

LA CAUSE EN DROIT FRANÇAIS ET EN DROIT MUSULMAN

Par Abdullah ALAM-EL-DINE.*

I. — LA THEORIE DE LA CAUSE EN GENERAL

La théorie de la cause en Droit français a fait couler beaucoup d'encre. Des controverses très vives se sont élevées à son sujet entre auteurs causalistes et auteurs anti-causalistes, il y a environ une cinquantaine d'années. Cette théorie passe pour difficile et compliquée : cela est dû principalement à l'obscurité des controverses doctrinales qui se sont élevées à son sujet. Mais l'ampleur et la qualité des écrits témoignent de l'importance doctrinale de cette théorie. Son importance pratique n'est pas moins attestée, en Droit français, pour l'élaboration jurisprudentielle d'une théorie de la cause comme motif impulsif et déterminant en partant des articles 1131 à 1133 du code civil.

Les classiques français, hostiles à toute ingérence de l'Etat et au contrôle du juge ont préconisé une théorie de la cause en se fondant sur le but direct et immédiat poursuivi par les contractants ; la cause d'après eux, c'est le but direct et immédiat en vue duquel le débiteur s'engage envers le créancier. C'est un but qui se déduit de la nature juridique du contrat et non de la psychologie des contractants, ainsi la cause est toujours la même dans la même catégorie des contrats : dans les contrats synallagmatiques par exemple, la cause de l'obligation d'un contractant est l'obligation de son co-contractant ; la remise matérielle de la chose (la res) est la cause dans les contrats unilatéraux réels. L'Animus donandi, l'intention libérale est la cause dans les contrats à titre gratuit. La cause, d'après cette conception, devient d'un caractère objectif, impersonnel et invariable. En effet, pour tel genre de contrat, la cause de l'obligation est la même : pour toute vente, la cause de l'obligation du vendeur est toujours l'obligation de l'acheteur et réciproquement ; pour tout gage, la cause de l'obligation du créancier gagiste est la remise de la chose ; pour toute donation la cause de l'obligation est l'intention libérale, etc...

* Abdullah ALAM-EL-DINE, chargé de cours à la faculté de Droit d'Alger.

Les auteurs qu'on peut appeler les néo-classiques, comme H. CAPITAN et JOSSERAND, ont rendu la théorie de la cause plus souple et plus conforme à la volonté réelle de l'auteur de l'acte juridique, ils n'ont pas pour autant rompu avec la tradition classique qui s'arrête à la notion de but direct et immédiat pour rechercher la cause, d'après la nature juridique de l'acte et non pas d'après les motifs vraiment personnels de l'auteur de l'acte, variables dans chaque cas d'espèce et susceptibles de révéler l'immoralité du but à atteindre par les contractants : ainsi pour eux, la cause dans les contrats synallagmatiques est le but poursuivi par chacun des contractants. Ce but n'est pas seulement l'engagement de l'autre, mais bien plutôt *l'exécution* par l'autre de son engagement. On déduira alors non seulement que, si l'une des obligations ne naît pas, le contrat tout entier est nul, mais encore, une fois le contrat formé, si l'une des obligations n'est pas exécutée, l'autre n'a pas non plus à être exécutée : *L'exceptio non adimpleti contractus*, l'action en résolution, la théorie des risques.

La cause au sens classique du mot n'est pas totalement inconnue du Droit musulman ; ainsi le désir de faire le bien pour le bien est la cause dans le contrat de donation, la transmission du bénéfice ou de la propriété de la chose est la cause dans les contrats synallagmatiques, etc... Le Droit musulman a connu aussi la notion de cause au sens néo-classique du mot, tout au moins quant au fond, puisque c'est par le principe de la *réciprocité des prestations* que le droit musulman arrive à établir, dans les contrats synallagmatiques, une liaison étroite entre les prestations et à fonder ainsi, *l'exceptio non adimpleti contractus*, l'option de résolution et la théorie des risques, appelée plus exactement en Droit musulman, la théorie de garantie « نظرية الضمان ». Aussi par un moyen juridique différent, qui découle d'une conception particulièrement logique du contrat, le Droit musulman arrive à préconiser des solutions concrètes à maints égards semblables à celles données par le Droit français sans avoir besoin de recourir à la théorie de la cause dans le sens classique ou néo-classique, que nous venons de schématiser et que nous allons étudier dans le présent article.

Mais, la cause au sens classique et néo-classique a été dépassée par le Droit musulman. En effet, les docteurs musulmans ne se sont pas arrêtés dans leurs recherches à la théorie de la cause, comme le but direct et immédiat poursuivi par

l'auteur de l'acte juridique, mais tout au contraire, ils ont eu, dès le début, comme les canoniques français d'ailleurs, une notion subjective, large et d'ordre moral de la cause. C'est surtout la théorie de la cause, comme le but ou le motif impulsif et déterminant, comme le but indirect et médiat, le but ultime qui peut dépasser l'acte juridique et qui peut être extrinsèque à celui-ci et par rapport auquel l'acte juridique n'est qu'un moyen dont les auteurs musulmans nous ont laissé les matériaux d'une théorie complète de la cause au sens finaliste du mot. Cette théorie de la cause sera étudiée ultérieurement dans un prochain article. Mais dès maintenant, il importe de savoir qu'il s'agit pour le juriste musulman de saisir la fin lointaine (la causa finalis remonta) le but indirect et médiat que l'homme se propose d'atteindre dans son acte.

La théorie de la cause embrasse, en Droit musulman, tous les actes de l'homme : les actes extra-juridiques aussi bien que les actes juridiques. En ce qui concerne les actes juridiques, l'application de la théorie de la cause est absolument générale. En Droit français, la théorie moderne et jurisprudentielle de la cause, reçoit surtout application en matière de libéralités. Mais, dans les deux systèmes, la conception classique et traditionnelle de la cause change de sens : au lieu d'être une conception objective qui se déduit d'après la nature juridique de l'acte, elle se transforme en une notion subjective qui découle de la psychologie de l'auteur de l'acte. Les auteurs musulmans nous font savoir en effet que : « l'intention est l'âme du contrat, elle le rend valable ou nul ». « La validité et la nullité, la licéité et l'illicéité dépendent de l'intention ». Toutefois, il ne faut pas perdre de vue que la notion de cause trouve son fondement dans la volonté des contractants : la volonté apparente seule, seulement le but direct et immédiat est pris en considération, pour des raisons de sécurité dans les rapports juridiques, par les auteurs à tendance individualiste, hostiles au contrôle de la moralité des transactions juridiques fait par le juge, agent de l'Etat : c'est la théorie classique et néo-classique de la cause qui se retrouve d'ailleurs dans les systèmes juridiques qui font une large place à la considération de sécurité dans les rapports juridiques, comme le Droit allemand par exemple. Par contre, la volonté réelle, la fin lointaine, le but indirect et médiat est pris en considération par les auteurs qui préconisent l'intervention du juge pour contrôler la moralité des opérations juridiques. C'est le point de vue des auteurs finalistes suivi, dans un sens, par la jurisprudence et la doctrine moderne française, du moins en ce qui concerne les libéralités.

La jurisprudence française a fait rentrer le but immoral dans le champ contractuel en considérant la cause, comme le motif déterminant, connu et voulu par les deux parties. Par ce moyen, le juge arrive à exercer son contrôle sur la moralité de l'opération juridique. Ce qu'il ne peut pas chercher c'est le motif purement individuel, qui n'a pas été envisagé en commun dans les contrats synallagmatiques. Dans les libéralités, la cause n'est plus l'intention libérale des classiques : elle est, au contraire, le motif déterminant qui pour les deux parties justifie cette intention libérale. Le juge pourra annuler le contrat si ce motif est illicite.

La théorie musulmane de la cause, comme celle du Droit canonique et du Droit moderne français, aspire à saisir la volonté réelle des contractants afin d'en faire dépendre le sort du contrat. La technique et les modalités de recherches employées par les juristes musulmans visent à saisir la volonté réelle des contractants, dans tous les actes juridiques ; ils frappent de nullité les actes dans lesquels il s'avère que le motif qui a poussé les parties à contracter était illicite, immoral ou contraire à l'ordre public dans l'Islam. Cette recherche qui vise à saisir l'élément subjectif et à atteindre la motivation réelle des contractants se fera en fonction de l'état moral instauré par la loi religieuse, les mœurs et l'ordre public. Concrètement, cette recherche se fait par un examen détaillé du contrat et des circonstances qui ont entouré sa formation et n'atteindra que les manifestations des processus psychologiques qui ont, d'après le juriste, déterminé les parties à entrer en rapports contractuels. Mais, il ne s'agit là que d'une direction de recherche pour contrôler, ici bas, la moralité dans les rapports juridiques. C'est d'ailleurs moins la volonté abstraite qui est prise en considération que l'état de cette volonté dans ses rapports avec la notion de moralité dans l'Islam : c'est qu'en réalité, pour la doctrine musulmane, Dieu seul peut savoir tout ce qui se passe dans le for intérieur de l'homme et connaître les raisons profondes qui déterminent son comportement. En effet, on ne saurait affirmer que le juriste puisse atteindre les véritables causes qui ont déterminé les particuliers à contracter, sans courir le risque de le voir prendre davantage en considération des motivations apparentes et rationalisées que plutôt des causes profondes et souvent inconscientes qui déterminent les conduites humaines. Dieu seul incarne la vérité et le savoir

complet et total. La justice divine seule est infaillible. Elle est hautement proportionnée aux actes de l'homme.

«ومن يعمل مثقال ذرة خيرا يره ومن يعمل مثقال ذرة شرا يره»

En définitive, la théorie de la cause repose, d'une façon générale, sur la prise en considération de deux idées maîtresses : le souci d'instaurer un minimum de moralité dans les rapports juridiques, et la nécessité d'une certaine marge de sécurité dans ces mêmes rapports : elle apporte un certain équilibre entre ces deux préoccupations indispensables. Les droits qui font une large place à l'idée de sécurité restreignent le champ d'application de cette théorie ; ceux qui font au contraire une place de premier ordre à l'idée de moralité ont tendance à élargir le champ d'application de ladite théorie.

Le Droit musulman, comme tout autre Droit d'ailleurs n'a pas échappé à l'emprise de ces deux considérations majeures. Mais étant donné l'origine révélée du Droit musulman, la place faite à la considération de moralité paraît l'emporter sur celle de sécurité dans les rapports juridiques. La part faite à l'exigence de sécurité est variable, selon les différents rites et auteurs musulmans.

Le contrat en Droit musulman, une fois valablement formé, son sort devient indissolublement lié au caractère licite ou illicite de l'intention qui le préside. Cette intention qui forme, l'âme même du contrat détermine sa validité ou sa nullité selon qu'elle est conforme ou non à la loi, aux bonnes mœurs et à l'ordre public dans l'Islam. Dès lors la recherche du motif illicite et immoral forme la théorie finaliste de la cause qui sera étudiée dans un prochain article.

L'objet de la présente étude se limite à la notion de cause au sens de but direct et immédiat. Cette notion découle, en Droit musulman, d'une construction juridique particulière mais très logique du contrat, par opposition au Droit français.

Les auteurs musulmans, juristes et théologiens, n'étaient pas des théoriciens. Ils n'ont pas construit une théorie générale du contrat, ils n'ont pas construit non plus une théorie générale de la cause. Toutefois, à l'aide de leurs écrits on peut retrouver les éléments nécessaires à partir desquels il sera possible de construire de telles théories.

Le contrat, d'après leurs écrits, repose sur trois piliers ou supports « أركان ». Ces trois éléments constitutifs, une fois réunis, le contrat prend juridiquement naissance. Il devient, au point de vue juridique, parfaitement et définitivement formé. Mais pour que le contrat puisse produire valablement ses effets juridiques il faut, au surplus, que chaque « ركن », élément constitutif remplisse certaines conditions nécessaires « شروط » en l'absence desquelles le contrat ne produit pas d'effet obligatoire. Il sera en suspens « موقوف » ; c'est à propos de certaines de ces conditions que se pose la notion de cause.

Au lieu que la cause soit elle-même un élément constitutif du contrat comme en Droit français, la cause se trouve en Droit musulman, une condition nécessaire que doit remplir le troisième élément constitutif du contrat à savoir : les deux équivalents réciproques, objet du contrat. L'objet du contrat qui, lui, est en Droit musulman un élément constitutif du contrat comprend, les deux prestations, les deux équivalents réciproques : « العوضان » dans les contrats synallagmatiques. Ces deux prestations qui se remplacent l'une l'autre, sont indissolublement liées et doivent être équivalentes et réciproques. D'où le recours à la théorie de la cause au sens néo-classique se trouve, en Droit musulman, sans utilité. En effet, la notion d'objet, plus exactement, les conditions de réciprocité et d'égalité des prestations que doit réaliser l'objet du contrat, conduit à la liaison structurelle de deux prestations.

II. — LES ELEMENTS CONSTITUTIFS DU CONTRAT « أركان العقد » ET LA THEORIE DE LA CAUSE « ونظرية السبب »

Trois éléments, d'après la majorité des juristes musulmans sont nécessaires, mais suffisants pour l'existence juridique d'un contrat :

- 1°) La double déclaration de volonté « الصيغة »
- 2°) Les deux contractants « المتعاقدان »
- 3°) Les deux équivalents réciproques « والعوضان »

La cause, en Droit musulman, contrairement au Droit français, ne forme donc pas un élément constitutif du contrat. Elle n'est pas considérée comme une condition (*sine qua non*) pour la formation et pour l'existence même du contrat. En effet, la notion de cause ne se pose en Droit musulman qu'après la formation de l'existence du contrat, à propos de sa validité ou de sa nullité. L'article 1108 du code civil français cite au nombre des conditions essentielles pour la validité d'une convention : « Une cause licite dans l'obligation ». Mais, il nous semble que l'article 1108 du code civil français, commet une au Droit français, la cause se trouve en Droit musulman, une confusion entre les conditions d'existence et de formation du contrat et ses conditions de validité. Quatre conditions sont essentielles, d'après cet article, pour la validité d'une convention :

- Le consentement de la partie qui s'oblige ;
- Sa capacité de contracter ;
- Un objet certain qui forme la matière de l'engagement ;
- Une cause licite dans l'obligation.

La doctrine française fait la distinction en s'appuyant sur le critère de nullité absolu qui partage les conditions d'existence et de formation du contrat de celles qui sont essentielles à sa validité ; ainsi nous aurons d'une part :

- 1° — Le consentement des parties ;
- 2° — L'objet du contrat ;
- 3° — La cause.

Le consentement, l'objet et la cause forment, d'après la doctrine française, les trois conditions nécessaires à l'existence et à la formation même du contrat, puisque l'absence de l'une d'elle, entraîne la nullité absolue du contrat.

D'autre part, il faut pour que le contrat soit valable, que les parties soient capables de conclure et que le consentement n'ait pas été vicié par l'erreur, le dol ou la violence et même dans certains cas, par la lésion. Faute de l'une ou de l'autre de ces conditions, le contrat est annulable. Or, cette façon de poser le problème et de considérer la cause comme un élément constitutif du contrat n'est pas conforme à la logique des auteurs

musulmans. En effet, la cause n'est pas une condition sine qua non sur laquelle le contrat peut être formé. La preuve en est, qu'en cas d'absence de cause, de fausse cause ou de cause illicite ou immorale, le droit français déclare le contrat nul d'une nullité absolue, ce qui suppose, comme en droit musulman, que le contrat a eu son existence juridique autonome, abstraction faite de la cause. On peut ne voir là qu'une subtilité d'ordre théorique car pratiquement dans l'hypothèse d'inexistence aussi bien dans le cas de nullité absolue, il faut l'intervention de la justice pour déclarer l'inexistence ou la nullité absolue du contrat. Cela est vrai, quoique le caractère de l'intervention ne soit pas le même dans les deux cas. Toutefois, l'intérêt du critère d'existence ou d'inexistence juridique choisi par les auteurs musulmans réside plutôt ailleurs.

C'est qu'en effet, ayant eu en vue le principe de « consensualisme » imposé dès les premiers jours de l'Islam, et selon lequel la volonté à elle seule suffit pour obliger, les juristes musulmans partent de l'idée que la double manifestation de volonté de deux contractants qui se mettent d'accord sur un objet déterminé *crée* le contrat. Le nombre des éléments constitutifs « الاركان » du contrat ayant été déterminé en conséquence, le contenu et la structure d'un « ركن » pilier, élément constitutif, n'en est pas moins influencé par cette idée ; en effet, pour qu'un contrat puisse naître, en droit musulman, il faut l'accord des volontés des parties, accord qui se réalise, par la double manifestation de volonté sans laquelle, le contrat ne peut voir le jour. Le consentement impliqué dans la double manifestation de volonté peut être vicié, et même peut ne pas exister du tout, mais le contrat n'en est pas moins valablement formé. Si une personne passe sans son consentement un contrat, elle ne sera pas obligée d'exécuter ce contrat ; le contrat existe mais il n'est pas exécutoire ; on ne peut l'imposer au contractant ; il sera en suspens « موقوف » comme le contrat de l'incapable. Dans le cas d'une confirmation ultérieure le contrat reprend sa force exécutoire. Le consentement comme la capacité n'est pas quelque chose de stable sur laquelle on peut faire reposer l'existence et la construction d'un contrat. Le consentement peut changer sous l'effet des éléments psychologiques les plus variés. La notion de capacité découlant de l'âge est inéluctablement liée à l'écoulement du temps. Celle qui dérive de l'état de santé mentale est également variable. De toute façon

le consentement, comme la capacité, est une qualité ou une condition exigée en la personne des contractants ; il n'est aucunement un élément constitutif du contrat.

Les droits civils modernes ne considèrent généralement pas, comme le droit musulman, les deux contractants comme un élément constitutif du contrat. Au lieu de parler des parties, ils parlent de leur capacité. Or, la capacité, nous venons de le voir n'est pas un élément constitutif du contrat. Elle n'est qu'une qualité nécessaire exigée en la personne de deux contractants, deuxième élément constitutif du contrat.

L'objet du contrat, troisième « ركن » du contrat en droit musulman, comprend les deux prestations, les deux contre parties, les deux équivalents réciproques « موقوف ». L'absence de l'une des prestations empêche la formation du contrat, qui, sauf exception, ne peut exister que si les deux prestations existent.

Le code civil français emploie indifféremment les expressions « objet du contrat » et « objet de l'obligation » (v. article 1126 à 1130). En réalité, c'est la seconde expression qui est exacte car, en droit français, un contrat n'a pas à proprement parler un objet. En effet dans les contrats synallagmatiques, ce qu'on appelle l'objet du contrat ne comprend que la prestation extrapécuniaire. En matière de vente, par exemple, la notion d'objet se limite, en droit français, à la prestation du vendeur. C'est la chose dûe. Il ne comprend pas en outre, comme en droit musulman, le prix de la chose, la contre prestation. Dans ces conditions on ne peut pas parler d'objet du contrat. Il sera plus exact, en droit français, de parler de l'objet de l'obligation du vendeur qui est la chose vendue, plus exactement le transfert de propriété de cette chose à l'acheteur. Aussi, contrairement au droit musulman, la notion d'objet en droit français ne peut pas, à elle seule, réaliser une liaison entre les deux prestations. N'en contenant qu'une seule, la cause au sens classique et néo-classique du mot, s'avère indispensable pour réaliser la liaison entre les deux prestations et fonder ainsi la solution concernant, l'exception non adimpleti contractus, l'action en résolution et la théorie des risques.

Ces trois théories trouvent leur fondement en droit musulman dans le principe de la réciprocité des prestations (dans les contrats synallagmatiques) qui se trouve structurellement inclus

dans la notion d'objet du contrat. D'une façon plus précise il faut dire que c'est grâce à la liaison des prestations et à l'aide aussi des principes généraux en la matière que le droit musulman arrive à préconiser des solutions, à maints égards semblables à celles données par le droit français à propos de l'exception non adimpleti contractus, de l'action en résolution et de la théorie des risques qualifiée plus exactement en droit musulman de théorie de garantie « نظرية الضمان » .

Le principe de la réciprocité des prestations dans les contrats synallagmatiques formule, en droit musulman, l'idée de substitution, de remplacement d'une prestation par l'autre afin de parvenir à l'échange des biens et des services entre les hommes. En effet, étymologiquement, cette idée de substitution, de remplacement d'une prestation par l'autre, se trouve sous jacente dans le mot arabe « عوضان » , mot qui désigne l'objet du contrat. Certains jurisconsultes musulmans vont jusqu'à considérer que c'est la substitution, l'échange de deux biens, de deux prestations qui forment le seul pilier du contrat : ainsi AL-KHUWANSARU « الخونصاري » nous dit « c'est l'échange entre les deux biens, les deux prestations qui est l'élément constitutif en matière de contrats synallagmatiques ».

La prestation fournie par chacun des contractants rentre dans le patrimoine de celui qui s'est appauvri en fournissant sa propre prestation. Si l'une des prestations rentre dans le patrimoine d'un autre que celui qui s'est appauvri pour fournir la contre prestation, cette prestation ne sera pas considérée comme une contrepartie, et la contre prestation ne sera pas elle aussi considérée comme une contrepartie. Le juriste AL-HAKIM « الحكيم » nous dit : « La vente, est une des transactions synallagmatiques qui exige que les deux prestations se remplacent l'une l'autre, car si la propriété de la chose vendue n'entre pas dans le patrimoine de l'acheteur le prix n'entrera pas dans le patrimoine du vendeur.

Les deux prestations font donc un tout indissolublement lié dans les contrats synallagmatiques. Si l'une des deux prestations manque ou ne remplit pas dûment les conditions nécessaires, le contrat ne pourra pas se former, car une partie d'un élément constitutif, l'objet du contrat faisant défaut, l'autre prestation sera considérée comme juridiquement inexistante.

C'est à propos de certaines des conditions nécessaires que doit remplir le troisième élément constitutif du contrat « العوضان », les deux équivalents réciproques qui forment l'objet du contrat en droit musulman, qu'on va voir surgir la notion de cause.

Nous ne traiterons des conditions nécessaires « الشروط الضرورية » que doivent remplir les piliers « الأركان » du contrat, que dans la mesure strictement indispensable à la compréhension de la théorie de la cause qui est en rapport étroit avec cette construction. C'est pourquoi nous nous attacherons aux seules conditions que doit remplir l'objet du contrat. Certaines de ces conditions intéressent directement notre sujet. Pour la simplicité de l'exposé nous diviserons ces conditions en deux groupes : les conditions d'ordre négatif et les conditions d'ordre positif.

III. — LES CONDITIONS NECESSAIRES QUE DOIT REmplIR L'OBJET DU CONTRAT ET LA THEORIE DE LA CAUSE

« شروط العوضان و نظرية السبب »

A. — *Les conditions d'ordre négatif inhérentes aux deux équivalents réciproques : « العوضان » objet du contrat.*

1. — La prestation de chaque contractant ne doit pas être déjà due en vertu d'une obligation religieuse, légale ou contractuelle préexistant à la conclusion du contrat.

a) Les juristes musulmans nous disent : on ne peut pas « louer » la mère pour allaiter son propre bébé. Il s'agit là d'un devoir religieux qui incombe à la mère toutes les fois qu'elle est en état de pouvoir le faire, et elle ne doit pas toucher quoique ce soit pour allaiter son enfant.

b) D'après les juristes musulmans, le fait de s'abstenir de commettre un crime, par exemple, est un devoir légal préexistant qui incombe à tout homme. L'homme ne doit donc pas se faire payer pour respecter ses obligations légales. Un contrat qui vise à faire respecter, moyennant une prestation, les obligations imposées par la loi est nul et de nul effet. La nullité du contrat s'impose, en raison de l'immoralité de l'opération qui surgit en droit musulman, au moyen technique de la réciprocité des obligations entre les deux prestations.

En droit français étant donné la notion étroite d'objet du contrat, un recours à la théorie de la cause s'avère nécessaire pour faire surgir l'immoralité de l'opération afin d'annuler un tel contrat. Ainsi, M. JOSSERAND nous dit : « La cause mettra en rapport ce que ne peut réaliser l'objet, les deux obligations correspondantes, et c'est, de ce contrat, que surgira l'immoralité de l'opération » (cours de droit civil, T. 2, p. 81, « les mobiles »).

C'est qu'en réalité le seul fait de payer une somme d'argent d'une part et de s'abstenir de commettre un crime d'autre part est une chose tout à fait licite. Mais la réception d'une somme d'argent pour (cause) ne pas commettre un crime est une chose illicite et immorale. Ainsi, c'est par le truchement de la théorie de la cause que le droit français arrive à annuler un pareil contrat.

c) Une personne qui est déjà obligée de fournir une prestation en vertu d'un contrat antérieur passé avec son cocontractant ne peut plus de nouveau conclure un deuxième contrat avec son ancien cocontractant pour fournir la même prestation : ainsi en vertu d'un contrat antérieur, une personne au service privé d'une autre, ne peut plus conclure un deuxième contrat avec son patron portant sur les mêmes services.

Le contrat dans ces trois hypothèses est annulé par les juristes musulmans sans qu'il soit nécessaire de recourir à la théorie de la cause. Ainsi, AL-HILLI « الحلي » s'exprime ainsi : « Si le contractant est obligé, avant le contrat, d'exécuter sa propre prestation, il ne pourra pas ne pas le faire : en ce que l'homme doit faire, il ne doit pas se faire payer pour le faire ».

AL KHUWANSARI « الخونساري » nous dit aussi : « si les prestations assumées par les contractants étaient déjà dûes, cela signifierait que chacun des contractants n'était pas propriétaire de la prestation dont il a transféré la propriété à son contractant ».

2. — L'accomplissement de la prestation de chaque contractant ne doit pas faire l'objet d'une prohibition légale. Ce principe est posé par AL-KHUWANSARI « الخونساري » qui nous dit : « Si la prestation était prohibée, le contractant ne pourrait pas la faire ». Il dit par ailleurs : « on ne peut pas louer les services d'une personne pour commettre des péchés « المعاصي »

car ce genre de contrat a pour objet des services impossibles à accomplir légalement « شرعا », par exemple le louage d'un homme pour l'amusement, le louage d'une chanteuse pour chanter ou pour pleurer, il en est ainsi du louage de quelqu'un pour tuer un homme, pour l'emprisonner ou pour le frapper injustement. Il en va de même aussi de tout louage ayant pour objet de commettre une injustice, car c'est un louage conclu pour commettre le péché, dont la prestation est impossible à accomplir ».

B. — *Les conditions d'ordre positif inhérentes aux deux prestations réciproques* « العوضان », *objet du contrat.*

1. — Chaque prestation doit être un bien. La définition du bien donnée par les juristes musulmans est la suivante : « Un bien c'est ce qu'a une valeur patrimoniale et les hommes sages rivalisent pour l'obtenir ». On peut retenir de cette définition le critère de rareté qui s'attache aux biens économiques. Il est exprimé d'une manière implicite, mais certaines, puisqu'on nous dit que les hommes sages rivalisent pour l'obtenir. Il n'y a, en effet, de rivalité que vis-à-vis des choses rares et en fonction du besoin à satisfaire. Mais un bien d'après les juristes musulmans, comme d'ailleurs d'après la loi française, peut être d'une chose et le travail d'une personne peuvent servir de contrepartie dans le contrat de vente.

Mais pour qu'un contrat soit valable, la contre prestation doit être considérée comme un bien non seulement par la coutume, mais également par la loi. Ainsi, AL-KHUYWANSARI « الخونساري » nous fait savoir : « Si le législateur fait tomber le caractère de bien à une chose qui a été traitée comme telle par la coutume comme le vin, le porc, etc.. la chose ne peut plus être l'une ou l'autre de deux prestations ».

2. — Chaque prestation doit être utile.

L'utilité d'une prestation ne doit pas être méconnue par le législateur, car s'il nie l'utilité sociale d'un bien, ce bien ne peut plus faire l'objet d'un commerce juridique : ainsi, les instruments propres à procurer les divertissements comme le luth, la clarinette, etc.. ou des biens immatériels comme le chant par exemple. AL-HILLI nous dit : « Si le législateur soustrait l'utilité d'une chose, elle devient inutile, il sera défendu

de la vendre, comme les instruments qui servent pour passer inutilement le temps comme le luth, la clarinette, l'idole et les instruments de jeu ».

AL AMILI résume les deux conditions précédentes dans le texte suivant :

« La chose vendue doit être ce dont, d'après la coutume, on acquiert la propriété par un contrat synallagmatique pour en tirer un profit qui soit valable au point de vue de la raison humaine et permise par le législateur ; car ce qui n'a pas d'utilité n'est pas considéré comme un bien et l'obtention d'un bien en échange sera prohibé comme l'est l'acquisition d'un bien illicite ».

D'une façon générale, les auteurs musulmans ont distingué très nettement, depuis bien longtemps, les choses des biens. Pour eux, comme aujourd'hui pour l'économiste, une chose ne peut avoir la qualité de bien, si elle n'est pas rare et utile. Mais l'utilité de la chose ne se détermine pas seulement, par référence aux besoins économiques de l'homme, mais par les besoins considérés par le législateur, c'est-à-dire par Dieu, comme légitime. C'est ainsi que le vin qui est économiquement rare et utile, n'est pas considéré comme un bien. En effet, la consommation du vin est interdite comme portant atteinte à la santé mentale de l'homme. De même l'homme ne doit pas utiliser son temps dans l'amusement. Le temps de l'homme ne lui appartient pas exclusivement, il appartient ainsi à la société musulmane. C'est pourquoi l'homme doit utiliser son temps pour le développement et le bien être de la communauté musulmane.

Si l'une des deux prestations, dans les contrats synallagmatiques n'est pas considérée au regard de la loi musulmane comme un bien, il ne peut pas y avoir de contre prestation, car les biens doivent s'échanger contre les biens. Aussi, la théorie de la cause classique et néo-classique se trouve superflue en la matière. La notion d'objet suffit, en droit musulman, pour réaliser les liens entre les prestations.

En conclusion, nous pouvons affirmer que les docteurs musulmans ont envisagé la théorie de la cause surtout, comme le motif illicite. L'illicéité du motif, plus exactement l'illicéité du but, de l'intention ou de la fin poursuivie par les contractants apparaît au cours d'une recherche entreprise par le juriste en fonction du contrat et des circonstances qui ont entouré sa

formation. Il s'agit pour le juriste de saisir la fin lointaine, le but indirect et médiat que le contractant se propose de réaliser par l'intermédiaire d'un acte juridique. Si la cause ainsi définie, se trouve illicite, immorale ou contraire à l'ordre public dans l'Islam, l'acte sera déclaré nul et de nul effet.