

REVUE DU DROIT DES AFFAIRES EN AFRIQUE (RDAA)

Editée par

L'Institut du droit d'expression et d'inspiration française

Numéro spécial – Novembre 2019

**Les actes du
XXXIVe Congrès international de l'IDEF
à
l'Université de Sharjah
aux Émirats Arabes Unis**

« Vers un droit commun des contrats à la lumière de la jurisprudence arabe »



Organisation de la RDAA

Rédacteur en chef : Me Richard Mugny

Directeur scientifique : Pr Barthélemy Mercadal

Secrétaire générale : Mme Arlette Boccovi

Secrétaire administrative : Mme Michèle Andreu

Comité de rédaction : Mme Marie-Annick Darmaillac, Pr Barthélemy Mercadal ; Me Sylvain Mensah-Attoh ; Me Jean-Jacques Lecat ; Me Antoine Delabrière ; Association du Notariat Francophone (ANF) ; Me Raïssa Bambara, Me Jimmy Kodo

Conception

Mme Arlette Boccovi et Mme Michèle Andreu

Crédit photos

Toutes les photos transmises par l'Université de Sharjah figurent dans le document. Elles sont aux pages : 4, 34, 61, 129, 173, 175 et 176.

Pour les autres,

- Certaines sont extraites d'un reportage de la télévision de Sharjah : 3, 13-1, 14, 17, 19, 25, 32, 33, 59, 88, 127 et 144, que vous pouvez visionner à l'adresse suivante <https://www.youtube.com/watch?v=r6UTZaOWkCQ>
- Les dernières ont été fournies par les participants.

Nota Bene

La RDAA publie l'ensemble des communications scientifiques présentées lors du congrès, mises à disposition et dont les auteurs ont marqué leur accord.

Il ne s'agit en aucun cas de sélection ou de censure des autres communications.



S.A. Cheikh Sultan bin Mohamed AL-QASIMI

Professeur J. Frémont

Professeur B. Mercadal

Dans le cadre de la Convention de coopération permanente entre l'Université de Sharjah et l'IDEF, signée aux Émirats Arabes Unis le 9 mai 2019,

Avec les bons offices du
Professeur Harith Al Dabbagh
de l'Université de Montréal,

Sous le haut patronage de
Son Altesse Cheikh Sultan bin Mohamed AL-QASIMI,
Émir de Sharjah et Président de l'Université,

Sous la haute bienveillance du
Chancellor Dr. Hamid M. Al Naimiy,

Sous la direction scientifique des professeurs :
Ali Ahmed Al Mehdawi, de l'Université de Sharjah,
Safwan Maqsood de l'Université de Sharjah,
Barthélemy Mercadal, Vice-Président et Secrétaire général de l'IDEF,

Les deux parties ont organisé le XXXIVe congrès international de l'IDEF dont les travaux sont ci-après.



**Dr. Hamid M.
Al Naimiy**

**Ali Ahmed
Al Mehdawi**

**Safwan
Maqsood**

**Harith
Al Dabbagh**

Traduction

Merci aux juristes bilingues qui ont assuré la traduction à l'oral ou à l'écrit :

Hasnae Lachiri, Juriste au cabinet CWA MOROCCO à Tanger- Maroc,
Titulaire d'une Licence en Droit de l'Université Abdelmalek Essadi à Tanger.
Elle intervient dans plusieurs domaines du conseil notamment Droit des sociétés, Droit social, Droit commercial, etc...

Ismail Lamie, Associate chez TMS Law Firm - Taha, Moussa and Sabahi, titulaire d'une licence en droit privé de la Faculté Jean-Monnet, d'un Master en droit des affaires de l'Université Paris-Saclay, d'un Master 2 en Droit international et européen des affaires de l'Université Paris 1 Panthéon-Sorbonne.

Amina Bouaziz, juriste au cabinet CWA Maghreb à Alger-Algerie, titulaire d'une licence en droit de l'université de Ben Aknoun à Alger.
Elle intervient dans plusieurs domaines du conseil notamment Droit des sociétés, droit social, droit commercial, etc.....

Fadila Rafenne dans différents cabinets d'avocats au Maroc, titulaire d'une maîtrise en commerce international de l'Université Hassan II Casablanca.



Ismail Lamie
reçoit de S. E. Sheikh Sultan bin Mohamed AL-QASIMI
son « Certificate of Appreciation »

Utilisation du bandeau : « Sommaire » est un lien qui vous ramène à cette page.

« Aller à notes » pour consulter les notes. Le signe ↑ précédant la note que vous consultez vous ramènera à votre page de lecture.

Sommaire

Programme du 34 ^e Congrès de l'IDEF	7
Bref compte rendu : Arlette Boccovi	9
Discours d'ouverture : Son Excellence Ludovic Pouille	11
Présentation du congrès : Barthélemy Mercadal	14
<u>Première journée</u>	16
• Séance 1 : Orientations de la jurisprudence des Émirats arabes unis et du Bahrein	17
Présidence : Professeur Jacques Frémont	18
Professeur Al Mehdawi : Communication en arabe	19
Professeur Al Mehdawi : « La nature du droit musulman et ses points de convergence avec le droit positif » (traduction)	25
Notes	32
• Séance 2 : Orientations de la jurisprudence irakienne, jordanienne, libanaise et soudanaise	33
Présidence : Docteur Taïmour Mostafa Kamel	34
IRAK - Professeur Harith Al Dabbagh : « Contentieux irakien des contrats »	35
Notes	49
LIBAN - Maître Lynn Kanaan : « Contentieux libanais »	50
• Séance 3 : Orientations de la jurisprudence égyptienne, algérienne, tunisienne et marocaine	59
Présidence : Professeur Barthélemy Mercadal	60
EGYPTE - Ismail Lamie : « Droit égyptien des contrats au Maroc »	61
Notes	73
ALGERIE - Mohamed Oulkhoudir : « Jurisprudence Cour Suprême Algérienne »	79
TUNISIE - Zohra Mchirgui : « Le contentieux du contrat en Tunisie »	88

MAROC - Maître Mahmoud Hassen : « Droit des contrats au Maroc - État de la jurisprudence »	95
Notes	125
Deuxième journée	126
• Séance 1 : Synthèse des données sur le contentieux et analyse des sources :	127
Présidence : Professeure Brigitte Lefebvre	128
Professeur Ridha Mezghani : « Synthèse des données sur le contentieux et analyse des sources »	129
Professeur François-Paul Blanc : Droit romain – « Quelques réflexions sur l’influence du droit romain sur le droit des obligations et contrats des pays arabo-musulmans »	136
Notes	142
• Séance 2 : Les interactions entre les systèmes juridiques	144
Présidence : Professeur Faysal Benhalilou	145
Julie Boyer : « La <i>Common law</i> , source d’inspiration du droit des pays arabes ? »	146
Notes	155
Professeur Rémy Cabrillac : « Quels enseignements à retenir par les systèmes de droit civil et de <i>Common law</i> ? »	160
Notes	168
• Séance 3 : Table ronde	170
Maître Koffi Sylvain Mensah-Attoh : « Le contrat sous le soleil des tropiques »	171
Recommandations	174
Les participants	175
Quelques photos de la remise des « Certificate of Appreciation »	176
Photos de l’Assemblée Générale de l’IDEF	177
Remerciements	179

Programme du 34e Congrès international de l'IDEF
Aux Émirats Arabes Unis
Du 20 au 22 novembre 2017

1ère journée : Lundi 20 novembre 2017

9h00 - 10h30 Ouverture protocolaire

- Bienvenue du pays hôte : Dr. Hamid M. Al Naimiy, Chancelier de l'Université de Sharjah.
- Remerciements de l'IDEF : Personnalité française à préciser prochainement
- Présentation du thème du Congrès : Barthélemy Mercadal, Secrétaire général et vice-président de l'IDEF.
- Mot du Doyen de la faculté de droit de Sharjah.
- Délivrance des certificats de reconnaissance pour les conférenciers et les partenaires.

10h30 - 10h50 Pause

10h50 - 12h10 Séance 1 : Orientations de la jurisprudence des Émirats arabes unis et du Bahrein

Sous la Présidence de : Jacques Frémont

- Émirats Arabes Unis (30 min)
 - Adnan Sarhan, Vice-chancelier et doyen de la faculté des sciences sociales, Université de Sharjah
 - Sinan Shatnawi, Professeur, Université de Sharjah.
 - Hassan Hammadi, Juge, Président de la Cour d'Appel fédérale d'Ajman.
- Bahreïn : Mohamed Saeed Al-Raho, Professeur, Université de Bahreïn (20 min)
- Débat : 30 min

12h10 - 14h00 Séance 2 : Orientations de la jurisprudence irakienne, jordanienne, libanaise et soudanaise

Sous la Présidence de Taïmour Mostafa-Kamel

- Irak : Harith Al-Dabbagh, Professeur, Université de Montréal (20 min)
- Jordanie : Youssef Abaidat, Professeur, Université Yarmouk (20 min)
- Liban : Lynn Kanaan, Avocate au Barreau de Beyrouth (20 min)
- Soudan : Ayman Mohamed Zein, Université de Sharjah (20 min)
 - Débat : 30 min.

14h00 - 15h30 Pause Déjeuner

15h30 - 17h20 Séance 3 : Orientations de la jurisprudence égyptienne, algérienne, tunisienne et marocaine

Sous la Présidence de Barthélemy Mercadal

- Égypte : Arnaud Casado, Professeur et Directeur de l'Institut du droit des affaires au Caire (20 min)
- Algérie : Mohamed Oulkhoudir, Avocat aux Barreaux de Paris et Casablanca (20 min)
- Tunisie : Zohra Mchirgui, Maître-Assistante en Droit Privé à la Faculté des sciences juridiques, politiques et sociales de Tunis, Assistante-chercheure à l'Université du Luxembourg (20 min)
- Maroc : Mahmoud Hassen, Avocat aux Barreaux de Tunis et de Paris (20 min)
 - Débat : 30 min.

Deuxième journée : Mardi 21 novembre 2017

9h00 – 10h45 Séance 1 : Synthèse des données sur le contentieux et analyse des sources

Sous la Présidence de Brigitte Lefebvre

- Synthèse des données tirées du contentieux : Rida Mezghani, Professeur, Université de Tunis (25 min)
- Droit romain : François Paul Blanc, Professeur émérite, Université Perpignan (25 min)
- Culture juridique civiliste : Georges Decocq, Professeur, Université Paris-Dauphine (25 min)
- Débat : 30 minutes

10h45 - 11h00 *Pause*

11h00 - 13h10 Séance 2 : Les interactions entre les systèmes juridiques

Sous la Présidence de Faysal Benhalilou

- Common law : André Prüm, Professeur, Université de Luxembourg (25 min)
- Les tendances du droit comparé des contrats, enseignements tirés des systèmes civiliste et de common law : Rémy Cabrillac, Professeur, Université de Montpellier (25 min.)
- Le degré de convergence entre pays arabes : Nacira Saadi, Professeur, Université Panthéon-Assas, Paris II (25 min)
- Nature du droit musulman et points de rencontre avec les autres systèmes : Ali Al Mehdawi, Professeur, Université de Sharjah (25 min)
- Débat : 30 minutes

13h10 - 15h00 *Pause Déjeuner*

15h00 – 16h30 Séance 3 : Conclusions

Sous la Présidence du Pr. Bashar Malkawi, Doyen de la Faculté de Droit

- Bilan et perspectives : Pr Barthélemy Mercadal (30 min)
- Libres propos : Jean-Mathias Goerens, Magistrat honoraire, ancien membre de la Cour Constitutionnelle, vice-président de l'IDEF ; Maître Sylvain Koffi Attoh-Mensah, Barreau de Lomé ; Maître Yamouna David, Expert consultant international, Avocat honoraire du barreau de Paris, Présidente d'IDEF India ; Renaud Beauchard, Consultant Banque mondiale ; Brigitte Lefebvre, Professeure à l'Université de Montréal. (60min)

16h30- 16h50 *Pause*

16h50 – 17h30 Clôture du Congrès

- Allocution de clôture :
 - En langue arabe : Chancelier de l'Université ou son représentant.
 - En langue française : Jacques Frémont, Chancelier de l'Université d'Ottawa.
- Recommandations

Troisième journée : Mercredi 22 novembre 2017

9h30 – 12h30 Atelier : Mise en place d'un cadre pour un projet du Code arabe unifié des contrats à la lumière de la jurisprudence comparée

Avec la participation de tous les participants au congrès, des représentants de l'IDEF, un représentant du Ministère de la justice (EAU), représentant de la Cour suprême fédérale (EAU), de la Cour de cassation (EAU), représentant de la pratique (Barreau de Sharjah), les partenaires et contributeurs au congrès.

12h30 - 13h30 *Pause Déjeuner*

13h30 – 16h00 Assemblée générale de l'IDEF

19h30 – 23h00 *Diner croisière*



Arlette Boccovi
Secrétaire Générale RDA

*Bref compte rendu du congrès**

L'Institut International de Droit d'Expression et d'Inspiration Françaises (IDEF) a tenu son XXXIVème congrès à l'Université de Sharjah du 20 au 22 novembre 2017 dont le thème retenu est : **« Vers un droit commun des contrats à la lumière de la jurisprudence arabe comparée »**. Le sujet a été inspiré entre autres par l'actualité d'un mouvement en faveur d'une harmonisation régionale du droit des contrats dans le but d'améliorer l'intégration économique entre les pays arabes et plus largement avec le reste du monde.

Les travaux du congrès ont été conçus sur la base d'une investigation des jurisprudences des pays arabes du Maghreb, du Machrek et du Golfe arabique, soit d'un espace géographique allant de Casablanca à Dubaï ; chacun des juristes des pays concernés réunissant une cinquantaine de décisions. Les travaux se sont tenus en arabe et en français et ont rassemblé une soixante de participants.

La cérémonie d'ouverture s'est déroulée en présence de :

- Son Altesse Sheikh Dr Sultan bin Mohammed Al Qasimi, Emir de Sharjah,
- le Docteur Hamid M. Al Naimiy, Chancelier de l'Université de Sharjah,
- M. Ludovic Pouille, Son Excellence l'Ambassadeur de France aux Émirats Arabes Unis.

Ces éminentes personnalités ont toutes salué l'initiative de ce congrès et au delà, le récent partenariat entre l'IDEF et l'Université de Sharjah. Invité, Monsieur Jean-Baptiste Lemoyne, Secrétaire d'État aux Affaires Etrangères qui n'a pu faire le déplacement, a salué l'engagement de l'IDEF et de l'Université de Sharjah en faveur de l'intensification de la connaissance des droits à travers le monde qui permet de mieux sécuriser l'environnement des affaires et de consolider les investissements.



Le Professeur Barthélemy Mercadal, Vice-Président et Secrétaire Général de l'IDEF a exprimé sa gratitude à l'Université de Sharjah en permettant à l'IDEF dans le cadre du congrès, d'expérimenter une méthode de comparaison des droits qui traversent le monde, fondée sur l'analyse des décisions de justice. L'IDEF a tiré l'utilité de cette méthode du premier Doing Business publié par la Banque Mondiale en 2004. Le Professeur Mercadal a fait part de sa reconnaissance et salué chaleureusement le travail des juristes des différents pays ayant accepté de collecter et d'analyser au moins une cinquante décisions de leur pays afin de mettre à jour le régime du contrat propre à leur pays. En acceptant de relever ce défi, chacun d'eux a rendu possible la tenue de ce congrès dont les travaux ont duré deux jours suivis d'un atelier, le troisième jour.

La première journée, particulièrement instructive, a été consacrée à la présentation des orientations de la jurisprudence des différents pays arabes retenus.

Dans une approche pédagogique, la deuxième journée quant à elle a démarré par une synthèse des données sur le contentieux et analyse des sources. Les interactions entre les différents

systèmes juridiques ont été ensuite abordées avant que la journée ne soit clôturée par une table ronde marquée par une ouverture sur le monde avec la participation d'intervenants venus d'Europe, d'Afrique, d'Asie et d'Amérique.

Le Représentant du Chancelier de l'Université et le Professeur Jacques Frémont, Chancelier de l'Université d'Ottawa ont clôturé les travaux du congrès dont les recommandations ont été présentées simultanément en français et en arabe.

La troisième journée a été consacrée à un atelier visant à la mise en place d'un cadre pour un projet du Code arabe unifié des contrats à la lumière de la jurisprudence comparée.

En marge du congrès, se sont tenues deux réunions :

- une réunion des participants venant d'Afrique dont l'objectif est de dynamiser le pôle Afrique de l'IDEF, ce continent occupant une place importante au sein de l'Institut comme le rappelle l'histoire de sa création.
- L'Assemblée Générale de l'IDEF présidée par M. Taïmour Mostafa-Kamel, spécialement mandaté à cet effet, le poste de présidence étant vaquant depuis la démission de son dernier Président, Jean Louis Debré. Au cours

de cette assemblée, le professeur Georges Decocq pressenti par le Professeur Barthélemy Mercadal pour lui succéder, a accepté cette proposition que les membres de l'IDEF ont à leur tour acceptée et saluée. Ayant été durant cette même réunion coopté comme membre du Comité Directeur, il pourra ainsi progressivement se familiariser avec la conduite interne des activités de l'Institut qu'il a toujours soutenu en y apportant sa contribution lorsqu'il était sollicité, notamment pour ce qui concerne les activités universitaires.

Une soirée de gala ainsi qu'une excursion sur Dubaï et Abu Dhabi ont été organisées par l'Université de Sharjah.

Au nom de tous les membres de l'IDEF et en son nom personnel, le Professeur Barthélemy Mercadal, adresse ses plus vifs remerciements aux autorités de Sharjah, à l'Université de Sharjah, aux Professeurs Harith Al Dabbagh de l'Université de Montréal, Ali Al Mehdawi et Safwan Maqsood de l'Université de Sharjah, ainsi qu'à chacune des personnes ayant œuvré à la réussite du XXXIVème congrès de l'IDEF.



Son Excellence Ludovic Pouille

Ambassadeur de France aux Émirats Arabes Unis

Discours d'Ouverture du 34^e congrès de l'IDEF

Votre Altesse Cheikh Sultan bin Mohammed Al
Qasimi,

Monsieur le Chancelier,

Monsieur le Doyen de la faculté,

Monsieur le Professeur,

Mesdames, Messieurs les délégués,

Mesdames, Messieurs,

C'est avec un plaisir certain que je suis aujourd'hui parmi vous pour ce 34^{ème} congrès de l'Institut de droit d'expression et d'inspiration françaises ici aux Emirats arabes unis et tout particulièrement à Sharjah, un Emirat qui s'engage avec tant d'énergie en faveur de la culture et de l'éducation. Son université, fondée il y a 20 ans d'une vision avant-gardiste de l'excellence universitaire, est, à ce titre, un lieu de formation exceptionnel dont le dynamisme fait vivre le dialogue entre les cultures. Liée aux Emirats arabes unis par une coopération unique la France partage cet esprit de conquête de l'intelligence. C'est le message qu'a porté le Président de la République Emmanuel Macron il y a quelques jours lors de l'inauguration du Louvre Abu Dhabi, ce lieu de rencontres, sans équivalent, entre ce

que les civilisations ont de plus beau.

Si nous avons l'honneur d'ouvrir ce congrès aujourd'hui c'est qu'il n'y pas de hasard ni dans l'ambition que nous avons pour nourrir la coopération entre nos deux pays, ni dans le message de civilisation et d'humanisme que nous partageons. La France peut ainsi être fière de ses universitaires qui notamment au sein de l'IDEF concrétisent cette promesse avec une grande persévérance. Voilà en effet plus de cinquante ans que les juristes francophones non seulement français mais également de nombreux autres pays travaillent ensemble à l'éclosion puis désormais à l'élargissement de cette communauté juridique singulière que vous nommez « Jurisfrancité ».

Ce réseau réunissait en 1966, lors du premier congrès à N'Djamena, onze pays, il en compte aujourd'hui plus de quarante dont près de trente sont représentés aujourd'hui. Cette communauté forte de son histoire, celle du droit continental, mène également le combat pour la langue, la langue française.

Le français est « une langue de communication mais aussi d'épanouissement international au sein de laquelle chacune de nos cultures se reconnaîtra en naissant à l'universel ». Ces mots sont ceux de Léopold Sédar Senghor qui lui aussi a porté la francophonie comme un vecteur d'ouverture et de plurilinguisme ; car le français n'est pas une langue exclusive mais une langue de mélanges et de raison. Je me réjouis, à cet égard, de l'engagement pris par nos deux pays, lors de la rencontre entre Son Altesse Cheikh Mohammed bin Zayed et le Président de la République Emmanuel Macron, de réintroduire le français dans les écoles publiques émiriennes. La famille francophone est exceptionnelle. Elle est riche de plus de 280 millions de locuteurs sur cinq

continents dont plus de 300 000 aux Emirats arabes unis. D'ici à 2050, les projections indiquent que le nombre de locuteurs en français atteindra 750 millions. La jeunesse du monde sera alors pour une grande part francophone. Avec cette jeunesse, le français n'est pas voué à un combat d'arrière-garde mais bien au contraire il sera, de manière encore plus prégnante, la langue de passage des idées et de l'innovation. Dans ce contexte, l'IDEF est un artisan remarquable d'une langue française mise au service du développement de la société. Vous faites du français un bien public universel par lequel la transmission du droit est si féconde.

Le droit est au cœur de la société. Le français, langue de la beauté de la poésie, a aussi présidé au fil des siècles à l'avènement d'une loi normative et humaniste. En ce début du XIX^e siècle la codification de ces règles civiles par Napoléon est une révolution en soi. Plus de 2000 articles inspirés des nombreux systèmes de lois écrites charpentent le code civil. Cette « constitution civile des Français » a bénéficié de la tradition arabe. Le code d'Hammourabi, non loin d'ici en Mésopotamie, établissait déjà un

système écrit de normes pour les citoyens au deuxième millénaire avant notre ère. Cet esprit et cette pratique du droit est également au cœur des travaux de l'école Malékite dont l'influence continue de rayonner dans l'ensemble du monde musulman. La culture juridique civiliste formalisée en 1804 est ainsi un formidable creuset qui appelle à la part d'universel entre nos civilisations.

En 1937, l'Égypte choisit le modèle français en raison de sa préférence pour une règle générale plutôt qu'un droit fondé sur les règles jurisprudentielles spéciales. Sanhoury aura un rôle déterminant dans la rédaction du code égyptien de 1948 en coopération avec Edouard Lambert, dont il avait été le disciple à Lyon. C'est le choix d'un droit codifié clair et précis. Les pays arabes ont été séduits par le prédictibilité de ce droit. Puis par un mouvement d'emprunt inter-arabe, le code se diffuse dans la région. En cela, cette tradition juridique inclusive n'a eu de cesse d'affirmer l'humanisme par le droit. La codification elle-même permet de rassembler, systématiser, clarifier et rénover les règles relatives à une matière, d'en améliorer la connaissance, l'intelligibilité et l'accessibilité. Elle permet de mettre le droit en

harmonie avec les nouvelles réalités économiques et sociales. Elle permet aussi de s'approprier le droit, c'est une manière pour des Etats fraîchement indépendants d'affirmer leur souveraineté conquise ou retrouvée.

La modernisation par la codification offre une alternative à la solution consistant à instaurer des dérogations générales, comme la création de zones franches où le droit émirien ne s'applique pas.

Bien que certains voudraient faire croire à une rigueur handicapante du droit continental, celui-ci prouve aujourd'hui son extraordinaire plasticité. Il est un vecteur de développement particulièrement

prometteur dans le champ du droit des affaires notamment en Afrique. A l'heure où le droit et l'économie sont plus que jamais liés, le régime des contrats gomme la frontière entre « civil law » et « common law ». Le travail de codification et de compréhension de la jurisprudence en matière de contrats, auquel l'IDEF participe activement, est à même d'induire des gains économiques significatifs pour les régions concernées. En ce sens, ce 34^{ème} congrès est un forum captivant où sera exprimé un panorama inédit de la jurisprudence arabe. Celle-ci pourrait, au cours de vos échanges, nous laisser entrevoir un droit commun des contrats pour la région.

Il apparaît difficile de mettre en place avec

succès les solutions juridiques sans les techniques et les méthodes qui leurs sont étroitement liées. En cela, une formation au droit français aux Emirats a toute sa place.

Votre participation et votre présence à Sharjah aujourd'hui, témoignent de la vitalité et la richesse de notre coopération en droit et pour le français avec les Emirats arabes unis mais aussi avec l'ensemble de vos pays d'origine.

Je vous remercie et vous souhaite à toutes et à tous un excellent congrès.

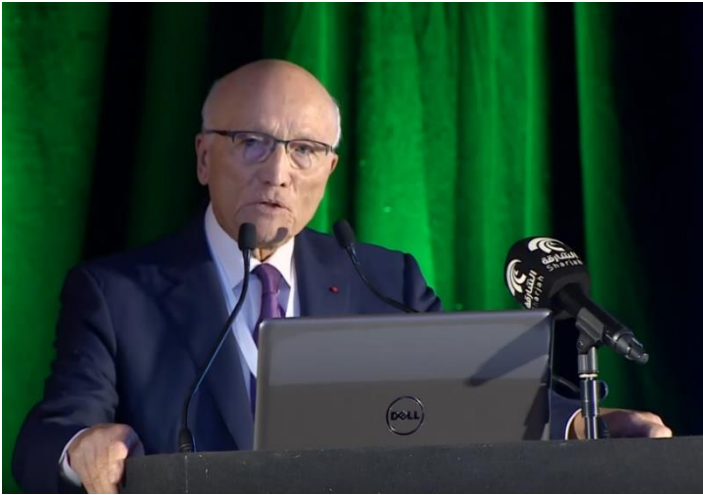


**Discours de Son Excellence l'Ambassadeur
Ludovic Pouille**



Professeur Barthélemy Mercadal

Présentation du Congrès



Barthélemy Mercadal



Son Altesse Sheikh Dr Sultan bin Mohammed Al Qasimi,

The Chancellor Prof Hamid Al Naimiy,

Son Excellence l'Ambassadeur de France aux Émirats Arabes Unis, Ludovic Pouille,

Mesdames, Messieurs les congressistes,

Chers Amis,

L'IDEF se sent particulièrement honoré et mesure la considération qui lui est témoignée à travers la bienveillance avec laquelle il est accueilli par les autorités de l'Université de Sharjah. Il lui est aussi permis, pas simplement de tenir congrès, mais bien mieux, d'expérimenter une méthode de comparaison des droits qui traversent le monde, fondée sur l'analyse des décisions de justice. L'IDEF a tiré l'utilité de cette méthode du premier Doing Business publié par la Banque Mondiale en 2004.

Tout juriste, et au-delà tout patricien du commerce international, notamment banquier, sait que ce

rapport a consacré le système juridique de common law comme le meilleur serviteur de la prospérité des affaires. Mais il a été moins relevé que la justification de ce classement. Le rapport relevait expressément que cela tenait au fait que le common law est un droit fait par le juge qui tranche des litiges réels en jouissant de la liberté de prononcer la solution la plus conforme aux intérêts commerciaux engagés dans le différend séparant les parties. À l'inverse, le système juridique de civil law, qu'on peut qualifier d'émanation de la culture juridique civiliste, est préfabriqué par le législateur qui enferme le juge dans un corset et lui impose, selon la formule bien ciselée de n'être que « la bouche de la loi ». Autrement dit, le premier fait du « cousu main » tandis que le second fait du « prêt à porter », ou encore l'un colle au réel, l'autre surplombe le réel.

L'observation est, à nos yeux, exacte en ce sens qu'un droit ne vaut que ce que valent les décisions des juges qui statuent en son nom. Aussi s'induit-il un syllogisme parfait : si un droit vaut ce que vaut la décision du juge, apprécier un droit revient à apprécier son juge ; donc juger deux droits est juger

deux juges, ou plus juridiquement juger deux jurisprudences. C'est pourquoi, lorsqu'un juriste de la Banque Mondiale, rencontré à Washington en 2011, nous a indiqué que le Président de l'époque, Omar Zoellick, avait invité ses services en charge de la zone MENA (Middle East and North Africa, littéralement « Moyen-Orient et Afrique du Nord »), zone qui couvre tous les pays arabes du golfe arabique à l'océan Atlantique, à rechercher si le droit dans ces pays comportait un fonds de règles communes, la première réaction a été de mener l'enquête à travers la jurisprudence de ces pays. Or, dans le même temps, une avocate libanaise, Rita Khoriaty, concluait sa thèse soutenue à Paris, par un appel aux pays arabes en faveur de l'élaboration de « principes communs du droit des contrats ». Ce rapprochement contenait en lui-même le sujet, la justification et la méthode du Congrès international que l'IDEF tient tous les trois ans.

Il ne restait plus alors qu'à trouver des juristes nationaux prêts à donner de leur temps, beaucoup de leur temps, pour analyser au moins cinquante décisions de leur pays afin de mettre à jour le régime du contrat propre à leur pays. Ce défi a été

relevé comme les débats qui vont ouvrir les travaux de notre Congrès vous le montreront. Mais, d'ores et déjà, ces auteurs ont droit à nos remerciements chaleureux et à notre reconnaissance : sans leur travail ce Congrès n'aurait pas eu lieu.

Mais, à ce stade, il n'est pas encore répondu à la question d'Omar Zoellick. En effet, il faut tirer la quintessence des investigations entreprises. D'éminents juristes se sont attelés à cette tâche dont ils nous feront partager les résultats au cours de nos travaux de demain. Ils doivent donc être associés à nos remerciements et à notre reconnaissance : sans eux le Congrès n'aurait pas davantage eu lieu.

Les informations ainsi recueillies ont naturellement donné l'idée au Professeur Al Mehdawi, cheville ouvrière de l'organisation du Congrès au sein de l'Université de Sharjah, qui mérite tous nos égards, et à ses collègues de la Faculté de droit, d'ajouter une troisième matinée vouée à un atelier, faisant écho aux vœux de Rita Khoriaty, consacré à une réflexion sur l'élaboration d'un modèle commun de droit des contrats dans les pays arabes.

Voilà comment, Mesdames, Messieurs, nous en sommes arrivés à prendre part à ce Congrès. Mais si vous êtes ici en ce 20 novembre 2017, vous le devez à plusieurs concours :

- à la conversation de notre ami, membre de l'IDEF, Harith Al Dabbagh, Professeur à l'Université de Montréal, avec son ami et collègue Safwan Maqsood, qui a ouvert la voie de l'Université de Sharjah ;
- à l'appui du Chancelor Hamid Naimiy qui a mobilisé les énergies de l'Université, dont l'action a été suivie par les services de l'Ambassade de France ;
- et surtout à la bienveillance du Président de l'Université de Sharjah, Son Altesse Sheikh Dr Sultan bin Mohammed Al Qasimi que nous prions de bien vouloir accepter l'expression de notre déférente considération.



Première journée



Séance 1

Orientations de la jurisprudence des Émirats arabes unis et du Bahrein

Sous la Présidence du Professeur Jacques Frémont



Professeur Jacques FREMONT

Président de Séance

Jacques Frémont est le recteur et vice-chancelier de l'Université d'Ottawa. Nommé président de la Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse du Québec par l'Assemblée nationale du Québec en 2013, M. Frémont assumait jusque-là la direction de l'International Higher Education Support Program auprès des Open Society Foundations à New York.

M. Frémont était auparavant doyen de la Faculté de droit à l'Université de Montréal, où il a en outre cumulé les fonctions de provost et de vice-recteur aux affaires académiques jusqu'en 2010. Il a été professeur invité auprès de plusieurs universités au Québec, au Canada, en Europe et en Asie, et il a publié, seul ou en collaboration, de nombreux ouvrages, articles et chapitres de livres dans le domaine du droit constitutionnel et du droit public. En 2012, l'Université de Montréal l'a nommé professeur émérite.

Nombre d'organismes internationaux ont fait appel à l'expertise de M. Frémont tout au long de sa carrière, pour des questions touchant aux droits de la personne, à la saine gouvernance et à la démocratie. M. Frémont a également dirigé plusieurs importants projets de coopération internationale dans le domaine des droits de la personne et de la formation

judiciaire, et il n'a cessé de promouvoir l'enseignement supérieur aussi bien au Canada qu'ailleurs dans le monde.

M. Frémont est diplômé en droit de l'Université Laval (Québec) et il a poursuivi des études supérieures à l'Université York (Toronto). Il a reçu plusieurs prix et maintes distinctions, dont celles de chevalier de l'Ordre des Palmes académiques de la République française (2009) et de docteur honoris causa de l'Université Paul Cézanne (Aix-en-Provence) [2010].

M. Frémont est Président de la Section canadienne de l'IDEF. Il a accueilli en 2014 à ce titre le XXXIIIème congrès de l'Institut à l'Université de Montréal lorsqu'il y était encore Recteur.

Professeur Ali Ahmed Al Mehdawi



بسم الله الرحمن الرحيم
(طبيعة الفقه الإسلامي ونقاط تلاقيه مع الأنظمة
القانونية الوضعية)

*Au nom d'Allah le
miséricordieux
« La nature du Droit
Musulman et ses points de
convergence avec le Droit
Positif »*

Le professeur Ali Ahmed Al Mehdawi
enseigne le droit privé à l'Université
de Sharjah après avoir étudié à
l'Université de Bagdad.
M. Al Mehdawi est également
chercheur et dirige régulièrement des
travaux de thèse.
Il est auteur d'une vingtaine d'articles
sur divers domaines tels que le droit
civil, le droit comparé, les relations
entre le droit comparé et le droit
islamique.

Il est coordonnateur de l'Université de
Sharjah à la convention de
coopération avec l'IDEF.

Le professeur Al Mehdawi est par
ailleurs membre du comité
préparatoire de l'école doctorale du
droit de son Université ainsi que du
programme du droit et de la Sharia.

(طبيعة الفقه الإسلامي ونقاط تلاقيه مع الأنظمة القانونية
الوضعية)

الحمد لله رب العالمين جميعاً، فلم يكن ربّ خَلَقٍ دون خَلْقٍ أو أمةٍ
دون أمة، الذي عَرَفَ نفسه لخلقه بقوله: (الرحمن الرحيم)، و: (إِنَّ
اللَّهَ كَانَ بِكُمْ رَحِيماً) و: (إِنَّ اللَّهَ بِالنَّاسِ لَرَّءُوفٌ رَّحِيمٌ) و: (اللَّهُ أَطِيفٌ
بِعِبَادِهِ)، وكلُّها أسماءُ جمال، والصلاة والسلام على رسولِ الله
محمدٍ المبعوث رحمةً للعالمين، المصدّق لرسالات الله وكتبه، وعلى
جميع الأنبياء والمرسلين، وعلى جميع التابعين المصلحين إلى يوم
الدين.

أما بعد،،،

فدعونا نترقى عن مرتبة الخطابة، ودعاوى حصر الحقيقة في فكرٍ
أو فلسفة معينة وتكفير غيرها، ونرتقي إلى التعامل مع الحقائق
التي لا يردُّ عليها تغييرٌ ولا تبديل، وهي تجمعنا بما لا يصمدُ
أمامها إنكارٌ منكر.

واجتماعنا اليوم دليلٌ على ذلك، فنحن بشرٌ، نرجعُ إلى أصلٍ واحد،
تجمعنا وحدة الإنسانية، نتطلعُ إلى ما به بقاؤنا في القيام والدوام،
بأمنٍ وسلام، وتآخٍ وحبٍّ، ورفاهٍ ووثام، وذلك في حقيقته تعبيرٌ منا
عن الرغبة في تجاوز ضيق الانتماءات الإنثية والآنية إلى حقيقة
وحدتنا في الأصل والإنسانية.

قال تعالى: (وَيُؤْثِرُونَ عَلَى أَنْفُسِهِمْ وَلَوْ كَانَ بِهِمْ خَصَاصَةٌ وَمَنْ يُوقِ شَخْخَ نَفْسِهِ فَأُولَئِكَ هُمُ الْمُفْلِحُونَ)³.

تلاقي الفقه الإسلامي مع المدارس القانونية

بناءً على ما تقدم فإن المدرسة الإسلامية تتوافق مع كلّ مدرسة وفلسفة قانونية بقدر ما من حيث إنها مدارس ومذاهب مادتها الوجود وتفاعلاته فلا بدّ من تحقق الاشتراك معها بقدر ما، وهو القدر الذي تمّ كشفه عن حقيقة الوجود وتفاعلاته. فهي تلتقي مع مدرسة القانون الطبيعى في حدود أنّ طبائع الأشياء معبرة عن قانونها الوجودي، فكان دور العقل السليم إدراك تلك الطبائع والكشف عن قانونها الحاكم عليها. ذلك أنّ الأشياء تحمل طبائعها، فلم تنقرر طبائعها لها إنشاءً بتشريع قانوني، بل القانون يكشف عنها ويعترف بها، مثال ذلك ما يُعرف بـ (حقوق الإنسان)، وماهيات الأشياء. فمعرفتنا بالأحكام تبع لمعرفتنا بطبائع الأشياء من حيث إنّ الأحكام هي ما تقتضيه الطبائع، وطبائع الأشياء معبرة بذاتها عن ذاتها ولوازمها وهي أحكامها. فطبيعة المال ما تشعب به الحاجة، فكان من لوازمها صحة حيازته ونقله بالاغتياض عنه والتبرع به.

والمدرسة الإسلامية تلتقي مع مدرسة القانون الوضعي في حدود ما عليه الإنسان من ملكة وقدرة في إيقاع الأحكام وتنظيم الواقع والوقائع من حيث إنه السيد الحاكم عليها. فذلك أمر وجودي مدرك، وبهذا القدر وقع التلاقي، وما زاد عليه في بحث في ميزاني الحرية والعدل. وهي تلتقي مع المدارس الميتافيزيقية التي تبحث عمّا وراء الطبيعة في حدود أنّ الوجود بعوالمه ومراتبه مترابط، وأنه تجمعه وحدة وجودية. وانحصر الخلاف في مدى استقلال العقل في إدراك تلك العوالم من غير وحي سماوي يكمله ويسدده.

بهذا الاعتبار تسميتها بالأخلاق أيضاً، إلا إنها الأخلاق الظاهرة من حيث إنها صور ما عليه النفس من خلق. فكان الخلق الظاهر صورة خلق النفس الباطن.

فتنزل الأمر من الأعلى إلى الأدنى، وارتفع أثر السلوك الحسن من الأدنى إلى الأعلى، واجتمع الكل فيك أيها الإنسان من حيث إنّك الغاية التي ينتهي إليها التنزل، والبداية التي ينطلق منها الترقى في الوجود، قال تعالى: (أَلَمْ تَرَ كَيْفَ ضَرَبَ اللَّهُ مَثَلًا كَلِمَةً طَيِّبَةً كَشَجَرَةٍ طَيِّبَةٍ أَصْلُهَا ثَابِتٌ وَفَرْعُهَا فِي السَّمَاءِ، تُؤْتِي أُكْلَهَا كُلَّ حِينٍ بِإِذْنِ رَبِّهَا وَيَضْرِبُ اللَّهُ الْأَمْثَالَ لِلنَّاسِ لَعَلَّهُمْ يَتَذَكَّرُونَ) ¹، والشجرة الطيبة تمثّل للإنسان المؤمن بهذا الترابط الوجودي ووحدته، الظاهر فيه بإنسانيته²، فانتشر أثره الطيب وعمّ المراتب الوجودية. فصحّ أنّ الفقه الإسلامي فقه وجود، وإنه فقه تقرير وتقييم. فلم تنقيد قاعدة التشريع فيه بوجود دون وجود، ولم يقع فيه فصل التكليف في السلوك عن حسن خلق النفس القائم على سلامة العقيدة. فانقسم الحكم الشرعيّ على هذا الأصل باعتبار متعلّقه إلى قسمين؛ حكم شرعيّ تكليفيّ من وجوب وحرمة وندب وكراهة وإباحة متعلّقه أفعال المكلفين، وحكم وضعي متعلّقه السبب والشرط والمانع والصحة والبطلان والفساد.

وقد تصدّر الإنسان مراتب الوجود لحكم جميعته الحقائق الوجودية في نشأته، وذلك ثابت شرعاً وعقلاً. فأمكن القول أنّ فقه الوجود مختص بالقلب لتقلّبه في الوجود بحثاً عن حقائقه وأساره، وأنّ فقه التقرير مختص بالعقل لإدراكه الأمور وتقريرها على ما هي عليه بحسب طبائعها ونشأتها، وأنّ فقه التقويم مختص بالنفس المتوجهة إلى الظهور في الخارج والتأثير فيه بأفعال وأقوال، فافتضى حالها تقويمها لتتحد بصورة العقل والقلب بتجاوزها شحّها، وهو أنانيّتها،

ونحن متنوّعون، وتنوّعنا ضمن وحدتنا الإنسانية حكمه إلهية تبرز بها تفاعلاتنا الوجودية للكشف عن المعارف والعلوم، وبلوغ الحقائق التي بتحصيلها تحصيل كمالنا. فكان التنوّع دليل افتقارنا لتحصيل كمالنا، وكما قيل: (فالكل مفتقر ما الكل مستغن). فأنا مفتقر إلى الطعام والشراب والملبس والسكن والتداوي لبقائي، وهؤلاء مفتقر إلى المزارع والصانع والمهندس والعامل والصيدلي والطبيب والناقل والمزوّد... ونحوهم، فأنا مفتقر إليهم، وهم مفتقرون إليّ من حيث أنّي المستهلك الذي تنتهي به حلقة الدورة الاقتصادية، فافتقرنا إلى تنظيم المعاملات المالية. وأنا مفتقر إلى الزوجة والولد لدوام نوعي الإنسان، وهم مفتقرون إليّ، والكل مفتقر إلى الأرض أمنا التي ننتمي إليها ونقيم عليها ونرجع إليها، وهي مفتقرة إلينا لإظهار ما فيها من خيرات وإقامة الحياة عليها.. فكان افتقارنا الدائم علّة بحثنا عمّا به بقاؤنا ودوامنا، وبطريقة تليق بمقامنا الإنساني الموجب لاجتماعنا على أمن وسلام، ونبذ كلّ ما يهدده، ودفع تحدياته.

طبيعة الفقه الإسلامي

أقول: إنّ كلّ مهم بدراسة الفقه الإسلامي يجد، على العموم من غير تخصيص، أنه:

فقه عقيدة توحيد، تقريراً لحقيقة الوحدة الوجودية في ارتباطها بموجودها، الله تعالى، ووحدة ظهوره على ملكه بالوحيته وربوبيته. فكانت عقيدة التوحيد الصورة العقلية للوحدة الوجودية. فقه أخلاق نشأت على تلك العقيدة من حيث إنّ الأخلاق صورة تخلّق النفس على ما تعتقده وتدين به. فكان خلق النفس صورة العقيدة العقلية.

فقه سلوك ومعاملات تصدر عن تلك النفس المتخلّقة بعقيدتها. فجاز

بكمال النظام الاجتماعي فامتنع إباحة الاحتكار، وبجمع ذلك عموماً (النظام العام والأداب العامة) التي لا تجوز مخالفتها.

- **السبب الباعث:** لا بد لكل تصرف من باعث عليه، يعدّ غرضاً باعتبار تصوره ذهنياً، والتصور سابق في وجوده على وجود العقد، وغاية باعتبار وجوده في الخارج، وذلك لاحق على العقد. فتوسط العقد بين التصور السابق والغاية اللاحقة، فلزم أن الباعث عنصر في التعبير عن الإرادة وليس ركناً في العقد على الحقيقة. وبهذا جاء قول الإمام الغزالي: (اعلم إنَّ النية والإرادة والقصد عبارات متواردة على معنى واحد، وهو حالة وصفة للقلب يكتنفها أمران؛ علم، وعمل. العلم يقُدُّه لأنه أصله وشرطه، والعمل يتبعه لأنه ثمرته وفرعه، وذلك لأنَّ كل عمل، أعني حركة وسكون اختياري، فإنه لا يتم إلا بثلاثة أمور؛ علم وإرادة وقدرة. لأنه لا يريد الإنسان ما لا يعلمه، فلا بدَّ وأن يعلم، ولا يعمل ما لم يرد، فلا بدَّ من إرادة. ومعنى الإرادة انبعاث القلب إلى ما يراه موافقاً للغرض إما في الحال أو في المال. فقد خلق الإنسان بحيث يوافقه بعض الأمور ويلائم غرضه، ويخالفه بعض الأمور، فيحتاج إلى جلب الملائم الموافق إلى نفسه، ودفع الضار عن نفسه. فافتقر بالضرورة إلى معرفة وإدراك للشئ المضرِّ والنافع حتى يجلب هذا ويهرب من هذا... والعضو لا يتحرك إلا بالقدرة، والقدرة تنتظر الداعية الباعثة "أي الإرادة"، والداعية الباعثة تنتظر العلم والمعرفة، أو الظن والاعتقاد، وهو أن يقوى في نفسه كون الشئ موافقاً له⁸). وظاهر في ذلك طريقة تقرير الحكم على العلم المستند إلى المعلوم، وهو حقيقة ما عليه الإنسان في تصرفاته الإرادية.

نفسه ومن حيث تفاعله، ويسمى بهذا الاعتبار معلوماً، وتصوره علماً، فكان العلم تبع المعلوم. فإدراك المعلوم على ما هو عليه علم، وعلى غير ما هو عليه جهل، ثم تأتي بعد ذلك مرتبة الحكم، فكان الحكم فرع التصور، أي فرع عن العلم بل الحكم من حقيقة المعلوم المدرك. ولكن لما تثبت إدراكه لغرض إيقاعه على الواقع كان فرعاً عن العلم.

تطبيقات قاعدة " العلم تبع المعلوم والحكم فرع التصور " في العقود

ويظهر فيها بوضوح التلاقي بين المدرسة الإسلامية والأنظمة القانونية، ومراعاةً للوقت المخصص لعرض هذه الورقة البحثية نقتصر على الآتي:

1. أولاً: المتعاقد من حيث هو معلوم وما يقتضيه هذا المعلوم من أحكام

الإنسان عالم بما به بقاؤه ودوامه، مريد لذلك، قادر عليه ما لم يرد مانع يمنعه من ذلك. فتقدمت فيه مرتبة العلم بمقاصده، وذلك هو الغرض، فحرك العلم دواعي الإرادة فانبعثت له لتحصيل تلك المقاصد بعينها، فحركت الإرادة دواعي القدرة على تحصيلها في الخارج بالفعل. وعلى هذه العوامل قامت أحكام كائنية وتفصيلية، منها:

- **إنَّ الأصل في الأشياء و المعاملات الإباحة:** فكان المنع عارضاً يجب إثباته موجب، وموجب المنع ثبوت المناقضة لكمال الإنسان في ذاته أو نظامه الاجتماعي، فنقول المخدرات تخلّ بالكمال الصحي والعقلي للإنسان ولها خطرهما على بيئته الاجتماعية فامتنعت إباحتها، واحتكار ضرورات الناس يخلّ

ومثال ثبوت التلاقي على وجه التفصيل ما تقرر عند علماء أصول الفقه الإسلامي أنَّ المصالح الدنيوية، مصالح المعاش، يستقل العقل بإدراكها دون توقف على ورود الشرع، وإنما يأتي الشرع مقررّاً لعمل العقل ومسداً له، وجاء في ذلك أقوال، منها: (أما مصالح الدنيا وأسبابها ومفاسدها فمعروفة بالضرورات والتجارب والعادات والظنون المعتررات، ومن أراد أن يعرف المتناسبات والمصالح والمفاسد راجعها ومرجوحها فليعرض ذلك على عقله بتقدير أن الشرع لم يرد به ثم يبني الأحكام فلا يكاد حكم منها يخرج عن ذلك إلا ما تعبد الله به عباده ولم يفهم على مصلحته أو مفسدته، وبذلك تعرف حسن الأعمال وقبحها)⁴. فشكّل العقل القاعدة التي قام ويقوم عليها الاشتراك القانوني في كل زمان ومكان، وما زاد على ذلك فهو الجانب التعبدية المتمثل في رؤية فضل الله على العبد بمنحه العقل السليم واستخلافه في إقامة نظامه على ما هو عليه من كرامة إنسانية، وفيه قالوا: (إنَّ أحكام الله معللة بمصالح العباد)⁵ و: (أنَّ ما من تصرف إلا وله جانب تعبدية)⁶. فنقرر بذلك صحة ما أطلق عليه (السياسة الحكمية) من الحكمة، وهو وضع الأشياء في مواضعها، من حيث موافقته لميزان الشرع في الكشف عن حقائق الأشياء وموازينها الوجودية، يؤكد ذلك ما تقدم أنَّ أحكام الشريعة معللة بمصالح العباد، والعلة هي الباعثة على تشريع الأحكام أو الموجبة لها، فهي حكمة التشريع، وهي باعتبار نسبتها إلى العباد مصالحهم⁷.

القاعدة الجامعة لبيان الأحكام وصناعة التشريع:

مهما اختلفت المدارس القانونية فإنَّ مردّها إلى اعتماد الواقع مبدأً لبيان الأحكام وصناعة التشريع، ونريد بالواقع الموجود من حيث

الصحيح والعقد الباطل، وثلاثياً، وهو العقد؛ الصحيح والباطل والفساد، والفساد هو العقد الذي يشبه العقد الصحيح بأصله والباطل بوصفه¹³، وهو عقد قابل للفسخ لا ترد عليه الإجازة. ولكن يمتنع فسخه لتعذره إذا زاد المشتري على المحل زيادة متصلة لا تنفصل عنه أو إذا غيّر أو تغيّرت ماهية المحل تحت يده، وكذلك إذا تمّ التصرف بالمعقود عليه حماية للغير.

3. إنّ متعلّق التعبير إرادة المعبر ذاته، فقامت على ذلك أحكام نسبية آثار العقد.

4. لما كان أصل العقد توافق أو ترابط إرادتين معتبرتين، وإنّ كل مريد يملك حرية توجيه إرادته إلى تحقيق مراده، كان العقد شريعة المتعاقدين. فلزم أنّ المنع عارض يردّ على العقد من خارج.

ثالثاً: المحل من حيث هو معلوم وما يقتضيه من أحكام

1. المحلّ من حيث هو مال متقوّم كلّ ما تُشغ به حاجة إنسانية على وجه غير ممنوع وبصحّ لشخص التبادل به. فإن قامت المنفعة المشروعة به دون توفر سلطة شخص عليه فذلك هو المالّ المباح، كالطير في الهواء والسّمك في الماء. فوجب في المحل أن يكون مالاً متقوّمًا.

2. إنّ لازم إضافة العقد إلى المحل وجود المحل أو قابليته للوجود من حيث إنّ معقول الإضافة ربط بين موجودين حقيقة أو حكماً، والمستحيل معدوم الوجود، فلا تصدق عليه إضافة. كما أنّ المضاف والمضاف إليه موجودان مستقلان، وبالتالي لم يكن المحل على التحقيق ركناً في العقد.

3. إنّ الإرادة توجه مخصوص لأمر مخصوص فلزم أن يكون المحل متعيّناً أو قابلاً للتعيين ابتداءً، كما في التصرف الناجز، أو انتهاءً كما في الالتزام التخييري.

للإرادة حتى يقوم الدليل على خلافه، وذلك من مقتضيات الواقع من حيث إنّ الإنسان لا يريد ما لا يعلم، وتعبيره دليل على توجه إرادته. فإن كان التعبير صريحاً، وانتفى المانع من الاعتداد به، ومثال المانع عيوب الرضا واختلاف اللغة، وجب الحكم بصدق دلالة التعبير على الإرادة، فلا يقبل من صاحبه تكذيب صدق تلك الدلالة لمظنة تهربه مما التزم به. وإن كان التعبير غير صريح، وهو الذي يحتمل أكثر من وجه وجب البحث عن الإرادة المشتركة للمتعاقدتين بالعرف أو العادة بين المتعاقدين أو عن طريق التفسير. فلم يكن محل الاختلاف على التحقيق الاعتداد بالإرادة الباطنة أو الظاهرة بل محله معيار قوة دلالة الإرادة الظاهرة على الباطنة، وصدقها عليها، وإلا كيف تسنى الاعتداد بأحكام عيوب الإرادة مثلاً متى وقع التعبير في العقود المبرمة مع تلك العيوب صريحاً، وكذلك أحكام تفسير عبارات العقد وشروطه متى وقع التعبير عنها بعبارات غير صريحة؟ وقد جاء صريحاً في ارتباط صحة العمل بالنية بالحديث الشريف المشهور: (إنما الأعمال بالنيّات)، وفي تفصيل ذلك قالوا: (فالنية روح العمل وليّه وقوامه، وهو تابع لها، يصح بصحتها ويفسد بفسادها)¹²، وذلك صريح في ربط العمل بالنية، أي الإرادة، ومنه التعبير عنها بقول أو فعل، وأنه تابع لها في الصحة والفساد.

2. ارتباط الإرادتين هو الأثر المترتب على اتفاق المتعاقدين على جميع المسائل الجوهرية في العقد، وذلك دليل على صحة العلم وسلامة الإرادة وصدق التعبير عنها، مع ملاحظة أن ميزان تلك المسائل ما كان مشروعاً أما غير المشروع منها فلا يحميّه الاتفاق. فلم يكن امتناع انعقاد العقد عليها انعدام الاتفاق بل عدم مشروعيته. ومن هنا جاء تقسيم العقود تقسيماً ثنائياً، وهو العقد

• **عيوب الرضا:** لما كان التعبير مسبقاً بالإرادة والإرادة مسبقة بالعلم كان محل الغلط العلم من حيث إنه وهم قام في ذهن المتعاقد من غير تدخل المتعاقد الآخر، فصور له وهم الأمر أو الشيء على غير حقيقته، ولذلك لا ينعقد العقد إذا وقع الغلط في ماهية العقد أو شرط من شروط انعقاده أو في المحل لعدم مطابقة القبول للإيجاب⁹. وكان محل الإكراه الإرادة من حيث إنه قهر لها في توجيه القدرة إلى إبرام عقد لم ترضه، مع توفر العلم به، وبهذا جاء التعليل بأن الإكراه بنوعيه يعدم الرضا، وإن توفر الاختيار في الإكراه غير الملجئ وانعدم في الإكراه الملجئ، فكان المعتبر في الحالتين انعدام الرضا، وهو المؤثر بسلامة العقد، وهذا مبني على أنّ الرضا منصرف إلى حكم العقد بينما ينصرف الاختيار إلى عبارة العقد، وهو اتجاه الحنفية¹⁰. أما التفرير مع الغبن فمحله العلم والإرادة، ذلك أنّ التفرير يصيب العلم من حيث إنّ أثره تصوير الواقع على غير ما هو عليه حقيقةً بوسائل احتيالية، فكان ظناً خاطئاً تسببت به تلك الوسائل، فتبع ذلك توجّه الإرادة إلى تحصيل المطلوب بأعلى من قيمته السوقية بما لم تكن لترضى به لو تحقق علمها به¹¹، وكذلك الحال في الاستغلال. ومن هنا كان مردّ عيوب الرضا إلى عيب يصيب صحة العلم أو سلامة الإرادة أو الاثنين معاً. فوجب للاعتداد بالتعبير أن يكون عن علم صحيح وإرادة حرّة.

ثانياً: التراخي من حيث هو معلوم وما يقتضيه من أحكام

1. التراخي من باب التفاعل، أي تفاعل رضا مع رضا، وقد وقع الاختلاف في موجب الاعتبار هل هو توافق إرادتين أم تطابق تعبيرين؟ وشاع أنّ الفقه الإسلامي يعتدّ بالإرادة الظاهرة دون الباطنة، وليس الأمر كذلك، ذلك أنّ الأصل مطابقة التعبير

القانونية الأخرى، وإمكان تقديم قانون نموذجي يجمع بينها ويعبر عن اشتراكها، يصلح الرجوع إليه، وتقرير عقود نموذجية عنه.



عرفاً كالمشروط شرطاً) فوجب التنفيذ طبقاً للعرف الخاص الدال على توجّه الإرادة غير الصريح إليه، وقبولها به.

- المستوى الثالث طبقاً لمبدأ حسن النية في التعامل: النية بمعنى الإرادة، وهي أمر باطن، وحسنها أمر أخلاقي، وذلك مما يتفاوت من شخص لآخر فاحتاج الأمر إلى ضابط موضوعي، فانحصر الضابط في أمرين، أحدهما ما تقرر كشفاً بضابط شرعي أو قانوني، والثاني ما تقرر كشفاً في معاملات عموم الناس لدلالته على حسن ما هم عليه، اعتباراً بأن اجتماعهم في الخير دون الشر، وقد جاء في ذلك: (ما رآه المسلمون حسناً فهو عند الله حسن)¹⁴. فأمكن بهذا الاعتبار عدّه عرفاً عاماً في تنفيذ الالتزامات التعاقدية، فالتزمت الإرادة بتنفيذه بحكم التوجه العام. والعموم هنا أوسع من العموم في المستوى الثاني.
- 3. يتخرّج على ما تقدّم جواز تعديل الالتزامات التعاقدية في ظلّ الظروف الطارئة لاعتبارين، أحدهما أنّ الإرادة إنما تتوجه إلى إنشاء التزاماتها التعاقدية في ظلّ ظروف اعتيادية مألوّفة، اعتباراً بأنّ العلم قد تصوّر العقد ومدى الالتزامات في ظلّ تلك الظروف، فتقيّد توجه الإرادة بهذا الواقع تبعاً لتقيّد العلم به، فما خرج عن هذا الحدّ كان غير مراد لها حقيقةً. والثاني أنّ مقتضى العدل الإبقاء على العقد تقريراً لإرادة أطرافه، واعتبار أثر ما طرأ من ظروف تقريراً لحكم الواقع، فتعيّن الاعتراف بالأمرين والموازنة بينهما، فإن لم يقع بالتراضي جاز للمدين طلب تدخل القاضي لتحقيق التوازن في الالتزامات التعاقدية.

وبعد؛ فلا يسع المقام لتفصيل انحلال العقد من حيث هو معلوم وما يقتضيه من أحكام، وفيما تقدم في هذا الموجز كفاية في إثبات سعة قاعدة الاشتراك القانوني بين المدرسة الإسلامية والمدارس

4. إنّ العلة في التعاقد على محلّ ما هي إشباع حاجة به فلزم أن يكون مقدور التسليم.

5. إنّ لازم إشباع الحاجة المتوقعة للمتعاقد سلامة المحل من العيوب الخفية المؤثرة سلباً في قيمته أو منفعته، فقامت على أرضية هذا الأصل أحكام الفسخ للعيب.

رابعاً: تنفيذ الالتزامات التعاقدية من حيث هو معلوم وما يقتضيه من أحكام

1. الأصل إنّ الإنسان يملك إلزام نفسه بإرادته، ومن هنا صحّ إطلاق لفظ العقد على ما التزم به لا من حيث هو ارتباط تعبيرين بل من حيث إنّ المرید عقد عزمه على إلزام نفسه بما لم يكن لازماً له من قبل، كما في النذر في العبادات، والطلاق في الأحوال الشخصية، وإبراء الدائن مدينه، والوصية، وإجازة العقد الموقوف، وما يدخل تحت عنوان (الإرادة المنفردة) في المعاملات المالية. ولا ينبغي جعل ذلك خلافاً جوهرياً بل هو خلاف لفظي لاختلاف المتعلّق في الأمرين.

2. إنّ لازم الأصل المبين في الفقرة السابقة وجوب تنفيذ المتعاقد لالتزاماته طبقاً لثلاثة مستويات:

- المستوى الأول طبقاً لما اشتمل عليه العقد: ذلك إنّ التوجّه الأول للإرادة هو تخصيصها عقد بعينه دون سواه، وتضمينه شروطاً إرادية، فكان تنفيذ ما تقتضيه طبيعة ذلك العقد وما تضمنه من شروط هو لازم التوجه الأول للإرادة، فوجب التنفيذ طبقاً لذلك التوجّه الصريح.
- المستوى الثاني طبقاً لما جرى به العرف: إنّ لازم جريانه في ميدان تعامل معيّن هو العلم به وبأحكامه من حيث إنّ دلالة العرف أنه معروف، فكان مقتضى سكوت الإرادة عن الاتفاق على خلافه قبولها الضمني به، ومن هنا تقرر مبدأ: (المعروف

1. [↑] سورة إبراهيم / الآية 24-25.
2. [↑] أنظر تفسير الطبري وتفسير القرطبي للآية .
3. [↑] سورة الحشر / الآية 9.
4. [↑] عز الدين بن عبد السلام، قواعد الأحكام في مصالح الأنام، دار الجيل، ط2/1980م، 1/10.
5. [↑] أنظر: الموافقات في أصول الفقه، الشاطبي، إبراهيم بن موسى، مطبعة محمد علي صبيح وأولاده، مصر، 1969م، 4-3/2.
6. [↑] أنظر: الشاطبي، الموافقات، 2/231-235، أحمد بن إدريس القرافي، الفروق، دار إحياء الكتب العربية، مصر، 1344هـ، 141-140/1.
7. [↑] أنظر: الشاطبي، الموافقات، 1/179، علي بن عبد الكافي السبكي وولده، الإبهاج في شرح المنهاج، دار الكتب العلمية، بيروت 1984م، 141-140/3، محمد بن عمر الرازي، المحصول في علم الأصول، جامعة الإمام محمد بن سعود الإسلامية 1981م-، 2/389، محمد الغزالي، شفاء الغليل في بيان الشبه والمخيل ومسالك العلة، مطبعة الإرشاد، بغداد 1971م-، ص 612، نهاية الوصول، 2/215، جمال الدين الأسنوي، نهاية السؤل في شرح
- منهاج الإمام البيضاوي، مطبعة التوفيق الأدبية، مصر، 3/91-92.
8. [↑] محمد الغزالي، إحياء علوم الدين، دار القلم -بيروت، 4/326 وقد أثبتنا عدم ركنية المحل والسبب في العقد وأنهما من لوازم العقد وليساً أركاناً فيه، وذلك في رسالتنا لنيل درجة الماجستير، نوقشت في جامعة بغداد في فبراير عام 1992م، والموسومة: نظرية السبب "دراسة مقارنة بين الفقه الإسلامي والفقه القانوني المدني"، راجع ص 182 وما بعدها. وبهذا المعنى جاء للأستاذ السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، دار النشر للجامعات، مصر 1952م-، ف294، قوله: على أنّ هناك مأخذين على القانون الجديد جمعا في العبارة التي صدرت بها المادة 136، فقد جاء في صدر هذه المادة "إذا لم يكن للالتزام سبب"، فالسبب قد نسب إلى الالتزام، وكان الأولى أن ينسب إلى العقد، إذ هو متلازم مع الإرادة.. ثم افترض النص احتمال أن يكون هناك التزام دون سبب، وهذا احتمال لا يتصور. فما دما نجعل السبب هو الباعث فكل إرادة لا بدّ أن يكون لها باعث إلا إذا صدرت من غير ذي تمييز).
9. [↑] أنظر المادة 194 من قانون المعاملات المدنية، والمذكورة الإيضاحية، ص 143.
10. أنظر: المادتين 948 و949 من مجلة الأحكام العدلية، والمادتين 286 و288 من مرشد الحيران، وكلاهما تقنين للفقه الحنفي، وأنظر كذلك المذكرة الإيضاحية لقانون المعاملات المدنية ص. 130.
11. أما إذا وقع التبرير (التدليس) بكتمان العيب في المعقود عليه فإنّ فسخ العقد مبناه على خيار العيب، وهو مذهب الأئمة؛ مالك والشافعي وأحمد بن حنبل. أنظر: حاشية الدسوقي على الشرح الكبير، 3/115، ونهاية المحتاج في شرح المنهاج، 4/69-70.
12. [↑] أعلام الموقعين، 3/123.
13. [↑] جاء في المبسوط للسرخسي، (8/8 والأصل أنّ العقد الفاسد جائز في الحكم لأنّ صفة الفساد لا تمنع انعقاد العقد بل تدل على انعقاده، فإنّ قيام الوصف بالموصوف، وأنّ الصفة تبع، وبانعدام التبع لا ينعدم الأصل).
14. [↑] وهو ثابت ولكن قيل أنه موقوف على الصحابي ابن مسعود رضي الله عنه وقيل أنه مرفوع إلى النبي عليه الصلاة والسلام.

Professeur Ali Ahmed Al Mehdawi

Traduction de la communication

Au nom d'Allah le miséricordieux

La nature du Droit Musulman et ses points de convergence avec le Droit Positif



Le professeur Ali Ahmed Al Mehdawi enseigne le droit privé à l'Université de Sharjah après avoir étudié à l'Université de Bagdad.

M. Al Mehdawi est également chercheur et est dirige régulièrement des travaux de thèse.

Il est auteur d'une vingtaine d'articles sur divers domaines tels que le droit civil, le droit comparé, les relations entre le droit comparé et le droit islamique.

Il est coordonnateur de l'Université de Sharjah à la convention de coopération avec l'IDEF.

Le professeur Al Mehdawi est par ailleurs membre du comité préparatoire de l'école doctorale du droit de son Université ainsi que du programme du droit et de la Sharia.

Louange soit à Allah, Dieu de toutes les créatures, puisqu'il n'est pas le Dieu d'une nation ou communauté au détriment d'une autre, il s'est présenté à ses créatures par ses paroles : "le Tout Miséricordieux, le Très Miséricordieux", "Allah est miséricordieux envers vous", "Allah, certes est Compatissant et Miséricordieux pour les hommes", et ce sont toutes des expressions de beauté, paix et bénédiction soient sur son prophète Muhammad, ainsi que sur tous les prophètes et messagers.

Nous devons nous élever des discours, et des appels à la limitation de la vérité dans une pensée ou philosophie donnée et nous élever au niveau nous permettant d'approcher les vérités inchangeables qui nous unissent et ne peuvent être niées.

Notre rencontre d'aujourd'hui en est une preuve patente, puisque nous avons la même origine et sommes unis par l'humanité, nous aspirons à ce qui assurera notre continuité dans un environnement paisible. Et ceci illustre notre volonté de dépasser les étroitesse des appartenances temporelles et conditionnelles vers la vérité de l'unité de nos origines et humanité.

Nous sommes différents dans notre unité et notre diversité dans notre unité humaine est une sagesse divine qui met en exergue nos interactions existentielles pour la révélation des connaissances et des sciences et la découverte des vérités dont notre perfection est tributaire.

La diversité est un indicateur de notre imperfection et comme on dit : Nous sommes tous dans le besoin nul ne peut s'en passer. Si moi j'ai besoin de nourriture, d'habits, de logement, de médication pour survivre, d'autres ont besoin du fermier, de l'artisan, de l'ingénieur, de l'ouvrier, du pharmacien, du médecin, du transporteur et fournisseur... et autres, j'ai besoin d'eux et ils ont besoin de moi en tant que consommateur qui clôt le cycle économique, d'où le besoin de réguler les transactions financières. J'ai aussi besoin de l'épouse et de l'enfant pour assurer la continuité de l'espèce humaine, et ils ont besoin de moi, et nous avons tous besoin de la terre à laquelle nous appartenons et où nous résidons et la terre a besoin de nous pour révéler ses richesses et assurer la vie. Notre éternel besoin a été notre motif de rechercher ce qui assurera notre pérennité, d'une manière qui soit conforme à notre nature humaine devant nous réunir en paix et sécurité, et repousser tout ce qui pourrait la menacer.

Nature de la doctrine islamique

Tout intéresse par l'étude de la doctrine islamique trouve, en général que :

1. Il s'agit d'une doctrine d'unité, comme affirmation de la vérité de l'unité existentielle dans sa relation avec son créateur, Allah, et l'unité de son apparition dans son royaume par sa divinité.
2. Une doctrine de mœurs, qui se sont illustrées dans le sens ou les mœurs constituent l'image de l'imprégnation de l'individu de ses croyances et convictions.
3. Une doctrine de conduite et de comportements qui émanent de cet individu et qui sont imprégnés par sa croyance. Il est ainsi acceptable de l'appeler aussi mœurs sauf qu'il s'agit de mœurs apparentes dans la mesure où elle constitue la manifestation apparente des qualités intrinsèques de l'individu.

Il est certain de que la doctrine islamique est une doctrine d'existence, et que c'est une doctrine d'observation et de rectification. La règle de législation ne s'est pas limitée a une existence sans en considérer d'autres, et il n'a pas été différencié entre l'obligation de se conformer à une conduite et les bonnes mœurs basées sur une foi saine.

L'ordre est ainsi venu d'en haut vers le bas, et

l'effet de la bonne conduite est remonté de bas en haut, et tout est réuni en toi, Ô l'homme, puisque tu es la finalité, et le début où s'initie l'élévation dans l'existence. Allah a dit : « *N'as-tu pas vu comment Allah propose en parabole une bonne parole pareille à un bel arbre dont la racine est ferme et la ramure s'élançant dans le ciel ? Il donne à tout instant ses fruits, par la grâce de son Seigneur. Allah propose des paraboles à l'intention des gens afin qu'ils s'exhortent* ⁱ », ⁱⁱ et le bel arbre représente la personne croyante en cette lien existentiel et son unité, présent par son humanité, et son bon effet s'est ainsi répandu et a couvert les degrés existentiels.

Les dispositions légales musulmanes sont classées en deux catégories, une disposition qui comporte une obligation en ce qui concerne le caractère obligatoire, interdit, non souhaité et permis relativement aux faits des personnes "obligées", et une disposition positive portant sur la cause, la condition de formation, l'empêchement, la validité, la nullité et le vice.

L'être humain vient au premier rang des degrés existentiels puisqu'il rassemble les vérités

existentielles dès sa naissance, ce qui est prouvé par la Charia et par la raison. C'est ainsi que l'on peut dire que la doctrine de l'existence concerne le cœur pour sa fluctuation à la recherche des vérités et secrets de cette dernière ; que la doctrine de l'observation concerne la raison puisqu'elle assimile les choses et les interprète selon leur genèse et leur nature et que la doctrine de la rectification concerne l'âme émergeant vers l'extérieur et l'influencer par des actes et des paroles, son état a donc nécessité sa rectification pour qu'elle soit à l'image de la raison et du cœur en dépassant son avarice, et par là son égoïsme. Allah a dit : *« et ne ressentent dans leurs cœurs aucune envie pour ce que [ces immigrés] ont reçu, et qui [les] préfèrent à eux-mêmes, même s'il y a pénurie chez eux. Quiconque se prémunit contre sa propre avarice, ceux-là sont ceux qui réussissent »*.ⁱⁱⁱ

LA CONVERGENCE DE LA DOCTRINE ISLAMIQUE ET LES ECOLES JURIDIQUES

Sur la base de ce qui précède, l'école islamique est compatible avec toute école et philosophie juridique d'autant qu'il s'agit d'écoles et de

doctrines dont la matière est l'existence et ses interactions, il s'avère nécessaire de réaliser une participation avec elle dans une certaine mesure, la même mesure indiquée par la réalité de l'existence et ses interactions. Elle rejoint l'école du droit naturel dans la mesure où les caractéristiques des choses expriment leur loi existentielle, d'où le rôle de l'esprit sain dans la réalisation de ces caractéristiques et de relever la loi qui les gouverne. Les choses portent leurs caractéristiques, ces caractéristiques ne sont pas déterminées par la législation, mais la loi les révèle et les reconnaît. On peut citer à titre d'exemple ce qui est connu comme (les droits de l'Homme), les substances des choses.

C'est ainsi que notre connaissance des dispositions légales (la Charia) découle de notre connaissance de la nature des choses, dans la mesure où les dispositions sont ce que la nature exige, et la nature des choses s'explique par elle-même. Ainsi, la nature de l'argent est ce qui comble le besoin, et l'une de ses conditions est la validité de sa possession son transfert ou cession en en faisant donation.

C'est ainsi qu'elle rejoint l'école du droit positif

en ce qui concerne le pouvoir détenu par l'être humain pour l'élaboration des lois et l'organisation de la réalité et des faits puisqu'il en est le maître. Ce qui constitue un aspect existentiel, et c'est dans cette mesure que la rencontre a eu lieu, et tout ce qui est au-delà résulte de l'équilibre entre la liberté et la justice.

La doctrine islamique rejoint les écoles métaphysiques qui recherchent au-delà de la nature dans la limite où l'existence par ses caractéristiques et niveaux est reliée, et elle est unie par une unité existentielle.

Le désaccord se limitait à l'étendue de l'indépendance de l'esprit dans la perception de ces mondes sans révélation céleste qui la complète.

Et la preuve explicite de la convergence, est la conclusion des experts de la jurisprudence islamique que les intérêts terrestres, ne sont réalisés que par la raison indépendamment des dispositions légales (Charia), mais ces dernières viennent pour confirmer le travail de la raison. On trouve quelques citations dans ce sens.

L'esprit humain est ainsi la règle sur laquelle repose l'affinité juridique dans tous temps et lieux. De plus, le volet culturel illustré par la constatation de la grâce de Dieu sur son serviteur en le dotant d'un esprit sain et les pouvoirs qui lui ont été donnés pour asseoir une organisation humaine telle qu'elle est en garantie de la dignité humaine. C'est dans ce sens que l'on dit : (les lois de Dieu sont justifiées par les intérêts des serviteurs)^{iv} et (toute action a un aspect culturel)^v.

Ce qui confirme ladite " politique de sagesse", qui consiste en le placement des choses en leur lieu, en accord avec le rapport de la législation musulmane dans l'identification des réalités des choses et leur équilibre existentiel. Ce qui est confirmé par le propos des chercheurs dans les fondamentaux de la religion selon lequel les dispositions de la Charia sont justifiées par les intérêts des gens, et le motif est le déclencheur de la confection des législations, et représentée par l'intérêt des serviteurs.

Elle partage avec toutes les écoles dans la capacité de l'esprit à cerner les intérêts communs.

La règle qui rassemble l'ensemble des règles législatives et l'élaboration des lois.

Malgré la diversité des écoles juridiques, et la pluralité de leurs doctrines, elles tiennent à considérer la réalité comme principe pour l'évidence des dispositions et l'élaboration des lois. On entend par la réalité toute chose existante de par soi ou de par son interaction, et elle est ainsi désignée comme "Le connu", et sa conception une connaissance et c'est ainsi que la connaissance suit le connu. Assimiler le connu tel qu'il est une connaissance, et autant qu'il n'est pas une ignorance, ensuite vient le niveau du jugement, où le jugement vient de la conception, c'est à dire une branche de la connaissance mais le jugement vient de la réalité de la chose connue. Mais lorsqu'on prouve son assimilation pour le transposer à la réalité il devient une branche de la connaissance.

Les applications de la règle "La connaissance suit le connu et le jugement vient de l'imagination" dans les contrats.

On retrouve clairement la rencontre entre l'école islamique et les systèmes juridiques, et compte tenu du temps limite nous allons nous concentrer sur :

I. Le contractant en ce qui concerne le connu et les conditions de celui-ci

L'être humain est conscient de ce qui assure sa survie et continuité, il le veut, et peut tant qu'il n'existe pas d'empêchement qui l'en prive. Le degré de la connaissance s'est élevé chez lui par la recherche des ses objectifs, et c'est le but, puisque la connaissance a mis en action la volonté en vue d'arriver à ces objectifs. Et sur la base de ces facteurs, ont vu le jour des dispositions exhaustives et détaillées parmi lesquelles :

- **Le principe dans la Charia veut que toutes choses et transactions soient permises (licites)** : par conséquent l'interdiction constitue une exception à ce principe dont l'établissement devra prouver ainsi s'il est contraire à un intérêt ou intérêts généraux suprêmes (l'ordre public et les bonnes mœurs)
- **Le motif** : il faut un motif pour chaque comportement, qui est considéré comme un but selon son acceptation intellectuelle, et l'acceptation précède l'existence du contrat, et est considérée comme un objectif de par sa présence extérieure. Le contrat est ainsi placé entre l'acceptation antérieure et le but futur. Et

le motif doit être considéré comme un élément de l'expression de la volonté et non pas un élément constitutif du contrat.

- **Les vices du consentement** : lorsque l'expression est précédée par la volonté et la volonté est précédée par la connaissance, l'erreur se trouve dans la connaissance puisqu'il s'agit d'une illusion dans l'esprit du contractant sans l'intervention de l'autre contractant puisqu'il n'a pas perçu la réalité de la chose. Par conséquent, le contrat n'a pas lieu si l'erreur est commise dans la nature du contrat ou dans une condition de sa conclusion ou dans l'objet pour non correspondance de l'offre à l'acceptation. L'objet de la contrainte était la volonté en ce sens qu'elle l'accable dans sa capacité de diriger sa capacité de conclure un contrat qui ne le satisfaisait pas. Il en résultait donc le raisonnement selon lequel la contrainte en ses deux aspects annule le consentement, ce qui affecte la sécurité du contrat. Ceci est basé sur le fait que le consentement est rattaché à la loi du contrat tandis que le choix est rattaché à l'expression du contrat, qui est la position de

l'école Hanafite. Le dol avec lésion a pour objet la connaissance et la volonté, puisque le dol affecte la connaissance puisqu'il conçoit une fausse représentation de la réalité à l'aide de manœuvres frauduleuses. C'est ainsi que la volonté se dirige vers l'acquisition de l'élément voulu à une valeur qui dépasse sa valeur de marché, ce qu'elle n'aurait pas accepté si elle en était informée.

Les vices du consentement viennent altérer l'intégrité de la connaissance ou de la volonté ou les deux.

II. Le consentement du point de vue du connu et de ses conditions

1. Le consentement par interaction, ou l'interaction d'un consentement avec l'autre. On a entendu que la doctrine musulmane considère la volonté apparente et non implicite, ce qui n'est pas le cas, puisque l'expression doit correspondre à la volonté.
2. La rencontre des volontés c'est l'effet résultant de l'accord des parties sur tous les

éléments essentiels du contrat, ce qui indique un consentement libre et éclairé sincèrement exprime, il faut noter que ces éléments doivent être licites, puisque tout élément licite ne fait pas l'objet de ce titre. Et de ce fait il est interdit de contracter dessus non à cause de l'absence de l'accord mais pour sa non licéité ou bien s'il modifie l'essence de l'objet détenu, puisqu'il est impossible de retourner à l'initial avant l'exécution du contrat, ainsi que lorsque l'objet du contrat a été utilise/ géré par protection des tiers.

3. La déclaration de la volonté est liée à la volonté du déclarant lui-même, ce qui a constitué la base des principes de l'effet relatif des contrats.
4. Lorsque l'origine du contrat est la rencontre de deux volontés données, et que chacun est libre de diriger sa volonté pour atteindre son but, le contrat est la loi des parties.

III. L'objet en termes de ce qui est connu et ce qu'il exige comme conditions

1. L'objet en termes d'argent est tout ce qui répond à un besoin de l'être humain sans qu'il soit interdit, et dont l'échange soit acceptable. Si le bénéfice légitime est obtenu sans l'autorité d'une personne, cet argent est donc admissible (licite), tel l'oiseau dans l'air et le poisson dans l'eau. L'objet doit donc être pondérable.
2. Il est nécessaire pour annexer le contrat à l'objet, l'existence de l'objet ou les prémisses de son existence, vu que la logique de cet ajout est le lien entre deux éléments existants dans la réalité ou par jugement, l'impossible est inexistant, et ne peut être rajouté. L'annexé et l'annexe sont deux éléments distincts.
3. La volonté est spécifiquement destinée à une chose particulière, d'où la nécessité pour que l'objet soit déterminé ou déterminable en amont, tel est le cas pour l'acte accompli, ou en aval pour l'obligation alternative.

4. La raison pour laquelle on contracte sur un objet consiste en la satisfaction d'un besoin, d'où la nécessité que ledit objet soit livrable.
5. La satisfaction du besoin escompté par le contractant requiert que l'objet soit garanti contre les vices cachés affectant négativement sa valeur ou utilité, d'où les principes de résiliation pour vice.

IV. L'exécution des obligations contractuelles entre ce qui est connu et ce qu'elle exige comme conditions

1. Le principe est que l'Homme est libre de s'obliger par sa propre volonté, et il est ainsi correct d'appeler contrat au fait de s'obliger de la personne non en termes de rencontre de deux expressions de volontés mais dans le sens où celui qui désire contracter a décidé de s'engager en ce qui ne l'engageait pas auparavant, tel est le cas du divorce en matière de statut personnel, de remise de la dette, du testament, de l'acceptation du contrat suspendu, et ce qui rentre sous le titre de « la volonté

individuelle » dans les transactions financières, et il ne doit pas être vu en tant que différend substantiel mais il s'agit d'un différend verbal (lexical).

2. Il ressort du paragraphe précédent, que le contractant doit exécuter ses obligations selon trois niveaux :
 - Le premier niveau conformément au contenu du contrat : la première orientation de la volonté est qu'elle soit relative à un contrat spécifique, et y inclure des conditions volontaires, et c'est ainsi que la mise en œuvre de ce qu'exige la nature de ce contrat et les conditions y incluses sont tributaires de la première orientation de la volonté. L'exécution doit être effectuée conformément à cette orientation explicite.
 - Le deuxième niveau conformément à la coutume : les conditions de son utilisation dans un domaine d'affaires spécifique est qu'elle soit connue ainsi que ses dispositions, puisque l'acceptation

de la coutume est qu'elle soit communément connue. Le silence de la volonté de convenir au contraire vaut son acceptation implicite, et de là le principe : « *l'usage qui fait coutume tient lieu de condition* ». Il était nécessaire d'assurer l'exécution, conformément à l'orientation implicite de la volonté, et son acceptation de cette coutume.

- Le troisième niveau conformément au principe de bonne foi : la foi dans le sens de la volonté, qui est latente, et sa qualité est morale, ce qui varie d'une personne à une autre d'où la nécessité d'un critère objectif, le critère s'est ainsi limité en deux aspects. L'un, se détermine par un critère légal ou juridique, et le second ce qui se détermine par les opérations des hommes en ce qu'il renseigne sur la qualité de leurs rapports, estimant qu'ils se sont rencontrés pour le bien et pas pour le mal. On cite dans ce sens : (ce que les musulmans pensent est bon, est bon pour Dieu). C'est ainsi qu'il est considéré un usage général dans la mise

en œuvre des obligations contractuelles, la volonté s'est donc engagée à son exécution grâce à l'orientation générale. La généralité ici est plus large que la généralité dans le deuxième niveau .

3. Il ressort de ce qui précède, qu'il est possible de modifier les obligations contractuelles dans le cadre de circonstances urgentes pour deux raisons. L'une d'elles est que la volonté se dirige vers la création de ses obligations contractuelles sous des circonstances ordinaires, considérant que la conscience a conçu le contrat et l'étendue des obligations sous ces circonstances ; c'est ainsi que l'orientation de la volonté s'est liée à cette réalité suivant l'attachement de la connaissance à cette dernière, ce qui dépasse cette limite n'était pas réellement voulu. La deuxième, que l'essence de la justice est de maintenir le contrat comme expression de la volonté de ses parties, et examiner l'impact des circonstances en tant que rapport de la réalité. Il s'avère donc nécessaire de reconnaître les deux considérations qui doivent s'équilibrer entre

elles. Si cela ne se fait pas à l'amiable, le créancier a le droit de demander l'intervention du juge pour garantir l'équilibre dans les obligations contractuelles.

Sans plus, nous ne pourrions pas nous attarder sur les conditions de résolution du contrat. Dans le présent résumé, nous avons présenté assez de preuves sur la convergence des règles juridiques entre l'école islamique et les autres écoles juridiques, et sur la possibilité de présenter une législation-type qui rassemble entre elles et exprime leurs points communs, qui puisse servir de référence, et être utilisé pour élaborer des contrats types.



Notes : ⬆ retour au texte

i ⬆ Sourate Ibrahim- Versets 24 et 25.

ii ⬆ Cf. l'exégèse de Attabari et Al-Qortobi.

iii ⬆ Sourate Al-Hasr (l'Exode)- Verset 9.

iv ⬆ Cf. Chatibi, Almouafaqat, Ibrahim Ben Moussa, Egypte, 1969, 2/3-4.

v ⬆ Cf. Chatibi, Almouafaqat, 2/231-235, Ahmad

Ben Idriss Alqourafi, Alfourouq, Egypte, 1344 de l'Hégire, 1/140-141.



Interview des Professeurs Harith Al Dabbagh et Ali Ahmed Al Mehdawi par la télévision de Sharjah



Séance 2

Orientations de la jurisprudence irakienne, jordanienne, libanaise et soudanaise

Sous la Présidence de Taimour Mostafa-Kamel

Docteur Taïmour MOSTAFA-KAMEL

Premier Vice-président de l'IDEF
Président de l'Association Égyptienne
des Juristes Francophones (AEJF)



Né en Égypte en 1941, il est diplômé de la Faculté de Droit de l'Université du Caire puis Docteur d'État à l'Université de Bordeaux I en 1980. Maître de Requête au Conseil d'État puis Commissaire du Gouvernement, il occupe par la suite le poste de Conseiller d'État d'Égypte de 1986 à 1989 auprès du Bureau Technique de la Présidence du Conseil d'État. Il est détaché en tant que Conseiller Juridique auprès du Premier Ministre puis Conseiller Technique auprès du Ministre de la Justice et en 1996 il devient Vice-président du Conseil d'État.

Il occupe de 1989 à 2006 des fonctions internationales auprès de l'Organisation Internationale de la Francophonie en tant que Responsable de la Coopération Juridique et Judiciaire puis Conseiller

auprès du Secrétaire Général de la Francophonie et Conseiller de la Délégation à la Paix, à la Démocratie et aux Droits de l'Homme. De 1982 à aujourd'hui, il est élu Membre du Comité Directeur de l'IDEF, Vice Président puis Premier Vice Président.

Il fonde en 1993 avec le Président Fathi Sorour l'Association Égyptienne des Juristes Francophones (AEJF). Après les révoltes du 26 janvier 2011 et 30 juin 2013, il organise en tant que Président de l'AEJF une conférence pour la mise en place d'un processus de justice transitionnelle en application de la Constitution égyptienne de 2012. En 2015, à un mois d'ouverture de la COP21 à Paris, il réunit au Caire des spécialistes issus du secteur public et associatif pour discuter du Développement Durable et du Changement Climatique.

En 2000 il est nommé Membre du Tribunal Arbitral du Sport (TAS, Lausanne). Il participe à plusieurs manifestations internationales auprès des Nations-Unies pour les objectifs du Millénaire, à la tenue de plusieurs sessions de la Commission Internationale des Droits de l'Homme (CIDH) à Genève et au Sommet des Chefs d'États de l'Organisation de la Conférence de la Coopération Islamique et de la Ligue des États Arabes.

Président de séance

De 1982 à 2012, il est Professeur invité auprès de l'Université de Bordeaux I, l'Université de Limoges, l'Université de Paris I Panthéon Sorbonne, l'Université de Paris V René Descartes et membre de jury et rapporteur de plusieurs thèses de doctorat en France et en Égypte. En 2014, il est Enseignant à l'Institut International des Droits de l'Homme à Strasbourg.

Après avoir occupé le poste de Premier Conseiller Juridique du Ministère des Finances du Royaume de Bahreïn en 2008, il est nommé en 2010 par un décret présidentiel, Président du Parquet Administratif d'Égypte (Procureur Général Administratif). En 2012 il est membre de l'Assemblée Constituante pour la rédaction de la Constitution de 2012 et rapporteur du pouvoir judiciaire.



Professeur Harith AL-DABBAGH

Irak

Contentieux irakien des contrats

I. Remarques introductives

Le droit des contrats en Irak

Le droit des contrats en Irak est régi essentiellement par le Code civil. Les règles relatives à la théorie générale du contrat sont prévues aux art. 73 à 183, alors que les règles spécifiques dédiées aux contrats nommés sont contenues aux art. 506 à 1047¹. Certains contrats comme le transport, le travail, le bail d'habitation font l'objet de lois particulières. Le Code de commerce régit également certains contrats liés à la vie des affaires, notamment les opérations de banque². Toutefois, les dispositions du Code civil constituent le droit commun en la matière.

Ces dispositions sont puisées dans deux sources principales : le droit musulman et la tradition romano-germanique. En effet, le Code civil irakien de 1951 est une fructueuse symbiose entre des règles d'inspiration civiliste, française notamment, et d'autres en provenance de medjellé, codification du droit hanéfite faite par l'Empire ottoman au milieu de XIXe siècle. Il s'agit donc

Harith Al-Dabbagh est professeur adjoint à la Faculté de droit de l'Université de Montréal spécialisé en droit comparé et en droit international privé. Après une première formation juridique en Irak (LL.B., 1996, LL.M., 1998), M. Al-Dabbagh a poursuivi ses études supérieures en France (DEA droit privé, 2003, droit comparé 2006, Doctorat en droit, Aix-Marseille 2009), puis au Canada (post-doctorat 2010-2012).

Il fut auparavant avocat, professeur-assistant à la Faculté de droit de Mossoul (Irak) et enseignant-chercheur contractuel à l'Université de Saint-Etienne (France), où il a enseigné plusieurs cours en droit privé fondamental.

Comparatiste et civiliste de formation, ses travaux les plus récents se sont orientés vers l'étude des phénomènes liés au pluralisme juridique, notamment à l'interaction entre le droit positif et la religion dans le monde occidental et en terre d'Islam. Les questions de circulation entre cultures juridiques et de dialogue normatif font aussi partie de son champ de recherche. Avant d'intégrer le corps professoral de l'Université de Montréal, M. Al-Dabbagh a mené un projet postdoctoral sur la réception des institutions familiales musulmanes au Canada et en France. Il est l'auteur de nombreux textes publiés, aussi bien en langues arabe que française, portant sur les rapports droit civil- droit musulman au Moyen-Orient.

d'une œuvre de synthèse, même si la théorie générale des contrats demeure largement modelée selon le Code Napoléon³.

L'organisation judiciaire

L'organisation des tribunaux en Irak et leur mode de fonctionnement sont largement inspirés du système juridictionnel français : on retrouve deux ordres juridictionnels, l'ordre judiciaire et l'ordre administratif, avec chacun à sa tête une cour suprême⁴. Les litiges entre particuliers sont du ressort de l'ordre judiciaire qui regroupe en son sein un ensemble des juridictions formant une pyramide dont la Cour de cassation constitue le sommet⁵.

Le droit irakien s'apparente dès lors à la tradition juridique civiliste. C'est un droit écrit, codifié et donc caractérisé par l'absence de la notion des « précédents judiciaires », pièce maîtresse des systèmes de Common Law. Le rôle du magistrat est d'appliquer les règles de droit, de les interpréter et de les compléter au besoin (syllogisme judiciaire). Les tribunaux ne sont pas liés par la jurisprudence antérieure et un jugement rendu n'a qu'un effet relatif, limité à la cause qui a été tranchée, ne s'imposant pas au contentieux

futur. Dès lors, la jurisprudence est réputée seulement source interprétative, c'est-à-dire une simple référence qui aide le juge à comprendre la règle de droit issue des sources officielles en cas d'ambiguïté⁶. Toutefois, les arrêts de la Cour de cassation, lorsqu'ils établissent une solution dans la durée, ont une forte valeur persuasive dans les affaires similaires. On parle alors d'une « jurisprudence constante »⁷. Cette jurisprudence constante revêt toute son importance en matière de droit des contrats, comme nous le verrons.

Méthodologie et statistiques

Suivant l'approche proposée, 66 décisions au total ont été répertoriées et annotées. Ces décisions couvrent une vaste période allant de 1969 au 2017. Toutefois, la plupart des décisions remontent aux années 2005 à 2010.

Hormis quelques exceptions, ce sont les arrêts émanant de la Cour de cassation qui ont retenu notre attention. Les arrêts abordent différents types de contentieux et appliquent les règles de droit commun relativement à la formation du contrat, son exécution et sa dissolution. Ils concernent principalement les contrats de vente, bail, entreprise et transport.

Soulignons que la jurisprudence irakienne demeure d'un accès assez difficile, faute de publication régulière. La majorité des décisions ont été puisée dans trois bases de données en langue arabe: www.iraqja.iq; www.iraqld.iq et www.eastlaws.com⁸. D'autres ont été trouvées dans des revues spécialisées et disponibles seulement en format papier. De plus, les arrêts de la Cour de cassation irakienne sont habituellement formulés de manière extrêmement brève et ne s'attaquent que rarement aux faits. Nous nous sommes efforcés de décrypter les décisions ainsi recueillies et de les mettre en contexte en vue de dégager le « droit vivant » en la matière.

II. Analyse de fond

A. Formation du contrat

Principe de consensualisme

À moins que la loi n'en dispose autrement, le contrat se forme dès que les deux parties ont échangé leur consentement, même verbalement. Ainsi, la soumission, dans le cadre d'un appel d'offres pour la confection des bulletins d'examen, qui a été acceptée par l'université, forme le contrat

dès la rencontre de l'offre et de l'acceptation, sans formalité particulière. L'écrit n'est pas une condition de formation du contrat, mais seulement une preuve constituée en cas de contestation. Cass.civ. 7 oct. 2007, pourvoi 80,

<http://qanoun.iraqja.iq/view.714/>

Certes, le contrat d'entreprise conclu avec une instance publique est habituellement constaté par écrit selon les règlements en vigueur. Cependant un contrat verbal n'est pas nul, mais valide et doit être exécuté. L'entrepreneur est alors en droit de réclamer le prix dès lors qu'il a exécuté les travaux. Cass.civ. 21 mai 2008, pourvoi 252/08, disponible sur www.eastlaws.com

Aucune formalité particulière n'est exigée dans le contrat préliminaire de vente d'immeuble (*al-taahud bi-naql milqiyat aqqar*). De plus, dans l'interprétation des contrats, le sens des termes l'emporte sur la lettre, d'après l'art. 153-1 C.civ. On doit dès lors rechercher quelle a été l'intention commune des parties, sans s'arrêter au sens littéral des termes. Cass.civ. 21 aout 2014, pourvoi 854/14, www.eastlaws.com

Liberté contractuelle

Toute convention qui ne contredit pas la loi,

l'ordre public et les bonnes mœurs est valable et doit être honorée. Dès lors, le contrat notarié comportant l'engagement d'un particulier à construire et équiper un hôpital sur un terrain appartenant à une municipalité, en contrepartie de l'engagement de cette dernière à garantir que l'édifice en portera son nom et que celui-ci sera utilisé dans les correspondances officielles, est une convention valable qui lie les parties, cela d'autant plus que les clauses qu'elle comporte ne sont pas interdites juridiquement ni contraires à l'ordre public. Le fait par la municipalité de changer le nom de l'hôpital en 1991 constitue dès lors un manquement à ses obligations contractuelles, qui permet à l'autre partie, après mise en demeure, de demander la résolution du contrat et l'exécution de la clause pénale, à savoir la restitution des coûts de la construction et des équipements selon sa valeur marchande. Cass.Ass.plén. 30 déc. 2007, pourvoi 185, en ligne <http://qanoun.iraqja.iq/view.377/>

Contrat : loi des parties

Le contrat est la loi des parties. Nul ne saurait être contraint à louer une chose qui appartient à autrui. Ainsi, encourt la cassation, le jugement du juge du fond qui prononce le renouvellement du bail au

détriment du bailleur. Il s'agit, en l'espèce, d'un bail à ferme conclu en 1987 pour une durée d'un an, maintes fois renouvelé jusqu'au 31 déc. 2007. La clause 7 dudit contrat stipulait que « la seconde partie – le preneur – doit notifier à la première partie, dans les six mois avant l'expiration du bail, sa volonté de renouveler le contrat. Lorsque le contrat prend fin suite au non-renouvellement par la seconde partie, toutes les installations et plantations seront dévolues à la première partie – le bailleur ». Il en résulte que le renouvellement est tributaire de la volonté des deux parties et on ne saurait imposer le contrat par aucun autre moyen. Cass. Civ. 4 aout 2008, pourvoi 1949, disponible sur www.eastlaws.com

Mutuus dissensus

La conclusion d'un bail, subséquent à un bail antérieur, qui en modifiant la durée et le montant du loyer, rend caduc le contrat antérieur. Les obligations des parties seront alors définies en vertu du nouveau contrat. Il s'agit, en l'espèce, d'une affaire dans laquelle les parties avaient conclu un nouveau bail immobilier s'opposant au premier quant à la durée, la superficie et le montant du loyer. D'après la Cour de cassation, le

dernier contrat est la seule référence pour déterminer les droits et obligations des parties car un contrat valablement conclu est obligatoire et ne peut être révoqué ni modifié que par le consentement mutuel des parties ou pour les causes prévues par la loi (art. 146-1 C.civ.). Cass.civ. 19 mai 2009, pourvoi 1496/09, *al-nashra al-qadayiah*, 9, 2009, p. 24-25.

Silence valant acceptation

Le silence vaut acceptation lorsque l'offre se rapporte à des relations d'affaires déjà existantes entre les parties. Il en est ainsi de la demande adressée par un client à sa banque visant la prolongation de la lettre de garantie, l'absence de réponse de la part de cette dernière ne saurait être interprétée comme un refus, compte tenu des usages du commerce et d'autres circonstances. Cour d'appel de Bagdad-Rusafa 25 févr. 2016, no 518/s2/2016 en ligne sur www.iraqlid.iq sous art. 81

Le silence du locataire au congé donné par le bailleur ne saurait être interprété comme une acceptation du nouveau loyer que si celui-ci a poursuivi son occupation du local sans s'opposer à la hausse proposée (art. 774-1). Ainsi, dès lors que le locataire a informé le bailleur de son refus de la

hausse du loyer (de 600.000 à un million de Dinars) par une lettre adressée par le biais d'un notaire, il n'est pas supposé l'avoir accepté. Le bailleur aurait dû mettre le locataire en demeure pour le paiement des loyers échus (600.000 Dinars/mois) et intenter une action en résolution en cas de non-paiement, conformément à l'art. 782 C.civ. Cass.civ. 19 février 2008, pourvoi 204/08 disponible sur www.eastlaws.com

En revanche, lorsque le bailleur a notifié l'augmentation du montant du loyer au locataire avant l'expiration du bail, le silence de ce dernier et la poursuite de l'occupation du local est considéré comme une acceptation de la hausse proposée du loyer qui entrera en vigueur à l'expiration du contrat initial, conformément à l'art. 781 C.civ. Cass.civ. 11 jan. 1979, pourvoi 1118, *majmoat al-ahkam al-adlyiah*, no 1, 1979, p. 26.

Objet, existence et déterminabilité

Ne remplit pas les conditions de validité du contrat, la vente dans laquelle l'objet et le prix n'ont pas été déterminés de manière suffisante. Cass.civ. 21 déc. 1965, pourvoi 939, *Recueil Mashahdi*, p. 257. L'objet doit exister au moment de la conclusion du contrat et être déterminé ou

déterminable (art. 126, 127 C.civ.). Dès lors, est nul le contrat portant sur un lotissement qui n'existe pas, étant non immatriculé et non enregistré dans le registre foncier. Cour d'appel de Bagdad – Rusafa 11 févr. 2016, no 181/s2/2016, en ligne sur www.iraqlid.iq sous art. 61

Cause du contrat

L'art. 130-1 C.civ prévoit que la cause de l'obligation ne doit pas être illicite, ni contraire à l'ordre public et aux bonnes mœurs, faute de quoi le contrat sera nul. Dès lors, a été jugée cause illicite, la somme versée à un courtier immobilier dans le but de soudoyer un maire d'une municipalité en vue de l'acquisition d'un terrain contigu à la maison du demandeur, en violation de la loi, car cela constitue une infraction répréhensible par le Code pénal. Cass. civ. 7 nov. 2010, pourvoi 1102/civ.mob./2010 (inédit)

Il en va de même pour le pot-de-vin (bakchich de 20.000\$) versé afin de faciliter l'admission des volontaires aux forces armées irakiennes. L'engagement est nul et les parties peuvent réclamer la restitution des sommes versées. Cass. civ. 6 juillet 2008, pourvoi 607/civ./08 (inédit)

Les arrhes

A moins d'une convention contraire, les arrhes versées au moment de la conclusion de la convention indiquent que le contrat final est valablement conclu, sans faculté de dédit (art. 92-1 C.civ.). Ainsi, lorsque le vendeur a reçu une avance (9000\$) sur le prix des marchandises qu'il s'est engagé à fournir, le contrat est devenu parfait, nonobstant qu'il ait été conclu verbalement. En cas de non-exécution par le vendeur, l'acheteur ne peut recouvrer la somme versée qu'en introduisant une action en résolution conformément à l'art. 177-1 C.civ. Cass.civ 24 mai 2009, pourvoi 335, en ligne sur www.iraqlld.iq sous art. 92.

Néanmoins, les arrhes versées lors de la conclusion d'un contrat peuvent indiquer que chacune des parties peut se dédire du contrat. La partie ayant reçu les arrhes pourra alors s'en départir en les restituant au double. Ainsi, lorsque le contrat stipule qu'en cas de rétractation, le vendeur est tenu de remettre les arrhes reçues en plus d'un montant équivalent en guise d'indemnité, le tribunal doit mettre œuvre cette clause qui n'est pas contraire à l'ordre public, conformément aux art. 151, 169, 170 du Code civil. Les parties ayant fixé au préalable le

montant des dommages-intérêts conventionnels dans leur contrat préliminaire. Cass.civ. 19 juin 2007, pourvoi 843/civ.immo./07, en ligne sur www.iraqlld.iq sous art. 169.

Détermination de l'objet, bail

Le bail est un contrat par lequel le bailleur s'oblige à fournir, pour un certain temps, au preneur, la jouissance d'une chose déterminée, moyennant un prix déterminé (art. 722 C.civ.). Le loyer, est une condition de formation du contrat et doit être déterminé ou déterminable. Ainsi, ne répond pas à cette exigence, la lettre du propriétaire permettant l'occupation du logement par le demandeur pendant deux ans moyennant sa restauration et le paiement au terme de cette période d'un loyer mensuel ou annuel. Cass.civ. 25 juill. 2006, pourvoi 302, en ligne sur www.iraqlld.iq sous art. 87.

En revanche, est jugée valable la clause dans un bail à long terme (10 ans) selon laquelle, « le loyer annuel pour les cinq premières années est de 20 millions Dinars irakiens. Au-delà, le montant de loyer sera fixé par l'accord des parties de manière équitable et selon le prix du marché à ce moment-là ». Rappelons que l'art. 738 C.civ. prévoit qu'« à

défaut d'une convention des parties sur le montant du prix ou sur le moyen de le déterminer, ou si le montant ne peut être établi, l'on doit se rapporter au prix courant des biens semblables ». Cour d'appel de Bagdad-Rusafa, 10 sept. 2008, no 318/civ/08, *al-nashra al-qadayiah*, 8, 2009, p. 21

Lésion

Le contrat ne peut être annulé pour cause de lésion, à moins que cette lésion ait été accompagnée d'un dol. L'action doit être rejetée dès lors qu'il n'a pas été démontré les manœuvres dolosives exigées par l'art. 124 C.civ. Ainsi, encourt la censure, le jugement du juge du fond prononçant l'annulation pour lésion excessive du bail à long terme -20 ans- moyennant un loyer de 21 millions de dollars américains. Cass.civ. élargie 15 sept. 2013, pourvoi 303, en ligne sur www.iraqlld.iq sous art. 124.

Par ailleurs, la lésion en soi ne constitue pas un vice de consentement à moins que la partie lésée ne soit l'État, le *waqf* ou un mineur (art. 124 C.civ.). Ainsi, lorsqu'il a été allégué que des garages appartenant à l'État ont été donnés à bail, à un prix nettement inférieur au cours du marché

locatif au moment des contrats, le tribunal devra procéder à des vérifications et diligenter une expertise pour déterminer s'il y a lésion excessive (*ghibn fahish*) causée à l'État en raison de ces contrats. Cass.civ. élargie 21 février 2007, pourvoi 137/07, disponible sur www.eastlaws.com

Clauses abusives, contrat d'adhésion

Le contrat de transport de marchandises par voie ferrée (FRET) conclu avec l'Entreprise publique de chemins de fer est un contrat d'adhésion. Dès lors, la clause permettant à cette dernière de doubler les frais de stockage en cas de retard dans la prise de livraison ou le retrait des marchandises, est une clause abusive que le tribunal est autorisé à réviser, conformément à l'article 167-2 du Code civil. Cass.civ. 17 déc. 1970, *Bull. judiciaire*, 1971, 4, p.56.

B. Nullité du contrat

Vente nulle, chose hors commerce, domaine public

La vente d'un terrain contigu à l'Aéroport international de Bagdad est nulle car contraire à la loi sur l'aviation civile assurant la fluidité de circulation aérienne. L'art. 130 du Code civil

dispose, en effet, que le contrat est nul si l'objet consiste en un bien exclu du commerce par la loi ou est contraire à l'ordre public. L'art. 127-1 prévoit aussi la nullité du contrat lorsque l'obligation a pour objet une chose impossible en soi. La demande en résolution s'avère en l'occurrence infondée car un tel contrat est nul dès l'origine tandis que la résolution ne porte que sur les contrats valides. Cour d'appel de Bagdad – Rusafa, 9 sept. 2014, no 1042/s3/2014, en ligne sur www.iraqlid.iq sous art. 127

Formalisme, hypothèque

Par le contrat d'hypothèque, le créancier acquiert sur un immeuble affecté au paiement de sa créance un droit réel lui permettant de se faire rembourser par préférence aux créanciers chirographaires et aux créanciers inférieurs en rang, sur le prix de cet immeuble en quelque main qu'il passe. (art. 1285). L'hypothèque ne peut être constituée qu'en vertu d'un acte authentique enregistré selon les formes exigées par la Loi sur la transcription foncière de 1971. Une hypothèque constatée par un acte notarié ne respecte pas cette formalité et devra être considérée comme nulle. Cour de cassation, 22 juin 1996, *al-mawsoaa al-adlyiah*, n°47, 1998, p.3-

4.

Formalisme, vente d'automobile

La vente des véhicules routiers ne peut être conclue que si elle a été enregistrée auprès de la Direction de la circulation compétente et a rempli les formalités exigées par la loi. L'inobservation de ces formes entraîne la nullité du contrat. Le contrat nul est inexistant et ne produit aucun effet. Les parties seront remises dans l'état où elles se trouvaient auparavant. Cass.civ. 26 jan. 2011, pourvoi 1670, en ligne www.iraqlid.iq sous art. 90

Ainsi, lorsqu'il est établi que le demandeur avait acheté la voiture et que le défendeur, après avoir reçu le prix, s'est opposé à l'enregistrement au registre officiel, le tribunal a, à bon droit, ordonné au défendeur de restituer le prix au demandeur, cette vente étant nulle et le contrat nul est inexistant et ne produit aucun effet. Par conséquent, la somme payée par le demandeur constitue une dette à la charge du défendeur exigible sur simple demande, sans préjudice des dommages-intérêts, le cas échéant. Cass.civ. 31 janvier 2002, pourvoi 215/02 disponible sur www.eastlaws.com

Formalisme, vente immobilière

La vente d'un immeuble conclue en méconnaissance des formalités exigées par la Loi sur la transcription foncière est nulle et ne produit d'effet qu'après son inscription au registre officiel. Cass.civ. 3 juin 2008, pourvoi 1028/08 disponible sur www.eastlaws.com

Convention illicite

La convention selon laquelle l'époux s'engage à verser 20 millions de Dinars à son épouse s'il décide un jour de la répudier (*talaq*) et de l'évincer de chez-lui est nulle car basée sur une cause interdite par la loi et contraire à l'ordre public. L'art. 130-2 C.civ. considère, en effet, d'ordre public, toutes les règles relatives à l'état des personnes (droit de la famille et de successions). Cass.civ. 9 déc. 2013, pourvoi 2133, en ligne sur www.iraqlid.iq sous art. 132.

Clause nulle (ou réputée non écrite)

Est nulle pour contrariété à l'ordre public, la clause interdisant au cocontractant de recourir aux tribunaux en cas de litige entre les parties, car le droit de saisir la justice est garanti à tous et ne peut

être écarté par convention contraire. La nullité de cette clause ne s'étend toutefois pas à l'ensemble du contrat. Cass.civ. 3 nov. 1969, pourvoi 706, en ligne sur www.iraqlid.iq sous art. 146.

Effet de la nullité, rétroactivité

Lorsque le contrat est annulé, les parties doivent être remises dans le même état où elles se trouvaient avant le contrat. Lorsque la remise en état s'avère impossible, il sera procédé à la compensation par équivalent, conformément à l'art. 138-2 C.civ. Cass.civ. 19 janvier 2014, pourvoi 70/14, disponible sur www.eastlaws.com

Location de la chose d'autrui, action en annulation

Le propriétaire peut demander l'annulation de la location de son logement par une personne qui n'est pas son mandataire. L'action en rescision doit être introduite dans les trois mois à compter du moment où il a pris connaissance du contrat. Passé ce délai, le contrat est considéré comme parfait. Cass. civ. 19 juill. 2006, pourvoi 1727 en ligne www.iraqlid.iq sous art. 135.

Dès lors, lorsque la propriétaire ne s'est opposée à la location faite par son mari que deux ans après la

conclusion du bail, son action doit être rejetée, car l'art. 136-2 du Code civil oblige à invoquer l'option de rescision (*khyiar al-naqdh*) pour un contrat en suspens (*aqd mawqouf*) dans le délai de trois mois. Il s'ensuit que le contrat est opposable à son égard et qu'elle devra s'abstenir de troubler la jouissance du locataire. Cour de cassation de la région du Kurdistan, 7 mai 2005, pourvoi 121, en ligne sur <http://qanoun.iraqia.iq/view.1155/>

C. Exécution du contrat

Pacta sunt servanda

Aux termes de l'art. 150 C.civ., le contrat constitue la loi des parties et doit être exécuté selon son contenu et d'une manière qui répond aux exigences de la bonne foi. Ainsi, le ministère de la Défense n'est pas fondé à prélever 20% du montant dû à un cocontractant ayant dûment exécuté ses engagements, en fournissant les aliments à un régiment militaire à concurrence de trois repas par jour pendant 6 mois. Ce dernier est en droit de réclamer le prix convenu au contrat. Cass.civ. 20 juin 2010, pourvoi 515, en ligne sur www.iraqlid.iq sous art. 150.

Exécution de bonne foi

Le contrat doit être exécuté conformément à son contenu, d'une manière répondant aux exigences de la bonne foi (art. 150 C.civ.). De plus, étant la loi des parties, le contrat ne peut être modifié que de leur consentement mutuel, ou pour les causes prévues par la loi. (art.146 C.civ.). Ainsi, lorsqu'il ressort des rapports d'expertise que la marchandise fournie (huile de tournesol) est conforme et propre à la consommation, le refus de prise de livraison par l'acheteur constitue un manquement à ses obligations contractuelles permettant à l'autre partie de demander la résolution avec dommages-intérêts, le cas échéant. Cass.civ. 24 juin 2013, pourvoi 851-852, *Revue de la Législation et de la jurisprudence*, no. 2, 2014, p. 158-161.

Exécution conforme, délivrance

Le bailleur est tenu de délivrer au preneur la chose louée et ses accessoires en état de servir à l'usage auquel ils sont destinés suivant l'usage ou la convention des parties. Ainsi, le bailleur a manqué à son obligation de délivrance dès lors qu'il s'est avéré que la superficie des locaux loués est nettement inférieure à celle prévue au contrat. Le locataire est fondé à réclamer la résiliation du bail. Cass.civ, 18 déc. 2013, pourvoi 6612, *Revue de la*

Législation et de la jurisprudence, no. 2, 2014, p. 163-164.

Force obligatoire, bail

Lorsque le bailleur met le bien loué à la disposition du locataire, ce dernier est tenu de payer le loyer prévu au contrat, peu importe qu'il n'ait pas occupé le local. Ainsi, le locataire d'une boutique ne peut refuser de payer les termes échus du loyer en invoquant des circonstances impérieuses qui auraient empêché l'exploitation du local. Le moyen fondé sur la force majeure aurait dû faire l'objet d'une action spécifique et dûment prouvé devant le tribunal compétent. Cass.civ. 6 juil. 2008, pourvoi 1500,

<http://qanoun.iraqja.iq/view.576/>

De même, le locataire ne peut refuser de payer le loyer au motif que le bailleur a restreint ses droits de vendre certains produits dans le kiosque loué lors du renouvellement du bail. Il peut néanmoins demander la résiliation du bail ou la réduction du loyer, à condition d'établir le manquement du bailleur à ses engagements ou la violation des conditions contractuelles. Cass.civ. 20 avril 2008, pourvoi 910, <http://qanoun.iraqja.iq/view.541/>

Force majeure, transport

Le transporteur est exonéré de sa responsabilité lorsqu'il est établi que la perte des marchandises est due à une cause étrangère indépendante de sa volonté. Il en est ainsi, lorsque le camion transportant les biens a été pillé avant l'arrivée à destination. En effet, le procès-verbal dressé par la police fait état du pillage du camion et de l'agression de son chauffeur par un groupe armé qui s'est emparé du véhicule. Cass.civ, 10 févr. 2011, pourvoi 84,

<http://qanoun.iraqja.iq/view.1550/>

Il en est ainsi également, du renversement du véhicule et du décès de son conducteur du fait d'une charge explosive ayant entraîné un accident de la circulation. (Force majeure ou cas fortuit : art. 46 du Code du transport, art. 211 du Code civil) Cass.civ., 6 mai 2008, pourvoi n°379/civ./08 <http://qanoun.iraqja.iq/view.645/>

En revanche, ne constitue pas un cas de force majeure libérant le transporteur de sa responsabilité, la perte totale ou partielle de la cargaison à la suite d'une tempête violente en pleine mer, car cela relève des risques prévisibles dans le transport maritime. Il s'agit, en l'espèce, de

la perte d'une cargaison de céréales transportée par voie maritime depuis la Chine à destination du port de Bassora. Cass.civ. 16 juillet 1980, *majomat' al-ahkam al-adlyiah*, n°3, 1980, p.39-40.

Impossibilité d'exécution, guerre

Ne peut être tenu responsable le bailleur vis-à-vis du locataire dont la jouissance a été troublée à cause de l'anarchie consécutive à la guerre de 2003. Ainsi, dans une affaire où le bailleur a été assigné en réparation par un locataire pour la perte de jouissance des locaux qui ont été occupés temporairement par des troupes étrangères puis pillés et squattés par des particuliers, la Cour conclut qu'il n'y a pas lieu d'invoquer la garantie du bailleur en l'espèce car : « l'entrée des troupes étrangères en Irak a provoqué un état de chaos généralisé dans le pays, l'arrêt des services publics et l'absence de l'État de droit. Les biens publics et privés ont été pillés et dégradés, y compris les bureaux et fonds de commerce ». Étant dans l'impossibilité d'empêcher le trouble, le bailleur ne saurait être tenu responsable du préjudice subi. La Cour estime toutefois qu'il y a lieu de mettre en œuvre l'article 146-2 du Code civil (théorie de

l'imprévision), une fois remplies ses conditions d'application. Cass.civ. 3 juillet 2007, pourvoi 818, <http://qanoun.iraqja.iq/view.479/>

Cause étrangère

Le bailleur est infondé à réclamer réparation au locataire (société de média) à cause d'un acte terroriste ayant endommagé l'immeuble loué, car ceci constitue une cause étrangère indépendante de sa volonté, cela d'autant plus que le locataire a utilisé le bien loué avec prudence et diligence, conformément à l'art. 762 C.civ. Cass. civ. 23 avril 2008, pourvoi 951, <http://qanoun.iraqja.iq/view.509/>.

Il a été également considéré comme cause étrangère, le fait de contracter la maladie de schizophrénie qui rend impossible à l'étudiant boursier à l'étranger d'exécuter ses obligations. Dès lors, l'étudiant et sa caution seront exonérés du paiement de la clause pénale. Cass.civ. 2 déc. 1963, pourvoi 1477, *Recueil Mashahdi*, p. 245-255.

Fait d'un tiers, cause d'exonération

Le locataire n'est pas fondé à réclamer réparation au bailleur lorsque le trouble résulte du fait d'un

tiers. Ainsi, c'est à bon droit que le juge du fond a rejeté l'action en garantie du locataire d'un restaurant dès lors qu'il est établi que le bailleur a mis le locataire en possession du local et que l'empêchement résulte du mur de béton que les forces de sécurité ont érigé peu de temps après pour sécuriser la zone. Puisqu'il s'agit d'une cause indépendante de la volonté du bailleur qui n'a pas troublé la jouissance du locataire, aucun manquement à ses obligations ne peut lui être imputé. Cass.civ. 3 août 2008, pourvoi 1681/08, *al-nashra al-qadayiqh*, 3, 2008, p. 15-16.

De même, il a été jugé que le preneur doit restituer la chose louée dans l'état où elle se trouvait au moment de la délivrance (art. 7721-1 C.civ.). Toutefois, il ne répond pas des pertes et dégradations dues à une cause indépendante de sa volonté. Il en est ainsi si le locataire prouve que les dégâts causés à l'abattoir des volailles et la perte de certaines installations ont été occasionnés par les actes de pillage et de saccage consécutifs à l'entrée des troupes étrangères en Irak en début 2003. La responsabilité du locataire sera alors écartée. Cass.civ. 26 juin 2008, pourvoi 206/08, *al-nashra al-qadayiah*, 3, 2008, p. 24-25.

Responsabilité contractuelle, mineur

La responsabilité contractuelle est engagée lorsque ses conditions (faute, préjudice et lien de causalité) sont réunies. Une faute ne peut être imputée à un mineur et ses biens sont immunisés contre toute obligation contractuelle. Son représentant légal (tuteur) a toutefois commis une faute en signant la vente de l'immeuble appartenant au mineur au mépris des modalités prévues par la Loi sur la protection des mineurs. L'action contre le mineur devra dès lors être rejetée et le demandeur pourra assigner le tuteur, à titre personnel, en vue de la réparation du préjudice. Cass.civ. 18 juin 2007, pourvoi 78/07, disponible sur www.eastlaws.com

Responsabilité contractuelle, mise en demeure

A moins que la loi n'en dispose autrement, la demande en réparation basée sur la responsabilité contractuelle doit être précédée d'une mise en demeure. Les parties peuvent toutefois stipuler que le débiteur sera constitué en demeure par la seule échéance du terme, sans besoin d'autre formalité. Cass.civ. 9 sept. 1968, pourvoi 429, *Recueil Mashahdi*, p. 260.

Révision pour imprévision, critères

Lorsque, par suite d'événements exceptionnels, imprévisibles et ayant un caractère de généralité, l'exécution de l'obligation contractuelle, sans devenir impossible, devient excessivement onéreuse de façon à menacer le débiteur d'une perte exorbitante, le juge peut, après avoir pris en considération les intérêts des parties, réduire, dans une mesure raisonnable, l'obligation devenue excessive (art. 146-2 C.civ). L'onérosité excessive doit être prouvée par le locataire qui demande la réduction du loyer en raison des circonstances exceptionnelles et imprévisibles. N'a pas été considéré ainsi la pénurie d'essence et la paralysie des activités pendant la guerre de 1991, au motif que ces circonstances n'étaient que temporaires et n'ont duré qu'une courte période par rapport à l'ensemble de la durée du contrat. Cass.1^{re} Ch.élargie 1^{er} déc.1995, *al-mawsoaa al-adlyiah*, n°62, 1999, p.2-3.

Il en va de même pour la fluctuation des prix des matériaux de construction, consécutive aux circonstances actuelles dans le pays, ceci étant bien prévisible. Cass.civ. élargie, 26 sept. 2007, pourvoi n° 103, <http://qanoun.iraqja.iq/view.356/> .

La chute du prix du pétrole a été également considérée comme un événement prévisible. Cass.civ. 17 sept. 2009, pourvoi 990/09, *al-nashra al-qadayiah*, 10, 2010, p. 42.

De manière symétrique, le moyen fondé sur l'imprévision ne saurait prospérer lorsque les conditions de sécurité sous lesquelles le contrat a été conclu n'ont pas changé et sont les mêmes que celles prévalant actuellement (au moment de la demande). Le locataire est alors tenu de payer le loyer convenu, tant que le contrat n'a pas été résolu, ni modifié par l'accord des parties (concernant un bail à long terme conclu après 2003 pour 20 ans). Cass.civ. 20 avril 2009, pourvoi 783/09, *al-nashra al-qadayiah*, 9, 2009, p.18.

Toutefois, la mise en œuvre de la théorie de l'imprévision a été admise dans certaines circonstances. Ainsi, dans un bail commercial de deux ans, l'extrême difficulté pour le locataire de poursuivre ses activités (achat et revente au détail) durant la deuxième année, à cause de l'insécurité ambiante dans la localité suite à la guerre de 2003, permet au tribunal de réduire la prestation (le loyer) dans une proportion raisonnable, conformément à l'art. 146-2 C.civ. Pour se prononcer, le tribunal peut recourir à une expertise

en vue d'évaluer l'impact de telles circonstances sur la prestation du demandeur. Cass.civ. 20 juin 2007, pourvoi n°230,

<http://qanoun.iraqja.iq/view.333/> .

Soulignons que la mise œuvre de la théorie de l'imprévision, une fois réunies ses conditions, ne permet pas au demandeur, en l'espèce preneur dans un bail à long terme, de réclamer la prolongation du contrat, mais seulement la réduction du loyer ou la résiliation du bail, avec dommages-intérêts, le cas échéant. Ainsi, doit être rejetée, l'action du preneur qui prétend avoir été empêché de jouir du terrain loué pour un laps de temps à cause des opérations militaires à proximité et qui demandait au tribunal de prolonger le contrat pour récompenser cette perte de jouissance. Cass.civ. 12 mars 2008, pourvoi 562-08, *al-nashra al-qadayiah*, 1, 2008, p. 28-29.

Révision conventionnelle

Est valide la stipulation selon laquelle « en cas de changement du cours du prix du lait cru, le prix convenu sera révisé selon l'accord des parties ». Toutefois, lorsque la demande de révision n'a été faite que quelques années après la livraison, le fournisseur n'est pas en droit de réclamer les écarts des prix pour les années passées, mais

seulement pour les livraisons à venir. Cass.civ. 3 mars 1999, *Revue al-qada*, 1, 1999, p.67-68.

Exécution défectueuse, défaut de conformité

Le vendeur, dans la vente aux enchères, est tenu de délivrer à l'acheteur le bien vendu dans l'état où il se trouvait au moment de la vente (art. 536 C.civ). Ainsi, lorsqu'il ressort du rapport d'expertise l'existence de nombreux défauts affectant le bien vendu au moment de la livraison, le vendeur a manqué à son obligation de délivrance du bien vendu et ses accessoires. Cass.civ. 6 juillet 2008, pourvoi 616/civ.mob./08,

<http://qanoun.iraqja.iq/view.797/>

Exécution partielle

L'étudiant boursier, ayant obtenu, à l'étranger, un diplôme de niveau inférieur à ce qui était prévu dans sa bourse d'études, peut être considéré comme ayant exécuté partiellement ses obligations, ce qui permet d'exonérer le débiteur au prorata.

Cass.civ. 24 juin 1970, pourvoi 21/69, *Recueil Mashahdi*, p. 263.

Clause contractuelle

Est valide la clause interdisant au locataire de sous-louer le local et imposant une indemnité en cas de violation de ladite clause. Des lors, en cas de non-respect de cet engagement par le locataire, le bailleur a droit aux dommages-intérêts fixés au contrat (clause pénale). Toutefois, le juge peut en réduire le montant si le débiteur établit qu'il est excessivement exagéré, conformément à l'art. 170 C.civ. Cass.civ. 24 nov. 1969, pourvoi 837/civ./69, *Revue Al-Qada*, no 1, 1970, p. 238-239. Néanmoins, il résulte de l'art. 170-1 C.civ. que le tribunal ne peut réduire le montant de lui-même et d'office, sans que cela soit invoqué par le défendeur. Cass.civ. 25 juin 1963, pourvoi 876, *Recueil Mashahdi*, p.249.

De même, la clause fixant le montant d'une indemnité d'occupation dû après l'expiration du bail est valable. C'est le cas d'une clause figurant dans un bail commercial selon laquelle « Au terme du bail, si le preneur ne libère pas les lieux, il sera tenu de verser pour la période de retard un montant égal au loyer convenu majoré de 50%, sans mise en demeure ». Cass.civ. 5 nov. 2008, pourvoi 2470, <http://qanoun.iraqja.iq/view.935/>

Est réputé être un manquement aux conditions du contrat d'assurance, le fait par le bénéficiaire de ne pas dénoncer le sinistre à l'assureur dans les délais convenus après sa survenance. Il en va ainsi d'une dénonciation tardive faite plus de 27 jours après le vol du véhicule enregistré au commissariat de police. Cass.civ. élargie 22 mai 2006, pourvoi 3/06, disponible sur www.eastlaws.com

Fin du contrat, bail

Le bail commercial est régi par les dispositions du Code civil (contrairement au bail d'habitation). Il s'ensuit que ledit bail prend fin à l'expiration du terme fixé par le contrat, sans qu'il soit nécessaire de donner congé. Le preneur doit dès lors restituer la chose louée à l'expiration du bail, conformément aux art. 771 et 779 C.civ. Cour d'appel de Bagdad-Karkh, 3 sept. 2008, no 56/immo/07, *al-nashra al-qadayiah*, 8, 2009, p.9.

D. Résolution du contrat

Impossibilité de rupture unilatérale

Il faut introduire l'action en résolution avant de réclamer des dommages-intérêts en raison de la dénonciation du contrat de la part de l'autre contractant. Ainsi, lorsque le demandeur réclame

réparation pour le dommage subi et le gain manqué à cause de la rupture unilatérale du contrat de fourniture par le défendeur, le tribunal ne saurait admettre la résiliation unilatérale sous prétexte que le cocontractant a trouvé des équipements moins chers. Le maintien du contrat rend irrecevable l'action en réparation intentée par le demandeur. Celui-ci devra intenter l'action en résolution du contrat et demander concomitamment des dommages-intérêts, le cas échéant. Cass.civ. 29 mai 1999, pourvoi 140/99, *Revue Al-Qada*, vol.53, 1999, p.179-178.

Résolution judiciaire, pouvoir d'appréciation du juge

Lorsque l'entrepreneur n'a pas exécuté ses engagements de construire une station-service, le demandeur peut, après une mise en demeure, réclamer la résolution du contrat avec des dommages-intérêts. Pour prononcer la résolution, le manquement grave de la part de l'entrepreneur doit être caractérisé. Pour ce faire, le juge peut se fonder sur le rapport d'expertise établissant le faible taux d'achèvement des travaux en dépit du fait que les matériaux nécessaires sont offerts et disponibles sur le marché local. Cass.ch. élargie. 9 nov. 1998, *al-mawsoaa al-adlyiah*, n°64, 1999, p.

3-4.

En revanche, l'action doit être rejetée lorsque, selon les constatations du juge du fond, le retard dans les travaux est dû au fait que les autorisations administratives requises n'ont pas été obtenues à temps et que le certificat d'urbanisation de la station-service n'a pas été émis. Dès lors, l'entrepreneur ne peut être tenu responsable du retard dû à une cause étrangère. Cass.civ. 9 nov. 2008, pourvoi 2528,

<http://qanoun.iraqja.iq/view.994/>

Résolution, manquement grave

Le défaut de livraison, par le vendeur payé, constitue un manquement à ses obligations contractuelles, qui autorise l'acheteur, après mise en demeure, de demander la résolution du contrat et le paiement des indemnités prévus dans la clause pénale. Il s'agit en l'espèce d'un contrat de fourniture de 275 systèmes d'arrosage par aspersion dont le prix a été entièrement payé, mais non livrés aux entrepôts du demandeur selon le contrat. Cass.civ. 6 mai 2008, pourvoi 429 <http://qanoun.iraqja.iq/index.php> (disponible aussi sur eastlaws.com)

Résolution judiciaire avec dommages-intérêts

À défaut d'une clause résolutoire expresse, la résolution du contrat doit être demandée au juge. Le vendeur non payé n'est pas fondé à réclamer le montant de la clause pénale sans demander de manière concomitante la résolution du contrat, car étant de nature compensatoire, l'indemnité conventionnelle ne saurait être accordée sans l'anéantissement du contrat. Cass. civ. élargie, 2 mai 1981, pourvoi n°479

<http://qanoun.iraqja.iq/view.37/>

Résolution du contrat, pouvoirs du juge

En vertu de l'art. 177-1 C.civ., le tribunal peut rejeter l'action en résolution lorsque le manquement à son obligation par le débiteur ne présente que peu d'importance par rapport à l'ensemble de la prestation due. Tel est le cas dans un contrat d'entreprise lorsqu'il ressort du rapport des experts mandatés que 80% des travaux ont été achevés, selon le contrat et les plans de construction. Cass.civ. 12 juin 2007, pourvoi n°1193, <http://qanoun.iraqja.iq/view.295/>

Résolution, nature de manquement grave

L'acheteur est en droit de refuser de prendre livraison et de demander la résolution du contrat et la restitution du prix lorsque la marchandise livrée comporte, selon le rapport d'expertise, de multiples défauts la rendant non-conforme aux conditions contractuelles (groupe électrogène comportant plusieurs pièces manquantes). Cass.civ., 6 juillet 2008, pourvoi n°616, <http://qanoun.iraqja.iq/view.797/>. De même, c'est à bon droit que les juges de fond ont prononcé la résolution d'un contrat de location d'un parking lorsque le bailleur a procédé à la fermeture de l'accès à celui-ci, empêchant ainsi son exploitation, et n'a pas cessé ce trouble en dépit de la mise en demeure adressée par le locataire. Cass.civ., 3 août 2008, pourvoi n° 1716, <http://qanoun.iraqja.iq/view.622/>

Action en résolution, mise en demeure irrégulière

Dans les contrats synallagmatiques, l'inexécution par l'une des parties de ses engagements autorise son cocontractant, après mise en demeure, à demander la résolution du contrat. La mise en demeure se réalise par sommation ou tout autre écrit. Pour être régulière, elle doit comporter tous les renseignements nécessaires sur le manquement

allégué et notifier la volonté du créancier d'agir. Ne remplit pas ces conditions, une mise en demeure comportant des informations erronées ou inexacts sur la durée du contrat et le montant du loyer, ce qui rend l'action irrecevable de ce chef. Cass.civ. 15 jan. 2009, pourvoi 103/09, *al-nashra al-qadayiah*, 7, 2009, p. 17-18.

Clause résolutoire expresse

Aux termes de l'art. 178 C.civ., les parties peuvent convenir qu'en cas d'inexécution du contrat, celui-ci sera résolu de plein droit et sans intervention de la justice. Cette clause laisse subsister la nécessité d'une mise en demeure, à moins que les parties ne conviennent qu'elles en seront dispensées. La clause résolutoire doit, sous peine de nullité, être rédigée en termes exprès. Dès lors, la clause selon laquelle le contrat de fourniture peut être résilié en cas de non-exécution de ses obligations par le fournisseur, n'est pas une clause expresse et ne dispense pas le cocontractant de saisir la justice pour en demander la résolution. Cass.ch. mixte 30 sept. 2012, pourvoi 178, en ligne sur www.iraqlid.iq sous art. 178.

Résolution du contrat, moment

L'action en résolution doit être intentée en cours de contrat, après mise en demeure, et ne peut être introduite une fois le contrat arrivé à expiration, auquel cas le demandeur est réputé avoir renoncé à ce droit. Cass.civ. 20 avril 2008, pourvoi 918/08 disponible sur www.eastlaws.com

Résiliation bail, indemnité d'occupation

Lorsque le bail portant sur un immeuble est résilié par décision de justice, l'occupation consécutive par l'ancien locataire est réputée occupation sans droit ni titre (*ghasb*). Ce dernier doit des indemnités pour la période entre la résiliation du bail et la restitution du local au bailleur (du 6 avril 2004 au 25 avril 2006), conformément à l'art. 197 C.civ. Pour évaluer cette indemnité, la Cour d'appel a, de bon droit, retenu le rapport équilibré et motivé des trois experts qui est propre à fonder son jugement, en vertu de l'art. 140 du Code de la preuve. Cass.civ. 25 nov. 2008, pourvoi 2481, *al-nashra al-qadayiah*, 5, 2009, p. 22-23.



Sultan Saray

Notes : ↗ retour au texte

- 1 ↗ Ces contrats se retrouvent divisés en : 1° contrats portant sur la propriété (vente, échange, donation, société, prêt d'argent, transaction) ; 2° contrats relatifs à la jouissance des choses (bail, prêt à usage) ; 3° contrats portant sur la prestation de services (entreprise, travail, mandat, dépôt) ; et 4° contrats aléatoires (loterie, rente viagère et assurance). Le cautionnement est classé à part, en fin de partie, puisqu'il constitue une sûreté d'ordre général qui peut s'adjoindre à n'importe quelle obligation.
- 2 ↗ Art. 217 et s. du Code de commerce no 30-1984.
- 3 ↗ V. notre article, « La réception du modèle juridique français par le Code civil irakien »,

Revue internationale de droit comparé, 2, 2005, p. 263-290.

- 4 ↗ La Cour de cassation pour l'ordre judiciaire et le Conseil d'État pour l'ordre administratif, auxquels s'ajoute, depuis 2005, la Cour suprême fédérale qui fait figure de juridiction constitutionnelle.
- 5 ↗ Les juridictions de premier degré peuvent être classées en trois sous-catégories : juridictions civiles (tribunaux de première instance, tribunaux du travail, etc.), juridictions répressives (tribunaux des délits, tribunaux des crimes, tribunaux des mineurs, etc.) et juridictions de statut personnel (pour musulmans et non-musulmans). Ensuite, les cours d'appel constituent les juridictions de

second degré qui rejettent de nouveau l'affaire. Quant à la Cour de cassation, elle ne constitue pas un troisième degré de juridiction car sa mission se limite à vérifier si la règle de droit a été correctement interprétée et appliquée par les juges du fond.

- 6 ↗ V. notre thèse, *Les interactions entre normes religieuses et séculières dans l'ordre juridique irakien*, th. Université Aix-Marseille III, 2009, p.81-83.
- 7 ↗ Fait curieux, la Cour de cassation fait parfois référence dans ces arrêts à cette jurisprudence constante (*qada mustaqir*).
- 8 ↗ Les deux premières sont gratuites alors que la dernière est payante.



Jumeirah Beach

Lynn KANAAN

Liban

Contentieux libanais**I- Bilan statistique et de sociologie juridique**

93 décisions ont été inventoriées au total. Elles ont été rendues au cours des années allant de 1962 à 2014.

Elles ont été relevées dans les publications libanaises Cassandre et Baz. La majeure partie d'entre elles datent du XXI^{ème} siècle et ont été rendues entre 2000 et 2014.

Elles émanent de toutes les provinces du Liban ainsi que de toutes les juridictions : Cour de cassation ; cour d'appel ; tribunal ; juge unique.

Elles ont à l'exception de deux d'entre elles pour base légale le Code libanais des obligations et des contrats qui a été promulgué par la loi du 9 mars 1932 portant Code des obligations et des contrats.

Le texte en langue arabe qui n'existe pas pour toutes les décisions est signalé par le numéro qui lui correspond.

Elles couvrent des activités variées :

- achat/vente de marchandises, d'un terrain ou d'un produit financier ;
- réservation d'un emplacement dans une exposition ;
- relation d'un particulier avec sa banque ;

- abonnement à un club sportif.

Comme nous allons le voir, elles portent pratiquement toutes sur la formation et la validité du contrat. Les contestations portant sur les chefs juridiques suivants :

- rôle du silence dans l'acceptation tacite d'une offre ;
- modification des clauses du contrat ;
- vente de biens immobiliers ;
- bail ;
- appréciation de la lésion ;
- fixation des pouvoirs du juge du fond ;
- régime de la nullité ;
- cours de la prescription.

II- Analyse de fond**1- Qualification du contrat****Qualification d'une donation**

A été jugé constituer une donation un contrat apparent de vente de biens immobiliers à un tiers par le père de deux enfants mineurs qui l'a ultérieurement rétrocédé auxdits enfants car la minorité constitue une preuve suffisante du



*Cabinet Émile Kanaan
Avocate au Barreau de Beyrouth*

Index

Abréviations

Civ. : Cour de cassation, chambre civile

COC : code des obligations et des contrats

non-paiement du prix (Al Adl 2008, décision 38 rendue par la cour d'appel de la Békaa, chambre 2, datée du 23 / 2/ 2006, No. 3, page 1238).

2- Échange des consentements

Six décisions sont relatives à l'échange des consentements. Elles portent toutes sur le point de savoir si la proposition faite par une partie à l'autre partie a été ou non acceptée par cette dernière. Elles concluent toutes à une acceptation tacite. Le critère le plus déterminant de ce consentement est que le contrat a commencé à être exécuté ou l'a été.

Bien qu'il ait été jugé que les juges du fond apprécient souverainement la rencontre des volontés (Civ 2ème lib 24 juin 1999), la Cour de Cassation exerce néanmoins son contrôle dans les arrêts les plus récents comme le révèlent les espèces qui suivent et qui portent sur l'existence ou non d'une acceptation tacite.

Ainsi, l'acceptation a été tenue pour acquise :

- lorsqu'une partie a répondu à une proposition par laquelle le pollicitant avait entendu se lier (CA Beyrouth 23 avril 1992) ;
- par l'acheteur de marchandises en relation

d'affaire avec le vendeur qui a gardé le silence après réception de ces dernières sur les clauses insérées dans la facture pendant longtemps, sans réserves ni contestation mais qui a exécuté une partie de l'offre (Décision No. 50 / 2012, datée du 4 / 10 / 2012, cassation civile, chambre 2) ;

- lorsque, en l'absence d'acceptation formelle du destinataire de l'offre dès lors que celui-ci n'avait pas refusé celle-ci (Cassandra 2009, décision No. 93 / 2009 datée du 17 / 12/ 2009, cassation civile, chambre 2) ;
- lorsque la partie qui souhaitait obtenir l'indemnisation du retard de livraison d'une expédition maritime a proposé à sa cocontractante de réduire le montant de la facture que cette dernière lui réclamait en proposant 1000 USD du montant des factures à venir ; malgré le silence gardé, la défenderesse a été tenue pour avoir accepté un règlement de 1400 USD (Cassandra 2012, décision No. 10 / 2012 datée du 30 / 1/ 2012, le juge unique civil du Metn statuant sur les procès commerciaux) ;
- lorsque celui qui a reçu un relevé de compte sans réagir, même s'il n'est pas commerçant (Civ 4ème lib 30 déc 1997).

Mais il est aussi arrivé que la rencontre des volontés ne se soit pas produite ; tel a été le cas lorsque les parties avaient échangé une correspondance au terme de laquelle l'une demandait à l'autre de lui consentir la location d'un stand dans une exposition dès lors que les discussions n'ont été suivies d'aucune attitude positive, telle que l'exécution (Cassandra 2010, décision N° 83/2010 datée du 14/10/2010 cassation civile, chambre 2 ; Civ 1ère lib 26 mars 1998).

3- Vices du consentement

A- Erreur

Condition de qualités essentielles.

L'erreur doit porter sur un élément substantiel du contrat (CA Mont Liban 11ème 27 juillet 2004). Elle ne vicie pas le contrat si elle n'est pas déterminante, et plus particulièrement si elle porte sur les qualités secondaires ou accidentelles de la chose ou de la personne (Civ 1ère lib 16 juin 1998). L'erreur a porté sur une qualité substantielle de la partie qui l'invoque lorsque celle-ci, qui ne pouvait pas passer pour une partie avertie du

contrat litigieux, en l'espèce un contrat d'achat d'un produit financier offert par une banque, a conclu le contrat dans l'ignorance de risques imminents (Al Adl 2014, décision No. 500, rendue par la cour d'appel de Beyrouth, chambre 3, datée du 3/ 4/2014, No. 3, page 1397).

Application du vice d'erreur

Lorsque la condition ci-dessus est remplie, le contrat est vicié :

- si l'erreur est déterminante ; elle ne l'est pas particulièrement si elle porte sur les qualités secondaires ou accidentelles de la chose ou de la personne (Civ 1^{ère} lib 16 juin 1998) ;
- que l'erreur soit de droit ou de fait au même niveau, l'article 206 C.O.C faisant produire le même effet à l'une et à l'autre (Cassandre 2013, décision No. 44 / 2013, datée du 7 / 5 / 2013, cassation civile, chambre 10) ; mais l'appel à l'erreur de droit par un père, à qui était reproché d'avoir fait à ses enfants mineurs une donation sous couvert d'une vente, au motif qu'il ignorait les règles successorales a été rejeté car nul n'est censé ignorer la loi (Al Adl 2008, décision 38 rendue par la cour d'appel de la Békaa, chambre 2, datée du 23 / 2/ 2006, No. 3, page

1238).

Nullité ou inexistance du contrat vicié par l'erreur

Lorsque le contrat est vicié par l'erreur, il est nul d'une nullité relative ; seule la partie victime de l'erreur peut s'en prévaloir, à l'exclusion de l'autre partie qui en a bénéficié (Civ 1^{ère} lib 12 décembre 2000). Mais l'erreur peut empêcher la formation du contrat par application de l'article 203, qui est alors inexistant (Civ 2^{ème} lib 19 mai 1994), ce qui se produit si l'erreur est commune aux parties ; la preuve de cette erreur incombe à la partie qui l'allègue qui peut la rapporter par tous les moyens y compris par présomptions ; le tribunal dispose du pouvoir absolu d'appréciation des preuves, car il lui incombe d'apprécier les circonstances qui ont accompagné le contrat et l'état mental, matériel et personnel de ses deux parties (Cassandre 2011, décision No. de fond 128 2009, datée du 1 / 6 / 2011, tribunal de premier degré de Beyrouth, chambre 4).

Contrat non vicié par l'erreur

Le contrat n'est pas vicié lorsque l'erreur

invoquée :

- porte sur le prix dont il est demandé une augmentation dès lors qu'il est l'évaluation monétaire de la chose car il ne correspond pas alors à l'erreur retenue par l'article 205 C.O.C., qui suppose une erreur portant sur des chiffres ou un calcul (Cassandre 2010, décision No. 34 /2010, datée du 8 / 7 / 2010, cassation civile, chambre 9) ;
- est manifeste, car elle ne peut pas être excusable (CA Mont Liban 11ème 27 juillet 2004).

B- Dol

Il ressort des six décisions recensées traitant du dol que celui-ci est sanctionné dans les conditions suivantes.

Existence du dol

Pour qu'il y ait dol imputable à l'un des cocontractants, celui-ci doit :

- avoir commis des manœuvres frauduleuses susceptibles d'être caractérisées par toutes sortes de circonstances (Cassandre 2012 décision No. 110 / 2012, datée du 12 / 7 / 2012 ;

Cassandra 2011, décision No. 72 / 2011, datée du 12 / 10 / 2011 cassation civile, chambre 10 ; Cassandra 2009, décision No. 96/2009, datée du 30 /4 /2009) ;

- avoir une intention de tromper (Cassandra 2011, décision No. 72 / 2011, datée du 12 / 10 / 2011 cassation civile, chambre 10) la preuve de cette dernière incombant à la partie qui l'allègue (Cassandra 2009, décision No. 567 / 2009, datée du 23/4/2009, cour d'appel civile de Beyrouth, chambre 9) ;
 - avoir dissimulé un fait qui était déterminant du consentement de la partie plaignante, ce qui signifie que cette partie n'aurait pas conclu le contrat si elle avait connu le fait qui lui a été intentionnellement caché par son cocontractant (Cassandra 2011, décision No. 72 / 2011, datée du 12 / 10 / 2011 cassation civile, chambre 10 ; Cassandra 2009, décision No. 96/2009, datée du 30 /4 /2009) ;
 - s'être comporté ainsi à l'égard d'une partie qui ignorait légitimement ce fait, ce qu'apprécient souverainement les juges du fond (Cassandra 2011, décision No. 72 / 2011, datée du 12 / 10 / 2011 cassation civile, chambre 10) ;
- N'a pas ignoré légitimement l'information dénoncée celui-là qui :

- il suffisait de lire le contrat (Cassandra 2014, décision No. 41 / 2014, datée du 24 / 4 / 2014, cassation civile, chambre 2) ;
- aurait dû se renseigner (Cassandra 2011, décision No. 72 / 2011, datée du 12 / 10 / 2011 cassation civile, chambre 10 ; Cassandra 2009, décision No. 1106 / 2009, datée du 30 / 7 / 2009, cour d'appel civile de Beyrouth, chambre 9 ; Cassandra 2009, décision No. 96/2009, datée du 30 /4 /2009 ; Civ 1ère lib 16 juin 1998).

Preuve du dol

Le dol se prouve par tous moyens (Civ 5ème lib 29 mars 2001).

Action en justice

La prescription de 10 ans court à partir du jour où le dol a été découvert par la victime (Civ 1ère lib 14 décembre 1993).

Sanction du dol

La sanction la plus demandée est la nullité du contrat (Civ 5ème lib 25 mars 2001).
Mais il est possible de ne demander que des

dommages et intérêts réels (Cassandra 2007, décision 52 / 2007, datée du 3 / 4 / 2007, cour d'appel du Mont Liban, chambre 3)

C- Violence

Existence de la violence

La violence est une cause de nullité du contrat lorsqu'elle engendre dans l'esprit d'une partie une crainte. Celle-ci existe lorsqu'une partie crée envers l'autre un état de nécessité révélant une inégalité entre les parties où l'une d'entre elles exploite abusivement certaines circonstances contraignantes lui faisant redouter d'encourir un mal (Civ 4ème lib 24 décembre 2003).

Elle existe que la menace résulte d'une agression physique ou d'une intimidation morale (Cassandra 2013, décision No. 67 / 2013 datée du 10 / 10 / 2013, cassation civile, chambre 1).

Mais toute menace ne peut être source de vice du consentement que si elle a été déterminante du consentement de la partie qui la dénonce (Cassandra 2013, décision No. 167 / 2013 datée du 21 / 11 / 2013, cassation civile, chambre 10).

Absence de violence

La menace tenant à l'emploi légal des voies de droit n'est pas constitutive d'une violence. La crainte provoquée est légale si la menace tend uniquement à faire obtenir son dû à celui qui y recourt (CA Mont Liban 25 juin 2003). Notamment, est irréprochable la menace de former un procès ou d'utiliser tout autre moyen juridique (Cassandre 2010, décision No. 54 / 2010, datée du 1 / 4 / 2010).

Pouvoir des juges du fond et contrôle de la Cour de cassation

Bien qu'un arrêt de la Cour de cassation (Civ 2^{ème} lib 11 janvier 2000) ait péremptoirement affirmé que le principe est que les juges du fond apprécient souverainement, hors du contrôle de la Cour de cassation, si les circonstances de l'espèce dont ils sont saisis constituent la violence vice du consentement ou non, trois arrêts postérieurs de la Cour de cassation ont tempéré cette affirmation en posant que la Cour de cassation contrôle si l'appréciation des juges du fond ne constitue pas une dénaturation des faits (Cassandre 2013,

décision No. 167 / 2013 datée du 21 / 11 / 2013, cassation civile, chambre 10 ; Cassandre 2010, décision No. 34 / 2010, datée du 8 / 7 / 2010, cassation civile, chambre 9), car il n'y a contrôle de la Cour de cassation que sur la qualification juridique des faits (Cassandre 2012, décision No. 136 / 2012, datée du 26 / 12 / 2012, cassation civile, chambre 10).

D- Capacité

Présomption de capacité

La capacité est toujours supposée jusqu'à preuve contraire (Cassandre 2014, décision No. 22 / 2014, datée du 20 / 3 / 2014, cassation civile, chambre 9).

Existence de la capacité ou absence d'incapacité

Les tribunaux libanais se montrent stricts pour reconnaître qu'un acte est nul pour perte de l'intégrité mentale d'une partie. Ont été ainsi récusés :

- la maladie dès lors qu'elle n'affecte pas le discernement du malade (Civ 1^{ère} lib 27 juin

2002) ;

- la maladie d'Alzheimer qui n'entraîne sûrement pas l'absence totale de la conscience, même si elle reste à la première étape pendant laquelle la personne qui en est atteinte oublie certaines choses (Al Adl 2008, Loi 8, émanant de la cour de cassation, Chambre 5, datée du 17 / 1 / 2008, No. 2, P. 644) ;
- déficience mentale à défaut de preuves suffisantes de l'altération des facultés mentales (Al Adl 2012, décision rendue par la cour d'appel du Mont Liban, chambre 6, datée du 31 / 3 / 2011, No. 1, P. 265) ;
- la vieillesse qui ne constitue pas, à elle seule, une présomption de faiblesse des facultés mentales, ni ne provoque, par conséquent, l'incapacité (Cassandre 2013, décision No. 9 / 2013, datée du 22 / 1 / 2013, cassation civile, chambre 9)

Compétence judiciaire exclusive pour apprécier la capacité

Seuls les tribunaux sont compétents pour statuer sur une cause d'incapacité. Sont exclus de cette compétence les tribunaux ecclésiastiques (AP lib

20 janvier 1994) et les notaires (Al Adl 2008, Loi 8, émanant de la cour de cassation, Chambre 5, datée du 17 / 1 / 2008, No. 2, P. 644 ; Cassandre 2013, décision No. 71 / 2013, datée du 5 / 12 / 2013, cassation civile, chambre 9).

Nullité de l'acte

L'acte fait par un incapable est nul de nullité relative (Al Adl 2012, décision rendue par la cour d'appel du Mont Liban, chambre 6, datée du 31 / 3 / 2011, No. 1, P. 265)

Prescription de l'action en nullité

L'action en nullité se prescrit, dans le cas où la partie soupçonnée d'incapacité est décédée, à compter du décès et non à partir de la date où le fait a été connu (Al Adl 2012, décision rendue par la cour d'appel du Mont Liban, chambre 6, datée du 31 / 3 / 2011, No. 1, P. 265).

E- Objet du contrat

Caractère certain de l'objet

L'objet peut consister en une chose future, comme

un immeuble à construire (Civ 1^{ère} lib 5 janvier 1999).

Détermination de l'objet

Le contrat doit contenir les qualités de la chose ou de l'objet, permettant de l'identifier au moment de l'exécution du contrat ; à défaut, le contrat n'est pas valablement formé (CA Mont Liban 11^{ème} 24 avril 2004 : dans le cas d'un contrat de vente), comme le montre aussi la décision qui suit sur l'impossibilité de l'objet.

Impossibilité de l'objet

A propos de la vente d'une part dans un bien-fonds, la survenance d'une impossibilité juridique insurmontable ayant fait obstacle à l'allotissement au vendeur de la part devant lui revenir, a empêché la réalisation de la chose, objet du contrat de vente ; ce contrat a été frappé de nullité absolue, voire d'inexistence, ce qui a eu pour conséquence la condamnation du vendeur à restituer la somme payée du prix comme résultante naturelle de la déclaration d'une telle nullité (Al Adl 2009, datée du 17 / 12 / 2009, No. 1, page 397).

Licéité de l'objet

Les prestations prévues au contrat ne doivent pas porter atteinte aux règles d'ordre public, lequel est constitué par l'ensemble des règles impératives liées aux intérêts supérieurs de la société (Civ 5^{ème} lib 31 octobre 2002 ; Civ 1^{ère} lib 28 janvier 1999). Notamment a été déclaré nul tout accord visant à accorder à quiconque non titulaire d'un certificat de pharmacie, une part des profits de la pharmacie de quelque manière que ce soit, de même que sera considéré comme nul tout accord accordant à un pharmacien une part des profits d'une autre pharmacie (Al Adl 2007, décision 315, rendue par la cour d'appel du nord, chambre 4, datée du 26 / 4 / 2006, No. 3, page 1298).

F- Cause

Condition nécessaire à la validité du contrat

Tout contrat devant avoir une cause, le contrat unilatéral, bien que n'émanant de la volonté que d'une seule personne, doit être causé (Civ 2^{ème} lib 31 octobre 2005).

Le contrat aléatoire est aussi causé, la cause résidant dans l'aléa lui même, par lequel les parties saisissent l'occasion de faire des bénéfices et consentent à supporter les risques de pertes résultant de l'opération projetée (Civ 4^{ème} lib 13 juillet 1999).

Définition de la cause

La cause du contrat réside dans le mobile individuel qui a incité la partie à le conclure et qui ne fait point partie intégrante de l'acte (art 200 du COC) ; elle varie d'espèces à espèces pour une même catégorie de contrats (Civ 4^{ème} lib 10 novembre 2005 ; Baz 2013, décision 71 / 2013, chambre 9, page 1527).

Date d'appréciation de la cause

La cause s'apprécie au moment de la formation du contrat et pas lors de son exécution (Civ 4^{ème} lib 7 février 1997).

Existence de la cause

Le contrat a une cause :

- indépendamment de la dépréciation monétaire

qui n'est pas de nature à faire disparaître la cause de l'obligation, appréciée non au cours de l'exécution du contrat, mais au moment de sa formation (Civ 1^{ère} lib 4 décembre 2003) ;

- lorsqu'il y a inégalité des obligations lors de la création du contrat, ou déséquilibre au cours de son exécution (Cassandre 2013 décision No. 7 / 2013, datée du 12 / 2 / 2013, cassation civile, chambre 1).

Preuve de la cause

L'article 199 C.O.C qui a stipulé que « toute obligation est présumée avoir une cause effective et licite, encore qu'elle ne soit pas exprimée dans l'acte », a posé une présomption juridique au profit de celui qui se prévaut de l'existence d'une cause de ce qu'il produit ; en conséquence, il appartient à celui qui allègue l'invalidité de la cause de fournir la preuve d'une telle allégation (Cassandre 2014, décision No. 13 / 2014, datée du 20 / 2 / 2014, cassation civile, chambre 2). La preuve contraire doit se faire par écrit (Cassandre 2013 décision No. 67 / 2013, datée du 10 / 10 / 2013, cassation civile, chambre 1).

Celui qui allègue une autre cause que la cause apparente doit la prouver (Cassandre 2014,

décision No. 227 / 2014, datée du 15 / 7 / 2014).

Fausse cause

L'article 199 al 2 du COC institut une présomption d'exactitude de la cause, jusqu'à preuve contraire (Civ 9^{ème} lib 29 décembre 2005).

Donc, celui qui allègue de la fausseté de la cause doit en rapporter la preuve (Civ 1^{ère} lib 31 janvier 2002).

Cause illicite

La cause illicite est celle qui est contraire à l'ordre public, aux bonnes mœurs et aux dispositions impératives de la loi (Baz 2012, décision 105 / 2012, chambre 10, page 1078).

G- Lésion

Absence de lésion subie par un majeur

Est traité comme un majeur même le mineur qui été autorisé à exercer le commerce ou l'industrie (CA Mont Liban 3^{ème} 21 mai 1992).

La lésion ne peut pas être prise en compte si le

déséquilibre des prestations n'est pas significatif (Civ 1^{ère} lib 25 juillet 2002).

La lésion suppose la réunion simultanée d'un élément matériel (prix choquant et inhabituel), ainsi qu'un élément intentionnel (volonté d'exploiter la gêne), à peine de rejeter l'action en nullité pour lésion (Civ 2^{ème} lib 26 avril 2001).

Présomption de lésion

La différence manifeste et non justifiée entre prix de vente et prix réel peut constituer une présomption simple de l'exploitation de l'inexpérience de l'acheteur (Civ 1^{ère} lib 26 mars 2002).

Procédure

Irrecevabilité de la demande

A défaut de texte, la victime ne peut pas demander simultanément l'annulation du contrat pour lésion et la réduction de ses propres obligations, ce dernier cas impliquant la validité du contrat (TPI Beyrouth 5^{ème}, 13 janvier 2000).

Irrecevabilité du pourvoi en cassation

Si la lésion n'a pas été soulevée par les juges du fond, elle ne saurait être relevée pour la première fois devant la cour de cassation (Civ 1^{ère} lib 27 juin 2002).

H- Forme du contrat

Principe du consensualisme

Le contrat est formé par principe par l'échange des consentements qui entraîne les effets du contrat. Il en est toutefois autrement si la loi le prévoit. Ainsi, dans le cas de la vente d'un immeuble, la vente ne produit ses effets qu'à compter de l'inscription au registre foncier, l'accord de volonté étant insuffisant pour transférer la propriété (CA mixte Beyrouth 16 juin 1943).

I- Nullité du contrat

Le droit libanais distingue la nullité absolue de la nullité relative :

Nullité absolue

La nullité absolue :

- n'est pas susceptible de confirmation (CA Mont Liban 22 février 1988) ;
- est imprescriptible (Civ lib 17 octobre 1962), mais cette solution est controversée.

Nullité relative

La nullité relative est susceptible de confirmation : acte par lequel la personne qui peut demander la nullité d'un acte juridique renonce à s'en prévaloir ; par exemple, la victime d'une lésion peut confirmer l'acte lésionnaire (Civ 4^{ème} lib 30 nov 1993 / CA Mont Liban 18 février 1993).

Nullité partielle

Lorsqu'un contrat comporte des clauses licites et des clauses illicites, seules ces dernières sont annulées à condition que cette annulation n'affecte pas la finalité du contrat ; ainsi le prix valablement fixé reste dû, seuls les montants des intérêts usuraires étant annulés (Cassandra 2011, décision No. 96 / 2011, datée du 8 / 12 / 2011, cassation civile, chambre 2).

Effets de la nullité

La nullité frappe le contrat dans son ensemble car le contrat est en principe indivisible (Civ lib 1^{ère} 16 juin 1998). Il s’ensuit que le demandeur à l’action en annulation ne peut demander l’annulation du contrat et le maintien de certaines dispositions à son intérêt (Civ lib 8^{ème} 16 juillet 2002).

4- Modification des conditions du contrat

Interdiction des modifications unilatérales des conditions du contrat

Il a été refusé à une banque de modifier unilatéralement le taux d’intérêt qui est jugé comme une modification de l’objet du contrat, sauf si le client a reçu les relevés de compte sans formuler aucune protestation ou réserve à l’égard du taux ainsi appliqué ; il est alors réputé avoir accepté le taux unilatéralement modifié par la banque (CA Mont Liban 6 décembre 1995).

Validité de la révocation mutuelle du contrat

La jurisprudence libanaise autorise la révocation du contrat par consentement mutuel des parties : « mutuus disensus » (CA Mont Liban 1^{ère} 15 octobre 1997).
La révocation peut être expresse ou tacite, si elle est tacite, elle peut résulter des faits ou dires des parties intéressées (Civ 4^{ème} lib 3 novembre 1999).

Novation des conditions

Des cocontractants ont été considérés liés par une novation dès lors que l’une avait accepté la proposition de l’autre pour régler le différend qui les opposait ; elles avaient ainsi conclu une transaction, ce qui avait abouti à remplacer la dette principale exigible de la première envers l’autre par une nouvelle dette (Cassandre 2014, décision No. 139 / 2014, datée du 30 / 10 / 2014).

5- Exécution du contrat

Exécution des obligations valablement acceptées

Le titulaire d’un contrat d’abonnement à un club sportif est tenu d’exécuter les obligations prévues au contrat en raison du caractère obligatoire des contrats ; il est impossible de recourir aux principes de bonne volonté, d’équité et de justice, puisqu’il n’existe aucune lacune, ou omission ou confusion dans le contrat ; il n’est donc pas question, sous couvert de l’élément d’équité, de modifier les conditions agréées par les deux parties contractantes ; aussi l’abonné doit-il s’acquitter des frais qui sont mis à sa charge par le contrat (Baz 2013, décision No. 28 / 2013, datée du 7 / 2 / 2013).

6- Résiliation du contrat

Rejet de la demande de résiliation

Il appartient au vendeur tant qu’il est en état de le faire de formuler la demande et non au notaire (Cassandre 2012, décision 56 / 2012, datée du 14 / 6 / 2012, cassation civile, chambre 9).



Séance 3

Orientations de la jurisprudence égyptienne, algérienne, tunisienne et marocaine

Sous la Présidence de Barthélemy MERCADAL



Professeur Barthélemy MERCADAL

Vice-Président et secrétaire général de l'IDEF

Président de Séance

Barthélemy MERCADAL est agrégé des Facultés de droit et professeur émérite du Conservatoire national des arts et métiers.

Il est Vice-président et Secrétaire général de l'IDEF depuis 2007 et mène entre autres, à ce titre, plusieurs actions en faveur de la promotion de l'OHADA à travers le monde

Le Professeur MERCADAL a dirigé avec succès quatre congrès de l'Institut tenus respectivement en 2008 au Togo, en 2009 en Egypte, en 2012 au Canada et en 2016 aux émirats Arabes unis.

Maître Ismail LAMIE

Egypte

Sous la direction de Arnaud CASADO-

Avec la participation de:

Sophiane BEN ALI
Karim GHORAB

Mohamed ESSAM
Ismail LAMIE

Esraa MOKHTAR
Salma SOUFI
Ibrahim WAEI

Droit égyptien des contrats au Maroc



Associate chez TMS Law Firm - Taha, Moussa and Sabahi, titulaire d'une licence en droit privé de la Faculté Jean-Monnet, d'un Master en droit des affaires de l'Université Paris-Saclay, d'un Master 2 en Droit international et européen des affaires de l'Université Paris 1 Panthéon-Sorbonne.

La formation du contrat : la rencontre de volontés

I. Définition de la rencontre (« superpositionⁱ ») de volontés :

1. L'article 89 du Code civil Egyptien dispose que le contrat se forme par l'expression de « deux intentions superposables », c'est-à-dire, par la rencontre des volontés des parties. Le législateur précise les modalités d'expression de volonté et le moment de la rencontreⁱⁱ : l'article 90 dispose que l'expression de la volonté peut être expresse ou taciteⁱⁱⁱ ; l'article 91 consacre la théorie de la réception puisque que l'expression de la volonté produit ses effets au moment où le destinataire prend connaissance d'une telle volonté, sous réserve de preuve contraire^{iv}.

2. Le juge égyptien considère que ces articles (89, 90 et 91 du Code Civil) sont supplétifs de volonté. Les parties sont libres de préciser davantage la question de l'expression de la volonté et celle du moment de formation du contrat définitif. (*Cour de Cassation, Chambre civile, pourvoi n.º 112, année judiciaire n.º 29, 9 janvier 1964, concernant les conditions générales pour emporter les enchères^v*).

II. Le contenu de l'offre :

3. L'article 95 du Code civil dispose que l'offre est une proposition à contracter et doit être suffisamment précise sur les éléments essentiels du contrat proposés^{vi}.

4. La jurisprudence a ainsi pu considérer que l'absence d'accord sur un des éléments essentiels du contrat proposé mais aussi en cas de différend concernant ses éléments considérés comme essentiels par les parties traduit l'absence de rencontre des volontés et donc la formation du contrat (**Cour de Cassation, Chambre civile, pourvoi n° 88 année judiciaire n° 18, 19 janvier 1950**).

III. Le contrat d'adhésion

5. L'article 100 du Code civil égyptien^{vii} définit l'acceptation dans le cadre d'un contrat d'adhésion.
6. La Cour de cassation (**Cour de Cassation, Chambre civile, pourvoi n° 208, année judiciaire n° 21, 22 avril 1954**) a précisé que : « Une des spécificités des contrats d'adhésion est le fait qu'ils concernent les marchandises et les services considérés comme essentiels pour les consommateurs et les usagers et dont le monopole est légal ou factuel ou qui a pour conséquence de limiter la concurrence. Ces spécificités exigent ainsi que l'offre soit destinée à tout le monde avec les mêmes conditions et pour une durée indéterminée ».

7. L'article 149 du Code civil^{viii} octroie au juge le pouvoir d'intervenir dans le contenu ainsi qu'à l'exécution du contrat en présence d'une clause abusive dans un contrat d'adhésion. (**Cour de Cassation, Chambre civile, pourvoi n° 388, année judiciaire n° 57, 12 décembre 1989**) « l'appréciation du caractère abusive d'une telle clause relève de l'appréciation souveraine des juges du fonds ».
8. Le second alinéa de l'article 151 du Code civil dispose que « Toutefois, l'interprétation des clauses obscures d'un contrat d'adhésion ne doit point préjudicier la partie adhérente ».
9. Par ailleurs, la Cour de cassation (**Cour de Cassation, Chambre civile, pourvoi n° 767, année judiciaire n° 54, 26 avril 1988**) a jugé que lorsqu'un contrat administratif contient des clauses exceptionnelles familière aux contrats d'adhésion civil, alors le contrat sera traité comme un contrat civil, ce qui donne au litige un caractère civil et relève ainsi de compétence du juge judiciaire.

IV. L'offre avec délai :

10. Lorsque l'offre est assortie d'un délai, le pollicitant est obligé de maintenir son offre

jusqu'à l'expiration du délai fixé. Sa durée peut être déterminée en raison des usages, des circonstances ou de la nature de l'affaire.^{ix}

11. Le juge est venu apporter davantage de précisions par rapport au contenu de l'offre faite avec délai. La Cour de cassation considère que « le pollicitant ne peut apporter de modifications sur son offre qu'avant la réception de celle-ci par le destinataire » (**Cour de Cassation, Chambre civile, pourvoi n° 97, année judiciaire n° 24, 10 avril 1958**). Ainsi, une fois que l'offre parvient à son destinataire, elle doit être maintenue sans modifications jusqu'à l'expiration du délai prévu.

V. La promesse de contrat :

12. Les Articles 101 et 102 définissent le contenu de la promesse de contrat^x. En effet l'Article 101 du Code civil précise que la promesse doit contenir les éléments essentiels du futur contrat. L'Article 102 sanctionne la révocation de la promesse avant le délai prévu par la conclusion judiciaire forcée du contrat.

CAPACITE

13. La capacité, qui est une des conditions pour que le contrat soit valablement formé, est régie par les articles 109 à 119 du Code civil Egyptien.

VI. Principe :

14. L'article 109 du code civil met l'accent sur l'importance de la capacité en posant le principe que toute personne est capable de contracter^{xi} sous réserve d'exceptions légales.

VII. Le mineur :

15. Le législateur a prévu une différence selon que le mineur soit ou non dépourvu de discernement. D'une part, l'article 110 du Code civil Egyptien prévoit que tous les actes accomplis par un mineur dépourvu de discernement sont frappés de nullité^{xii}. D'autre part, l'article 111 du même Code prévoit que les actes accomplis par un mineur pourvu de discernement sont valables s'ils lui sont purement profitables et sont nuls s'ils lui sont purement préjudiciables^{xiii}. Par ailleurs, en cas

de difficulté à savoir s'il s'agit d'un acte purement profitable ou préjudiciable, il est toujours possible de ne pas annuler l'acte préjudiciable s'il a été confirmé par le mineur lorsqu'il atteint l'âge de majorité ou bien autorisé par le représentant légal ou par le juge^{xiv}.

16. La jurisprudence égyptienne considère que le droit de demander l'annulation du contrat conclu par le mineur est transmissible aux héritiers et ayant-droits même après la mort du mineur (***Cour de cassation, Ch. civile, pourvoi no. 42, 21 février 1958***).

VIII. L'altération de la faculté mentale et l'état de démence

17. Le code civil distingue entre l'état de démence d'imbécilité et de prodigalité.
18. L'Article 114 du Code Civil limite l'étendu de la capacité juridique de toutes personnes atteintes d'altération de leur faculté mentale ou de démence^{xv}. Selon le premier alinéa de l'article 114, tous les actes passés sous l'empire de ces troubles seront frappés de nullité. Le deuxième alinéa distingue entre les

actes passés antérieurement ou postérieurement à la transcription de la sentence de l'interdiction. Les actes passés antérieurement à l'altération de la faculté mentale ou de l'état de démence sont nuls seulement si le trouble mental était apparent au moment de la conclusion du contrat ou si l'autre partie en avait connaissance.

19. La cour de cassation a précisé que l'acte est nul si, au moment de la formation du contrat, la personne était affectée d'un état de démence apparent. Autrement dit, le trouble psychologique s'apprécie au moment de la formation de l'acte Il faut prouver non seulement l'existence d'un trouble psychologique mais aussi le souhait par l'autre parti de profiter de cet état. (***Cour de cassation, Ch. civile, pourvoi no 238, année judiciaire no. 32, 3299 décembre 1966***).
20. L'Article 115^{xvi} ajoute quant à lui, que seront régis par les dispositions relatives aux mineurs pourvus de discernement, les actes passés par les personnes frappées d'interdiction pour cause d'imbécilité ou de prodigalité.

IX. Les handicapés et infirmités légalement prévues

21. Le code civil énumère, à l'article 117 du code civil, 3 causes légales d'infirmité comme cause d'incapacité d'exprimer sa volonté : le fait d'être sourd-muet, sourd-aveugle ou aveugle-muet^{xvii}. La loi prévoit la nomination d'office d'un conseil judiciaire pour assister la personne handicapée dans les actes où son intérêt l'exige. C'est pourquoi l'annulation des actes de ces incapables légaux doit porter sur les actes postérieurs à la décision prononçant une assistance juridique.

X. La responsabilité de l'incapable en cas d'existence de manœuvres frauduleuse

22. Le code civil prévoit, par ailleurs, dans son article 119 que l'incapable peut demander la nullité du contrat sans se voir opposer sa turpitude. Toutefois, il pourra être condamné à verser des dommages et intérêts vis à vis de son cocontractant s'il a employé des manœuvres frauduleuses pour dissimuler son incapacité^{xviii}.

L'ERREUR

XI. L'Erreur Essentielle

23. Le législateur égyptien précise que l'erreur est une cause de nullité du contrat. L'article 120 du Code civil égyptien dispose qu'il doit s'agir d'une « *erreur essentielle* »^{xix}. L'article 121 est venu préciser cette notion^{xx}.

24. Ainsi, même une erreur unique peut être une cause de nullité du contrat si elle est considérée comme essentielle. C'est-à-dire qu'elle doit être à l'origine de la conclusion du contrat pour la partie l'ayant commise et que l'autre partie contractant avait eu connaissance ou était en mesure d'en avoir connaissance facilement. (*Cour de cassation, Ch. civile, pourvoi no. 5524, année judiciaire 63, 17 avril 2001, rendu au visa des articles 120 et 121 (1) sur l'erreur et 125 sur le dol*). L'erreur essentielle est cause de nullité. Partant, le juge replace les parties dans la situation dans laquelle ils se trouvaient avant la conclusion du contrat.

25. L'erreur sur la personne n'est en principe pas une cause de nullité, sauf lorsque la considération de la personne a été

déterminante pour le consentement (Article 121). On dit alors que le contrat a été conclu intuitu personae, en considération de la personne^{xxi}.

26. Ainsi, la Cour de cassation égyptienne a pu admettre, dans un contrat de transport de marchandise, qu'une erreur sur la qualité d'une des parties n'était pas une erreur essentielle car elle n'entraînait aucun changement objectif sur l'accomplissement du contrat (*Cour de cassation, Ch. civile, pourvoi no 159 année 1 judiciaire no. 21, 29 octobre 1953*).

XII. L'Erreur de droit

27. En parallèle de l'erreur essentiel, l'article 122 du Code civil égyptien prévoit également l'existence que l'erreur de droit puisse être cause de nullité^{xxii}. Néanmoins, tout comme l'erreur essentielle, le juge est venu rappeler qu'il faut que l'autre partie en ait eu connaissance ou a aurait pu facilement en avoir connaissance (*Cour de cassation, Ch. civile, pourvoi no 769, année judiciaire no. 50, 9 décembre 1987*).

XIII. L'erreur indifférente

28. Le législateur a rappelé l'existence d'erreur pouvant être qualifiée d'indifférente puisqu'elles n'entraînent pas de nullité mais qui doivent être rectifiées. C'est notamment le cas des « *erreurs de calcul ou de plume* »^{xxiii}, autrement dit, des erreurs purement formelles. Ainsi, malgré l'existence d'une erreur de montant pour la vente d'un bien déterminé, le juge considère qu'il peut y avoir une rencontre des volontés du vendeur et de l'acheteur (*Cour de cassation, Ch. civile, pourvoi no. 117 année judiciaire no. 16, daté 11 décembre 1947*). On peut déduire également de cette jurisprudence que le contrat doit être interprété selon la volonté des parties et non selon sa lettre lorsque celles-ci sont divergentes.

XIV. L'encadrement de l'action de la victime de l'erreur

29. L'article 124 du Code civil égyptien^{xxiv} a encadré l'action de la victime de l'erreur par des conditions de bonne foi et de l'état de préparation de l'autre partie d'exécuter le contrat tel que la victime a souhaité de conclure. Le législateur a souhaité que ces

deux conditions soient cumulatives.

Le Dol

XV L'annulation du contrat pour dol

30. L'article 125 du Code civil^{xxv}, définit le dol comme cause de nullité du contrat. L'alinéa premier précise que les manœuvres dolosives sont celles pratiquées par un cocontractant dans le but d'induire son partenaire en erreur. L'alinéa 2 du même article définit quant à lui la réticence dolosive.

31. En se basant sur la définition de l'article 125 du Code civil la jurisprudence égyptienne précise que pour que le dol soit retenu, il faut que l'auteur du dol ait recours à des manœuvres, qui sont quant à elles illégales (*Cour de Cassation pourvoi no. 329, année judiciaire no. 39, 8 février 1972*).

32. A titre d'exemple, la Cour de cassation estime que l'attestation par lequel une partie à un litige choisit de ne pas invoquer le droit de demander de l'autre partie de prouver ce qu'elle prétend, est un acte juridique unilatéral dont la validité est appréciée comme tout autres actes juridiques. (*Cour de Cassation*

pourvoi Ch. civile no. 202, année judiciaire no. 32, 5 mai 1966) Ainsi, cet acte doit émaner d'une volonté dépourvue de tout vice de consentement. Donc, en cas de dol, un tel acte peut être annulé.

33. L'article 126 du Code civil Egyptien, apporte de précision quant à l'action en nullité fondée sur le dol pratiqué par un tiers au contrat. En effet cet article dispose que « *la partie qui est victime du dol d'un tiers ne peut demander l'annulation du contrat que s'il est établi que l'autre partie a connu ou dû nécessairement connaître le dol* ».

LA VIOLENCE

XVI La violence : création d'une crainte viciant le consentement

34. L'article 127 du Code civil égyptien qualifie la violence de vice du consentement et la définit comme le fait qu'une des parties ait contracté sous l'empire d'une crainte fondée, provoqué par l'autre partie sans en avoir le droit^{xxvi}. La violence est une pression illégitime exercée sur le contractant pour le contraindre à contracter.

35. Ce même article prévoit que la violence est réputée fondée lorsque la partie qui l'invoque a cru, en raison des circonstances, qu'un danger grave imminent la « *menaçait elle-même, ou autrui, dans sa vie, sa personne, son honneur ou ses biens* ». Enfin, le législateur a prévu un certain nombre de critères permettant d'apprécier l'intensité d'une crainte compte tenu « *du sexe de la partie qui est menacée par la crainte, de l'âge, de la condition sociale et de la santé de la victime, ainsi que de toutes les autres circonstances susceptibles d'influencer sur sa gravité* ».
36. La cour de cassation déclare que « *la violence n'est considérée comme un vice de consentement que lorsque il y a une grave crainte sur la personne contractante, sur ses biens, ou sur tout autre qui soit utilisé comme une méthode de pression de manière à ce que la partie victime de cette violence ne peut pas la supporter ou ne peut pas s'en débarrasser et, par conséquent, c'est la crainte qui l'oblige à consentir à quelque chose à laquelle elle n'aurait jamais consenti* » (**Cour de cassation, Ch. civile , pourvoi no. 96, année judiciaire no. 18, 8 février 1951**).

XVII. Violence effectuée par un tiers

37. Le Code civil égyptien prévoit que la violence peut être l'œuvre d'un tiers au contrat. Celle-ci n'est toutefois admise que si le cocontractant avait ou devait nécessairement avoir connaissance de la violence exercée par un tiers au contrat.^{xxvii}

XVII. Une appréciation casuistique

38. La violence a fait l'objet de nombreuses décisions. Ces dernières sont hétérogènes dans leur solution, mais uniforme dans leur méthode. Le vice de violence fait l'objet d'une appréciation *in concreto*.
39. Le juge égyptien n'a pas, pour apprécier l'existence d'une violence, à constater qu'un agissement soit nécessairement illégale ; le fait que cet agissement crée une crainte viciant le consentement, en raison de circonstances factuelles, est suffisant. (**Cour de cassation, Ch. civile, pourvoi no. 392, année judiciaire no. 26, 25 janvier 1962**).
40. **Cour de cassation, Ch. Civile, pourvoi no. 117, année judiciaire no. 31, 15 février 1966** : « *la gravité des moyens de la violence qui est considérée comme un vice du consentement,*

conformément à l'état personnel du contractant, s'apprécie par le juge de fond ».

41. **Cour de cassation, Ch. civile, pourvoi no. 136, année judiciaire no. 38, 27 décembre 1973** : « *la violence comme vice de consentement entraînant l'annulation du contrat ne produit des effets que lorsqu'il y a une menace grave sur la personne, ses biens, ou lorsque tout autre moyen de pression est utilisé, que le contractant ne peut supporter, et qui a pour conséquence que le contractant ait une telle crainte qu'il est l'oblige d'accepter ce qu'il n'aurait normalement pas accepté* ».
42. **Cour de cassation, ch. civile, 2 janvier 1974, pourvoi no. 365** : « *Selon l'alinéa 1 de l'article 127, n'est pas considéré comme violence le fait que le créancier ait menacé son débiteur pour que ce dernier exécute son obligation, en utilisant un moyen légal pour arriver à un objet licite. Dans ce cas, la violence n'est pas caractérisée. En revanche si le créancier a abusé de son droit d'utilisation du moyen prévu par la loi pour arriver à un justifiée, même si le créancier a utilisé un moyen légal pour arriver à son but illicite* ».

43. **Cour de cassation, 27 décembre 2004, pourvoi no. 5484 année judiciaire no. 64 :** « Dans la violence, il suffit que l'acte de violence entraîne la victime à accepter un comportement qu'elle n'aurait pas accepté dans des circonstances normales. La victime de violence va comparer entre la production de la violence et la signature du contrat, ainsi, la victime va choisir l'acte le moins dommageable pour elle ».

L'objet

44. L'objet en matière d'obligation est régi par les articles 131 à 135 du Code civil. Selon ces dispositions, l'objet de l'obligation^{xxviii} peut porter sur une chose future. Lorsque l'objet de l'obligation est un corps certain, l'objet doit être déterminée et, lorsqu'il s'agit d'une chose de genre, la chose doit être déterminée ou déterminable. L'objet doit évidemment être conforme à l'ordre public et aux bonnes mœurs (Article 135 du Code civil^{xxix}) et les conventions ayant pour objet la succession d'une personne de son vivant (Article 131^{xxx}) et celles ayant un objet impossible (Article 132^{xxxi}) sont sanctionné par la nullité.

XIX. Prohibition des conventions sur les successions

45. (**Cour de cassation, Ch. civile, pourvoi no. 38, année judiciaire no. 38, 31 mars 1970**) et **Cour de cassation, Ch. civile, pourvoi no. 239, année judiciaire no. 38, 18 décembre 1973**) : la Cour a considéré que les règles relatives aux successions sont des règles d'ordre public. Par conséquent, toute convention relative à la succession, qui considérerait une personne héritière alors qu'elle ne l'est pas légalement (et inversement), ou qui modifierait la part légale d'héritage des héritiers, constitue une convention conclue en fraude à la loi et est, par conséquent, nulle.
46. Cependant, le *de cuius* peut librement disposer de ses biens de son vivant, ainsi les actes passés du vivant du *de cuius*, avec un héritier ou avec toute autre personne, sont valables, même s'ils ont pour effet de priver une personne de sa part d'héritage ou de la diminuer, et ce parce que le patrimoine pris en compte pour les successions est celui du *de cuius* au moment de son décès, ainsi ses héritiers n'ont aucun droit sur tout ce qui sort de son patrimoine de son vivant. Les articles 477 et 916 régissent les actes de dispositions

conclus par le *de cuius* en dernière maladie^{xxxii}
^{xxxiii}.

XX. La détermination de l'objet

47. L'article 133^{xxxiv} concerne la détermination de l'objet. En effet, lorsque l'objet n'est pas un corps certain il doit être déterminé quant à son espèce et quant à sa quantité. Et il dispose également que la chose fournie doit être au moins de qualité moyenne, et ce, lorsqu'il n'y a aucun accord sur le niveau de qualité. C'est ainsi que dans un arrêt rendu par la Cour de cassation (**Cour de cassation, Ch. civile, pourvoi no. 96, année judiciaire no. 17, 9 février 1948**) la Cour a posé le principe selon lequel pour que l'article 95 du Code civil soit respecté (v. l'offre et l'acceptation) il faut que la chose, objet de l'obligation, soit déterminée quant à son espèce de manière à empêcher toute confusion.

XXI. Corps certain :

48. (**Cour de cassation, Ch. civile, pourvoi no. 1440, année judiciaire 52, 20 mai 1986**) : selon l'article 133 (1) et 419 (1) sur la vente, du même code, la Cour de cassation a posé le

principe selon lequel, si l'objet de l'obligation d'un transfert d'un droit réel, la chose doit être déterminée ou déterminable. Ainsi, « *si l'objet du contrat est un corps certain, alors la singularité de la chose doit être claire pour les parties, soit par une description précise dans le contrat, une description privative d'ignorance, soit par la possibilité de déduire les éléments manquants pour qualifier la chose vendue de la commune intention des parties au moment de conclusion du contrat et de la façon dont elles l'ont exécuté* ».

La cause

49. La cause fait l'objet des dispositions des articles 136^{xxxv} et 137^{xxxvi} du Code civil. La loi égyptienne exige l'existence d'une cause, conforme à l'ordre public et aux bonnes mœurs, au moment de la formation du contrat pour que celui-ci soit valablement formé^{xxxvii}. La cause doit aussi, selon l'article 137, être licite.

XXII. L'existence de la cause

50. **(Cour de cassation, Ch. civile, pourvoi no. 302, année judiciaire 28, 24 octobre 1963) :** « *La cause est un des éléments de formation du contrat, ainsi, l'examen de son existence se fait au moment de la conclusion du contrat ; si le contrat a été valablement conclu par l'existence d'une cause alors on ne peut prétendre, après avoir vérifié son existence, qu'elle a disparu* ». L'existence de la cause doit être vérifiée au moment de la formation du contrat.

XXIII. La licéité de la cause

51. **Cour de cassation, Ch. civile, pourvoi no. 199, année judiciaire 21, 8 avril 1954 :** Sur le fondement de l'article 137 du Code civil relatif à la présomption de licéité de la cause (v. supra), la Cour de cassation a pu estimer que la signature de l'émetteur d'un titre de créance vaut obligation de payer la dette, même s'il n'y mentionne pas la cause de la créance. Cela s'explique par le fait que chaque obligation dont on ne mentionne pas la cause celle-ci est présumée licite, tant qu'on ne rapporte pas la preuve contraire.

La charge de la preuve incombe à celui qui prétend l'absence de cause.

La nullité :

XXIV. Action intentée par un tiers

52. **Cour de cassation, Ch. de location, pourvoi no. 8090, année judiciaire no. 66, 26 janvier 2004 :** la Cour a jugé que l'action intentée par un tiers au contrat, se fondant sur la nullité du contrat (Article 141^{xxxviii}), ou sur le fait qu'il soit simulé, ou sur son exécution, ou sur sa résiliation, concerne un lien juridique unique entre les deux parties au contrat et ne peut avoir qu'une seule solution pour les deux. Ainsi, l'action intentée par un tiers n'est recevable que si elle est intentée contre les deux contractants ensemble. Lorsque l'action est intentée à l'encontre d'un seul des cocontractants, ce dernier doit faire intervenir l'autre partie au contrat et si elle ne se présente pas, alors le jugement rendu lui sera opposable. Dans ce cas, le jugement sera en sa faveur s'il a été rendu en faveur de son cocontractant, et sera en sa défaveur s'il est rendu en faveur du tiers au contrat.

XXV. Nullité partielle

53. *Cour de cassation, Ch. civile, pourvoi no. 404, année judiciaire no. 34, 16 mai 1968* : Conformément à l'article 143^{xxxix} du Code civil, la nullité partielle du contrat ne peut être encourue qu'à condition que l'objet soit divisible par nature. Et il faut également que la suppression de la partie nulle dans le contrat ne soit pas contradictoire avec la volonté des parties. Ainsi, s'il est démontré que l'une des parties n'aurait pas conclu le contrat sans la partie supprimée, alors la nullité ou l'annulation doit être étendue à l'intégralité du contrat et ne se limite pas à la partie nulle.

XXVI. Appréciation des juges du fond quant aux preuves

54. *Cour de cassation, Ch. civile, pourvoi no. 277, année judiciaire no. 36, 31 décembre 1970* : La caractérisation de la simulation, du dol ou de la fraude relève de l'appréciation souveraine des juges du fond. Ainsi, si la juridiction du fond est en mesure de débouter la demande en nullité, fondée sur la simulation, le dol, ou la fraude, en fonction des pièces qui lui sont soumises ainsi que toute autre

circonstance entourant la demande, alors elle n'a pas besoin de procéder à l'écoute de témoins par la suite pour prouver ou nier cette simulation.

XXVII. Différents délais de prescription :

55. Dans un arrêt rendu par la (*Cour de cassation, Ch. civile, pourvoi no. 1439, année judiciaire no. 51, le 28 décembre 1989*), la Cour a davantage expliqué le contenu de l'article 140 du Code civil^{xl}. En effet, cet article pose un délai de prescription extinctive de l'action en nullité de 3 ans, dans le cas de passivité du titulaire du droit d'agir. Concernant l'incapable, ce délai ne commence à courir qu'à partir du moment de la disparition de la raison de l'incapacité. Ainsi, dans le cas d'incapacité, la date de conclusion du contrat ne peut être prise en compte, pour faire courir le délai de prescription de l'action, contrairement aux cas d'erreur, de dol et de violence. En effet, pour ces derniers cas, le délai de prescription pris en compte est le délai le plus proche entre 3 ans à compter de la découverte de l'erreur ou du dol ou de la cessation de la violence, et 15 ans à compter de

la date de conclusion du contrat.

LES EFFETS DU CONTRAT

XXVIII. L'effet relatif du contrat

56. Selon l'Article 145 du Code Civil Egyptien^{xli}, le contrat n'est pas limité aux seules parties qui l'ont conclues mais il s'étend aux ayants-cause par voie de succession et testament à moins que la relation contractuelle eût été fondé sur un critère intuitu personae/purement personnel. L'article a ensuite envisagé l'inopposabilité du contrat à l'ayants-cause si la nature ou les circonstances du contrat l'exigent. (*Cour de cassation, Ch. civile, pourvoi no. 510, année judiciaire no. 35, 20 janvier 1970*).

XXIV. La Force obligatoire du contrat

57. L'article 147 du code civil Egyptien alinéa 1^{er} ^{xlii}, énonce le principe *Pacta sunt servanda*. Le contrat lie donc les parties et, à ce titre, elles ne sauraient déroger aux obligations issues de cet accord ni le révoquer sans leur consentement mutuel.

XXX. La théorie de l'imprévision

58. L'alinéa deuxième du même article^{xliii}, pose un principe extrêmement important en ce qu'il fait, *des évènements imprévus*, une exception à la règle qui interdit au juge la modification des contrats.
59. La doctrine égyptienne est arrivée à la constatation selon laquelle, même si la théorie de l'imprévision répond aux besoins urgents d'équité et de justice contractuelle, elle reste toujours critiquable en ce qu'elle octroie au juge le pouvoir de s'immiscer dans l'exécution du contrat en modifiant la volonté des parties. Cependant le législateur a essayé de limiter le pouvoir du juge d'apprécier ces évènements imprévus en ajoutant deux limites, la première est celle relative aux intérêts des parties, la deuxième exige que la mesure prise par le juge soit raisonnable en elle-même.
60. C'est ce que la cour de cassation a affirmé dans un arrêt de principe de la chambre civile (*Cour de cassation, Ch. civile, pourvoi no. 359 année judiciaire no. 26, 10 mai 1962*), « *Attendu que, l'intervention du juge en réduisant raisonnablement l'obligation excessive, est un permis qui ne peut être*

employé après avoir remplis certaines conditions, notamment il faut qu'il y ait un déséquilibre significatif menaçant la partie désavantageuse, le débiteur, d'une perte exorbitante. Attendu que selon l'arrêt attaqué, que ladite condition n'était pas remplie est que l'appréciation en revient de droit au juge du fond d'après les particularités de chaque opération contractuelle ainsi que ses propres circonstances, que la cour d'appel a bien fondé sa décision ».

XXXI.L'exécution de bonne foi

61. L'article 148 alinéa 1^{xliv} du Code civil égyptien vise non seulement le respect de la force obligatoire du contrat mais encore une exécution qui soit de bonne foi. Le deuxième alinéa du même article ajoute que le contrat oblige non seulement à ce qui y est exprimé mais encore à toutes suites que leur donnent l'équité et l'usage.
62. Dès lors que le contenu du contrat est valable, il doit être exécuté conformément à l'obligation de bonne foi selon les suites que leur donne l'usage en matière de relation contractuelle, d'après l'exposé des motifs le

législateur a employé deux critères personnels (lesquels), en donnant une telle importance à l'intention des parties et réelle concernant la contractualisation selon les règles de l'usage.

L'EXTINCTION DU CONTRAT

64. Le Code civil égyptien prévoit plusieurs moyens mettant fin au contrat, aux articles 157 à 161. En cas de mauvaise exécution d'une obligation par un débiteur, le créancier de cette obligation peut demander la résolution ou soulever l'exception d'inexécution, outre la possibilité de permettre l'exécution forcée (permettant l'exécution du contrat), en plus d'avoir toujours la possibilité d'obtenir un dédommagement (permettant l'indemnisation)^{xlv xlvj}.
65. Pour des intérêts pratiques, seul la résolution et l'exception d'inexécution.

XXXII. La résolution

a. Définition et Effets de la résolution

66. Parmi ces moyens, la jurisprudence égyptienne a précisé que la résolution est un mode de

rupture de la relation contractuelle résultant de la violation, de l'une des parties, à ses obligations contractuelles (*Cour de Cassation, chambre civile, pourvoi n° 2176, année judiciaire n° 61, 26 novembre 1997*). Le juge a précisé que la violation des obligations contractuelles doit s'apprécier dans sa totalité. Ainsi, le fait pour un locataire de payer 25% de son loyer au bailleur n'est pas un obstacle à la résolution du contrat (*Cour de Cassation, chambre civile, pourvoi n° 744, année judiciaire n° 49, 16 avril 1984*). Autrement dit, l'exécution partielle d'une obligation contractuelle constitue une violation de la bonne exécution du contrat.

67. Par ailleurs, la résolution a un effet rétroactif puisque le contrat n'est censé jamais avoir existé^{xlvi}.

b. Le Principe : Résolution judiciaire

68. En principe, la résolution ne peut être prononcée que par le juge^{xlvi} et seulement après avoir constaté que le créancier a mis en demeure le débiteur. La mise en demeure du débiteur ne serait plus exigée dès lors que le débiteur déclare par écrit qu'il ne veut plus

exécuter son obligation, conformément aux exigences légales^{xlix} (*Cour de Cassation, chambre civile, pourvoi n° 2176, année judiciaire n° 61, 26 novembre 1997*). La violation de l'obligation et la mise en demeure ne sont plus, dans ce cas, des conditions de recevabilité de la demande en résolution. Il suffit ainsi que la déclaration par laquelle le débiteur affirme son refus d'exécuter soit claire et non-équivoque pour que la résolution soit prononcée par le juge.

c. Résolution amiable

69. Même si en principe la résolution est prononcée par le juge, le législateur a prévu la possibilité d'avoir une résolution amiable^l.

70. Mais attention, la jurisprudence égyptienne a précisé que la clause résolutoire stipulée dans un contrat n'exonère pas le créancier de son obligation de mise en demeure avant de demander la résolution. En d'autres termes, la clause résolutoire stipulée dans un contrat ne peut être valable qu'après le respect d'un délai de demeure sauf si la partie défenderesse ne le souhaite pas (*Cour de Cassation, chambre civile, pourvoi n° 2176, année judiciaire n°*

61, 26 novembre 1997).

d. Résolution de plein droit

71. Pour les contrats synallagmatiques, l'article 159 du Code civil égyptien prévoit une résolution automatique en cas d'exécution impossible du contrat^{li}. Cette résolution de plein droit du contrat suppose que l'exécution en nature du contrat soit impossible à cause d'un événement extérieur. On entend alors par l'événement extérieur : la force majeure, le cas fortuit ou bien la faute du débiteur ou la faute d'un tiers sous réserve que cette dernière ne soit pas précédée ou subordonnée à la faute de débiteur.

72. La Cour de Cassation a précisé que si la force majeure rend l'exécution du contrat absolument impossible alors cela entraîne une résolution du contrat mais, *a contrario*, si la force majeure empêche l'exécution du contrat d'une manière temporaire elle n'aura pour effet que la suspension de l'exécution de de l'obligation en question pendant la période dans laquelle l'événement extérieur et imprévisible a eu lieu jusqu'à sa disparition ou expiration (*Cour de Cassation, pourvoi n° 865*

chambre civile année judiciaire 53, 30 janvier 1991).

73. La jurisprudence égyptienne exige que l'impossibilité de l'exécution soit de nature perpétuelle pour permettre la résolution du contrat à défaut l'exécution du contrat sera suspendu ou interrompu jusqu'à la disparition ou l'expiration de la cause d'empêchement d'exécution (**Cour de Cassation, pourvoi n° 450, année judiciaire n° 35, 25 mars 1972**).

74. Le juge a souligné que les dispositions de ces articles ont vocation à compléter la volonté des parties. C'est pourquoi ce droit à la résolution automatique est garanti aux parties par la loi, même s'il n'a pas été prévu par le contrat. L'encadrement et l'exclusion d'un tel droit n'est envisageable qu'avec l'accord exprès des parties. Le contrat est résilié de plein droit lorsqu'il est impossible pour une partie d'exécuter son obligation. C'est ainsi que la Cour de cassation a pu estimer, lors d'une vente d'un véhicule automobile, que si le vendeur, après avoir reçu un paiement partiel de la part de l'acquéreur, vend le même bien à un tiers de bonne foi et délivre effectivement le bien au tiers, alors le premier contrat doit être résilié pour impossibilité d'exécution (**Cour de**

Cassation, pourvoi n° 540, année judiciaire n° 67, 22 février 2010).

XXXIII. Exception d'inexécution

75. Article 161 dispose que : « *dans les contrats synallagmatiques si les obligations réciproques des deux parties doivent être satisfaites ou exécutées, chacun des parties peut s'abstenir à exécuter son obligation dès lors que son cocontractant n'exécute pas son obligation* ».

76. Cet article précise que l'exception d'inexécution est soumise à certaines conditions. Il faut que les obligations soient réciproques et qu'elles découlent d'un contrat synallagmatique. Il ne s'agit pas des conditions alternatives.

77. La Cour de Cassation a décidé dans un arrêt rendu le 27 juin 1968 que l'obligation de restitution de l'immeuble vendu qui incombe à la charge du vendeur après la résiliation du contrat est la contrepartie de l'obligation de remboursement de prix à la charge du vendeur. Tandis que l'obligation de restitution des fruits qui doit être exécutée par l'acquéreur est la contrepartie de l'obligation de remboursement des intérêts versés au vendeur. L'acquéreur a

donc droit à retenir les fruits de la chose en sa possession et qui sont dû au vendeur jusqu'à ce que le vendeur lui rembourse les intérêts payés (**Cour de Cassation, pourvoi n° 492, année judiciaire n° 34, 27 juin 1968**).

78. En plus selon les dispositions de cet article il faut que l'obligation réciproque ne soit pas exécutée par l'autre partie malgré son caractère certain et exigible. La Cour de Cassation a souligné que dans le cadre d'un contrat du travail, l'employé a un droit de ne pas exécuter son travail tant qu'il n'ait pas perçu son salaire sans aucun motif. Cela ne doit être considéré comme absence injustifié mais comme une exception d'inexécution (**Cour de Cassation, pourvoi n° 114, année judiciaire n° 48, 16 janvier 1983**).

Notes : ↗ retour au texte

- ⁱ ↗ Le terme employé par le législateur égyptien est « متطابق » (« Motatabeq »). Ce terme est très riche, et bien que la plupart des traducteurs le traduise par « identique », ce terme paraît infidèle par rapport à la terminologie employée par le législateur. En effet, le radical du terme « متطابق » contient l'idée de plusieurs « couches » ou « strates » venant se superposer l'une sur l'autre, avec l'idée sous-jacente de compatibilité et de coïncidence (au sens propre du terme). Ce sont ces raisons qui nous mènent à retenir le terme de « superposables ».
- ⁱⁱ ↗ Article 89 du Code civil Egyptien : « *Un contrat est formé, sous réserve de toutes autres conditions spécifiques qui peuvent être exigées par la loi, à partir du moment où les deux parties ont exprimé deux intentions superposables.* »
- ⁱⁱⁱ ↗ Article 90 du Code civil Egyptien : « (1) *L'intention peut être exprimée oralement, par écrit, par des signes d'usage général, et aussi en prenant une position qui, dans les circonstances, ne laisse aucun doute quant à ce qui est véritablement souhaité.*
(2) *L'expression d'une intention peut être implicite lorsque ni la loi ni les parties*

n'exigent qu'elle soit expressément déclarée. »

- ^{iv} ↗ Article 91 du Code civil Egyptien : « *L'expression d'une intention devient effective quand la personne à qui elle est adressé en a connaissance. Il est réputé avoir connaissance de l'expression de l'intention à partir du moment où il lui parvient, jusqu'à preuve du contraire.* »
- ^v ↗ « *Les conditions générales des enchères sont la référence exclusive en matière d'acceptation. Les règles du droit civil, qui sont considérées en la matière comme des règles supplétive de volonté, ne servent de référence qu'à défaut de convention spéciale* »
- ^{vi} ↗ Article 95 du Code civil Egyptien : « *Le contrat est réputé avoir été conclu si les parties se sont entendues sur tous les éléments essentiels du contrat en reportant l'accord sur les questions détaillées, sans exiger que la conclusion du contrat soit suspendue par l'accord sur ces questions détaillées. Chaque fois que les questions non convenues sont contestées, le tribunal doit trancher selon la nature de la transaction, de la loi, de la coutume et de l'équité.* »

- ^{vii} ↗ Article 100 du Code civil égyptien « *L'acceptation, dans un contrat d'adhésion, se borne à l'adhésion par une partie à un projet réglementaire que l'autre partie établit sans en permettre la discussion.* »
- ^{viii} ↗ Article 149 du Code civil : « *Lorsque le contrat se forme par adhésion, le juge peut, si le contrat contient des clauses abusives, modifier ces clauses ou en dispenser la partie adhérente, et ce conformément aux règles de l'équité. Toute convention contraire est nulle* ».
- ^{ix} ↗ Article 93 du Code civil Egyptien : « *Lorsqu'une période d'acceptation est fixée, l'offrant doit respecter son offre jusqu'à l'expiration de cette période. La période peut être déduite des circonstances ou de la nature de l'affaire.* »
- ^x ↗ Article 101 du Code civil Egyptien : « (1) *Un accord par lequel les deux parties, ou l'une d'entre elles, promet de conclure un contrat à l'avenir, n'est engagée que si tous les points essentiels du contrat envisagé et le moment où le contrat doit être formé sont précisés.* »

(2) Lorsque la loi énonce qu'un contrat n'est valable que si certaines formalités sont respectées, ces formalités doivent également être respectées dans le contrat contenant une promesse de conclure un tel contrat. »

Article 102 du Code civil Egyptien : « Si une partie qui a promis de conclure un contrat refuse d'honorer sa promesse et que l'autre partie engage une action en justice contre lui pour exécuter cette promesse, les conditions requises pour la conclusion du contrat, surtout les conditions de forme, étant présentes, dès que le jugement dispose de la force de la chose jugée, alors le jugement remplace le contrat. »

^{xi}  Article 109 du Code Civil Egyptien : « Toute personne est capable de contracter, à moins qu'elle ne soit déclarée totalement ou partiellement incapable en vertu de la loi. »

^{xii}  Article 110 du Code Civil Egyptien : « Le mineur dépourvu de discernement est le mineur qui n'a pas la capacité d'exercice. Tous les actes qu'il accomplit sont frappés de nullité ».

^{xiii}  Article 111 du Code Civil Egyptien :
« (1) Les actes engageant le patrimoine

accomplis par un mineur pourvu de discernement sont valables si ces actes soient purement profitables et nuls ne lorsqu'ils lui sont purement préjudiciables ».

^{xiv}  Article 111 (2) « Les actes qui sont à la fois profitable et préjudiciable au mineur, sont annulables, sauf si l'acte a été confirmé soit par le mineur qui atteint l'âge de majorité, soit l'acte est autorisé par le représentant légal ou du tribunal selon les cas encadrés par la loi ».

^{xv}  Article 114 du Code civil Egyptien : «

1) Est nul tout acte passé par une personne atteinte de démence ou d'infirmité mentale postérieurement à la transcription de la sentence d'interdiction.

2) Quant aux actes passés antérieurement à la transcription de la sentence d'interdiction, ils ne sont nuls que si l'état de démence ou d'infirmité était notoire au moment du contrat ou si l'autre partie en avait connaissance

^{xvi}  Article 115 du Code civil Egyptien : 1)
L'acte accompli par la personne frappée d'interdiction pour cause d'imbécillité ou de prodigalité, postérieurement à la

transcription de la sentence d'interdiction, sera régi par les dispositions qui régissent les actes consentis par le mineur pourvu de discernement.

2) L'acte accompli antérieurement à la transcription de la sentence d'interdiction ne sera nul ou annulable que s'il y a exploitation ou collusion frauduleuse. »

^{xvii}  Article 117 du Code civil Egyptien : « 1) Lorsqu'un individu est sourd-muet, sourd-aveugle, ou aveugle-muet, et qu'il ne peut, par suite de cette infirmité, exprimer sa volonté, le tribunal pourra lui nommer un conseil judiciaire pour l'assister dans les actes où son intérêt l'exige.

2) Est annulable tout acte pour lequel l'assistance d'un conseil judiciaire a été décidée, s'il a été accompli par la personne pourvue de conseil judiciaire, sans l'assistance de ce conseil, postérieurement à la transcription de la décision prononçant l'assistance.

xviii ↑ Article 117 du Code civil Egyptien : « L'incapable a le droit de demander l'annulation du contrat, sans préjudice des dommages-intérêts auxquels il sera tenu, dans le cas où il a employé des manœuvres frauduleuses pour dissimuler son incapacité. »

xix ↑ Article 120 du Code civil Egyptien : « L'annulation du contrat peut être demandée par la partie qui, au moment de la conclure, a commis une erreur essentielle, si l'autre partie est tombée dans la même erreur ou en avait eu connaissance ou a pu facilement s'en rendre compte ».

xx ↑ Article 121 du Code civil Egyptien :
 « 1) L'erreur est essentielle lorsque sa gravité a atteint un degré tel que, si cette erreur n'avait pas été commise, la partie qui s'est trompée n'aurait pas conclu le contrat.
 2) L'erreur est essentielle notamment :
 a. Lorsqu'elle porte sur une qualité de la chose que les parties ont considérée comme substantielle ou qui doit être considérée comme telle eu égard aux conditions dans lesquelles le contrat a été conclu, et à la bonne foi qui doit régner dans les affaires ;
 b. Lorsqu'elle porte sur l'identité ou sur

l'une des qualités de la personne avec qui l'on contracte, si cette identité ou cette qualité est la cause principale ayant déterminé la conclusion du contrat. »

xxi ↑ Al-Sanhoury, Al-Wasît fî sharh al-qânoun al-madanî al-djahîd, Droit civil (paragraphe 171).

xxii ↑ Article 122 du Code Civil Egyptien : « A défaut de disposition contraire, l'erreur de droit entraîne la nullité du contrat si elle remplit les conditions de l'erreur de fait conformément aux deux articles précédents. »

xxiii ↑ Article 123 du Code Civil Egyptien : « De simples erreurs de calcul ou de plume n'affectent pas la validité du contrat ; mais elles doivent être corrigées ».

xiv ↑ Article 124 du Code civil : « 1) La personne qui a été induite en erreur ne peut l'invoquer d'une manière incompatible avec les exigences de bonne foi.
 2) Elle sera particulièrement lié par le contrat qu'elle avait l'intention de conclure, lorsque son cocontractant montre qu'il est disposé à exécuter ce contrat. »

xxv ↑ Article 125 du Code civil Egyptien « 1) Le

contrat peut être annulé pour cause de dol, lorsque les manœuvres pratiquées par l'une des parties, ou par son représentant, ont été d'une telle gravité que, sans ces manœuvres, l'autre partie n'aurait pas contracté.

2) Le silence intentionnel de l'une des parties au sujet d'un fait ou d'une modalité constitue un dol quand il est prouvé que le contrat n'aurait pas été conclu si l'autre partie en avait eu connaissance. »

xxvi ↑ L'article 127 du Code civil égyptien : « (1) Le contrat est annulable pour cause de violence, si l'une des parties a contracté sous l'empire d'une crainte fondée que lui aurait provoqué que lui aurait inspirée sans droit l'autre partie.

(2) La crainte est réputée fondée lorsque la partie qui l'invoque devait croire, d'après les circonstances, qu'un danger grave imminent la menaçait elle-même, ou autrui, dans sa vie, sa personne, son honneur ou ses biens.

(3) Dans l'appréciation de la contrainte, on tient compte du sexe de l'âge, de la condition sociale et de la santé de la victime, ainsi que de toutes les autres circonstances susceptibles d'influer sur sa gravité. »

xxvii ↑ Article 128 du Code civil égyptien : « Lorsque la violence est exercée par un tiers, la victime ne peut demander l'annulation du contrat que s'il est établi que l'autre partie en avait ou devait nécessairement en avoir connaissance. »

xxviii ↑ La traduction officielle anglaise de l'article 133 du Code civil Egyptien « 1- If the object of the obligation is not determined in (itself), it has to be determined by its type and quantity, otherwise the contract shall be null. 2- It is sufficient that the object be determined by its type only if the contract contains what enables the determination of its quantity. If the contracting parties have not agreed as to the degree of its quality, and it is not possible to deduce such degree from custom or any other circumstances, the debtor shall be obliged to deliver an average thing

xxix ↑ Art. 135 du Code civil « Le contrat est nul si l'objet est contraire à l'ordre public ou aux bonnes mœurs. »

xxx ↑ Art. 131 du Code civil : « 1) Les choses futures peuvent être l'objet d'une obligation. 2) Cependant, toute convention sur la succession d'une personne vivante est nulle,

même si elle est faite de son consentement, sauf dans les cas prévus par la loi. »

xxxi ↑ Art. 132 « Si l'obligation a pour objet une chose impossible en soi, le contrat est nul. »

xxxii ↑ Article 916 du Code civil Egyptien « 1) Tout acte juridique accompli par une personne pendant sa dernière maladie dans un but de libéralité est censé être une disposition testamentaire et doit être régi par les règles du testament, quelle que soit la dénomination donnée à cet acte. »

xxxiii ↑ Article 447 du Code civil « 1) La vente consentie par une personne dans sa dernière maladie, au profit d'une personne héritière ou non héritière, à un prix inférieur à la valeur de l'objet au moment du décès, est opposable aux héritiers si la différence entre la valeur et le prix ne dépasse point le tiers de la succession, y compris le bien vendu.

2) Si cette différence dépasse le tiers de la succession, la vente n'est opposable aux héritiers en ce qui concerne l'excédent du tiers que si ces derniers la ratifient ou si l'acheteur restitue à la succession ce qu'il faut pour parfaire les deux tiers.

3) Les dispositions prévues à l'article 916 s'appliquent à la vente faite dans la dernière

maladie. »

xxxiv ↑ Art. 133 « 1) Si l'objet de l'obligation n'est pas un corps certain, il doit, sous peine, de nullité, être déterminé quant à son espèce et quant à sa quotité.

2) Toutefois, il suffit que l'objet soit déterminé quant à son espèce si le contrat fournit le moyen d'en préciser la quotité. A défaut de convention sur la qualité ou si celle-ci ne peut être déterminée par l'usage ou par toute autre circonstance, le débiteur doit fournir une chose de qualité moyenne. »

xxxv ↑ Article 136 du Code civil « Le contrat est nul lorsqu'on s'oblige sans cause ou pour une cause contraire à l'ordre public ou aux bonnes mœurs. »

xxxiv ↑ Article 137 du Code civil « 1) Toute obligation est présumée avoir une cause licite, encore qu'elle ne soit exprimée dans l'acte, tant que le contraire n'est pas prouvé.

2) La cause exprimée dans le contrat est considérée comme vraie jusqu'à preuve contraire. Lorsque la preuve est administrée de la simulation de la cause, il incombe à celui qui soutient que l'obligation a une autre cause licite de le prouver. »

xxxvii ↑ Article 136.

xxxviii  Article 141 du Code civil « 1) Lorsque le contrat est nul, la nullité peut être invoquée par toute personne intéressée et même prononcée d'office par le tribunal. Elle ne peut disparaître par confirmation.

2) L'action en nullité se prescrit par quinze ans à partir de la conclusion du contrat ».

xxxix  Article 143 du Code civil « Lorsqu'une partie du contrat est nulle ou annulable, cette partie sera seule frappée de nullité, à moins qu'il ne soit établi que le contrat n'aurait pas été conclu sans la partie qui est nulle ou annulable, auquel cas le contrat sera nul pour le tout ».

xl  Article 140 du Code civil Egyptien « 1) Si le droit de faire annuler le contrat n'est pas invoqué, il se prescrit par trois ans.

2) Ce délai court, en cas d'incapacité, du jour de la cessation de cette incapacité ; dans le cas d'erreur ou de dol, du jour où ils ont été découverts ; dans le cas de violence, du Jour où elle a cessé. De toute façon, l'annulation ne peut être invoquée pour cause d'erreur, de dol ou de violence, lorsque, depuis la conclusion du contrat, quinze ans se sont écoulés. »

xli  Article 145 « Sous réserve des règles

relatives à la succession, le contrat produit effet entre les parties et leurs ayants-cause à titre universel, à moins qu'il ne résulte de la convention, de la nature de l'affaire ou d'une disposition légale, que le contrat ne produit point d'effet à l'égard des ayants-cause à titre universel. »

xlii  Art. 147 Al. 1 « Le contrat fait la loi des parties. Il ne peut être révoqué ni modifié que de leur consentement mutuel, ou pour les causes prévues par la loi. »

xliii  Al. 2 « Toutefois, lorsque, par suite d'événements exceptionnels, imprévisibles et ayant un caractère de généralité, l'exécution de l'obligation contractuelle, sans devenir impossible, devient excessivement onéreuse de façon à menacer le débiteur d'une perte exorbitante, le juge peut, suivant les circonstances et après avoir pris en considération les intérêts des parties, réduire, dans une mesure raisonnable, l'obligation devenue excessive. Toute convention contraire est nulle. »

xliv  Article 148 Alinéa 1 « Le contrat doit être exécuté conformément à son contenu, d'une manière répondant aux exigences de la bonne foi »

Il oblige le contractant non seulement à ce qui y est exprimé, mais encore à tout ce que la loi, l'usage et l'équité considèrent comme une suite nécessaire de ce contrat d'après la nature de l'obligation.

xlv  Article 157 du Code Civil Egyptien : « Dans les contrats synallagmatiques, si l'un des parties n'exécute pas son obligation, l'autre partie peut, après la mise en demeure du débiteur de l'obligation, demander soit l'exécution du contrat soit sa résolution, et le cas échéant le paiement des dommages-intérêts.

Le juge peut, si les circonstances l'exigent, accorder un délai au débiteur. Il peut également débouter ou rejeter la demande de résolution si ce qu'est dû par le débiteur n'était pas assez important par rapport à l'intégralité de l'obligation ».

xlvi  Article 161 du Code Civil Egyptien « Dans les contrats synallagmatiques, si les obligations correspondantes sont exigibles, chacun des contractants peut refuser d'exécuter son obligation si l'autre n'exécute pas la sienne. »

xlvi  Art. 160 du Code Civil Egyptien : « Lorsque le contrat est résolu, les parties sont restituées dans l'état où elles se trouvaient auparavant. Si cette restitution est impossible, le tribunal peut allouer des dommages-intérêts. »

xlvi  Article 161 du Code Civil Egyptien « Dans les contrats synallagmatiques, si les obligations correspondantes sont exigibles, chacun des contractants peut refuser d'exécuter son obligation si l'autre n'exécute pas la sienne. »

xlvi  Art. 160 du Code Civil Egyptien : « Lorsque le contrat est résolu, les parties sont restituées dans l'état où elles se trouvaient auparavant. Si cette restitution est impossible, le tribunal peut allouer des dommages-intérêts. »

xlvi  Il existe également, à côté de la résolution judiciaire, une possible résolution amiable.

xlvi  Art 220 : « La mise en demeure ne sera pas nécessaire dans les cas suivants :

- a) Si l'exécution de l'obligation devient impossible ou sans intérêt par le fait du débiteur ;
- b) Si l'objet de l'obligation est une réparation

due à la suite d'un acte illicite ;

c) Si l'objet de l'obligation est la restitution d'une chose que le débiteur sait avoir été volée, ou d'une chose qu'il avait, en connaissance de cause, indûment reçue ;

d) Si le débiteur déclare par écrit qu'il n'entend pas exécuter son obligation. »

¹  Article 158 du Code civil Egyptien : « Les parties peuvent se convenir ou se mettre d'accord à considérer que le contrat soit automatiquement résilié, sans aucun jugement judiciaire constatant la résolution, en cas de manquement aux obligations nées de ce contrat. Cet accord n'a pas de la mise en demeure préalable à moins que les contractants se sont convenus expressément qu'un tel accord permet de s'exonérer de la mise en demeure préalable».

li  Article 159 du Code civil Egyptien : « Dans les contrats synallagmatiques, l'extinction d'une obligation en raison de l'impossibilité de son exécution entraîne l'extinction des obligations réciproques et la résolution automatique du contrat».



Burj Khalifa



Maître Mohamed Oulkhoudir

Il a également mené plusieurs opérations d'envergure en Afrique du Nord en étroite collaboration avec des conseils marocains et tunisiens.

Mohamed possède également une expérience significative dans les opérations corporate et commerciales. Son expérience comprend l'audit et la négociation de contrats, les acquisitions et les restructurations, les contrats commerciaux et les montages contractuels particulièrement dans le domaine de l'agriculture, de l'énergie, des transports et des télécommunications au Maghreb.

Mohamed Oulkhoudir est également en charge des activités du Cabinet Chassany Watrelot & Associés au Maghreb (Maroc, Algérie et Tunisie).

(Source : <https://www.cwassocietes.com/fr/equipe/mohamed-oulkhoudir/>)

Avocat, inscrit au barreau de paris depuis 2003.

Spécialiste du contentieux social et des problématiques en ressources humaines liées aux restructurations, Mohamed Oulkhoudir conseille un nombre significatif de groupes industriels et commerciaux nationaux et internationaux.

Jurisprudence Cour Suprême Algérienne

- (i) CONCLUSION DU CONTRAT
- (ii) INEXECUTION DU CONTRAT
- (iii) REPARATION DE L'EXECUTION DEFECTUEUSE

REFERENCE DE LA DECISION	PARTIES AU LITIGE	MONTANT FINANCIER	QUESTIONS DE DROIT SOURCE DU LITIGE	EXPOSE DES SOLUTIONS JURISPRUDENTIELLES
(i) CONCLUSION DU CONTRAT				
Décision de la Cour Suprême n°389338 en date du 21/11/2007	Particuliers	Montant indéterminé	Donation – Nullité – Acte authentique	Il est légalement établi que la validité de l’acte de donation est tributaire de la présence de deux témoins sous peine de nullité.

REFERENCE DE LA DECISION	PARTIES AU LITIGE	MONTANT FINANCIER	QUESTIONS DE DROIT SOURCE DU LITIGE	EXPOSE DES SOLUTIONS JURISPRUDENTIELLES
Décision de la Cour Suprême n°350353 en date du 21/3/2007	Particuliers	Montant indéterminé	Fonds de commerce – Assemblée Générale des associés- Contrat de société	Est considérée comme contraire aux dispositions de l'article 580 du code de commerce l'acquisition par le gérant du local commercial abritant l'activité de la société sans avoir recueilli au préalable l'autorisation de l'assemblée générale des associés.
Décision de la Cour Suprême n°391371 en date du 21/11/2007	Particuliers	Montant indéterminé	Contrat – Grief – Nullité	Le grief de nullité du contrat ne se prescrit pas en cas d'inexistence juridique du contrat.
Décision de la Cour Suprême n° 398959 en date du 4 juillet 2007	Société de distribution du matériel agricole contre particulier	Montant indéterminé	Délai d'acceptation – Facture pro-forma- Contrat	La facture pro-forma est une offre d'achat qui oblige son titulaire jusqu'au délai y mentionné ou celui découlant des circonstances de l'espèce.
Décision de la Cour Suprême n°420762 en date du 6/2/2008	Particulier contre la municipalité Hassi R'Mel	Montant indéterminé	Notification – Compensation financière – Location	La proposition d'une compensation financière par le biais d'une notification dispense d'évoquer les raisons et n'affecte pas la validité de la notification.
Décision de la Cour Suprême n°427599 en date du 17/9/2008	Particuliers	Montant indéterminé	Contrat – Consentement – lésion	Le droit civil Algérien conditionne l'annulation du contrat pour cause de lésion à la fourniture de preuves matérielles et immatérielles.
Décision de la Cour Suprême n°435366 en date du 22/10/2008	Particulier contre la société Algérienne d'assurances	Montant indéterminé	Assurance – Indemnisation – Contrat d'assurance – preuve	Les obligations contractées par les parties au contrat d'assurance peuvent être prouvées soit par le contrat d'assurance, par la note de couverture ou par tout autre document signé par l'assureur.
Décision de la Cour Suprême n°436937 en date du 19/11/2008	Particulier contre la Caisse Nationale d'épargne et de prévoyance	Montant indéterminé	Vente – Contrat de vente sur plan – Acte authentique	Le contrat de vente sur plan doit obligatoirement être rédigé sous forme authentique sous peine de nullité.

REFERENCE DE LA DECISION	PARTIES AU LITIGE	MONTANT FINANCIER	QUESTIONS DE DROIT SOURCE DU LITIGE	EXPOSE DES SOLUTIONS JURISPRUDENTIELLES
Décision de la Cour Suprême n°488542 en date du 8/10/2008	Particuliers	Montant indéterminé	Entreprise – Contrat d’entreprise- Sous traitance	L’écrit et l’acceptation de l’entrepreneur ne sont pas des conditions pour la validité de la sous traitance du contrat d’entreprise en l’absence d’une clause dans ce sens dans le contrat d’entreprise et tant que la nature du travail ne nécessite pas la compétence personnelle de l’entrepreneur.
Décision de la Cour Suprême n° 560796 en date du 8/10/2009	Banque Al Baraqua contre la société Al Barqua d’assurance et de réassurance	Montant indéterminé	Prêt – Garantie- Caution	Dans le cadre de la conclusion du contrat d’assurance d’un prêt, il convient de bien différencier entre le garant et la caution.
Décision de la Cour Suprême n°501842 en date du 6/1/2009	Administration contre particulier	Montant indéterminé	Bien Wakf – Contrat de location	Le bien Wakf ne peut être loué que pour une durée limitée et est résilié légalement au décès du preneur. Le contrat de bail doit être revu en faveur des héritiers légitimes pour le reste de la durée initial du contrat.
Décision de la Cour Suprême n° 502560 en date du 4/3/2009	Particuliers	Montant indéterminé	Location – Contrat de location	Le contrat de location non rédigé par le propriétaire n’est pas considéré comme un contrat de location conforme à la réglementation et ne peut être opposable au propriétaire.
Décision de la Cour Suprême n° 541809 en date du 6/5/2009	Particuliers contre société	Montant indéterminé	Bail – Compensation	La compensation due en cas de non renouvellement du bail doit être proposée par le bailleur et non par le preneur.
Décision de la Cour Suprême n° 513057 en date du 4 février 2009	Particuliers	Montant indéterminé	Contrat commercial – Preuve – Témoignage	Est considéré comme contraire à l’article 30 du code de commerce l’écartement de la preuve testimoniale comme moyen de preuve des contrats commerciaux dans la mesure où l’article susmentionné a élargi le champ de la preuve.
Décision de la Cour Suprême n° 539508 en date du 3 juin 2009	Administration publique de promotion et de gestion contre société privée	Montant indéterminé	Résiliation – Fonds de commerce – Tremblement de terre	Le contrat de location est résilié de plein droit par l’effet de disparition du fonds de commerce suite à un tremblement de terre et ce comme le prévoit l’article 481 du code civil.
Décision de la Cour Suprême n°534486 en date du 6/5/2009	Particuliers	Montant indéterminé	Société à responsabilité limitée – Cession des parts sociales – Acte authentique	Les parts sociales d’une société à responsabilité limitée sont cessibles aux héritiers, aux ascendants et descendants sans que l’accord des associés ne soit nécessaire. Le contrat de cession de parts sociales ne peut être prouvé que par un acte authentique.

REFERENCE DE LA DECISION	PARTIES AU LITIGE	MONTANT FINANCIER	QUESTIONS DE DROIT SOURCE DU LITIGE	EXPOSE DES SOLUTIONS JURISPRUDENTIELLES
Décision de la Cour Suprême n°533005 en date du 22 avril 2010	Particuliers	Montant indéterminé	Acte authentique – Acte instrumentaire – Contrat de vente	Les contrats authentiques conclus devant le notaire en présence de deux témoins sont les contrats instrumentaires. La loi n'exige pas pour la validité du contrat de vente qu'il soit conclu en présence de deux témoins.
Décision de la Cour Suprême n° 624252 en date du 3 juin 2010	Particuliers	Montant indéterminé	Preuve – Société en participation – Contrat de société	La preuve de la constitution d'une société en participation entre associés peut être apportée par tous les moyens y compris par une déclaration sur l'honneur.
Décision de la Cour Suprême n°586766 en date du 22 juillet 2010	Particuliers	Montant indéterminé	Consentement – Principe de l'autonomie de la volonté	Est considéré comme contraire à la loi, le fait de requérir devant la justice d'une partie de signer un contrat devant un notaire dans la mesure où cela est considéré comme contraire au principe de l'autonomie de la volonté.
Décision de la Cour Suprême n°590758 en date du 7 janvier 2010	Particulier contre le Directeur du crédit agricole Algérien	Montant indéterminé	Crédit – Contrat – Banque	La souscription à un crédit s'effectue par la conclusion d'un contrat de prêt. L'envoi d'une lettre d'acceptation préalable ne peut être considéré comme un engagement de la part du prêteur d'accorder le crédit.
Décision de la Cour Suprême n°593360 en date du 7 janvier 2010	Particuliers	Montant indéterminé	Contrat de location – Congé	La notification du congé doit être adressée au preneur six (6) mois au moins avant la fin du contrat de bail.
Décision de la Cour Suprême n°608007 en date du 4 février 2010	Particuliers	Montant indéterminé	Location – Contrat de location à durée déterminée – Renouvellement tacite- Congé	A défaut de congé, le bail à durée déterminée fait par écrit se poursuit par tacite reconduction au-delà du terme fixé par le contrat. S'agissant d'un bail comportant plusieurs périodes, si le bailleur dénonce le bail à l'expiration de l'une des périodes, le congé doit être donné au moins six (6) mois à l'avance.
Décision de la Cour Suprême n°605323 en date du 4 mars 2010	Particulier contre Banque de l'Agriculture et du Développement Rural	Montant indéterminé	Découvert bancaire	Le découvert bancaire à durée limitée ne nécessite pas la conclusion d'un contrat.

REFERENCE DE LA DECISION	PARTIES AU LITIGE	MONTANT FINANCIER	QUESTIONS DE DROIT SOURCE DU LITIGE	EXPOSE DES SOLUTIONS JURISPRUDENTIELLES
Décision de la Cour Suprême n°606876 en date du 21 octobre 2010	Particuliers en présence de l'établissement public de confection et habillement	Montant indéterminé	Enchères – Annulation – Contrat de vente	La participation d'une personne à la vente aux enchères d'un bien immobilier ne lui confère aucun droit sur ledit bien et ne l'habilite pas à demander l'annulation du contrat de vente.
Décision de la Cour Suprême n°620073 en date du 8 avril 2010	Particuliers	Montant indéterminé	Preuve – Forme authentique	Le contrat de bail dressé sous la forme authentique constitue la preuve de la relation locative entre le bailleur et le preneur. Le preneur doit prouver le respect de ses obligations locatives notamment le paiement de son loyer.
Décision de la Cour Suprême n°635697 en date du 6 mai 2010	Particuliers	Montant indéterminé	Contrat de location – Sous location	Le contrat de sous location conclu avec le consentement du bailleur est un contrat valable produisant des effets juridiques. Le contrat est dès lors conforme aux prescriptions de l'article 188 du code de commerce en la matière.
Décision de la Cour Suprême n°620974 en date du 17 février 2011	Particuliers	Montant indéterminé	Exécution – Obligation en nature	Le débiteur est tenu de respecter ses obligations en nature à chaque fois que cela est possible. Le débiteur peut être condamné à la réparation du préjudice subi du fait de la non-exécution de ses obligations en nature dans le cas où l'exécution de ses obligations serait impossible.
(ii) INEXECUTION DU CONTRAT				
Décision de la Cour Suprême n°431239 en date du 9 avril 2008	Société « Al Bahja » contre le Wali de la Wilaya de Mouaskar	Montant indéterminé	Contrat de location – Résiliation – Décision administrative	La résiliation d'un contrat de bail auquel l'Etat est partie doit être faite par voie judiciaire et non en vertu d'une décision administrative.
Décision de la Cour Suprême n°564239 en date du 5 novembre 2009	Administrations	Montant indéterminé	Contrat de location – Résiliation	L'administration des domaines ne peut résilier un contrat de bail commercial par simple notification sans passer par la voie judiciaire et ce même dans le cas où le preneur aurait violé ses obligations contractuelles.
Décision de la Cour Suprême n°578302 en date du 3 décembre 2009	Particulier contre la société Sonelgaz	Montant indéterminé	Fourniture d'électricité – Contrat	Est considéré comme contraire à la loi, le refus opposé par le fournisseur d'électricité et de gaz de fournir le nouveau locataire en électricité au motif que l'ancien locataire ayant occupé les mêmes lieux n'a pas payé le fournisseur.

REFERENCE DE LA DECISION	PARTIES AU LITIGE	MONTANT FINANCIER	QUESTIONS DE DROIT SOURCE DU LITIGE	EXPOSE DES SOLUTIONS JURISPRUDENTIELLES
Décision de la Cour Suprême n° 612473 en date du 4 février 2010	Société Harbor shipping contre le port d'Alger	Montant indéterminé	Contrat – Navire	La reconnaissance par le capitaine du navire remorqueur de sa responsabilité concernant les dommages survenus à la suite de l'opération de remorquage affranchit le propriétaire du navire de la responsabilité des dégâts occasionnés.
(III) REPARATION DE L'EXECUTION DEFECTUEUSE				
Décision de la Cour Suprême n° 223970 en date du 11/07/2000	Particuliers	Montant indéterminé	Vices cachés – Compensation	Font une bonne application de la loi les juges qui ordonnent au vendeur de rembourser à l'acheteur le prix des graines de pomme de terre affectées d'un virus dont l'acheteur ne pouvait avoir connaissance au moment de l'achat et ce conformément aux prescriptions de l'article 379 du code civil.
Décision de la Cour Suprême n° 238272 en date du 11/04/2000	Particuliers	Montant indéterminé	Privilège – Saisie des comptes de la société – Référé	Il est interdit à la banque d'effectuer une saisie sur les comptes de la société plaignante sans considération du droit de privilège légal qui lui est garanti et sans déterminer son rang par rapport aux autres privilèges garantis aux salariés, au trésor et à la caisse de sécurité sociale.
Décision de la Cour Suprême n°255956 en date du 06/11/2001	Particuliers	Montant indéterminé	Saisie conservatoire – Référé	Expose sa décision à cassation le juge du fond qui s'en tient à la décision du juge des référés ordonnant une mesure conservatoire contre le débiteur sans discuter les prétentions des parties au seul motif que le débiteur n'a pas contesté la décision du juge des référés.
Décision de la Cour Suprême n°306859 en date du 18/02/2003	Particulier contre société	Montant indéterminé	Compensation – Absence d'activité commerciale en raison de l'état d'urgence	Le demandeur ne peut invoquer des raisons sécuritaires et l'état d'urgence pour prétendre n'être que le gardien du local commercial loué et non son occupant. Ce motif est inopérant et ne peut justifier le non-respect par le locataire de ses obligations.
Décision de la Cour Suprême n°3717861 en date du 06/12/2006	Sociétés	Montant indéterminé	Transport maritime – action subrogatoire	La subrogation permet à la compagnie d'assurance de subroger le récepteur de la marchandise dans ses droits et ses actions après son indemnisation et ce à concurrence de l'indemnité payée à celui-ci. L'action subrogatoire est intentée contre le transporteur (responsabilité éventuelle) ou contre le responsable du dommage ou de l'insuffisance (responsabilité délictuelle).

REFERENCE DE LA DECISION	PARTIES AU LITIGE	MONTANT FINANCIER	QUESTIONS DE DROIT SOURCE DU LITIGE	EXPOSE DES SOLUTIONS JURISPRUDENTIELLES
Décision de la Cour Suprême n°380085 en date du 07/02/2007	Institution portuaire WAHRAN contre société	Montant indéterminé	Action subrogatoire – Responsabilité de l’institution portuaire – Compensation	Font une mauvaise application de la loi les juges du fond qui condamnent l’institution portuaire sur la base d’une action subrogatoire non exercée par le transporteur.
Décision de la Cour Suprême n°400175 en date du 20 février 2008	Administrations	Montant indéterminé	Responsabilité civile – Compte bancaire	La responsabilité civile du commissaire-priseur est engagée à chaque fois qu’il ouvre de multiples comptes dédiés au dépôt des sommes des ventes aux enchères au lieu d’en ouvrir un seul dédié à la trésorerie générale.
Décision de la Cour Suprême n°427543 en date du 5 mars 2008	Société de promotion du logement familial contre	Montant indéterminé	Caution personnelle – Solidarité	Le créancier bénéficiant d’une caution personnelle et solidaire peut intenter une action directe contre la caution solidaire.
Décision de la Cour Suprême n°471451 en date du 5 novembre 2008	Particuliers	Montant indéterminé	Local commercial – Artisan – Compensation	La non-exploitation par l’artisan du local commercial de manière continue ne constitue pas une cause justifiant son expulsion sans indemnisation.
Décision de la Cour Suprême n°478379 en date du 9 juillet 2008	Banque ALBARQUA contre particulier	Montant indéterminé	Banque – Cautionnement – Impossibilité de remboursement	La banque ne peut se retourner contre la caution pour recouvrer le montant due par le débiteur cautionné qu’après que l’impossibilité de ce dernier à rembourser sa créance soit établie. Le non remboursement par le débiteur du montant de sa créance ne signifie pas son incapacité à en honorer le paiement.
Décision de la Cour Suprême n°505072 en date du 17 décembre 2009	Particuliers	Montant indéterminé	Compensation – Dommage immatériel	Il n’est pas nécessaire de citer les éléments d’évaluation en cas de réparation du dommage immatériel.
Décembre de la Cour Suprême n°509321 en date du 17 décembre 2009	Caisse nationale d’épargne contre particulier	Montant indéterminé	Promotion immobilière – Responsabilité civile – Responsabilité architecte	Le promoteur immobilier engage sa responsabilité civile décennale en cas de défaut de notification de l’attestation d’assurance à l’acheteur le jour de l’acquisition de la propriété au plus tard.

REFERENCE DE LA DECISION	PARTIES AU LITIGE	MONTANT FINANCIER	QUESTIONS DE DROIT SOURCE DU LITIGE	EXPOSE DES SOLUTIONS JURISPRUDENTIELLES
Décision de la Cour Suprême n°546141 en date du 1 juillet 2009	Etablissement public Cosidar contre la caisse régionale contre caisse nationale de mutualité agricole	Montant indéterminé	Compétence – Compétence territoriale – Assurance – Compensation	Le tribunal du lieu de résidence de l’assuré est le tribunal compétent pour statuer sur les litiges relatifs aux indemnités dues en matière d’assurance. En cas d’accident, l’assuré peut déférer l’assureur devant le tribunal du lieu de l’accident.
Décision de la Cour Suprême n°567390 en date du 5 novembre 2009	Préfecture Bach Jerah contre la wilaya d’Algers et l’office de promotion et de gestion immobilière	Montant indéterminé	Contrat de location – Résiliation- Office de promotion et de gestion immobilière	L’assurance en cas d’accident de la circulation joue en cas d’utilisation de la voiture par l’assuré.
Décision de la Cour Suprême n°593110 en date du 9 septembre 2009	Port d’Alger contre l’armateur du navire Novacora Shipping	Montant indéterminé	Accident maritime – Compensation – Collision navires	L’article 287 et suivant du code maritime relatif aux conflits de réparation des dommages découlant d’un abordage dans les eaux territoriales ne différencie pas entre les actions dirigées contre les différents responsables de l’accident.
Décision de la Cour Suprême n°657040 en date du 2 septembre 2010	Particuliers	Montant indéterminé	Contrat de location	Font une mauvaise application de la loi les juges du fond qui se basent sur le procès-verbal du refus d’exécution d’une décision judiciaire fixant une nouvelle indemnité d’éviction pour prononcer l’expulsion du locataire sans indemnité.

REFERENCE DE LA DECISION	PARTIES AU LITIGE	MONTANT FINANCIER	QUESTIONS DE DROIT SOURCE DU LITIGE	EXPOSE DES SOLUTIONS JURISPRUDENTIELLES
Décision de la Cour Suprême n° 699998 en date du 3 février 2011	Etablissement public Frital contre l'armateur du navire la société Hanza Shipping	Montant indéterminé	Transport maritime – navire – armateur – responsabilité – expertise – causalité	Il ne peut être basé sur des suppositions pour établir la responsabilité du constructeur du bateau.
Décision de la Cour Suprême n°711461 en date du 3 février 2011	Sociétés	Montant indéterminé	Navire – Consignataire – mandat – responsabilité	Le consignataire du navire agit dans le cadre d'un mandat au nom et pour le compte de l'armateur. Il ne découle du mandat aucun engagement personnel du consignataire du navire qui n'est responsable que de ses fautes personnelles.





Zohra MCHIRGUI

Tunisie

Le contentieux du contrat en Tunisie ***Période choisie : de 1976 à 2016***

I-Bilan statistique

Mon examen de la jurisprudence Tunisienne en matière de théorie générale du contrat s'est articulé autour de trois axes dans le processus contractuel à savoir la formation du contrat, son contenu (interprétation et qualification) et ses effets.

Un recensement de 80 arrêts de la cour de cassation tunisienne dans la période s'étalant entre 1976 et 2016, permet de dessiner un aperçu de certaines solutions consacrées par les tribunaux Tunisien et de révéler les principes gouvernant la matière ainsi que l'interprétation donnée par les juges tunisiens aux principaux textes en la matière.

Certes l'évolution des textes en matière contractuelle est lente mais les innovations ne manquent pas de se faire sentir à travers le pouvoir d'interprétation des juges, instrument indispensable à l'évolution du droit.

Par ailleurs, on constate que plusieurs règles ont subi une évolution, sous l'influence notamment de la doctrine commentant l'état de la jurisprudence et dont la cour de cassation a pris en considération.

Les 80 arrêts collectés sont intervenus dans les trois étapes fondamentales du processus contractuel à savoir sa formation, son contenu et ses effets.

Le code des obligations et des contrats Tunisien constituait la source essentielle qui fondait les solutions émanant de la cour de cassation en la matière.

Partie I : Le contentieux de la formation du contrat

Les arrêts émanant de la cour de cassation en matière de formation du contrat soulevait certains problèmes relatifs aux éléments constitutifs du contrat, notamment :

*Assistante en droit Privé à la
Faculté des sciences
juridiques, politiques et
sociales de Tunis.
Assistante Chercheur en
formation doctorale à
l'Université du Luxembourg*

1-la capacité : l'autorisation du juge des tutelles est-elle une condition de validité pour la conclusion des actes de dispositions pour le compte du mineur ou l'incapable ? → flottement de la jurisprudence, d'abord une condition de validité (**Arrêt N°25874 du 6 novembre 1990**)

ensuite la cour Constatant d'abord que l'article 8 coc ne prévoit la nullité que pour les contrats conclus par le mineur lui-même sans autorisation du tuteur et donc ne s'applique pas aux contrats conclus par le tuteur sans l'autorisation du juge. Ensuite que l'article 16 COC ne prévoit la nullité que pour le cas des contrats de pure libéralité qui ont été conclu par le tuteur enfin elle ajoute un argument textuel en affirmant que l'article 15 coc ne stipule pas la mention de l'autorisation du juge dans le contrat conclu et donc selon la cour ceci est une preuve que l'autorisation n'est pas une condition de validité du contrat (**Arrêt N°51023 du 23 février 1998**). La cour de cassation revient de nouveau à sa position initiale dans un (**Arrêt N°6861 du 5 juin 2001**).

2-le consentement : Outre les vices du consentement, où la cour de cassation a mis

l'accent sur certaines questions que soulèvent ces vices notamment

*l'erreur : la distinction entre l'erreur faisant obstacle à l'existence du consentement et l'erreur matérielle comme l'erreur de calcul susceptible de rectification selon l'article 47 coc.

*La contrainte : suffisance de la menace orale par la crainte de la poursuite pénale pour constituer un cas de violence. Dans 5 arrêts analysés entre 1998 et 2012, la cour de cassation a mis l'accent d'une part sur la maladie et son influence sur le consentement **du contractant** et d'autre part sur **la distinction** d'ailleurs reflétée dans les textes (le code des obligations et des contrats) **entre la maladie ordinaire et la dernière maladie**.

***Le consentement et la maladie :**

- 1- **Arrêt de la cour de cassation (civil) N°5050 du 8 février 2005 ;**
- 2- **Arrêt de la cour de cassation (civil) N°8381 10 mai 2005 ;**
- 3- **Arrêt de la cour de cassation N°27342 du 19 septembre 2009**

4- Arrêt de la cour de cassation N°56499 du 10 janvier 2012 ;

5- Arrêt de la cour de cassation N°49760 du 24 février 1998.

1-Incidence de la maladie sur le consentement :

À la question de l'incidence de la maladie sur le consentement de la partie contractante, la cour de cassation Tunisienne a affirmé à plusieurs reprises en partant de l'article 2 coc que parmi les éléments constitutifs du contrat « une déclaration valable de volonté portant sur les éléments essentiels de l'obligation ». Or la volonté de contracter implique selon la cour la naissance d'une volonté interne intellectuelle chez la personne et sa conviction des actes qu'il conclut, ce qui présuppose l'existence du discernement. Sans cette volonté, le contrat ne peut être valable conformément aux dispositions des articles 2 et 325 coc.

Bien que le pouvoir de discernement soit présumé par la loi pour chaque personne en vertu des dispositions de l'article 3 coc à l'exception de celles qui sont âgées de moins de 13 ans ou qui ont

fait l'objet d'un jugement d'interdiction, il y a des personnes qui en raison de leur atteinte par des maladies mentales ou physiques perdent leur faculté de discernement ce qui autorise le juge à s'appuyer sur les articles 2 et 325 coc pour annuler les actes juridiques émanant de ces dernières.

L'appréciation de l'influence de la maladie sur la faculté de discernement relève du pouvoir discrétionnaire du juge.

Le malade qui s'oblige se trouve parfois dans un état de faiblesse qui le rend plus que d'autres personnes sujette à l'erreur ou au dol ou à la violence, rendant son consentement vicié. Ainsi, il revient au juge de faire des investigations sur ce point et de rechercher si le malade était sous l'influence d'un de ces vices lorsqu'il a accepté de contracter et si l'obligation contenue dans le contrat reflète réellement ses intentions intellectuelles et mentales.

Dans certains arrêts, la cour de cassation, tout en affirmant l'influence de l'état de maladie sur le consentement de la partie contractante, se fonde plutôt sur les dispositions de l'article 59 coc pour asseoir la possibilité d'annulation du contrat par l'effet de la maladie qui vicie le consentement.

2-Distinction entre la maladie ordinaire et la dernière maladie :

La cour de cassation distingue entre la maladie qui vicie le consentement et qui relève des dispositions de l'article 59COC et les actes du malade en dernière maladie qui relèvent des dispositions des articles 354 et 355 coc (par extension l'article 565coc « la vente en dernière maladie).

La dernière maladie telle que définie par la doctrine et comme elle résulte de la jurisprudence, est la maladie grave qui rend le malade incapable de gérer ses affaires quotidiennes, dont la durée n'est pas longue et qui s'achève par la mort.

La différence entre les deux cas se manifeste tant du point de vue des conditions que du point de vue des effets juridiques.

Par ailleurs le motif d'annulation de la vente faite par le malade en dernière maladie n'est pas le consentement vicié de ce dernier car le malade en dernière maladie sauvegarde ses capacités mentales. Par conséquent, s'il perd son discernement, la vente faite par lui sera annulée pour absence de consentement et non à cause de la dernière maladie.

Les hypothèses d'annulation de la vente en dernière maladie sont plutôt dues à la préservation des règles de la succession en droit musulman.

3-la cause :

*Toute obligation doit avoir une cause licite sinon elle est considérée comme inexistante. **(Arrêt de la cour de cassation (civil) N° 13936 du 19 juin 1986).**

4-l'objet :

* Il ressort des articles 2 et 325coc que le défaut d'objet de l'obligation qui constitue une de ses conditions de formation rend l'obligation nulle de plein droit et ne peut produire aucun effet. **(Arrêt de la cour de cassation N°62765 du 5 juin 2012).**

* L'article 64coc traite de l'obligation ayant pour objet une chose ou un fait impossible, physiquement ou en vertu de la loi tandis que l'objet du contrat en l'espèce est possible par sa nature et n'est pas interdit par la loi. La non fixation de la quotité de variation du taux de la devise (du change) convenu en tant que moyen de paiement au moment du contrat n'empêche pas les parties de pouvoir fixer une date ultérieure pour établir le compte entre elles ou exécuter l'obligation

découlant du contrat ce qui est permis par l'article 63coc qui dispose que : « la chose qui forme l'objet de l'obligation doit être déterminée au moins quant à son espèce. La quotité de la chose peut être incertaine pourvu qu'elle puisse être déterminée par la suite ». (**Arrêt de la cour de cassation (civil) N°40531 du 21 décembre 1994**).

Chapitre II : La sanction en matière de formation du contrat

***La question de la prescription extinctive de l'action en nullité :**

Une évolution remarquable de la jurisprudence Tunisienne s'est faite au niveau de la prescription extinctive de l'action en nullité.

**1-Arret de la cour de cassation (civil)
N°23712 du 4 juin 2003 ;**

**2-Arret de la cour de cassation (civile)
N°23311 du 17 janvier 2009 ;**

**3-Arret de la cour de cassation (civile)
N°71578/71591 du 29 novembre 2012 ;**

**4-Arret de la cour de cassation N°2015.24952
du 9 février 2016.**

La cour de cassation tunisienne est partie de la distinction entre la nullité relative et la nullité absolue au niveau de la prescription extinctive de l'action en nullité, en affirmant que le contrat nul de plein droit (Nullité absolue) n'a pas d'existence dès le départ et ne peut être validé par la confirmation et la ratification, par ailleurs l'exception de nullité absolue n'est pas sujette à la prescription car le contrat nul de plein droit ne peut devenir valable par l'effet du temps. Quant au contrat annulable (nul de nullité relative), il produit ses effets comme le contrat valable dans une première étape mais l'une des parties aura le droit de demander son annulation comme elle peut y renoncer et le ratifier par ailleurs le droit de demander l'annulation dans ce cas se prescrit par un laps de temps déterminé par la loi, il s'agit de la prescription extinctive. (**Arrêt de la cour de cassation (civil) N°23712 du 4 juin 2003**). La cour ajoute un autre argument pour consolider cette distinction au niveau de l'effet de la prescription extinctive à savoir que le législateur a édicté des textes explicites ayant trait à la prescription de l'action en nullité relative et il a gardé le silence exprès concernant l'action en nullité absolue. En application de la règle générale de droit en vertu de laquelle lorsque la loi réserve

un cas déterminé, elle s'applique à tous les autres cas qui ne sont pas expressément exceptés. Par conséquent, la sanction établie par la loi pour une situation déterminée ne s'applique pas pour les autres situations. Ainsi, la nullité absolue contrairement à la nullité relative n'est pas soumise à la prescription extinctive.

Cependant, la cour de cassation semble amorcer un revirement de jurisprudence dans son arrêt **N°2015.24952 du 9 février 2016**. En effet, la cour part du constat que la non soumission de l'action en nullité absolue à la prescription extinctive est non conforme aux textes clairs et formels en la matière. Par ailleurs, selon la cour, cette affirmation conduit à un résultat qui n'est pas logique et acceptable en vertu duquel l'action en nullité absolue est une action éternelle qui peut être intentée quel que soit le temps écoulé, ce qui est contraire à la volonté de préserver la stabilité des transactions et des situations sociales.

La mise en œuvre de la présomption de prescription extinctive n'a pas pour fondement de faire disparaître la nullité par la prescription ni de rendre l'obligation nulle au départ, valable par la suite par l'effet de l'écoulement du temps mais

mais plutôt la préservation des situations qui se sont établies par l'effet du temps et leur respect. Par ailleurs, les exceptions apportées par le législateur à ce principe et contenues dans les articles 391, 393 et 394 coc, n'est qu'une confirmation du principe qu'il a édicté en la matière et qui fait que toute action est sujette à la prescription extinctive.

Partie II : Le contenu du contrat, interprétation et qualification du contrat

Deux questions importantes sont abordées par la cour de cassation à savoir d'une part les règles gouvernant l'interprétation du contrat et d'autre part l'étendue du pouvoir du juge en matière de qualification du contrat.

1-les règles rappelées par la cour dans l'interprétation des contrats :

*Si les termes du contrat sont clairs et formels, il n'y a pas lieu à les interpréter conformément aux articles 513 et 514coc.

*Les clauses des actes doivent être interprétées les unes par les autres, en donnant à chacune le sens qui résulte de l'acte entier et lorsque les clauses sont inconciliables entre elles,

on s'en tient à la dernière dans l'ordre de l'écriture.

2-l'étendue du pouvoir du juge en matière de qualification :

*La qualification des contrats et la détermination de leur nature juridique exigent que la cour soit liée par les termes du contrat et le sens de ces derniers ainsi que par la nature de son objet et la cause sur laquelle il est fondé pour arriver à le classer en l'intégrant dans la catégorie juridique à laquelle il appartient.

Partie III : Les effets du contrat

Dans l'analyse des effets du contrat, l'étude de la jurisprudence Tunisienne a permis de révéler d'une part certains principes de conduite qui gouvernent l'exécution des contrats et d'autre part une évolution de la jurisprudence Tunisienne concernant le fonctionnement de certaines institutions en cas d'inexécution du contrat.

A- Principe de conduite gouvernant l'exécution des contrats : Principe de bonne foi dans

Dans l'exécution des contrats

1-Arret de la Cour de cassation N°7461 du 4/04/2005 :

2-Arret de la cour de cassation N°24186 du 16 février 2009 :

La cour de cassation a mis l'accent dans plusieurs arrêts sur l'idée que la bonne foi dans l'exécution des contrats consacrée dans l'article 243coc est un principe général de conduite ou de comportement dont le législateur ou le juge en déduit selon les cas des applications particulières qu'exige la nature du contrat. Ainsi en découle du principe de bonne foi, l'obligation d'information par le locataire des vices de la chose louée qui nécessitent des réparations vis-à-vis du bailleur. L'obligation d'information paraît comme une application particulière de l'obligation de bonne foi.

De même dans le second arrêt susmentionné, la cour de cassation met l'accent sur le fait que le principe de bonne foi dans l'exécution du contrat implique l'exécution du contrat en conformité avec les règles de l'équité contractuelle qui impose de sauvegarder un certain équilibre entre les intérêts des parties. Cet équilibre impose notamment à la partie forte une obligation d'infor-

mation et de conseil afin d'éviter tout préjudice à l'une des parties au contrat.

B-évolution de la jurisprudence Tunisienne concernant le fonctionnement de certaines institutions en cas d'inexécution des obligations découlant du contrat :

Cette évolution concerne d'une part l'institution de la clause pénale (1) et d'autre part la résolution judiciaire du contrat (2).

(1) La clause pénale :

***Arrêt de la cour de cassation N°42624 du 28/04/1994**

La question juridique ayant fait l'objet d'une évolution jurisprudentielle consiste à savoir : est-ce que le juge de fond a le droit d'exercer un contrôle sur la clause pénale ou son rôle consiste seulement à la constater et à l'appliquer de façon automatique même en cas d'exécution partielle de l'obligation principale ou en cas d'inexécution absolue en raison d'une force majeure ou d'un cas fortuit ou si cette clause est contraire à l'ordre public et aux bonnes mœurs ou contraire au

principe de justice et d'équité ?

La cour de cassation dans l'arrêt susmentionné a commencé par rappeler les solutions jurisprudentielles précédentes en mettant l'accent sur le flottement de la jurisprudence en la matière jusqu'au prononcé de la décision des chambres réunies de la cour de cassation en date du 28 avril 1975 Qui a affirmé que la cour n'a pas le droit de modifier la clause pénale.

Par la suite, la cour de cassation a rappelé le contenu de l'article 278coc qui selon elle donne au juge un pouvoir d'appréciation dans la détermination des dommages intérêts résultant du préjudice subi du fait de l'inexécution de l'obligation. Elle en déduit qu'en l'absence de règles fixant la clause pénale, Il importe au juge saisi de trouver les solutions selon les règles générales édictées au code des obligations et des contrats.

La cour conclut que « bien que la clause pénale est soumise au principe de l'autonomie de la volonté et à la liberté contractuelle en application des dispositions de l'article 242coc, ceci n'empêche pas la juridiction de fond dans le cadre de son pouvoir d'interprétation d'exercer un droit de

contrôle sur cette clause en procédant à l'augmentation de son montant ou à en réduire ou à l'annuler selon le cas de l'espèce au sens de l'article 278coc afin de réaliser **les principe de justice et d'équité** sous la condition de motivation.

(2) La résolution judiciaire du contrat : Evolution de la jurisprudence : interprétation de l'article 273coc : « lorsque le débiteur est en demeure, le créancier a le droit de contraindre le débiteur à accomplir l'obligation si l'exécution en est possible ; à défaut, il pourra demander la résolution du contrat... ».

Les arrêts collectés marquent une évolution de la jurisprudence tunisienne dans l'interprétation de l'article 273 coc qui concerne certains moyens offerts au créancier pour faire face à l'inexécution de l'obligation par son débiteur.

*** Arrêt de la cour de cassation N° 35350 du 29 février 1996**

*** Arrêt de la cour de cassation N°20336.2014 du 11 novembre 2015**

La question posée à la cour était de savoir si le texte susvisé établit une hiérarchie entre l'action en exécution et l'action en résolution en ce sens que le créancier doit respecter cette hiérarchie lorsqu'il agit contre le débiteur ou s'il s'agit plutôt d'une option donnée au créancier entre ces deux actions ?

Au départ la jurisprudence établissait une hiérarchie de sorte que la résolution judiciaire n'est possible qu'après que l'exécution en nature devienne impossible.

Par la suite, il y a eu un revirement de jurisprudence opéré par l'arrêt des chambres réunies de la cour de cassation N°35350 du 29 février 1996. La cour dans cet arrêt affirme que « l'opinion qui considère que la demande de résolution est tributaire de l'impossibilité d'exécution n'a pas de fondement légal et ne correspond pas à une interprétation acceptable des dispositions de l'article 273coc qui prévoyait clairement que l'action en exécution est un droit pour le créancier dont l'exercice est subordonné à sa possibilité (matérielle et juridique) et il stipulait expressément que le créancier « a le droit... » Et donc n'a pas rendu l'exercice de ce droit une

condition pour pouvoir demander la résolution judiciaire.

La cour ajoute que la volonté du législateur était bien la protection du créancier confronté à la demeure de son débiteur, à cet effet le législateur lui a fourni plusieurs moyens concrétisant cette protection en effet il lui a donné le droit de soulever l'exception d'inexécution conformément aux articles 246 et 247coc, de même il lui a donné la possibilité de stipuler la résolution dans le contrat (article 274), ainsi que de demander de la cour des dommages-intérêts ; il lui a également donné le droit de demander l'exécution forcée si c'est possible ainsi que le droit de demander la résolution judiciaire si son intérêt l'exige sous le contrôle de la cour et la loi n'a pas imposée une hiérarchie ou un classement obligatoire dans l'exercice de ces droits. La cour argumente sa position en déclarant que « interdire au créancier de demander la résolution du contrat en dépit de la demeure de son débiteur et l'obliger à saisir d'abord la justice pour essayer de forcer son cocontractant à exécuter ses obligations avec tout ce que cette expérience peut entraîner en termes de dépenses, de perte de temps et du droit à la résolution qui peut devenir impossible, entraîne à

privilégier le contractant qui n'exécute pas ses obligations sur le contractant qui les exécute ainsi que l'affaiblissement des garanties qui préservent l'intégrité des contrats d'autant plus que cela entraîne l'alourdissement de la tâche des juridictions au niveau du nombre des affaires à trancher..... »

Cet arrêt des chambres réunies de la cour de cassation paraît instituer une nouvelle jurisprudence dans l'interprétation des dispositions de l'article 273coc.

Un arrêt de la cour de cassation N°5819 du 7/04/2005 reprend les attendus de l'arrêt des chambres réunies susmentionnés.

De même récemment une confirmation de cet état de la jurisprudence est reflétée dans l'arrêt de la cour de cassation **N°20336.2014 du 11 novembre 2015** ou la cour réaffirme que Le créancier conserve l'option entre le droit de demander la résolution et le droit de contraindre son débiteur à l'exécution et ceci sous le contrôle du tribunal sans que le législateur n'impose un ordre obligatoire pour l'exercice de ces droits.

Mahmoud HASSEN Maroc



*Avocat aux Barreaux de Paris et
Tunis*

*Agréé près la Cour de cassation
tunisienne*

*Enseignant à la faculté de droit de
Tunis*

*Ancien avocat au Barreau de
Casablanca*

*Ancien enseignant à la faculté de
droit de Casablanca*

*Ancien chargé de cours à la faculté
internationale de droit comparé
de Perpignan*

DROIT DES CONTRATS AU MAROC ETAT DE LA JURISPRUDENCE

-Période choisie : de 1980 à 2016-

Ière Partie : La formation du contrat

Chapitre I : Les conditions de fond

Aux termes de l'article 2 du Dahirⁱ formant code des obligations et des contrats (D.O.C.) du 12 août 1913, « les éléments nécessaires pour la validité des obligations, qui dérivent d'une déclaration de volonté sont :

1- La capacité de s'obliger

2- Une déclaration valable de volonté portant sur les éléments essentiels de l'obligation

3- Un objet certain pouvant former objet d'obligation

- Une cause licite de s'obliger »

Il en résulte que le régime juridique des contrats est soumis au consensualisme qui est la

règle générale sauf si le formalisme est prévu par une disposition spéciale.

Pour se prononcer sur la validité d'un contrat, les tribunaux vérifient si les conditions de fond requis par l'art. 2 précité existent effectivement, et contrôlent également leur licéité.

• Sur le principe du consensualisme

1- « Le document qui indique les parties, l'objet et le prix de vente est un contrat consensuel réunissant les éléments et conditions requis dans un contrat de vente ». (C. cass. civ. 18/04/1984. G.T.M., 1984, n° 33, p. 13, cité par François-Paul BLANC, in « Les obligations et les contrats en droit marocain (D.O.C. annoté), Casablanca, éd. Sochepress, 2^{ème} éd., 2001, p. 43, n° 5 »).

Section I : La Capacité

2- La mise d'un fonds de commerce d'une société est simplement une mesure conservatoire provisoire ayant pour objet la protection des recettes.

Ladite mesure n'a pas d'incidence sur la capacité civile de la société propriétaire du fonds de commerce, ni celle du gérant de la société qui demeure seul habilité à recevoir notification d'un congé destiné à la société.

Le congé notifié au séquestre judiciaire est nul et non effet car ce dernier n'a pas qualité à le recevoir.

(C. cass. civ. arrêt n° 319 du 29/02/1984, dossier n° 93988, R.A.C.S., en matière civile, T II, 1983-1991, p. 157).

Toutefois, aux termes de l'art. 1070, al 1^{er} du D.O.C. lorsqu'une société est en liquidation, c'est son liquidateur qui est la capacité et la qualité pour la représenter et l'administrer.

Au visa de l'art. 1070 précité la Cour de cassation a jugé que :

* 3- C'est le liquidateur qui représente une société en liquidation, il est tenu de plein droit de ses obligations contractées.

(C. cass. Soc., arrêt du 28/05/1990, dossier n°

9615/89, Rev. Al Ichaa (Le Rayonnement – الإشعاع), n° 7, p. 109).

Dans le même sens :

4- « ... Aux termes de l'article 1070 du D.O.C., c'est le liquidateur qui représente la société en liquidation. Il s'en suit qu'un pourvoi formé à l'encontre de la société... en la personne de son représentant légal, alors qu'elle était en liquidation depuis le 27/09/1995, a été diligenté contre une personne dépourvue de qualité.

Ledit pourvoi méconnaît l'art. 1^{er} du C.P.C. et l'art. 1070 du D.O.C., et doit être déclaré irrecevable »

(C. cass. arrêt n° 288, du 07/02/2001, dossier n° 1095/3/2/99, Rev. J.C.S., n° 59-60, p. 246).

La question de savoir si un contrat remplit les conditions de fond requises est soumise à l'appréciation des juges du fond.

La Cour de cassation exerce son contrôle sur les motifs des décisions qui se prononcent sur lesdites conditions.

5- « Est irrecevable une action aux fins de nullité d'un acte juridique diligenté par une partie au contrat qui a prétendu qu'elle était incapable à la date de la signature du contrat invoquant sa démence, dès lors que la juridiction du fond a écarté la démence alléguée par le

demandeur au motif qu'il avait conclu d'autres contrats durant la même période.

Est soumise à l'appréciation de la juridiction du fond, le certificat médical produit par l'intéressé qui n'établit pas avec certitude sa démence.

Il appartient aux juges du fond de vérifier si les conditions de fond, y compris la capacité, sont réunies dans un contrat au moment de sa signature ».

(C. cass. civ., arrêt n° 4374 du 11/10/2011, dossier n° 3475/1/2/10, G.T.M., n° 142, p.123).

6- « L'approbation par le tuteur, d'un acte conclu par un mineur, peut être soit explicite ou tacite, celle-ci peut résulter de la présence du tuteur, de son silence ou l'absence de réponse de sa part. Dès lors que tel peut être le cas pour le tuteur, la même solution est applicable, à plus forte raison, au père. Les prérogatives de ce dernier, en matière de tutelle sont plus larges que celles du tuteur ou du curateur.

Son approbation est présumée avoir été donnée dans l'intérêt du mineur jusqu'à preuve du contraire ». (C. cass. civ., arrêt n° 1232 du 06/06/1990, dossier n° 98869, R.J.L., n° 143, p. 104.

Ecartant l'application de l'art. 11 du D.O.C., au bénéfice des dispositions du Code du statut personnel (La Moudawana)ⁱⁱ au motif que ses dispositions sont spéciales et dérogent aux règles générales, la Cour de cassation considérait que le père pouvait disposer des biens de son fils mineur sans avoir besoin d'une autorisation du juge.

7- « La loi qui régit la tutelle légale des marocains musulmans, est le Code du statut personnel. Ses dispositions attribuent au père une tutelle générale sur ses enfants mineurs et lui accorde le droit d'administrer leurs biens et d'en disposer sans une autorisation préalable du juge.

Ce sont le tuteur et le curateur - et non le père - qui ont besoin d'obtenir une autorisation du juge pour accomplir lesdits actes ».

(C. cass. ch. charaïque, arrêt n° 546, arrêt du 14/05/1991, dossier n° 5433/88, J.C.S., n° 45, p. 108).

8- Dans le même sens : « L'art. 11 du D.O.C. ne s'applique pas à l'espèce dès lors que la tutelle et la capacité d'une personne vont régies par sa loi nationale qui régit la tutelle légale des marocains musulmans, qui est la Moudawanaⁱⁱⁱ du statut personnel qui était en vigueur à la date du prononcé de l'arrêt attaqué.

Aux termes de l'art. 149 dudit code (ancien), « le père exerce sa tutelle légale sur la personne et sur les biens de l'incapable jusqu'à l'âge de sa majorité »^{iv} alors que l'art. 158 du même code disposait que « le tuteur testamentaire ou datif ne pouvait exercer les actes - qu'il énumérait- qu'avec l'autorisation du juge »^v. (C. cass. civ., arrêt n° 290 du 25/01/2006, dossier n° 230/03, J.C.S. n° 67, p. 42).

La même solution a été suivie pour valider un acte par lequel un père a accordé une hypothèque sur un bien de son fils mineur.

9- « Une hypothèque accordée par un père sur un bien immobilier de son fils mineur n'a pas besoin d'être autorisée par le juge compétent ».

C. cass., com, arrêt n° 1111 du 10/09/2008, dossier n° 4/08, Rev. « Le dossier » (الملف), n° 16, p. 215.

Toutefois, même sous le régime de l'ancienne Moudawana du statut personnel, la jurisprudence précitée de la cour de cassation n'était pas suivie par certaines cours d'appel dont celle de Marrakech par exemple. Elle soumettait les actes accomplis par le père à l'autorisation préalable du juge des mineurs en application de

l'art. 11 du D.O.C.

10- « Le père qui administre les biens de son enfant mineur ne peut accomplir aucun acte de gestion sur lesdits biens qu'après avoir obtenu une autorisation spéciale du magistrat compétent, en application de l'art. 11 du D.O.C. ».

- Marrakech, civ., arrêt du 29/01/1979, dossier du 2260, Rev. « Al Mohamoun » - Les avocats (المحامون), n° 2, p. 69.

La même cour, a réitéré sa jurisprudence quatre années plus tard.

11- « Attendu qu'il résulte des attestations délivrées par le notaire que les droits des enfants mineurs ont été cédés par leur père.

Attendu qu'il n'apparaît, ni desdites attestations, ni des éléments du dossier que le père avait obtenu l'autorisation requise par l'art. 11 du D.O.C. avant de céder les droits de ses enfants mineurs ; que ladite vente ne peut leurs être opposée et ne produit aucun effet à leur égard ».

Marrakech, civ., arrêt n° 639, du 12/09/1989, dossier n° 791/89, Rev. « Al Mohamat » (la profession d'avocat) (المحاماة), n° 19 et 20, p. 1881.

Cette jurisprudence a été approuvée par la Cour de cassation :

12- « Le tuteur légal ne peut conclure au nom des mineurs des actes de disposition à titre gratuit même avec l'autorisation du juge compétent.

A suffisamment motivé sa décision, la Cour qui a ordonné la radiation d'une hypothèque dans la limite des droits immobiliers d'un mineur sur lesquels sa mère avait accordé une hypothèque alors qu'il était incapable, la Cour a considéré, à bon droit, que ledit acte conclu par la mère était un acte de disposition à titre gratuit préjudiciable au mineur ». (C. cass. com , arrêt n° 724, du 04/06/2003, dossier n° 629/3/1/2001, J.C.S. n° 61, p. 177).

13- Aux termes de l'article 3 du D.O.C., « la capacité civile de l'individu est réglée par la loi qui régit son statut personnel.

Toute personne est capable d'obliger et de s'obliger, si elle n'en est déclarée incapable par cette loi ».

Au visa de cette disposition, la Cour de cassation a jugé qu' « est régie par la loi nationale des époux la capacité du Français marié sous le régime de la communauté pour la vente d'un immeuble situé au Maroc et faisant partie de

la communauté.

Le mari ne peut céder un immeuble dont le titre foncier porte les noms des deux conjoints qu'avec le consentement de son époux »

(C. cass. civ., arrêt du 28/02/1979, J.C.S., n° 25, p. 80, cité par F.P. BLANC, « D.O.C. annoté », op. cit. p. 46-47, n° 19).

Ce cas concerne, par ailleurs, une vente partielle de la chose d'autrui non opposable au propriétaire indivis sauf s'il la ratifie, en application de l'art. 485 du D.O.C.

Section II : La déclaration de volonté

§1 La déclaration unilatérale

Aux termes de l'art. 14 du D.O.C. « La simple promesse ne crée point d'obligation ».

14- Au visa de cette disposition, la Cour d'appel de Casablanca a précisé que : « la notion de promesse prévue dans l'art. 14 du D.O.C. ne concerne que la promesse unilatérale à l'exclusion d'une promesse de vente qui résulte de la rencontre de deux volontés ».

(Casablanca, civ., arrêt du 11/07/2002, dossier n° 9324/01, G.T.M, n° 95, p. 197).

15- Il a été également jugé par la Cour de Marrakech qu'« une promesse d'accorder

une préférence est en réalité une promesse de vente en cours de formation par laquelle est désigné le bénéficiaire éventuel. Ce bénéficiaire n'acquiert pas de la promesse un droit à l'achat même assorti d'une condition.

En revanche il acquiert un droit qui lui permet d'interdire au promettant de contracter avec une tierce personne.

Ledit droit se transforme en une promesse de vente si le promettant décide de céder le bien objet de la promesse. A ce moment, le bénéficiaire devient le créancier dans la promesse de vente « s'il est né, ce droit à l'achat n'est créé qu'à compter de cette date. Il n'a pas d'effet rétroactif contrairement à la promesse de vente assortie d'une condition suspensive » (Marrakech, civ., arrêt du 18/02/2010, dossier n° 1028/09, Rev. Marocaine des études juridiques et judiciaires, (R.M.E.J.J.) n° 4 p. 330).

16- « Dès lors que le demandeur au pourvoi, s'est engagé, par sa volonté unilatérale, exprimée dans un acte sous seing de permettre à dame ... (qui était son épouse) d'exploiter l'appartement durant toute sa vie, cet engagement, qui n'a été contesté, ni pour violence, dol, simulation ou erreur matérielle, produit tous

ses effets. Il permet à la bénéficiaire de continuer à exploiter l'appartement même postérieurement au divorce prononcé entre les parties ».

(C. cass., civ., arrêt n° 345, du 02/07/2013, dossier n° 1332/1/3/12, R.J.L. n° 164, p. 285).

D'autres décisions des juridictions de fond ont eu l'occasion d'affirmer, au visa de l'art. 18 du D.O.C. que la déclaration unilatérale de volonté est une source des obligations et de rappeler également que le consensualisme demeure la règle en droit marocain des contrats tant qu'il n'est pas écarté, dans un cas particulier, par un texte juridique spécial.

17- « Aux termes de l'art. 18 du D.O.C., la déclaration explicite d'une volonté oblige son auteur dès qu'elle est parvenue à la connaissance de la partie envers laquelle elle a été prise.

Aux termes de l'art. 2 du D.O.C., de tels engagements (unilatéraux) produisent leurs effets dès lors qu'ils ont été pris par une personne qui a la capacité de s'obliger».

(Tanger, civ., arrêt n° 43 du 11/05/1982, Rev. « Rabitat Al-Koudhat » (Alliance des magistrats) (رابطة القضاة) n° 6 et 7 p. 161.).

18- La déclaration adoulaire

(recueillie par notaires « traditionnels » ou adouls (عدول)) de l'auteur des défendeurs, dans laquelle il reconnaît être associé, par parts égales, avec le demandeur dans plusieurs biens en cours d'immatriculation et des biens non immatriculés est une déclaration valable, elle remplit les conditions de forme requise par la loi.

Ladite déclaration est un aveu consigné dans un acte authentique. Il est opposable à son auteur et à ses héritiers »

(Rabat, ch. civ., arrêt n° 687 di 12/12/2012, dossier n° 303/12/1201, Rev. Jurisprudence de la cour d'appel de Rabat, n° 6, p. 83).

En assimilant une déclaration faite devant notaire à une preuve par écrit, l'arrêt précité fait implicitement application de l'art. 416 du D.O.C. qui dispose que « l'aveu de la partie peut résulter des preuves écrites appelées aussi preuves littérales ».

Cette déclaration de volonté, recueillie par un notaire est opposable aux parties et à leurs ayants-droit à titre universel, mais non aux tiers pour les immeubles immatriculés.

Dans ce domaine, seules les inscriptions mentionnées sur le titre foncier sont

opposables au tiers.

19- « Une attestation délivrée par un avocat donnant mainlevée d'une saisie conservatoire est suffisante pour la radiation de la saisie. Cette attestation équivaut à un acte juridique conformément à l'art. 18 du D.O.C.

Il convient de prononcer la radiation de la saisie sur la base de l'attestation délivrée par l'avocat qui en donne mainlevée ».

(T.P.I. Marrakech, jugement n° 228, du 26/04/2004, dossier civ., n° 4139, rev. « Al-Morafaa » (la plaidoirie) -المرافعة- éd. par l'Ordre des avocats d'Agadir- n° 14 et 15, p. 221).

Etant un mandataire ad-litem, un avocat est habilité à donner, au nom de son mandant mainlevée d'une saisie pratiquée.

Son attestation de mainlevée de saisie, est une déclaration unilatérale de volonté faite dans le cadre de l'art. 18 du D.O.C.

L'acte de mainlevée délivré l'avocat du saisissant, dans le cadre de ses pouvoirs, oblige le mandant en application de l'art. 925 du D.O.C. Ce texte dispose que « les actes valablement accomplis par le mandataire, au nom du mandant et dans la limite de ses pouvoirs, produisent leur

effet en faveur du mandant et contre lui, comme s'ils avaient été accomplis par le mandant lui-même ».

Ainsi, la mainlevée de la saisie doit être inscrite, par le conservateur de la propriété foncière. Ce dernier n'a pas à demander au saisi de produire une décision judiciaire prononçant la mainlevée de la saisie, dès lors que celle-ci a été délivrée à l'amiable par le mandataire du saisissant.

§2 Effets et sanction de la simulation

Action paulienne – Simulation

19 bis. « Vu l'art. 22 du D.O.C.

Attendu que les contre-lettres n'ont d'effet qu'entre les parties contractantes. Elles ne peuvent être opposées aux tiers s'ils n'en ont eu connaissance ; qu'il s'en suit que ceux-ci sont recevables à attaquer ces conventions si elles portent atteinte à leurs droits.

Attendu que le moyen est pertinent ; qu'aux termes de l'art. 1241 du D.O.C., les biens du débiteur sont le gage commun de ses créanciers ; que de même, aux termes de l'art. 228 du D.O.C., les conventions n'engagent que ceux qui ont été parties à l'acte, elles ne nuisent point

aux tiers et elles ne leur profitent que dans les cas exprimés par la loi ; que l'on en déduit que le tiers qui subit un préjudice par des conventions que son débiteur contracte pour disposer de ses droits est fondé à attaquer ces conventions par voie judiciaire en invoquant la simulation ; que la cour d'appel, en déclarant la demande irrecevable au motif que la société R.M. n'était pas partie dans les conventions à l'encontre desquelles la simulation est invoquée, alors que la société R.M. a rapporté la preuve de ce qu'elle était créancière du défendeur au pourvoi, comme l'a d'ailleurs signalé la cour d'appel dans les motifs de son arrêt, n'a pas fondé celui-ci sur une base légale ; qu'il encourt donc la cassation ».

(C. cass., soc. arrêt n° 529 du 19/10/1987, Revue Marocaine de Droit, -« R.M.D. », Casablanca, 1988, n° 16, p. 62).

Par cet arrêt de principe, et sur la base d'une lecture combinée des articles 22-228 et 1241 du D.O.C., la Cour de cassation marocaine a admis, pour la première fois, l'action paulienne qui n'est pas prévue par les dispositions du D.O.C. Cet arrêt a un caractère normatif puisqu'il a donné un fondement jurisprudentiel à l'action paulienne.

La Haute Cour marocaine a motivé sa décision en interdisant à un débiteur d'organiser son insolvabilité en concluant une vente fictive à son épouse en fraude des droits du créancier « du vendeur ».

Oltre le fait qu'une telle vente relève d'une simulation pure et simple, son annulation a été justifiée par le fait que la vente contestée a été conclue par le débiteur en violation de l'art. 228 du D.O.C. qui ne permet pas de conclure des contrats dans le but de nuire aux tiers.

Cet arrêt fait également une bonne interprétation de l'art. 1241 du D.O.C. dont la portée est d'interdire à un débiteur d'organiser son insolvabilité.

Par ailleurs, la cour de cassation aurait dû également constater la nullité du contrat contesté en application de l'art. 62, al. 2 du D.O.C., car sa cause était illicite.

Aux termes du texte précité, « l'obligation sans cause ou fondée sur une cause illicite est non avenue.

La cause est illicite quand elle est contraire aux bonnes mœurs, à l'ordre public ou à la loi ».

Actuellement, la jurisprudence marocaine est constante sur cette question chaque fois que la

simulation du cédant et son intention d'organiser son insolvabilité sont établies.

Elle est présumée à l'égard d'une personne qui dispose de ses biens alors qu'elle est redevable d'une obligation de payer, soit comme débiteur principal ou comme caution.

20- « C'est à bon droit que la cour d'appel a considéré que le contrat de vente relève d'une simulation au motif que ledit contrat a été conclu à une période durant laquelle le créancier s'apprêtait à diligenter une assignation en paiement à l'encontre du débiteur et de la caution, et que la vente a été conclue au profit des enfants mineurs de la caution et à son épouse, ce motif est conforme à l'art. 1241 du D.O.C.

Les actes authentiques, comme les actes sous-seing-privé, peuvent faire l'objet d'une action en nullité fondée sur la simulation ». (C. cass. civ. arrêt n° 4629 du 29/11/2000, dossier n° 120/99, in Bulletin annuel de la Cour suprême, 2000, p. 87).

21- « L'autonomie de la volonté n'est pas un principe d'ordre public. Le respect de la volonté déclarée des parties n'empêche pas d'invoquer la simulation à condition d'en rapporter la preuve.

La simulation peut être établie par

tous les moyens de preuve, par écrit, par témoins et même par des présomptions ».

(C. cass. civ., arrêt n° 315 du 19/02/2003, dossier n° 781/99, Rev. « Al-Malaf » (Le dossier), n° 6, p. 278).

22- Pour les mêmes raisons, un débiteur ne peut non plus faire un acte de libéralité, un tel acte méconnaît l'article 1241 du D.O.C et cause un préjudice à son créancier.

(C. cass. ch. du statut personnel et des successions sect. 1^{ère}, arrêt n° 80/1 du 24/02/2015, dossier n° 694/2/1/2013- non publié).

23- « Pour prononcer la nullité d'un acte de donation, (à la requête du créancier du donateur), il n'est pas nécessaire que la créance soit exigible ».

(C.A. com., Casablanca, arrêt n° 1105, du 06/11/2001, dossier n° 1157/1/2 et 1921/00/100, G.T.M., n° 89, p. 196).

Depuis l'entrée en vigueur du nouveau code des droits réels (C.D.R.), promulgué par le Dahir du 22/11/2011, la nullité de la donation faite par un débiteur résulte de l'art. 278 dudit code. Ce texte dispose que « la donation faite par un débiteur n'est pas valable ».

Récemment, certaines juridictions du fond inspirées de la solution prévue par l'art. 1167

du Code civil français, et par la jurisprudence française considèrent l'acte par lequel un débiteur organise son insolvabilité est inopposable au créancier qui le conteste.

24- A titre d'exemple, la Cour d'appel de commerce de Marrakech a jugé que « la cession en date du 09/06/2011 par la société... de ses immeubles précités réduit son patrimoine qui est, aux termes de l'art. 1241 du D.O.C., le gage commun de ses créanciers, qu'il s'en suit que l'acte de cession susvisé est sans effet et inopposable à l'égard du consortium bancaire créancier.

Que la nullité – au lieu de l'inopposabilité - soulevée – par appel incident- par ledit créancier ne peut être retenue.

Qu'en effet, l'action en déclaration de simulation d'un contrat de cession n'est recevable qui si le créancier établit l'existence de deux contrats, ayant un objet contradictoire, conclus simultanément par le débiteur, l'un étant apparent, l'autre sous forme d'une contre-lettre et traduit la volonté réelle des parties ».

(C.A. com. Marrakech, arrêt n° 1054, du 13/07/2016, dossier n° 167/8221/2015, non publié).

Toutefois, l'inopposabilité prononcée par cet arrêt, au lieu de la nullité revendiquée par le créancier ne tient pas compte de la mauvaise foi du débiteur et de la cause illicite de l'acte de cession qu'il a conclu en fraude des droits du créancier.

§3 Le consentement

I- Rencontre d'une offre et d'une acceptation

1/ Accord explicite des parties sur les éléments essentiels de l'obligation (art. 19 du D.O.C.)

▪ Article 19 du D.O.C. : « La convention n'est parfaite que par l'accord des parties sur les éléments essentiels de l'obligation ainsi que sur toutes les autres clauses licites que ces parties considèrent comme essentielles.

Les modifications que les parties apportent d'un commun accord à la convention, aussitôt après sa conclusion, ne constituent pas un nouveau contrat, mais sont censées faire partie de la convention primitive, si le contraire n'est exprimé ».

Au visa de cet article, la Cour de cassation, statuant, en toutes chambres réunies, le 31 janvier 2011 a considéré :

25- « Vu les art. 19, 487 et 489 du D.O.C..

Attendu qu'un contrat de vente ne peut être conclu que si le bénéficiaire d'une promesse accepte parfaitement toutes les conditions essentielles du promettant.

Que lorsque la vente a pour objet des immeubles, des droits immobiliers ou autres choses susceptibles d'hypothèque (art. 489 du D.O.C.) l'accord des parties doit être exprimé par écrit.

Que c'est à bon droit que la juridiction du fond a constaté une discordance dans la volonté des parties sur le prix qui n'a pas été déterminé.

Elle en a déduit, à juste titre, que la vente n'a pas été formée faute de détermination du prix, qui est une condition de fond pour la validité d'une vente. Ceci étant, en prononçant d'office la nullité de la promesse de vente, et non sa résolution, la cour d'appel a donné une base légale à sa décision.

Ladite cour n'était pas tenue d'ordonner une enquête pour examiner le désaccord des parties sur le prix, dès lors que leur non-accord sur le prix entraîne la nullité absolue du contrat, qui est réputé n'avoir jamais existé ».

(C. cass., ch. réu. arrêt n° 404 du 13/01/2011, dossier n° 1895/07, Rev. de la Cour de cassation, n° 74, p. 45).

▪ Art. 27 du D.O.C. : « Une réponse conditionnelle ou restrictive équivaut au refus de la proposition, accompagné d'une proposition nouvelle ».

26- « Une offre, qui est une proposition par laquelle une personne exprime sa volonté de conclure un contrat ne produit un effet que si elle est acceptée dans toutes ses conditions.

Si les conditions d'une acceptation sont différentes de celles de l'offre, le contrat n'est pas formé.

C'est à bon droit que la cour d'appel a considéré que l'acceptation formulée par le demandeur au pourvoi comportait un prix différent de celui proposé par la propriétaire.

Même si l'on devrait supposer que cette nouvelle proposition a été portée à la connaissance de la propriétaire, son silence ne peut être qualifié de consentement de sa part, faute d'avoir rapporté la preuve que les parties avaient des relations d'affaires précédentes ».

(C. cass., civ., arrêt n° 1116, du 28/07/1999, dossier n° 773/98, Bulletin annuel de la Cour de cassation, 1999, p. 108).

2/ Dans quelles conditions l'absence de réponse peut valoir consentement ?

2.1/ Article 25 du D.O.C.

27- « Est inapplicable en matière d'arbitrage l'art. 25 du D.O.C. aux termes duquel l'absence de réponse vaut consentement, lorsque la proposition se rapporte à des relations d'affaires déjà entamées entre les parties ;

Que le choix de soumettre à l'arbitrage un litige portant sur la vente d'une cargaison de blé canadien ne peut être convenu que par une clause compromissoire ou un compromis d'arbitrage faisant l'objet d'un contrat écrit ou par échange de lettres conformément aux articles 307 et 309 du C.P.C. et à l'art. 2 de la convention de New-York relative à la reconnaissance des sentences arbitrales.

Qu'il ne résulte pas des fax échangés par les parties que la demanderesse au pourvoi ait consenti à compromettre.

Que l'arrêt attaqué, qui a assorti la sentence arbitrale de l'exéquatur a dénaturé les pièces versées aux débats, a commis une violation de la loi, et encourt la cassation ».
(C. Cass., 2 ch., arrêt n° 291, dossier n° 19/04, Bull. annuel, 2007, p. 129).

2.2/ Art. 38 du D.O.C.

28- « Le consentement à un acte ne peut résulter du silence d'un élève a qui une photo a été prise par l'établissement dans lequel il poursuit ses études.

Son silence ne peut valoir accord pour la publication de sa photo et son utilisation à des fins publicitaires ».

(C. cass., civ., arrêt n° 813, du 18/07/2007, dossier n° 490/05, G.T.M. n° 113, p. 129).

Dans le même sens :

29- « Le consentement peut résulter du silence, lorsque la partie, concernée par les travaux supplémentaires, est présente, et qu'elle ne s'y oppose point sans qu'aucun motif raisonnable ne justifie son silence.

La réalisation, dans le local objet du litige, par l'entrepreneur, en présence du maître d'ouvrage qui observe le silence durant la réalisation desdits travaux équivaut à son consentement implicite conformément à l'art. 38 du D.O.C.

L'entrepreneur est recevable à réclamer au maître d'ouvrage ses droits relatifs aux travaux supplémentaires réalisés quand bien

même que lesdits travaux n'ont pas été autorisés par les autorités compétentes ».

(C. cass., civ., arrêt n° 4852 du 15/11/2011, dossier n° 2807/1/2/10, G.T.M. n° 142, p. 100).

3/ Consentement échangé par voie électronique

30- « L'offre faite par internet et son acceptation exprimée par voie électronique oblige les parties du contrat.

La réclamation par le salarié d'une commission prévue par un contrat électronique est une preuve que le salarié a accepté le contrat.

Que le contrat conclu par voie électronique a une force obligatoire comme tous les autres contrats. Sa seule spécificité consiste dans le fait qu'il a été conclu par des moyens technologiques de communication ».

(C. cass., soc., arrêt n° 1687 du 26/12/2013, dossier n° 1628/5/2/12, Bulletin des arrêts de la cour de cassation en matière sociale, T. 13, p. 19).

4/ Contrat par le biais d'un intermédiaire

31- « Aux termes de l'art. 29 du D.O.C., celui qui a fait une offre en fixant un délai pour l'acceptation est engagé envers l'autre partie jusqu'à expiration du délai. Il est dégagé, si une réponse d'acceptation ne lui parvient pas dans le délai fixé.

Aux termes de l'art. 24 al. 2 du même code, le contrat par le moyen d'un messenger ou intermédiaire est parfait au moment et dans le lieu où celui qui a reçu l'offre répond à l'intermédiaire qu'il accepte.

Il s'en suit que l'arrêt attaqué a commis une violation des dispositions précitées, dès lors qu'il a rejeté l'action en perfection de la vente alors qu'il a été établi que l'intermédiaire a reçu l'acceptation de l'offre de vente dans le délai fixé ».

(C. cass., civ., arrêt n° 316 du 25/06/1969, R.A.C.S., civ. T.1, p. 741).

Dans le même sens :

32- « Le contrat par le moyen d'un messenger ou intermédiaire est parfait au moment et dans le lieu où celui qui a reçu l'offre répond à l'intermédiaire qu'il accepte ».

(C. cass. civ., arrêt n° 3704 du 12/06/1997, dossier n° 2484/95, Rev. J.C.S. n° 53-54, p. 152).

5/ Contrat par correspondance

33- « Le contrat par correspondance n'est parfait qu'au moment et dans le lieu où celui a reçu l'offre répond en l'acceptant ».

(C. cass., civ., arrêt n° 3257 du 23/09/2009, dossier n° 1905/08, Rev. Al Malaf « Le dossier » (الملف), n° 16, p. 233).

6/ Stipulation pour autrui

34- « La stipulation au profit d'un tiers opère directement en faveur de ce tiers. Celui-ci peut, en son nom, en poursuivre l'exécution contre le promettant lorsque cette stipulation constitue la cause d'une convention à titre onéreux ou d'une libéralité ».

(C. cass., civ., arrêt n° 972 du 17/12/1980, dossier n° 4227/85, Rev. J.C.S., n° 27, p. 49, cité par F.P. BLANC, « D.O.C. annoté » op. cit., p. 53, n° 10).

§4 Des vices du consentement

I- L'erreur (Art. 39 à 46 du D.O.C.)

1/ Erreur de calcul

▪ Art. 43 du D.O.C. « les simples erreurs de calcul ne sont pas une cause de résolution, mais elles doivent être rectifiées ».

Le terme « résolution » est utilisé

dans les dispositions du D.O.C., régissant les vices du consentement d'une manière impropre, à la place de la « rescision » ou « l'annulation ».

35- Il résulte de l'art. 43 du D.O.C., que les erreurs de calcul, susceptibles d'être rectifiées sont les erreurs qui peuvent être constatées par une simple comparaison entre les montants contestées avec ceux prévus au contrat ou dans d'autres documents reconnus par les parties.

En revanche, le taux d'intérêt prévu au contrat ne saurait être modifié en invoquant une erreur de calcul ».

(C. cass., com., arrêt n° 819 du 13/07/2005, dossier n° 688/04, J.C.S., n° 64-65, p. 276).

II/ La violence (Art. 46 à 51 du D.O.C.)

- Violence invoquée non établie

36- « ... Mais attendu qu'il résulte des pièces du dossier et de l'arrêt attaqué que le demandeur au pourvoi a présenté sa démission le 10 février 1982 ; qu'il a personnellement veillé à la légalisation de sa signature sur la lettre de démission ; qu'il l'a présentée à l'autorité chargée de la légalisation le 12 février 1982.

Attendu que la contrainte exercée en vue d'obtenir la démission suppose, pour être établie, la preuve de faits de nature à créer chez celui qui en est l'objet une souffrance physique ou un trouble moral profond ou la crainte de s'exposer à un danger grave, et qu'elle ait été le motif déterminant, de la démission ; que le tribunal avait ordonné une enquête sur les circonstances de la démission au cours de laquelle le demandeur au pourvoi (le salarié) a sollicité que ses témoins soient entendus ; qu'il a été établi à travers les pièces du dossier et des déclarations des témoins que le demandeur au pourvoi avait démissionné de son plein gré, sans intervention de la société et sans contrainte extérieure.

Que la cour a répondu aux moyens du demandeur au pourvoi en déclarant :
[Attendu que rien ne démontre que la démission a été extorquée sous la contrainte ;...]

Qu'ainsi, l'arrêt attaqué... est suffisamment motivé de sorte que les deux moyens du pourvoi sont mal fondés ».

(C. cass. soc., arrêt n° 103 du 23/02/1987, R.M.D., 1987, n° 14, p. 237, cité également par F.P. BLANC in « D.O.C.annoté », op. cit., p. 67, n° 10).

- Violence invoquée non retenue

37- « N'est pas entaché de contrainte, l'engagement d'un individu pris vis-à-vis du créancier d'une autre personne menacée d'incarcération en cas de non paiement de sa dette, ledit engagement ayant pour objet de désintéresser le créancier à la place du débiteur ».
(T.P.I., civ. Kénitra, jugement n° 418, Rev. « Al Kassar » - القصر - (Le Palais) n° 8, p. 214).

38- « Le fait qu'un contrat de vente a été conclu en prison par un détenu ne constitue pas un cas de violence susceptible de justifier l'annulation du contrat.

Par ailleurs, la lésion ne donne pas lieu à la rescision, à moins qu'elle ne soit causée par le dol de l'autre partie ».
(C. cass. civ., arrêt n° 3241 du 07/12/2005, dossier n° 1295/04, J.C.S., n° 67, p. 55).

39- « La crainte inspirée par la menace d'exercer des poursuites ou d'autres voies de droit ne peut donner ouverture à la rescision » (Art. 48 du D.O.C.)
(Casablanca, civ., arrêt n° 2801/05, G.T.M., n° 107, p. 107).

La jurisprudence de la Cour de cassation est dans le même sens : Elle opte pour la

même rigueur pour préserver les exigences de la stabilité contractuelle.

40- La crainte inspirée par la menace d'exercer des poursuites ou d'autres voies de droit ne peut donner ouverture à la rescision que si on a abusé de la position de la partie menacée pour lui extorquer des avantages excessifs ou indus »
(C. cass., civ., arrêt n° 773 du 27/07/1999, dossier n° 363/4/98, J.C.S. n° 55, p. 282).

- Appréciation restrictive des faits invoqués au titre de violence. Insuffisance de motifs

41- « La violence doit résulter de faits de nature à produire chez celui qui en est l'objet, soit une souffrance physique, soit un trouble moral profond, soit la crainte de s'exposer à un préjudice notable ; et que lesdits faits ont été la cause déterminante de la démission.

N'a pas suffisamment motivé sa décision, la cour qui a considéré que le salarié a fait l'objet d'une violence morale qui l'aurait obligé à quitter la société de crainte de s'exposer à un préjudice s'il y poursuivait l'exercice de son travail, sans préciser la nature des pressions illicites qui auraient affecté la volonté du salarié au moment où il avait présenté sa démission ».

(C. cass. soc., arrêt n° 965 du 30/09/2003, dossier n° 264/03, J.C.S., n° 61, p. 287).

42- « La cour, a justement déduit de la convention de divorce dite « Kol » خلع (le divorce moyennant compensation) que l'épouse s'était désistée de la garde de ses enfants à la suite des tentatives de conciliation effectuées devant le juge chargé de l'authentification ; que ledit désistement n'a pas été exprimé sous l'effet d'une contrainte ; que la demanderesse au pourvoi n'a introduit son action judiciaire qu'après trois années de la conclusion et l'exécution de la convention précitée.

La violence, que donne ouverture à la rescision de l'obligation, est celle qui anéantit la volonté du débiteur et le prive de la liberté de choisir au moment de la conclusion de la convention, à condition que la personne qui était victime d'une violence demande l'annulation de l'obligation dès la fin des circonstances qui l'auraient exposé à la violence alléguées »

(C. cass., 2 ch., arrêt n° 209 du 06/05/2009, dossier n° 245/06, Bull annuel, 2009, p. 100).

- Démission obtenue sous la menace d'un licenciement - Nullité

42- « Le Tribunal

1. Sur la démission invoquée

Attendu qu'il résulte des pièces du dossier qu'une certaine contrainte a été exercée sur le demandeur pour l'amener à présenter sa démission ;

Que la société a précisé dans ses conclusions du 17 mars 1981 qu'elle avait renoncé au licenciement de Monsieur B. lorsque ce dernier a reconnu ses fautes en présentant sa démission.

Qu'ainsi, il y a eu contrainte sans laquelle le demandeur n'aurait jamais présenté sa démission (voir à cet effet : cass. civ., ch. sociale, arrêt du 25 novembre 1975).

Qu'il est constant que tout engagement obtenu par la crainte est nul et de nul effet ;

Qu'il y a donc lieu de considérer la démission du demandeur, quoique acte unilatéral, entachée d'un vice qui est la violence.

Qu'elle ne peut produire d'effets juridiques ;

Qu'il convient de la rejeter, son objectif étant de permettre à la société de donner un semblant de légalité à un acte illégal pour se libérer de ses engagements vis-à-vis du salarié... »

(T.P.I. soc. Casablanca, jugement n° 1123 du 10/06/1982, R.M.D., 1986, n° 2, p. 117, chro. Hervé PARACHEMINAL, même revue p. 65 et s, cité également par F.P. BLANC, D.O.C. annoté », op. cit. p. 62, n° 4).

III- Le dol

- Distinction entre dol civil et escroquerie

43- « La décision, prononçant la relaxe d'un prévenu au motif qu'il résulte du contrat de vente versé aux débats, qu'il n'a pas commis le délit d'escroquerie, n'a pas d'effet sur le pouvoir d'appréciation du juge civil.

Ce dernier, sans méconnaître l'autorité de la chose jugée au pénal a le droit de vérifier si les conditions du dol sont établies en l'espèce.

Le dol, en matière civile est indépendant de l'escroquerie incriminée en matière répressive.

Les manœuvres pouvant constituer le délit d'escroquerie sont généralement plus graves que celles susceptibles d'être qualifiées de dol civil ». (C. cass. civ., arrêt n° 1234 du 22/05/1991, R.A.C.S., civ., 1958-1996, p. 165).

Depuis 1982, la Cour de cassation a eu l'occasion de préciser que le principe de l'autorité de la chose jugée au pénal sur le civil est

un principe relatif. Il ne se s'applique qu'en cas de décision répressive de condamnation.

En revanche, si la relaxe est prononcée, le juge civil vérifie souverainement si la faute non retenue au pénal peut constituer pour autant une faute civile.

Il a été jugé que « la relaxe d'un salarié licencié et poursuivi pénalement à la suite de fautes graves commises dans l'exercice de ses fonctions n'enlève pas à ces fautes leur gravité et ne confère pas à elle seule un caractère abusif au licenciement ».

43 bis- (C. cass., soc., arrêt n° 702 du 11/10/1982, R.M.D., 1986, n° 1, p. 29 et s., note non signée : « les limites de l'autorité de la chose jugée en matière pénale ».

- Dol donnant ouverture à la rescision

44- « Est interdite la vente d'un terrain loti avant l'approbation du lotissement par les autorités compétentes.

Commet un dol, au détriment de l'acquéreur, le propriétaire d'un terrain qui le vend sans informer l'acquéreur que le lotissement n'était pas encore approuvé ; l'acquéreur n'aurait pas acheté si l'élément précité avait été porté à sa

connaissance ».

(C. cass., civ., arrêt n° 1653 du 03/07/1986, J.C.S., n° 40, p. 70).

45- « Dès lors qu'un vendeur d'un fonds de commerce a caché à l'acquéreur le montant réel du loyer, une telle réticence constitue un dol de nature à justifier une action en annulation de la vente ».

(C. A com. Fès, arrêt n° 1318 du 18/09/2008, dossier n° 844/06, Revue « Al Miyar » (Le critère) éditée par l'ordre des avocats de Fès, n° 44, p. 350).

- Dol non établi

46- « Le dol consiste à utiliser des manœuvres, des réticences ou des tromperies pour induire une autre personne en erreur et la pousser à conclure un contrat, auquel il n'aurait pas consenti, s'il n'avait pas fait l'objet de ces manœuvres.

En l'espèce, la donatrice a prétendu qu'elle a fait donation à son ex-époux car il lui a fait croire qu'il allait se remarier avec elle, sans pour autant préciser concrètement quelles étaient les manœuvres que son ex-époux aurait utilisées pour l'induire en erreur et la conduire à faire une donation en sa faveur.

C'est à bon droit que la cour a considéré

que la donatrice n'a pas rapporté la preuve de ses allégations ».

(C. cass., civ., arrêt n° 315 du 31/05/2011, dossier n° 351/10, J.C.S., n° 75, p. 142).

IV/ L'état de maladie et autres cas analogues

Art. 54 du D.O.C. « Les motifs de rescision fondés sur l'état de maladie, et autres cas analogues, sont abandonnés à l'appréciation des juges ».

47- « Pour agir en nullité d'une vente, sur le fondement de l'art. 54 du D.O.C., il n'est pas nécessaire de rapporter la preuve, que la partie qui demande la rescision était en perte de connaissance au moment du contrat ; il suffit de prouver que son consentement était vicié compte tenu de l'état de sa maladie.

Dès lors que l'acheteur a ramené un notaire à la clinique où le vendeur était hospitalisé pour y dresser le contrat de vente cela établit qu'au moment de la vente le consentement du vendeur était vicié ».

(C. cass., civ., arrêt du 22/03/2000, dossier n° 1254/98, Rev. « AL Makal » (La requête) (المقال) n° 1, p. 199).

Dans le même sens : Fès, ch. civ., arrêt n° 71/10 du 10/02/2010 ; dossier n° 356/08, Rev. « Al Miyar », (المعيار) n° 44, p. 331.

48- « Tout contrat de vente conclu par un vendeur sous l'effet d'une maladie qui altère sa volonté est annulable s'il est établi que l'acheteur a exploité l'état de maladie du vendeur pour le pousser à consentir à une vente qu'il n'aurait pas conclue si sa volonté était intacte ». (C. cass., civ., arrêt n° 1902 du 07/06/2006, dossier n° 2598/05, J.C.S. n° 69, p. 15).

49- « Une donation faite par le de cujus lorsqu'il était atteint d'un cancer à un stade très avancé est annulable car la volonté du donateur était altérée ». (C. cass. civ., arrêt n° 180 du 05/03/2013, dossier n° 530/2/1/2011, Rev. « Dossiers fonciers » n° 3, p. 19).

50- « Les motifs de rescision fondés sur l'état de maladie, et autres cas analogues, prévus par l'art. 54 du D.O.C., ne peuvent être soulevés que par le contractant. Ils ne sont pas transmissibles à ses héritiers à la suite de son décès ».

(C. cass., civ., arrêt n° 310 du 17/01/2012, dossier n° 1423/10, Rev. « Dossiers fonciers », n° 2, p. 49).

V- La lésion

51- « Il n'y a pas lieu d'appliquer l'art. 56 du D.O.C. à l'espèce dont les faits établissent que les parties au contrat étaient majeures au moment de sa conclusion par devant notaire.

Il n'y a, par ailleurs, lieu à rescision, en vertu de l'art. 55 que si la lésion est accompagnée de dol.

C'est à bon droit que la cour a considéré que la lésion alléguée par les héritiers du vendeur n'était pas accompagnée de dol ». (C. cass. 2 ch. arrêt n° 278 du 05/02/1986, dossier civ. n° 623/84, Rec. Arrêts de la Cour de cassation statuant en 2 ch. ou en toutes ch. réunies, T. 1, p. 72).

52- « Une vente autorisée par le juge des mineurs, portant sur les droits de ces derniers, effectuée sur la base d'une expertise dénote l'absence de lésion au détriment des mineurs ». (T.P.I., civ. Marrakech, jugement n° 7225/94, dossier n° 1685/93, Rev. « Al Mohami » (L'avocat), n° 29, p. 295).

VI/ Les contrats portant l'obligation de personnes illettrées

Art. 427 du D.O.C. « Les écritures portant l'obligation de personnes illettrées ne valent que si elles ont été reçues par notaires ou par officiers publics à ce autorisées ».

Après avoir été partagées sur la définition de « l'illettré » et en vue de protéger effectivement le consentement, de certaines personnes qui ont besoin d'une protection appropriée la jurisprudence récente a élargi l'application du terme « illettré », non seulement aux personnes qui ne savent pas lire et écrire, mais également à celles qui ne peuvent pas exprimer leur volonté sans être assistées par un notaire ou un officier public dûment autorisé.

53- « L'illettré n'est pas celui qui ne sait pas signer, mais c'est la personne qui ignore la langue dans laquelle est rédigé le contrat.

Une personne qui a signé un contrat peut rapporter la preuve qu'elle est illettrée.

La preuve peut être administrée par tous les moyens ».

(C. cass. 2 ch., arrêt n° 777 du 15/12/1976, J.C.S., n° 26, p. 39).

54- « L'illettrisme invoqué par une personne au motif qu'elle ignorait la langue étrangère dans laquelle était rédigée le contrat qu'elle avait signé ne peut être retenue que si la personne concernée rapporte la preuve de son allégation précitée.

La cour n'était pas tenue d'ordonner une enquête pour vérifier ladite allégation ; qu'elle n'a pas violé l'art. 427 du D.O.C. ».
(C. cass. civ., arrêt n° 2008 du 10/10/1990, dossier n° 2998/86, Rev. Al-Ichaa مجلة الإشعاع n° 4, p. 147).

55- Combien même un salarié a fait légaliser, auprès services administratifs compétents sa signature apposée en bas de sa lettre de démission, ledit élément ne prouve pas, à lui seul, que le salarié savait lire la lettre de démission précitée, dès lors que la preuve contraire n'a pas été rapportée ».

(C. cass. soc., arrêt n° 253 du 04/05/1992, dossier n° 9292/90, G.T.M., n° 66, p. 175).

56- « Manque de base légale et encourt la cassation, la décision de la cour qui a considéré que l'illettré est celui qui ne peut signer qu'en apposant son empreinte digitale ; que celui qui peut signer n'est pas illettré ; alors que l'illettré est celui qui ne savait pas lire ni écrire la langue dans laquelle était rédigé le contrat.

Qu'en l'espèce, il ne résulte pas des pièces du dossier qu'il a été établi que le demandeur au pourvoi savait lire et écrire la langue dans laquelle était rédigé le contrat.

Son incapacité à ce faire étant présumée, la charge de ladite preuve n'incombe pas au demandeur au pourvoi ».
(C. cass. civ., arrêt du 07/07/1993, Rev. « Al Ichaa » n° 10, p. 153).

Depuis un revirement de 2013, la Cour de cassation considère que « la charge de la preuve de l'illettrisme -qui est un point de fait- incombe à la personne qui l'invoque pour prétendre à la protection prévue par l'art. 427 du D.O.C..
(C. cass. civ., arrêt n° 1416 du 31/10/2013, dossier n° 1121/3/1/12, Bull annuel, 2013, p. 60).

57- « Seule la partie au contrat peut invoquer son état d'illettré et agir en annulation sur la base de l'art. 427 du D.O.C. Cette disposition est édictée pour protéger le consentement de l'illettré.

Son droit à ce faire, est personnel, il n'est pas rattaché à sa succession et ne peut être transmis à ses héritiers ».
(C. cass. civ., arrêt n° 2698 du 26/05/1999, dossier

n° 2848/94, J.C.S. n° 53-54, p. 469).

Dans le même sens : (C. cass. civ., arrêt n° 618 du 14/02/2002, dossier n° 1000/1/01, J.C.S. n° 59.60, p. 57).
(Cass. civ. arrêt n° 898 du 05/03/2008, dossier n° 1848/05, J.C.S. n° 70, p. 45).

« Seul un donateur, et non ses héritiers, peut invoquer son état d'illettré, ce droit, étant personnel, il est prévu pour la propre protection de la personne concernée ».
(C. cass. civ., arrêt n° 581 du 14/11/2007, dossier n° 286/07, G.T.M. n° 133-134, p. 436).

Actuellement, l'intérêt de cet arrêt est purement historique. Depuis l'entrée en vigueur du nouveau code des droits réels, promulgué par le Dahir du 22/11/2011, l'art. 274, al. 2 exige sous peine de nullité que la donation soit effectuée par acte authentique.

Dans un sens contraire : « Les héritiers ont la possibilité d'invoquer que leur auteur était illettré à condition qu'ils en rapportent la preuve ».
(C. cass. civ., arrêt n° 372 du 10/05/2000, dossier n° 276/98, Bull annuel, 2000, p. 136-137).

- Extension de la protection prévue par l'art. 427 du D.O.C. à l'aveugle

58- « Le but de la protection prévue par l'art. 427 du D.O.C. est de protéger l'illettré car il n'est pas en mesure de connaître le contenu du contrat.

L'aveugle est assimilé à un illettré dès lors qu'il est dans l'impossibilité de lire les clauses d'un contrat sous-seing-privé et les obligations qui y sont prévues ».

(C. cass. civ., arrêt n° 1908 du 07/06/2006, dossier n° 1806/04, J.C.S. n° 66, p. 43).

- La qualité d'illettré ne peut être soulevée pour la première fois devant la Cour de cassation

59- « La qualité d'illettré est un moyen mélangé de fait et de droit, il ne peut être soulevé pour la première fois devant la Cour de cassation ».

(C. cass. civ., arrêt n° 2468 du 10/09/2003, dossier n° 928/02, J.C.S. n° 62, p. 19).

La Cour de cassation a confirmé en 2013 que la qualité d'illettré est un pur point de fait.

(C. cass. civ., arrêt n° 1416, du 31/10/2013, dossier n° 1121/3/1/12, Bull annuel, 2013, p. 60, op. cit.).

- L'art. 427 du D.O.C. étant édicté pour la protection du consentement d'un illettré ou une personne assimilée, la sanction de son inobservation est la nullité relative.

Section III : L'objet (art. 57 et s. du D.O.C.)

60- « Les choses, les faits et les droits incorporels qui sont dans le commerce peuvent seuls former objet d'obligation ; sont dans le commerce toutes les choses au sujet desquelles la loi ne défend pas expressément de contracter.

L'objet de l'action diligentée étant une demande d'annulation d'un contrat de vente d'une voiture, au motif que son châssis était falsifié, comme cela résulte d'un procès-verbal de la police judiciaire, ladite voiture est une chose qui ne peut plus ni être dans le commerce, ni former objet d'obligation.

En qualifiant l'action, comme étant une action en annulation fondée sur la garantie des vices cachés de la chose vendue, régie par l'art. 553 du D.O.C., la cour a statué sans respecter les limites de la demande présentée et n'a pas légalement justifié sa décision ».

(C. cass. civ., arrêt n° 1180 du 20/04/2005, dossier

n° 4008/03, Bull annuel, 2005, p. 154).

Par cet arrêt, la cour de cassation a tenu de rappeler aux juges du fond de respecter à la fois les règles suivantes :

- Ne pas modifier d'office, sans motif légitime, l'objet et la cause des demandes des parties et statuer dans les limites lesdites demandes.

- Privilégier la sanction de la nullité absolue d'un contrat dont l'objet est illicite. Ceci est d'ordre public, au lieu d'appliquer les mécanismes de l'action en garantie des vices cachés qui protègent moins l'acheteur.

61- « La convention par laquelle le défendeur au pourvoi a cédé au demandeur au pourvoi le pas de porte du logement litigieux est un contrat interdit et sanctionné par la loi.

Il s'en suit que ladite convention est illicite ».

(C. cass. arrêt n° 539 du 15/02/2006, dossier n° 2475/04, Rev. Rissalat AL Mohamat رسالة المحاماة n° 29, p. 172.

62- « La vente d'une voie publique est un contrat dont l'objet est impossible de par sa nature.

La rescision de cette vente a pour effet d'obliger les parties à se restituer réciproquement

tout ce qu'elles ont indûment reçu l'une de l'autre en vertu ou en conséquence de l'acte annulé.

Le vendeur qui savait, ou devait savoir, au moment du contrat que la prestation était impossible, est tenu à payer des dommages-intérêts à l'acheteur.

(Nador, ch. civ., arrêt du 14/04/1987, Rev. Rissalat Al Mohamat « Lettre de la profession d'avocat » (رسالة المحاماة), n° 8, p. 269).

En réalité, dans le cas précité, le contrat contesté encourt la nullité absolue au lieu de la rescision, puisque son objet est illicite.

Dans les dispositions du D.O.C., le terme « rescision » est parfois utilisé, d'une manière impropre à la place de « la nullité »

Section IV : La cause (art. 62 et s. du D.O.C.)

Ces dernières années, la jurisprudence n'a pas eu beaucoup d'occasions de se prononcer sur des cas d'annulation de contrats pour cause illicite. La Cour de cassation a réitéré sa position classique, celle d'annuler, pour cause illicite, les libéralités contraires aux bonnes mœurs.

63- « La cause illicite annule l'obligation même si ladite cause n'était pas le seul

motif qui a conduit à la formation de l'acte juridique.

Le testament fait par une personne au profit de sa concubine est nul, car il est contraire aux bonnes mœurs et à l'ordre public marocain ». (C. cass. civ., arrêt n° 212 du 14/09/1977, Rev. Al Mouhamat « La profession d'avocat » المحاماة, n° 13, p. 111).

Aux termes de l'art. 63 du D.O.C., « toute obligation est présumée avoir une cause certaine et licite quoiqu'elle ne soit pas exprimée » jusqu'à preuve du contraire.

64- Il a été jugée par la cour de cassation que « le défendeur dans une action en paiement d'une lettre de change, engagée par le porteur ayant tiré cette dernière en couverture du prix des marchandises qu'il lui avait vendues, peut invoquer à l'encontre du demandeur tous les moyens tirés de l'acte de vente conclu entre eux et qui constitue la cause de l'émission de la lettre de change et de son acceptation.

Est insuffisamment motivée et encourt la cassation, la décision de la juridiction, ayant omis de répondre aux preuves qui lui ont été soumises et se rapportant à la restitution d'une partie des marchandises vendues, ladite partie de

marchandises constituant la provision de la lettre de change dont le paiement est réclamé ».

(C. cass. civ., arrêt du 06/05/1981, G.T.M., 1984, n° 29, p. 15).

II- L'enrichissement sans cause – la répétition de l'indu

65- « Le bailleur d'un local dans lequel aucune activité commerciale n'a été exploitée ne peut percevoir du preneur des redevances en contre partie du pas de porte dudit local.

Ainsi, le bailleur est tenu de restituer la redevance perçue, au preneur du local, en application des articles 75 du D.O.C. et 1, 2, 3 et 4 du Dahir du 24 mai 1955 [relatif aux locaux d'immeubles ou locaux loués à usage commercial, industriel ou artisanal].

(C. cass. com, arrêt n° 723, du 12/05/1999, dossier n° 4147/90, cité par « BAFKIR Mohamed, in « études judiciaires دراسات قضائية », T6, p. 135)

Dans cet arrêt, la Cour de cassation a justifié sa position a faisant référence à l'article 75 du D.O.C. qui concerne la répétition de l'indu et oblige celui qui s'est indûment enrichi au préjudice

d'autrui de lui restituer ce qu'il a reçu.

La Haute juridiction a également fait application de la sanction de nullité d'absolue prévue par l'art. 62 du D.O.C. qui considère que l'obligation fondée sur une cause illicite car elle est contraire à la loi et non avenue.

La nullité étant absolue, car elle est de plein de droit, oblige, aux termes de l'art. 306 du D.O.C., chaque partie à restituer à l'autre ce qu'il a indûment reçu en exécution de cette obligation.

66- « La vente judiciaire aux enchères d'un immeuble est effectuée à la suite de la détermination de sa valeur par une expertise.

Le procès-verbal de l'adjudication est le titre de propriété dudit immeuble pour l'adjudicataire.

Ainsi, le poursuivi (l'ancien propriétaire) ne peut demander la restitution de l'immeuble vendu au motif qu'il a été adjugé à un prix inférieur à sa valeur et que l'acquéreur s'était enrichi sans cause ».

(C. Cass. civ., arrêt n° 836 du 22/02/2011, dossier n° 1881/09, J.C.S. n° 73, p. 60).

C'est à juste titre que cet arrêt n'a pas permis à un débiteur saisi d'invoquer un

enrichissement sans cause de l'adjudicataire pour demander, sur ce fondement, l'annulation de la vente judiciaire.

Cette position est justifiée par la nécessité d'assurer une stabilité aux ventes issues des saisies-exécution en protégeant l'adjudicataire de toute contestation sur la valeur réelle du bien vendu par voie judiciaire.

En la matière, la vente a un effet de purge, qui permet le transfert de propriété au profit de la personne déclarée adjudicataire sans qu'elle ne puisse être inquiétée sur la validité des droits réels qu'elle a acquis par voie judiciaire, sauf si le poursuivi établit que les règles de procédure relatives à la saisie ou à la vente n'ont pas été respectées.

Cette jurisprudence a été suivie par la Cour d'appel de Rabat :

67- « L'enrichissement sans cause d'un adjudicataire ne peut être invoqué par le poursuivi à la suite de la vente judiciaire d'un immeuble.

Le procès-verbal de l'adjudication est le titre de propriété dudit immeuble.

La demande révision du prix de la vente est irrecevable ».

(Rabat, ch. civ., arrêt n° 18 du 14/01/2009, dossier n° 380/08, Rec. Jurisprudence de la cour d'appel de Rabat, n° 02, p. 41).

IIème Partie : La mise en œuvre du contrat

Chapitre I : La sphère du contrat

Section I : La force obligatoire du contrat

68- « Les obligations contractuelles valablement formées tiennent lieu de loi à ceux qui les ont faites, et ne peuvent être révoquées que de leur consentement mutuel ou dans les cas prévus par la loi (art. 230 du D.O.C.).

Manque de base légale l'arrêt qui a révisé une clause contractuelle, en se basant sur le pouvoir d'appréciation des juges du fond, sans un accord préalable des parties ».

(C. cass. admve., arrêt n° 304 du 16/04/1998, dossier n° 324/96, Rev. Al-Ichaa (le rayonnement), n° 29, p. 174).

69- « Le congé notifié, par le locataire, au bailleur alors que la période convenue par les parties était en cours d'exécution constitue une violation des clauses du bail et de l'art. 230 du D.O.C. »

(C. cass. civ., arrêt n° 5868 du 28/12/1999, dossier n° 219/98, Bull. annuel, 1999, p. 75).

70- « L'arrêt qui a condamné une partie au paiement d'un montant supérieur à celui convenu dans l'acte de caution, constitue une violation des articles 230 et 1118 du D.O.C. et encourt partiellement la cassation dans les limites du montant qui dépasse le seuil convenu de la caution ».

(C. cass., com., arrêt n° 430 du 21/02/2001, dossier n° 9716, G.T.M., n° 98, p. 124).

71- « Les juges du fond sont tenus d'appliquer le contrat aux parties conformément à leur volonté au moment de sa formation.

Aux termes de l'article 230 du D.O.C., les obligations contractuelles valablement formées tiennent lieu de loi à ceux qui les ont faites.

Les juges sont tenus de respecter la sphère et les clauses du contrat ».

(C. cass. civ., arrêt n° 3516 du 23/08/2011, dossier n° 3361/1/3/10, G.T.M. n° 142, p. 104).

Section II : Les personnes concernées par le contrat

§1 L'effet relatif du contrat

L'article 228 du D.O.C. dispose que « les obligations n'engagent que ceux qui ont été parties à l'acte elles ne nuisent point aux tiers et elles ne leurs profitent que dans les cas exprimés par la loi ».

En l'absence d'une disposition au D.O.C. réglementant l'action paulienne, la cour de cassation a remédié au silence du législateur marocain sur ce point en faisant une application combinée de l'article 228, précité et 1241 du D.O.C. Ce dernier dispose que « les biens du débiteur sont le gage commun de ses créanciers et le prix s'en distribue entre eux par contribution, à moins qu'il n'y ait entre les créanciers des causes légitimes de préférence ».

Dans son arrêt de principe, n° 529 du 19/10/1987, la Cour de cassation a considéré, à juste titre, que les articles 228 et 1241 précités permettent au « tiers qui subit un préjudice par des conventions que son débiteur contracte pour disposer de ses droits est fondé à attaquer ces conventions par voie judiciaire en invoquant la simulation... ».

(C. cass. civ., arrêt n° 529 du 19/10/1987, dossier n° 5482/85, R.M.D., 1988, n° 16, p. 62, arrêt précité, cf. supra n° 19 bis).

Depuis, la jurisprudence admet d'une manière constante l'action paulienne tant à l'encontre du débiteur principal qu'à l'encontre d'une caution, pour demander l'annulation d'un acte disposition conclu par l'un ou l'autre à titre onéreux ou gracieux.

Dans le même sens : C.A com. Casablanca, arrêt du 15/05/2001, dossier n° 1157/01, G.T.M. n° 89, p. 196.

72- « Si les obligations n'engagent que ceux qui ont été parties à l'acte, cela n'empêche pas un tiers de demander, par voie judiciaire et conformément à la loi, l'annulation d'une convention au motif qu'elle porte préjudice à ses droits.

« Un tiers peut demander l'annulation d'un contrat de vente d'un immeuble au motif que ledit contrat porte atteinte à des droits réels qu'il revendique sur le même immeuble.

L'exercice d'une action judiciaire aux fins de nullité d'un contrat est une faculté qui n'est pas limitée uniquement aux parties du contrat, sauf dans des cas prévus par la loi ».

(C. cass. civ., arrêt n° 1966 du 17/04/2012, dossier n° 202/1/2/11, R.J.L. n° 162, p. 124).

Cet arrêt élargit le domaine de l'action paulienne. Il considère qu' elle peut être diligentée pour revendiquer également un droit réel si un tiers y porte atteinte.

- Effets des actes accomplis par un mandataire au nom du mandant

73- « Selon l'article 925 du D.O.C., les actes accomplis par le mandataire au nom du mandant, dans la limite de ses pouvoirs, produisent leurs effets, en faveur du mandant et contre lui comme s'ils avaient été accomplis par le mandant lui-même.

En application de ce texte, le parieur qui achète un ticket au préposé d'un cafetier contracte directement avec le Pari Mutuel Urbain Marocain (P.M.U.M.).

La clause du contrat liant le P.M.U.M. au cafetier par laquelle ce dernier déclare contracter avec les tiers sous sa propre responsabilité est inopposable au parieur qui n'est pas partie à ce contrat.

Le P.M.U.M. est responsable du préjudice subi par le parieur résultant de la

falsification de la souche d'un ticket gagnant faite par le préposé du cafetier pour s'approprier le montant de la mise.

Le cafetier est lui-même responsable de la faute délictuelle commise par le préposé dans l'exercice de sa fonction ».

(Casablanca, ch. com., arrêt n° 718 du 18/03/1980, R.M.D., 1985, n° 3, p. 196, chronique F.P. BLANC, : « Responsabilité du fait d'autrui-mandataires et préposés », même revue, p. 177 et s.).

§2 La transmission des obligations aux ayants-droit (article 229 du D.O.C.)

74- « Aux termes de l'article 229 du D.O.C., les héritiers sont tenus des obligations du de cujus à concurrence des forces héréditaires, et proportionnellement à l'émolument de chacun d'eux.

Ils ne peuvent échapper à cette règle qu'en refusant explicitement d'accepter la succession conformément à l'alinéa dernier de l'article 229 précité.

En obligeant un créancier de rapporter la preuve de l'existence d'actifs successoraux, alors que le patrimoine du de cujus

se transmet par le décès à ses héritiers, qui ne peuvent échapper à une condamnation en paiement ou à des mesures d'exécution à leur encontre qu'en prouvant soit l'inexistence d'actifs successoraux ou leurs refus d'accepter la succession, la cour n'a pas donné de base légale à sa décision ; que celle-ci encourt donc la cassation ».

(C. cass. civ., arrêt n° 1348 du 29/10/2008, dossier n° 1331/3/1/07, Rev. de jurisprudence civile n°11, p. 153).

75- « Un contrat de bail est transmis du bailleur à ses héritiers en application des articles 229 et 698 du D.O.C. Il s'ensuit que les héritiers ont qualité de notifier un congé au locataire en demeure.

Manque de base légale, l'arrêt qui n'a pas appliqué les dispositions précitées, alors que les héritiers ont établi leur qualité d'héritiers et ont également rapporté la preuve que le preneur a payé entre leurs mains une partie du loyer postérieurement au décès du bailleur ».

(C. cass. civ., arrêt n° 1395 du 30/09/2009, dossier n° 922/08, G.T.M., n° 128 et 129, p. 321).

76- « N'est pas suffisamment motivé et encourt la cassation, l'arrêt qui a prononcé la

résolution d'un contrat conclu par l'auteur des demandeurs au pourvoi et les a condamné solidairement à restituer le prix, sans vérifier au préalable l'existence d'un actif successoral et sans tenir compte que les héritiers ne sont tenus des dettes que jusqu'à concurrence de leurs parts héréditaires ».

(C. cass. civ., arrêt n° 190 du 30/04/2013, dossier n° 4273/1/7/10, R.J.L., n° 164, p. 267).

Section III : Le contenu d'un contrat

§1 La condition (art. 107 et s. du D.O.C.)

*** Condition suspensive**

77- « Dès lors que le contrat de vente prévoit que la vente ne sera définitive que si le projet de lotissement est approuvé par l'administration compétente, il s'en suit que le contrat est assorti d'une condition suspensive qui est l'approbation du projet de lotissement. Cette condition est bien suspensive au sens de l'article 107 du D.O.C.

« Une condition suspensive non assortie d'un délai peut se réaliser à tout moment.

On ne peut la considérer non remplie

qui si on a la certitude que l'approbation du projet de lotissement n'interviendra pas.

La Cour est tenue de vérifier que l'administration ne donnera pas son accord au projet de lotissement et se prononcer sur le litige sur cette base.

Dès lors qu'elle a considéré que le contrat n'était pas assorti d'une condition suspensive, la cour, en statuant ainsi ; a dénaturé le contenu du contrat et a violé l'article 107 du D.O.C., que sa décision encourt la cassation ».

(C. cass. civ., arrêt n° 889 du 18/04/1990, dossier n° 2970/86, Rev. J.C.S., n° 46, p. 15).

*** Condition assortie d'un délai**

78- « Aux termes des articles 107 et 113 du D.O.C., la condition a pour objet un événement futur et incertain.

Si l'événement est certain, la condition est considérée comme un terme.

Dès lors que la promesse de vente, conclue par les parties, dans laquelle le demandeur au pourvoi s'engage à obtenir un prêt bancaire pour payer le reliquat du prix, stipule que le contrat définitif de vente sera conclu dès l'octroi dudit prêt bancaire, cette clause constitue une

condition suspensive assortie d'un terme consentie par les parties dans leur intérêt commun ».

(C. cass. civ., arrêt n° 276 du 20/01/2010, dossier n° 2072/08, R.J.L., n° 159, p. 204).

*** Cas de nullité d'une condition**

▪ Restriction du droit d'un salarié à se marier : Nullité partielle

79- « Conformément à l'article 109 du D.O.C. est nulle et rend nulle l'obligation qui en dépend toute condition ayant pour effet de restreindre ou d'interdire l'exercice des droits et facultés attachés à la personne humaine, telle que la faculté de se marier.

Toutefois, s'il découle de la nullité de cette obligation une restriction des droits du salarié, seule la condition est annulée et non l'obligation sur laquelle elle porte.

Est donc conforme à la loi l'arrêt qui décide que la condition stipulant l'interdiction du mariage est nulle, que le contrat reste valable et que sera ipso jure abusive la rupture dudit contrat par l'employeur ».

(C. cass. civ., arrêt n° 1300 du 21/07/1983, dossier n° 93241, R.J.L., 1984, n° 132, p.136, cité par F.P. BLANC, « D.O.C. annoté », op. cit., p.190, n° 1).

* **Condition de non concurrence** : Elle doit être limitée dans le temps et dans l'espace

80- « La clause qui oblige un locataire de ne pas exercer directement ou indirectement une activité commerciale similaire à celle du bailleur, sous peine de responsabilité doit être limitée dans le temps et dans l'espace et préciser la nature de l'activité, et ce sous peine de nullité de la condition, ce qui annule également l'obligation convenue, conformément à l'article 109 du D.O.C.

Une telle condition non limitée dans l'espace et à durée indéterminée porte atteinte à la liberté du locataire. Ladite condition ne peut être exécutée ».
(C.A., com. Fès, arrêt n° 536 du 23/04/2008, dossier n° 759/07, Rev. Al-Miyar (المعيار), n° 40, p. 281).

* **Condition potestative**

81- « L'obligation est nulle lorsque l'existence même du lien dépend de la nue volonté de l'obligé (condition potestative). Néanmoins, chacune des parties ou l'une d'elle peut se réserver la faculté de déclarer, dans un délai déterminé, si elle entend maintenir le contrat ou le résilier. Mais la condition qui dépend, pour son

accomplissement, du concours d'un tiers ou d'un fait d'un créancier est censé défaillir lorsque le tiers refuse son concours ou que le créancier n'accomplit pas le fait prévu, même lorsque l'empêchement est indépendant de sa volonté ».
(C. cass. admve, arrêt du 31/12/1996, R.J.P.E.M., 1979, p. 247).

82- « Est nulle l'obligation dont la naissance ou l'exécution dépend de la nue volonté du débiteur.

L'article 112 du D.O.C. frappe de nullité l'obligation dont l'existence dépend de la nue volonté de l'obligé.

L'art. 129 du même code prévoit la même sanction lorsque l'exécution de la condition est remise à la volonté du débiteur.

Dans les deux cas, la sanction, qui est la nullité, est la même ».
(C. cass. civ., arrêt n° 1918 du 22/07/1992, dossier n° 4664/86, Rec. J.C.S., n° 46, p. 53).

En réalité, l'art. 129 du D.O.C., fait partie des règles qui régissent le terme et non la condition.

Les deux sont des conditions de fond et jouent un rôle similaire au niveau de la naissance de l'obligation et de son exécution ce qui explique qu'ils sont parfois utilisés l'un à la

place de l'autre dans certaines décisions judiciaires.

§2 Le terme (art. 129 et s du D.O.C.)

83- « Si le terme convenu au contrat pour le paiement d'une dette est échu, le créancier n'est pas tenu de mettre le débiteur en demeure ».
(C. cass. com., arrêt n° 903 du 14/05/2005, dossier n° 696/05 ; Rec. des arrêts de la chambre commerciale de la Cour de cassation, Bennis M. Menkar, p. 309).

84- « Si les parties n'ont pas convenu d'un terme déterminé, le créancier est en droit de demander l'exécution de l'obligation à tout moment ».
(C. cass. com., arrêt n° 1002 du 05/10/2005, dossier n° 587/05, Rec. précité, p. 315)

Dans le même sens :

85- « Si aucun terme n'a été prévu pour le paiement, le créancier peut, conformément à l'article 127 du D.O.C., demander l'exécution immédiate de l'obligation ».
(C. cass. civ., arrêt n° 2256, arrêt du 10/05/2011, dossier n° 2239/10, Rec. de la jurisprudence de la Cour d'appel de Rabat, n° 2, p. 69).

*** Le terme peut-il être prorogé par le juge (article 128 du D.O.C.)**

86- « En prorogeant le terme fixé par les parties au 26/07/1980 pour le paiement du reliquat du prix et la signature du contrat définitif de la vente, et en validant -sans aucun texte juridique lui permettant de le faire- le paiement tardif du reliquat du prix qui n'a été effectué que le 08/07/1984, la cour a violé l'article 128 du D.O.C., al. 2 aux termes duquel « lorsque le délai est déterminé par convention ou par la loi, le juge ne peut le proroger, si la loi ne l'y autorise ». (C. cass. civ., arrêt n° 1931 du 27/08/1986, dossier n° 1971/85, Rev. Rabitat Al-Koudhat رابطة القضاة (L'alliance des magistrats), n° 20 et 21, p. 55).

La Cour de cassation a eu des occasions rares pour rappeler aux juges du fond qu'ils n'ont pas le pouvoir d'accorder un délai de grâce ni de proroger un terme convenu car l'article 128 du D.O.C. lui interdit de ce faire en respect de la volonté des parties et de la stabilité des contrats.

L'art. 128 du D.O.C. n'est plus en harmonie avec l'art. 243 du même code depuis que le dahir du 18 mars 1917 a ajouté un alinéa 2 à l'art. 243 précité qui attribue au juge le pouvoir d'accorder « avec une grande réserve » des délais

de grâce.

Ainsi, l'art. 243 du D.O.C. dispose que « s'il n'y a qu'un seul débiteur, le créancier ne peut être tenu de recevoir l'exécution de l'obligation par prestations partielles, même lorsqu'elle est divisible, s'il n'en est autrement convenu, et sauf s'il s'agit de lettres de change.

(Alinéa 2 ajouté par le dahir du 18 mars 1917) :

Les juges peuvent néanmoins, en considération de la position du débiteur, et en usant de ce pouvoir avec une grande réserve, accorder des délais modérés pour le paiement, et surseoir à l'exécution des poursuites, toutes choses demeurant en état ».

La jurisprudence a tenu compte, à juste titre, du caractère exceptionnel du délai de grâce prévu par l'art. 243 al. 2 précité, et qui ne peut être demandé qu'en matière civile.

Il a été effectivement jugé :

87- « Si les juges peuvent, conformément aux dispositions de l'art. 243 du D.O.C., accorder des délais au débiteur en matière civile, compte tenu de sa situation il n'en est pas de même pour l'employeur, qui ne bénéficie pas de ce droit puisqu'il représente la partie économiquement forte bien que débitrice, vis-à-vis

de l'employé, qui est la partie économiquement faible bien que créancière ».

(Casablanca, Ordonnance du 1^{er} Président, 30/06/1983, G.T.M., 1983, n° 25, p. 31).

Section IV : L'interprétation du contrat
A/ Interdiction d'interpréter les termes clairs d'un acte

88- « Lorsque les termes d'un acte sont formels, il n'y a pas lieu de rechercher qu'elle a été la volonté de son auteur. Il n'y a donc pas lieu d'interpréter l'acte par lequel une société s'est engagée à libérer à une date déterminée les locaux qu'elle prenait en location et le juge n'a pas à rechercher l'intention de celui qui a souscrit cet engagement ».

La Cour

Vu les articles 230, 231 et 461 du D.O.C. selon lesquels les obligations contractuelles valablement formées tiennent lieu de loi à ceux qui les ont faites (art. 230) ; lorsque les termes de l'acte sont formels il n'y a pas lieu de rechercher quelle a été la volonté de leur auteur (art. 461).

...

Attendu que les termes de cette lettre [par laquelle l'entreprise s'est engagée à libérer les locaux qu'elle prenait en location] sont clairs et démontrent sans équivoque l'engagement pris par la défenderesse au pourvoi de libérer lesdits locaux à fin décembre 1981.

Que le contenu de cette lettre ne nécessite aucune interprétation et interdit au juge du fond de rechercher le but de son auteur... ».
(C. cass. civ., arrêt n° 1165 du 15 mai 1985, R.M.D., 1987, n° 11, p. 60).

Dans le même sens, dans le cadre d'une espèce dont les faits sont similaires : C. cass. civ., arrêt n° 1023 du 29/03/2006, dossier n° 3051/03, Rev. de jurisprudence civile مجلة القضاء المدني, n° 1, p. 218.

B/ Rôle du juge en cas d'ambiguïté des clauses d'un contrat

▪ En cas d'ambiguïté des termes du contrat, obligation pour les juges du fond de privilégier la possibilité d'envisager de sauver le contrat, en l'interprétant, en raison de sa fonction économique et sociale.

89- « L'incertitude qui résulte du rapprochement des clauses du contrat ne prive pas

ce dernier de tout effet.

Mieux vaut appliquer un contrat que de le priver de tout effet par défaut d'interprétation.

L'application du contrat nécessite, en effet, son interprétation par la cour ; elle est tenue de rechercher la volonté des parties sans s'arrêter au sens littéral des termes ou à la construction des phrases.

Viole la loi et encourt la cessation l'arrêt qui prive le contrat de tout effet, alors qu'il était possible de concilier les clauses entre elles par le biais de l'interprétation ».
(C. cass. civ., arrêt n° 752 du 01/12/1982, R.A.C.S., civ., T. II, p. 16, cité également par F.P BLANC, in « D.O.C. annoté », op. cit. p. 377, n° 26).

▪ Par ailleurs, l'article 466 du D.O.C. dispose que « les termes employés doivent être entendus selon leur sens propre et leur acception usuelle dans le lieu où l'acte a été fait, à moins qu'il ne soit justifié qu'on a voulu les employer dans une acception particulière. Lorsqu'un mot a une acception technique usuelle, c'est dans cette signification qu'on est censé l'avoir employé ».

Appliquant de ce texte, la Cour de

cassation a considéré :

90- « qu'une lettre de garantie, [émise par une banque] fait partie des garanties bancaires autonomes. Elle permet au bénéficiaire d'avoir des liquidités à première demande. Elle ne permet pas à son cocontractant de s'opposer, entre les mains de la banque, au paiement pour quelque motif que ce soit.

La lettre de garantie donne lieu, au profit du bénéficiaire, à un droit direct lui permettant de réclamer le paiement. Ce droit est indépendant de toute autre relation contractuelle.

Ainsi, les effets, entre les parties, de la lettre de garantie sont différents de ceux de la caution bancaire.

En prononçant la condamnation de la banque au paiement, conformément à l'article 230 du D.O.C., la cour a fait une application exacte de l'article 466 du même code, et a donné au contrat sa signification réelle compte tenu du sens usuel de ses termes convenus par les parties ».
(C. cass. com., arrêt n° 231 du 31/01/2001, dossier n° 369/99, Rev. J.C.S., n° 59-60, p. 238).

C/ Cas d'interprétation stricte :**a/ En matière de transaction**

91- « Selon l'art. 1108 du D.O.C., l'interprétation de la transaction doit être faite strictement et n'a d'effet que sur les droits auxquels elle se rapporte.

Un abattement consenti dans le cadre d'une transaction sur le prix d'une marchandise ne doit pas s'étendre aux droits de douane supportés par cette marchandise, sauf convention expresse ». (Casablanca, ch. com., arrêt n° 1888 du 03/06/1986, R.M.D., 1987, n° 13, p. 183).

b/ Obligation de rechercher qu'elle a été la volonté des parties (art. 462, al. 2 du D.O.C.)

92- « Lorsque l'interprétation d'un contrat est nécessaire, la cour doit rechercher qu'elle a été la volonté des parties sans s'arrêter au sens littéral des termes ou à la construction des phrases.

La Cour doit déterminer les effets qui résultent d'un contrat à partir de la volonté commune des parties et interpréter les clauses ambiguës du contrat ». (C. cass. 2 ch., arrêt n° 673, arrêt du 08/06/2005,

dossier com. n° 443/04, R.A.C.S. rendus par 2 ch. ou en toutes ch. réunies, Idriss BELMAHJOUR, T. 4, p. 155).

Chapitre II : La responsabilité contractuelle**1. L'obligation d'exécution de bonne foi**

Article 231 du D.O.C. « Tout engagement doit être exécuté de bonne foi, et oblige, non seulement à ce qui y est exprimé, mais encore à toutes les suites que la loi, l'usage ou l'équité donnent à l'obligation d'après sa nature ».

93- Au visa de ce texte, la Cour de cassation a considéré que « le notaire, qui a rédigé un acte de cession de droit au bail en informant le bailleur par un simple avis sans prouver sa réception par ce dernier, et sans veiller à notifier au bailleur ladite cession par un acte authentique selon les formalités requises, rend l'acte imparfait et non exécutoire.

L'omission par le notaire de veiller à l'accomplissement des formalités précitées établit sa faute qui cause un dommage. Il en répond en application des dispositions de l'article 39 du Dahir du 4 mai 1925^{vi} et des articles 78 et 231 du D.O.C. ».

(C. cass. civ., arrêt n° 2144 du 20/07/2005, dossier n° 423/04, Rev. la plaidoirie المرافعة, n° 17, p. 106).

2. Contrats synallagmatiques – Nécessite pour un cocontractant d'exécuter au préalable sa propre obligation (art. 234 et 235 du D.O.C.)

94- « Nul ne peut exercer l'action naissant d'une obligation s'il ne justifie qu'il a accompli ou offert d'accomplir tout ce qu'il devait, de son côté d'après la convention (art. 234 du D.O.C.).

Dans les contrats synallagmatiques l'une des parties peut refuser d'accomplir son obligation jusqu'à l'accomplissement de l'obligation corrélative de l'autre partie (art. 235 du D.O.C.).

En conséquence, viole la loi et encourt la cassation l'arrêt confirmatif attaqué qui a écarté le moyen soulevé par le demandeur au pourvoi, qui a soutenu, à juste titre, qu'il ne pouvait être obligé d'accomplir son obligation avant que son cocontractant n'accomplisse la sienne.

En effet, la Cour a méconnu la règle précitée en considérant, dans sa décision attaquée, que le défendeur au pourvoi était prêt à régler le reliquat du prix ».

(C. cass. civ., arrêt n° 323 du 16/02/1983, dossier n° 592/84, Rev. J.C.S. n° 32, p. 21- R.A.C.S., civ., T. II, 1983-1991, p. 54).

95- « L'action en résiliation de la vente n'est pas recevable si le demandeur ne rapporte pas la preuve qu'il a effectué une offre réelle de paiement du reliquat du prix, de manière effective et valable, conformément aux articles 234, 275 et 280 du D.O.C. et 171 et suivants du C.P.C. ».

(Casablanca, arrêt du 22/05/1984, G.T.M., 1984, n° 31, p. 24. Dans le même sens : l'arrêt rendu par la même cour, du 13/07/1984, G.T.M., 1984, n° 32, p. 22, cités par F.P. BLANC, in « D.O.C. annoté, op. cit., p. 239, n° 19 et 20).

96- « Une partie ne peut obliger l'autre contractant d'exécuter son obligation tant que le demandeur n'a pas exécuté sa propre obligation corrélatrice ou n'a pas effectué une offre réelle de son exécution, à moins que, d'après la convention ou la loi, l'autre contractant ne soit tenu d'exécuter le premier sa part de l'obligation.

La cour est tenue de répondre à l'exception invoquée par le promettant qui fait grief à l'autre contractant de n'avoir pas payé, dans le délai convenu, le prix convenu dans la promesse de vente.

La cour ne peut se contenter d'ordonner la perfection de la vente, alors que le prix n'a été ni payé, ni consigné ».

(C. cass. civ., arrêt n° 3750 du 06/09/2011, dossier n° 2928/1/7/10, G.T.M., n° 143, p. 143 – Dans le même sens : C. cass. civ., arrêt n° 1197 du 06/03/2012, dossier n° 4539/1/7/10, G.T.M., n° 142, p. 230).

3. L'exception d'inexécution (art. 235 du D.O.C.)

a/ Portée de l'exception

97- « Dès lors qu'il est stipulé au contrat de vente que l'acheteur est tenu en premier lieu de payer le prix, il ne peut soulever une exception d'inexécution.

L'acheteur doit d'abord exécuter, dans le délai le prix convenu avant de demander au vendeur d'exécuter son obligation corrélatrice (l'obligation de délivrance)».

(C. cass. civ., arrêt n° 1117 du 27/04/1988, Rev. J.C.S. n° 42 et 43, p. 17).

b/ Effet de l'inexécution de l'obligation préalable sur le contrat

98- « L'exception d'inexécution soulevée par l'une des parties au motif que l'autre cocontractant n'a pas exécuté sa propre obligation, ne saurait conduire à la résolution du contrat. Elle n'a pour effet que de suspendre son exécution ».

(C. cass. civ., arrêt n° 619 du 09/03/1988, dossier n° 3283/84, Rev. « L'avocat » المحامي, n° 12, p. 121).

La cour de cassation a préféré la solution de la suspension du contrat, au lieu de prononcer sa résolution, pour donner au créancier de poursuivre l'exécution forcée du contrat lorsque cette voie est possible et si le créancier opte pour cette solution que lui permet également l'article 259 du D.O.C.

4. Conséquences de la demeure du débiteur

99- « Selon l'article 259 du D.O.C., lorsque le débiteur est en demeure, le créancier est en droit de la contraindre à accomplir l'obligation, à défaut il peut demander la résolution du contrat.

La résolution n'a pas lieu de plein droit mais doit être prononcée en justice. Viole cette disposition et est entachée d'excès de pourvoi la décision qui condamne le cocontractant à rembourser les acomptes qu'il a reçus alors que la résolution du contrat n'a pas été demandée ».

(C. cass. civ., arrêt du 23/07/1984, R.M.D., 1985, n° 11, p. 67, noté F.P. BLANC : « Conditions de la résolution du contrat ».

Dans une jurisprudence plus récente la cour de cassation n'accorde au créancier la possibilité de demander la résolution du contrat, aux torts du débiteur, que si l'exécution forcée du contrat n'est pas possible.

Cette solution peut permettre le maintien du contrat pour qu'il puisse assurer sa fonction économique et sociale au lieu d'y mettre fin par une action en résolution et en paiement de dommages-intérêts. Toutefois, cette solution ne protège pas suffisamment le créancier de la demeure du débiteur.

100- « Dans les obligations synallagmatiques, nul ne peut exercer l'action naissant d'une obligation s'il ne justifie qu'il a accompli ou offert d'accomplir tout ce qu'il devait, de son côté, d'après la convention ou d'après la loi.

Les juges du fond sont tenus de déterminer qui parmi, les parties était tenue d'exécuter, en premier lieu son obligation pour permettre de savoir s'il était possible à l'autre cocontractant de soulever une exception d'inexécution ou d'opter pour la sanction de la résolution.

La résolution judiciaire ne peut être

prononcée par les juges du fond qu'en cas d'impossibilité d'exécution de l'obligation.

Si l'exécution de l'obligation est possible, le créancier, victime de la demeure du débiteur, ne peut pour autant, choisir entre la résolution judiciaire ou de contraindre le débiteur à accomplir l'obligation ».

(C. cass. civ., arrêt n° 4058 du 11/11/2009, dossier n° 3959/07, G.T.M. n° 128-129, p. 183).

5. Nullité d'une clause stipulant d'avance une exonération de responsabilité en cas de faute lourde ou de dol

Article 232 du D.O.C. : « On ne peut stipuler d'avance qu'on ne sera pas tenu de sa faute lourde ou de son sol »

En application de ce texte, la Cour d'appel de Casablanca a jugé que :

101- « Le contrat d'aconage est un contrat synallagmatique en exécution duquel l'aconier reçoit une redevance en contre partie des services qu'il a fourni.

Dépositaire d'une marchandise de nature délicate, il lui appartient de prendre les mesures nécessaires pour en assurer la conservation sans avoir à attendre que le

destinataire lui en fasse la demande.

La lettre par laquelle le destinataire accepte de l'exonérer de toute responsabilité en cas de dommages dus à une protection insuffisante est sans effet en application de l'article 232 du D.O.C. qui déclare nulle toute clause de non responsabilité en cas de faute lourde ou de dol, alors surtout qu'en raison du monopole dont il bénéficie il lui est aisé d'obtenir ce document ».

(Casablanca, ch., com., arrêt du 20/11/1984, R.M.D., 1985, n° 5, p. 328, cité également par F.P. BLANC, in « D.O.C. annoté, op. cit., p. 256, n° 4).

Cette solution a été entérinée, à juste titre, par la Cour de cassation, qui a souligné que l'aconier au Maroc, qui était l'office de d'exploitation des ports « ODEP », remplacée actuellement par l'Agence Nationale des Ports « ANP » est un établissement public à caractère commercial, les contrats qu'il conclut dans le cadre de ses activités dans le domaine de l'aconage sont soumis aux règles du droit privé et notamment à l'article 232 du D.O.C. précité.

(C. cass., civ., arrêt n° 2226 du 13/11/1989, dossier n° 857210, R.J.L., n° 142, p. 82).

6. Responsabilité contractuelle du fait d'autrui

Article 233 du D.O.C. : « Le débiteur répond du fait et de la faute de son représentant et des personnes dont il se sert pour exécuter son obligation, dans les mêmes conditions où il devait répondre de sa propre faute, sauf son recours tel que de droit contre les personnes dont il doit répondre ».

En matière de responsabilité civile contractuelle du fait d'autrui, la jurisprudence n'est pas assez fournie au Maroc.

102- « La responsabilité d'une banque s'étend au fait et à la faute commis par ses employés lors de l'accomplissement de l'obligation de la banque en application des articles 85^{vii} et 233 du D.O.C.

La banque est tenue de restituer aux dépositaires les fonds et les valeurs détournés par ses employés »
(C.A. com. Fès, arrêt n° 1040 du 25/09/2003, dossier n° 861/03, Rev. Al Miyar المعيار, n° 32, p. 234).

Dans le même sens, Casablanca, ch. com., arrêt du 18/03/1989, R.M.D., 1985, n° 3, p. 196, chro. F.P. BLANC, précité.

7. Réparation du dommage en matière contractuelle

▪ Fondement du droit du créancier à la réparation du dommage subi.

Article 263 du D.O.C. : « Les dommages-intérêts sont dus, soit à raison de l'inexécution de l'obligation, soit à raison du retard dans l'exécution, et encore qu'il n'y ait aucune mauvaise foi de la part du débiteur ».

103- « L'indemnisation obtenue par le créancier, conformément à l'article 263 du D.O.C., est fondée sur une présomption de faute commise par le débiteur. Le dernier ne saurait être condamné au paiement d'une indemnité supérieure à celle qui est réclamée, par le demandeur, dans sa requête introductive d'instance.

Une telle décision serait prise en violation de l'article 3 du Code de procédure civile^{viii} (C.P.C.) dont les dispositions sont d'ordre public ».
(Casablanca, arrêt n° 556 du 02/03/1982, dossier n° 1237/81, G.T.M., n° 47, p. 69).

104- « Les intérêts de droit, revêtant un caractère moratoire, ne courent qu'à compter de la date où le débiteur est en état de défaillance, soit lorsque le jugement le condamnant au paiement

acquiert un caractère définitif et non à compter de la date de la demande ».

(C. cass. soc., arrêt du 11/03/1985, G.T.M., 1985, n° 39, p. 33).

8. Le régime de la clause pénale

La clause pénale n'a été réglementée au Maroc que par le Dahir du 11 août 1995^{ix}, par lequel trois alinéas ont été ajoutés à l'article 264 du D.O.C., sur une proposition de loi.

L'alinéa 1^{er} de ce texte fixe les critères qui permettent au juge, à défaut de convention préalable entre les parties, de fixer le montant de la réparation en se fondant sur son pourvoi d'appréciation et en motivant sa décision à ce sujet.

Aux termes de l'art. 264, al. 1^{er} précité « les dommages sont la perte effective que le créancier a éprouvée et le gain dont il a été privé et qui sont la conséquence directe de l'inexécution de l'obligation. L'appréciation des circonstances spéciales de chaque espèce est remise à la prudence du tribunal : il doit évaluer différemment la mesure des dommages-intérêts, selon qu'il s'agit de la faute du débiteur ou de son dol ».

Par le dahir du 11 août 1995, les alinéas suivants ont été rajoutés :

L'alinéa 2 permet aux parties contractantes de « convenir des dommages-intérêts dus au titre du préjudice que subirait le créancier en raison de l'inexécution totale ou partielle de l'obligation initiale ou en raison du retard apporté à son exécution ».

L'alinéa suivant permet au tribunal de « réduire le montant des dommages-intérêts convenu s'il est excessif ou augmenter sa valeur s'il est minoré comme il peut réduire le montant des dommages-intérêts convenu, compte tenu du profit que le créancier en aurait retiré du fait de l'exécution partielle de l'obligation.

Toute clause contraire est réputée nulle ».

Avant la réglementation de la clause pénale et autoriser sa révision par le juge, par le dahir du 11 août 1995, la Cour de cassation avait admis en 1991 « le droit pour le juge de réduire le montant d'une clause pénale manifestement excessive » (C. cass. civ., arrêt n° 977 du 10/04/1991, non publié, cité par Omar AZZIMAN, « Droit civil, le contrat », Rabat, éd. Le Fennec,

1995, p. 292-293).

A la lumière de l'art. 264 (complété) du D.O.C., la jurisprudence a admis la possibilité d'une révision, par le juge du fond, même d'office, d'un montant d'une clause pénale s'il est excessif. (C. cass. civ., arrêt n° 3745 du 11/12/2002, dossier n° 800/01, Rev. justice civile, « R.J.C. », مجلة القضاء المدني, n° 6, p. 284).

Dans le même sens :

105- « Aux termes de l'art. 264 du D.O.C., la clause du contrat par laquelle les parties conviennent du montant d'une indemnité qui serait payée en réparation du préjudice en cas d'inexécution totale, partielle ou en cas d'exécution tardive de l'obligation est une clause pénale.

Elle peut être révisée par les juges du fond, dans le cadre de leur pouvoir d'appréciation, même sans demande par la partie qui y a intérêt, dès lors que le texte précité n'impose pas à la partie concernée de présenter une demande de révision ».

(C. cass. com., arrêt n° 489 du 17/05/2006, dossier n° 1314/04, J.C.S., n° 68, p. 111).

Dans le même sens : C. cass. civ.

Arrêt n° 302 du 30/01/2008, dossier n° 2685/06, R.J.Civ., n° 5, p. 276.

La position des juridictions du second degré est dans le même sens :

91- « Le tribunal peut réduire le montant des dommages-intérêts réclamé par le créancier en raison de l'inexécution de l'obligation, même si ledit montant a été convenu par les parties, si le montant de la clause pénale est excessif et manifestement contraignant pour le débiteur ».

(C.A. com., Casablanca, arrêt n° 516 du 17/02/2004, dossier n° 1044/02, G.T.M., n° 99, p. 194).

9. L'exception de la force majeure (Art. 268-269 du D.O.C.)

a/ Cas non retenu comme force majeure

106- « Le transporteur est tenu de prendre toutes les précautions nécessaires pour assurer la sécurité de ses passagers et ne peut être exonéré que par la preuve d'un cas fortuit et de force majeure.

N'est pas due à un événement de cette nature la blessure causée à un passager par une pierre ayant pénétrée à l'intérieur de l'autobus par une fenêtre restée ouverte ».

(Casablanca, civ., arrêt n° 3749 du 23/10/1984, R.M.D., 1986, n° 4, p. 218, note F.P BLANC : « La force majeure et le cas fortuit en droit civil marocain »).

107- « Une décision administrative interdisant à une entreprise de poursuivre une activité contraire à l'ordre public et le retrait de l'autorisation qui avait été octroyée à l'employeur pour exercer l'activité précitée, n'est pas un fait imprévisible en raison du caractère illicite de l'activité interdite.

Il s'en suit que ledit motif ne saurait constituer une force majeure de nature à justifier la résiliation, par l'employeur, du contrat du travail.

Un tel motif n'est pas imprévisible en application de l'article 269 du D.O.C. ».

(C. cass. soc., arrêt, n° 44 du 18/01/2006, dossier n° 812/05, Rev. La plaidoirie المرافعة, n° 17, p. 118).

108- « Une décision judiciaire d'expulsion ou un acte refusant une demande d'autorisation ne constituent pas un cas de force majeure susceptible d'exonérer le débiteur de

payer des dommages-intérêts car les faits précités n'étaient pas imprévisibles ».

(C. cass. soc., arrêt n° 1065 du 21/11/2007, dossier n° 893/5/1/07, G.T.M., n° 137-138, p. 298).

109- « La crise économique n'est pas un cas de force majeure. Elle ne peut justifier l'exonération ni la révision de l'obligation ».

(Marrakech, ch., civ., arrêt n° 101 du 26/01/2010, dossier n° 1430-1510/10, Revue marocaine des études juridiques et judiciaires, n° 6, p. 313). مجلة الدراسات القانونية والقضائية

b/ Cas admis comme force majeure

110- « Une banque ne saurait être responsable du retard apporté au règlement d'une dette en devises étrangères lorsqu'elle rapporte la preuve de ce qu'elle a sollicité dans les délais les devises nécessaires à Bank Al-Maghrib (La Banque centrale du Maroc).

La carence de devises de Bank Al-Maghrib est un cas de force majeure exonérant le banquier chargé d'un transfert ».

(T.P.I. Casablanca, sect. Com., jugement n° 81/86, du 13/01/1986, R.M.D., 1987, n° 14, p. 247).

111- « Selon l'article 221 du Code de commerce maritime, le fréteur est responsable des pertes et avaries occasionnées aux marchandises

qui sont sous sa garde à moins qu'il ne prouve la force majeure.

Une tempête de force 8 à 10 constitue un événement insurmontable revêtant un caractère de force majeure.

A suffisamment motivé sa décision la cour qui, faisant usage de son pouvoir souverain d'appréciation, retient un rapport d'expertise judiciaire concluant un caractère insurmontable d'une tempête, et exonère le transporteur maritime de sa responsabilité ».

(C. cass. com., arrêt n° 256 du 11/03/1985, R.M.D., 1986, n° 3, p. 155).

Mais cette jurisprudence n'a pas été suivie par le tribunal de première instance de Casablanca, alors que les circonstances de la tempête étaient similaires :

112- « Une tempête de force 10 survenant au mois de décembre, époque à laquelle les intempéries sont fréquentes sur le trajet utilisé, ne peut avoir pour le capitaine le caractère d'imprévisibilité nécessaire pour constituer un cas de force majeure ».

(T.P.I., Casablanca, sect. Com., jugement n° 2571, du 02/10/1986, R.M.D., 1986, n° 5, p. 288).

Notes : ⬆ retour au texte

- ⁱ ⬆ Dahir : Texte juridique par lequel les lois sont promulguées par le Roi du Maroc.
- ⁱⁱ ⬆ Le terme Moudawana est emprunté aux jurisconsultes du rite Malékite.
- ⁱⁱⁱ ⬆ La Moudawana *مدونة الأحوال الشخصية*, remplacée depuis 2004 par le Code de la famille.
- ^{iv} ⬆ Cette solution a été modérée, pour la protection des biens du mineur par l'art. 240 du nouveau code de la famille qui dispose que « dans sa gestion des biens de l'interdit, le tuteur légal n'est soumis au contrôle judiciaire préalable et à l'ouverture de dossier de représentation que si la valeur des biens de l'interdit excède 200.000,00 dirhams. Le juge chargé des tutelles peut baisser cette limite et ordonner l'ouverture d'un dossier de

représentation légale, s'il est établi que cette baisse est dans l'intérêt de l'interdit. Le montant de la valeur des biens précité peut être augmenté par voie réglementaire ».

- ^v ⬆ La même règle a été reproduite dans l'art. 271 du Code actuel de la famille.
- ^{vi} ⬆ Ce dahir a été abrogé et remplacé par la loi n° 32-09 relative à l'organisation de la profession de notaire promulguée par le Dahir n° 1-11-179 (B.O., n° 62 du 5 juillet 2012). Ses dispositions mettent à la charge des notaires les mêmes obligations de diligence, de prudence et d'information dans les cas similaires.
- ^{vii} ⬆ L'article 85 du D.O.C. régit la responsabilité civile délictuelle du commettant du fait de

son préposé.

- ^{viii} ⬆ L'art. 3 du C.P.C., du 28 septembre 1974, dispose que « le juge doit statuer dans les limites fixées par les demandes des parties et ne peut modifier d'office ni l'objet, ni la cause de ces demandes. Il doit statuer toujours conformément aux lois qui régissent la matière, même si l'application de ces lois n'est pas expressément requise par les parties ».
- ^{ix} ⬆ Dahir n° 1-95-157 du 11/08/1995, complétant l'art. 264 du D.O.C. (B.O n° 4323 du 06/09/1995, p. 602)





Deuxième journée



Séance 1

Synthèse des données et analyse des sources

Sous la Présidence de Brigitte Lefebvre



Professeure Brigitte Lefebvre

Université de Montréal

Présidente de la séance

Docteure en droit de l'Université Panthéon-Assas (Paris II), Brigitte Lefebvre est professeure à la Faculté de droit de l'Université de Montréal où elle enseigne le droit privé. Plus particulièrement, au fil des années, elle a enseigné le droit de la famille, le droit des successions, le droit patrimonial de la famille (régimes matrimoniaux), le droit immobilier et le droit commercial. Elle a débuté sa carrière de professeure en 1989 au Département des sciences juridiques de l'Université du Québec à Montréal et s'est jointe au corps professoral de la Faculté de droit en 2003. De 2003 à 2008, elle a occupé le poste de directrice du

Programme de droit notarial et, de 2008 à 2012, celui de Secrétaire de la Faculté. Mme Lefebvre a également été professeure invitée au Master 2 de droit notarial de l'Université Panthéon-Assas (Paris II), au Master 2 de droit notarial de l'Université Jean Moulin (Lyon III), au Master 2 de droit des affaires de l'Université Lumière (Lyon 2), au Master 2 de droit notarial et au Master de droit privé de l'Université Montesquieu - Bordeaux IV ainsi que dans certaines autres universités québécoises (Sherbrooke) et canadienne (Ottawa). Ses principaux champs de recherche sont : les conjoints de fait, le droit patrimonial de la

famille, la bonne foi et l'équité contractuelle. Elle a publié plusieurs articles sur ces sujets et prononcé plusieurs conférences dans les milieux universitaires et professionnels, tant au Québec qu'à l'étranger. Elle a entre autres publié un ouvrage portant sur la bonne foi dans la formation du contrat (sujet de sa thèse de doctorat) et une monographie sur les régimes matrimoniaux.

(Source :

<https://droit.umontreal.ca/faculte/lequipe/corps-professoral/fiche/in/in14732/sg/Brigitte%20Lefebvre/>)



Professeur Ridha MEZGHANI

Faculté de droit et des sciences politiques de Tunis

Synthèse des données sur le contentieux et analyse des sources

La présente synthèse porte sur les orientations de la jurisprudence des pays arabes sur le contentieux du contrat, à travers les contributions présentées au cours des trois séances de la première journée, à savoir, par ordre de présentation : les Emirats Arabes Unis, le Bahrein, l'Irak, la Jordanie, le Liban, le Soudan, l'Egypte, l'Algérie, la Tunisie et le Maroc.

Je salue à ce propos les auteurs, juristes avocats et /ou enseignants, qui ont conduit les investigations, et fourni un effort considérable, pour aboutir à réunir quelques centaines de décisions, en langue arabe ou en langue française, au moins 50 décisions par pays en moyenne.

Je me joins à Monsieur MERCADAL pour

remercier chaleureusement tous les intervenants.

Ces investigations ont porté sur la jurisprudence respective des pays cités, constituée par, l'ensemble des décisions rendues par les juges, relatives à une question juridique donnée. On sait également que l'importance de la jurisprudence varie selon les systèmes juridiques. Ainsi, dans la tradition anglo-saxonne de la common-law, la jurisprudence est une source importante du droit, c'est la règle du précédent qui s'impose aux juges, alors que dans les traditions de droit civil, si l'on s'en tient à la jurisprudence de la Cour de cassation, la plus haute juridiction de l'ordre judiciaire, ayant pour mission de contrôler l'exacte application de la loi par les tribunaux et cours

d'appel, on constate que la jurisprudence, en tant que source de droit, est plutôt constituée par ce qui est communément appelé "arrêts de principe," puisés essentiellement dans les arrêts des chambres réunies, qui, pour rappel, sont rendus lorsque la juridiction de renvoi ne se conforme pas à l'arrêt de la cour de cassation, et que celle-ci, pour mettre fin au litige, tient une séance exceptionnelle avec les présidents de toutes ses chambres, pour rendre un arrêt qui s'impose aux juges de fond, et constitue ainsi ce qui est perçu comme un principe de droit de la même valeur juridique qu'un texte de loi.

Il est à signaler, toutefois, que les investigations ont dû faire un tri, pour éviter le fait qu'un grand nombre d'arrêt de la Cour de Cassation, généralement publiés dans les cadres annotés, constituent une reproduction fidèle de textes de loi. On peut en déduire que les cas posés à la Cour de Cassation ne comportent pas de questionnement juridique, mais traduisent la propension des justiciables, se comportant en plaideurs de Racine, à considérer le recours à la juridiction suprême comme un troisième degré de juridiction, et une méconnaissance du rôle de cette dernière. Ce qui aboutit à ce qu'on pourrait appeler une inflation jurisprudentielle, à l'image de l'inflation législative, et qui s'explique également par le désir de nombre de justiciables d'épuiser toutes les voies de recours, et de détourner le principe que le pourvoi en cassation ne suspend pas l'exécution de la décision attaquée, par le biais des sursis à exécution.

De ces investigations, le contentieux du contrat ressort très vivant dans les différents pays arabes.

En effet, une étroite parenté est apparue dans les litiges et dans les solutions qui leur sont données, dont un élément frappant ressort, celui de

l'importance des demandes en nullité pour vices de consentement. Cette parenté pourrait s'expliquer par la dualité des sources dans ces pays : le droit musulman, et le droit civiliste. Parallèlement, on constate un contentieux très réduit pour l'inexécution du contrat et sa résolution.

L'aperçu de l'état de la jurisprudence relative au contrat porte donc essentiellement, sur la formation du contrat, et à titre subsidiaire, sur son exécution .

Rappelons que, pour la formation du contrat, quatre éléments sont nécessaires pour sa validité.

- 1- la capacité de s'obliger
- 2- une déclaration valable de volonté portant sur les éléments essentiels de l'obligation
- 3- un objet certain pouvant former objet de l'obligation

Et enfin : 4- une cause licite de s'obliger

Il n'y a pas lieu ici de s'étendre sur le contenu de ces éléments, on se limitera à ressortir quelques applications jurisprudentielles relatives à ces éléments.

Le premier élément, la capacité de s'obliger, ne se présente pas comme une condition de validité du contrat, en partant de la règle : "pas de nullité sans texte". Il en est ainsi de la minorité, cas type de l'incapacité de s'obliger, qui ne constitue pas un obstacle à la validation d'un contrat conclu par un mineur, lorsque l'acte est purement profitable .

La jurisprudence, en Egypte, mais également dans d'autres pays, fait état de la validité de tels actes accomplis par un mineur, même dépourvu de discernement.

Le handicap, de cécité par exemple, en droit tunisien, et marocain, assimilé en droit égyptien à la surdité doublée de mutité ou de cécité, ne constitue pas un cas d'incapacité, mais implique la nomination d'un conseil judiciaire pour assister la personne handicapée dans les actes ou son intérêt l'exige .

La maladie diminue la capacité, sans l'anéantir. Certaines décisions évoquent les actes conclus au cours de la dernière maladie, ayant abouti au décès, et posent une présomption de diminution de la perception des choses et de faiblesse des facultés mentales. Ainsi, l'incapacité pour maladie tient essentiellement à la santé de l'esprit.

Au Liban, par exemple, la démence n'est un motif d'incapacité qu'un cas de perte de l'intégralité mentale. Une distinction est toutefois faite, en jurisprudence tunisienne par exemple, entre la déficience mentale, qui laisse des moments de lucidité, et la démence totale.

Quid de la maladie d'Alzheimer ?

Elle n'est pas retenue par les tribunaux si elle est à ses premières étapes, et se manifeste par des moments d'oubli. Elle ne constitue un cas d'incapacité qu'en cas de perte totale de mémoire.

S'agissant de la déclaration de volonté, du consentement non entaché de vices, les tribunaux dans les différents pays font une large application du consensualisme, en vertu de l'adage "pacta sunt servanda", l'obligation de respecter les conventions qui, légalement faites tiennent lieu de loi pour ceux qui les ont formées.

Ceci implique un échange, même verbal, lorsque la loi ne prescrit pas une forme déterminée.

Un questionnement s'est posé aux tribunaux sur le silence valant acceptation, ce qui est le cas lorsque les parties ont des relations déjà existantes. Exemples : le silence du locataire en fin de bail, valant reconduction tacite, ou la prolongation de

lettre de garantie.

Le droit égyptien parle de superposition de deux volontés, qui peut être expresse, ou comme dans les exemples précédents, tacite.

Un grand nombre de décisions ont trait aux divers vices de consentement, dont l'erreur, qui pour annuler le contrat, doit être déterminante, de telle façon que le contractant ne se serait pas obligé s'il en était avisé. Ainsi, des distinctions sont faites entre l'erreur sur la personne elle-même du cocontractant, ou la chose objet du contrat, et les qualités de la personne ou de l'objet. Ces qualités, peuvent être essentielles portant sur un élément substantiel du contrat, et viciant le contrat, ou secondaires et sans incidence, ou avec faible incidence (baisse du prix par exemple) sur la validité du contrat.

La violence, physique ou morale, a une bonne place en tant que vice du consentement dans la jurisprudence des pays arabes.

Là aussi, elle peut présenter différents degrés dans son impact sur la validité du contrat, si bien que les tribunaux procèdent en la matière à une appréciation casuistique.

D'une façon générale, pour vicier le consentement,

la violence doit avoir entraîné la victime à accepter un comportement qu'elle n'aurait pas accepté dans des circonstances normales.

Ainsi, la contrainte constitue un vice de consentement, si ce dernier est extorqué par la violence, celle de s'exposer physiquement ou moralement, soi-même ou ses proches, à un danger grave.

Toutefois, la seule crainte révérentielle envers le père ne suffit pas, dans nombre de décisions, à vicier le contrat, de même que l'emploi des voies de droit, si cet emploi est légitime, et tend uniquement à obtenir son dû à celui qui y a recours.

Le dol intervient comme vice de consentement lorsque des manœuvres frauduleuses, avec l'intention d'induire en erreur le contractant, qui ne se serait pas obligé sans ces manœuvres. Le dol est apprécié souverainement, en tant que question de fait, par les tribunaux, en tenant compte d'éléments subjectifs, notamment la personnalité et l'expérience des parties.

Il en est de même de la lésion, ne pouvant être retenue comme vice de consentement qu'en cas d'écart flagrant entre la valeur réelle de l'objet du

Contrat et celle déclarée. Question de fait, soumise à l'appréciation des juges de fond, qui y procèdent, là aussi, sur la base d'éléments essentiellement subjectifs.

Pour être valable, le contrat doit avoir un objet, qui doit être réel, même s'il n'existe que dans le futur, comme c'est le cas d'un immeuble à construire (vente sur plan) ou un meuble à fabriquer par un ébéniste. Mais, pour des raisons essentiellement morales, les droits interdisent les pactes sur succession future.

De nombreuses décisions ont statué sur les vices cachés entachant l'objet, dont l'acheteur ne pouvait avoir connaissance, ou apparents et dont l'ignorance est inexcusable. Là aussi, la personnalité et l'expérience des parties déterminent l'importance de ces vices et l'incidence de leur existence sur la validité du contrat.

Le contrat doit avoir, enfin, une cause, un mobile individuel incitant à contracter. L'existence de la cause pose rarement problème. Ainsi, dans les contrats synallagmatiques, générant des obligations réciproques pour les parties, la cause pour l'acheteur, par exemple, est d'acquérir la

chose achetée, et pour le vendeur, en encaisser le prix.

De nombreuses décisions ont porté par contre sur la licéité de la cause. Est illicite la cause contraire à la loi, à l'ordre public et aux bonnes mœurs.

Sans besoin de donner des exemples, on sait que ces notions sont empreintes de subjectivisme. Ainsi, en dehors des questions entrant dans les domaines du droit naturel, la loi interdit certains actes dans des pays, et les permet dans d'autres. Il en est de même de l'ordre public, notion hautement subjective selon les différents pays, tout comme les mœurs, bonnes ou tolérées dans un pays donné, et hautement réprouvées dans un autre, pouvant même être géographiquement voisin. Les bonnes mœurs ont généralement, dans nombre de pays arabe-musulmans, une connotation hautement religieuses.

II Exécution du contrat

Une fois conclu, le contrat doit être exécuté de bonne foi, aussi bien quant à son contenu qu'à toutes les suites que lui donnent l'équité et l'usage. C'est ce que dispose la loi, et applique la jurisprudence dans les droits des pays arabes.

Mais cela ne se passe pas toujours sans problème, et le contentieux de l'exécution des contrats offre de nombreux exemples d'empêchement à cette exécution.

Les conventions peuvent, tout d'abord, être révoquées par les cocontractants eux-mêmes.

La loi consacre la force obligatoire des conventions régulièrement faites, mais il est loisible aux parties d'y mettre fin et les révoquer par consentement mutuel. Cette révocation peut être expresse ou tacite, et dans ce dernier cas, selon la jurisprudence libanaise par exemple, elle peut résulter des faits ou dires des parties intéressées.

Par contre, la révocation unilatérale est proscrite, non seulement en raison du manquement au respect de la force obligatoire du contrat, mais aussi et surtout de la nécessité de préserver les droits et intérêts de l'autre partie.

La sanction extrême pour ce manquement est la nullité, qui constitue une pénalité pour violation des conditions ou des procédures dont la loi prescrit la réalisation à la date de la conclusion du contrat.

Ces conditions sont décidées, soit dans un texte juridique, soit elles résultent, selon la jurisprudence libanaise, d'une violation aux principes essentiels de l'ordre juridique, et ce en application de la règle "il n'y a pas de nullité sans texte".

La nullité du contrat peut être absolue ou relative. Quand elle est absolue, elle n'est pas susceptible de confirmation, et le contrat est considéré comme n'ayant jamais existé, et disparaît d'une manière rétroactive.

En droit libanais par exemple, la nullité absolue frappe le cas de l'inexistence du contrat en raison de l'inexistence de l'objet de l'obligation, ou en cas d'erreur sur la nature du contrat ou sur l'identité de l'objet de l'obligation.

La nullité relative sanctionne les règles destinées à protéger une partie au contrat, et est largement appliquée en jurisprudence pour les vices du consentement, lésion ou incapacité. L'action en annulation n'est ouverte qu'aux personnes en faveur ou pour la protection desquelles la nullité est établie par la loi.

Par conséquent, selon la jurisprudence libanaise,

mais également celle d'autres pays, l'acte nul continue à produire ses effets à l'égard de la partie de bonne foi, et ce jusqu'à la déclaration judiciaire d'une telle nullité.

Par ailleurs, la nullité relative est susceptible de confirmation, qui est l'acte par lequel la personne qui peut demander la nullité d'un acte juridique renonce à s'en prévaloir. Exemple, la victime d'une lésion, d'un dol ou d'un acte de contrainte peut confirmer l'acte entaché au moment de sa conclusion d'un tel vice.

La jurisprudence égyptienne a eu à connaître des cas de nullité partielle du contrat lorsque son objet est divisible par nature, et que la suppression de la partie nulle n'est pas contradictoire avec la volonté des parties.

D'autres modes d'extinction du contrat sont prévus par la loi et impliquent pour leur application une intervention judiciaire.

En cas de mauvaise exécution d'une obligation par un débiteur, le créancier peut demander la résolution, ou soulever l'exception d'inexécution.

La résolution est définie, par la jurisprudence égyptienne par exemple, comme un mode de

rupture de la relation contractuelle résultant de la violation de l'une des parties, de ses obligations contractuelles.

La résolution a un effet rétroactif, le contrat est censé n'avoir jamais existé.

La résolution est en principe judiciaire, prononcée par la juge à la demande du créancier de l'obligation, après avoir mis en demeure le débiteur. Mais elle peut-être amiable, par application d'une clause résolutoire stipulée dans le contrat, avec toujours la condition de mise en demeure du débiteur.

La résolution peut être enfin automatiquement prononcée de plein droit, notamment dans les contrats synallagmatiques, en cas d'exécution impossible du contrat à cause d'un événement extérieur, consistant en la force majeure, le cas fortuit ou la faute du débiteur, de même que la faute d'un tiers, sous réserve qu'elle ne soit pas précédée par la faute du débiteur.

La jurisprudence égyptienne a considéré que, si la force majeure ne rend pas l'exécution du contrat absolument impossible, mais seulement d'une façon temporaire, elle n'aura pour effet que la

suspension de l'exécution pendant la période dans laquelle l'évènement extérieur a eu lieu, jusqu'à sa disparition ou expiration.

Plusieurs exemples de force majeure sont mentionnés en jurisprudence. Ainsi, à titre d'exemple, la Cour suprême d'Algérie a considéré qu'un contrat de location est résilié de plein droit par l'effet de disparition du fonds de commerce suite à un tremblement de terre. De même en Irak, on a considéré que l'évènement extérieur exonère le transporteur en cas de pillage. La guerre de 2003 a conduit à l'exonération du bailleur de la perte de jouissance d'un local loué, qui a été occupé temporairement par les troupes étrangères, et ensuite pillés et squattés par des particuliers.

Toutefois, une tempête violente en mer ne constitue pas une force majeure, car il s'agit d'un risque prévisible.

L'exception d'inexécution, synonyme de l'adage latin "non adempti contractus", est la faculté accordée à une partie, dans un contrat synallagmatique, de refuser d'accomplir son obligation jusqu'à l'accomplissement de l'obligation corrélative de l'autre partie .

L'exemple classique est le refus de livrer la chose

vendue avant le paiement du prix.

Le droit égyptien pose à ce propos un principe extrêmement important, en ce qu'il fait, des évènements imprévus, une exception à la règle qui interdit au juge la modification des contrats. La théorie d'imprévision, prévue en droit égyptien, mais également aux Emirats et d'autres pays, répond aux besoins d'équité et de justice contractuelle, en ce qu'elle permet de réduire dans une mesure raisonnable l'obligation, qui sans devenir impossible, est devenue excessivement onéreuse de façon à menacer le débiteur d'une perte exorbitante. La jurisprudence a eu à appliquer cette théorie dans des situations de déséquilibre significatif entre les obligations des parties, et désavantageant d'une façon très sensible celle du débiteur.

Comme cela a été observé au début de cette synthèse, ces investigations jurisprudentielles font état d'une étroite parenté dans les litiges et les solutions données à ces litiges. Cela tient essentiellement au fait que les droits des pays arabes, ont dans leur grande majorité en commun pour principales sources, le droit musulman, d'un côté, et le droit romano-civiliste, de l'autre.

Outre cette parenté, ces investigations paraissent amorcer une possibilité d'un rapprochement des législations, voire de rendre possible une tentative d'uniformisation.

Il ne s'agit pas de simple déclaration d'intention, puisqu'au début des années 80 du dernier siècle, le Conseil des ministres arabes de la justice, l'une des institutions de la Ligue des Etats arabes, et dont le siège est à Rabat, a réalisé un programme d'uniformisation des différents branches de droit, et a fait paraître un projet de code civil unifié des pays arabes, qui comme les projets relatifs aux autres branches, sont, à défaut d'adoption et d'application, de nature à inspirer profitablement les chercheurs en droit comparé.

Il y a toutefois un point très important à signaler en conclusion, à savoir que l'uniformisation des droits arabes du contrat se heurte à un écueil, dont les collègues occidentaux pourraient ignorer l'existence et l'importance.

Il s'agit de la disparité de la terminologie juridique dans les différents pays arabes. Cela concerne l'appellation, par exemple, de la Cour de Cassation, qui diffère d'un pays à l'autre, un exemple nous a été donné en droit émirati, où cette

juridiction porte le nom de Mahkamet (Cour) Ennakdh dans certains émirats, et Mahkamet Attamyiz, dans les autres. Mais on retrouve cette disparité dans bon nombre d'institutions juridiques, tels les actes authentiques et seing privé, les serments décisive et supplétoire, et autres titres de propriété immobilière. Des efforts ont été fournis aux fins de l'uniformisation des termes juridiques, par le « Bureau permanent de coordination de l'arabisation », relevant de la Ligue des Etats arabes, qui a publié à Rabat en 1969 un "Lexique du fiqh et de droit", dont la terminologie présente des différences avec, par exemple, le "Dictionnaire des termes juridiques et commerciaux", publié par la Librairie du Liban en 1972, ainsi qu'avec le Dictionnaire arabe-français, français-arabe, As-Sabil, Collection Saturne, Librairie LAROUSSE, Paris 1983. Un effort de coordination est à faire impérativement en préalable ou en concomitance avec l'uniformisation des droits.

Prof. Ridha MEZGHANI

Université Sharjah

21 novembre 2017



Burj Khalifa



Professeur François-Paul Blanc

Quelques réflexions sur l'influence du droit romain sur le droit des obligations et contrats des pays arabo-musulmans

François-Paul Blanc, l'une des figures les plus marquantes de l'Université de Perpignan Via Domitia.

Son œuvre administrative, en tant que doyen, a donné à celle-ci un dynamisme et une place dans l'Université qui ont su être préservés après son départ.

Historien du droit et des institutions, François-Paul Blanc est aussi islamologue et spécialiste reconnu du droit positif des pays du Maghreb et d'Afrique subsaharienne.

Droit romain et droit musulman sont les deux principaux corps de droit à prétention universaliste indissociables de l'histoire des hommes. Dans la chronologie ils se suivent sans bien évidemment se succéder, sauf dans les territoires soumis à la colonisation ou à la protection d'un État dont relève l'un ou l'autre *corpus juris*. Dire que le droit romain a pénétré les législations des pays arabo-musulmans n'est en rien provocateur, c'est une litote souvent énoncée. Cette influence depuis longtemps affirméeⁱ et même aujourd'hui théoriséeⁱⁱ concerne-t-elle le droit des obligations et des contrats ? C'est une évidence : dans le monde arabo-musulman l'évolution de cette branche du droit s'est accomplie par une réception significative de la tradition romano-germanique. Elle s'est traduite

dans la mise en œuvre d'un concept complètement étranger au droit musulman, *corpus juris* casuistique ; ce concept c'est la codification ; celle-ci doit être perçue comme le principal facteur d'émergence d'un système juridique inspiré du modèle européen continental.

L'histoire récente éclaire ce phénomène : au XIX^e siècle, s'épanouit partout dans le monde musulman ce que l'on appelle le « réformisme », c'est-à-dire une réflexion menée, *in situ*, par les intellectuels, réflexion qui débouche sur le constat d'un retard sociétal du monde islamique au regard du monde occidental. De ce réformisme naît une profonde volonté de modernisation de la société en général et du droit en particulier. Dans cette dynamique, la France, avec ses codifications récentes, se trouve au premier rang des influences.

La plus grande puissance musulmane de Méditerranée, l'empire ottoman de Sélim III, entreprend ainsi, motivée par le précédent français, une série de codifications dans lesquelles la marque du droit romain à travers le droit napoléonien est réelle. Le point de départ de cette législation réformatrice réside dans le firman de Tanzimat de 1839. Les réformes visent à moderniser le pays, donc à l'occidentaliser, avec des réserves cependant : tout ce qui touche au droit des personnes et de la famille demeure régi par la *schari'a*ⁱⁱⁱ.

L'exemple turc sera suivi par les pays arabo-musulmans. Ce mouvement, avec la même restriction concernant le droit des personnes, débutera pendant la colonisation et se poursuivra après l'accession de ces États à la pleine souveraineté. Tous vont se doter de monuments législatifs peu ou prou démarqués du Code Napoléon ; ces textes, toujours en vigueur, attestent de la vitalité de l'influence du droit romain.

Il faut bien sûr nuancer l'affirmation : le Code civil de 1804 dans le livre qu'il consacre au droit des obligations et des contrats n'est évidemment pas le *Digeste* ni le *Code* de Justinien, mais le droit des pandectes est omniprésent dans le

fond et, s'agissant des contrats, dans la structure même du Code civil. Bigot de Préameneu, un des pères du Code Napoléon, dans son « exposé des motifs » présenté au corps législatif sur le titre relatif aux obligations et contrats, a souligné l'apport considérable du droit romain dans cette branche du droit. L'œuvre des jurisconsultes romains dans ce domaine lui paraît avoir atteint le plus haut degré de la perfection logique et technique. Pour justifier le large emprunt fait au droit romain par les rédacteurs du projet, Bigot de Préameneu relève, à plusieurs reprises, que ce droit apparaît comme la raison écrite : « Il n'aura pas l'autorité de la loi civile de France, il aura l'empire que donne la raison sur tous les peuples. La raison est leur loi commune. C'est un flambeau dont on suit spontanément la lumière. Elles seraient bien mal entendues les dispositions du Code civil relatives aux contrats, si on les envisageait autrement que comme des règles élémentaires d'équité dont toutes les ramifications se trouvent dans les lois romaines. C'est là que sont les développements de la science du juste et de l'injuste ; c'est là que doivent s'instruire ceux qui voudront y faire quelques progrès... »^{iv}. Pour accéder intelligemment au droit français des obligations et contrats, il faut donc se reporter au

droit romain ; cette démarche nécessaire au juriste français, s'impose également aux juristes des pays arabo-musulmans qui ont codifié cette branche du droit car, si l'influence romaine est variable selon les codes, elle est toujours prégnante dans ce domaine.

I - Quels sont ces pays et quel est le degré de « romanité » de leurs « codes civils » ?^v Sans être des copies du Code Napoléon, les premiers codes se situent franchement dans sa filiation et celle de ses épigones (codes italien, espagnol, allemand, suisses, polonais, grec...). Deux modèles serviront de parangon : le Code tunisien des obligations et des contrats et le Code civil égyptien.

Le Code des obligations et des contrats tunisien de 1906 est promulgué alors que le pays est sous le protectorat de la France. Il servira de modèle au Dahir formant Code des obligations et des contrats (D.O.C.) promulgué au Maroc en 1913 et au code mauritanien de 1989. Une autre construction très proche prendra en compte l'évolution de la doctrine et de la jurisprudence française ; il s'agit du Code des obligations et des contrats, promulgué au Liban en 1932 et dont le maître d'œuvre fut Josserand.

Le genèse du code égyptien est différente : le pays n'est plus protégé par une « puissance ». Il est pleinement souverain et veut se doter d'un droit national. Ce sera l'objet du Code civil promulgué en 1948 et élaboré par deux éminents juristes, Abdulrazak Sanhoury et Édouard Lambert. Cette construction qui est parfaitement fidèle dans sa structure et ses concepts fondamentaux à la technique juridique française et partant au droit romain, est perçue comme une œuvre « arabe » résolument moderne et rationnelle. Le code égyptien va devenir pour cette raison, le « modèle d'inspiration » de nombreux monuments législatifs réalisés au Moyen-Orient. La Syrie inaugure la démarche en se dotant dès 1949 d'un Code civil presque intégralement démarqué du modèle égyptien. La mythologie unitaire, – unicité communautaire, immanence de la Umma – conduisirent d'autres pays à suivre l'exemple égyptien. Le Code Sanhoury-Lambert, plus ou moins amendé, fut « translaté » par la suite en Irak (1951), en Libye (1953), au Soudan (1971), en Algérie (1975), au Koweït (1980), au Bahreïn (2001) et au Qatar (2004). En s'inspirant de cette œuvre pour élaborer leurs codes respectifs, ces pays ont reçu, à des

degrés divers, la tradition romaniste.

Tous ces codes, toutefois, y compris le Code civil égyptien, empruntent au modèle tunisien, dans la mesure où ils présentent, à l'instar de ce dernier, un caractère mixte plus ou moins marqué : dans ces différentes constructions, l'influence des droits européens, eux-mêmes greffés sur le *corpus juris civilis*, demeure prédominante dans le domaine des obligations et des contrats ; leur contenu est à peine tempéré par la présence de normes islamiques. Il y a là une véritable « mixité » qui a suscité un débat, nourri notamment par Sanhoury, chargé par le gouvernement irakien de présider à la genèse du code de 1951 : « La loi, souligne-t-il, est le produit de l'environnement et l'héritier de longues traditions et le *fiqh* islamique n'est en rien inférieur dans la pertinence et la primauté de la logique juridique aux autres traditions. Il serait donc incongru de l'écarter en faveur d'un droit étranger alors que l'on peut parvenir au même résultat en conservant notre héritage »^{vi}. Et de fait si le code irakien se présente formellement comme un recueil homogène, d'allure romano-germanique, il associe dans ses 1383 articles des dispositions classiques du droit musulman et des

règles issues de la tradition romano-germanique généralement empruntées au projet égyptien.

L'expérience irakienne a eu le mérite de démontrer que des institutions islamiques traditionnelles peuvent parfaitement être modernisées pour épouser les exigences de la vie moderne. On s'est notamment aperçu que le *fiqh* était à même de constituer une source féconde d'inspiration en matière civile. Forts de ce constat, certains pays décidèrent de tenter une refonte complète de leur droit civil basée principalement sur cet héritage^{vii}. L'objectif était de construire à partir de la jurisprudence islamique classique un modèle comparable aux codes élaborés à partir d'emprunts romano-germaniques. Ce fut notamment le cas de la Jordanie (1976), des Émirats Arabes Unis (1985) et du Yémen (2002). Désireux de redonner à leur tradition une place plus importante, ces pays se sont largement alignés sur les enseignements du droit musulman. Les rédacteurs de ces codes, sans rejeter en bloc toutes les règles susceptibles d'être puisées dans les législations occidentales, se sont principalement fondés sur les solutions exprimées par les premiers docteurs de l'Islam. Ils contiennent donc une majorité de dispositions entièrement dérivées du *fiqh*

islamique, et quelques dispositions romano-germaniques « compatibles » avec la *Shari'a*. Du *fiqh* islamique, on aurait en quelque sorte dégagé, un *corpus juris* proche des droits romano-germaniques puisque *de facto* les derniers monuments législatifs moyen-orientaux, notamment la codification émirati, révèlent de fortes ressemblances avec les constructions de première génération : le Code des obligations et contrats tunisien de 1907 et le Dahir marocain de 1912, tous deux imposés sous la contrainte et cependant par la suite reçus et assimilés par le corps social. Le temps aurait-il « naturalisé », comme le suggère H. Al-Dabbagh, ce droit venu de l'étranger ? Un élément de réponse est esquissé par la doctrine^{viii} : ces codes sont « de facture européenne » mais ils ont été assimilés parce qu'ils ne vont pas à l'encontre des dogmes du droit musulman. Cette compatibilité interpelle et il est nécessaire pour accéder à un éclairage rationnel de se pencher sur les modalités de la codification tunisienne de 1906.

II - Le code tunisien est le fruit d'un travail collectif élaboré sous la direction d'un juriste italo-tunisien, David Santillana^{ix}, assisté d'un magistrat français, Stéphane Berge, et de plusieurs

jurisconsultes de la Zitouna^x. Berge qui fut le principal translateur du code tunisien au Maroc sept ans plus tard^{xi} a pu imposer sans difficulté le modèle tunisien en éclairant la commission marocaine de codification sur le consensus qui s'était dégagé, avant la promulgation du code tunisien, entre juristes musulmans et européens, les uns et les autres estimant que les normes posées dans le document législatif présenté par Santillana étaient parfaitement adaptées aux constructions juridiques européennes et musulmanes. S. Berge fut le premier surpris qu'une conciliation aussi complète ait pu s'opérer entre praticiens de droits que l'on s'était habitués « à considérer comme disparates et contradictoires ». Il éclaire ainsi cette harmonie paradoxale : « il est... facile d'expliquer le résultat qui a été atteint. Lorsqu'il se produisit au sein de la commission musulmane... des objections pour l'adoption de tel ou tel principe juridique que l'avant-projet avait emprunté à des législations européennes, on chercha à les exprimer différemment, pour les faire accepter, et c'est dans le *Digeste* qu'on alla chercher de nouvelles rédactions. On eut alors la surprise de voir les jurisconsultes musulmans affirmer la parfaite orthodoxie des nouvelles formules qui leur étaient

proposées et de les retrouver textuellement dans les ouvrages les plus anciens de leurs docteurs. Ce fait se renouvela si souvent qu'il poussa à des recherches explicatives qui permirent de constater des phénomènes historiques jusqu'alors mal connus. On comprit que, lors de leur première invasion dans l'Asie mineure, les Arabes trouvèrent les populations soumises au droit romain du Bas-Empire. Peut-être leurs magistrats apprécieraient-ils à sa véritable valeur cet ensemble législatif ; ce qui est certain, tout au moins, c'est que, soit par admiration, soit par politique, ils s'en inspirèrent, dans les décisions qu'ils rendirent... Si donc les premiers docteurs de l'islam ont introduit dans leur propre droit des obligations et des contrats, alors en formation, la substance même du droit romain, on comprend que cette subtile assimilation et cet ingénieux travail de jurisprudence rendent possible un rapprochement avec d'autres droits qui, eux aussi, en Europe, ont beaucoup emprunté à Justinien... C'est un rapprochement de ce genre qui a été tenté par la commission tunisienne »^{xii}.

Cette origine prétendue romaine par les pères du Code des obligations et des contrats a choqué certains juristes musulmans qui ont farouchement refusé une telle analyse des sources.

On peut notamment citer la position de principe d'Allal El Fassi, professeur à la Karaouine, qui réfute absolument et *a priori* toute influence extérieure sur la loi islamique : « le *fiqh* est original dans sa création, dans ses sources et dans la pensée de ceux qui l'ont construit. Personne ne saurait honnêtement prétendre qu'il a subi l'influence d'un système étranger ou de concepts autres que musulmans... L'unique raison en est que les musulmans, obéissant aux ordres d'Allah, ne se sont pas crus autorisés à s'inspirer d'une loi étrangère et à l'amalgamer au *fiqh* »^{xiii}. Et l'auteur de préciser qu'il en est particulièrement ainsi du droit des contrats : « Il n'est pas d'exemple qu'une puissance européenne ait conquis un pays d'islam sans tenter d'en finir avec le droit musulman en matière de contrat... La raison en est que c'est la seule discipline qui constitue le lien entre les musulmans d'aujourd'hui et la pensée musulmane qui s'est échelonnée d'une façon continue depuis l'époque du Prophète jusqu'à nos jours et qu'elle est le corpus dont l'étude, la mise en œuvre et l'application sont de nature à faire impression sur l'esprit des populations, leur comportement et leur façon de voir l'avenir »^{xiv}.

Si l'on admet le point de vue d'Allal

El Fassi, comment dès lors expliquer les convergences manifestes entre droits européens et droit musulman ? Faut-il, par exemple, admettre que les deux corps de droit, le musulman et le romain, aient posé des normes similaires et que l'identité de nombreuses constructions juridiques est le fruit d'un hasard bienheureux, de deux évolutions parallèles vers une perfection commune ? Allal El Fassi ne le pense pas ; il estime que c'est au contraire le droit musulman qui constitue une source historique, une référence essentielle, mais aujourd'hui méconnue, des autres droits : « les droits occidentaux et même le droit romain, tel qu'il se présente aujourd'hui, ont tous subi l'influence du droit musulman et s'en sont inspirés par le truchement des glossateurs et des exégètes de l'École de Bologne et d'autres écoles européennes, qui étaient eux-mêmes imprégnés de la culture arabe à eux parvenue par l'Andalousie et d'autres pays. Le droit musulman ne peut, en particulier, être inspiré du droit romain car les principes en ont été révélés au temps du Prophète sans qu'aucune allusion fût faite aux Romains ou à d'autres peuples. Les normes légales posées par le Coran et le Prophète étaient édictées à l'occasion des espèces qui se présentaient, des questions qui

étaient posées et des événements qui se produisaient. C'est sur ces bases qu'on a colligé le droit musulman à telle enseigne qu'il se présente comme un recueil de solutions jurisprudentielles (*a 'mal*) intervenues dans des matières diverses^{xv}.

Cette argumentation ne paraît pas fondée : l'ardeur de son inspiration néglige d'incontestables contradictions historiques. S'il est vrai, en effet, que c'est à partir du XI^e siècle que la « redécouverte » des compilations de Justinien, depuis longtemps oubliées en Occident, imprima au droit romain un nouvel et définitif essor, s'il est vrai que l'école des romanistes bolognais en assura la diffusion^{xvi}, le contenu des compilations et leur exacte datation sont aujourd'hui parfaitement connus^{xvii} ; leur antériorité de près d'un siècle à la loi islamique n'est donc pas discutable^{xviii}. L'un des principaux objets de la science romanistique n'est pas d'analyser les constructions juridiques issues du *Digeste*, mais au contraire d'en rechercher les altérations, qu'il s'agisse de passages « corrompus » (les *loci corrupti*) par des fautes de scribes, de gloses préjustiniennes et surtout d'interpolations, c'est-à-dire de passages volontairement altérés par les commissaires de

Justinien afin d'adapter le droit du Bas-Empire aux formulations de l'époque classique^{xix}. Le fait, par ailleurs, que le droit musulman soit présenté « comme un recueil de solutions jurisprudentielles intervenues dans des matières diverses » ne saurait constituer un argument permettant d'écarter l'influence de normes romaines préexistantes, puisque les cinquante livres du *Digeste* sont également et strictement composés de fragments empruntés aux jurisconsultes classiques, interpolés le cas échéant pour faciliter leur adaptation au contexte nouveau. La filiation entre les deux corps de droit serait, de ce point de vue, non seulement fondée mais également formelle. D. Santillana avait ainsi pu relever « de très nombreuses reproductions textuelles du *Digeste* » présentées

dans les recueils de jurisprudence musulmane et dans les œuvres subséquentes des commentateurs « comme des solutions des premiers cadis et des axiomes de droit musulman »^{xx}.

Il est donc plus conforme à la logique d'admettre la pénétration du droit musulman du premier siècle par certaines normes romaines dans la mesure où ces dernières n'allaient pas à l'encontre des règles révélées dans le Coran, dégagées de la *Sunna* ou posées par l'*idjma*'. L'entente des docteurs et des jurisconsultes de l'islam, amalgamant la tradition et une pratique dont on avait pu oublier ou méconnaître l'origine étrangère, mais dont on reconnaissait le bien fondé, conféra à la solution juridique qu'ils admettaient une véritable force dogmatique. Tel

est sans doute le cheminement qui conduisit le droit du Bas-Empire à une intégration insensible dans le droit musulman.

Le droit des obligations et des contrats codifié dans les pays arabo-musulmans doit donc être considéré comme partiellement mais directement issu du droit romain dès lors qu'il procède d'un emprunt direct au *fiqh* ; il est, en revanche, indirectement et partiellement romanisé s'il procède d'un emprunt aux codes civils européens.



L'Université de Sharjah

Notes : ↗ retour au texte

- ⁱ ↗ J. Maury, « Rapport sur le Code civil français et son influence dans le bassin méditerranéen, l'Orient, l'Extrême-Orient », dans *L'influence du Code civil dans le monde. Travaux de la Semaine Internationale de droit, Paris, 1950*, publiés par l'Association Henri Capitant pour la culture juridique française et la Société de Législation Comparée, Paris, 1954, p. 828.
- ⁱⁱ ↗ Harith Al-Dabbagh, « Le droit comparé comme instrument de modernisation : l'exemple des codifications civiles des États arabes du Moyen Orient », 2013, *R.D.U.S.*, n° 43, p. 347-441.
- ⁱⁱⁱ ↗ Cf. notamment Jacques Lafont, « L'empire ottoman et les codes occidentaux », dans *Droits. Revue française de théorie juridique*, n° 26, 1997, p. 51-69.
- ^{iv} ↗ H., L. et J. Mazeaud et F. Chabas, *Obligations. Théorie générale*, 9^e éd., Paris, Montchrestien, 1998, p. 17-18.
- ^v ↗ On peut utilement renvoyer à Jean-Marc Mousseron, « La réception au Proche-Orient du droit français des obligations », *R.I.D.C.*, 1968, n° 1, p. 37-78 ; et à Harith Al-Dabbagh, « Quelques aspects de l'imprégnation du droit des obligations des pays arabes par la culture juridique civiliste », *Revue de l'ERSUMA : Droit des affaires-Pratique Professionnelle*, n° Spécial IDEF - Mars 2014, *Les systèmes de droit civil des pays du Sud*.
- ^{vi} ↗ Discours d'ouverture des travaux de la troisième commission chargée du projet, le 30 août 1943, cité, entre autres, par H. Al-Dabbagh, « Quelques aspects de l'imprégnation du droit des obligations... », art. cité.
- ^{vii} ↗ H. Al-Dabbagh, « Quelques aspects de l'imprégnation du droit des obligations... », art. cité.
- ^{viii} I ↗ *bid*.
- ^{ix} ↗ Florence Renucci, « David Santillana, acteur et penseur des droits musulman et européen », dans *Monde (s)*, Presses universitaires de Rennes, 2015, n° 7, p. 25-44.
- ^x ↗ Travaux les plus récents dans Fouzi Rherrousse, *Le livre jubilaire. Centenaire du Dahir formant Code des Obligations et Contrats* (dir.), Oujda, éd. de l'université, 2017.
- ^{xi} ↗ François-Paul Blanc, « Le Dahir formant Code des obligations et des contrats (D.O.C.). Genèse, contenu, portée », *R.F.M.D.*, n° 9, 2001, p. 141-166.
- ^{xii} ↗ Stéphane Berge, *Codes et lois en vigueur dans le Protectorat français du Maroc*, Paris, Impr. nat., 1918, p. 293 ; Stephen Pichon et Antony Ratier, « Rapport au président de la République », *B. O*, n° 46 du 12 sept. 1913, p. 2 ; M. Grünebaum-Ballin, « Rapport sur les travaux de la Commission d'organisation judiciaire du protectorat français du Maroc », *B. O*, n° 46 du 12 sept. 1913, p. 4.
- ^{xiii} ↗ Allal El Fassi, *Défense de la loi islamique* (trad. Ch. Samara), Casablanca, impr. Dar el-Beida, 1977, p. 81.
- ^{xiv} ↗ *Ibid.*, p. 84.
- ^{xv} ↗ *Ibid.*, p. 85-86.
- ^{xvi} ↗ Jean Gaudemet, *Institutions de l'Antiquité*, Paris, Sirey, 1967, p. 778, n° 607.
- ^{xvii} ↗ La première édition du *Code* est de 529, la seconde de 534 ; les *Institutes* furent promulgués le 25 novembre 533 et le *Digeste* le 15 décembre de la même année. Pour l'histoire des compilations, cf. notamment André-Edmond Giffard, *Précis de droit romain*, 3^e éd., Paris, 1938, p. 71-80, n° 118-129.

- xviii ⬆ Pour un positionnement du Coran au regard du *corpus juris civilis*, cf. François-Paul Blanc, *Le droit musulman*, Paris, Dalloz, 1995, p. 1.
- xix ⬆ A.-E. Giffard, ouvr. cité, p. 77-78, n° 126-128.
- xx ⬆ S. Berge, *Codes et loi...*, ouvr. cité, p. 293. Tous les emprunts aux pandectes sont spécifiés dans D. Santillana, *Istituzioni di diritto malichita con riguardo anche al sistema ciafiita*, Rome, 2^{ème} éd., Istituto per l'Oriente, 1938, 2 vol.



The Dubai Mall



Séance 2

Les interactions entre les systèmes juridiques

Sous la Présidence du Professeur Faysal Benhalilou

Professeur Faysal Benhalilou Université de Sharjah

Président de la séance



**Les Professeurs Ali Ahmed Al Mehdawi , Faysal Benhalilou, Harith Al Dabbagh et Adnan Sarhan,
Lors de la signature de la convention de coopération entre l'Université de Sharjah et l'IDEF, le 9 mai 2016, à Sharjah**



Julie Boyer

La *Common law*, source d'inspiration du droit des pays arabes ?

Introduction

L'impact de la *common law* sur les différents pays dont la jurisprudence a fait l'objet d'une analyse lors de ce congrès est double.

1. D'une part, il y a une absence notable de la *common law* dans la plupart des pays (notamment au Maghreb).

En effet, les pays ici étudiés, notamment l'Egypte, la Tunisie, l'Algérie, le Maroc et le Liban, se trouvent largement marqués par le système juridique français tant dans la forme que dans le fond.

Ces différents pays ont en effet adopté un droit écrit, dont le droit des contrats se trouve codifié de manière systématique dans un code civil ou code des obligations : la Tunisie en 1906, le Maroc en 1913, le Liban en 1932, l'Egypte en 1948, l'Algérie en 1975 ont donc tous adopté une codification largement inspirée du modèle français.

De même, les règles en matière contractuelle se rapprochent, sans hésitation possible, de la tradition de droit civil que l'on retrouve au moment de la formation, de l'exécution ou de l'inexécution du contrat. Ce constat n'est pas surprenant quand on sait que certains des rédacteurs de ces codes étaient eux-mêmes d'éminents juristes français : Louis Josserand pour le Code des obligations et des contrats libanais ou encore Edouard Lambert travaillant au côté d'Abdulrazak Sanhoury pour le Code civil égyptienⁱ.

Les mêmes principes irriguent donc le droit du contrat si bien qu'une uniformisation entre ces différents pays semble aller sans encombre.

2. D'autre part, la présence plus marquée de la *common law* dans certains pays d'Afrique (au Soudan notamment) et du Golfe arabe fait contrepoids à la tradition civilisteⁱⁱ.

Julie Boyer poursuit sa formation de chercheur à l'Université du Luxembourg depuis 2016. Avant de rejoindre cette université, elle a obtenu sa licence à Paris II, son master 1 à Oxford et son Master II à Paris 1. Intéressée par le droit comparé notamment entre la *common law* britannique et le droit civil, elle poursuit aujourd'hui un doctorat en droit comparé des contrats à l'Université du Luxembourg sous la direction du Pr. André Prüm. Elle dispense également avec ce dernier le cours de Droit transnational des contrats.

Cette influence, du fait de la présence britannique grandissante à partir du XIX^{ème} siècle dans le Golfe persique, était d'ores et déjà marqué par une volonté économique de contrôler la route des Indes et de développer les activités liées à la merⁱⁱⁱ.

Néanmoins, un frein a été mis à la *common law* par les différentes codifications inspirées du Code civil égyptien de 1948^{iv}, lui-même fidèle à tradition juridique française^v. Ces codifications tardives, allant entre de la fin du XX^{ème} et le début du XXI^{ème} siècle^{vi}, n'ont cependant pas complètement effacé la trace de la *common law*.

Sa présence, au contraire, est patente. Au Soudan par exemple, l'adoption d'un code civil largement inspiré du Code civil égyptien a fait l'objet de vives critiques^{vii}. Quelques années après son adoption seulement, il est par ailleurs abandonné et préféré à un code islamisé. De plus, la mise en place de nouvelles institutions prônant la *common law* marquent un regain d'intérêt pour cette famille juridique. Tel est le cas par exemple aux Emirats Arabes Unis avec l'instauration des International Financial Center Courts à Dubai^{viii} ou encore des cours régulatrices des marchés

financiers à Abu Dhabi (Abu Dhabi Global Market courts)^{ix}.

Il apparaît néanmoins qu'il existe un fond juridique arabe commun à l'ensemble de ces pays. Il est marqué par un triple particularisme : une prédominance du droit civil, un regain d'intérêt pour la *common law*, et un héritage islamique important.

La question est donc de savoir si ces caractéristiques singulières risquent d'être préjudiciables à la construction et au rayonnement d'un droit arabe harmonisé des contrats.

Il n'est pas question ici de dresser un tableau exhaustif des différences juridiques qui viendraient entraver un projet d'harmonisation. Néanmoins, il est intéressant de mettre en lumière certaines pierres d'achoppement dont le surpasement nécessiterait une réflexion dans le cadre d'une harmonisation des règles régissant les relations contractuelles entre des acteurs de traditions juridiques différentes.

Les trois moments importants de l'existence d'un contrat doivent évidemment être mis en exergue. Tout d'abord, au moment de la formation

du contrat, plusieurs obstacles pourraient empêcher celui-ci de se former et l'échange économique d'avoir lieu (I). En outre, les parties pourraient avoir une solution différente quant à l'appréciation des événements survenant lors de l'exécution du contrat (II). Enfin, du contentieux de l'inexécution contractuelle, plusieurs enseignements doivent être tirés du clivage actuel entre droit civil et *common law* (III).

I. La formation du contrat

Le contrat en *common law* doit être conçu comme un échange économique entre les parties, un « *bargain* ». La position des parties est donc plus largement pragmatique qu'en droit civil. Cette vision du contrat se voit au travers du processus de formation, moment ô combien sensible pour la mise en place des relations contractuelles.

a. La rencontre des volontés et les négociations

La rencontre des volontés en droit anglais est frontale. En effet, il n'y existe pas de principe de bonne foi^x. Ainsi, un accord portant sur une obligation de négocier de bonne foi avec son partenaire est considérée comme inexécutable parce

qu'inévitablement incertain et incohérent avec les positions antagonistes des parties^{xi}.

Cette conception est à l'opposé de celle adoptée en droit civil sur la question. En parallèle au principe de liberté contractuelle, se trouve l'obligation, nouvellement codifiée à l'article 1104 du Code civil français, de négociier, former et exécuter de bonne foi le contrat. Codification des solutions jurisprudentielles établies, l'article 1112 rappelle également que l'initiative, le déroulement et la rupture des négociations précontractuelles sont libres mais qu'elles doivent tout de même satisfaire au principe de bonne foi. Ce principe cardinal est donc dorénavant codifié non seulement pour la phase d'exécution du contrat mais également pour celle précontractuelle.

Ainsi, là où certains abus pourront être sanctionnés aussi bien dans la conduite que la rupture des pourparlers et donner lieu à des dommages-intérêts, un contractant anglais se retrouvera sans réparation. Cette solution pourrait éveiller la défiance de contractants de tradition civiliste ne souhaitant pas être soumis à une telle rigueur, mais également celle de contractants de tradition de *common law* craignant de se voir liés dès la phase précontractuelle.

Cependant, ce propos peut être fortement nuancé. En effet, il reste possible pour la partie lésée de démontrer une fraude (« *tort of deceit* ») ou une négligence (« *tort of negligence* ») et d'obtenir une réparation sur l'un de ces fondements. En outre, il y a ici une différence entre les juges anglais et ceux appartenant à d'autres juridictions de *common law*. En ce sens, les juges, notamment américains et australiens, reconnaissent plus largement le principe de bonne foi mais au moment de l'exécution du contrat. Ce principe a par ailleurs été codifié en droit américain dans l'*Uniform Commercial Code*^{xii}. Il s'agissait là du résultat de l'importation de la notion allemande « *Treu und Glauben* » par le juriste américain Karl Llewellyn, l'un des principaux auteurs de la codification, influencé par Rudolf von Jhering.

Récemment une cour de première instance anglaise semble avoir reconsidéré légèrement sa position^{xiii}. En effet, un juge y rejeta l'argument que le principe de bonne foi était trop incertain. Soumis à une appréciation objective, celui-ci ne ferait que donner ainsi effet à la conduite attendue d'hommes d'affaires « raisonnables et honnêtes »^{xiv}. Toutefois, cette solution est

également limitée au moment de l'exécution du contrat et n'a pas été suivie de manière unanime^{xv}.

b. La détermination du consentement

Dans la même lignée, il existe en droit civil une obligation précontractuelle d'information. Cette solution a été codifiée par le nouvel article 1112-1 du Code civil français. Cet article fait le lien avec les vices du consentement (erreur et dol) si le manquement à ce devoir venait à altérer le consentement de la partie victime.

En *common law*, en revanche, l'image est toute autre. Le vendeur ne connaît pas une telle obligation d'information et l'acheteur porte le poids et le risque de sa propre connaissance. *Caveat emptor* : « *Let's the buyer beware !* ». Ainsi, dès lors que la partie ne procède pas à un « *statement* », une déclaration dans le contrat, elle sera libre de toute obligation et protégée contre toute allégation de réticence dolosive (doctrine de la « *misrepresentation* »), à moins là encore de démontrer une fraude ou une négligence. Il n'existe donc pas de théorie générale des vices du consentement comme il peut en exister en droit civil et que l'on retrouve dans l'ensemble des pays du Maghreb.

Une fois de plus, il y a une différence entre les droits anglais et américain, où il a déjà été jugé que la réticence d'informations cruciales au sujet du bien vendu pouvait constituer un manquement à une obligation de bonne foi^{xvi}. La cour, pour se faire, utilise la doctrine de « *utmost good faith* » ou « *uberrimae fidei* ». Cependant, elle est appliquée particulièrement à certains types de contrats, c'est-à-dire ceux dans lesquels existe une relation particulière entre les parties : contrats d'assurance, de partenariat, ou encore de succession^{xvii}. Il ne s'agit donc pas d'un principe d'application générale.

c. La rédaction du contrat

Le rejet des principes directeurs précités, fondés sur un certain socialisme contractuel, n'est pas surprenant de la part de la *common law*. Le juge anglais est certes créateur de droit mais n'entreprend ce travail de création que lorsqu'il s'y trouve contraint. Il se refuse bien souvent à intervenir dans la loi que les parties ont voulu s'imposer.

Ces deux différences notoires que nous avons pu évoquer se retrouvent dans le processus de

rédaction du contrat. Les termes du contrat jouent en *common law* un rôle primordial. En l'absence de devoirs de bonne foi ou d'information, les clauses contractuelles doivent explicitement établir les obligations réciproques de chacune des parties. De plus, la rigueur des doctrines de l'erreur et du dol (« *mistake* » et « *misrepresentation* ») oblige les parties à agir avec diligence et à incorporer dans le contrat les déclarations tenues par chacune d'elles afin d'en garantir la véracité. Ces garanties contractuelles (« *warranties* ») permettent aux contractants de s'assurer que chacune des parties portera le risque de ses déclarations. Enfin, la sévérité de la doctrine de l'imprévision (« *frustration* ») contraint les parties à prévoir non seulement les éléments affectant la formation du contrat mais également ceux pouvant intervenir au moment de l'exécution.

II. L'exécution du contrat

En droit civil, au moment de l'exécution, le principe de la force obligatoire du contrat conduit à l'intangibilité des conventions conclues. Ainsi, sauf nouvel accord de volonté, le contrat restera efficace sans qu'il ne soit possible pour l'une ou l'autre des parties ou pour le juge d'en modifier

l'économie ou la substance. Dans ce contexte, il peut arriver que l'inexécution devienne particulièrement onéreuse pour l'une des parties. Ce changement de circonstances imprévu vient bouleverser l'équilibre originel du contrat. Le débiteur subit dès lors une situation d'excessive onérosité de ses obligations.

En *common law*, les juges ont accepté, en premier lieu dans des termes très stricts, de remédier à cette situation en utilisant le concept de la « *frustration* », traduite en droit français par la théorie de l'imprévision^{xviii}. Développée au fil des décisions^{xix}, cette doctrine permet au débiteur de se libérer de ses obligations lorsqu'un événement imprévu survient, changeant la nature même de l'engagement pour lequel celui-ci avait contracté. En quelque sorte, l'obligation, dans ces nouvelles circonstances, n'est plus ce qu'elle était^{xx}.

La théorie de l'imprévision a été constamment rejetée par la Cour de cassation française^{xxi}. Cette solution a par ailleurs été suivie par exemple au Liban où il a été jugé qu'elle n'avait pas de fondement juridique^{xxii}. Les solutions alternatives utilisées par les parties et les juges telles que le délai de grâce^{xxiii}, les clauses d'adaptation ou de renégo-

gociation, les notions de cause^{xxiv} ou de bonne foi^{xxv}, n'étaient pas équivalentes à une adoption de l'imprévision.

Assez remarquable, la théorie de l'imprévision a été cependant codifiée en Egypte. En effet, son article 147, alinéa 2 prévoit la possibilité pour le juge d'apprécier les événements imprévus^{xxvi}. A l'instar du juge anglais, le juge égyptien n'a pas carte blanche et ne pourra intervenir qu'en présence d'événements imprévus provoquant un « déséquilibre significatif menaçant [...] le débiteur »^{xxvii}. Le juge vient dès lors rétablir l'équilibre entre les parties.

Cette solution existe désormais à l'article 1195 du Code civil français^{xxviii}. Il reste intéressant de noter que le droit égyptien n'en avait pas moins, avant la réforme française, adopté une solution a priori de *common law*.

Si la formation et l'exécution du contrat peuvent d'ores et déjà être pavées de difficultés, celles-ci se manifestent avec d'autant plus d'acuité lors de son inexécution.

III. L'inexécution du contrat

En cas d'inexécution contractuelle, une décision sera rendue par le juge ou l'arbitre compétent tranchant le litige. Ce jugement ou cette sentence pourrait devoir être exécutée à l'étranger. L'exequatur fait donc partie intégrante de la question de l'harmonisation du droit aujourd'hui. En effet, il faut questionner la reconnaissance des jugements et des sentences arbitrales par les juridictions devant appliquer une solution venant d'un droit étranger.

En matière de reconnaissance des jugements et sentences, l'ordre public est l'argument de défense le plus discuté. Il est un mécanisme de droit international privé permettant au juge de l'exequatur d'évincer une loi étrangère, désignée par la règle des conflits de lois ou le choix des parties au contrat, lorsque celui-ci estime que son application heurterait les valeurs fondamentales défendues par la société à laquelle il appartient. Prévu aussi bien en droit civil qu'en *common law*, nous pouvons noter quelques décisions où ordre public et droit des contrats se rencontrent.

La problématique de la bonne circulation des

jugements et des sentences rendus par des pays de traditions juridiques différentes se pose, tant pour le droit civil que pour la *common law*.

a. La reconnaissance des jugements étrangers et des sentences arbitrales étrangères par les juridictions de Common law

Il souvent rappelé par le juge anglais que l'ordre public constitue l'une des exceptions au caractère exécutoire des décisions étrangères^{xxix}.

Cependant, favorables à la reconnaissance des jugements et sentences arbitrales, les juges de *common law* adoptent une appréciation stricte de l'existence d'une violation de l'ordre public. Ainsi, seule une « indifférence » (« *disregard* ») manifeste vis-à-vis de la loi applicable justifie l'annulation de la sentence^{xxx}. L'appréciation de l'indifférence est strictement encadrée et implique plusieurs éléments. Tout d'abord, la règle doit être explicite et clairement applicable. Une simple erreur n'est pas suffisante : elle doit avoir été évidente et immédiatement perceptible par toute personne qualifiée pour être arbitre. Enfin, le terme d'indifférence implique qui plus est un critère intentionnel : l'ignorance de la règle doit avoir été délibérée.

En mars 2017, une décision d'une cour d'appel américaine (District of Columbia)^{xxxii}, se prononçant dans le cadre d'un contrat de concession portuaire, a refusé d'appliquer une sentence arbitrale qui avait été annulée sur le fondement du manquement du tribunal arbitral à sa mission^{xxxiii}. La société ayant obtenu la sentence en sa faveur tentait de la faire appliquer aux Etats-Unis. La question était donc de savoir si les juges américains se devaient de prendre en compte cette sentence annulée ou au contraire la décision d'annulation subséquente la concernant. L'examen de la violation de l'ordre public international américain portait donc sur la décision d'annulation. Répondant par la négative^{xxxiii}, une approche stricte a été retenue par les juges, ces derniers reconnaissant que le standard posé est difficilement atteignable^{xxxiv}.

Cependant, malgré ce test d'une exigence particulière et la volonté de favoriser la circulation des jugements étrangers et des sentences arbitrales, a été jugé par exemple, par la District Court de Géorgie^{xxxv}, le refus d'accorder l'exequatur à une décision d'un tribunal arbitral en ce qu'elle appliquait une clause pénale comportant donc une peine et non pas seulement une réparation du

préjudice subi. La cour y reconnaissait la validité d'une clause prévoyant un ajustement du prix des biens vendus (en l'espèce, du fil métallique) au prix du marché. Son application donnait lieu à des dommages-intérêts du fait des paiements insuffisants de la part de la société américaine, auxquels les arbitres avaient appliqué le taux d'intérêt légal français (5%). Il a été jugé que l'imposition de ce taux d'intérêt n'était pas compensatoire mais pénal et que cette quantification, contraire à l'ordre public, ne saurait être exécutée^{xxxvi}.

Dans la même lignée, a été exclue l'exequatur d'une sentence arbitrale qui avait reconnu valable un contrat d'achat de tapis exportés illégalement d'Iran^{xxxvii}.

Plus encore, dans une affirmation de sa compétence, la High Court anglaise a récemment reconnu dans une affaire mêlant plusieurs juridictions (américaine, anglaise et suédoise) qu'une décision d'une autre cour quant à l'application d'un jugement étranger ne crée pas une préclusion (« *estoppel* »)^{xxxviii}. Elle affirme la distinction entre les différentes interprétations quant à la notion d'ordre public international^{xxxix} et de fait toute l'étendue de sa compétence.

b. La reconnaissance des jugements étrangers et des sentences arbitrales étrangères par les juridictions de droit civil

En droit civil également, l'ordre public est une notion mouvante, utile au juge du for. Des conditions requises pour qu'un jugement étranger obtienne l'exequatur en dehors de toute convention internationale^{xl}, elle est celle présentant les plus grandes difficultés.

Cependant, l'ordre public a souvent été utilisée afin de témoigner de la confiance mutuelle entre les juges nationaux. En matière de procédure notamment, la reconnaissance des injonctions anglaises appelées « *mareva injunctions* » ou encore « *freezing orders* » a été prononcée par les juridictions françaises car cette ordonnance, relevant du droit privé et non du droit pénal, n'est pas contraire à l'ordre public international du fait de l'absence d'atteinte au respect des droits de la défense^{xli}. Elle la distingue ainsi des « *anti-suit injunctions* » en ce que la compétence de l'État ne se trouve pas limitée par une ordonnance étrangère. Concomitamment à la reconnaissance des injonctions Mareva, la Cour est même allée jusque reconnaître les jugements par défaut anglais^{xlii}.

Sur le fond, l'examen de l'ordre public a parfois donné lieu à des décisions de refus d'exécution aux conséquences drastiques. A titre d'exemple, a été jugé l'inapplicabilité d'une décision américaine prévoyant l'octroi de dommages-intérêts punitifs^{xlili}. En l'espèce, un couple domicilié en Californie avait acheté un bateau auprès d'un vendeur français ayant frauduleusement dissimulé les défauts du bien vendu. Le refus de la Cour d'appel de Poitiers^{xliv}, dont le jugement était contesté devant la Cour de cassation, se fondait sur l'incompatibilité de cette décision avec le principe de réparation intégrale ainsi que celui de l'interdiction de l'enrichissement sans cause tout incorporés comme notions d'ordre public. Cette solution a posé un débat. Nous pouvions y voir une extension de l'ordre public qui aurait pu être dommageable à la libre circulation des jugements. La Cour de cassation, moins loquace, reconnaît cependant que si une condamnation à des dommages-intérêts n'est pas *per se* contraire à l'ordre public, un montant disproportionné peut quant à lui l'être^{xlv}.

Au Nigéria, pays africain de droit civil, en matière d'admission de la preuve, l'exequatur d'une décision de la High Court anglaise du 31 juillet 2012 a été refusée car elle avait admis la

recevabilité de la preuve d'une dette d'une partie par ouï-dire (« *hearsay* »). Cette solution a été jugée contraire au droit constitutionnel nigérian^{xlvi}.

Du fait de la même politique de reconnaissance et d'exécution des sentences arbitrales, la France reconnaît assez largement l'application de sentences même lorsque celle-ci semble violer une disposition impérative^{xlvii}. Dans un attendu aussi concis que tranchant^{xlviii}, la Cour de cassation établit que le juge de l'exequatur français se doit donc de contrôler strictement le caractère « flagrant, effectif et concret de la violation alléguée ».

c. Les conclusions des décisions

Que peut-on conclure de ces décisions ? Le fait que les jugements ou sentences arbitrales soient rendues selon des droits de traditions différentes semble parfois en bloquer l'admission et l'exécution. Même si l'existence de conventions telles la Convention de New York de 1958^{xlix} en arbitrage ou encore de règlements européens pour l'admission et l'exécution des jugements^l ont facilité ces reconnaissances, elles se heurtent néanmoins la notion d'ordre public permettant au juge du for d'exercer son contrôle. Malgré une

volonté des Etats de faciliter ces exécutions transfrontalières, il n'en reste pas vrai que dès lors que la contrariété est trop flagrante, le jugement ou la sentence ne seront pas admis. Les décisions relatives aux dommages-intérêts punitifs, à la clause pénale ou aux questions de procédure le démontrent bien en matière contractuelle. En outre, le juge anglais semble plus enclin à réaffirmer son pouvoir de contrôle. Une telle position si elle venait à être maintenue en matière contractuelle pourrait augmenter les coûts en cas d'inexécution de contrats transnationaux.

La question du fond commun de règles est donc primordiale. Si la prédominance de la tradition civiliste venait à se solder par un risque de non circulation des jugements ou des sentences, notamment du droit civil vers la *common law*, cette caractéristique est susceptible de faire obstacle à la dynamique d'harmonisation puis d'intégration des pays arabes.

IV. Les clés de réponse

Près de 25 ans après la mise en place de l'Organisation pour l'Harmonisation en Afrique du

Droit des Affaires, nous pouvons tirer des leçons de cette entreprise d'harmonisation au cœur de laquelle, même si le droit civil domine, la question de la coexistence se pose.

En effet, face à la coexistence entre les droits africain, civil et de *common law*, les problématiques de l'harmonisation et de l'intégration manifestent encore aujourd'hui avec insistance pour cette Organisation. Bien qu'en majorité civiliste, si l'OHAHA veut tendre à une plus grande visibilité sur le continent africain et à l'international, un travail de coopération avec des pays africains anglophones devrait se mettre en place. Le constat n'est pas nouveau^{li}. Au Ghana par exemple le dialogue est ouvert^{lii}.

L'OHAHA a fait le choix d'un encadrement par un droit conventionné établi par un Traité^{liii} suivi d'Actes Uniformes. L'article 10 de ce Traité prévoit notamment un effet abrogatoire en disposant que « Les Actes uniformes sont directement applicables et obligatoires dans les Etats Parties nonobstant toute disposition contraire de droit interne, antérieure ou postérieure ». La Cour Commune de Justice et d'Arbitrage (CCJA) en assure l'interprétation ainsi que celle des Actes Uniformes^{liv} et sa

jurisprudence fait figure d'autorité pour les cours des Etats Parties^{lv}. La solution adoptée par l'Organisation n'est pas s'en rappeler l'architecture de l'Union Européenne.

L'Union Européenne est l'archétype d'une institution empreinte d'un multiculturalisme juridique. Par un droit supranational réglementé, elle parvient à assurer une coexistence de ces traditions. Ainsi, la loi des parties n'échappe pas à son autorité^{lvi}. Cependant, la situation post-Brexit appelle à se questionner sur les limites de cette union. Ce cas de figure est celui que toute institution internationale veut éviter, la sortie d'un de ces Etats Membres. Pour y parvenir, l'harmonisation « raisonnée », c'est-à-dire prenant en compte l'ensemble des traditions juridiques, est nécessaire.

Conclusion

Le dialogue entre *common law* et droit civil n'est pas toujours évident. Le droit comparé est venu l'apaiser. Depuis 2002, la Banque Mondiale dans ses rapports *Doing Business* dit vouloir refléter, par des données quantitatives, la comparaison des différents cadres réglementaires

en fonction de leur efficacité économique. Sacrée comme vecteur de promotion dans le monde des affaires, la *common law* a placé les pays l'adoptant en haut du classement. Dans le rapport *Doing Business 2018*, la France n'apparaît qu'en 31^{ème} position, devancée par les Emirats Arabes Unis (21^{ème}). Le Luxembourg est placé en 63^{ème} position rapidement rattrapé par Bahreïn (66^{ème}), le Maroc (69^{ème}) ou encore Oman (71^{ème}).

Malgré ces classements lapidaires, l'OHAHA s'est orientée vers une approche manifestement francophone et civiliste. Ce choix n'a pas empêché la plupart de ses Etats Parties de progresser dans le classement *Doing Business* ou de développer des partenariats avec des pays de *common law*^{lvii}. Ainsi, le cas de l'OHAHA est source d'inspiration. Elle a certes marqué sa volonté de promouvoir le droit civil à un moment où le choix de sa défense ne paraît pas évident. Néanmoins, l'hégémonie du droit civil est remise en cause à l'heure où se pose la question de l'intégration d'un plus grand nombre de pays africains de *common law*. De plus, la question de l'exequatur prouve bien qu'une solution d'adoption d'une seule tradition juridique n'assure pas une meilleure intégration des pays faisant ce

La *Common law*, source d'inspiration du droit des pays arabes ?

Par Julie Boyer

choix.

Dire non au « *bashing* » du droit civil que la Banque Mondiale semble volontairement avoir mis en place, sans pour autant rejeter en bloc les avancées possibles que nous pourrions tirer de la *common law* : tel devrait être l'objectif à long terme. A ce titre, les pays arabes pourraient être un énième essai de transnationalisation du droit. La présence significative du droit civil dans la jurisprudence de la majorité des pays arabes manifestent de l'existence d'une autre entité, culture, force juridique face à la *common law* mais appelle également à réfléchir à l'actualité du droit civil et à sa place face à un système largement reconnu comme « *business friendly* ». A tort ou à raison, seule la comparaison sur le long terme nous le dira. Mais ce fond commun du droit civil ne doit pas fermer la porte à la *common law*. Rappelons-nous l'échec éprouvé par le droit soudanais. Elle permet au contraire d'ouvrir le débat de l'harmonisation en ne perdant pas de vue la nécessité de favoriser l'application d'un certain droit en dehors de ses frontières et ce notamment par la circulation des jugements et sentences arbitrales.

Le droit français l'a par ailleurs compris. Des mots de notre Ministère de la Justice, nous savons que le droit français a voulu se rapprocher du droit anglais. Dans sa réforme de 2016, une ouverture aux règles de *common law* a clairement été démontrée : théorie de l'imprévision, interprétation du contrat, limites à l'exécution forcée en nature. Le législateur français a utilisé la *common law* pour améliorer un droit national considéré comme vieillissant. Dans le même sens, le Professeur Al-Dabbagh rappelle que dans le Code civil irakien se trouve un article disposant qu'« il est hors de doute que les dispositions de la loi peuvent varier avec le temps » (art. 5)^{lviii}. La précellence du droit civil dans la jurisprudence des pays arabes ne faisant guère de doute, ces derniers ne doivent cependant pas manquer le rendez-vous de la modernisation.

L'Université de Sharjah



Notes : ↑ retour au texte

- ⁱ ↑ H. AL-DABBAGH, « Quelques aspects de l'imprégnation du droit des obligations des pays arabes par la culture juridique civiliste », *Revue de l'ERSUMA : Droit des affaires - Pratique Professionnelle*, N° Spécial IDEF - Mars 2014, *Les systèmes de droit civil des pays du Sud*.
- ⁱⁱ ↑ Les systèmes juridiques dans la région du MENA, accessible : http://www.jurispolis.com/dt/mat/dt_mena2.htm.
Remarque : ce propos est préliminaire dans l'attente des rapports de jurisprudence des Emirats Arabes Unies, de Bahreïn, de l'Irak, de la Jordanie et du Soudan.
- ⁱⁱⁱ ↑ A. BOURGEY, « L'histoire des Emirats arabes du Golfe », *Herotode*, 2009/2, n°133.
- ^{iv} ↑ E. GLOBE, *Des justices en transition dans le monde arabe ? : Contributions à une réflexion sur les rapports entre justice et politique*, Centre Jacques-Berque, 2016, p.25.
- ^v ↑ H. AL-DABBAGH, « Quelques aspects de l'imprégnation du droit des obligations des pays arabes par la culture juridique civiliste », art.préc.
- ^{vi} ↑ 1971 puis 1985 au Soudan, 2001 à Bahreïn, 2002 au Yémen, 2004 au Qatar, et 2013 à Oman. Il faut noter que les Emirats Arabes Unis et l'Arabie Saoudite ne disposent pas de codes civils.
- ^{vii} ↑ M. I. KHALIL, « The Legal System of the Sudan », *The International and Comparative Law Quarterly*, Vol. 20, No. 4 (Oct., 1971), pp.624-644; Z. MUSTAFA, « Opting Out of the Common law: Recent Developments in the Legal System of the Sudan », *Journal of African Law*, Vol. 17, No. 2 (Summer, 1973), pp. 133-148.
- ^{viii} ↑ M. HWANG, « The Courts of the Dubai International Finance Centre — A *Common law* island in a Civil Law ocean », accessible : <https://www.difccourts.ae/2008/11/01/the-courts-of-the-dubai-international-finance-centre-a-common-law-island-in-a-civil-law-ocean/>
- ^{ix} ↑ Autorité des Marchés Financiers, « Abu Dhabi Global Market's Financial Services Regulatory Authority and the French Autorité des Marchés Financiers Link Up to Advance Financial Innovations and Efforts », *News Releases*, Octobre 2017, accessible : http://www.amf-france.org/en_US/Actualites/Communiqués-de-presse/AMF/annee-2017?docId=workspace%3A%2F%2FSpacesStore%2Fb498c2d8-3f47-49f5-b1d4-9ecec382f5b7
- ^x ↑ J. CARTWRIGHT, *An Introduction to the English Law of Contract for the Civil Lawyer*, 3rd edn, Hart Publishing, 2016, p.64-67.
- ^{xi} ↑ *Martin Walford v Charles Miles* [1992] ADR.L.R. 01 / 23, Lord Ackner: « The concept of duty to carry on negotiations in good faith is inherently repugnant to the adversarial position of the parties involved in negotiations. »
- ^{xii} ↑ § 1-304. « Obligation of Good Faith: Every contract or duty within the Uniform Commercial Code imposes an obligation of good faith in its performance and enforcement. »
- ^{xiii} ↑ *Yam Seng Pte Ltd v International Trade Corporation Ltd* [2013] EWHC 111.

xiv [↑] *Ibid.*, Leggatt J : « Although its requirements are sensitive to context, the test of good faith is objective in the sense that it depends not on either party's perception of whether particular conduct is improper but on whether in the particular context the conduct would be regarded as commercially unacceptable by reasonable and honest people. follows from the fact that the content of the duty of good faith is established by a process of construction which in English law is based on an objective principle. The court is concerned not with the subjective intentions of the parties but with their presumed intention, which is ascertained by attributing to them the purposes and values which reasonable people in their situation would have had. »

xv [↑] J. CARTWRIGHT, *An Introduction to the English Law of Contract for the Civil Lawyer*, *op. cit.*

xvi [↑] *New York Marine and General Insurance Company v Continental Cement Company LLC*, July 17th 2014, United States Court of Appeals, 8th Cir., N°. 13–2313.

xvii [↑] Black's Law Dictionary - "contract uberrimae fidei" : « [i]n a certain restricted

group of contracts good faith is peculiarly necessary owing to the relationship between the parties, and in these cases – known as contracts uberrimae fidei – there is a full duty to disclose material facts. The typical instance of such contracts is the contract of insurance.

Here the duty to disclose all material facts to the insurer arises from the fact that many of the relevant circumstances are within the exclusive knowledge of one party, and it would be impossible for the insurer to obtain the facts necessary for him to make a proper calculation of the risk he is asked to assume without this knowledge. »

xviii [↑] *Paradine v Jane* [1647] EWHC KB J5.

xix [↑] *Krell v Henry* [1903] 2 KB 740.

xx [↑] *Davis Contractors v Fareham Urban DC* [1956] APP.L.R. 04/19, Lord Radcliffe: « So, perhaps, it would be simpler to say at the outset that frustration occurs whenever the law recognizes that, without the default of either party, a contractual obligation has become incapable of being performed because the circumstances in which performance is called for would render it a thing radically different from that which was

undertaken by the contract. *Non haec in foedera veni*. It was not this that I promised to do. »

xxi [↑] Civ. 6 mars 1876, D. 76. 1. 193, note GIBOULOT.

xxii [↑] R. CABRILLAC, S. CABRILLAC, H. LECUYER, F. NAMMOUR, *Droit français – Droit libanais : Perspectives européennes et internationales*, Bruylant, 2006, p.122.

xxiii [↑] *Ibid.*, Art.1244 du Code civil français ou art. 115 du Code des obligations.

xxiv [↑] Cass. Com. 29 juin 2010, n° 09-67369.

xxv [↑] Cass. Com. 3 nov. 1992, n° 90-18547, RID. Civ. 1993 p.124, J. MESTRE.

xxvi [↑] Code civil égyptien, article 147 alinéa 2: « Toutefois, lorsque, par suite d'événements exceptionnels, imprévisibles et ayant un caractère de généralité, l'exécution de l'obligation contractuelle, sans devenir impossible, devient excessivement onéreuse de façon à menacer le débiteur d'une perte exorbitante, le juge peut, suivant les circonstances et après avoir pris en considération les intérêts des parties, réduire, dans une mesure raisonnable, l'obligation devenue excessive. Toute convention contraire est nulle. »

xxvii ↑ Cass, Ch. Civile, pourvoi n° 359 année judiciaire n°29, 10 mai 1962 : « L'intervention du juge en réduisant raisonnablement l'obligation excessive, est un permis qui ne peut être employé après avoir rempli certaines conditions, notamment il faut qu'il y ait un déséquilibre significatif menaçant la partie désavantageuse, le débiteur, d'une perte exorbitante. »

xxviii ↑ « Si un changement de circonstances imprévisible lors de la conclusion du contrat rend l'exécution excessivement onéreuse pour une partie qui n'avait pas accepté d'en assumer le risque, celle-ci peut demander une renégociation du contrat à son cocontractant. Elle continue à exécuter ses obligations durant la renégociation. En cas de refus ou d'échec de la renégociation, les parties peuvent convenir de la résolution du contrat, à la date et aux conditions qu'elles déterminent, ou demander d'un commun accord au juge de procéder à son adaptation. A défaut d'accord dans un délai raisonnable, le juge peut, à la demande d'une partie, réviser le contrat ou y mettre fin, à la date et aux conditions qu'il fixe. »

xxix ↑ *JSC VTB Bank v Skurikhin and others*

[2014] EWHC 271 : « The general common law rule as to the conclusiveness of a foreign judgements is subject to four material exceptions. It may be impeached (1) for fraud, (2) on the grounds that its enforcement would be contrary to public policy, (3) if the proceedings in which the judgement was obtained were contrary to natural justice, (4) if the judgements is in respect of a fine or other penalty. »

xxx ↑ *Bridas SAPIC v. Government of Turkmenistan*, No. 04-20842 (Court of Appeal, 5th Cir.).

xxxi ↑ *Getma International v. Republic of Guinea*, No. 16-7087 (D.C. Cir. 2017)

xxxii ↑ Le tribunal arbitral avait autorisé un accord entre les parties et les arbitres quant aux honoraires de ces derniers.

xxxiii ↑ *Ibid.*, « For us to intervene in this quintessentially foreign dispute, we would need to find the CCJA's annulment of the award to be repugnant to the United States's most fundamental notions of morality and justice. The district court held that Getma failed to satisfy that stringent standard, and we agree. »

xxxiv ↑ *Ibid.*, « “The standard is high, and

infrequently met,” such that we cannot enforce an annulled award on a mere showing that the annulment is erroneous or conflicts with the United States's public policy. »

xxxv ↑ *Laminoirs v. Southwire Company*, 484 F. Supp. 1063 (N.D. Ga. 1980).

xxxvi ↑ *Ibid.*, « The Court concludes that the imposition of an additional 5% interest by the arbitrators in accordance with the French statute is penal rather than compensatory, and bears no reasonable relation to any damage resulting from delay in recovery of the sums awarded. Therefore, that portion of the award which purports to assess the rates of interest at 14½% and 15½% will not be enforced or recognized by this Court. 9 U.S.C.A. § 201, Art. V, par. 2(b), Convention on the Recognition and Enforcement of Foreign Arbitral Awards. The rates of 9½% and 10½%, as imposed by the arbitrators, will continue to accrue until the date of Judgment. »

xxxvii ↑ *Soleimany v Soleimany* [1999] APPL.R. 02/19.

xxxviii [↑] *Stati v Kazakhstan [2017] EWHC 1348 (Comm)*, Justice Knowles : « I hold that the decision of the Swedish Court and the decision of the US Court do not create an estoppel, that the State is entitled to rely on the evidence obtained since the Award, and that there is a sufficient prima facie case that the Award was obtained by fraud. »

xxxix [↑] *Ibid.*: « If, as I should, I take the decision of the Swedish Court as showing Swedish public policy in the context of this case then I find, as a matter of law, that English public policy is not the same. »

xi [↑] Voir en droit français : Cass. Civ. 1^{ère}, 20 févr. 2007, n°05-14.082, *Cornelissen* : JDI 2007, p. 1195, note F.-X. Train ; Rev. Crit. DIP 2007, p. 420, note B. Ancel et H. Muir Watt : « Pour accorder l'exequatur hors de toute convention internationale, le juge français doit s'assurer que trois conditions sont remplies, à savoir la compétence indirecte du juge saisi, la conformité de l'ordre public de fond et de procédure et l'absence de fraude à la loi. »

xli [↑] Cass. Civ. 1^{ère}, 30 juin 2004, n° 01-03.248 et n° 01-15.452 : RJDA 4/05 no 489 : « Et

attendu, en second lieu, que l'injonction du 24 avril 1998, par laquelle il est fait défense à M. X... d'effectuer toute opération sur l'un quelconque de ses biens dans les limites fixées par le juge, est une mesure conservatoire et provisoire de nature civile qui, aux fins de la reconnaissance sollicitée, doit être examinée indépendamment de la sanction pénale ("contempt of court") qui l'assortit dans l'Etat d'origine ; **que cette interdiction faite à la personne du débiteur de disposer en tout lieu de ses biens, dans la mesure où il s'agit de préserver les droits légitimes du créancier, ne saurait porter atteinte à un droit fondamental du débiteur, ni même indirectement, à une prérogative de souveraineté étrangère et, notamment, n'affecte pas, à la différence des injonctions dites "anti-suit", la compétence juridictionnelle de l'Etat requis ; »**

xlii [↑] *Ibid.*

xliii [↑] Cass. Civ. 1^{ère}. 1^{er} déc. 2010, n° 09-13.303 : « **Mais attendu que si le principe d'une condamnation à des dommages-**

intérêts punitifs, n'est pas, en soi, contraire à l'ordre public, il en est autrement lorsque le montant alloué est disproportionné au regard du préjudice subi et des manquements aux obligations contractuelles du débiteur ; qu'en l'espèce, l'arrêt relève que la décision étrangère a accordé à l'acquéreur, en plus du remboursement du prix du bateau et du montant des réparations, une indemnité qui dépasse très largement cette somme ; que la cour d'appel a pu en déduire que le montant des dommages-intérêts était manifestement disproportionné au regard du préjudice subi et du manquement aux obligations contractuelles de sorte que le jugement étranger ne pouvait être reconnu en France ; que le moyen ne peut être accueilli ; »

xliv [↑] CA Poitiers, 1^{ère} ch. Civ., 26 février 2009, n° 07/02404, *Journal du Droit International*, n°4/2010 p. 1230, note F.-X. LICARI.

xlv [↑] Cette décision a par ailleurs été confirmée. Voir par ex. Cass. Civ 1^{ère}, 7 nov. 2012, n° 11-23.871 : PA 2013, n° 8 p. 11, note LEGRAND.

xlvi  *Access Bank PLC c. Erastus Bankole Olapido Akingbola*, 17 nov. 2014, Federal High Court of Nigeria.

xlvi  Cass. Civ. 1^{ère}, 4 juin 2008, n°06-15.320, *Cytec Industries vs. SNF SAS*, *Yearbook Commercial Arbitration XXXIII* (2008), 489.

xlvi  *Ibid.*, « Mais attendu que, s'agissant de la violation de l'ordre public international, seule la reconnaissance ou l'exécution de la sentence est examinée par le juge de l'annulation au regard de la compatibilité de sa solution avec cet ordre public, dont le contrôle se limite au caractère flagrant, effectif et concret de la violation alléguée ; »

xlvi  Convention pour la reconnaissance et l'exécution des sentences arbitrales étrangères, New-York, 1958.

¹  RÈGLEMENT (UE) No1215/2012 DU PARLEMENT EUROPÉEN ET DU CONSEIL du 12 décembre 2012 concernant la compétence judiciaire, la reconnaissance et l'exécution des décisions en matière civile et commerciale (refonte).

li  S. MANCUSO, « La coexistence du droit civil et du common law en Afrique », *Revue de l'ERSUMA : Droit des affaires - Pratique*

Professionnelle, N° Spécial IDEF - Mars 2014, *L'interpénétration des systèmes juridiques : de l'ignorance à la confrontation et à la coexistence harmonisée.*, accessible :

<http://revue.ersuma.org/no-special-idef-mars-2014/l-interpenetration-des-systemes/article/la-coexistence-du-droit-civil-et>

lii  Les Afriques, « Arbitrage : OHADA contre common law », accessible : <http://www.lesafriques.com/droit-africain/arbitrage-ohada-contre-common-law.html?Itemid=224>

lii  Traité relatif à l'harmonisation en Afrique du droit des affaires (Port-Louis, 17 octobre 1993) ; Traité portant révision du Traité relatif à l'harmonisation du droit des affaires en Afrique (Canada, 17 octobre 2008).

liv  Article 14 du Traité relatif à l'harmonisation en Afrique du droit des affaires (Port-Louis, 17 octobre 1993) et Traité portant révision du Traité relatif à l'harmonisation en Afrique du droit des affaires (Canada, 17 octobre 2008).

lv  Article 20 Traité OHADA.

lvi  RÈGLEMENT (CE) No 593/2008 DU PARLEMENT EUROPÉEN ET DU CONSEIL du 17 juin 2008 sur la loi applicable aux

obligations contractuelles (Rome I).

lvii  Aux Etats-Unis avec par exemple, l'accord African Growth and Opportunity Act a été mis en place.

lviii  H. AL-DABBAGH, « Quelques aspects de l'imprégnation du droit des obligations des pays arabes par la culture juridique civiliste », art. préc.



Professeur Rémy Cabrillac

Rémy Cabrillac, agrégé des Facultés de droit, est professeur à la Faculté de droit et de science politique de Montpellier (Université de Montpellier) où il enseigne le droit civil, le droit comparé, les codifications et dispense un cours sur droit et littérature.

Il a notamment publié plusieurs manuels de droit civil (*Introduction générale au droit* et *Droit des obligations* chez Dalloz ; *Les régimes matrimoniaux* chez Montchrestien), un ouvrage de droit comparé (*Droit européen comparé des contrats* chez Lextenso) et un ouvrage général sur les codifications

(*Les codifications*, PUF) traduit en plusieurs langues.

Il a dirigé la publication d'un *Dictionnaire du vocabulaire juridique* (Lexisnexis) et d'un ouvrage collectif *Libertés et droits fondamentaux* (Dalloz), tous deux réédités chaque année.

Il publie régulièrement de nombreux articles dans des revues françaises ou étrangères et participe fréquemment à des colloques nationaux ou internationaux

Il a été expert pour plusieurs codifications ou recodifications civiles dans le monde.

Quels enseignements à retenir par les systèmes de droit civil et de *Common Law* ?

« Pour vous la terre donne son fruit, et vous ne manquerez de rien si vous savez comment vous remplir les mains. C'est par l'échange des dons de la terre que vous trouverez l'abondance et la satisfaction »ⁱ. Comme l'illustre cette belle évocation de Khalil Gibran, le contrat est considéré comme une source de richesse dans la civilisation arabe, à condition naturellement que la transaction soit juste, dans le prolongement des recommandations du Coranⁱⁱ. Au delà de la riche diversité qui caractérise le droit des contrats des pays arabes, fruit de l'Histoire, apparaissent certaines constantes indéniables.

La première, qui frappe par son évidence, est l'écrasante domination du modèle de *civil law*, peut-être sous l'influence des codifications du droit musulman entreprise dès le VII^e siècleⁱⁱⁱ.

Dans de nombreux pays du monde, le choix d'un modèle juridique s'est souvent inscrit dans le prolongement du système juridique de l'ancienne puissance coloniale. L'exemple marquant est celui du Canada : alors que le Québec a adopté un Code civil, les autres provinces sont régies par le *Common law*.

Or ce lien ne peut être caractérisé dans les pays arabes. Beaucoup de pays colonisés par l'Angleterre ont plutôt choisi de consacrer la loi comme source principale de droit en adoptant un Code civil.

L'Egypte ou les pays du golfe arabe constituent des illustrations particulièrement topiques de ce phénomène, puisque, malgré une présence anglo-saxonne prégnante jusqu'au milieu du XX^{ème} siècle, de nombreux États ont choisi le modèle codificateur. Les pays arabes constituent ainsi un des exemples les plus caractéristiques de l'insolente santé de la codification dans le monde en ce début de XXI^{ème} siècle^{iv}.

La seconde constante est que cette vague codificatrice, pour l'essentiel, s'étale sur le XX^{ème} siècle.

Le Code des obligations tunisien date de 1906, le Dahir marocain des obligations de 1913, le Code des obligations et des contrats libanais de 1932, le Code civil égyptien de 1948, le Code civil syrien de 1949, le Code civil irakien de 1951 en projet de refonte^v, de 1951, le Code civil algérien de 1975, le Code civil jordanien de 1976, le Code civil du Koweït de 1980, le Code civil soudanais de 1984, le Code civil des Emirats arabes unis de

1985, si l'on excepte le Code civil de Bahreïn de 2001 ou le Code civil d'Oman de 2013 qui sont plus récents^{vi}.

Ces codes ont naturellement pris en compte les évolutions sociétales intervenues depuis l'adoption de modèles plus anciens comme le Code civil français de 1804^{vii}. Mais cette période de codification relativement datée a tenu les pays arabes à la marge d'une évolution à la fois formelle et idéologique qui a caractérisé le droit des contrats depuis une cinquantaine d'années.

L'évolution formelle est le dépassement du cadre traditionnel de la codification. Jusqu'à la fin du XX^{ème} siècle, la codification a toujours prospéré dans le cadre étatique, ce lien atteignant son paroxysme depuis le XVI^{ème} siècle avec l'avènement de l'État moderne. Or, depuis une quarantaine d'années, se développent des codifications supra-étatiques.

Tout d'abord, des codifications du droit des contrats a vocation mondiale sont apparues. C'est ainsi qu'à partir des années 1970 ont été élaborés des *Principes relatifs aux contrats du commerce international* dans le cadre de l'Institut international pour l'unification du droit privé (Cités ci-dessous : *Principes Unidroit*).

Surtout, des structures internationales groupant plusieurs États d'une même zone géographique se sont mises en place, élaborant un droit harmonisé voire uniforme, au moins dans certaines matières, qui prend la forme d'un code.

L'exemple de l'OHADA est particulièrement révélateur. Le traité créant l'Organisation pour l'Harmonisation en Afrique du Droit des Affaires (OHADA), signé à Port-Louis le 17 octobre 1993^{viii} applicable aujourd'hui à dix-sept pays africains^{ix}, ouvert à l'adhésion de tout État membre de l'Union africaine, a principalement pour objet « l'harmonisation du droit des affaires dans les Etats-parties par l'élaboration et l'adoption de règles communes simples, modernes et adaptées à la situation de leurs économies... » (art. 1 du Traité). Dans ce cadre sont adoptés des actes uniformes, véritables codifications d'une matière, directement applicables dans l'ensemble des États membres et ayant force obligatoire (art. 10 du Traité). Plusieurs actes uniformes sont actuellement en vigueur, concernant par exemple le droit commercial, le droit de l'arbitrage, le droit des procédures collectives ou le droit des sûretés, et un acte uniforme relatif au droit des contrats est en cours d'élaboration.

Ce mouvement de codification du droit des contrats a également touché d'autres zones géographiques du monde. Ainsi en Amérique centrale, un projet de Code des contrats internationaux vient d'être rédigé par des universitaires et praticiens français^x sous le patronage de l'Association Capitant pour le Système d'Intégration Centro-Américain (SICA), organisation internationale mise en place afin d'élaborer progressivement des normes uniformes sous l'égide d'une Cour centro-américaine de justice qui fédère six pays^{xi}. Des projets similaires sont en cours d'élaboration en Amérique du sud ou en Asie.

Mais l'exemple européen est sans doute le plus marquant. A partir des années 1980, un premier groupe de travail, présidé par un professeur danois, Ole Lando, a réuni des universitaires des pays membres de l'Union européenne pour élaborer un texte devant servir d'ébauche à un futur code européen des contrats. Ce sont les *Principles of european contract law* (*Principes de droit européen des contrats*, ci-dessous cités PDEC), dont la première ébauche a été publiée en anglais en 1995. Depuis, le texte s'est enrichi et a été traduit en français^{xii}. Il s'agit

d'un recueil de principes généraux plus que de solutions concrètes, dont la structure et la numérotation s'apparentent plutôt à la législation anglo-saxonne, qui puise des sources d'inspiration en particulier dans la Convention de Vienne sur la vente internationale de marchandise et dans les *Principes Unidroit*.

Un second groupe de travail a été réuni à l'initiative du professeur italien Giuseppe Gandolfi, l'Académie des privatistes européens, fondée en 1992 afin d'élaborer en langue française un *Code européen des contrats* (ci-dessous cité CEDC). La langue de travail est le français. Le projet de code a été diffusé en 2003^{xiii}. Il s'agit d'un code à la structure et à la présentation plutôt classiques. Ce code, qui comprend 173 articles et ne concerne que le contrat, énonce moins des principes généraux qu'une tentative d'unification de solutions concrètes des droits des pays européens. Ce code a un important rayonnement international, en particulier en Amérique latine^{xiv}.

Ces projets doctrinaux ne sont pas restés sans influence puisqu'ils ont conduit les pouvoirs publics européens à pousser à l'élaboration d'un *Cadre commun de référence* (*Common frame of reference*, ci-dessous cité CCR)), élaboré en 2009,

qui reste pour le moment un texte dépourvu de force obligatoire^{xv}.

Quelles que soient les critiques que l'on puisse formuler contre ce mouvement d'uniformisation qui tend à effacer les traditions juridiques nationales, on ne peut contester qu'il porte une idéologie nouvelle du droit des contrats, tentant de promouvoir à la fois davantage d'efficacité économique et de justice sociale.

Un droit des contrats codifié au XX^{ème} siècle, comme celui des pays arabes, a-t-il pu s'ouvrir à cette idéologie nouvelle ? Contrairement à ce que les thuriféraires du *Common law* défendent parfois, un droit inscrit dans la loi n'est pas figé. La jurisprudence joue dans les pays de *Civil law* un rôle important afin de faciliter l'adaptation de textes anciens aux nouvelles réalités de la société.

L'exemple français est à ce titre évocateur : la Cour de cassation a su conserver pendant plus de deux siècles une éternelle jeunesse aux textes datant de 1804, facilitant ainsi le travail de recodification entrepris par l'ordonnance du 10 février 2016.

La jurisprudence des pays arabes a-t-elle pu jouer le même rôle, a-t-elle permis d'acclimater les idéologies nouvelles qui habitent le droit des contrats du XXI^{ème} siècle, promouvoir l'efficacité économique (I) et la justice sociale (II)?

I) Un droit des contrats plus efficace économiquement :

De nombreuses règles techniques pourraient traduire cette évolution vers un droit des contrats plus efficace économiquement. Je me bornerai à en envisager deux questions qui me semblent emblématiques, la consécration de la révision du contrat (A) et sa résolution extra-judiciaire (B).

A) La consécration de la révision du contrat :

Dans la vision classique du contrat, le principe de force obligatoire contraint les parties à exécuter leurs prestations telles qu'elles ont été conclues. Mais peut-on permettre au juge de réviser un contrat devenu déséquilibré suite à un bouleversement des circonstances économiques ?

Une réponse négative, inspirée par la

théorie de l'autonomie de la volonté, repose sur la sécurité des relations juridiques. Elle ne soulève pas de difficultés dans une période de stabilité économique, ce qui explique qu'elle ait longtemps été la règle en droit français et que le droit anglais la conserve.

Mais l'intangibilité du contrat n'est gère satisfaisante dans une société mondialisée, soumise à de fréquents bouleversements économiques.

De nombreux droits dans le monde ont permis au juge de réviser un contrat devenu déséquilibré. Tel est également le cas des codifications supra-nationales.

Les *Principes Unidroit* permettent au juge de mettre fin au contrat ou de l'adapter en cas de hard-ship (art. 6.2.2 et 6.2.3). Dans le même esprit, les *Principes du droit européen des contrats* permettent au juge, en cas de changement des circonstances imprévisible qui rend l'exécution du contrat excessivement onéreuse, d'adapter le contrat ou d'y mettre fin (art. 6 : 111), une solution équivalente ayant été retenue par le projet de *Cadre commun de référence* (art. III. 1:110) ou de *Code européen des contrats* (art. 157).

Ces projets ont influencé l'évolution

de nombreux pays dans le monde, à commencer par celle du droit français, le nouvel article 1195 du Code civil permettant au juge de réviser un contrat devenu déséquilibré dans des termes empruntés directement aux *Principes du droit européen des contrats*.

Certains droits des pays arabes en restent à l'intangibilité du contrat.

Ainsi, en droit libanais, en l'absence de disposition particulière dans le COC, la jurisprudence refuse au juge le pouvoir de réviser le contrat^{xvi}. Une réticence similaire semble prévaloir en droit tunisien, malgré les regrets d'une partie de la doctrine^{xvii}. La jurisprudence marocaine est également en ce sens^{xviii}.

D'autres pays arabes ont en revanche été à la pointe de la modernité pour admettre l'imprévision.

L'article 147 du Code civil égyptien permet de réduire dans une mesure raisonnable l'obligation dont l'exécution est devenue excessivement onéreuse suite à un bouleversement imprévisible des circonstances^{xix}.

Cette possibilité a été reprise dans des termes voisins par beaucoup d'autres codes des pays arabes, comme par exemple l'article 107 du Code civil algérien^{xx} ou l'article 130 du Code civil de Bahreïn, l'article 249 du Code civil des E.A.U. Ou l'article 146-2 du Code civil irakien.

Mais il semble que les tribunaux vérifient strictement que les conditions posées par le texte admettant le pouvoir de révision du juge soient remplies^{xxi}.

B) L'admission de la résolution extra-judiciaire du contrat :

Lorsque le contrat est inexécuté, le contractant victime de cette inexécution se voit en général proposer une option à trois branches : l'exécution forcée, la résolution et l'octroi de dommages et intérêts qui peuvent éventuellement se cumuler avec l'un des deux autres remèdes. Si l'on se concentre sur la seconde de ces possibilités, la résolution, on constate que traditionnellement le pouvoir de résoudre le contrat est réservé au juge dans un souci de protection du débiteur en évitant que le créancier puisse s'échapper du lien contractuel pour un simple prétexte.

Pourtant, une résolution extra-judiciaire présente de nombreux avantages. Elle permet d'abord de satisfaire les impératifs de rapidité et de flexibilité du monde des affaires, contrariés par la lourdeur d'une rupture judiciaire. La pratique témoigne en outre de la fréquence de cette résolution extra-judiciaire : tous les jours des agents économiques mettent un terme à une relation contractuelle sans passer devant un juge, le cocontractant ne se plaignant généralement pas car il se sait en tort. La résolution extra-judiciaire constitue enfin une solution plus équitable : il serait injuste d'imposer au créancier, déjà victime de l'inexécution, une intervention judiciaire.

Ces avantages expliquent la progressive reconnaissance de la résolution extra-judiciaire dans les codifications supra-nationales, qui impose toutefois des préalables ou réservent une possibilité de contestation a priori au débiteur évincé.

Tel est par exemple le cas de l'article 7.1.4 des *Principes Unidroit* ou l'article 9:301 des *Principes du droit européen des contrats* qui permettent au créancier de résoudre unilatéralement le contrat en cas d'inexécution après l'écoulement d'un délai raisonnable accordé

au débiteur pour exécuter (dans le même sens, art. III- 3:507 CCR ou article 114 CEDC).

Quant à la possibilité d'admettre une résolution extra-judiciaire du contrat, l'évolution du droit des pays arabes reste limitée. Il semble que le rôle protecteur du juge explique que peu de dérogations soient apportées à la résolution judiciaire. La clause résolutoire elle-même, dont la validité découle de la liberté contractuelle, est strictement encadrée.

Ainsi, en droit libanais, suivant la lettre de l'article 241 du COC, les tribunaux considèrent que la résolution unilatérale est irrégulière et que la partie qui l'a exercée en supporte les conséquences^{xxii}, sauf si cette résolution est suivie d'une demande judiciaire en résolution du contrat^{xxiii}. La clause résolutoire ne peut produire effet qu'après sommation adressée au débiteur (art. 241 COC, dernier alinéa).

Une solution équivalente se rencontre en droit égyptien : la résolution doit être judiciaire et l'application d'une clause résolutoire est subordonnée à la mise en demeure préalable du débiteur^{xxiv}.

Dans le même esprit, le Code civil de Bahreïn fait de la résolution judiciaire le principe

(art. 140). Le droit algérien n'admet la résolution extra-judiciaire que par le jeu d'une clause résolutoire (art. 120 C. civ.), qui laisse au juge un pouvoir de contrôle sur les motifs de la résolution^{xxv}.

Laissant un peu plus de pouvoirs à la volonté des parties, le droit tunisien considère que la clause résolutoire s'impose au juge (art. 274 COC), mais la résolution reste en principe judiciaire (art. 273 COC), une solution identique prévalant en droit marocain (art. 259 et 260 Dahir).

Le droit émirati semble se rapprocher le plus des tendances modernes des codifications supranationales puisqu'il reconnaît la pleine efficacité des clauses résolutoires (art. 271) et le droit de résiliation unilatérale de la partie victime de l'inexécution après avoir laissé un délai d'exécution au cocontractant, une intervention judiciaire semblant toutefois nécessaire (art. 272).

II) Un droit des contrats plus juste socialement :

La liberté contractuelle qui imprègne les codifications du XIX^{ème} siècle, comme par exemple le Code civil français, repose sur un postulat d'égalité des individus qui demeure largement théorique. Les contractants n'ont pas la même force économique, le contractant le plus puissant pouvant dicter sa loi au plus faible. Comme l'observait Lacordaire, « entre le fort et le faible, c'est la liberté qui asservit et la loi qui libère ». C'est à partir de ce postulat que se sont développés la protection du faible contre le fort dans les relations contractuelles, qu'il s'agisse de la consécration du rôle de la bonne foi (A) ou de l'admission du contrôle de l'équilibre des prestations des parties (B).

A) La consécration du rôle de la bonne foi :

La bonne foi ne connaissait qu'un rôle limité à l'interprétation de la volonté des parties dans les codifications du XIX^{ème} siècle, dominées par l'autonomie de la volonté.

Elle est devenue un principe cardinal du droit des contrats dans les projets internationaux de codification. Les *Principes Unidroit* énoncent en ce sens que « Les parties sont tenues de se conformer aux exigences de la bonne foi » (art. 7.1), règle d'ordre public à laquelle les parties ne peuvent déroger. Les *Principes du droit européen des contrats* (art. 2.1) comme le *Cadre commun de référence* (art. III- 1:103) consacrent le même principe dans des termes très voisins.

On peut constater qu'en la matière les droits des pays arabes sont demeurés dans une position médiane.

La plupart des textes limitent le rôle de la bonne foi à l'exécution du contrat : article 148 C. civ. égyptien, article 107 C. civ. algérien, art. 221 COC libanais, art. 243 COC tunisien, art. 231 du Dahir marocain, art. 246 du Code émirati.

Longtemps, ce principe de bonne foi est resté en sommeil, à l'instar du droit français qui en a été la source d'inspiration.

Aujourd'hui la jurisprudence invoque de plus en plus fréquemment ce devoir d'exécuter le contrat de bonne foi pour découvrir une obligation

d'information à la charge du contractant professionnel, voire une obligation de collaboration entre les parties. Certains droits vont même au-delà : ainsi les juges algériens n'hésitent pas à appliquer ce principe lors de la formation du contrat^{xxvi}. La jurisprudence tunisienne se fonde sur l'article 243 du COC pour consacrer la bonne foi comme principe général du droit des contrats.

B) L'admission du contrôle de l'équilibre des prestations contractuelles :

L'équilibre des prestations des parties à un contrat synallagmatique constitue-t-il un élément de validité du contrat ? La question s'inscrit au cœur du conflit entre justice contractuelle et sécurité des relations juridiques. Dans la vision classique du contrat, fondée sur l'autonomie de la volonté, le droit n'a pas à se préoccuper de l'équilibre des prestations contractuelles dans la mesure où ce déséquilibre a été librement accepté par les contractants.

L'équilibre des prestations contractuelles ne constitue pas un élément de validité du contrat, sauf lésion, en général cantonnée au profit des incapables ou limitée à certains contrats, comme la

vente d'immeuble.

La volonté de protéger le faible contre le fort a conduit à renforcer le contrôle de l'équilibre des prestations. Ainsi, les *Principes Unidroit* ont singulièrement élargi la possibilité de demander la nullité du contrat pour lésion « lorsqu'au moment de sa conclusion le contrat ou la clause accorde injustement un avantage excessif à l'autre partie » (art. 3.2.7). Les *Principes du droit européens des contrats* (art. 4 : 109) ou le projet de *Cadre commun de référence* (art. II.- 7:207) adoptent une solution voisine, permettant l'annulation du contrat en cas de profit excessif ou d'avantage déloyal retiré par une partie au détriment de l'autre.

Allant plus loin encore, les *Principes du droit européen des contrats* réputent non écrite toute clause n'ayant pas fait l'objet d'une négociation individuelle qui crée un déséquilibre significatif entre les droits et les obligations des parties (art. 4 : 110 ; comp. art. II.- 9 : 403 du projet CCR qui limite cette solution au contrat de consommation).

L'équilibre des prestations contractuelles est rigoureusement contrôlé par les droits des pays

arabes dans un but de justice contractuelle, « idée chère à tout système d'inspiration religieuse »^{xxvii}.

On peut citer à ce titre l'article 90 du Code civil algérien qui dispose que « Si les obligations de l'un des contractants sont hors de toute proportion avec l'avantage qu'il retire du contrat ou avec les obligations de l'autre contractant et s'il est établi que la partie lésée n'a conclu le contrat que par suite de l'exploitation par l'autre partie de sa légèreté notoire ou d'une passion effrénée, le juge peut, à la demande du contractant lésé, annuler le contrat ou réduire les obligations de ce contractant ». Ce texte^{xxviii} est remarquable par la généralité de son champ d'application, même si la jurisprudence exige pour la nullité du contrat ou la réduction des obligations contractuelles, que soit à la fois constatée l'existence d'une disproportion entre les prestations et l'exploitation de la faiblesse d'autrui^{xxix}.

Les tribunaux ont en l'espèce un pouvoir étendu, à la fois « juge de l'existence de la lésion et de ses conséquences »^{xxx}. L'abus de position dominante est sanctionné dans des termes voisins par le Code civil de Bahreïn (art. 96).

Une disposition originale se trouve dans le droit égyptien : dans un contrat d'adhésion, le juge peut dispenser la partie qui n'a pas élaboré le contrat de l'exécution d'une clause abusive en se fondant sur la justice. Ce contrôle des clauses abusives créant un déséquilibre significatif se retrouve dans plus sieurs codes inspirés par le modèle égyptien, comme les codes emirati (art. 248).

Le droit libanais connaît une solution voisine puisqu'entre majeurs, la lésion vicie le contrat dans tout contrat lorsqu'elle « présente cette double particularité d'être choquante et anormale eu égard aux usages courants, puis de s'expliquer, de la part de son bénéficiaire, par la volonté d'exploiter la gêne, la légèreté ou l'inexpérience de sa victime » (art. 214 COC), mais il semble que la jurisprudence apprécie strictement les conditions d'application de la lésion^{xxxix}. Le déséquilibre entre les prestations des parties est parfois pris en compte à travers la violence économique si une partie exploite l'état de nécessité de l'autre^{xxxix}.

Toutefois ce contrôle du déséquilibre des prestations contractuelles n'est pas systématique. Les droits tunisien (art. 60 et 61 COC) et marocain (art. 55 et 56 Dahir) limitent la lésion au dol ou au déséquilibre de plus du tiers subi par un mineur, dans le prolongement des traditions malékites et hanéfites.

Quelles conclusions tirer de ce bref panorama ?

Une première me semble s'imposer d'emblée : les solutions les plus modernes adoptées proviennent du législateur et non du juge.

Les tribunaux ne semblent pas avoir su infléchir notablement des solutions parfois désuètes. S'interroger sur les raisons de ce manque d'audace des tribunaux mériterait à lui seul toute une étude, mais une explication plausible à laquelle il serait facile de remédier peut être avancée : le manque de diffusion des décisions judiciaires. La création d'un site sur lequel les cours supérieures des différents pays arabes

pourraient publier leurs décisions les plus novatrices ne pourrait que stimuler l'élaboration d'audacieuses solutions jurisprudentielles voisines dans l'ensemble des pays arabes.

Cette diffusion et cette systématisation des décisions ne pourrait que contribuer à remédier à la seconde conclusion de cette étude : le droit des contrats des pays arabes reste très fragmenté. Rares sont les questions recevant une solution unifiée. Mais il ne faut pas s'illusionner : dans un modèle juridique dominé par la loi, l'harmonisation ne peut venir que des législateurs.

A ce titre on ne peut que saluer les aspirations doctrinales à une *Lex mediterranea*^{xxxix} se nourrissant du fonds commun romain ou de règles morales identiques^{xxxix} sur les pourtours de la Méditerranée, ou l'initiative de la Ligue arabe qui a lancé il y a quelques années déjà le projet d'un Code civil arabe unifié, inspiré des préceptes du droit musulman, des traditions juridiques des pays arabes et des modèles occidentaux, en particulier français^{xxxix}.

Quels enseignements à retenir par les systèmes de droit civil et de *Common Law* ?

L'avenir d'un droit des contrats unifié ou au moins harmonisé dans les pays arabes^{xxxvi} passe par un code, meilleur vecteur du dialogue des cultures^{xxxvii}, clin d'œil de l'Histoire, le concept même de codification ayant été inventée en Mésopotamie^{xxxviii}...

Rémy Cabrillac
Professeur à la Faculté
de droit et de science politique de
Montpellier

Par Remy Cabrillac



Notes : Quels enseignements à retenir par les systèmes de droit civil et de *Common Law* ?

Par Remy Cabrillac

Notes : ⬆ retour au texte

- i ⬆ K. Gibran, *Le prophète*, Mille et une nuits, 1994, p. 40.
- ii ⬆ Cf. V° Commerce, in *Dictionnaire du Coran* (dir. M. Ali Amir-Moezzi), Bouquins, 2007.
- iii ⬆ Cf. L. F. Moussa, « La codification du droit musulman », *Rev. fr. adm. pub.* 1997, n° 82, p. 249 et s.
- iv ⬆ Cf. R. Cabrillac, *Les codifications*, Coll. Droit, éthique et société, PUF, 2002.
- v ⬆ J. SHARPE, « L'état du droit en Irak », *D.* 2008.2488.

- vi ⬆ Nous nous sommes volontairement limité aux Etats dont le contentieux a été présenté au cours du colloque. On peut ajouter que le Qatar s'est doté d'un Code civil en 2004.
- vii ⬆ Voir par exemple, pour le Dahir marocain, D. Deroussin, « Le Code des obligations et des contrats marocains entre droit français et droit commun législatif mondial », in *Le livre jubilaire, Centenaire du Dahir formant Code des obligations et des contrats*, PU OUJDA, 2017, p. 265 ou pour le COC libanais, F. Nammour, « Le Code civil des français : modèle utilisé au Liban », in *Code civil et modèles, Des modèles du Code au Code*

comme modèle (dir T. Revet), LGDJ, 2005, p. 481.

- viii ⬆ Un Traité révisé a été adopté à Québec le 17 octobre 2008 pour renforcer l'organisation, cette révision, subordonnée à une ratification des Etats partie, n'étant pas encore en vigueur.
- ix ⬆ Bénin, Burkina Faso, Cameroun, Centrafrique, Comores, Congo, Côte d'Ivoire, Gabon, Guinée, Guinée Bissau, Guinée équatoriale, Mali, Niger, république démocratique du Congo, Sénégal, Tchad, Togo.

- ^x Rémy Cabrillac, Mario Celaya, Denis Mazeaud, Yves Picod.
- ^{xi} Costa Rica, Guatemala, Honduras, Nicaragua, Panama, Salvador,
- ^{xii} O. Lando et H. Beale, *Principles of European contract law*, part. I and II, La Haye, 2000, part. III, La Haye, 2003.
- ^{xiii} Disponible sur le site www.academiagiuristieurope.it
- ^{xiv} Cf. L.F.P. Leiva Fernandez, « Autour d'un Code des contrats », *RID comp.* 2012.334.
- ^{xv} Sur ces évolutions, cf. R. Cabrillac, *Droit européen comparé des contrats*, Lextenso, 2^{ème} éd., 2016, n° 8.
- ^{xvi} Civ., 4^e lib. n° 3, 7 fév. 1998. Ad. F. Nammour, R. Cabrillac, S. Cabrillac, H. Lécuyer, *Droit des obligations, Droit libanais, droit français, perspectives européennes et internationales*, préface P. Catala, Bruylant, 2006, n° 186. Ad. : Baz 2013, décision n° 28/2013, datée du 7/2/2013, juge de Kesrouan.
- ^{xvii} R. Cabrillac et O. Ben Fadhel, *Introduction au droit des affaires*, CPU Tunis, 2006, n° 200.
- ^{xviii} C. cass. adm. arrêt n° 304 du 16 avr. 1998, dossier n° 324/96, Rev. Al-Ichaa, n° 29, p. 174.
- ^{xix} On reconnaît là, comme pour les codifications

supra-nationales, l'influence de l'article 1469 du *Codice civile* italien.

- ^{xx} Cf. A. Bencheneb, *Le droit algérien des contrats, Données fondamentales*, EUD, 2^{ème} éd., 2015, n° 307.
- ^{xxi} Cf. pour le droit égyptien, C. cass. ch. Civ., année judiciaire n° 29, 10 mai 1962.
- ^{xxii} CA Mont-Liban, 3^e E., n° 17, 14 mai 1992, *Hatem*, vol. 210, 490.
- ^{xxiii} Civ., 2^e lib., n° 23, 20 avril 1993, *Rev. Jurid. Lib.* 1996, 487.
- ^{xxiv} C. cass. chbre civ., pourvoi n° 2176, année judiciaire n° 61, 26 nov. 1997.
- ^{xxv} A. Bencheneb, op. cit., n° 274.
- ^{xxvi} A. Bencheneb, op. cit., n° 281.
- ^{xxvii} S. Jahel, « Code civil et codification dans les pays du monde arabe », in *Livre du bicentenaire, Le Code civil, un passé, un présent, un avenir*, Dalloz, 2004, p. 837.
- ^{xxviii} Qui s'inspire du § 132 al. 2 du BGB.
- ^{xxix} C. sup. ch. Civ., 17 sept. 2008, Rev. C. sup. 2009, n° 1, p. 123.
- ^{xxx} A. Bencheneb, op. cit., n° 186.
- ^{xxxi} Civ., 2^{ème} lib., 26 avr. 2001.
- ^{xxxii} Civ., 4^{ème} lib., 24 déc. 2003.
- ^{xxxiii} Cf. R. Cabrillac, « Histoire et attente d'une

codification du droit dans les pays de la Méditerranée, in *Vers une lex mediterranea de l'arbitrage*, Bruylant, 2015, p. 33 et s. Ad. Vers une lex mercatoria mediterranea (dir. F. Osman), Bruylant, 2012.

- ^{xxxiv} Cf. J.-M. Mousseron, « La réception au Proche-orient du droit français des obligations », *RIDComp.* 1968, p. 37 et s. : « les règles juridiques françaises ont été façonnées à partir d'exigences morales voisines de celles de l'Islam ».
- ^{xxxv} A. Filali, « Le projet de code civil arabe unifié : entre modernité et authenticité », in *Le Code civil, quarante ans après*, Annales de l'Université d'Alger n° 5/2016, p. 137 et s.
- ^{xxxvi} R. Koriati, « Pour un droit arabe harmonisé des contrats : feuille de route », *RDC* 2012.221. inventé le droit (L'histoire commence à Sumer, Arthaud, 1986, p. 77).
- ^{xxxvii} Le Code civil français et le dialogue des cultures, Université Saint-Joseph/Bruylant, 2006.
- ^{xxxviii} Pour parodier la formule du célèbre historien Kramer selon lequel les mésopotamiens auraient inventé le droit (L'histoire commence à Sumer, Arthaud, 1986, p. 77).



Séance 3

Table ronde



Koffi Sylvain ATTOH MENSAH est avocat au barreau du Togo spécialiste en droit pénal, national et international, en droit des sociétés et des affaires, en droit de l'arbitrage et de la propriété intellectuelle, en droit social et libertés publiques, en droit de la famille et des personnes et en droit des sports et des Loisirs. Il est un fervent défenseur des droits de l'homme.

Me ATTOH MENSAH est Secrétaire Général Adjoint pour l'Afrique de l'IDEF.

Maître Koffi Sylvain ATTOH MENSAH

Table ronde

LE CONTRAT SOUS LE SOLEIL DES TROPIQUES

La problématique de l'uniformisation des règles contractuelles est dans l'heure du temps. Elle s'inscrit dans le processus de mondialisation des pratiques commerciales et des relations humaines.

Le contrat est le signe palpable d'un monde qui avance et qui brise les frontières géographiques avec un coup de pouce efficace d'internet.

L'Afrique qui n'a plus de raison de rester en marge du mouvement mondial n'a même plus le choix. Beaucoup de juristes et d'analystes stratégiques pensent que l'Afrique offre les meilleurs agrégats pour devenir le moteur futur de la mondialisation au regard du dynamisme de sa démographie, de la richesse de son sous-sol et la précocité de ses marchés endogènes devant absorber le flux du commerce mondial. Les deux derniers rapports du Doing business confirment bien ce dynamisme du continent et notamment au sein de l'Afrique subsaharienne qu'ils expliquent par la réussite des réformes administratives et législatives.

Ces visions sont bien excitantes et portent les promesses d'une croissance indéniable.

En fait, en confrontant l'idée de l'uniformisation universelle des règles contractuelles avec les réalités des pays du golfe arabe, l'IDEF et la société scientifique de juristes dont il regorge, ont choisi de réaliser ce qui en droit, fait vivre la science juridique et lui donne de la diversité : la jurisprudence comparée.

Pour le praticien africain que je suis, pris dans le flot d'une judiciarisation du droit des contrats et les réticences coutumières d'un continent où tout n'a pas tout à fait une valeur marchande, où pendant longtemps, le contrat est inscrit dans le marbre de la parole et ne s'accommode pas d'écrit, la question de l'universalisation de la formalisation du contrat, est un chantier à explorer pour donner forme à l'édifice. Et on ne saurait guère oublier que l'oralité reste encore une bonne façon de perpétuer les principes et les valeurs sur ce continent dont les 2/3 de la population est plongée dans l'obscurité mais friande de téléphonie mobile qui a envahi les foyers jusque dans les coins les plus reculés.

La parole donnée, le pacte moral est sacré. Avant, on se tapait dans les mains ou on se prenait par les épaules pour dire que l'on pouvait se faire confiance. Et le contrat était scellé. Il ne sera jamais remis en cause.

Mais de nos jours, l'expérience des pratiques de nos cours et tribunaux démontre que la parole ne suffit plus et que les responsabilités contractuelles s'effritent comme peau de chagrin devant la

mauvaise foi et le cynisme qui ont pris la place du culte du pacte et de la parole donnée.

« La jurisprudence » des palais royaux coutumiers qui tirent de la coutume les motivations de leurs décisions et de leur exécution, a fait ses preuves et a marqué ses limites.

L'ouverture des frontières, notre présence au monde, les défis d'exister et de nous affirmer pour participer à la civilisation de l'universel ont vite fait de démontrer ces limites et de nous imposer la voie à suivre. Celle de donner corps à nos négociations et d'enfermer les clauses arrêtées dans les formes qui résistent à la précarité et réduisent les effets de la mauvaise foi.

« Les conventions légalement formées tiennent lieu de loi à ceux qui les ont faites. Elles ne peuvent être révoquées que de leur consentement mutuel, ou pour les causes que la loi autorise. Elles doivent être exécutées de bonne foi ». Art. 1134 du Code civil. Et j'ai envie d'ajouter : « les transactions qui n'ont pas d'existence écrite en la forme accoutumée enlèvent aux conventions leur caractère impératif et donnent lieu à toutes les

expressions de mauvaise foi ».

Le saut qualitatif doit être le reflet de la volonté des sociétés africaines à s'engager dans le train des mutations globales qui s'imposent à notre besoin de développement et de progrès.

Mais, des choses restent à faire pour que nous trouvions une place dans le RER de la mondialisation :

- Renforcement des institutions démocratiques,
- Professionnalisation et impartialité des juges appelés à interpréter les contrats et à donner corps à la jurisprudence,
- Réduction de la corruption et des pratiques frauduleuses,
- Développement d'une intelligence et d'une économie numérique,
- Initiation des citoyens au réflexe juridique et à l'écrit,
- Amélioration des outils et pratiques traditionnels qui s'inscrivent dans les cultures naturelles qui s'ouvrent au monde.

Ce sont là des défis que nous gagnerons à relever. Déjà, nous avons celui d'exister en face des partenaires qui ne pensent pas parfois que nous devons exister et qui font tout pour que nous n'existions pas. Ce défi là est le premier et le plus difficile. Le défi d'exister à travers nos souverainetés politiques, économiques, culturelles et identitaires.

Le défi d'être ; pas de temps en temps, au regard des besoins et des circonstances, ni au gré des instants. Mais exister tout le temps, dans le temps et pour longtemps. Signons le contrat de respecter le contrat que nous avons passé avec la nature qui reconnaît que tous « *les êtres humains naissent libres et égaux en droit et en dignité* ».



Koffi Sylvain Attoh-Mensah reçoit son « Certificate of Appreciation »
des mains du Chancellor Dr. Hamid M. Al Naimiy

Recommandations

À l'issue des travaux, les congressistes ont formulé les recommandations suivantes :

1. Poursuivre la collecte des jurisprudences des pays arabes avec un résumé en français à publier sur le site internet commun entre l'Université de Sharjah et l'IDEF et au nombre de 20 décisions par an et par pays.
2. Alimenter le site internet commun avec les décisions françaises les plus récentes à raison de trois décisions par mois pour refléter l'évolution de la jurisprudence française sur les dispositions partagées entre le droit français et les droits arabes.
3. Élaborer des principes communs du droit des contrats (loi-modèle) à soumettre à l'attention des pouvoirs publics des différents pays arabes sur lesquels ces pouvoirs peuvent s'appuyer pour inspirer toutes éventuelles réformes à venir du droit des contrats, ce qui permettrait un rapprochement progressif.
4. Dans la même veine, proposer un contrat-modèle à offrir à la liberté de choix des opérateurs économiques : Un modèle universel qui transcende la diversité des systèmes dans le monde et susceptible d'exécution partout.
5. Enseigner le droit commun de l'OHADA comme un exemple d'un droit unifié qui est en vigueur dans 17 pays africains auxquels s'ajoutera bientôt le Maroc, afin de tirer parti de l'environnement juridique favorable à l'investissement.
6. Former un comité chargé d'étudier les points de convergence entre la Charia et la tradition juridique civiliste.

Les participants au 34^e Congrès sur le perron de l’amphithéâtre de l’Université de Sharjah



				Laetitia Betel									
	Fadila Rafenne	Harith Al Dabbagh	Yao Guemeni	Jimmy Kodo	Joël Darkenou		Diambou Boubacar	Marcin Golec	Joseph Kamga	Patrick De Fontbressin			
				Heddy Amorin	Parvez Dookhy	Hervé Prince	Georges Decocq	Raphaël Hadas Lebel					Arlette Boccovi
Aurélien Rocher	Jean- Mathias Goerens	Robert Safari	Catherine Samba- Panza	Rose Tumba- Kaja		Zohra Mchirgui	Julie Boyer	Shaheda Peeroo	Maryse Caussin -Zante	Momoya Silla	Talfi Bachir		
Ismail Lamie	Amina Bouaziz	Hasnae Lachiri	Koffi Sylvain Mensah- Attoh	Hélène Gadriot Renard	Jacques Frémont	Barthélemy Mercadal	Laura Faxas	Taimour Mostafa Kamel	Bakatuinamina Jean-Espoir	Soupramaniane Mohane Dass	Nacira Sadi	Sinan Khalil Shatnawi	

Délivrance des « Certificate of Appreciation » par le Chancellor Dr. Hamid M. Al Naimiy



Ridha Mezghani

Jean-Mathias Goerens

Nacira Saadi

Georges Decocq



Taïmour Mostafa Kamel

Harith Al Dabbagh

Jacques Frémont

Zohra Mchirgui

Assemblée Générale de L'IDEF



Assemblée Générale de L'IDEF



Remerciements

Au terme du congrès

« Vers un droit commun des contrats à travers la jurisprudence arabe »

tenu à l'Université de Sharjah les 20 et 21 novembre 2017,

sous le haut patronage de

Son Altesse Cheikh Dr. Sultan bin Mohammed Al Qasimi, Émir de Sharjah et Président de l'Université,

les congressistes tiennent à le remercier très sincèrement,

pour sa présence à l'ouverture des travaux, pour son chaleureux accueil et sa bienveillante hospitalité.

Les congressistes présentent aussi leurs remerciements

au **Dr. Hamid M. Al Naimiy**, Chancellor de l'Université de Sharjah,

pour son précieux soutien à cette action

qui s'inscrit dans le cadre de la Convention de coopération entre les deux institutions.



Burj El Arab - Jumeirah Beach