

# LE CODE MAURITANIEN DES OBLIGATIONS ET DES CONTRATS : UN CODE HYBRIDE ?

*Mahmoud MOHAMED SALAH, Professeur*  
Université de Nouakchott

---

## Résumé

La Mauritanie s'est dotée, en 1989, d'un code des obligations et des contrats, placé sous la double bannière de la conformité aux enseignements du Figh islamique malékite et de l'ouverture aux exigences du monde moderne. Directement inspiré du code marocain de 1913, lequel est une reprise du code tunisien de 1906, le COC mauritanien a fait sienne l'approche synthétique adoptée par ce dernier qui consiste à privilégier les règles et solutions admises à la fois par les principaux droits européens et par le figh islamique, malékite et dans une moindre mesure, hanéfite. Par rapport à ces deux prédécesseurs maghrébins, le code mauritanien se singularise toutefois par un accroissement des références expresses au figh islamique.

**Mots Clefs :** Conformité au Figh Islamique ; Ouverture aux exigences du monde moderne.

## ملخص

اعتمدت موريتانيا سنة 1989 قانون الإلتزامات والعقود وصدر تحت يافطتين : **أولهما** : الإنسجام مع الفقه الإسلامي المالكي، و**ثانيهما** : الإنفتاح على مستلزمات العصرية وقد اقتبس هذا القانون كثيرا من القانون المغربي الذي بدوره هو الآخر مقتبس من القانون التونسي، خاصة في مقاربتة الجامعة بين أهم القوانين الأوروبية والفقه الإسلامي في مجال الإلتزامات والعقود. وبالنسبة للقانونين المغربي والتونسي يتميز القانون الموريتاني بالرجوع أكثر إلى الفقه الإسلامي.

**الكلمات المفاتيحة :** الإنسجام مع الفقه الإسلامي، الإنفتاح على مستلزمات العصرية.

## **PLAN**

### **Introduction :**

1. Contexte d'élaboration du C.O.C.
2. Méthode adoptée par la Commission de rédaction
3. Orientations du Code

### **I- La consécration de l'approche synthétique ou la réception globale de la théorie générale des obligations et des contrats, issue des principaux codes européens**

- A) Les contrats et les quasi-contrats
- B) Les délits et les quasi-délits

### **II-L'accentuation des références au *figh* islamique ou les limites de la cohérence substantielle du Code**

- A) Le *figh* islamique comme composante directe et quelquefois unique de certaines règles et institutions consacrées
- B) Le *figh* islamique malékite comme référence unique en cas de lacunes du code.

1- La Mauritanie s'est dotée, en 1989<sup>1</sup>, d'un code des obligations et des contrats, dans un contexte particulier qui explique la question posée en titre de cette communication.

D'un côté, ce Code est supposé s'inscrire dans l'évolution amorcée, au début des années 1980, visant à intégrer les prescriptions de la Charia islamique dans le droit positif<sup>2</sup>, en écho aux aspirations de la très grande majorité du peuple, dans un pays où le droit musulman est historiquement un élément central de l'identité collective, une donnée de la pratique sociale

---

<sup>1</sup> - V. J.O. de la RIM, 25 Octobre 1989, p. 489-580.

<sup>2</sup>-Les réformes introduites dès 1983 touchent à divers secteurs, dont l'organisation judiciaire (V. ordonnance n°83-114 du 23/06/1983 portant réorganisation de la justice), la matière pénale (V; ordonnance n°83-163 du 09/07/1983 instituant un Code pénal qui a non seulement consacré une nouvelle classification des infractions pénales inspirées de la Charia islamique mais qui a aussi introduit des délits et des peines directement fondées sur les prescriptions de celle-ci.

avant d'être une norme imposée par une autorité politique dont l'existence même a souvent fait défaut.

2- Ce mouvement a culminé dans la Constitution du 20/07/1991, première Constitution mauritanienne qui consacre, au moins sur le plan formel, les libertés et droits fondamentaux et institue le multipartisme et dont le préambule, reprenant la formule que l'on trouvait déjà dans la charte constitutionnelle adoptée, le 12 décembre 1984, par le Comité militaire qui a dirigé le pays jusqu'en avril 1992, énonce que « la Charia islamique est la source unique de la législation. »

3- Jointe à la règle posée par l'article 1<sup>er</sup> du Code de procédure civile, commerciale et administrative de 1983<sup>3</sup>, selon lequel, « les juridictions jugent selon la règle de droit musulman », cette formule a pu nourrir, dès 1984, le sentiment que la loi islamique était devenue une source formelle du droit supérieure aux autres sources et ce, à l'heure où le corps de la magistrature connaissait un afflux important de juges uniquement formés au droit musulman. Certains de ces juges, tirant de la lettre des textes précités leurs conséquences extrêmes, avaient décidé de ne plus appliquer les dispositions du droit positif qu'ils considéraient non conformes au droit musulman. La matière des obligations et des contrats était particulièrement ciblée parce qu'elle avait son siège dans le Code civil français introduit, pendant la colonisation, dans les pays de l'AOF<sup>4</sup> et reconduit à l'indépendance par une disposition finale de la Constitution<sup>5</sup>, suivant laquelle, « les lois antérieurement applicables

---

<sup>3</sup> - Voir ordonnance n°83-163 du 09/07/1983 instituant un Code de procédure civile, commerciale et administrative.

<sup>4</sup> - L'Afrique Occidentale française dont la Mauritanie faisait partie, en tant que colonie française.

<sup>5</sup> - V. notre étude, « Quelques aspects de la réception du droit français en Mauritanie », Revue mauritanienne de droit, 1988, p. 1 et s.

demeurent en vigueur tant qu'elles n'ont pas été abrogées dans les mêmes formes »<sup>6</sup>.

4- Ce Code dont il n'existait aucune traduction officielle en arabe avait été appliqué sans difficultés par les juges francophones jusqu'à la fin des années 1970. L'arrivée massive de magistrats non francophones et la montée des revendications en faveur de l'islamisation du droit en ont entraîné l'éviction ou à tout le moins la marginalisation.

Du coup, le besoin s'est fait sentir de disposer d'un nouveau texte fixant et systématisant avec précision et clarté les règles régissant la matière des obligations et des contrats dont on a pu dire qu'elle figurait l'algèbre du droit.

5- Les pouvoirs publics en ont confié la rédaction, en 1988, à une Commission composée pour l'essentiel de magistrats (dont la plupart sont des spécialistes réputés du *fiqh* islamique) et de représentants du barreau en lui assignant comme but d'élaborer un avant-projet conforme au droit musulman et ouvert aux exigences du monde moderne<sup>7</sup>.

6- Pour s'acquitter de sa tâche, la Commission aurait pu, privilégiant l'impératif de conformité du texte à rédiger aux exigences du *fiqh* islamique, s'attacher essentiellement à la collecte et à la mise en forme des solutions casuelles dégagées par les *fughahas*, à l'instar de la *Medjella* ottomane, premier code civil réellement islamique, tout en privilégiant les enseignements des auteurs se rattachant au rite malékite qui est le rite en vigueur en Mauritanie, depuis des siècles. Le nouveau code eut été dans cette perspective un assemblage ordonné et systématique de cas d'espèce sur lesquels les "foughahas" ont

---

<sup>6</sup> - Constitutions de 1959 et de 1962.

<sup>7</sup> - V. L'exposé des motifs du projet d'ordonnance instituant le C.O.C., reflète cette référence ambivalente à la conformité au *fiqh* islamique, d'une part, et à l'adaptation aux exigences du monde moderne, d'autre part.

raisonné avec les exemples et les commentaires qui les éclairent, dans la logique de la démarche empirique et casuistique caractéristique du droit musulman.

7-Elle aurait également pu s'inspirer de l'exemple de pays qui, à l'instar de la Jordanie, ont, tout en adoptant « l'architecture générale des codifications modernes »<sup>8</sup>, entrepris d'énoncer les dispositions générales objet du code uniquement sur la base du *figh* islamique<sup>9</sup>. Le nouveau code eut alors été un code formellement moderne (avec un plan et des divisions et subdivisions similaires à ceux qu'on trouve dans tous les codes modernes) mais avec un contenu et des concepts directement dérivés du *figh* islamique.

8- Le choix adopté a été tout autre. Sans ignorer les codes civils d'autres pays arabes, la Commission a décidé, dans la mesure où la réglementation du statut personnel et de la famille devait faire l'objet d'un autre code, de prendre comme référence le code des obligations et des contrats du Maroc (ci- après le DOC marocain) directement inspiré du code tunisien qui a la réputation d'avoir pris en compte les enseignements du *figh* islamique.

La méthode finalement retenue a consisté pour l'essentiel à examiner chaque article du code marocain (quelquefois avec son antécédent tunisien) au regard des enseignements du *figh* islamique, principalement mais non exclusivement du *figh* malékite et à le valider si le test de conformité est jugé satisfaisant.

---

<sup>8</sup> - V. H. AL-DABBAGH, Quelques aspects de l'imprégnation du droit des obligations des pays arabes par la culture juridique civiliste, p. 10.

<sup>9</sup> - *ibid*, l'auteur souligne que « l'originalité de la démarche réside principalement dans la méthodologie législative adoptée et la tendance à mettre en place des concepts et des méthodes de raisonnement et d'interprétation s'apparentant au *figh* ». L'auteur cite également le code civil yéménite dans lequel foisonne les notions de *hallal* et de *haram*.

9- Il convient de s'arrêter sur ce choix méthodologique, sur ses présupposés et ses conséquences pour comprendre le produit fini qu'est, aujourd'hui, le Code mauritanien des obligations et des contrats.

La Commission a considéré que le DOC marocain (et son ancêtre tunisien) traduisait déjà un effort d'intégration des enseignements du *figh* islamique et d'ouverture aux exigences du monde moderne, et qu'il fallait simplement s'assurer qu'il ne comportait pas encore de dispositions qui seraient par leur expression ou leur contenu contraires au *figh islamique*.

10- Il ne s'agissait donc pas de reprendre le travail à la base en essayant de traduire dans des dispositions générales et abstraites les enseignements directement dérivés du *figh* islamique mais, seulement, de vérifier que les dispositions de cette nature qui forment le code pris pour modèle soit ont des correspondances dans ces enseignements soit n'y sont pas contraires.

On comprend dès lors que la Commission ait validé la structure générale du DOC marocain ainsi que la grande majorité de ses dispositions. Reprenant pour l'essentiel le code tunisien des obligations et des contrats de 1906, le Doc marocain a naturellement bénéficié de l'intéressant effort de rapprochement entre les principaux droits européens (le droit français mais également le droit allemand, le droit suisse et même le droit italien et le droit espagnol) et le droit musulman (malékite et en partie hanéfite) dont ce texte est le fruit.

11- Rédigé par des juristes européens dont un éminent spécialiste du droit musulman malékite, David Santillana, le Code Tunisien avait été soumis à une Commission plénière mixte au sein de laquelle siégeaient dix jurisconsultes musulmans<sup>10</sup>. Comme le

---

<sup>10</sup> - V. J. Moneger, Biographie du code des obligations et des contrats : de la réception à l'assimilation d'un code étranger dans l'ordre juridique marocain, in Revue marocaine de droit et d'économie du développement, 1984, n°7 et suivants.

souligne le rapporteur et principal inspirateur de ce Code, les rédacteurs de ce dernier ont entrepris, d'une part, « de rechercher dans la jurisprudence musulmane et dans la législation tunisienne » tout ce qui pouvait être utilisé au point de vue du droit moderne, et, d'autre part, « de réunir, classer et choisir dans la législation française les matériaux susceptibles de servir à l'œuvre définitive de codification »<sup>11</sup>.

L'avant-projet du code atteste par ailleurs l'intensité de l'effort de synthèse réalisé « puisqu'au bas de chaque article sont indiquées les origines législatives, doctrinales et jurisprudentielles (tandis) qu'en marge sont mentionnés les enseignements spécifiques au droit musulman relatifs au contenu de la disposition concernée »<sup>12</sup>.

12- Adoptant une démarche de simple vérification de la compatibilité des dispositions du code de référence (le DOC marocain et au-delà son parent tunisien) avec le *fiqh* islamique, principalement malékite, la Commission de rédaction du code mauritanien fut donc naturellement amenée à reprendre la structure et l'essentiel du contenu du modèle de référence puisque le test de conformité au droit musulman avait déjà été effectué par les rédacteurs du code Tunisien. Ce faisant, et ce n'est pas le moindre des paradoxes quand on se rappelle la forte contestation qui a secoué, dès le début des années 1980, le droit d'origine française, la commission a, d'abord, reçu et validé la technique de formulation, d'interprétation et d'application du droit qui sous-tend ce code, confirmant par-là, l'arrimage de la Mauritanie au droit de la famille romano-germanique<sup>13</sup>.

---

<sup>11</sup> - D. Santillana, Rapporteur de la Commission cité par J. Moneger, étude précitée in *Revue marocaine de droit*, 1984, n°7.

<sup>12</sup> - M.K. Charfeddine, *Esquisse sur la méthode normative retenue dans l'élaboration du code tunisien des obligations et des contrats*, RIDComp. 2, 1996, p. 421-442.

<sup>13</sup> - V. Comme le souligne fort bien F.P. Blanc, présentant le code marocain des obligations et des contrats, " le DOC dans la formulation des règles qu'il édicte, se présente comme un

13- Ensuite, en délivrant un brevet de conformité au droit musulman pour la majorité des dispositions examinées, elle permet leur appropriation, leur naturalisation, nonobstant l'origine européenne, quelquefois romaine, de la plupart d'entre elles.

On peut s'interroger sur les causes de cette convergence des principaux droits européens (le droit français, en tête) et du droit musulman des obligations. J-M. Mousseron l'expliquait par la considération que « les règles juridiques françaises ont été façonnées à partir d'exigences morales voisines de celles de l'Islam »<sup>14</sup>. D. Santillana avançait plutôt l'hypothèse de l'existence de racines romaines communes aux principaux systèmes juridiques européens et aux constructions des *fughahas* dans le droit des obligations. Ces racines romaines figureraient une sorte de « fonds commun » aux deux types de droit que seul masquerait l'usage d'un vocabulaire différent<sup>15</sup>.

---

ensemble de règles de droit, emprunté, dans sa conception, à ce que certains appellent la famille romano-germanique." (F.P.Blanc, Les obligations et les contrats en droit marocain (DOC annoté), ed Sochpress-Université, 1990, s; p.5

Il s'agit ici d'un phénomène de réception indirecte d'un droit étranger assez proche de celui que l'on a pu observer pour les pays du Proche-Orient. Dans un premier temps, le droit français des obligations a d'abord été directement reçu par l'Egypte avec l'adoption du code civil de 1948, fruit d'un effort de synthèse remarquable entrepris par Al Sanhoury Pacha; dans un second temps, ce sont les autres pays arabes ( Irak, Syrie, Libye, Koweït ..) qui reprenant le code civil égyptien, code du pays symbole de l'arabité, ont indirectement reçu le droit français ( J.M. Mousseron); La reprise du COC tunisien censé avoir intégré les enseignements du *fiqh* islamique illustre le même phénomène de réception indirecte du droit français.

<sup>14</sup> - J-M. Mousseron, « La réception au Proche-Orient du droit français des obligations », RIDComp., 1968, p. 37 et suivants.

<sup>15</sup> - « Dès qu'on pénètre au fond des choses, on est surpris de voir combien les idées des jurisconsultes de M2dina, de Koufa, de Cordoue offrent avec les nôtres d'étroites analogies, et on peut déjà supposer a priori, sans trop d'in vraisemblance, qu'à l'égard des autres éléments de civilisation qui flottaient en Orient entre la VIIe et le IXe siècle, le droit romain se soit infiltré dans la civilisation musulmane, et qu'il ait fini, insensiblement par s'y incorporer », David Santillia cité par M.K. Charfeddine, étude précitée, in RIDComp., 1996, s. p. 438.

14- Pourtant, et la Commission chargée de la rédaction du Code mauritanien a dû affronter ce problème, l'importance des points de convergence qui a facilité l'insertion des enseignements du *fiqh* islamique dans le moule d'un code moderne ne peut faire oublier l'existence d'oppositions irréductibles sur certaines questions, comme la question de *Riba* (profit usuraire) ou du *Gharrar* (l'aléa), pour ne citer que ces exemples. Sur ces questions, le compromis n'était pas possible et il fallait prendre clairement parti. Les codes marocain et tunisien donnent, au plan formel, l'impression de codes à dominante européenne tempérées par des « infiltrations sporadiques » de notions directement issues du *fiqh* islamique.

Le premier objectif assigné aux rédacteurs de l'avant-projet du Code mauritanien, à savoir l'élaboration d'un texte intégralement conforme au *fiqh* islamique commandait un emprunt plus accusé aux concepts du *fiqh*, ce qui ne peut qu'en renforcer le caractère hybride.

15- On peut, il est vrai, se demander si la méthode adoptée par la Commission de rédaction était la plus appropriée pour tenir compte de l'ouverture aux exigences du monde moderne, autre objectif visé par l'exposé des motifs de l'ordonnance instituant le Code des obligations et des contrats.

En effet, en se focalisant sur la seule conformité du modèle de référence (à savoir le DOC marocain et, au-delà, son parent tunisien) aux enseignements du *fiqh* islamique, on a perdu de vue que ce modèle est historiquement daté : le Dahir formant Code des obligations et des contrats date de 1913 et le parent tunisien remonte à 1906. Depuis cette époque, le droit des obligations a beaucoup évolué et certaines questions se sont naturellement renouvelées. On pense ici aux contrats d'adhésion, aux contrats d'intégration économique, à la violence économique, comme vice du consentement, à l'imprévision, à la responsabilité

du fait des choses... Il eut été possible d'aborder ces questions et de voir dans quelle mesure, on pouvait les traiter d'une manière conforme au *figh* islamique. Pour cela il eut fallu recourir à une méthode comparative plus appropriée et élargir le spectre des codes d'inspiration. (A titre d'exemple, le code civil égyptien de 1948 avait été élaboré sur la base de la comparaison -souvent article par article- d'une vingtaine de codes !)

16- La seule innovation que la Commission s'est autorisée est relative à l'insertion d'un livre 1<sup>er</sup> intitulé « Dispositions Générales », inspiré en grande partie du code civil algérien, lequel s'est en la matière inspiré du code civil égyptien<sup>16</sup>. Ce livre premier traite de questions générales qui débordent celles des obligations et des contrats, puisqu'il porte sur les conditions d'application de la loi et de l'usage, la capacité, les règles de conflit des lois, le statut des personnes physiques et des personnes morales ou encore l'abus de droit.

Pour le reste, le C.O.C. mauritanien a reçu la théorie générale des obligations et des contrats, telle que le DOC marocain et, avant lui, le C.O.C. tunisien, l'ont transcrite sur la base de l'approche synthétique adoptée par David Santillana (I) Mais il a également accentué les références au *figh* islamique, ce qui peut, dans une certaine mesure, en affecter la cohérence substantielle (II).

### **I) La consécration de l'approche synthétique ou la réception globale de la théorie générale des obligations et des contrats, issue des principaux codes européens**

17- Sur le plan formel, le C.O.C. mauritanien, comme son modèle de référence, ne fait à première vue que transcrire les principaux éléments de la théorie des obligations et des contrats

---

<sup>16</sup> - qui comporte un titre préliminaire en partie inspiré du BGB allemand plus étoffé que le Livre 1 du code civil algérien.

tels qu'on les trouve dans les principaux droits européens, et notamment en droit français. En réalité, l'influence du droit musulman est déjà présente sur ce terrain et se manifeste de deux manières. Tantôt, elle opère comme un facteur de sélection entre les normes des différents droits européens. On choisit à propos de telle ou telle règle ou solution le droit européen qui présente le plus d'affinités avec le droit musulman. Tantôt, elle opère comme un facteur « d'hybridation » du droit européen sélectionné. Les concepts et les catégories de celui-ci sont légèrement infléchis pour assurer leur conformité au *fiqh* islamique.

On peut vérifier ce phénomène en examinant successivement les règles régissant les contrats et les quasi contrats et celles relatives aux délits et quasi délits, pour nous limiter à ces thèmes centraux.

### **A) Les Contrats et les quasis contrats**

18- On a coutume de dire que le droit musulman ne contient pas de théorie générale du contrat et que la notion même de contrat n'y fait l'objet de définition systématique<sup>17</sup>.

On a, également, pris l'habitude de rattacher le *fiqh* islamique à une conception objective de l'acte juridique centré sur la seule déclaration de volonté<sup>18</sup> qui, dans certaines circonstances peut acquérir une valeur propre<sup>19</sup>.

---

<sup>17</sup> - V.T. Chehata, Théorie générale de l'obligation en droit musulman, Dalloz, 1970, s. n°164, qui note : « On ne trouve dans aucun ouvrage classique de droit musulman une théorie générale du contrat. Le contrat sera défini d'une manière ou d'une autre très fortuitement ».

<sup>18</sup> - Ce qui permettrait, selon certains, d'expliquer que le droit musulman ait rapidement connu le « système de la représentation parfaite » (que le droit romain ignorait), le poussant même à un point que l'on ne trouve dans aucun droit moderne, à l'exception de la Common Law et en droit musulman, V. Gamal Mourji Badr, La tendance objective en matière de représentation dans la Common Law et en droit musulman, RIDC 1972, p. 379-394. Pour cet auteur, « la représentation, en effet, consiste à dissocier la déclaration de volonté de la personne du déclarant, de telle

Cette affirmation, sans être inexacte, doit être nuancée pour deux raisons au moins : la première est que le rôle de la volonté déclarée est variable selon les quatre écoles (malékite, hanbalite, chaféite, hanéfite) qui composent l'orthodoxie sunnite. La seconde est que, quelle que soit l'importance que ce rôle revêt dans un rite donné, il y est toujours contrebalancé par l'influence de la règle (tirée d'un hadith du Prophète) selon laquelle « les actions n'ont de valeur que par l'intention de leur auteur »<sup>20</sup>.

19- Il reste qu'en règle générale, le *figh* islamique est fondé sur le système de la Déclaration de volonté, ce qui le rapproche plus du droit allemand<sup>21</sup>. Aussi, n'est-on pas surpris de constater que l'article 22 du COC mauritanien qui ouvre le titre premier (intitulé Des causes de l'obligation) du Livre Deuxième (intitulé « Des obligations en général ») énonce que " les obligations résultent des Conventions et autres Déclarations de volonté, même unilatérales, des quasi contrats, des délits et quasi délits", d'une part, et que le chapitre premier de ce même titre soit intitulé « Des obligations qui dérivent des Conventions et autres Déclarations de volonté », d'autre part.

Le contrat que le COC tient à juste titre pour synonyme de convention (le paragraphe 2 de la section 2 relative à la Déclaration de volonté est intitulé " Des conventions ou

---

sorte que cette déclaration revêtue d'une valeur 'objective' propre crée des effets de droit dans le chef d'une personne autre que le déclarant... ».

<sup>19</sup> - Joseph Schacht, Introduction en droit musulman, Maisonneuve, Paris, 1983, p. 101 s.

<sup>20</sup> - Y. Linant De Bellefonds, Volonté interne et volonté déclarée en droit musulman, in RIDC, 1952, p. 511-521, qui souligne pertinemment que le *Mejelle* ottoman, premier code musulman affirmait la primauté de la volonté interne sur la volonté déclarée sur la base du hadith précité du Prophète. V. par exemple, article 2 : « Pour apprécier une action, on doit en rechercher l'intention » ; article 3 : « Dans les conventions, il faut considérer l'intention des parties ».

<sup>21</sup> - A. Rieg, LE rôle de la volonté dans l'acte juridique en droit français et en droit allemand, Paris, LGDJ, 1971.

contrats") est traité comme une simple modalité de la Déclaration de volonté (le paragraphe 1er de la même section 2 est intitulé " De la déclaration unilatérale de volonté") en écho aux dispositions du code civil allemand. La parenté avec le droit allemand est particulièrement accusé, s'agissant des dispositions relatives aux promesses unilatérales (articles 35 à 39 du COC)

20- La différence avec le droit français ne doit pas cependant être exagérée. Les éléments nécessaires pour la validité des obligations dérivant d'une déclaration de volonté énumérés par l'article 23 du C.O.C. présentent une similitude prononcée avec ceux listés par l'article 1108 du Code civil français<sup>22</sup>.

Sur la genèse même du consentement, les dispositions du C.O.C. combinent avec une certaine originalité les règles issues de cette construction propre au *fiqh* islamique connue sous le

---

<sup>22</sup> - Il s'agit de la capacité de s'obliger (1), d'une déclaration valable de volonté portant sur les éléments essentiels de l'obligation (2), d'un objet certain pouvant former, objet d'obligation (3) et d'une cause licite de s'obliger (4). La seule différence entre les deux textes tient à ce que l'article 23 du C.O.C. élargit l'horizon à toutes les Déclarations de volonté (y compris les promesses unilatérales) tandis que l'article 1108 du Code civil français se limite au contrat. Par ailleurs, l'usage de l'expression « Déclaration de volonté » à la place de celle de Consentement ou « accord des parties » ne prête pas à conséquence sur ce terrain dans la mesure où il est acquis, contrairement à ce qu'a pu soutenir un éminent auteur (notamment Ch. Chehata., ouvrage précité, s n°179 pour qui « le contrat est un acte juridique constitué par des déclarations émises de part et d'autre. L'acte une fois posé va produire des effets de droit qui jouent automatiquement... La volonté du déclarant ne joue aucun rôle dans le processus contractuel... ») que le consentement (Ridha) et la volonté des parties jouent un rôle important dans le processus contractuel en droit musulman. Par ailleurs, l'article 40 du C.O.C. dispose clairement que « la Convention n'est parfaite que par l'accord des parties sur les éléments essentiels de l'obligation ainsi que sur toutes les clauses que les parties considèrent comme essentielles ». En fait la réception des règles françaises va plus loin puisqu'elle s'étend aux classifications adoptées par le code civil français, notamment celles qui opposent les contrats synallagmatiques et les contrats unilatéraux (article 252 du COC), les contrats onéreux et les contrats à titre gratuit (article 815 du COC), les contrats commutatifs et les contrats aléatoires (article 1024 du COC).

nom de « Majlis Al'Aqd » ou « séance contractuelle » avec les règles inspirées du code civil allemand et celles dégagées par la jurisprudence française à propos de la rencontre des déclarations de volonté (articles 44 et suivants du COC).

21- L'influence française est patente dans le domaine de la protection de l'intégrité du consentement puisque le C.O.C. reprend, malgré la référence au système de la Déclaration de volonté, la théorie des vices du consentement consacrée par le code civil français en la retouchant légèrement (l'article 61 du C.O.C. évoquant " l'erreur sur l'identité, l'espèce ou la qualité de l'objet qui a été la cause déterminante du consentement" semble plus large que l'article 1110 du Code civil français qui ne vise que l'erreur sur la substance, même si l'interprétation subjectiviste de cette dernière limite les différences, l'article 72 du C.O.C. définit le dol comme « les manœuvres ou réticences... » intégrant ici l'apport de la jurisprudence française) et y ajoutant un vice spécifique au droit musulman, à savoir l'état de maladie et autres cas analogues<sup>23</sup>.

22- L'analyse attentive des dispositions du COC sur les vices du consentement montre cependant que l'influence française, déterminante sur le plan du cadre général, n'est pas exclusive de celle d'autres droits européens. C'est ainsi que la rédaction de l'article 64 du COC posant une directive quant à l'appréciation de l'erreur de droit ou de fait est plus inspirée de l'article 1267-3 du code civil espagnol et que celle de l'article 68 relative à " la

---

<sup>23</sup> - Selon l'article 54 du C.O.C. « est annulable le consentement donné par erreur, surpris par dol ou extorqué par violence » et au terme de son article 74 « les motifs de rescision fondés sur l'état de maladie et autres cas analogues sont laissés à l'appréciation du juge ». Ce texte qui reproduit l'article 54 du code marocain n'a pas d'équivalent dans le code civil français ni dans les codes des autres pays occidentaux. Il puise directement ses racines dans le *fiqh* islamique (v. Mohamed Azzedine Ben Seghir, l'article 54 du C.O.C. Un article inapproprié, Pourquoi ? Revue marocaine de droit et d'économie, 1984, n°7, p. 221 et s).

crainte inspirée par la menace d'exercer des poursuites ou d'autres voies de droit..." doit plus à l'article 30 du code fédéral suisse des obligations.

23- Le C.O.C. a également transposé les règles relatives à « l'objet de l'obligation », domaine largement exploré par le *fiqh* islamique, préoccupé d'assurer une protection équitable des contractants, de prévenir et éventuellement de bien identifier les contrats contraires à la Charia, notamment ceux qui enfreignent l'interdiction du *Gharrar* (l'aléa) ou du *Riba* (le profit usuraire). L'objet doit exister, être déterminé ou déterminable, être possible et être licite. Par rapport à ces conditions classiques que l'on trouve à la fois dans le Code civil français et dans les codes marocain et tunisien, le Code mauritanien s'est préoccupé d'une plus grande précision de l'objet, puisque son article 78 dispose que « La chose qui forme l'objet de l'obligation doit être parfaitement déterminée ».

24- Le C.O.C. a également reçu les dispositions du Code civil français sur la cause de l'obligation, notion moins familière aux *fughahas*, si l'on excepte, paradoxalement, la cause subjective, au sens de « mobile déterminant » que l'on trouve dans les législations de certains pays arabes (notamment l'article 176-2 du code civil du Koweït et l'article 155-2 du code civil de Qatar)

25- Enfin, les dispositions du C.O.C. sanctionnant le défaut d'une condition requise pour la validité d'un contrat constituent une reprise aménagée des règles du droit français pour tenir compte des enseignements du *fiqh* islamique, malékite, en particulier.

En effet, le C.O.C. n'a pas consacré la distinction entre la nullité absolue et la nullité relative introduite par le Code civil français mais sans équivalent dans le *fiqh* islamique (plusieurs pays arabes ont récusé cette distinction).

Il a adopté une autre distinction que l'on trouvait déjà dans l'ancien droit français, celle qui oppose la nullité de plein droit à la rescision, dans laquelle les constructions des fughahas malékites (qui distinguent entre le « *fasid ou batil* », c'est-à-dire la nullité de plein droit, et le droit d'option ou *khiyar* ouvert au contractant lésé dans certains cas, lui donnant le choix entre la confirmation du contrat et son annulation) pouvaient s'intégrer plus facilement.

26- L'approche synthétique consacrée par le modèle de référence (le DOC marocain et son parent tunisien) et assumée du fait de la méthode adoptée par la Commission de rédaction

du COC ( qui se limite au test de conformité voire de simple compatibilité avec le *figh* islamique malékite) a conduit à ne suivre les pays qui ont poussé plus loin l'intégration des enseignements du *figh* islamique en la matière, comme la Jordanie, les Emirats Arabes Unis et le Yemen dont les codes distinguent entre les actes *lazim* ( obligatoires) non susceptibles de résiliation unilatérale et les actes *gayr lazim* (non obligatoires), qui laissent aux parties ou à l'une des parties une faculté de résolution automatiques; les actes *mawqûf*, actes théoriquement valables mais ne produisant aucun effet juridique avant la ratification par la personne habilitée à le faire, et, enfin les actes "batil ou *fasid*", c'est à dire, nuls de plein droit.

27- S'agissant des effets du contrat, l'article 247 du C.O.C. est une reprise du célèbre article 1134 du Code civil français sur l'effet obligatoire du contrat<sup>24</sup> (on peut seulement ici reprocher à la Commission de ne pas avoir prévu de tempérament à cette règle, notamment en cas de circonstances entraînant un bouleversement de l'équilibre du contrat comme l'on fait les

---

<sup>24</sup> - Selon ce texte, « 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 ».

pays du Machrek arabe ainsi que l'Algérie qui se sont inspirés du code civil égyptien, lequel avait en l'espèce donné préférence aux droits allemand et suisse sur le droit français, qui n'a évolué sur cette question que très récemment) tandis que l'article 245 reproduit l'article 1165 du Code français sur l'effet relatif des conventions à l'égard des tiers.

27bis L'influence française est également perceptible dans les règles régissant la responsabilité contractuelle, avec la reprise de la gradation de la faute contractuelle ( voir les articles 279, 280 et 289 du COC) que l'on trouve en droit français ( faute, faute lourde et dol) et les mêmes causes d'exonération ( l'article 284 vise la force majeure, le cas fortuit et la demeure du créancier; il y'a lieu de souligner que la jurisprudence française assimile pratiquement les notions de cas de fortuit et de force majeure , à l'instar des jurisconsultes musulmans qui, incluant la première dans la seconde usent d'une seule expression, " EL JAIHA", pour les désigner) consacrés par celui-ci.

28- Pour ce qui est de l'interprétation du contrat, la position du *figh* malékite faisant, à la différence du *figh* hanéfite, prévaloir la volonté réelle sur la volonté déclarée, a facilité l'intégration des règles d'origine française même s'il faut souligner des dispositions concernées doit aussi à d'autres droits européens, y compris le droit espagnol.

29- Concernant la preuve, le titre 9 du Livre 2 s'y rapportant est supposé régir les obligations contractuelles et les obligations extra-contractuelles ( les dispositions originaires concernant la preuve des contrats ne mentionnent aucune spécificité de cette matière) et illustre le même effort de synthèse entre les principaux droits européens ( à titre d'exemple, l'article 424 sur les écritures portant obligations de personnes illettrées" est une reprise de l'article 15 du code fédéral suisse des obligations) et le *figh* islamique même si la valeur ajoutée mauritanienne existe et

consiste en un infléchissement des dispositions sur la preuve testimoniale (V. Notamment les articles 450 à 455 du COC sur la nécessité, à peine de nullité du témoignage, de témoins "OUDOUL" et le renvoi par l'article 455 au rite malékite pour compléter ces articles) pour mieux tenir compte de la spécificité du fiqh islamique en la matière.

30- Pour ceux qui est des quasi contrats, ils font l'objet du chapitre 2 du titre 1 (intitulé " Des causes de l'obligation ») du livre 2.

Cette deuxième " cause" (en fait il faut entendre " source") de l'obligation qui remonte aux Institutes de Gaius et celles de Justinien est très controversée en doctrine malgré sa consécration par certains codes européens et, d'abord, par le code civil français.

Toutefois à la différence de ce dernier (dont l'article 1371 définit les quasi contrats comme " les faits purement volontaires de l'homme dont il résulte un engagement quelconque envers un tiers, et quelquefois un engagement réciproque des deux parties"), le COC mauritanien, pas plus que son modèle de référence, ne donne une définition des quasi contrats.

Ses articles 86 à 96 n'envisagent que les cas de paiement de l'indu, de l'enrichissement sans cause et l'action en répétition, combinant les emprunts aux droits français et allemand (pour ce dernier, on comparera l'article 87 du COC à l'article 812 du BGB) avec les enseignements du fiqh malékite.

31- En revanche, la gestion d'affaires est traitée par le COC mauritanien, comme le DOC marocain, dans le livre 3 intitulé " Des différents contrats déterminés et des quasi contrats qui s'y rattachent" et notamment dans le chapitre 5 (intitulé " Des quasi contrats analogues au mandat de la gestion d'affaires") du titre 7 sur " le Mandat"

Les dispositions des articles 882 à 896 qui s'y rapportent ne tranchent pas avec l'approche générale consacrée, empruntant aux droits européens (notamment le droit français et le droit allemand : s'agissant de ce dernier, les articles 886 et 887 du COC sont une réplique des articles 678 et 679 du BGB) dont les règles sont compatibles avec les enseignements du fiqh islamique.

## **B) Les délits et quasi délits**

32- S'agissant, d'abord, de la responsabilité civile délictuelle du fait personnel, il faut souligner la parenté évidente entre l'article 97 du C.O.C. et l'article 1382 du Code civil français même si le texte mauritanien, à l'instar de son modèle marocain, est plus développé que le texte français, évoquant expressément des questions qui ont été, au départ, très discutées en France avant d'être tranchées par la jurisprudence, notamment celle de la réparation du préjudice moral<sup>25</sup>. Ce type d'ajout est particulièrement bienvenu dans un pays où la jurisprudence est embryonnaire et souvent peu homogène, d'autant plus que la réparation du préjudice moral est rejetée par certains foughahas et que les codes de certains pays arabes directement inspirés du fiqh islamique, sont volontairement restés silencieux sur cette question ainsi que sur celle discutée du gain manqué. (Toutefois sur cette question, il y'a lieu de relever une discordance entre la version française de l'article 280 du COC qui dispose que " les dommages sont la perte effective que le créancier a éprouvée et

---

<sup>25</sup> - L'article 97 du C.O.C. est ainsi libellé : « Tout fait quelconque de l'homme qui, sans l'autorisation de la loi, cause sciemment et volontairement à autrui un dommage matériel ou moral, oblige son auteur à réparer ledit dommage, lorsqu'il est établi que ce fait en est la cause directe. Toute stipulation contraire est sans effet. Le préjudice moral est celui que subit l'homme en dehors de son patrimoine : il vise à réparer les douleurs morales, les chagrins et tristesses consécutifs à une déformation due à des blessures ou des infirmités, à une diffamation ou une atteinte à l'honneur, et tous autres faits entraînant une douleur morale ».

le gain dont il a été privé" et la version arabe qui omet le gain manqué ; or, c'est la version arabe qui fait foi !)

33- On peut faire une observation similaire à propos des dispositions se rapportant à la responsabilité quasi délictuelle<sup>26</sup>.

Moins gênés par l'opposition du droit civil et du droit administratif qui structure l'ordre juridique français, avec la dualité de l'ordre juridictionnel qui en résulte, les rédacteurs du C.O.C. , suivant en cela les exemples marocain et tunisien, ont pu poser dans le même chapitre, le principe de la responsabilité de l'Etat et des entités publiques auxquelles la loi confère la personnalité morale (article 99 du COC dont on trouve l'équivalent dans le code civil allemand et dans le code civil espagnol) ainsi que celui de la responsabilité personnelle des agents de l'Etat et des entités publiques décentralisées pour les dommages résultant de leur dol ou des fautes lourdes commises dans l'exercice de leurs fonctions (article 100 du COC).

34- Le C.O.C. traite également des différents cas de responsabilité du fait d'autrui (responsabilité des pères, curateurs ou tuteurs pour les dommages causés par le mineur insolvable ; responsabilité des maîtres et commettants pour le dommage causé par leurs domestiques et préposés dans les fonctions auxquelles ils sont employés ; responsabilité des artisans pour les dommages causés par les apprentis ; celle des parents pour les dommages causés par les insensés et autres

---

<sup>26</sup> - Les articles 98 et 99 du C.O.C. Ces textes sont respectivement libellés ainsi qu'il suit : Article 98 : « Chacun est responsable du dommage moral ou matériel qu'il a causé, non seulement par son fait, mais encore par sa faute, lorsqu'il est établi que cette faute en est la cause directe. Toute stipulation contraire est sans effet. La faute consiste, soit à omettre ce qu'on était tenu de faire, soit à faire ce dont on était tenu de s'abstenir, sans intention de causer un dommage » ; Article 99 : « L'Etat et toutes les entités publiques auxquelles la loi confère la personnalité morale, sont responsables des dommages causés directement par le fonctionnement de leurs administrations et par les fautes de service de leurs agents ».

infirmes d'esprit, même majeurs habitant avec eux...) dans des termes qui, il est vrai, donnent à la responsabilité une coloration presque<sup>27</sup> objective que l'on rattachera à l'influence du fiqh islamique. (On y rattachera également et plus sûrement d'autres dispositions, comme celles de l'article 113, selon lequel " L'ivresse qu'elle soit volontaire ou non, n'empêche point la responsabilité civile dans les obligations dérivant des délits et des quasi délits")

35-L'influence française est encore patente en matière de responsabilité du fait des choses dont on a la garde (article 108 du C.O.C. qui reprend l'article 1384 du Code civil français) même si la reprise du texte français aurait dû s'accompagner de clarifications complémentaires, dans la mesure où comme on le sait, en France, c'est la jurisprudence qui a donné à ce texte la portée qu'il a acquise.

36- Enfin, on soulignera, comme autre illustration de l'approche synthétique adoptée, la reprise de théories qui ont leurs racines à la fois dans le fiqh islamique et dans les principaux droits européens, comme la théorie de l'abus de droit ( l'article 16 du COC est une reprise de l'article 41 du code civil algérien, lequel est une transcription de l'article 5 du code civil égyptien dont les antécédents sont à chercher dans l'article 226 du code civil allemand, l'article 2 du code civil suisse, l'article 74 du projet franco-italien de code des obligations et dans une mesure moindre dans la jurisprudence française) et celle des troubles anormaux de voisinage ( les articles 111 et 112 du COC qui s'y rapportent peuvent être rattachés à la jurisprudence française , aux dispositions de l'article 906 du code civil allemand et à celles de l'article 1908-1 et 1908-2 du code civil espagnol).

---

<sup>27</sup> - mais tout à fait puisqu'il est prévu que les personnes en cause peuvent dégager leur responsabilité à certaines conditions.

## **II) L'accentuation des références au *figh* islamique ou les limites de la cohérence substantielle du Code**

37- Par rapport à son modèle de référence, le C.O.C. mauritanien se caractérise par une accentuation des références au *figh* islamique qui se manifeste sur deux terrains complémentaires.

D'une part, les concepts dérivés du *figh* islamique apparaissent comme des composantes directes et quelquefois exclusives de plusieurs règles et institutions consacrées.

D'autre part, le *figh* islamique est érigé en référence unique en cas de lacunes de ce code.

Comment concilier cette deuxième tendance avec la réception globale de la théorie du contrat et des obligations, issue des principaux droits européens ?

Si l'on admet qu'un code n'est pas une série de dispositions hétéroclites mais un ensemble systématisé de règles sous-tendues par une logique, une finalité et un esprit communs, on peut en effet se demander si la coexistence de ces deux tendances est compatible avec la cohérence requise d'un code.

### **A) Le *figh* islamique comme composante directe et quelquefois exclusive des règles et institutions consacrées**

38- L'une des premières manifestations de ce phénomène concerne l'interdiction du *RIBA*, *expression* que l'on traduit souvent, peut-être à tort, par celle de « profit usuraire »<sup>28</sup> dont le domaine est particulièrement étendu dans le C.O.C.

---

<sup>28</sup> - On a en effet fait observer que la notion de profit usuraire (si l'on désigne par-là « le profit tiré de toute espèce d'intérêt que produit l'argent ») est beaucoup plus étroite que celle de *Riba* qui désigne tout excédent et à la limite tout avantage qui n'est pas la contrepartie naturelle et obligatoire de l'avantage fourni (dans le prêt, dans l'échange ou même quelquefois dans la lettre de change parce que l'on évite ici les risques du transfert d'argent) ». V. J. Berque et J-P. Charnay (dir), Normes et valeurs de l'Islam, Paris, Pujot, 1978, p. 81-100 : Le *Riba*. C'est en ce sens que le C.O.C. mauritanien utilise la notion.

mauritanien. Non seulement le C.O.C. interdit le prêt à intérêt (article 814)<sup>29</sup> dans des termes plus larges que ceux utilisés par l'article 870 du code marocain<sup>30</sup> mais il fait de l'absence de RIBA, une condition supplémentaire pour la validité de plusieurs contrats.

39- C'est ainsi que les articles 226 et 227 relatifs à la « cession d'une hérédité », d'un fonds de commerce ou d'un patrimoine prévoient le transfert au cessionnaire des droits et obligations attachés à ces universalités « sous réserve de *Riba* » ; que l'article 276 relatif au droit du créancier de poursuivre l'exécution du contrat par le débiteur « pour la partie qui en est encore possible » ou d'obtenir la « résolution du contrat avec dommages-intérêts dans les deux cas » prévoit que ses dispositions ne s'appliquent que sous réserve du *Riba* ; et que l'article 608 relatif à l'échange dispose que « lorsque les objets échangés sont de valeur différente, il est permis aux parties de compenser la différence au moyen de soultes en numéraire ou en autres objets à moins qu'il n'en découle une pratique du *Riba* » ; et que l'article 920 assigne à la société le partage de bénéfices sous réserves du *Riba*. On peut aussi voir dans les dispositions réglementant minutieusement le contrat de vente, une volonté implicite de tenir compte des conséquences de l'interdiction du *Riba*.

40- Il faut ajouter que le juge pourra toujours, à travers le contrôle exercé sur la licéité de l'objet et de la cause de l'obligation contractuelle intégrer les préoccupations se rapportant à cette

---

<sup>29</sup> - L'article 814 est ainsi libellé : « La stipulation d'intérêts entre individus est nulle et rend nul le contrat soit qu'elle soit expresse, soit qu'elle prenne la forme d'un présent ou autre avantage fait au prêteur ou à toute autre personne interposée. ».

<sup>30</sup> - Ce texte limite le domaine de l'interdiction de la stipulation d'intérêts aux contrats entre musulmans. Dans les autres cas. L'article 871 du Code marocain nonce que « les intérêts sont dus à chaque fois qu'ils ont été stipulés par écrit. Cette stipulation est présumée lorsque l'une des parties est un commerçant ».

interdiction, en annulant notamment une opération juridique entachée de *Riba* et non autorisée par la loi.

41- De même, sans être érigée en principe général du droit, qui figurerait dans les dispositions communes à toutes les obligations contractuelles, l'interdiction du *Gharrar* ou aléa est pris en compte de façon directe dans le titre IX du Livre III relatifs aux contrats aléatoires où l'article 1024 du C.O.C. frappe de nullité de plein droit « tout contrat synallagmatique comportant un aléa sauf si celui-ci est minime, accessoire et largement accepté par l'usage », précisant dans la foulée que cette nullité emporte toutes les obligations résultant des dettes des jeux et des paris »<sup>31</sup>.

42- Enfin, il faut souligner l'emprise du *figh* sur la réglementation de plusieurs contrats, notamment, la donation (article 815), le *wagf* (articles 816 à 818), la vente *selem* (article 602 à 605) et la société (article 897 à 1023). Ces dispositions s'ajoutent à d'autres que l'on trouve dans le livre 2 sur les "Obligations en général". Certaines de ses dispositions figuraient déjà, il est vrai, dans le DOC marocain et avant lui, dans le COC tunisien (il est ainsi des articles 390 à 395 qui forment le Chapitre 7 du titre 7 du livre 2, chapitre improprement intitulé " De la résiliation volontaire", et qui se rapporte en réalité à la révocation conventionnelle- *Al Iqâla*- du droit musulman. V. I. Arabi, Regards sur l'*Al iqala* ou le mutus dissensus d'après le chapitre 7 du Titre 7 du Livre 2 du COC, RID comp, 2004, 1,); d'autres constituent des ajouts du texte mauritanien: il en est ainsi des dispositions sur la preuve testimoniale, évoquées ci-dessus.

---

<sup>31</sup> - On trouve la même interdiction (qui figure également dans le C.O.C. marocain) dans les codes des pays arabes officiellement fondés sur les prescriptions de la Charia, à savoir la Jordanie (article 915 du code civil) et le Yémen (article 1095 et suivants avec les mêmes prescriptions pour les courses à pied ou à cheval, le tir à la cible, les joutes sur l'eau.

43- L'influence du *figh* islamique est particulièrement évidente dans les dispositions relatives aux sociétés. Reprenant ici la quasi-totalité des dispositions initiales des codes marocain et tunisien, le COC mauritanien consacre dans son Livre III, un titre intitulé « De l'association » qui distingue dans la lignée des enseignements du *figh islamique* entre la « communauté ou quasi-société » (*chariqatou el moulk*) (objet du chapitre 1<sup>er</sup>) et qui désigne la situation dans laquelle « une chose ou un droit se trouve appartenir à plusieurs personnes conjointement et par indivis » (article 898) et « la société contractuelle » ou *chariqatou el oughoud* (objet du chapitre second) définie par l'article 920 (avant sa modification par la loi n°2001-31 du 07 février 2001, laquelle n'a d'ailleurs pas supprimé la réserve du RIBA; elle a en revanche unifié les conditions d'acquisition de la personnalité juridique des sociétés puisque celle-ci ne commence désormais qu'avec l'immatriculation du registre du commerce alors que la "société contractuelle" était jusqu'ici un contrat consensuel par excellence). Elle est définie comme le « contrat par lequel deux ou plusieurs personnes mettent en commun leurs biens ou leur travail en vue de partager le bénéfice qui pourra en résulter, sous réserve du *Riba*, de l'aléa et de l'indétermination ». Comme le code marocain mais contrairement au code tunisien (article 1256) (qui a ici fait prévaloir la position hanéfite), le C.O.C. mauritanien, resté fidèle au *figh* malékite, n'a pas consacré la société de crédit (*chariqatou woujough*)<sup>32</sup> dans laquelle l'apport peut « consister dans le crédit d'une personne ».

---

<sup>32</sup> - Les articles 926 et 928 sur la consistance de l'apport sont libellés ainsi qu'il suit : Article 926 : " L'apport peut consister en numéraire, en objet, mobiliers ou immobiliers, en droits incorporels. Il peut en outre consister en denrées alimentaires à condition qu'il soit présenté par une seule partie ; l'apport peut aussi être un travail, pourvu qu'il soit présenté par toutes les parties et qu'il soit uni et lié" ; article 928 : " l'apport doit être spécifié et déterminé ; lorsqu'il consiste dans tous les biens présents de l'un des associés, ces biens doivent être inventoriés"

44- En revanche, il a repris la distinction entre la société fiduciaire ou à mandat général (article 952 à 954)<sup>33</sup> et la société à mandat restreint (article 955)<sup>34</sup> avec les conséquences qui s'y attachent en droit musulman : possibilité pour chaque associé de faire seul tous les actes qui rentrent dans l'objet de la société, pour le premier type de société ; impossibilité pour un associé d'agir seul, dans le second cas de figure.

### **B) Le *figh* islamique comme référence unique en cas de lacunes du code**

45- Selon l'article 1179 du code qui prend place dans les dispositions finales « Pour combler les lacunes de cette ordonnance, il est fait référence au rite malékite. Pour lever toute équivoque dans la version française de ce texte, la version arabe fait foi ».

Cet article appelle quelques observations. En premier lieu, il rapproche plus le C.O.C. mauritanien des codes arabes que l'on a pu appeler les « codes islamisés », comme le code jordanien, dont l'article 2 « érige les prescriptions du *figh* islamique (*ahkam al-figh al-islami*) en source subsidiaire à laquelle le juge doit recourir en cas de lacune de la loi » tandis que l'article 3 dispose que « pour comprendre, élucider, interpréter les dispositions du présent code, on doit recourir aux règles méthodologiques du *figh* islamique »<sup>35</sup> ou encore le code civil

---

<sup>33</sup> - L'article 952 est libellé ainsi qu'il suit : « Lorsque les associés se sont donné réciproquement mandat & administrer, en exprimant que chacun d'eux pourra agir sans consulter les autres, la société est dite fiduciaire ou à mandat général ».

<sup>34</sup> - Ce texte est libellé ainsi qu'il suit : « Lorsque le contrat de société exprime que les associés ont tous le droit d'administrer, mais qu'aucun deux ne peut agir séparément, la société est dite restreinte ou à mandat restreint. A défaut de stipulation on de coutume spéciale, chacun des associés à mandat restreint peut faire les actes d'administration à la condition d'obtenir l'assentiment des autres, à moins qu'il ne s'agisse d'une chose urgente dont l'omission serait préjudiciable à la société »

<sup>35</sup> - H. Al-Dabbagh, Le droit comparé comme instrument de modernisation : l'exemple des codifications civiles des Etats arabes du Moyen-Orient, s. note 73

des Emirats Arabes Unis dont l'article 1<sup>er</sup> énonce que le juge doit combler les lacunes du code en se référant au rite malékite et hanbalite, et, à défaut, aux enseignements des autres écoles<sup>36</sup>.

46- Le message officiel que cet article traduit est que la codification de la matière des contrats et des obligations est uniquement menée sous la bannière du *figh* islamique ; toutes les règles consacrées par le nouveau code seraient soit des règles directement issues du *figh* islamique soit des règles qui peuvent s'y intégrer en raison de leur conformité à son esprit. Aussi est-il normal que le *figh* vienne combler les lacunes du code.

La pluralité des sources de certaines règles, voire leur origine purement européenne, est ainsi occultée et niée.

L'avantage de cette référence à l'exclusivité de la source islamique est qu'elle permet de mieux asseoir la légitimité du nouveau code.

46- En second lieu, l'article 1179 n'autorise pas le recours aux enseignements d'un autre rite que le rite malékite et ce quelle que soit la lacune à combler. Le *figh* islamique est ici strictement limité aux enseignements de l'école malékite dont la complétude est postulée.

46- En troisième lieu, si l'on garde à l'esprit que l'approche synthétique qui sous-tend la réception globale de la théorie générale du contrat et des obligations n'est pas neutre mais qu'elle se traduit par l'usage de concepts et de catégories à travers lesquelles, on regroupe et on interprète les règles de

---

<sup>36</sup> - *ibid* ; l'auteur cite également l'article 1<sup>er</sup> du code civil yéménite, lequel énonce qu'à « défaut d'un texte applicable dans cette loi » (« on statuera selon les principes de la Charia dont est tirée cette loi. A défaut, le juge statue d'après la coutume permise par le droit musulman. A défaut de coutume, le juge aura recours aux règles de l'équité conformes aux fondements du droit musulman en général ».

droit, et qui font qu'aucune règle ou solution ne peut être complètement isolée des autres, le recours au *figh* malékite pour combler les lacunes du code ne doit pas se faire dans l'ignorance de l'esprit de systématique qui anime la majorité des dispositions du nouveau code. L'enjeu est bien le maintien de la cohérence substantielle de celui-ci.

47- Sur le plan pratique, il est notamment clair que sur certaines questions, comme celles qui se rapportent à l'application des règles de conflit de lois ou à la responsabilité du fait des choses que l'on a sous sa garde, pour nous limiter à ces exemples, une ouverture au droit comparé reste indispensable.

48- En conclusion, dans la mesure où une bonne codification suppose que le produit final soit en adéquation avec l'environnement qu'il est appelé à régir et dans lequel il doit s'appliquer, le C.O.C. mauritanien ne pouvait que s'abreuer aux sources du *figh* islamique, notamment malékite qui constitue la valeur de référence en Mauritanie.

49- En prenant pour modèle un code qui est le fruit d'un effort d'intégration des enseignements du *figh* islamique, majoritairement malékite, dans une perspective synthétique de rapprochement avec les principaux codes européens et en y ajoutant son apport propre, le COC mauritanien constitue incontestablement une avancée importante. La Mauritanie dispose ainsi d'un texte fixant dans un corpus unique et systématique les principales règles relatives aux obligations et aux contrats jugées conformes au droit musulman malékite.

50- La question qui demeure posée est celle de savoir si cet acquis n'aurait pas pu être mieux concilié avec l'autre objectif poursuivi, à savoir l'ouverture aux exigences du monde moderne, laquelle appelle l'intégration de règles et de procédés qui, tout en étant conformes au *figh* islamique, seraient plus adaptés.

Elle appelle également une réelle ouverture d'esprit, celle-là même qui est requise du comparatiste<sup>37</sup> afin de donner au nouveau code, la cohérence minimale sans laquelle il ne peut remplir son office. Cela n'est possible que si les juges jouent le jeu<sup>38</sup> car la cohérence d'un code est aussi une affaire de jurisprudence<sup>39</sup>.

---

<sup>37</sup> - et qui en fait un humaniste. V. M. Ancel, *Le droit comparé, science humaniste*, RIDComp, 1949, p. 27 et s.

<sup>38</sup> - Ce qui suppose que leur formation soit homogénéisée et qu'en plus de la maîtrise des enseignements du *fiqh* islamique, ils puissent avoir une connaissance approfondie des mécanismes essentiels du droit des obligations et des contrats.

<sup>39</sup> - F. Ost, *L'interprétation systématique et le postulat du législateur rationnel*, in *L'interprétation judiciaire*, Bruxelles, 1982, p. 45 et s.