du contrat de société* »³⁸⁵⁹. Rien n'interdisant à un associé de céder les droits qu'il détient dans une société en participation, la *musharakah* dégressive est ainsi possible.

744 Conclusion du chapitre 2. Dans le cadre de la finance islamique, la *mudarabah* et la *musharakah* se prêtent à de nombreux usages. Plus que les autres, ces contrats satisfont aux idéaux islamiques. L'enrichissement est admis car il résulte de la réussite d'une entreprise commune qui permet en outre de lutter contre la thésaurisation. De par son principe et la simplicité de ses règles, la *mudarabah* est certainement le contrat qui sied le plus comme alternative au prêt à intérêt. La société en commandite semblait le fondement idéal à sa transposition en droit français, mais la responsabilité indéfinie de l'associé commandité y fait obstacle. Le contrat peut néanmoins servir à l'ouverture d'un compte bancaire ou à la constitution d'un OPCVM ou d'une fiducie-gestion. Les restrictions que peut connaître la *mudarabah* en raison de son régime singulier disparaissent s'agissant de la *musharakah*. Ce contrat s'assimile à la société telle que

³⁸⁵⁸ GUÉRANGER, François, *Finance islamique*, Dunod, 2009, p. 96.

³⁸⁵⁹ Com., 15 mai 2012, n°11-30.192, D. 2012.1401 ; *Rev. sociétés* 2013.88, note Dondero ; *Bull. Joly* 2012. 842, note Godon.

l'envisage le Code civil. Les *fuqaha* reconnaissant la conformité à la charia des sociétés occidentales modernes, il est envisageable, en finance islamique, d'y recourir, sous réserve d'observer les règles établies pour les *sharikaat*. Si d'aucuns ont analysé la *musharakah* en une opération de crédit, cette qualification n'est attribuable qu'à la forme dégressive.

745 Conclusion du titre 2. La réception des contrats nommés du *fiqh*, utilisés dans le domaine de la finance islamique, n'exige pas de réformer le droit français. Qu'ils reposent sur la vente ou l'association, ces contrats peuvent être transposés en faisant application du droit positif. La raison en est la proximité des contrats dans les deux systèmes juridiques. Les juristes musulmans retiennent une conception large de la catégorie des contrats de vente incluant ce qui correspond en droit français au bail ou au contrat d'entreprise. Chacun de ces contrats se rattache néanmoins à l'un des contrats nommés du droit français. Le législateur ayant adopté une définition extensive de la notion, les financements islamiques adossés à un contrat de vente sont par ailleurs qualifiables d'opérations de crédit en ce qu'ils consistent en une mise à disposition de fonds rémunérée. Les financements impliquant l'association des parties sont plus originaux, mais ne soulèvent toutefois pas plus de difficultés. Certes, contrairement à ce que sa définition suggère *a priori*, la *mudarabah* ne peut bénéficier du régime de la société en commandite, mais d'autres qualifications sont envisageables. La *musharakah* correspond quant à elle à la société telle que le conçoit le droit français et peut en conséquence lui emprunter ses différentes formes. Bien qu'elle ne puisse bénéficier du régime des prêts participatifs, elle peut éventuellement être qualifiée d'opération de crédit lorsque les parties concluent une *musharakah* dégressive.

746 Conclusion partie 2. L'absence d'incompatibilité manifeste des règles fondamentales avec le droit français ne doit pas occulter que les prohibitions du *riba* et du *gharar* ne seront pas effectives à défaut d'intégration au contrat. Deux méthodes sont alors concevables, la soumission et l'incorporation. Au moyen de la première, les parties peuvent décider de faire régir le contrat par le droit islamique. Mais la méthode a pour inconvénient majeur que le choix de la *lex contractus* ne peut porter que sur un droit étatique, ce que n'est pas le droit islamique. Il reste alors aux parties la faculté de soumettre leur litige à l'arbitrage, notamment en présence d'un contrat international, ou de désigner un droit national intégrant les principes charaïques. La seconde

méthode, l'incorporation, peut être réalisée à travers l'incorporation des normes islamiques ou des convictions religieuses des parties. Dans la première hypothèse, les normes se muent en stipulations contractuelles et reçoivent effet tant qu'elles ne portent pas atteinte à l'ordre public. Dans la seconde, la religion pénètre le contrat et influence tant sa formation que son exécution.

Les contrats nommés de la finance islamique sont innommés en droit français. Aussi convient-il de leur définir un cadre juridique afin de dissiper toute incertitude quant aux règles qui leur sont applicables. L'étude comparée de ces différents contrats démontre qu'ils s'assimilent aux contrats nommés du droit et peuvent, en conséquence, leur emprunter leur régime. Il n'est donc pas nécessaire de réformer le droit français en vue d'accueillir les contrats de la finance islamique.

Conclusion Générale

747 Confirmation de l'hypothèse : un droit compatible. Au terme de notre étude, il est permis d'affirmer, à l'instar du rapport Jouini-Pastré, que le droit français est d'ores et déjà adapté à la finance islamique, du moins s'agissant des contrats³⁸⁶⁰. En dépit des apparences, les règles fondamentales de cette finance ne se révèlent pas incompatibles avec les dispositions impératives de notre droit. Tout au plus lui sont-elles étrangères, bien que cela ne soit pas entièrement vrai tant le législateur multiplie les règles protectrices de la partie faible.

748 Possibilité de la réception. Il en est ainsi de la prohibition du *riba*, réduite à tort à l'usure, dont l'étude révèle que la *ratio legis* est la préservation de l'équilibre contractuel. Si le droit français ne sanctionne pas la lésion en droit commun, et qu'exceptionnellement en droit spécial, il ne fait pas de cette règle une disposition d'ordre public autorisant ainsi les parties à y déroger. La prohibition trouve par ailleurs un certain écho dans les dispositions visant à sanctionner les clauses menaçant l'équilibre du contrat et auxquelles le législateur a conféré le caractère d'ordre public³⁸⁶¹. Le rejet de l'intérêt dans les financements islamiques aurait pu laisser penser à une incompatibilité avec la notion d'opération de crédit telle que définie par le Code monétaire et financier. Notre étude démontre le contraire en soulignant que l'intérêt ne caractérise pas l'opération de crédit et que son absence ne contrevient pas aux règles impératives relatives au TEG.

³⁸⁶⁰ JOUINI, Elyes, PASTRE, Olivier (Dir.), *Enjeux et opportunités du développement de la finance islamique pour la place de Paris*, Paris Europlace, 8 déc. 2008, p. 101.

³⁸⁶¹ Il en est ainsi notamment de l'article L. 442-1 du Code de commerce en matière de concurrence, de l'article L. 212-1 du Code de la consommation ou de l'article 1171 du Code civil relatif aux contrats d'adhésion.

La thèse met en évidence que la prohibition du *gharar* poursuit une finalité identique à la première. Elle impose une détermination précise des prestations des parties qui rappelle l'article 1163 du Code civil, bien qu'à un degré moindre. La condamnation de l'assurance conventionnelle, car elle est parfois une nécessité légale, paraissait incompatible avec le droit français. Mais la reconnaissance des sociétés d'assurance mutuelles est un véritable atout en vue de la réception du *takaful*.

Certes, ainsi que l'illustre la théorie des clauses adjointes, le droit islamique retient une conception du contrat différente de celle consacrée en droit français qui en fait « un accord de volontés », mais elle n'est en rien un obstacle à la réception des contrats de la finance islamique. Il en est de même de la théorie des options élaborée par les juristes qui, en dépit de son originalité, ne porte pas une atteinte disproportionnée au principe de la force obligatoire du contrat.

Les prohibitions du *riba* et du *gharar*, ainsi que les théories doctrinales qui leur sont indissociables, sont porteuses d'une certaine sagesse autrefois connue en Occident, mais que les impératifs du développement économique ont amené à oublier au profit du libéralisme.

749 Modalités de la réception. Paradoxalement, c'est ce libéralisme qui admet la réception de la finance islamique sans qu'il ne soit nécessaire de réformer le droit français. L'ordre public religieux étant plus contraignant que l'ordre public étatique, la réception en droit français s'en trouve facilitée³⁸⁶². La réciproque, en revanche, est impossible. La volonté des parties, en vertu du principe de la liberté contractuelle, peut conférer à une norme religieuse dépourvue de juridicité un caractère obligatoire. Le règlement Rome I autorise la soumission du contrat à un droit, nécessairement étatique, consacrant les règles islamiques. La seule limite est le respect de l'ordre public international ou interne selon la situation. Les parties sont libres de faire régir leur accord par le droit français et d'incorporer les règles qu'elles estiment pertinentes. A cet égard, la proximité entre les contrats de la finance islamique et les contrats nommés du droit français est un atout majeur qui permet aux premiers d'emprunter le régime juridique des seconds. A nouveau, le principe de la liberté contractuelle se révèle utile à cette fin. Pourtant anciens, les contrats islamiques se prêtent à la mise en œuvre de

³⁸⁶² Pour un avis similaire, v. RAMACIOTTI, Suzel, *Laïcité et droit privé*, coll. Nouvelle Bibliothèque de Thèses, Dalloz, 2022, paragr. 80.

techniques de financement modernes pouvant, s'agissant des contrats reposant sur la vente, prendre la qualification d'opération de crédit. De même, les sociétés islamiques trouvent leurs équivalents en droit français, d'autant plus que les juristes reconnaissent la conformité à la charia des sociétés modernes.

750 Des obstacles plus fiscaux que juridiques. En 2008, Mme Christine LAGARDE avait fait part de la volonté du gouvernement d'adapter le droit français en vue de permettre le développement de la finance islamique³⁸⁶³. Ainsi que le révèle notre étude, les obstacles n'étaient pas tant juridiques que fiscaux. La double mutation inhérente à certaines opérations financières islamiques suffisait à décourager d'y recourir. La publication des instructions fiscales, bien que la méthode ne soit pas exempte de critiques, a permis aux opérations islamiques de bénéficier d'un régime neutre.

751 Les raisons de la compatibilité. La thèse fait émerger plusieurs raisons expliquant la compatibilité du droit français avec les contrats de la finance islamique. La première, déjà exposée, est la liberté qu'accorde notre droit aux parties. Mais d'autres raisons apparaissent. L'une d'elles est l'influence relative de la religion sur le *fiqh* des contrats³⁸⁶⁴. Ce qui pourrait être qualifié de « droit islamique des affaires » est en partie l'œuvre des praticiens. Mahomet et ses plus proches compagnons étaient eux-mêmes des commerçants. Une autre raison est l'importance, parfois négligée, de la contribution des droits romain et byzantin au *fiqh*. Le Pr Sélim JAHEL écrit à ce sujet : « *les fuqahâ qui au cours du IIe et IIIe siècle de l'Hégire ont élaboré le droit des contrats, ont très certainement utilisé à cet effet les riches matériaux trouvés dans les pays conquis, droit byzantin (d'où sa très grande proximité à nos systèmes), droit sassanide, traditions et coutumes locales et replacé le tout dans le cadre général de la Chari'a* »³⁸⁶⁵. Les contrats des deux systèmes juridiques partagent ainsi des racines communes. D'aucuns pourraient encore y voir une logique commerciale transcendant les divergences culturelles et aboutissant à des règles communes.

³⁸⁶³ Propos rapportés par RAMADIER, Sylvie, « La finance islamique se fixe de nouveaux rendez-vous en France », *Les Echos*, 3 sept. 2008.

³⁸⁶⁴ SCHACHT, Joseph, *Esquisse d'une histoire du droit musulman*, Libr. orientale et américaine Max Besson, 1953, p. 73 et s.

³⁸⁶⁵ JAHEL, Sélim, *La place de la Chari'a dans les systèmes juridiques des pays arabes*, Éd. Panthéon-Assas, 2012, p. 212.

752 Adaptation des règles de la finance islamique aux exigences contemporaines.

La compatibilité s'explique aussi par l'œuvre d'adaptation aux exigences de la finance moderne entreprise par les *fuqaha*. L'AAOIFI, et l'Académie Internationale du Fiqh Islamique à laquelle elle se réfère, concilient ces exigences avec les règles classiques du droit islamique. Ce faisant, la finance islamique s'expose néanmoins à la critique de la perversion du *fiqh*. M. Tariq RAMADAN, penseur influent au sein de la communauté musulmane, a ainsi affirmé à ce sujet qu'on ne fait que « *remplacer le langage financier classique par une terminologie spécifique, [...]: en gros, on change les noms, mais on fait la même chose* »³⁸⁶⁶.

753 Absence de réel développement de la finance islamique en France.

Force est de constater que la finance islamique demeure, en France, à un stade embryonnaire. La cause ne saurait être imputée au cadre juridique français. Les raisons semblent davantage politiques, le terme « islamique » revêt parfois dans les médias une connotation négative en raison des événements récents³⁸⁶⁷. Aussi les acteurs du monde financier semblent-ils réticents à encourager ouvertement au développement de la finance islamique. A cet égard, un auteur a souligné à juste titre que « *derrière cette polémique, se profilent le débat politique et les réactions émotionnelles que le transfert de la Chari'a en France ne manque pas de provoquer* »³⁸⁶⁸. En dépit de ce constat, la recherche en finance islamique doit se poursuivre, notamment dans un domaine encore relativement ignoré par les travaux de thèse, celui des établissements de crédit conformes à la charia qui, en raison de leur fonctionnement singulier, suscitent de nombreuses interrogations³⁸⁶⁹. Il convient d'espérer que la démonstration de la compatibilité du droit français avec les contrats de la finance islamique, et en

³⁸⁶⁶ Propos rapporté par ZAKI, Myret, « Tariq Ramadan dénonce l'hypocrisie de la finance islamique en marge d'Investissima », *Le Temps*, 22 mai 2006. Disponible sur < <https://www.letemps.ch/economie/tariq-ramadan-denonce-lhypocrisie-finance-islamique-marge-dinvestissima> > (Consulté le 10 juillet 2022).

³⁸⁶⁷ V. à ce titre, Interview de P. Louis, « Finance islamique : la porte ouverte au communautarisme », *Le Parisien*, 27 novembre 2008. ; « Point de vue : La finance islamique menace la laïcité française », *Le Monde*, 20 novembre 2009.

³⁸⁶⁸ AFFAKI, Georges, « L'accueil de la finance islamique en droit français : essai sur le transfert d'un système normatif » in AFFAKI, Georges (dir.), FADLALLAH, Ibrahim, HASCHER, Dominique *et al.*, « Rapport du Groupe de travail sur le droit applicable et le règlement des différends dans les financements islamiques », 2009, p. 147.

³⁸⁶⁹ Citons cependant, VEDRENNE, Alain, *La banque et la finance islamique au regard du droit français*, th. Perpignan, 2012 ; THIAM, Mballo, *De la religion à la banque : Contribution à l'étude d'un droit bancaire islamique en France*, th. Toulon, 2013. Dans cette dernière thèse cependant, le fonctionnement d'un établissement de crédit islamique est relativement ignoré. A notre connaissance, une seule thèse a été consacrée aux comités charia dont l'existence au sein de ces établissements est source de questionnements notamment quant à leurs pouvoirs et au respect du secret bancaire, v. MADKHALI, Aasem, *Le rôle de la supervision des banques islamiques, approche islamo-juridique*, th. Université Côte d'Azur, 2016. L'auteur ne s'intéresse toutefois pas au droit français.

conséquence de l'inutilité d'une réforme, participe d'un regain d'intérêt pour la matière.

Bibliographie

Ouvrages généraux : Dictionnaires, Manuels, Traités

AL-ZUHAYLI, Wahbah, *Financial transactions in Islamic jurisprudence*, vol. 1, El-Gamal Mahmoud (trad.), Dar Al-Fikr, 2001.

ALDEEB ABU-SAHLIEH, Sami Awad, *Religion et droit dans les pays arabes*, Pessac, France, Presses universitaires de Bordeaux, 2008.

- *Introduction à la société musulmane: fondements, sources et principes*, Eyrolles, 2005.

ALGABID, Hamid, *Les banques islamiques*, Paris, Economica, 1990.

ANCEL, Marie-Élodie, DEUMIER Pascale et LAAZOUZI Malik, *Droit des contrats internationaux*, 2^e éd., Sirey, 2019.

ARISTARCHI BEY, Grégoire, *Législation ottomane*, Sixième partie contenant le Code civil ottoman : Livre I-VIII, Bureau du Journal Thraky, 1881.

- *Législation ottomane*, Sixième partie contenant le Code civil ottoman, Livre IX-XVI, Bureau du Journal Thraky, 1888.

ASKARI Hossein, IQBAL Zamir et MIRAKHOR Abbas, *Introduction to Islamic Economics: Theory and Application*, John Wiley & Sons, 2015.

AUBY, Jean-Bernard, PERINET-MARQUET, Hugues, NOGUELLOU, Rozen, *Droit de l'urbanisme et de la construction*, 12^e éd., LGDJ, 2020.

AUDIT, Bernard, AVOUT Louis d', *Droit international privé*, 2^e éd., LGDJ 2022.

- *Droit international privé*, 7^e éd., Economica, 2013.

AUDIT, Mathias, CALLÉ Pierre et BOLLÉE Sylvain, *Droit du commerce international et des investissements étrangers*, 3^e éd., LGDJ, 2019.

AYUB, Muhammad, *Understanding islamic finance*, John Wiley & Sons, 2007.

BÉGUIN, Jacques et MENJUCQ Michel (dir.), *Droit du commerce international*, 3^e éd., LexisNexis, 2019.

BÉNABENT, Alain, *Droit des obligations*, 19^e éd., LGDJ 2021.

- *Droit des contrats spéciaux civils et commerciaux*, 14^e éd., LGDJ, 2021.

BICHOT, Jacques, CALVEZ, Jean-Yves et CAMDESSUS, Michel (Dir), *Pratiques financières, regards chrétiens*, Desclée de Brouwer, 2009.

BLANC, François-Paul, *Le droit musulman*, 2^e éd., Dalloz, 2007.

BONNEAU, Thierry, *Droit bancaire*, 14^e éd., LGDJ, 2021.

BRIGGS, Adrian, *The conflict of laws*, Oxford University Press, 2002.

BUFFELAN-LANORE, Yvaine, LARRIBAU-TERNEYRE Virginie, *Droit civil : Les obligations*, 18^e éd., Sirey, 2022.

- *Droit civil : Les obligations*, 16^e éd., Sirey, 2018.

BUREAU, Dominique, MUIR WATT, Horatia, *Droit international privé : partie spéciale*, t.2, PUF, 2021.

BUY, Frédéric, LAMOUREUX, Marie, MESTRE, Jacques, RODA, Jean-Christophe, *Les principales clauses des contrats d'affaires*, 2^e éd., LGDJ, 2018.

CACHARD, Olivier, *Droit du commerce international*, 3^e éd., LGDJ, 2018.

CADIET Loïc, JEULAND Emmanuel, *Droit judiciaire privé*, 11^e éd., LexisNexis, 2020.

- *Droit judiciaire privé*, 9^e éd., LexisNexis, 2016.

CALAIS-AULOY, Jean, TEMPLE Henri, *Droit de la consommation*, 9^e éd., Dalloz, 2015.

CARBONNIER, Jean, *Droit civil, T. 1: Introduction, les personnes, la famille, l'enfant, le couple et T. 2: Les biens, les obligations*, PUF, 2017.

CARCASSONNE, Guy, GUILLAUME, Marc, *La Constitution*, Éditions Points, 2016.

CAUSSE-BROQUET, Geneviève, *La finance islamique*, 2^e éd., RB éd., 2012.

CHAGNY Muriel, PERDRIX, Louis, *Droit des assurances*, 4^e éd., LGDJ, 2018.

CHAINAIS, Cécile, FERRAND, Frédérique, MAYER, Lucie et al., *Procédure civile : droit interne et européen du procès civil*, 34^e éd., Dalloz, 2018.

CHARBONNIER, Jacques, *Islam: droit, finance et assurance*, Larcier, 2011.

CHARLES, Raymond, *Le Droit musulman*, PUF, 1982.

CHARNAY, Jean-Paul, *Esprit du droit musulman*, Dalloz, 2008.

CHÉHATA, Chafik, *Droit musulman : Applications au Proche-Orient*, Dalloz, 1970.

COLLART DUTILLEUL, François et DELEBECQUE, Philippe, *Contrats civils et commerciaux*, 11^e éd., Dalloz, 2019.

CORNU, Gérard (Dir.), *Vocabulaire juridique*, 14^e éd., PUF, 2022.

COULSON, Noel J., *Histoire du droit islamique*, Anvar Dominique (trad.), PUF, 1995.

COURET, Alain, LE NABASQUE Hervé, COQUELET Marie-Laure et al., *Droit financier*, 3e éd., Dalloz, 2019.

COZIAN, Maurice, VIANDIER, Alain et DEBOISSY, Florence, *Droit des sociétés*, 34e éd., LexisNexis, 2021.

CUNIBERTI, Gilles, *Grands systèmes de droit contemporains: introduction au droit comparé*, 4^e éd., LGDJ, 2019.

DAVID, René, JAUFFRET-SPINOSI, Camille, GORE, Camille, *Les grands systèmes de droit contemporains*, 12^e éd., Dalloz, 2016.

DE WAËL, Henri, *Le droit musulman: nature et évolution*, CHEAM, 1989.

DELEBECQUE, Philippe, BINCTIN, Nicolas, ANDREU, Lionel, *Opérations bancaires et contrats commerciaux*, Traité de droit des affaires, t. 3, 18^e éd., LGDJ, 2018.

DEMOGUE, René, *Traité des obligations en général*, T. 1, Rousseau & Cie, 1923.

DEMOLOMBE, Charles, *Cours de Code civil*, T. 12, Stienon, 1868.

DICEY, Albert Venn, MORRIS, John Humphrey Carlile, *Dicey and Morris on the conflict of laws*, 13^e éd., Sweet & Maxwell, 2000.

DROSS, William, *Clausier: dictionnaire des clauses ordinaires et extraordinaires des contrats de droit privé interne*, 4^e éd., LexisNexis, 2020.

EL-GAMAL, Mahmoud, *Finance islamique: aspects légaux, économiques et pratiques*, Haverals Jacqueline (trad.), De Boeck, 2010.

- *Islamic finance: law, economics, and practice*, Cambridge University Press, 2006.

FABRE-MAGNAN, Muriel, *Droit des obligations: I-Contrat et engagement unilatéral*, 6^e éd., PUF, 2021.

- *Le droit des contrats, Que sais-je ?*, Humensis, 2018.

FADLALLAH, Ibrahim, HASCHER, Dominique, *Les grandes décisions du droit de l'arbitrage commercial*, Dalloz, 2019.

FAGES, Bertrand, *Droit des obligations*, 12^e éd., LDGJ, 2022.

- *Droit des obligations*, 8^e éd., LGDJ, 2018.

FENET, Pierre-Antoine, *Recueil complet des travaux préparatoires du Code civil*, T. 14, Videcoq, 1836.

GARDET, Louis, CHEBEL Malek, *L'Islam: religion et communauté*, Desclée de Brouwer, 2002.

GAVALDA, Christian, STOUFFLET, Jean, *Droit bancaire*, 9^e éd., Lexis Nexis, 2015.

GAZZANIGA, Jean-Louis, *Introduction historique au droit des obligations*, PUF, 1992.

GERMAIN, Michel, MAGNIER, Véronique, *Les sociétés commerciales*, Traité de droit des affaires, T. 2, 23^e éd., LGDJ, 2022.

GHESTIN, Jacques, *Traité de droit civil*, LGDJ, 1993.

GHESTIN, Jacques, LOISEAU, Grégoire et SERINET, Yves-Marie, *La formation du contrat*, Tome 1 : le contrat, le consentement, LGDJ, 2013.

- Tome 2, l'objet et la cause, les nullités, LGDJ, 2013.

GLENN, Patrick H., *Legal traditions of the world: sustainable diversity in law*, Oxford University Press, 2014.

GROSCLAUDE, Jacques, MARCHESSOU, Philippe et TRESCHER, Bruno, *Droit fiscal général*, 13^e éd., 2021.

GUELLOUZ, Azzedine, *L'islam*, Fayard, 2004.

GUÉRANGER, François, *Finance islamique: une illustration de la finance éthique*, Dunod, 2009.

HAFIZ, Chems-eddine et DEVERS, Gilles, *Droit et religion musulmane*, Dalloz, 2005.

HAFTTEL, Bernard, *Droit international privé*, 2^e éd., Dalloz, 2020.

HASSAN M. Kabir, LEWIS, Mervyn Keith (dir.), *Handbook of Islamic banking*, Edward Elgar Publishing, 2007.

HOUTCIEFF, Dimitri, *Droit des contrats*, 6^e éd., Bruylant, 2021.

- *Droit des contrats*, 4^e éd, Bruylant, 2018.

IBN ABÎ ZAYD AL-QAYRAWÂNÎ, *La Risâla ou épître sur les éléments du dogme et de la loi de l'islam selon le rite mâlikite*, Bercher, Louis (trad.), J. Carbonel, 1960.

IQBAL, Zamir, MIRAKHOR, Abbas, *An Introduction to Islamic Finance: Theory and Practice*, 2^e éd., Wiley, 2011.

JACQUET, Jean-Michel, DELEBECQUE, Philippe, CORNELOUP, Sabine, *Droit du commerce international*, 4^e éd., Dalloz, 2021.

JACQUILLAT, Bertrand, LEVY-GARBOUA, Vivien, *Les 100 mots de la crise financière*, 5^e éd., PUF, 2013.

JOUABER SNOUSSI, Kaouther, *La finance islamique*, La Découverte, 2012.

JOUINI Elyes, PASTRÉ, Olivier, *La finance islamique: une solution à la crise ?*, Economica, 2009.

KESSEDJIAN, Catherine, *Droit du commerce international*, 2^e éd., PUF, 2020.

- *Droit du commerce international*, 1^e éd., PUF, 2013.

KHALLĀF ‘Abd al-Wahhāb, *Les fondements du droit musulman*, Turki, ‘Abd al-Magid (trad.), Editions Al Qalam, 1997.

KHAN, Muhammad Akram, *Islamic Economics and Finance: A Glossary*, 2^e éd., Routledge, 2007.

KHORSHID, Aly, *Islamic Insurance: A Modern Approach to Islamic Banking*, Routledge, 2007.

LAMAND, Francis, *Islam, civilisation et sociétés*, Ed. du Rocher, 1991.

LAMBERT-FAIVRE, Yvonne et LEVENEUR, Laurent, *Droit des assurances*, 14^e éd., Dalloz, 2017.

LARROUMET, Christian et BROS, Sarah, *Les obligations: le contrat*, 10^e éd., Economica, 2021.

LASSERRE, CAPDEVILLE, Jérôme, STORCK, Michel, MIGNOT, Marc et al., *Droit bancaire*, 3^e éd., Dalloz, 2021.

LE CANNU, Paul, DONDERO, Bruno, *Droit des sociétés*, 9^e éd., LGDJ, 2022.

LEGEAIS, Dominique, *Opérations de crédit*, LexisNexis, 2018.

LÉVY, Aldo, *Finance islamique: opérations financières autorisées et prohibées*, Gualino-Lextenso, 2012.

LÉVY, Jean-Philippe, CASTALDO, André, *Histoire du droit civil*, Dalloz, 2010.

LINANT DE BELLEFONDS, Yvon, *Traité de droit musulman comparé*, Vol.1: Théorie générale de l'acte juridique, Mouton et cie., 1965.

LOQUIN, Éric, *L'arbitrage du commerce international*, Joly éditions-Lextenso éditions, 2015.

MALAURIE, Philippe, AYNÈS, Laurent et GAUTIER, Pierre-Yves, *Droit des contrats spéciaux*, 11e éd., LGDJ, 2020.

MALAURIE, Philippe, AYNÈS, Laurent, STOFFEL-MUNCK, Philippe, *Droit des obligations*, 12^e éd., 2022.

- *Droit des obligations*, 11^e éd., LGDJ, 2017.

MALINVAUD, MEKKI, Mustapha, SEUBE, Jean-Baptiste, *Droit des obligations*, 5^e éd., LexisNexis, 2021.

MAYER, Pierre, HEUZÉ Vincent, REMY, Benjamin, *Droit international privé*, 12^e éd., LGDJ, 2019.

MAZEAUD, Denis, BOFFA, Romain et BLANC, Nathalie (dir.), *Dictionnaire du contrat*, LGDJ, 2018.

MERVILLE, Anne-Dominique, *Droit financier*, 4^e éd., Gualino, 2018.

MERVIN, Sabrina, *Histoire de l'islam: fondements et doctrines*, Flammarion, 2016.

MESSNER, Francis, PRÉLOT, Pierre-Henri, WOEHLING, Jean-Marie et al., *Droit français des religions*, LexisNexis, 2013.

- *Traité de droit français des religions*, Litec, 2003.

MILLIOT, Louis, BLANC, François-Paul, *Introduction à l'étude du droit musulman*, Dalloz, 2001.

MOUSSERON, Jean-Marc, MOUSSERON, Pierre, RAYNARD, Jacques et al., *Technique contractuelle*, 5^e éd., Éditions Francis Lefebvre, 2017.

NEAU-LEDUC, Philippe, PÉRIN-DUREAU, Ariane et NEAU-LEDUC, Christine, *Droit bancaire*, 6^e éd., Dalloz, 2018.

NIBOYET, Marie-Laure, GEOUFFRE DE LA PRADELLE Géraud de, *Droit international privé*, 7^e éd., LGDJ, 2020.

PARIS EUROPLACE (dir.), *Finance islamique: les normes de conformité de l'AAOIFI*, Volume 1, ESKA, 2013.

PELLIER, Jean-Denis, *Droit de la consommation*, Dalloz, 2019.

PIÉDELIÈVRE, Stéphane, PUTMAN Emmanuel, *Droit bancaire*, Economica, 2011.

POTHIER, *Traité des contrats aléatoires*, Debure, 1765, p. 5.

- *Œuvres complètes de Pothier*, t. 9 : Traité du contrat de prêt à la grosse aventure, Thomine et Fortic, 1821.

RACINE, Jean-Baptiste, *Droit de l'arbitrage*, PUF, 2016.

RAYNARD, Jacques, SEUBE Jean-Baptiste, *Droit des contrats spéciaux*, 10^e éd., LexisNexis, 2019.

- *Droit des contrats spéciaux*, 9^e éd., LexisNexis, 2017.

ROCHFELD, Judith, *Les grandes notions du droit privé*, PUF, 2013.

RUIMY, Michel, *La finance islamique*, A. Franel, 2008.

SAÏDANE, Dhafer, *La finance islamique à l'heure de la mondialisation*, 2^e éd., RB éd., 2011.

SALEH, Nabil, A, *Unlawful gain and legitimate profit in Islamic law: riba, gharar and Islamic banking*, Cambridge University Press, 1986.

SCHACHT, Joseph, *Introduction au droit musulman*, Paris, France, Maisonneuve et Larose, 1999.

- *Esquisse d'une histoire du droit musulman*, Libr. orientale et américaine Max Besson, 1953.
- *The origins of Muhammadan jurisprudence*, Clarendon Press, 1950.

SERAGLINI, Christophe, ORTSCHIEDT, Jérôme, *Droit de l'arbitrage interne et international*, 2^e éd., Montchrestien, 2019.

- *Droit de l'arbitrage interne et international*, Montchrestien, 2013.

SERLOOTEN, Patrick, DEBAT, Olivier, *Droit fiscal des affaires*, Dalloz, 2021.

SFEIR, Antoine, *Brève histoire de l'islam à l'usage de tous*, Flammarion, 2015.

SIDDIQI, Mohammad Nejatullah, Riba, *Bank interest and the rationale of its prohibition*, Islamic Development Bank, 2004.

- *Insurance in an Islamic economy*, The Islamic Foundation, 1985.
- *Muslim economic thinking: a survey of contemporary literature*, The Islamic Foundation, 1981.

SOURDEL, Dominique, SOURDEL-THOMINE, Janine, *Vocabulaire de l'islam*, 2^e éd., PUF, 2013.

STORCK, Michel, KOVAR Jean-Philippe, ERÉSÉO Nicolas et al., *Droit bancaire*, 3^e éd., Dalloz, 2021.

- *Droit bancaire*, 2e éd., Dalloz, 2019.

SZRAMKIEWICZ, Romuald et DESCAMPS, Olivier, *Histoire du droit des affaires*, 2e édition, LGDJ, 2013.

TAQI USMANI, Muhammad, *An introduction to islamic finance*. Disponible sur < https://muftitaqiusmani.com/books/english/pdf/An_Introduction%20to_Islamic_Finance.pdf > (Consulté le 27 septembre 2022).

TERRÉ François, GAUDEMET Sophie et LEQUETTE Yves, *Droit civil: les successions, les libéralités*, 4^e éd., Dalloz, 2013.

TERRÉ François, SIMLER Philippe, LEQUETTE Yves et al., *Droit civil: les obligations*, 13^e éd., Dalloz, 2022.

- *Droit civil: les obligations*, 12^e éd., Dalloz, 2018.

TOUALBI, Issam, BENTOUNÈS Khaled, *Introduction historique au droit musulman: de la révélation coranique à la formalisation juridique*, Albouraq, 2013.

VEDRENNE, Alain, *La banque et la finance islamique au regard du droit français*, th. Perpignan, 2012.

VIDAL, Dominique, *Droit français de l'arbitrage interne et international*, Lextenso éditions, 2012.

VISSER, Hans, *Islamic finance: principles and practice*, Edward Elgar, 2009.

VOGEL, Frank E, HAYES Samuel L., *Islamic Law and Finance: Religion, Risk, and Return*, Brill, 1998.

WITZ, Claude, *Le droit allemand*, Paris, France, Dalloz, 2018.

Ouvrages spéciaux : Thèses, Monographies et Ouvrages collectifs

AL-DARIR, Al Siddiq Mohammad Al Amin, *Al-Gharar in Contracts and Its Effects on Contemporary Transactions*, Islamic Research and Training Institute, 1997.

ABDEL KARIM, Rifaat Ahmed, ARCHER, Simon et VOLKER, Nienhaus, *Takaful Islamic Insurance: Concepts and Regulatory Issues*, John Wiley & Sons, 2009.

ABDULLAH ALWI HAJI HASSAN, *Sales and contracts in early Islamic commercial law*, Islamic Research Institute, International Islamic University, 1994.

ABOU HAMDAN, Malek, *Produits dérivés, risques de marché et « Gharar » : recherche d'une alternative islamique*, Thèse de doctorat, Université Panthéon-Assas, 2013.

ALDOHNI, Abdul Karim, *The legal and regulatory aspects of Islamic banking: a comparative look at the United Kingdom and Malaysia*, Milton Park, 2011.

ANDREU, Lionel, MIGNOT, Marc (Dir.), *Les contrats spéciaux et la réforme du droit des obligations*, Institut Universitaire Varenne, LGDJ, 2017.

ASSOCIATION HENRI CAPITANT, *La fiducie dans tous ses états*, Actes du colloque organisé le 15 avril 2010 à l'Université Paris-Est Créteil, Dalloz, 2011.

- *L'aléa : journées nationales*, tome XIV, Dalloz, 2011.
- *Offre de réforme du droit des contrats spéciaux*, Dalloz 2020.

ASSOCIATION LUXEMBOURGEOISE DES JURISTES DE BANQUE, *Le banquier luxembourgeois et le droit international privé*, Anthemis, 2017.

BADON-PASCAL, Edouard, *Des marchés à terme : Commentaire de la loi du 28 mars 1885*, Administration du droit financier, 1895.

BECHOR, Guy, *The Sanhuri Code, and the Emergence of Modern Arab Civil law (1932 to 1949)*, Brill, 2007.

BEN ISH'ÂQ, Khalîl, *Abrégé de la loi musulmane selon le rite de l'imâm Malek*, t. 3 : Le patrimoine, Bousquet Georges-Henri (trad.), La Maison des livres, Alger, 1961.

BÉNASSY-QUÉRÉ, Agnès, BOONE Laurence et COUDERT Virginie, *Les taux d'intérêt*, La Découverte, 2015.

BLEUCHOT Hervé, *Droit musulman : essai d'approche anthropologique*, t.1 et t. 2, Presses universitaires d'Aix-Marseille, 2002.

BOFFA, Romain, MATHIEU, Marie-Laure (Préf.), *La destination de la chose*, Defrénois, 2008.

BOUHARATI, Bahya, *Les fonds islamiques en Europe: régulation ou réglementation ?*, Promoculture- Larcier, 2016.

BUY Frédéric, LAMOUREUX Marie, MESTRE Jacques et al., *Les principales clauses des contrats d'affaires*, 2^e éd., LGDJ, 2018.

CATTALANO-CLOAREC Garance, LOISEAU, Grégoire (Préf.), *Le contrat de prêt*, LGDJ, 2015.

CARDAHI, Choucri, *Droit et morale : Le droit moderne et la législation de l'islam au regard de la morale*, T. 2, Analyse comparative et appréciation critique des éléments constitutifs du contrat, Beyrouth : Imprimerie catholique, 1954.

CARTWRIGHT John, FAUVARQUE-COSSON Bénédicte et WHITTAKER Simon (dir.), *La réécriture du code civil: le droit français des contrats après la réforme de 2016 : avec la traduction en anglais de l'Ordonnance et des modifications introduites en 2018 par la loi de ratification*, Société de législation comparée, 2018.

CENTRE FRANÇAIS DE DROIT COMPARÉ, *La finance islamique: l'autre finance*, Brayer Gérard (éd.), Société de législation comparée, 2009.

CEKICI, Ibrahim-Zeyyad, *Le cadre juridique français des opérations de crédit islamique*, Thèse de doctorat, Université de Strasbourg, 2012.

CHAABAN, Rana (dir.), *L'arbitrage détaché des lois étatiques* : colloque du Mans, 15 décembre 2011, organisé par le laboratoire THEMIS-UM (EA 4333) de l'Université du Maine, Épitoge, 2012.

CHANTEPIE, Gaël, *La lésion*, LGDJ, 2006.

CHANTEPIE, Gaël, LATINA, Mathias, *La réforme du droit des obligations: commentaire théorique et pratique dans l'ordre du Code civil*, 2^e éd., Dalloz, 2018.

CHEHATA, Chafik, *Théorie générale de l'obligation en droit musulman hanéfite : les sujets de l'obligation*, Sirey, 1969.

- *Études de droit musulman*, t. 2 : La notion de responsabilité contractuelle. La notion de propriété, PUF, 1973.

CHENEDE, François, *Les commutations en droit privé : contribution à la théorie générale des obligations*, Economica, 2008.

- *Le nouveau droit des contrats et des obligations*, 2^e éd., Dalloz, 2019.

ÇIZAKÇA, Murat, *A comparative evolution of business partnerships: the Islamic world and Europe, with specific reference to the Ottoman archives*, Brill, 1996.

COLAS DE LA NOUE, Edouard, *Du prêt à intérêt en Grèce, à Rome en Judée, dans le droit canonique, le droit barbare et les coutumes féodales d'après les ordonnances du roi de France, le code Napoléon, les lois de 1807 et de 1850, suivi d'une étude sur les législations étrangères et sur les réformes à introduire dans le droit français*, Thèse de doctorat, A. Durand et Pedone-Lauriel, 1867.

COLLART DUTILLEUL, François, *Les contrats préparatoires à la vente d'immeuble*, 1988.

COMAIR-OBEID, Nayla, *Les contrats en droit musulman des affaires*, Economica, 1995.

CONSEIL D'ÉTAT, *Étude annuelle 2013 : le droit souple*, La Documentation française, 2013.

- *Un siècle de laïcité*, La Documentation française, 2004.

CORNELOUP, Sabine et JOUBERT, Natalie (dir.), *Le règlement communautaire « Rome I » et le choix de loi dans les contrats internationaux: actes du colloque des 9 et 10 septembre 2010*, Litec, 2011.

CROCQ, Pierre, *Propriété et garantie*, th. Paris II, LGDJ, 1995.

DESHAYES, Olivier, GENICON, Thomas et LAITHIER, Yves-Marie, *Réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations: commentaire article par article*, 2^e éd., 2018.

DIJOUX, Ruth, *La contractualisation des droits fondamentaux*, L'Harmattan, 2012.

FAUVARQUE-COSSON, Bénédicte, *Libre disponibilité des droits et conflits de lois*, LGDJ, 1996.

FIN-LANGER, Laurence, *L'équilibre contractuel*, Paris, LGDJ, 2002.

FRASSON, Vanessa, *Les clauses de fin de contrat*, William Dross (dir.), thèse de doctorat, Université de Lyon III, 2014.

GAIARDO, Paul, *Les théories objective et subjective du contrat: étude critique et comparative (droits français et américain)*, LGDJ, 2020.

GAUDEMET, Sophie, *La clause réputée non écrite*, Economica, 2006.

HEUZÉ, Vincent, *La réglementation française des contrats internationaux: étude critique des méthodes*, Paris, GLN-Joly, 1990.

HIMEUR, Chihab Mohammed, *Les contrats de la finance islamique : analyse prospective*, Larcier, 2018.

HIMEUR, Chihab Mohammed, ABDELMOUMEN Nedra, *La finance islamique face au droit français*, L'Harmattan, 2015.

IBN ABI ZAYD AL-QAYRAWANI, *La risâla ou Épitre sur les éléments du dogme et de la loi de l'Islam selon le rite mâlikite*, Bercher Léon et Zawi, Mohammed (trad.), Dar Al-Kotob Al-Ilmiyah, 2010.

IBN RUSHD (Averroes), *The Distinguished Jurist's Primer*, vol. 2, Nyazee Imran Ahsan Khan (trad.), Garnet, 2000.

JAHEL, Sélim, *La place de la Chari'a dans les systèmes juridiques des pays arabes*, Éd. Panthéon-Assas, 2012.

LABBÉE, Xavier, *Les rapports juridiques dans le couple sont-ils contractuels ?*, PUF, 1996.

LARAMÉE, Jean-Paul (dir.), *La finance islamique à la française: un moteur pour l'économie, une alternative éthique*, Secure finance, 2008.

LATINA, Mathias, *Essai sur la condition en droit des contrats*, LGJD, 2009.

LE DOLLEY, Erik (Dir.), *Les concepts émergents en droit des affaires*, LGDJ, 2010.

LEQUETTE, Yves et LEVENEUR, Laurent (dir.), *Le code civil: 1804-2004 : un passé, un présent, un avenir*, Dalloz, 2004.

LUCHAIRE, François, CONAC, Gérard, PRÉTOT, Xavier et al. (dir.), *La Constitution de la République française: analyses et commentaires*, 2008.

MADKHALI, Aasem, *Le rôle de la supervision des banques islamiques, approche islamo-juridique*, th. Université Côté d'Azur, 2016.

MAKHLOUF, Amel, *L'émergence d'un droit international de la finance islamique: origines, formation et intégration en droit français*, IRJS éditions, 2015.

MALAURIE, Philippe, *Les contrats contraires à l'ordre public: étude de droit civil comparé : France, Angleterre, U.R.S.S*, Ed. Matot-Braine, 1953.

MALIK, Adnan, ULLAH, Karim, *Introduction to Takaful: theory and practice*, Palgrave Macmillan, 2019.

MARTIN-SISTERON, Hugues, *Finance islamique et financement de projets en France*, IRJS, 2012.

MATRI, Dorsaf, *Le capital risque islamique en droit français*, IRJS éditions, 2016.

MEKKI, Mustapha, *L'intérêt général et le contrat : contribution à une étude de la hiérarchie des intérêts en droit privé*, LGDJ, 2004.

MILLIOT, Louis (dir.), *Travaux de la Semaine internationale de droit musulman*, Paris, 2-7 juillet 1951, Recueil Sirey, 1953.

MOATÉ, Michel, *La création d'un droit bancaire islamique*, Thèse de doctorat en droit, Université de la Rochelle, 2011.

MOUCANNAS-MAZEN, Rita, *Islam-droit et relations économiques internationales*, L'Harmattan, 1996.

NAJJAR, Nathalie, *Arbitrage dans les pays arabes et commerce international*, LGDJ, 2016.

NEHMÉ, Aline, *L'assurance entre loi islamique et droit positif: l'exemple des droits Français et Libanais*, IRJS, 2015.

PERELMAN, Chaïm, VANDER ELST, Raymond (dir.), *Les notions à contenu variable en droit*, Bruylant, 1984.

PÉRÈS, Cécile, *La règle supplétive*, LGDJ, 2004.

POULAT, Émile, GELBARD, Maurice, *Scruter la loi de 1905: la République française et la religion*, Fayard, 2010.

PUIG, Pascal, *La qualification du contrat d'entreprise*, Ed. Panthéon-Assas, 2002.

PUECH, Marc (dir.), *De code en code: Mélanges en l'honneur du doyen Georges Wiederkehr*, 2009.

RAMACIOTTI, Suzel, *Laïcité et droit privé*, coll. Nouvelle Bibliothèque de Thèses, Dalloz, 2022.

RAMBAUD, Thierry, *Le principe de séparation des cultes et de l'Etat en droit comparé*, LGDJ, 2004.

RANOUIL, Véronique, *L'autonomie de la volonté : naissance et évolution d'un concept*, PUF, 1980.

RAYNER, Susan Elizabeth, *The Theory of Contracts in Islamic Law: A Comparative Analysis With Particular Reference to the Modern Legislation in Kuwait, Bahrain and the United Arab Emirates*, Thèse de doctorat, Fitzwilliam College, Cambridge, 1989.

RIPERT, Georges, *La Règle morale dans les obligations civiles*, LGDJ, 4^{éd.}, 1949.

SALEILLES, Raymond, *De la déclaration de volonté : contribution à l'étude de l'acte juridique dans le Code civil allemand*, Pichon, 1901.

SENECHAL, Juliette, *Le contrat d'entreprise au sein de la classification des contrats spéciaux : recherche sur un double enjeu du mouvement de recodification du droit des contrats*, Presses Universitaire d'Aix-Marseille, 2008

THIAM, Mballo, *De la religion à la banque : Contribution à l'étude d'un droit bancaire islamique en France*, th. Toulon, 2013.

THOMAS, Abdulkader S (Dir.), *Interest in Islamic economics: understanding riba*, Routledge, 2006.

TOLEFAT, Abdulrahman Khalil, ASUTAY Mehmet, *Takaful investment portfolios: a study of the composition of takaful funds in the GCC and Malaysia*, Wiley, 2013.

TOUSSI, Ali, *Le taux d'intérêt dans un système financier islamique*, L'Harmattan, 2010.

- *La banque dans un système financier islamique*, L'Harmattan, 2010.

UDOVITCH, Abraham, *Partnership and profit in medieval Islam*, Princeton University Press, 1970.

VARAINE, Laura, *La religion du contractant*, LGDJ, 2019.

WARDE, Ibrahim, *Islamic finance in the global economy*, Edinburgh University Press, 2010.

WEINGORT, Abraham, *Intérêt et crédit dans le droit talmudique*, Librairie générale de droit et de jurisprudence, 1979.

ZAHID, Abdelkabar, *La banque islamique Efficacité et contraintes*, Thèse de doctorat en sciences économiques, Lille : Université du droit et de la santé- Lille II, 2007.

ZEIDAN, Zeina, *Analyse de la place des sukuk en droit français*, Thèse de doctorat en droit, Université Paris II, 2019.

Ouvrages philosophiques et théologiques

ARISTOTE, *Constitution d'Athènes*, Le Livre de Poche, 2006.

- *L'Ethique à Nicomaque*, Tricot Jules (trad.), Vrin, 1994.

- *La Politique*, Tricot Jules (trad.), Vrin, 1997.

BLACHÈRE, Régis, *Introduction au Coran*, Maisonneuve et Larose, 1991.

CANDIARD, Adrien, *Comprendre l'islam: ou plutôt : pourquoi on n'y comprend rien*, Flammarion, 2016.

DÉROCHE, François, *Le Coran*, PUF, 2019.

PLATON, *Les lois*, Brisson, Luc et Pradeau Jean-François (trad.), Flammarion, 2006.

PLUTARQUE, *Œuvres morales*, Tomes I - XV, Les Belles Lettres, 1989-2012.

THOMAS D'AQUIN, *Somme théologique*, T. 1 à 4, Les éditions du Cerf, 2021.

MASSON, Denise (trad.), *Le coran*, T. 1 et 2, Folio, 1990.

Recueil de hadiths

AHMED, Herkat (Trad.), *Sahîh Al Bukhârî*, T. 1 à 8, Al Maktaba Al-Asriyya, 2003.

MUHAJID, Abdul Malik (Trad.), *Sahîh Muslim*, Darussalam, 2007.

Jami` at-Tirmidhi

Sunan Abu-Da'ud

Sunan Al-Nasa'i

Sunan Ibn Majah

La plupart des recueils de hadiths sunnites sont disponibles sur < <https://sunnah.com/>> (consulté le 25 septembre 2022).

Articles, chroniques et notes de jurisprudence

ABADIE, Laurent, « Convention européenne des droits de l'Homme et contentieux contractuel », *Dr. & patr.* 2010, n° 194, p. 73.

ABDALLAH, Amal, « Le contrôle religieux au sein des banques : une particularité de la finance islamique », *Bull. joly bourse* 2013, n°7-8, p. 374-379.

ABDELHADY, Hdeel, « Consumer-oriented insolvency risk allocation in Islamic retail profit sharing investment accounts », *Butterworths Journal of International Banking and Financial Law* 2014, vol. 29, n°4, p. 236-241.

ABDULLAH, Atikullah, « The Doctrine of the Freedom of Contract (Ḥurriyyat al-Ta'āqud) in Islamic Mu'āmalāt: An exposition on the concept and rules of the contract of muqāwalah in the construction industry », *Islamic Studies* 2011, Vol. 50, n°3-4, p. 365-381.

AFFAKI, Georges, « L'accueil de la finance islamique en droit français : essai sur le transfert d'un système normatif » in LARAMÉE, Jean-Paul (dir.), *La finance islamique à la française: un moteur pour l'économie, une alternative éthique*, Secure finance, 2008, p. 145-172.

- « La chari'a en dehors des terres d'Islam : essai sur la réception de la finance islamique en France », *RIDC* 2014, n°3, p. 755-765.

AHMED, Habib et KHAN, Tariqullah, « Risk management in Islamic banking » in HASSAN M. Kabir, LEWIS Mervyn Keith (dir.), *Handbook of Islamic banking*, Edward Elgar Publishing, 2007, p. 144-148.

AL-AMINE, Muhammad Al-Bashir Muhammad, « Istisna' and Its Application in Islamic Banking », *Arab Law Quarterly* 2001, vol. 16, n°1, p. 22-48.

AL-SAATI, Abdul-Rahim, « The Permissible Gharar (Risk) in Classical Islamic Jurisprudence », *Journal of King Abdulaziz University: Islamic Economics*, 2003, Vol. 16, n° 2, p. 3-19.

AL-SUWAILEM, Sami, « Towards an objective measure of *gharar* in exchange », *Islamic Economic Studies*, Vol. 7, n° 1&2, october 1999-april 2000, p. 61-102.

AL-ZUHAYLI, Wahbah, « The juridical meaning of Riba » in THOMAS, Abdulkader S (Dir.), *Interest in Islamic economics*, Routledge, 2006, p. 25 et s.

ALAMOWITCH, Stéphan, « Faut-il réglementer la spéculation ? Comment le faire ? Aspects de droit français », *Droit & affaires* 2009, n°7, p. 46 et s.

ALBRIEUX, Sandrine, « La prohibition des offres d'achat en matière immobilière dans l'article 1589-1 du Code civil : un dispositif maladroit et inefficace », *Contrats, conc. consom.* 2006, n°3, étude 4.

ALGAOUD, Latifa M., LEWIS, Mervyn K., « Islamic critique of conventionnal financing » in HASSAN M. Kabir, LEWIS Mervyn Keith (dir.), *Handbook of Islamic banking*, Edward Elgar Publishing, 2007.

ALLARD, Patrick, BENCHABANE, Djilali, « La finance islamique modèle alternatif, postiche ou pastiche ? », *Revue française d'économie* 2010/4, Volume XXV, p. 11-38.

AMKHANN, Adnan, « Termination for Breach in Arab Contract Law », *Arab Law Quarterly* 1995, n°1, p. 17-30.

ANCEL, Marie-Elodie, « Le choix du droit applicable : une liberté sous contraintes » in ASSOCIATION LUXEMBOURGEOISE DES JURISTES DE BANQUE, *Le banquier luxembourgeois et le droit international privé*, Anthemis, 2017.

ANCEL, Pascal, « Force obligatoire et contenu obligationnel du contrat », *RTD Civ.* 1999.771.

ANSALONI, Guillaume, Le risque de crédit, critère de la notion d'opération de crédit en droit français, *Revue banque* 2013, n°759, p. 58-61.

ARABI, Oussama, « Al-Sanhūrī's reconstruction of the islamic law of contract defects », *Journal of Islamic Studies* 1995, n°2, p. 153-172.

- « Intention and Method in Sanhūrī's Fiqh: Cause as Ulterior Motive », *Islamic Law and Society* 1997, n°2, p. 200-223.

ARABI, Oussama, « Contract Stipulations (Shurut) in Islamic Law: The Ottoman Majalla and Ibn Taymiyya », *International Journal of Middle East Studies*, Fév. 1998, Vol. 30, n°1, p. 29-50.

ARCHER, Simon, ABDEL KARIM, Rifaat Ahmed, « Accounting standards for Islamic financial services » in HASSAN M. Kabir, LEWIS Mervyn Keith (dir.), *Handbook of Islamic banking*, Edward Elgar Publishing, 2007, p. 334-357.

AUDIT, Bernard, « Le choix des principes d'Unidroit comme loi du contrat et le droit international privé » in *Liber amicorum: mélanges en l'honneur de Camille Jauffret-Spinosi*, Dalloz, 2013.

AUSTRY, Stéphane, « Le recours pour excès de pouvoir contre les instructions fiscales », *RF fin. publ.*, avril 2015, n°130, p.71.

AYNÈS, Augustin, « Accroissement du pouvoir de la volonté individuelle », *Dr. et patr.* 2016, n°259, p. 49-53.

AYNES, Laurent, CROCQ, Pierre, « La fiducie préservée des audaces du législateur », *D.* 2009.2559.

JOHANSEN, Baber, « Le contrat salam: Droit et formation du capital dans l'Empire abbaside (XIe-XIIe siècle) », *Annales Histoire Sciences sociales* 2006, n°4, p. 863-899.

BALI, Mehdi, « Le réveil de la société en participation par les finances éthiques », *RD bancaire et fin.* 2011, étude 3.

BALZ, Kilian, « Islamic Law as Governing Law under the Rome Convention - Universalist Lex Mercatoria v. Regional Unification of Law », *Rev. dr. unif.* 2001, n°1, p.37-49.

BAREÏT, Nicolas, « La liberté contractuelle sous la toise de la Convention européenne des droits de l'homme » in INSTITUT UNIVERSITAIRE VARENNE, *Droits fondamentaux, ordre public et libertés économiques*, LGDJ, 2013, p. 51-76.

BARRET, Olivier, « Les recours offerts à l'acquéreur contre le vendeur au cas de superficie insuffisante de l'immeuble vendu », *RTD civ.* 2012.207.

BARRIERE, François, « Propriété, Fiducie et sukuk », *JCP E* 2011.1203.

BARRET, Olivier, BRUN, Philippe, *Rép. civ. Dalloz*, v° Vente : effets, janv. 2020.

BAUDOIN, Valentine, RUTSAERT, Quentin, BENGARAI ABOU NOUR, Tarik, « Les sukuk: un regard croisé en droit commercial islamique, français et luxembourgeois », *Option finance* 2014, n°1279, p. 30-32.

BEGUIN, Jacques, « L'étonnante liberté de l'arbitre amiable compositeur » in PUPUECH Marc (dir.), *De code en code : mélanges en l'honneur du doyen Georges Wiederkehr*, Dalloz, 2009,

BEHAR-TOUCHAIS, Martine, « Le contrôle de la lésion en droit commercial, avec l'interdiction de l'avantage disproportionné », *RDC* 2019, n°4, p. 41 et s.

BELABES, Abderrazak, « Le lien entre finance et économie islamiques via le modèle principal "ZR" », *Etudes en économie islamique*, Vol. 4, n°1, janvier 2010, p.15-37.

BEN ABDERRAHMANE, Dahman « Le droit musulman fondement d'une finance alternative relative sur l'économie réelle et le partage du risque » *in* Centre français de droit comparé, *La finance islamique*, 71-77.

BEN HAMIDA, Walid, « La finance islamique devant le juge étatique : étude comparée », *RIDC* 2015, vol. 67, n°4, p. 923-940.

BENDJILALI, Boualem, « La moucharaka ou mode de financement de la participation » *in* Banque Islamique de Développement, *Introduction aux techniques islamiques de financement*, Actes de séminaire n°37, 1996, p. 32-54

BERNHEIM-DESVAUX, Sabine, « Le réputé non écrit est une sanction différente de la nullité », *Contrats, conc. consom.* 2019, comm. 112.

BERTRAN DE BALANDA, Jacques, BOURABIAT, Foued, « Fiducie et finance islamique », *Dr. & patr.* 2010, n°192, p. 84-93.

BESNIER, Robert, « Passé, présent et avenir de la société en commandite. A propos d'un ouvrage récent », *Rev. hist. droit* 1984, p. 53-58.

BICHERON, Frédéric, « N'abusons pas de la clause abusive », *Gaz. Pal.*, 30 avr. 2015, n°120, p. 24.

BILLAH, Muhammad Masum, « Extensive use of Hilah in Islamic banking and finance », *Islamic Quarterly* 2015, n°1, p. 65-87.

BOFFA, Romain, « Juste clause (et injuste clause) », *D.* 2015.335.

- « La validité du contrat », *Gaz. Pal.* 30 avr. 2015, p. 18.

BONNEAU, Thierry, « Loi islamique, Organisme de placement collectif en valeurs mobilières », *RD bancaire et fin.* 2007, comm. 237.

- « Finance islamique et réglementation bancaire » *in Mélanges en l'honneur du professeur Michel Germain*, LexisNexis, 2015, p. 153-163.

BOURABIAT, Foued, « Finance islamique en France : éclairage sur les nouvelles opportunités offertes aux investisseurs », *RD bancaire et fin.* n°4, juill. 2009, étude 27.

BOYER, Louis, « La clause de dédit » in *Mélanges offerts à Pierre Raynaud*, Dalloz-Sirey, 1985, p. 41 et s.

BROSSES (de), Arnaud, ABOUALI, Gamal, « Le développement de la finance islamique en France, ses applications et ses implications sur l'évolution du régime juridique de la fiducie », *Option finance* 2009, n° 1015, p.31-33

BRUNAUX, Geoffray, « La clause prévoyant le versement d'une indemnité d'immobilisation dans les promesses unilatérales de vente », *Contrats, conc. consom* 2016, n°8, form. 8.

BRUNETTI-PONS, Clotilde, « La conformité des actes juridiques à l'ordre public » in *Études offertes au professeur Philippe Malinvaud*, Litec, 2007.

BUCHER, Charles-Edouard, « La clause de dédit », *Contrats, conc. consom.* 2020, form. 3.

BUREAU, Dominique, « L'extension conventionnelle d'un statut impératif. Contribution du droit international privé à la théorie du contrat », paragr. 49 in *Études de droit de la consommation : liber amicorum Jean Calais-Auloy*, Dalloz, 2004.

CARDAHI, Choucri, « Le prêt à intérêt et l'usure au regard des législations antiques, de la morale catholique, du droit moderne et de la loi islamique », *Revue internationale de droit comparé*, 1955, Vol. 7, n°3, p. 499-541.

CAROLLE-BRISSON, Diane, « La fiducie : porte d'entrée des sukuk en france ? », *RLDA* 2009, n°2411.

CAUSSE, Hervé, « L'obligation de restitution du banquier dépositaire peut-elle être payante », *RD bancaire et fin.*, étude 100055.

CEKICI, Ibrahim Zeyyad, SERHAL, Chucri Joseph, « L'application du taux effectif global aux contrats de financement islamique », *Banque et droit* 2009, n°126, p. 11-14.

- « La prohibition islamique de l'intérêt et les opérations de crédit islamiques en France », *RLDA* 2008, n°31, p. 107-111.
- « Le cadre fiscal des produits bancaires et financiers islamiques en France », *Les nouvelles fiscales* 2010, n° 1057, p. 22.
- « Le cadre juridique français des opérations de crédit islamique », *RD Bancaire et fin.* 2011, étude 15.

CHAGNY, Muriel, « Quelle refonte du titre IV du livre IV du Code de commerce après l'ordonnance n° 2019-359 du 24 avril 2019 ? », *JCP E* 2019, act. 304.

- « La refonte du Titre IV du Livre IV... en attendant une nouvelle réforme ? », *RTD com.* 2019.353

CHARLIN, Jacques, « Fiducie, sukuk et autres murabaha ou ijara: À propos de la finance islamique », *JCP E* 2009.1946.

CHAUVIRE, Philippe, « Les effets du contrat dans le projet d'ordonnance portant réforme du droit des obligations », *Gaz. Pal.* 30 avr. 2015, n°120, p. 29.

CHAZAL, Jean-Pascal, VINCENTE, Serge, « Le transfert de propriété par l'effet des obligations dans le Code civil », *RTD Civ.* 2000.477

CHEHATA, Chafik, « Le concept de contrat chez Saint Thomas d'Aquin et dans la pensée juridique musulmane », *Archives de philosophie du droit et de philosophie sociale* 1961, Vol. 47, p. 173-178.

- « Les survivances musulmanes dans la codification du droit civil égyptien », *RIDC* 1965, p. 839-853.
- « Le concept de contrat en droit musulman », *Archives de philosophie du droit*, T. 13, 1968, p. 129 et s.

CHENEDE, François, « Napoléon Bonaparte, lésion et violence », *RDC* 2014.527.

- « La cause est morte... vive la cause ? », *Contrats, conc. consom.* 2016, doss. 4.

CHENEDE, François, HERRNBERGER, Olivier, Les avant-contrats, *JCP N* 2017.1164.

ÇIZAKÇA, Murat, « Risk sharing and risk shifting: An historical perspective », *Borsa Istanbul Review* 2014, n°4, p. 191-195.

COMBET, Mathieu, « Des nouvelles clauses compromissaires dans les contrats du XXI^e siècle », *RLDA*, p. 19-22.

COLON, Julio, Caesar, « Choice of Law and Islamic Finance », *Texas International Law Journal* 2011, vol. 46, n°2, p. 411.

COTTEREAU, Vincent, « La clause réputée non écrite », *JCP G* 1993, doct. 3691.

COURBE, Patrick, « Ordre public et lois de police » in *Études offertes à Barthélémy Mercadal*, Éditions Francis Lefebvre, 2002, p. 99-115.

CUNIBERTI, Gilles, « La Lex Mercatoria au XXI^e siècle. Une analyse empirique et économique », *JDI* 2016.765.

D'AVOUT, Louis, « Le sort des règles impératives dans le règlement Rome I », *D.* 2008.2165.

- « Le contrat artificiellement internationalisé devant la Cour de justice (un naufrage juridique) », *JCP G* 2017.967.

DAILLANT, Marie-Anne, « De l'usure légitime : Quelques jalons historiques pour une théorie des intérêts moratoires », *RDC* 2018.289.

DAOUALIBI, Maarouf, « La théorie de l'usure en droit musulman » in *Travaux de la Semaine internationale de droit musulman*, Paris 2-7 juillet 1951, Sirey, 1952, p. 139 et s.

DELEBECQUE, Philippe, « Article 1168: clause privant de sa substance l'obligation essentielle du contrat », *RDC* 2015.759

DELFOSSÉ, Alain, PENIGUEL, Jean-François, « Premières vues sur la fiducie », *Deffrénois* 2007, p. 581-600.

DESERT, Maxime Henri, « Variations autour de la cotisation variable des sociétés d'assurance mutuelle », *RGDA* 2004.889.

DESHAYES, Olivier, GENICON, Thomas, LAITHIER, Yves-Marie, « Ratification de l'ordonnance portant réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations », *JCP G* 2018, doct. 529.

DOMMEN, Edouard; FAESSLER, Marc, « Calvin et le prêt à intérêt » in *Bichot, Calvez, et Camdessus, Pratiques financières, regards chrétiens*, 159-184.

DONINI, Valentina, « Protection of Weaker Parties and Economic Challenges: An Overview of Arab Countries' Consumer Protection Laws », *The Rabel Journal of Comparative and International Private Law*, Oct. 2014, p. 784-808.

DRAZ, Abadallah, « L'usure en droit musulman » in MILLIOT, Louis (dir.), *Travaux de la Semaine internationale de droit musulman*, Paris, 2-7 juillet 1951, Recueil Sirey, 1953.

DUBERTRET, Matthieu, « La fiducie-gestion de sommes d'argent ou la garantie illimitée des dépôts », *Rev. banque*, déc. 2011, n°742-743, p. 94 et s.

DULAL MIAH, Mohammad, SUZUKI, Yasushi, « Murabaha syndrome of Islamic banks: a paradox or product of the system? », *Journal of Islamic Accounting and Business Research*, Vol. 11 No. 7, p. 1363-1378.

DUPICHOT, Philippe, « L'unicité du patrimoine aujourd'hui : Observations introductives », *JCP N* 2009.1356.

- « Fiducie et finance islamique », *D* 2010.1064.

DURAND, Frédéric, HAZOUG, Sami, « La murabaha », *RD bancaire et fin.* mars-avril 2011, étude n°16.

EBRAHIM, Muhammed-Shahid, SHEIKH, Mustapha, « The "Muḍāraba" Facility: Evolution, Stasis and Contemporary Revival », *Arab Law Quaterly* 2015, n°3, p. 246-260.

EGE, Ragip, « La question de l'interdiction de l'intérêt dans l'histoire européenne. Un essai d'analyse institutionnelle », *Revue économique* 2014/2, Vol. 65, p. 391-417.

EL HABIB TIJKANI, Mohamed, « Législation des ventes » in *Les sciences de la Chari'a pour les économistes*, Banque Islamique de Développement, actes de séminaires, n°44, p. 147-170.

ETIENNEY DE SAINTE MARIE, Anne, « La résiliation du prêt confrontée à la liberté religieuse : vers un « forçage » du contrat tiré des droits fondamentaux ? », *D.* 2015.2350.

- « À propos des emprunts toxiques : le réputé non écrit est imprescriptible... et autres solutions entre droit commun des contrats et droit de la consommation », *D.* 2019.1033.

FABRE-MAGNAN, Muriel « Le mythe de l'obligation de donner », *RTD civ.* 1996.85.

FADI, Achi, FORGET, Elisabeth, « La gouvernance des comités charia », *RD bancaire et fin.* 2011, étude 14.

FAUVARQUE-COSSON, Bénédicte, « L'ordre public » in LEQUETTE Yves et LEVENEUR Laurent (dir.), *Le code civil: 1804-2004 : un passé, un présent, un avenir*, Dalloz, 2004.

- « Droit européen et international des contrats : l'apport des codifications doctrinales », *D.* 2007.96.

FAVERO, Marc, « De la notion de spéculation à une réforme de l'exception de jeu », *JCP E* 2005. 405.

FULCONIS-TIELENS, Andréane, « La finance islamique a-t-elle un avenir prometteur en France ? », *Revue Banque* 2007, n°696, p. 28-32.

GALLOIS-COCHET, « Réforme du droit des contrats, pactes de préférence et promesses unilatérales », *Dr. sociétés* 2016, repère 4.

GARAUD, Eric, « La religion du locataire : une donnée normalement extérieure au contrat de bail mais incorporable à celui-ci », *RJPF*, 2003/4, p.9

- « Fermeture d'une salle de prière dans un foyer : quid de la liberté de culte des résidents ? », *RJPF* 2015-12/8.

GATSI, Jean, PELLIER, Jean-Denis, JCl. Contrats – Distribution, fasc. 310: VENTE– Obligation de délivrance du vendeur– Sanction de l'inexécution.

GENICON, Thomas, « Contre l'introduction du "coût manifestement déraisonnable" comme exception à l'exécution forcée en nature », *Dr. et patr.* 2014, n° 240, p. 63-66.

GHESTIN, Jacques, « Les effets pervers de l'ordre public » in *Propos impertinents de droit des affaires*, Dalloz, 2001, p. 123 et s.

GHESTIN, Jacques et LABARTHE, Françoise, « Observations générales », *LPA* 4 sept. 2015, n°177, p. 17.

GINTER, Eric, CHARTIER, Eric, « Retour la « soft law » fiscale », *Option fin.*, 13 avril 2015, n°1313, p. 37.

GRANGEREAU, Pascal, HAROUN, Mehdi, « Financements de projets et financements islamiques : quelques réflexions prospectives pour des financements en pays de droit civil », *Banque & Droit* 2004, n°97, p. 52 et s.

GRANOTIER, Julien, « Le droit unilatéral de rompre le contrat : de la faculté de dédit à la clause de « *break-up fees* » », *D.* 2014.1960

GRIMALDI, Cyril, « La fixation du prix », *RDC* 2017.558

GROSLIERE, Jean-Claude, SAINT-ALARY-HOUIN, « Inefficacité de la clause supprimant le droit d'option de l'acquéreur entre la résolution du contrat et la diminution du prix », *RDI* 1995.117.

GRUA, François, « Le dépôt de monnaie en banque », *D.* 1998.259.

GOLDMAN, Berthold, « Frontières du droit et « lex mercatoria » », *Archives de philosophie du droit* 1964, p. 177-192.

GUENZOU, Youssef, « Le jeu, contrat spécial » in *Jeux, argent et droit*, Actes du colloque tenu le 13 décembre 2012 à Paris, Dalloz, 2013, p. 29 et s.

GUILLOT, Jean-Louis, BERARD, Pierre-Yves, « Les critères extrafinanciers de sélection des actifs des OPCVM », *Revue banque* 2013, n° 759, p. 85.

HAHN, Claudia, « La liberté de choix dans les instruments communautaires récents : Rome I et Rome II- L'autonomie de la volonté entre intérêt privé et intérêt général », *Trav. Com. fr. DIP* 2006-2008, p. 187-204.

HASSAN, Hussein, « Contracts in Islamic Law: The principles of Commutative Justice and Liberality », *Journal of Islamic Studies* 2002, Vol. 13, n°3, p. 257-297.

HASSOUNE, Anouar, « Principes de structuration des « sukuk » », *Les cahiers de la finance islamique*, n°1, juin 2009, p. 18-28.

HAUSER, Jean, « De l'erreur sur les qualités essentielles (suite) : le mariage n'est pas un simple montage », *RTD civ.* 2009.98.

HEINRICH, Jacques, « Les principaux contrats de financement utilisés par les banques islamiques », *Revue banque* 1987, n°478, p. 1134-1138.

HEYRAUD, Yann, « Le droit non-étatique dans les rapports internationaux privés », *RDIA* 2008.183.

HONTEBEYRIE, Antoine, « Pluralité d'objets: consécration et rénovation », *Dr. et patr.*, juill. 2015, p. 41 et s.

HONTEBEYRIE, Antoine, EVVA, Barna, « La consécration légale de la cession de somme d'argent à titre de garantie », *Revue Banque* 2021, n°855, p. 68-72

HORII, Satoe, « Reconsideration of Legal Devices (Ḥiyal) in Islamic Jurisprudence: The Ḥanafīs and Their "Exits" (Makhārij) », *Islamic Law and Society* 2002, n°3, p. 312-357.

- « Pre-emption and Private Land Ownership in Modern Egypt: No Revival of Islamic Legal Tradition », *Islamic Law and Society* 2011, n°2, p. 177-218.

HUMANN, Claire, « La spécificité de la clause de dédit », *RDI* 1997.169.

JACOMET, Thierry, « La location d'actions et l'élargissement des prêts participatifs : deux innovations de la loi sur les PME », *Bull. joly sociétés* 2005, p. 1167.

JACQUET, Jean-Michel, « L'incorporation de la loi dans le contrat », *Tr. com. fr. dr. int. pr.*, 1993-1995, p. 23-47.

JAHEL, Sélim, « L'adéquation du droit musulman classiques aux procédés modernes de financement et de garantie », *RTD Com.* 1985, p. 483 et s.

- « Les principes généraux du droit dans les systèmes arabo-musulmans au regard de la technique juridique contemporaine », *RIDC* 2003.105.
- « Le rayonnement de la culture juridique française dans les pays arabes du Moyen-Orient », *D.* 2013, p.849.

JALLAMION, Carine, « Une histoire du crédit non bancaire : la société en commandite simple aux XVIIIe et XIXe siècles », *RD bancaire et fin.* 2019, dossier 14.

JULIA, Guilhem, « La réception juridique du hasard » *Jeux, argent et droit*, Actes du colloque tenu le 13 décembre 2012 à Paris, Dalloz, 2013, p. 1-11.

JUNIUS, Andreas, « Islamic Finance: Issues Surrounding Islamic Law as a Choice of Law under German Conflict of Laws Principles », *Chicago Journal of International Law* 2007, vol.7, n°2, art. 10.

KENDERIAN, Fabien, « La contribution aux pertes sociales », *Rev. sociétés* 2002.617

KENFACK, Hugues, « Le règlement (CE) n° 593/2008 du 17 juin 2008 sur la loi applicable aux obligations contractuelles (« Rome I »), navire stable aux instruments efficaces de navigation ? », *JDI* 2009, étude n°1.

KENNEFICK, Ciara, « La surprenante histoire de la lésion en droit français et en droit anglais », *RDC* 2013.1531.

KESSEDJIAN, Catherine, « Les normes a-nationales et le futur règlement Rome I - Une occasion manquée (jusqu'à nouvel ordre ?) », *RDC* 2007, p. 1470.

KHALIL, Emad H., « An overview of the Shari'a prohibition of riba » in THOMAS Abdulkader S (Dir.), *Interest in Islamic economics*, Routledge, 2006, p. 53-67.

KHOULDI, Abdelsattar, « L'arbitrage en droit financier musulman moderne », *Etudes en Economie Islamique*, 2016, vol.8, n°1, p.37-56.

KULLMAN, Jérôme, « Le contrat d'assurance et le nouvel article 1108 du Code civil : commutatif et/ou aléatoire ? », *RGDA* 2018.64.

LABARTHE, Françoise, « Du louage d'ouvrage au contrat d'entreprise, la dilution d'une notion » in *Etudes offertes à Jacques Ghestin: Le contrat au début du XXIe siècle*, LGDJ, 2001, p. 489-498.

- « La fixation unilatérale du prix dans les contrats cadre et prestations de service. Regards interrogatifs sur les articles 1164 et 1165 du Code civil », *JCP G* 2016.642.

LAGARDE, Paul, « Le nouveau droit international privé des contrats après l'entrée en vigueur de la Convention de Rome du 19 juin 1980 », *Rev. crit. DIP*, 1991, p.287

- « Approche critique de la lex mercatoria » in *Le droit des relations économiques internationales : Études offertes à Berthold Goldman*, Litec, Paris, 1987, p. 125-150.

LAITHIER, Yves-Marie, « L'exécution forcée en nature des obligations contractuelles » in CARTWRIGHT, John, FAUVARQUE-COSSON, Bénédicte, WITTAKER, Simon (Dir.), *La réécriture du Code civil : Le droit français des contrats après la réforme de 2016*, Société de législation comparée, 2018, p. 271-309.

LAMAZEROLLES, Eddy, « Réforme du droit des contrats et société » in ANDREU, Lionel, MIGNOT, Marc (Dir.), *Les contrats spéciaux et la réforme du droit des obligations*, Institut Universitaire Varenne, LGDJ, 2017.

LAMCHICHI, Abderrahim, « Le concept de solidarité en Islam » in *La solidarité: un sentiment républicain ?*, PUF, 1992, p. 147-173.

LANQUETIN, Marie-Thérèse, *Rép. trav. Dalloz*, v°Discrimination, janv. 2010, paragr. 147

LARDEUX, Gwendoline « Le contrat de prestation de service dans les nouvelles dispositions du Code civil », *D.* 2016.1659.

LASSERRE CAPDEVILLE, Jérôme, « La finance islamique : une finance douteuse ? », *RD bancaire et fin.* 2009, étude 32.

- « Les principes de la finance islamique : présentation et illustration, *RD bancaire et fin.* 2011, étude 13.
- « Le dépôt bancaire, un dépôt « à part » », *AJ contrat* 2016.515.

LASSERRE CAPDEVILLE, Jérôme, HAZOUG, Sâmî, « Le compte de dépôt et la finance islamique », *RD bancaire et fin.* 2011, étude 33.

LASSERRE-KIESOW, Valérie, « L'aléa », *JCP G* 2009.182

LAVIGNE, Jean-Claude, « Interdit ou toléré ? Le prêt à intérêt après Vix Pervenit (1745) », *Finance & Bien Commun*, 2005, Vol. 1, n°21, p. 85-92.

LE GAC-PECH, Sophie, « Les nouveaux remèdes au déséquilibre contractuel dans la réforme du Code civil », *LPA* 16 août 2016, n°119, p.6.

LEBOULANGER, Philippe, « Le principe de validité de la clause compromissoire sans référence à une loi » in CHAABAN Rana (dir.), *L'arbitrage détaché des lois étatiques*, *Épitoge*, 2012, p. 21-26.

LEGEAIS, Dominique, « Une clause imprécise équivaut à l'absence de mention manuscrite exigée pour la validité de l'intérêt », *RTD. com.* 2019.465

LEMAIRE Sophie, « Le choix de la loi du contrat en droit interne », *RRJ* 2001-3, p. 1431-1449

- « Interrogations sur la portée juridique du préambule du règlement Rome I », *D.* 2008, p. 2157.

LEMEUX, Arnaud, « Les instructions fiscales concernant la mourabaha, l'ijara et l'istisna : une neutralité fiscale affichée, une qualification juridique bancaire en filigrane », *RTDF* 2010, n°3, p. 85-89.

LISANTI, Cécile, « Retour sur l'*electio juris* en droit interne », *RLDC* 2008, n°46.

LINANT de BELLEFONDS, Yvon, « L'autonomie de la volonté en droit musulman », *Revue algérienne, tunisienne et marocaine de législation et de jurisprudence*, Mars-avril 1958, p. 87-111.

- « Volonté interne et volonté déclarée en droit musulman », *RIDC* 1958, n°3, p. 510-521.

LOISEAU, Grégoire, « L'ordonnance du 29 septembre 2021 : un texte fondateur d'un droit des contrats portant sur les biens et services numériques », *Comm. com. électr.* 2021, étude 21.

LOQUIN, Eric, « Rome I et les principes et règles de droit matériel international des contrats » *in* CORNELOUP Sabine et JOUBERT Natalie (dir.), *Le règlement communautaire « Rome I » et le choix de loi dans les contrats internationaux*, Litec, 2011.

LUCAS, François-Xavier, « La fiducie au pays de l'or noir », *Bull. Joly soc.* 2006, p. 825.

MALLET-BRICOUT, Blandine, « Le fiduciaire propriétaire ? », *JCP E* 2010, étude 1191.

MALAURIE, Philippe, « Finance islamique : interdiction coranique du prêt à intérêt et subterfuges civils et fiscaux », *JCP N* 2010, n°50, act. 888.

MAOULA CHAAR, Abdel, « Chari'a: principes directeurs et stratégie » *in* LARAMÉE Jean-Paul (dir.), *La finance islamique à la française*, Secure finance, 2008, p. 33-51.

MARAIS (Du), Bertrand, « La contribution des grandes religions et éthiques à la résolution de la crise financière », *Revue Banque* 2013, n°759, p. 74-75.

MARGUENAUD, Jean-Pierre, « L'assujettissement du contrat à la Convention européenne des droits de l'homme », *RTD civ* 2009.281.

MARTIN-SISTERON, Hugues, « Le montage de finance sur projet charia *compliant* », *Journ. sociétés*, juin 2010, n°77, p. 17-25.

MAYER, Pierre, « Le choix de la loi dans la jurisprudence arbitrale », *in* CORNELOUP Sabine et JOUBERT Natalie (dir.), *Le règlement communautaire « Rome I » et le choix de loi dans les contrats internationaux*, Litec, 2011, p. 423-442.

MAZEAUD, Denis, « L'exécution forcée en nature dans la réforme du droit des contrats », *D.* 2016.2477.

MAZIDI, Sepideh, « Vers une harmonisation de la Chari'a avec le commerce international », *La Revue du Centre Michel de l'Hospital*, n°18, p. 80-97.

MEKKI, Mustapha, « Les principes généraux du droit des contrats au sein du projet d'ordonnance portant sur la réforme du droit des obligations », *D.* 2015.816.

- « Réforme du droit des obligations : clauses et substance de l'obligation essentielle (C. civ., art. 1170) », *JCP N* 2016.1227.
- « Fiche pratique : l'exécution forcée « en nature », sauf si... », *Gaz. Pal.* 5 juill. 2016, p. 15.
- « la nullité, entre tradition et modernité », *Gaz. Pal.* 3 janv. 2017, n° 282y2, p. 21-23.
- « Réforme du droit des obligations : le droit des nullités », *JCP N* 2017, act. 101.

MESTRE, Jacques, « Une bonne illustration d'une condition purement potestative », *RTD Civ.* 1994.606.

MESTRE, Jacques et FAGES, Bertrand, « Les pratiques dictées par les convictions religieuses », *RTD civ.* 2003.290.

MÉTAIS, Philippe, VALETTE, Elodie, « La réforme du TEG adoptée : la déchéance du droit aux intérêts du prêteur proportionnée au préjudice réellement subi par l'emprunteur, comme seule sanction », *RLDC* 2019/174, n°6657.

MIRAKHOR, Abbas, ZAIDI, Iqbal, « Profit-and-loss sharing contracts» in HASSAN M. Kabir et LEWIS Mervyn Keith (dir.), *Handbook of Islamic banking*, Edward Elgar Publishing, 2007, p. 49-83

MOGHUL, Umar F., AHMED, Arshad A., « Contractual Forms in Islamic Finance Law and Islamic Inv. Co. of the Gulf (Bahamas) Ltd. v. Symphony Gems N.V. & Ors.: A

First Impression of Islamic Finance », *Fordham International Law Journal*, 2003, vol. 27, n°1, p. 150-194.

MOHAMMED, Noor, « Principles of Islamic contract law », *Journal of Law and Religion* 1998, n°1, p. 115-130.

MOREAU, Jean-Pierre, « Les nouvelles structures de groupe dans l'assurance », *RGDA* 2001.916.

MOREAU, Julien, POINDRON, Olivier, « La réforme du TEG ou les malheurs de la vertu », *RD bancaire et fin.* 2019, étude 16.

MORENA (De la), Frédérique, « Laïcité de la République et droit local, une construction constitutionnelle fragile : À propos de la décision n° 2012-297 QPC du 21 février 2013 », *Droit Administratif* 2013, étude 14.

MOULIN, Jean-Marc, « Principes et moyens de la finance islamique », *Journ. sociétés*, juin 2010, n°77, p. 11-16.

MOURY, Jacques, « La détermination du prix dans le « nouveau » droit commun des contrats », *D.* 2016.1013.

MOUSSERON, Jean-Marc, « La réception au Proche-Orient du droit français des obligations », *RIDC* 1968, n°1, p. 37-78.

MULLER, Anne-Catherine, « Aléa et marchés financiers » in ASSOCIATION HENRI CAPITANT (dir.), *L'aléa: journées nationales*, t. XIV, Dalloz, 2011, p.75-98.

MUIR WATT, Horatia, « Les limites du choix : dispositions impératives et internationalité du contrat » in CORNELOUP Sabine et JOUBERT Natalie (dir.), *Le règlement communautaire « Rome I » et le choix de loi dans les contrats internationaux*, Litec, 2011.

NAMMOUR, Fady, « Activité bancaire islamique : l'expérience libanaise », *RD bancaire et fin.* 2005, étude 20.

NOURISSAT, Cyril, « Le nouveau droit des contrats internationaux : le règlement (CE) n° 593/2008 sur la loi applicable aux obligations contractuelles », *RLDA* 2008/29, n°1752.

PAILLER, Pauline, « La Finance islamique du Proche et Moyen-Orient à la France : obstacles avérés ou fantasmés ? », *RD bancaire et fin.* 2014, alerte 9.

PAILLUSSEAU, Jean, « Arbitrage: le choix entre le droit et l'équité », *JCP G* 2006, doctr. 108.

PAISANT, Gilles, « La vente, sous condition suspensive, de la chose acquise sous le seul pouvoir du vendeur », *D.* 1994.231.

PARLEANI, Gilbert, « Regards pragmatiques sur la finance islamique », *RD bancaire et fin* 2012, dossier 12.

PELLIER, Jean-Denis, « De la distinction entre la nullité et le réputé non écrit », *Dalloz actualité*, 1er avril 2019.

PELOUZE, Frédéric, « Nous sommes tous des spéculateurs ! », *JCP G* 2011.1375.

PELTIER, Frédéric, « Spéculation : Comment le droit peut éradiquer la spéculation boursière ? », *JCP G* 2011.1260.

PERES, Cécile, « La liberté contractuelle et l'ordre public dans le projet de réforme du droit des contrats de la chancellerie », *D.* 2009.381.

PERES, Cécile, « Observations sur « l'absence » de principes directeurs à la lumière Observations sur « l'absence » de principes directeurs à la lumière du projet d'ordonnance portant réforme du droit des contrats », *RDC* 2015, n°3, p. 647.

- « Règles impératives et supplétives dans le nouveau droit des contrats » *in* CARTWRIGHT John, FAUVARQUE-COSSON Bénédicte et WHITTAKER Simon (dir.), *La réécriture du code civil, Société de législation comparée*, 2018, p. 171-193.

PEYRONNET, Marie, « Baby-loup: passage en force des juges d'appel », *Daloz actualité*, 28 novembre 2013.

PIASTRA, Raphaël, « De la loi de 1905 », *D.* 2005, p. 1876.

PILLET, Gilles, BOSKOVIC, Olivera, "Rome I, choix de la loi et compatibilité avec la Chari'a" *in* CORNELOUP Sabine et JOUBERT Natalie (dir.), *Le règlement communautaire « Rome I » et le choix de loi dans les contrats internationaux*, Litec, 2011,

PRADIER, Pierre-Charles, « La finance islamique face à l'hétérogénéité de la loi », *Revue banque* 2013, n°759, p. 18-19.

PRIGENT, Stéphane, « Les difficultés d'interprétation de l'article 1589-1 du Code civil », *AJDI* 2003.166.

PUIG, Pascal, « Contrat d'entreprise, contrat de vente : quelle frontière ? », *RDC* 2005/4.1111

- « Le contrat d'entreprise » *in* ANDREU, Lionel, MIGNOT, Marc (Dir.), *Les contrats spéciaux et la réforme du droit des obligations*, Institut Universitaire Varenne, LGDJ, 2017, p. 115-147.

RALSER, Elise, « Le statut civil de droit local applicable à Mayotte », *Rev. crit. DIP.* 2012, p. 733.

RENET, Thierry, « La clause légale », *in* Mélanges Michel Cabrillac, Litec, 1999.

- « La Cour de cassation réaffirme la validité des clauses d'inaliénabilité insérées dans les actes à titre onéreux », *RTD civ.* 2008.126.

RIASSETTO, Isabelle « Le « faith-based », un concept en droit bancaire et des marchés financiers » in LE DOLLEY, Erik (Dir), *Les concepts émergents en droit des affaires*, LGDJ, 2010, p. 174.

- « Les fonds islamiques », *RD bancaire et fin.* 2011, étude 11.

RICHARDSON, Edana, « Islamic finance dispute in Ireland: a comparative study of dispute resolution in Islamic finance contracts », *Irish Jurist* 2017 n°57, p.35-60.

ROCHFELD, Judith, « Les droits potestatifs accordés par le contrat » in *Mélanges Jacques Ghestin*, LGDJ, 2001, p. 747 et s.

ROSLY, Saiful Azhar, SANUSI, Mahmood, « Some Issues of Bay' al-'Inah in Malaysian Islamic Financial Markets », *Arab Law Quaterly* 2001, n°3, p. 263-280.

SAADALLAH, Ridha, « La jurisprudence islamique des sociétés » in Banque Islamique de Développement, *Les sciences de la Chari'a pour les économistes*, Actes de séminaire n°44, 1998, p. 269-277.

SAINT MARC, Gilles, « La finance islamique : un enjeu pour la France » LARAMÉE Jean-Paul (dir.), *La finance islamique à la française: un moteur pour l'économie, une alternative éthique*, Secure finance, 2008, p. 291-305.

- « Le droit français est-il compatible avec la finance islamique ? », *Revue banque* 2008, n°703, p. 60-63.
- « La finance islamique : une alternative pour financer l'économie française ? », *Bull. Joly Bourse* 2009, n°2, p. 153.
- « La finance islamique : un enjeu pour la France » in CENTRE FRANÇAIS DE DROIT COMPARÉ, *La finance islamique*, Société de législation comparée, 2009, p. 103-110.
- « Derniers développements du cadre juridique et fiscal français », *Journ. sociétés*, juin 2010, n°77, p. 57-59.
- « Emission de *sukuk* en droit français : l'apport de la fiducie » in ASSOCIATION HENRI CAPITANT, *La fiducie dans tous ses états*, Actes du colloque organisé le 15 avril 2010 à l'Université Paris-Est Créteil, Dalloz, 2011, p. 81-87.

SAINT MARC, Gilles, JOLLY, Guillaume, « Un régime fiscal visant à faciliter l'émergence de la place de Paris », *Revue Banque* 2010, n°729, p. 53.

SALEH, Nabil, « Definition and formation of contract under Islamic and Arab laws », *Arab Law Quarterly* 1990, Vol. 5, n°3, p. 101-116.

- « Civil Codes of Arab Countries: The Sanhuri Codes », *Arab Law Quarterly* 1993, Vol. 8, n°2, p. 161-167.
- « Freedom of Contract: What Does It Mean in the Context of Arab Laws? », *Arab Law Quarterly* 2001, Vol. 16, n°4, p. 346-357.

SALVAT, Odile, « La garantie spéciale de conformité et l'obligation générale de délivrance conforme : quel choix d'action pour l'acheteur », *CCC* 2006, ét. 18.

SAMIN, Thierry, TORCK, Stéphane, « La réforme en demi-teinte de la sanction civile du TEG omis ou erroné », *RD Bancaire et fin.* 2019, comm. 185.

SAVATIER, Jean, « Le licenciement, à raison de ses mœurs, d'un salarié d'une association à caractère religieux », *Dr. soc.* 1991.485.

SERAGLINI, Christophe, « Du bon usage des principes UNIDROIT dans l'arbitrage international », *Rev. arb.* 2003.1101

SERHAL, Chucri-Joseph, « La finance islamique : une intégration possible dans le système bancaire français », *Banque & Droit* 2006, n° 106, p. 36-43.

- « Les prêts participatifs à l'heure de la finance islamique », *Banque et stratégie* 2007, n°253, p. 8.
- « La structuration des produits chari'a compatibles » in LARAMÉE, Jean-Paul (Dir.), *La finance islamique à la française*, Secure Finance, 2008, p. 200-300.

SEUBE, Jean-Baptiste, « L'*electio juris* en droit interne: ou la soumission volontaire des parties à un droit protecteur » in *Études de droit de la consommation*, Dalloz, 2004, p. 1009-1028.

- « L'article 1186 du projet : la caducité », *RDC* 2015, n° 112d3, p. 769

- « L'incorporation de la loi dans le contrat », *RJDA* 2016.251. 10.
- « Les clauses « religion compatible » en droit des contrats : aspects de Les clauses « religion compatible » en droit des contrats : aspects de droit positif et de droit prospectif », *LPA* 31 mars 2017, n°121j2, p. 53.

SHAHARUDDIN, Amir, « The Bay' al-'Inah Controversy in Malaysian Islamic Banking », *Arab Law Quarterly* 2012, n°4, p. 499-511.

STORCK, Michel, « Conditions d'agrément d'un OPCVM islamique et conditions d'admission à la négociation des obligations islamiques (sukuk) sur un marché réglementé français : l'AMF publie deux notes faisant état de la réglementation applicable en France », *RTD com.* 2008.808

SUDRE, Frédéric, « Les obligations positives dans la jurisprudence européenne des droits de l'homme », *RTDH* 1995.363.

UDOVITCH, Abraham, « At the Origins of the Western Commenda: Islam, Israel, Byzantium? », *Speculum: A Journal of Medieval Studies* 1962, n°2, p. 198-207.

VAISSIER, François-Guilhem, MARTIN-SISTERON, Hugues, « Le recours à un financement de projets incluant une tranche islamique dans le cadre de partenariats public-privé français : mythe ou future réalité ? », *Contrats et marchés publics* 2013, n°3, p. 48-50.

VELIDEDEOGLU, Hifzi Veldet, « Le mouvement de codification dans les pays musulmans- ses rapports avec les mouvements juridiques occidentaux : Rapport général présenté au Ve congrès de l'Académie Internationale de Droit Comparé à Bruxelles (4- 9 VIII 1958) », *Annales de la Faculté de Droit d'Istanbul* 1959, p. 38.

WESTER-OUISSE, Véronique, « Le transfert de propriété *solo consensu* : principe ou exception ? », *RTD Civ.* 2013.99.

WOHIDUL Islam, Muhammad, « Dissolution of Contract in Islamic Law », *Arab Law Quarterly* 1998, n°4, p. 336-368.

ZAHRAA, Mahdi, « Negotiating Contracts in Islamic and Middle Eastern Laws' », *Arab Law Quarterly* 1998, Vol. 13, n°3, p. 265-277.

ZAHRAA, Mahdi, MAHMOR, Shafaii, « The validity of contracts when the goods are not yet in existence in the Islamic Law of sale of goods », *Arab Law Quarterly* 2002, Vol. 17, n°5, p. 379-397.

ZEIN, Moulaye, « Comparaison des modes de financement des banques islamiques et des banques classiques » in Banque Islamique de Développement, *Introduction aux techniques islamiques de financement*, Actes de séminaire n°37, 1996, p. 174-186.

Entrées d'encyclopédies et dictionnaires

AMBRA(D'), Dominique, *Rép. civ. Dalloz*, v°Confirmation, sept. 2017.

ARNAUD-EMERY, Alexandra, « Crédit-bail immobilier– Conclusion du crédit-bail immobilier », *JCl. Construction – Urbanisme*, fasc. 150-10.

AUBREE, Yann, *Rép. trav. Dalloz*, v°Contrat de travail : existence – Formation, janv. 2014.

BATIFFOL, Henri, *Rép. intern. Dalloz*, V°Contrats et Conventions, 1968.

BEARMAN, Peri, BLANQUIS, Thierry, BOSWORTH, Clifford Edmund, VAN DONZEL, Emeri Johannes, HEINRICH (Dir.), *Encyclopédie de l'Islam*, Brill, 2010 [En ligne]. Disponible sur < <https://referenceworks.brillonline.com/browse/encyclopedie-de-l-islam> >

FRANÇOIS, Bénédicte, *Rép. sociétés Dalloz*, v°Fiducie, sept. 2011, actualisation nov. 2021.

BEY, El Mokhtar, *JCl. Contrats-Distribution*, fasc. 2670: LOCATION FINANCIÈRE . – Régime conventionnel . – Location avec option d'achat, juin 2000.

BLANC, Nathalie, v°Prix in MAZEAUD Denis, BOFFA Romain et BLANC Nathalie (dir.), *Dictionnaire du contrat*, LGDJ, 2018, p. 881 et s.

BOFFA, Romain, v°Entreprise in MAZEAUD Denis, BOFFA Romain et BLANC Nathalie (dir.), *Dictionnaire du contrat*, LGDJ, 2018, p. 541-549.

- v°Garantie des vices cachés *in* MAZEAUD Denis, BOFFA Romain et BLANC Nathalie (dir.), *Dictionnaire du contrat*, LGDJ, 2018, p. 629.
- v°Vente *in Ibid.*, p. 1067.

BOUBLI, Bernard, *Rép. civ. Dalloz*, v°Contrat d'entreprise, nov. 2016 (act. juin 2021).

CAFFIN-MOI, MARIE, v°Clause léonine *in* MAZEAUD Denis, BOFFA Romain et BLANC Nathalie (dir.), *Dictionnaire du contrat*, LGDJ, 2018, p. 209 et s.

CERVETTI, Pierre-Dominique, V°Clause pénale *in* BUY, Frédéric, LAMOUREUX, Marie, MESTRE, Jacques, RODA, Jean-Christophe, *Les principales clauses des contrats d'affaires*, 2^e éd., LGDJ, 2018, p. 611-628.

CHANTEPIE, Gaël, v°Lésion *in* MAZEAUD Denis, BOFFA Romain et BLANC Nathalie (dir.), *Dictionnaire du contrat*, LGDJ, 2018, p. 705 et s.

- « Claude de dédit » *in* BUY Frédéric, LAMOUREUX Marie, MESTRE Jacques et al., *Les principales clauses des contrats d'affaires*, LGDJ, 2018, p. 207-213.

DISSAUX, Nicolas, *JCl. Commercial*, fasc. 28.

DUTEIL, Gilles, THOMMAS-TAILLANDIER Delphine, *Rép. pén. Dalloz*, v°Usure, oct. 2015

FRANCQ, Stéphanie, *Rép. internat. Dalloz*, v°Règlement Rome I: obligations contractuelles, mars 2013.

GAUDEMET-TALLON, Hélène, « Convention de Rome du 19 juin 1980 et règlement « ROME I » du 17 juin 2008 – Détermination de la loi applicable – Domaine de la loi applicable », *JCl. Droit international*, fasc. 552-15, juill. 2016.

GAUDEMET-TALLON, Hélène, « Convention de Rome du 19 juin 1980 et règlement « ROME I » du 17 juin 2008. – Champ d'application. – Clauses générales », *JCl. Europe Traité*, fasc. 3200.

GHADOUN, Pierre-Yves, *JCl. Civil Annexes*, V°Libertés, fasc.20 :Liberté contractuelle .

GIBIRILA, Deen, *JCl. Civil Code*, Art. 1787, fasc. 10, aout 2021.

- *JCl. Civil Code*, art. 1787, fasc. 20, juin 2019.
- *JCl. Civil Code*, Art. 1871 à 1873, fasc. unique : société en participation, juin 2018

GOUËZEL, Antoine, *JCl. Civil Code*, art. 6, fasc. unique.

HAFTTEL, Bernard, v°Contrat international (notion) *in* MAZEAUD Denis, BOFFA Romain et BLANC Nathalie (dir.), *Dictionnaire du contrat*, LGDJ, 2018, p. 325-331.

HANNOUN, Charley, GUENZOU, Youssef, *Rép. civ. Dalloz*, v°Terme, oct. 2017.

- HASCHER, Dominique, *Rép. com. Dalloz*, v° Arbitrage du commerce international, janv. 2005
- JACQUET, Jean-Michel, *Rép. internat. Dalloz*, V° Contrats, 1998.
- KARILA, Jean-Pierre, KARILA, Laurent, *JCl. Construction – Urbanisme*, fasc. 206: sous-traitance – Loi n° 75-1334 du 31 décembre 1975 – Qualification et modalités de la sous-traitance - La protection du sous-traitant, déc. 2015.
- LATINA, Mathias, *Rép. civ. Dalloz*, v° Contrat-généralités, mai 2017.
- LE GUIDEC, Raymond, CHABOT, Gérard, *JCl. Civil Code*, Art. 1654 à 1657, Fasc. unique, juin 2017.
- LEMOULAND, Jean-Jacques, PIETTE, Gaël, HAUSER, Jean, *Rép. civ. Dalloz*, v° Ordre public et bonnes mœurs, fév. 2019.
- LOQUIN, Eric, *JCl. Procédure civile*, fasc. 1038, ARBITRAGE – Instance arbitrale – Arbitrage de droit et amiable composition.
- MAGNIN, François, *JCl. Civil Code*, Art. 1601-1 à 1601-4, Fasc. 10.
- MAYAUX, Luc, *Rép. civ. Dalloz*, V° Assurance: généralités, janv. 2015.
- MAZEAUD, Denis, v° Clause de dédit *in* MAZEAUD Denis, BOFFA Romain et BLANC Nathalie (dir.), *Dictionnaire du contrat*, LGDJ, 2018, p. 152-154.
- LATINA, Mathias, *Rép. civ. Dalloz.*, V° Lésion, avr. 2018.
- MIGNOT, Marc, *JCl. Civil code*, art. 1305, fasc. unique, mai 2017.
- MIGNOT, Marc, *JCl. Civil Code*, Art. 1589 à 1589-2, fasc. 10, janv. 2021.
- MIGNOT, Marc, *JCl. Civil Code*, Art. 1589 à 1589-2, fasc. 20, janv. 2021
- MIGNOT, Marc, *JCl. Civil Code*, Art. 1590, fasc. unique.
- MOREAU, Bertrand; GLUCKSMANN, Eloïse; FENG, Pierre, *Rép. pr. civ. Dalloz*, v° Arbitrage international, juin 2016.
- MOUIAL BASSILANA, Eva et RACINE, Jean-Baptiste, *JCl. Civil Code*, art. 1162 à 1171, fasc. 30, mars 2018.
- PERRUCHOT-TRIBOULET, Vincent, v° Clause de déchéance du terme » *in* BUY Frédéric, LAMOUREUX Marie, MESTRE Jacques et al., *Les principales clauses des contrats d'affaires*, LGDJ, 2018, p. 191-198.
- PIÉDELIÈVRE, Stéphane, *Rép. com. Dalloz.*, V° Usure, janv. 2020.
- PIGNARRE, Geneviève, *Rép. civ. Dalloz*, v° Prêt, janv. 2016.
- PRAICHEUX, Sébastien, *Rép. sociétés Dalloz*, v° Instruments financiers à terme, avril 2019.
- QUEVY, Jean-François, *Rép. sociétés Dalloz*, v° Prêt participatif, 2019, act. sept. 2021.

RACINE, Jean-Baptiste, *JCl. Droit international*, fasc. 750.

SCHÜTZ, Rose-Noëlle, *Rép. civ. Dalloz*, v°Crédit-bail, oct. 2015.

SCHÜTZ, Rose-Noëlle, *Rép. civ. Dalloz*, v°Location-vente, juin 2016.

SIMLER, Philippe, *JCl. Civil Code*, art. 1964, fasc. unique.

SIZAIRE, Daniel, DURAND-PASQUIER, Gwenaëlle, *JCl. Construction – Urbanisme*, fasc. 81: VENTES D'IMMEUBLES À CONSTRUIRE. – Origine. Législation. Définition, aout 2010.

STOUFFLET, Jean, *Rép. com. Dalloz*, v°Crédit documentaire, mai 2004.

TOURNAFOND, Olivier, *Rép. civ. Dalloz.*, v°Vente d'immeuble à construire, mars 2004 (actualisation avril 2021), paragr. 18.

TURGNE, Franck, *JCl. Responsabilité civile et Assurances*, fasc. 610.

VALLEE, Laurent, *Rép. cont. Adm. Dalloz*, v°Recours pour excès de pouvoir : contentieux fiscal, mars 2013.

Rapports, guides et documents de travail

AFFAKI Georges (dir.), FADLALLAH Ibrahim, HASCHER Dominique et al., *Rapport du Groupe de travail sur le droit applicable et le règlement des différends dans les financements islamiques*, 2009.

AL JARHI, Mabid Ali, IQBAL, Munawar. *Banques islamiques : réponses à des questions fréquemment posées*. Institut Islamiques de Recherches et de Formation. Banque islamique de développement, Document périodique n°4, 2001.

ALI, Ateeq, AL MAMUM, Salim, *Recovery, resolution and insolvency issues for institutions offering Islamic financial services*, IFSB Working Paper Series, WP-07, Décembre 2017.

AMF, « Critères extra financiers de sélection des actifs et application aux OPC se déclarant conformes à la loi islamique », DOC-2007-19, Rev. AMF 2007, n° 38, p. 75.

ARTHUIS, Jean (Dir.), *La finance islamique en France : quelles perspectives ?*, Rapport d'information du Sénat n°329, Sénat, 2008.

BANK NEGARA MALAYSIA, *Shariah resolutions in Islamic Finance*, 2^e éd., 2010. Disponible sur : <https://www.islamicfinance.com/wp-content/uploads/2015/01/Shariah-Resolutions-2nd-Edition-En.pdf> (Consulté le 27 septembre 2022).

BANK NEGARA MALAYSIA, *Mudarabah*, 20 avril 2015, p. 13. Disponible sur : <https://www.bnm.gov.my/documents/20124/938039/Mudarabah.pdf/2ealc2df-b084-1b3b-f640-d7993d1e38ea?t=1592218042807> (Consulté 27 septembre 2022).

Banque Islamique de Développement, *Introduction aux techniques islamiques de financement*, Actes de séminaire n°37, 1996.

DA AFGHANISTAN BANK, *Mudarabah Product Guide*, 2018. Disponible sur <https://dab.gov.af/sites/default/files/2018-12/23MudharabahProductGuidedgdfhg121201612141147553325325.pdf> (Consulté le 27 septembre 2022).

DEMIRGUC-Kunt, Asli, KLAPPER, Leora, RANDALL, Douglas; *Islamic Finance and Financial Inclusion: Measuring Use of and Demand for Formal Financial Services among Muslim Adults*, Policy Research Working Paper 6642, octobre 2013, Private Sector Development Team, Development Research Group, Banque mondiale

DTZ ASSET MANAGEMENT, NORTON ROSE, *Finance Islamique et Immobilier en France*, Livre blanc, 2010.

HUSSAIN, Mumtaz, SHAHMORADI, Ashgar, TURK, Rima, *An Overview of Islamic Finance* (IMF Working Paper), juin 2015, African, European, and Middle East and Central Asia Departments, Fonds monétaire international.

IADI, *Deposit Insurance from the Shariah Perspective*, Discussion Paper, IADI, Février 2010. [En ligne] Disponible sur <https://www.iadi.org/en/assets/File/Papers/Approved%20Research%20-%20Discussion%20Papers/DP->

DI_From_Shariah_Perspective_(Final)_Sep2011_to_IADI.pdf> (Consulté le 27 septembre 2022).

IFSB, *Effective Insolvency Regimes: Institutional, Regulatory and Legal Issues Relating to Islamic Finance*, IFSB, 2011.

JOUINI, Elyes, PASTRE, Olivier (Dir.), *Enjeux et opportunités du développement de la finance islamique pour la place de Paris*, Paris Europlace, 8 déc. 2008.

PARIS EUROPLACE, *Issuing and Listing Sukuk in France : How to Take Advantage of the Attractive French Legal and Tax Environment*, French Sukuk Guidebook, novembre 2011.

Rapport au Président de la République relatif à l'ordonnance n° 2016-131 du 10 février 2016 portant réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations : JO, 11 février 2016, n°0035, texte n°25.

Rapport Sénat, n°442, 2008-2009, fait au nom de la commission des Finances, du contrôle budgétaire et des comptes économiques de la Nation sur la proposition de loi, adoptée par l'Assemblée Nationale, tendant à favoriser l'accès au crédit des petites et moyennes entreprises.

Presse

ZAKI, Myret, « Tariq Ramadan dénonce l'hypocrisie de la finance islamique en marge d'Investissima », *Le Temps*, 22 mai 2006.

Interview de Patrick Louis, « Finance islamique : la porte ouverte au communautarisme », *Le Parisien*, 27 novembre 2008.

« Point de vue : La finance islamique menace la laïcité française », *Le Monde*, 20 novembre 2009.

Glossaire

(Principaux termes)

Amanah : Dépôt.

Arbun : arrhes.

Bay' : vente.

Bay al-taljiâ : Vente fictive.

Coran : Selon les musulmans : recueil de la parole de Dieu révélée à Mahomet par Gabriel. Le Coran est organisé en 114 sourates composées de 6236 versets.

Dayn : Dette.

Faqîh : Spécialiste du fiqh, pl. *fuqaha*.

Fatwâ : Consultation, avis juridique émis par un mufti.

Fiqh : Jurisprudence islamique.

Hafîz : Fin connaisseur du Coran.

Hila : Stratagème juridique, pl. *hiyal*

Îjâb : offre.

Ijarah : contrat de louage.

Ijma : Consensus des juristes sur une question de droit.

Ijma sarîh : Consensus explicite des *mujtahid*.

Ijma sukûti : Consensus implicite des *mujtahid*.

Ijtihad : Effort de réflexion.

Istihsan : Préférence juridique.

Istislah : Prise en considération de l'intérêt public.

Istisna : Contrat d'entreprise.

Jahl : Ignorance.

Khiyar : Option, pl. *khiyarat*.

Khiyar al-'ayb : Option pour vice.

Khiyar al-ghabn : Option pour lésion.

Khiyar al-majlis : Option de séance.

Khiyar al-naqd : Option pour défaut de paiement.

Khiyar al-tadlis : Option pour dol par action.

Khiyar al-taghrir : Option pour dol verbal.

Khiyar al-shart : Option stipulée.

Khiyar al-ta'yin : Option de désignation.

Khiyar al-wasf : Option pour défaut de conformité.

Qabûl : Acceptation.

Qard : Contrat de prêt.

Qawl : Déclaration.

Qiyâs : Raisonnement par analogie.

Madhhab : Ecole juridique, pl. *madhâhib*.

Majlis al-'adq : Séance contractuelle.

Masalih mursalah : Intérêts non réglés, intérêt général.

Masnu : Ouvrage réalisé dans le cadre du contrat *istisna*.

Maysir : Jeu de hasard.

Mudarabah : Société en commandite

Mudarib : Associé commandité.

Mufti : Juriste rendant des consultations juridiques.

Mujtahid : Juriste pratiquant l'*ijtihâd*.

Murabaha : Vente avec marge.

Musharakah : société, association.

Mustasni : Maître de l'ouvrage.

Mu'âwadât : Contrat à titre onéreux.

Niyya : Intention.

Ouléma : Savant religieux.

Qasd : Intention. Le terme *niyya* est aussi présent de les traités consacrés au Fiqh pour désigner l'intention.

Qawl : Déclaration.

Qimâr : Jeu de hasard.

Rab al-mal : Associé commanditaire

Ra'y : L'opinion personnelle.

Riba : Le surplus causant un déséquilibre contractuel.

Salam : vente d'une chose livrée à terme en contrepartie du paiement immédiat.

Sani : Entrepreneur.

Sharik : Associé

Sharikah ou *shirkah* : association, société.

Shart : Condition, clause, pl. *shurut*.

Shart al-jaza'i : Clause pénale.

Sunna : Ensemble des traditions.

Taauni : entreprise d'assurance mutuelle.

Tabarru : Dans le *takaful*, prime d'assurance assimilée à une forme de don.

Tandid : Désigne, dans la *mudarabah* et la *musharakah*, la liquidation d'un bien qui peut être fictive (*al-tandid al-hukmi*) ou effective (*al-tandid al-haqiqi*).

Umma : Communauté des croyants.

Wa'd : Promesse

Index

(Les chiffres renvoient aux numéros de paragraphe)

A

Aléa : 11; 117; 118; 122; **130 et s.**; 137; 140; 183; 185; 361

- Droit français : **156 et s.**

Arbitrage :

- Distinction clause compromissoire et compromis : 383
- Domaines soustraits à l'arbitrage : 384
- Importance en droit islamique : 415
- Licéité de la clause compromissoire : 385
- Contrat interne :
 - Amiable composition : **388 et s.**
 - Litige soumis au droit islamique : **386 et s.**
- Contrat international : **415 et s.**
 - Amiable composition : 424
 - Autonomie de la convention d'arbitrage : 418
 - Choix d'une loi non étatique : 419

- Choix de la charia : 420

- Choix de normes codifiées : 422

- Clause d'*electio juris* mixte : 424

- Opportunité de désigner la charia : 421

- Exequatur de la sentence : 429

- Intérêt : 417

- Tribunal arbitral : **424 et s.**

- Tribunal arbitral islamique : **426 et s.**

Arbun : 126

Arrhes : 126 ; 329 ; 331 ; 509 ; 510 ; 545 ; 546 ; 574

Assurance :

- Condamnation en droit islamique : *135 et s.*

- Doctrine islamique favorable : *140 et s.*

C

Clauses abusives :

- *Murabaha* : 544
- Théorie des clauses adjointes : 214 ; 215
- 292
- Théorie des options : 292 ; 347

Clauses adjointes (Théorie) :

- Clauses générant un déséquilibre excessif (droit français) : **231 et s.**
- Distinction des clauses *sahîh* et *fâsid* : 192.
- *Fiqh* shaféite : 196
- *Fiqh* malékite : **197 et s.**
- Théorie restrictive hanéfite : **193 et s.**
- Théorie libérale hanbalite : **200 et s.** ; 209 (consécration par l'AAOIFI)

Clause léonine : 106 ; 708 ; **727 et s.**

Clause de réserve de propriété : 47 ; 211 ; 217 ; 325 ; 520 ; 531 ; 591

Comité charia : 172 ; 467 ; 522 ; 579 ; 687

Contrat d'entreprise : v. *Istisna*

- Distinction de la vente : 632 ; 640

Contrat international : 392 et s.

- Arbitrage : v. cette entrée
- Choix du droit islamique (ineffectivité) : **392 et s.**
- Devant le juge anglais : **394 et s.**
- *Islamic Investment Company of the Gulf (Bahamas) Ltd. v. Symphony Gems N.V. & Ors* : 394 et s.
- *Shamil Bank of Bahrain EC v Beximco Pharmaceuticals Ltd* : 397 et s.
- Conformité au droit européen : 401
- Devant le juge français : **404 et s.**
- Choix d'un droit étatique consacrant les règles islamiques : 410 et s.
- Limites : 412 et s.
- Nécessité d'une loi étatique : 406 et s.

- Rapport du GTDA : 404 et s.
- Critères d'identification : 366

Contrat interne :

- Arbitrage : v. cette entrée
- Choix de la loi : **367 et s.**
 - Admission par la jurisprudence : 369 et s.
 - Conflit de normes : 372
 - Effets : 371
 - Clause désignant un droit étranger : 373 et s.
 - Admission par le règlement Rome 1 : 374
 - Affaire *Vinyls Italia* : 376 et s.
 - Choix d'un droit non étatique : 378
 - Limites : 375
- Critères d'identification : 366

Crédit-bail : 112

- Acquisition du bien par le crédit-bailleur (nécessité) : 590
- et *Murabahah* **525 et s.**
- et *Ijarah muntahia bittamlik*: V. cette entrée
- et *Musharakah*: **738 et s.**
- Indivisibilité des contrats : 593
- Promesse de vente (nécessité) : 592
- Notion : 588
- Régime juridique du louage de chose : 591
- Variétés : 589

F

Fiducie :

- *Mudarabah* : **692 et s.**
 - Adéquation : 698
- Réforme avortée : 692
- *Takaful* : 180

Formation du contrat (droit islamique) :

H

- Absence d'une théorie des vices du consentement : 223 ***Hamish jiddiyah*** : 509; **542 et s.**; 570; 601; 603
- Consensualisme : **237 et s.** ; 247
- Contrat imparfait (*gayr lâzim*) : 227 ; **265** ; 352. ***Hila*** : 22 ; 26 ; 29 ; 169 ; 206 ; 255 ; 259 ; 556 ; 579 ;
- Création d'obligations (négation) : **231 et s.**
- Rôle de la volonté (négation) : 220 et s.
- Séance contractuelle : v. cette entrée.
- Théorie objective du consentement : **252 et s.**
- Verbalisme : 239 ; 245 ; 246.

G

***Gharar* : 117 et s.**

- Condamnation des contrats aléatoires : 126
- Condamnation des contrats conditionnels : 134
- Condamnation du contrat d'assurance : **135 et s.**
- Contrats dérogatoires : v. ***Istisna*** et ***Salam***.
- Détermination de la prestation : 124 ; **159 et s.**
- Déséquilibre contractuel : 132
- Excessif : 122
- Fondements : 119

I

Ijarah : 566 et s.

- En droit français : v. *ijarah muntahia bittamlik*
- En droit islamique
 - Assimilation à la vente : 566
 - Fondements : 567
 - Phase contractuelle :
 - Aliénation de la chose : 581
 - Arrhes : 574
 - Clause pénale : 579
 - Contrats multiples : 575
 - Décès de l'un des contractants : 583
 - Durée : 573
 - Garanties : 575
 - Khiyar : 585
 - Objet de l'*ijarah* : 572
 - Obligations du bailleur : 577
 - Obligations du preneur : 576
 - Perte de la chose : 582
 - Reconduction : 584
 - Sous-location : 580

- Phase précontractuelle :

- Promesse d'achat : 570
- Propriété de la chose : 568 : 570

Ijarah muntahia bittamlik :

- Droit français (assimilation au crédit-bail): **588 et s.**
 - Indépendance des contrats : 595
 - Location avec option d'achat : 599 et s.
 - Sort du contrat *ijarah* en cas d'anéantissement de la vente : 594
 - Résolution du contrat : 597 et s.
 - Terme : 596
 - Transfert de propriété de la chose louée : 587
- Droit islamique : **586 et s.**
- Fiscalité : 602

Incorporation (convictions religieuses) :	Incorporation (des normes religieuses) :
<ul style="list-style-type: none"> - Contrôle de proportionnalité : 487 - Droits fondamentaux : 488 et s. <ul style="list-style-type: none"> - <i>Cha'are Shalom Ve Tsedek c/ France</i> : 45 ; 489 ; 492. - Effet horizontal de la Conv. EDH : 488 - Effet vertical de la Conv. EDH : 490 et s. - Effet additif : 484 - Effet élusif : 485 - Incorporation tacite : 473 et s. <ul style="list-style-type: none"> - Affaire dite du <i>Digicode</i> : - <i>Dame Roy</i> : 474 et s. ; 479. - <i>Fischer</i> : 474 et s. - <i>Painsecq</i> : 479 ; 482 - Primauté de la loi juive sur les règles du droit du travail : 476 - Intérêt : 472 - Modalités : 486 - Nécessité d'une contractualisation expresse : 483 	<ul style="list-style-type: none"> - Admission par la jurisprudence : 442 - Effet horizontal : 443 - Fondement : 436 et s. - Inconvénients : 446 - Intérêt : 434 - Libre choix de la norme : 444 - Limites : v. Ordre public - Règlement Rome I : 441 <p>Instruction fiscale : 3 ; 562 et s. ; 602 ; 649 ; 750</p> <ul style="list-style-type: none"> - Limites : 565 - Opposabilité : 564 <p>Istisna : 617 et s.</p> <ul style="list-style-type: none"> - Droit français : 630 et s. <ul style="list-style-type: none"> - Construction d'un immeuble : 640 et s. <ul style="list-style-type: none"> ▪ Délivrance : 646 ▪ Distinction vente et contrat d'entreprise : 640 ▪ Réception de l'ouvrage : 645 ▪ Responsabilité du constructeur : 644 ▪ Secteur protégé : 642 et s

- Vente d'immeuble à construire (notion) : 641
 - Délai : 636
 - Fourniture facultative de la matière : 631
 - Inexécution : 637 et s.
 - *Istisna* parallèle : 647 et s.
 - Alternative : 651
 - Critique : 650
 - Qualification d'opération de crédit : 648
 - Obligations du maître de l'ouvrage : 634
 - Obligation de l'entrepreneur : 635
 - Prix : 633
- Droit islamique : **621 et s.**
 - Chose objet du contrat : 623
 - Clause pénale : 626
 - Délivrance : 628
 - Distinction de l'*ijarah* : 620
 - Distinction du *salam* : 619
 - Exécution partielle : 627
 - Fondements : 618
 - Force obligatoire : 621
 - *Istisna* parallèle : 629
 - Modification du contrat : 622
 - Obligations du *sani* : 624
- Obligations du *mustasni* : 625
- Fiscalité : 649

J

Jahl (Ignorance) : 121 ; 132

K

Khiyar al-‘ayb : 278 et s.

- Adaptations envisageables en vue de sa réception en droit français : 292
- Appréciation du vice : 279
- Convergences avec le droit français : **284 et s.**
- Délai d'action : 282
- Divergences avec le droit français : **287 et s.**
- Exercice : 280
- Option du créancier insatisfait : 281

Khiyar al-ghabn : 273 et s.

- Appréciation du caractère lésionnaire : 274
- Autonomie de l'option pour dol : 267 ; 273.
- Indifférence de principe à la lésion du droit français : 275, 100 et s.

- Khiyar al-majliss* : 242
- Khiyar al-naqd* : 339 et s.
- Conditions de validité : 341
 - Délai d'action : 343
 - Effet : 342 ; 344
 - Fondements : 340
 - Réception en droit français au moyen de la clause résolutoire : **345 et s.**
- Khiyar al-shart* : 316 et s.
- Alternative à la clause de réserve de propriété : 325
 - Alternative au contrat d'option : 326
 - Délai d'action : 323
 - Domaine d'application : 318
 - Effets avant la mise en œuvre : 320
 - Effets de la mise en œuvre : 321
 - Fondements : 317
 - Usages modernes : 324 et s.
 - Validité : 319
 - Réception en droit français : **327 et s.**
 - Clause de dédit : 329 et s.
 - Atteinte au principe de la
- force obligatoire : 330
- Effet suspensif : 334 et s.
 - Exercice : 336
 - Faculté de dédit à titre gratuit : 331
 - Prohibition des conditions potestatives : 333
 - Distinction de la promesse de contrat : 327
 - Inadaptation de la clause résolutoire : 328
 - Possibilité : 337
- Khiyar al-ta'yin* : 348 et s.
- Délai d'action : 353
 - Effets de l'option stipulée en faveur de l'acheteur : 351
 - Effets de l'option stipulée en faveur du vendeur : 352
 - Fondements : 349
 - Validité : 350
 - Réception de l'option en droit français : **354 et s.**
 - Adéquation de la promesse de contrat : 358
 - Distinction de l'obligation alternative : 357
 - Assimilation à l'obligation alternative : 354 et s.

***Khiyar al-taghrir* : 267 et s.**

- Distinction avec le dol en droit français : 272
- Dol par action : 269
- Dol verbal : 268
- Exercice : 271
- Réticence dolosive : 270

***Khiyar al-wasf* : 296 et s.**

- Appréciation du défaut : de conformité : 297 ; 300
- Assimilation à d'autres options : 296
- Assimilation du défaut de conformité à une

indétermination de la prestation : 298 et s.

- Délai d'action : 302
- Distinction du défaut majeur et du défaut mineur : 300
- Effets : 301
- Réception sur le fondement de l'obligation de délivrance conforme : **303 et s.**

- Appréciation objective du défaut de conformité : 304

- Appréciation subjective du défaut de conformité : 305

- Contrats de consommation : 312 et s.

- En matière de vente d'immeuble : 307 et s.

- Intérêt de la clause résolutoire : 311

- Vices du consentement : 310.

L

Lésion : 73; **100 et s.**; 116; 251; 224;
267; 271; **273 et s.**; 361

- Absence de caractère d'ordre public : 103
- Indifférence en droit commun : **100 et s.** (spéc. 101) ; 275
- Et *riba* : 73
- Sanctions : **104 et s.**
- et Usure : 107

Liberté contractuelle :

- Autonomie de la volonté (théorie) : 436
- Consécration du principe par le juge : 438
- Consécration du principe par le législateur : 439
- Limitation en droit islamique : **190 et s.**
- Limites : v. **Ordre public**
- Notion : 440
- Théorie libérale hanbalite : 200 et s. ; 209 (consécration par l'AAOIFI)

Location : v. *Ijarah*.

Louage : v. *Ijarah*

- D'ouvrage : v. *Istisna*
- D'ouvrage et contrat d'entreprise : 630

M

Maysir : **128 et s.**

Mudarabah : **656 et s.**

- Droit français : **673 et s.**
 - *Affectio societatis* : 676
 - Commandite : **674 et s.**
 - Inadéquation : 677
 - Similarités : 675
- Comptes d'investissement : **679 et s.**
 - Caractère *sui generis* : 685
 - Compte rémunéré : 683
 - Fonds de garantie : 681 et s.
 - Obligation de restitution des fonds : 684
 - Qualification d'OPCVM : v. **OPCVM**
 - Réception de fonds du public : 680
- Société en participation : 678
- Droit islamique : **657 et s.**
 - Bénéfices : 662

- Distribution : 663
- Répartition : 662
- Capital : 661
- Comptes d'investissement : 666 et s.
 - Application du droit commun : 667
 - et comptes ordinaires : 668
 - Fonctionnement : 670 et s.
- Extinction : 665
- Fonds d'investissement : 672
- Force obligatoire : 659
- Gestion : 664
- *Mudarabah* illimitée : 660
- *Mudarabah* limitée : 660 ; 680 ; 695
- Murabaha* : 499 et s.**
 - Droit français : 524 et s.
 - Qualification d'opération de crédit : 525 et s.
 - Au sens du C. consom. : 530
 - Au sens du C. mon. fin. : 529
 - Intérêt de la qualification : 533
 - Possible reconnaissance prétorienne : 532
 - Qualification de vente : 524 et s.
 - Phase contractuelle : 468 et s.
 - Clause limitative de réparation : 558 et s.
 - Clause pénale : 556 et s.
 - Terme : 554 et s.
 - Vices cachés : 552
 - Phrase précontractuelle : 535 et s.
 - Promesse : 536 et s.
 - Réception de la garantie de bonne exécution : 549 et s.
 - Réception du Hamish

- jiddiyyah : 542 et s.
- Droit islamique : **656 et s.**
 - Fondements : 500
 - Phase contractuelle : 513 et s.
 - Clause pénale : 521 et s.
 - Clause de réserve de propriété : 520
 - Contrat fiduciaire : 514
 - Détermination du prix : 515
 - Inexécution de la promesse : 513
 - Paiement anticipé : 523
 - Terme : 518
 - Vices cachés : 516
 - Phase précontractuelle : 504 et s.
 - Achat de la chose : 511
 - Garantie de bonne exécution : 508
 - Hamish jiddiyyah : 509
 - Prise de possession de la chose nécessaire : 512
 - Prohibition des arrhes : 510
- Promesse : 506
- Fiscalité : **561 et s.**
 - Fiscalité de l'opération : 563
 - Importance : 501
 - Ruse juridique : 502
- Musharakah : 700 et s.**
 - Droit français : **725 et s.**
 - Contrat de société : 726
 - Clauses léonines (prohibition) : 727 et s.
 - Cession de droits sociaux : 728
 - *Musharakah* dégressive : 738 et s.
 - Crédit-bail de parts sociales ou d'actions : 738 et s.
 - Assimilati on : 738
 - Intérêt relatif : 741
 - Promesse : 739
 - Prix : 740
 - Qualification d'opération de crédit

(opportunité) :

742

- Prêt participatif : v. cette entrée
- Qualification d'opération de crédit : 730 et s.
- Répartition des bénéfices et des pertes : 729
- Droit islamique : **700 et s.**
 - Conformité des sociétés modernes : **718 et s.**
 - Société en commandite par actions : 723
 - Société en commandite simple : 722
 - Société en nom collectif : 721
 - Société en participation : 724
 - Société par actions : 718 et s.
 - *Musharakah* dégressive : 715 et s.
 - Application du droit commun : 716
 - Cession de droits sociaux : 717
 - Origine récente : 715
- Diversité : 703
- Fondements : 701

- *Sharikah al-'inan* :

- Capital : 706
- Constitution : 705
- Contribution aux pertes : 710
- Dissolution : 712
- Distribution des bénéfices : 709
- Gestion : 707
- Répartition des bénéfices : 708
- Retrait d'un associé : 711
- *Sharikah al-a'mal* : 714
- *Sharikah al-wujûh* : 713

Q

OPCVM :

- *Mudarabah* : 686 et s.
 - Agrément : 687
 - Diversité : 688
 - Gestion : 689
 - SICAV autogérée : 691
 - Société de gestion : 690

Opération de crédit :

- Caractère facultatif de l'intérêt : 112
- *Ijarah muntahia bittamlik* : V. cette entrée.
- *Istisna* : 648
- *Murabaha* :

- Au sens du C. consom. : 530
- Au sens du C. mon. fin. : 529
- Intérêt de la qualification : 533
- Possible reconnaissance prétorienne : 532
-
- Renonciation à une règle d'ordre public : 468
- Sanctions de l'atteinte : 458 et s.
 - Confirmation de l'acte : 469
 - Nullité : 458
 - Nullité partielle : 459 ; 463 et s.
 - Réputé non écrit : 460 et s. ; 470
- Sources : 452
- Virtuel : 453

Option :

- De désignation : v. *Khiyar al-ta'yn*.
- De séance, v. *Khiyar al-majliss*
- Pour défaut de conformité : v. *Khiyar al-wasf*
- Pour défaut de paiement : v. *Khiyar al-naqd*
- Pour dol, v. *Khiyar al-taghrir*
- Pour lésion, v. *Khiyar al-ghabn*
- Pour vice : v. *Khiyar al-'ayb*
- Stipulée : v. *Khiyar al-shart*

Ordre public :

- Absence de définition : 450
- Contenu : 451
- Distinction ordre public et loi impératives : 448
- Distinction règles impératives et supplétives : 449
- Réforme du droit des contrats : 456

P

Prêt (droit français) :

- Principe de gratuité : 110

Prêt (droit islamique) : v. Qard Hasan

Prêt participatif : 731 et s.

- Clause de participation : 731 et s., spéc. 733
- Contribution aux pertes : 734
- Crédit participatif (inadéquation) : 736
- Gestion de la société (absence) : 735
- Inadéquation : 735
- Notion : 731
- Partage du profit : 733
- Rémunération du prêteur : 732

Q

Qard hasan : 111

Promesse (de contrat) :

- Absence de caractère obligatoire :
228 ; 324 ; 506 ; 717

R

Règlement Rome 1 :

- Choix d'un droit non étatique :
379 et s.
- Contrat international : v. **392 et s.**
- Contrat interne : **373 et s.** : v. aussi cette entrée.
- Considérant n°13 : 382 ; 407 ; 441.

Riba :

- Droit canonique : **89 et s.**
- Droit talmudique : 84 et s.
- et Lésion : 73.
- Fondements coraniques : **59 et s.**
- Fondements sunnites : **63 et s.**
- *Riba al-fadl* : **65 et s.**
- *Riba al-nasiah* : **65 et s.** (spéc. **66**).

S

Salam : **605 et s.**

- Droit français : **611 et s.**
 - Clause pénale : 615
 - Intérêts moratoires : 615
 - Qualification de vente : 613 et s.
 - Qualification d'opération de crédit : 611
 - Salam parallèle : 616 et s.
 - Indépendance des contrats : 616
- Droit islamique : **607 et s.**
 - Délivrance de la chose : 609
 - Fondements : 606
 - Obligations de l'acheteur : 607
 - Obligations du vendeur : 608
 - *Salam* parallèle

Séance contractuelle (théorie) : 194 ; **240 et s.** ; 511

Sharikah : 655 ; 700

- Distinction *mudarabah* et *musharakah* : 655

Société en participation :

- *Mudarabah* : 678
- *Musharakah* :
 - *Sharikah al-‘inan* : 724
 - Droit français : 737 ; 743

**Soumission (à une loi étrangère) : V.
Contrat International et Contrat
interne**

T

**Taux effectif global : 113 et s. ; 464 ;
740.**

***Takaful* :**

- et Assurance vie en droit français : **171 et s.**
- Catégories : 151
- Critiques : **153 et s.**
- Droit islamique: **142 et s.**
- Droit français : **168 et s.**
- Fiducie : 180
- Fondements : 144
- Guichet islamique (au sein d’une entreprise d’assurance conventionnelle) : 178
- Modèle hybride : 148
- Modèle *mudarabah* : 146

- Modèle *wakala* :147
- Modèle *waqf* : **149 et s.**
- Mutuelle d’assurance : 177 ; 182
- Origine : 143
- Principe de séparation des fonds : 153 ; 163 ; 179 ; 180 ; 182
- Société anonyme : 174
- Société d’assurance mutuelle : **175 et s. ; 182**
- *Tabarru* : 144 ; 152 ; 169 ; 181

U

Usure :

- Distinction du *riba* : 54, 55, 71
- Prohibition : 108

V

Vente :

- Avec délivrance de la chose à terme : v. *Salam*
- Avec marge : v. *Murabaha*
- Contrat type (droit islamique) : 50 ; 233 ; 235 ; 299 ; **497** ; 317
- Vente d’immeuble à construire : v. *Istisna*

Table des matières

Sommaire	11
Introduction	13
I] L'émergence d'une finance fondée sur le droit islamique	15
A) Aux origines de la finance islamique.....	16
B) Les sources des règles régissant la finance islamique.....	17
1) Les sources sacrées de la finance islamique	18
a) Le Coran, source suprême	18
b) La Sunna	19
2) Les sources secondaires	21
II] Le défi de l'hétérogénéité du droit islamique	25
A) La diversité des écoles juridiques	26
B) Une diversité à relativiser	31
1) Des divergences limitées	31
2) L'harmonisation des règles de la finance islamique	32
III] Finance islamique et principe de laïcité.....	35
IV] Objet de l'étude.....	40
 Partie 1 : La possibilité de la réception	 45
 Titre 1 :La compatibilité des principes cardinaux de la finance islamique	 47
Chapitre 1 : La prohibition du <i>riba</i>	49
Section 1 : La prohibition du <i>riba</i> en droit islamique.....	50
I] L'appréhension du <i>riba</i> à travers l'émergence de la notion	50
A) La prohibition du <i>riba</i> dans les sources sacrées	50
1) La prohibition du <i>riba</i> dans le Coran	51
2) La prohibition du <i>riba</i> dans la Sunna.....	54
B) La construction doctrinale du <i>riba</i>	55
II] L'appréhension du <i>riba</i> à travers l'approche comparative.....	64
A) Dans la Grèce Antique.....	65
B) Dans les religions du Livre	69
1) Dans le droit talmudique	69
2) Dans le droit canonique	72
Section 2 : La prohibition du <i>riba</i> en droit français.....	78
I] Le refus de sanctionner le défaut d'équivalence en valeur des prestations	78

A) L'indifférence de la lésion en droit commun	79
B) La sanction de la lésion en droit spécial	82
II] Le caractère facultatif de la stipulation d'intérêts	87
A) Le caractère facultatif de l'intérêt dans le contrat de prêt d'argent	88
B) Le caractère facultatif de l'intérêt dans les opérations de crédit	89
Chapitre 2 : La prohibition du <i>gharar</i>	97
Section 1 : La prohibition du <i>gharar</i> en droit islamique	98
I] Le rejet de l'incertitude dans les contrats à titre onéreux	99
A) L'identification du <i>gharar</i>	100
B) L'incertitude source d'un déséquilibre contractuel	109
II] Le rejet des contrats d'assurance conventionnelle	114
A) Le rejet d'une majorité de la doctrine	115
1) Les arguments de la doctrine majoritaire	115
2) Les arguments de la doctrine minoritaire	117
B) L'alternative à l'assurance conventionnelle : le <i>takaful</i>	119
1) Une alternative reposant sur la mutualité	119
2) Une alternative critiquable	130
Section 2 : La prohibition du <i>gharar</i> en droit français	134
I] La détermination de la prestation	136
A) La détermination de la prestation non monétaire	137
B) La détermination de la prestation monétaire	141
II] La réception du <i>takaful</i>	148
A) La réception des contrats <i>takaful</i>	148
B) La réception de l'entreprise d'assurance <i>takaful</i>	153
Titre 2 : La compatibilité des théories doctrinales	165
Chapitre 1 : Théorie des clauses adjointes et liberté contractuelle	167
Section 1 : Une théorie hostile à l'autonomie de la volonté	168
I] L'interprétation rigoriste de la majorité des écoles	168
A) Une rigueur marquée en droit hanéfite-shaféite	170
B) Une rigueur atténuée en droit malékite	174
II] L'interprétation libérale de l'école hanbalite	176
A) La validité de principe des clauses adjointes	177
B) L'absence d'une théorie des clauses adjointes en droit français	182
1) La validité de principe des clauses aménageant l'effet principal du contrat	183
2) L'évocation de la théorie des clauses adjointes à travers la sanction des clauses générant un déséquilibre contractuel excessif	185
Section 2 : Le rôle de la volonté dans la théorie des clauses adjointes	189
I] La négation du rôle essentiel de la volonté	190

A) La négation de la volonté formatrice du contrat	191
B) La négation de la volonté créatrice d'obligations	195
II] La prise en considération de la volonté des parties	202
A) L'existence du principe du consensualisme dans le fiqh	203
B) Une théorie objective du consentement	212
Chapitre 2 : Théorie des options et force obligatoire du contrat	229
Section 1 : Les options légales	230
I] Les options pour dol	231
A) Les options pour dol stricto sensu	232
B) L'option pour lésion	237
II] Les options sanctionnant le manquement à une obligation principale	240
A) L'option pour vice	241
1) Le khiyar al-'ayb dans le fiqh	241
2) La transposition du khiyar al-'ayb sur le fondement de la garantie des vices cachés	245
a) Les convergences avec la garantie des vices cachés	245
b) Les divergences	247
c) Les adaptations envisageables	252
B) L'option pour défaut de conformité	255
1) Le khiyar al-wasf dans le fiqh	255
2) La transposition du khiyar al-wasf sur le fondement de l'obligation de délivrance conforme	260
Section 2 : Les options conventionnelles	268
I] Le khiyar al-shart, option majeure du fiqh	268
A) Le khiyar al-shart dans le fiqh	269
B) La transposition du khiyar al-shart au moyen de la clause de dédit	277
II] Les options conventionnelles secondaires	286
A) L'option pour défaut de paiement	286
B) L'option de désignation	290
Partie 2 : Les modalités de la réception	303
Titre 1 : L'intégration au contrat des règles de la finance islamique	305
Chapitre 1 : L'intégration par soumission du contrat au droit islamique	307
Section 1 : L'intégration par soumission dans le contrat interne	309
I] La clause d'electio juris dans le contrat interne	309
A) L'admission de la clause en droit interne	310
B) La clause internationalisant le contrat interne	314
II] Le rejet de la clause d'electio juris désignant le droit islamique	320

A)	Le rejet des clauses désignant des normes non étatiques par le règlement Rome I	321
B)	Le rejet de la clause d'electio juris dans la convention d'arbitrage	325
Section 2 :	L'intégration par soumission dans le contrat international	334
I]	Une soumission ineffective devant le juge étatique	334
A)	Le rejet de la soumission à la charia par le juge anglais	335
1)	Islamic Investment Company of the Gulf (Bahamas) Ltd. v. Symphony Gems N.V. & Ors.....	335
2)	Shamil Bank of Bahrain EC v Beximco Pharmaceuticals Ltd	337
B)	Le rejet certain du juge français	343
1)	Ineffectivité de la soumission à des normes non étatiques	344
2)	Effectivité du choix d'un droit étatique reconnaissant les principes charaïques	348
II]	Une soumission effective devant le tribunal arbitral	353
A)	La faculté de soumettre l'arbitrage à des règles religieuses	354
B)	La faculté de constituer le tribunal arbitral	361
C)	L'exécution en France de la sentence conforme aux règles charaïques	364
Chapitre 2 :	L'intégration des principes par incorporation au contrat	369
Section 1 :	L'incorporation des normes religieuses	370
I]	L'admission de l'incorporation de la norme religieuse	371
A)	La liberté contractuelle comme fondement de la faculté.....	371
B)	La contractualisation de la norme religieuse	376
II]	La limite de l'ordre public.....	382
A)	Identification de la notion d'ordre public	382
B)	Les effets de l'ordre public sur le contrat islamique	390
1)	Les sanctions de l'atteinte à l'ordre public.....	390
2)	Survie du contrat partiellement contraire à l'ordre public	396
3)	Atténuation des effets	401
Section 2 :	L'incorporation des convictions religieuses.....	407
I]	Admission de l'incorporation des convictions religieuses	408
A)	Admission de l'incorporation tacite	408
B)	Le recul de la jurisprudence favorable à l'incorporation tacite	413
II]	Le maintien de la jurisprudence favorable à l'incorporation des convictions religieuses	416
A)	Exigence d'une contractualisation expresse	416
B)	L'influence de la Convention Européenne de sauvegarde des droits de l'Homme .	422
Titre 2 :	La définition du cadre juridique des contrats nommés de la finance islamique	431
.....	431
Chapitre 1 :	Les contrats de financement reposant sur la vente.....	433

Section 1 : Les contrats de vente respectueux de la prohibition du <i>gharar</i>	434
I] La murabaha	434
A) Le cadre juridique islamique	436
1) La phrase précontractuelle	437
2) La conclusion du contrat murabaha	441
B) Le cadre juridique français	448
1) La qualification d'opération de crédit	449
2) Transposition de la murabaha au moyen de la vente	456
a) La phase précontractuelle	456
b) La phase contractuelle	468
c) La fiscalité de la murabaha	477
II] L'ijarah	484
A) Le cadre juridique islamique	486
1) La phase précontractuelle	486
2) La phase contractuelle	488
B) La réception sur le fondement du crédit-bail	498
Section 2 : Les contrats de vente dérogeant à la prohibition du <i>gharar</i>	511
I] Le salam	512
A) Le cadre juridique islamique	513
B) Le cadre juridique français	518
II] L'istisna	525
A) Le cadre juridique islamique	527
B) La réception de l'istisna au moyen du contrat d'entreprise	534
1) L'application du droit commun du louage d'ouvrage à l'istisna	537
2) L'application du droit de la construction	545
Chapitre 2 : Les contrats reposant sur l'association	559
Section 1 : La mudarabah	560
I] Le cadre juridique islamique de la mudarabah	562
A) La mudarabah en tant que société en commandite	562
B) La mudarabah en tant que support des comptes d'investissement	567
II] Le cadre juridique français de la mudarabah	572
A) L'inadéquation du régime de la société en commandite	572
B) Le cadre juridique des investissements reposant sur la mudarabah	577
1) La qualification de compte bancaire	578
2) La qualification d'OPCVM	584
3) La qualification de fiducie-gestion	589
Section 2 : La <i>musharakah</i>	595
I] Le cadre juridique islamique	597

A) Les sociétés traditionnelles	597
1) La musharakah définitive	598
2) La musharakah dégressive	605
B) La reconnaissance des sociétés modernes	607
II] Le cadre juridique français	611
A) L'assimilation de la musharakah à la société	612
B) La qualification de la musharakah en opération de crédit	616
1) L'inadéquation du régime du prêt participatif	616
2) Musharakah dégressive et opération de crédit	622
Conclusion Générale	629
Bibliographie	635
Glossaire	685
Index	689
Table des matières	707

LA RECEPTION DES CONTRATS DE LA FINANCE ISLAMIQUE EN DROIT FRANÇAIS

Résumé

Le droit financier islamique prend sa source dans la charia, composée du Coran et de la Sunna, mais aussi dans la pratique commerciale et la doctrine. La thèse se concentre sur les contrats de la finance islamique, pierre angulaire du système, et vise à démontrer que leur réception en droit français n'impose aucune réforme législative. Cela implique d'étudier les règles fondamentales régissant ces contrats afin d'abord de les préciser, puis de dégager leur finalité commune : la justice contractuelle. Bien que sensiblement différentes du droit français, elles ne se révèlent ni complètement étrangères ni incompatibles avec notre système, lequel multiplie les dispositions protectrices de l'équilibre contractuel. Partant du constat de la possibilité de la réception, il s'agit de s'interroger sur ses modalités. Le libéralisme du droit français permet l'intégration des règles islamiques au contrat par leur incorporation ou par la soumission de l'acte à un droit étranger les consacrant. A supposer que les parties soumettent leur accord au droit français, il convient d'établir, à partir du droit positif, le cadre juridique des contrats nommés de la finance islamique. En écho à la volonté exprimée au lendemain de la crise financière par le gouvernement français, notre étude tend ainsi à mettre en évidence tant la possibilité que les modalités de la réception des contrats de la finance islamique en droit français.

Mots clefs français : Finance islamique- Contrats islamiques- Droit islamique- Droit des contrats- Droit français des contrats- Charia

THE INTEGRATION OF ISLAMIC FINANCE CONTRACTS INTO FRENCH LAW

Abstract

Islamic financial law has its source in the Shariah, composed of the Quran and the Sunna, but also in commercial practice and rulings of scholars. The thesis focuses on Islamic finance contracts, the system's cornerstone. It intends to demonstrate their integration into French law requires no legislative reform. This implies studying the fundamental rules governing these contracts in order to first specify them, and then to identify their common purpose: contractual justice. Though they significantly differ from French law, they are neither completely foreign to – nor incompatible with – our own system, which multiplies the provisions protecting contractual balance. Starting from the observation that acceptance is possible, the question arises as to its modalities. French law's liberalism leaves ample room for the integration of Islamic rules into the contract by their incorporation or by submission to a foreign law that enshrines them. Assuming the agreement is governed by French law, it is necessary to establish, on the basis of positive law, the legal framework of Islamic finance nominate contracts. Echoing the intention the French government has expressed in the wake of the financial crisis, this thesis highlights the possibility and the modalities of the integration of Islamic finance contracts into French law.

Keywords : Islamic Finance- Islamic Contracts- Islamic Law- Contract Law- - French Contract Law- Shariah

Unité de recherche/Research unit : *[Centre de Recherche Droits et Perspectives du Droit (CRDP) – L'Équipe de Recherches Appliquées au Droit Privé (L'ERADP), 1 place Déliot, 59000 Lille]*

Ecole doctorale/Doctoral school : *Ecole doctorale des sciences juridiques, politiques et de gestion, n° 74, 1 place Déliot, 59000 Lille, <http://edsjpg.univ-lille.fr>*

Université/University : *Université de Lille, Droit et Santé, 42 rue Paul Duez, 59000 Lille, <http://www.univ-lille.fr>*