



La banque islamique et la relation clientèle en matière de financement : Etude comparative de la notion du patrimoine et de la personne morale

Laita Ibtiha FARES

LDTDL, Faculté des sciences juridiques
économiques et sociales, Université Sidi
Mohamed Ben Abdellah, Fès, Maroc.

E-mail : fares.laita@gmail.com

Pr. Abdellah MARGHICH

LDTDL, Faculté des sciences juridiques
économiques et sociales, Université Sidi
Mohamed Ben Abdellah, Fès, Maroc.

E-mail : marghich2002@gmail.com

Résumé : Le droit contemporain distingue entre le patrimoine de la société et celui de ses actionnaires et introduit la possibilité d'affectation du patrimoine notamment par la création des personnes morales. En revanche, le droit islamique des affaires, considère que le patrimoine est unique et indivisible ce qui représente un risque de non-conformité pour les banques islamiques dans le financement des personnes morales. En effet, le financement par des crédits est basé sur la notion du patrimoine du client et sa capacité à honorer ses engagements. De même, le financement participatif ou par Moudharaba implique le patrimoine de la société Moucharaka et Moudharaba et en conséquence, le patrimoine des actionnaires y compris la banque islamique et ce, conformément à la Charia. Dans cet article, nous allons étudier le concept de « patrimoine » et le concept de « la personne morale » selon le droit islamique et le droit Marocain et l'innovation juridique islamique pour adapter les sociétés modernes aux dispositions de la Charia.

Mots clés : Droit islamique des affaires, le patrimoine, Moucharaka, la Moudharaba, la personne morale.

Abstract: The contemporary law distinguishes between the patrimony of a company and those of its shareholders and introduces the possibility of affectation of patrimony, particularly by the creation of the legal personality. On the other hand, the business Islamic law considers that patrimony is unique and indivisible, which represents a not-conformity risk for Islamic banks in the financing of legal personality. Indeed, the financing by the credit is based on the notion of the customer's patrimony and her ability to cover the debts contracted. Likewise, the financing by Musharaka and Mudharaba implies the society's patrimony and consequently, the shareholders' patrimony, including the islamic bank, in accordance with Sharia. In this paper, we will study, the "patrimony" concept and the "legal person" concept according to the Islamic law and Moroccan law and the Islamic juridical innovation to adapt the modern societies to the disposals of Sharia.

Key Words: the business Islamic law, the patrimony, Musharakah, Mudharabah, legal person.

Article reçu le : 29 mars 2018, **accepté le :** 29 juin 2018.

Citation : Fares L. I et A. Marghich (2018), La banque islamique et la relation clientèle en matière de financement : Etude comparative de la notion du patrimoine et de la personne morale, *Recherches et Applications en Finance Islamique*, Volume 2, Numéro 2, pages : 174- 195.



Introduction

La relation banque-client en matière de financement est fondée sur la confiance réciproque, la capacité du client à honorer ses engagements, la faisabilité du projet et les possibilités de recouvrement en cas de défaillance. En effet, le patrimoine du client représente le premier garant de la solvabilité de ce dernier du fait qu'il doit être capable de prendre en charge le remboursement des dettes dues.

Sur le plan juridique, le concept de patrimoine, ses caractéristiques et son affectation pour couvrir une activité spécifique, diffèrent d'une juridiction à une autre en fonction des besoins de la société en matière de développement et de protection des droits. Cela entraîne des problèmes de conformité pour les sociétés ayant plusieurs référentiels juridiques comme le Maroc qui doit gérer, en matière de financement, la différence entre la jurisprudence islamique et le droit positif au niveau du concept de patrimoine et son affectation.

Par ailleurs, la jurisprudence islamique des premiers érudits, en matière de personnalité juridique, ne reconnaît que la personne physique comme personne ayant un patrimoine et la capacité de s'obliger et de contracter. De ce fait, la notion de personne morale (الشخصية الاعتبارية او المعنوية) représente un nouveau concept pour le référentiel juridique islamique, même si, certaines formes, de ce type de personnes, elles ont déjà existé dans les pratiques musulmanes.

Certes, le référentiel juridique islamique et les évolutions juridiques modernes, se divergent dans plusieurs situations juridiques et ce, en conséquence, de la divergence des règles de base et des objectifs de deux référentiels, mais certains points de vue peuvent être rapprochés pour faire converger les deux doctrines.

Dans ce cadre, la divergence constatée, entre le droit positif et la juridiction islamique sur le concept de patrimoine et de la personne morale, a mis les juristes islamiques devant l'obligation de chercher à faire converger les deux doctrines. En effet, la doctrine islamique est redevable d'intégrer le concept de la personne morale en raison de la nécessité que des grands opérateurs économiques gèrent des grands projets que les personnes physiques ne peuvent pas prendre en charge. Toutefois, cette personne juridique doit être adaptée aux dispositions de la charia notamment en matière de définition du patrimoine, du fait qu'elle tient des droits et des obligations, indépendamment du patrimoine des associés qui ne sont tenues de répondre aux dettes, en cas de pertes, qu'à hauteur de leurs apports.

Dans cet article, nous allons traiter le concept de « patrimoine », le concept de « la personne morale » et « les sociétés modernes » selon la jurisprudence islamique contemporaine, le droit marocain et les normes internationales.

I- Les sociétés, le patrimoine et la personne morale entre islam et droit positif.

Le droit Islamique des affaires ne reconnaît pas explicitement la personne morale telle que définie par la doctrine juridique moderne. Toutefois, les études juridiques de conformité à



la charia, ont cherché de déterminer les projections de cette notion dans la jurisprudence islamique.

La projection de ce concept consiste à chercher les ressemblances entre les pratiques des musulmans du premier âge, en matière de sociétés commerciales, et les pratiques modernes. Cette ressemblance peut être de forme comme dans le cas où la société est définie par « l'association de plusieurs personnes pour réaliser un objectif de profit donné » ou de fond lorsque la société est définie par « l'association entre plusieurs personnes pour affecter une partie de leurs patrimoines pour la réalisation d'un objectif de profit donné, sans que les obligations de cette association atteignent le reste du patrimoine non affecté ».

Compte tenu de l'objectif assaini, en principe, de toutes les doctrines juridiques, qui consiste à protéger les droits des individus et des groupes, la ressemblance entre certaines sociétés prévues par le droit islamique des affaires et le concept de la personne morale moderne est tributaire de la définition de la notion du patrimoine. En effet, le rapprochement entre les deux types de sociétés au niveau des deux juridictions, dépend de la définition du patrimoine dans le droit Islamique et sa conformité à celle adoptée par le droit positif.

Pour illustrer cette situation juridique, nous allons expliquer à titre d'exemple : si on considère « la personne morale » comme un groupement de personnes qui s'associent pour réaliser un objectif alors la Moucharaka ou la Moudharaba telles que définies par le législateur islamique sont deux formes de la personne morale, prévues par le droit islamique des affaires. Par contre, si le raisonnement est fondé sur la notion du patrimoine et l'autonomie de la personne morale avec un patrimoine séparé de ceux des associés fondateurs, alors la personne morale dans le droit islamique nécessite une étude d'adaptation.

Cette étude doit concerner en particulier les droits et les obligations des sociétés du fait que la juridiction islamique ne sépare pas le patrimoine de la société (الشركة) de ceux des fondateurs (actionnaires ou associés الشركاء) notamment en cas de faillite de la société. En effet, en cas de faillite, les obligations de la société sont transmises aux associés si les actifs de la société sont insuffisants pour le remboursement de ses dettes.

Au niveau du droit positif, la transmission n'est pas automatique pour les sociétés en commandite simple ou par actions, les sociétés à responsabilité limitée et les sociétés anonymes¹. Toutefois, la transmission est obligatoire si les actionnaires et les commanditaires cautionnent la société auprès des créanciers (banques et fournisseurs).

D'une manière générale, la définition de la personne morale et sa reconnaissance par le droit islamique accumulent un consensus des chercheurs islamiques contemporains et plus particulièrement lorsqu'il s'agit des personnes morales publiques et des organismes et associations à but non lucratif.

Par contre, en ce qui concerne les personnes morales privées, et plus particulièrement les sociétés privées, la différence entre le droit islamique et le droit positif que nous avons cité précédemment, en matière d'obligation des actionnaires, avait engendré une divergence des

¹ Voir la loi n° 5-96 sur la société en nom collectif, la société en commandite simple, la société en commandite par actions, la société à responsabilité limitée et la société en participation et la loi n° 17-95 Relative aux sociétés anonymes.



juristes islamiques à l'égard de la société à responsabilité limitée et de la société anonyme et ce, en conséquence de la démarche de raisonnement adoptée pour adapter les nouvelles formes de société aux dispositions de la Charia.

Dans ce qui suit de cet article, nous allons présenter dans le deuxième paragraphe les sociétés selon le droit islamique des affaires. Dans le troisième paragraphe, nous allons étudier la notion du patrimoine selon le droit positif et selon le droit islamique. Le quatrième paragraphe sera consacré à la personne morale selon le droit marocain, et en cinquième paragraphe, nous allons traiter la personne morale et les sociétés modernes selon le droit islamique des affaires. Le sixième paragraphe sera dédié à la notion du patrimoine à la lumière des circulaires de Bank Al Maghreb relatives aux produits participatifs et nous allons terminer par présenter notre point de vue et notre avis.

II- Les sociétés selon le droit islamique des affaires.

La société (Charikah) selon la juridiction islamique prend deux formes² : la société de propriété (Charikah Al milk شركة الملك) et la société de contrat (Charikah al 'Aqd شركة العقد).

La société de propriété est définie comme étant « le fait que deux personnes ou plus deviennent propriétaires d'un bien ou d'une dette suite à l'héritage, l'achat, la donation, un amendement ou toute autre opération qui donne lieu à la propriété. Chacun des associés est un étranger pour la part des autres, ce qui entraîne l'interdiction de l'utiliser ou de l'administrer »³

Pour ce type de société aucun contrat entre les parties n'est conclu mais il peut naître de l'association pour gérer la relation entre les parties⁴.

Pour la deuxième forme de société (Charikah al 'Aqd), le contrat est la base de la naissance de la société. De ce fait, nous allons réserver le premier paragraphe de cette partie à l'étude des différentes formes de cette société et le deuxième paragraphe à l'étude de Moudharaba et ce, compte tenu des ressemblances qu'elle a avec Charikah al 'Aqd.

1. Charikah Al 'Aqd « société de contrat ».

La notion de la Charikah, dans le droit islamique des affaires, signifie la société. De ce fait, cette notion est très flexible et couvre toutes les structures impliquant la participation entre les associés par le capital, le travail, la notoriété ou le mélange des trois, et ce, pour réaliser un objectif donné et en conséquence, partager les profits et les pertes dégagés par cette société.

² Dans la littérature islamique, on trouve une troisième forme qui s'appelle la société permmissible (شركة اباحة) que nous n'allons pas présenter dans cet article.

³ الشركات في الفقه الإسلامي، دراسة مقارنة في الشركات الإسلامية، رشاد حسن الخليل، دار الرشيد، الطبعة الثالثة، 1981 ص 26.

⁴ La Charikah d'Al-Milk pourrait être un partenariat volontaire ou involontaire. Un partenariat volontaire se réfère à une situation où deux personnes ou plus achètent conjointement un bien ou reçoivent un certain bien. Un partenariat involontaire fait référence à une situation où deux personnes ou plus acquièrent la propriété de quelque chose sans aucune action de leur part (héritage), pour plus de détail, voir :

الشركات في الشريعة الإسلامية، عبد العزيز الخياط، مؤسسة الرسالة، بيروت، الطبعة الرابعة، 1994، المجلد الأول، ص. 38-41.



Au sens littéral, la Charikah peut signifier le mélange de la richesse qui peut être de l'argent, du travail ou autre chose. Ce mélange est organisé et géré conjointement par les parties.

1.1. Définition de Charikah Al 'Aqd « société de contrat ».

Charikah al 'Aqd « société de contrat », est un contrat entre les associés qui stipule la participation en capital et le partage de résultat ou la participation en travail et le partage du résultat.

Toutefois, cette définition varie selon les écoles de pensée⁵. En effet :

- L'école Hanafi définit la Charikah comme «un contrat de participation entre associés à la fois en capital « Mal » et en résultat».
- L'école Shafi'i considère la Charikah comme «un contrat donnant à deux ou plusieurs personnes des droits communs à quelque chose».
- L'école Hanbali, résume la Charikah à «la réunion de deux personnes ou plus dans l'action».
- L'école Malikite définit la Charikah comme « la vente d'une personne d'une partie de sa propriété totale contre une partie de la propriété totale d'une autre personne, avec possibilité d'agir sur la totalité »

De ces définitions on peut conclure que les deux premières écoles ont utilisé le terme « contrat » pour définir Charikah Al 'Aqd et que l'école malikite a utilisé le terme « vente de propriété » pour la définition ce qui donne à la société la qualité de contrat⁶ alors que l'école hanbalite a utilisé le terme « réunion ».

1.2. Les formes juridiques de Charikah Al 'Aqd⁷.

La forme de Charikah Al Aqd, est tributaire de l'objet de la société. En effet, la loi islamique distingue trois formes : Charikah Al Amwal (société de capitaux), Charikah Al-Abdan (société de corps) et Charikah Al Wujuh (société de notoriété).

1.2.1. Charikah Al Amwal (société de capitaux (شركة الاموال)).

Pour ce type de société l'apport des associés est limité au capital « Mal ». De ce fait, les associés apportent du capital pour constituer la société dans l'objectif de dégager des gains qui seront partagés entre eux en fonction de leurs apports.

En cas de perte, chaque associé supporte la perte au prorata de sa participation dans le capital.

1.2.2. Charikah Al Abdan (société de corps (شركة الابدان)).

Charikah Al Abdan est une société pour laquelle les associés participent par le travail, l'expertise ou/et l'effort physique. En effet, dans le cadre de ce type de société, deux ou plusieurs personnes décident de s'associer et acceptent de travailler ensemble et de partager leurs gains. Les associés apportent leurs compétences et leurs efforts sans aucune contribution

⁵ الشركات واحكامها في الفقه الإسلامي، دراسة مقارنة في الشركات الإسلامية، محمد الطويل، دار ابن حزم، بيروت، 2009، ص 273-277.

⁶ L'école Malikite définit la vente par « La vente est un contrat commutatif (عقد معاوضة) , ne générant ni usufruits ni plaisir » voir : « احكام عقد البيع في الفقه الإسلامي المالكي، محمد سكال المجاجي، دار ابن حزم، 2001، ص 16 ».

⁷ Voir : الشركات في الفقه الإسلامي، دراسة مقارنة، علي خفيف، دار الفكر العربي، القاهرة، 2009، ص 7-84 والشركات في الشريعة الإسلامية، عبد العزيز الخياط، مؤسسة الرسالة، بيروت، الطبعة الرابعة، 1994، المجلد الثاني، ص. 21-67.



en capital « Maal ». De ce fait, tous les associés s'engagent conjointement à fournir des services à leurs clients et les frais et les gains sont répartis entre les associés selon le ratio convenu.

1.2.3. *Charikah Al Wujuh (société de notoriété شركة الوجوه)*.

Cette société est fondée sur la réputation et la notoriété des associés du fait que le capital fourni par les associés pour constituer la société est un capital immatériel, limité à leur notoriété, leur réputation et leur solvabilité.

En matière du pouvoir attribué aux associés, les sociétés dans la juridiction islamique peuvent prendre deux formes et ce, en fonction des dispositions prévues dans le contrat :

- *Charikah Al Mufawadah (société avec pouvoir illimité شركة مفوضة)*.

Pour ce type de société, chaque associé doit contribuer de manière égale au capital et jouit d'un pouvoir complet et égal pour utiliser les capitaux et les biens de la société. Chaque associé est un gestionnaire de la société, qui opère librement pour le compte de la société et se porte garant pour les autres associés. Ainsi, les associés sont conjointement et solidairement responsables des dettes de la société, à condition qu'elles aient été engagées dans le déroulement normal des affaires.

- *Charikah Al Inan (société avec pouvoir limitée شركة العنان)*.

Elle peut être définie comme une société avec pouvoir limité pour les associés. En effet, chaque associé ne peut utiliser les capitaux et les biens de la société que conformément aux termes du contrat de société et à l'étendue du capital collectif.

La combinaison des classes et des formes donne naissance à six contrats de société :

- ✓ Charika Al-Amwal Mufawadah.
- ✓ Charika Al-Amwal Al Inan.
- ✓ Charika Al-Abdan Mufawadah.
- ✓ Charika Al-Abdan Al Inan.
- ✓ Charika Al-Wujuh Mufawadah.
- ✓ Charika Al-Wujuh Al Inan.

Pour toutes les formes de société d'Al 'Aqd, le patrimoine des associés est indissociable de ceux des associés du fait que les associés demeurent responsables des dettes de la société. En effet, pour Charikah Mufawada, chaque associé est responsable sur la totalité des dettes de la société alors que pour Charikah Al Inane, l'associé est responsable sur les dettes de la société à hauteur de sa participation dans le capital⁸.

2. *Le contrat d'Al QiRadh-Moudharaba- (القراض-المضاربة)*⁹.

2.1. *Le concept de QiRadh- Moudharaba.*

Le contrat de Moudharaba (QiRadh) est un accord entre deux personnes qui vise le partage du profit dégagé de la combinaison du capital apporté par la première partie, propriétaire du capital, appelée Rab Al Mal (رب المال), et du travail et d'expertise

⁸ افلاس الشركات في الفقه الإسلامي والقانون، زياد صبحي ذياب، دار النفائس للنشر، الأردن، الطبعة الأولى، 2011، الصفحة 268-270.
⁹ الشركات في الفقه الإسلامي، دراسة مقارنة، علي خفيف، دار الفكر العربي، القاهرة، 2009، ص. 84-118.



apportés par la deuxième partie appelée Moudharib (مضارب) qui a le statut d'un gestionnaire de la société Moudharaba.

De ce fait, le contrat nécessite la réalisation des cinq conditions suivantes :

- L'accord entre deux personnes.
- La première personne apporte du capital en tant que bailleur de fonds (رب المال) et la deuxième partie apporte de l'expertise et du travail en tant que gestionnaire des fonds (مضارب Moudharib).
- L'investissement des fonds dans ce qui est licite.
- Le partage des bénéfices.
- Les pertes sont supportées par Rab Al Mal (رب المال).

2.2. Le concept de QiRadh- Moudharaba chez les écoles de pensée.

Les écoles de pensée n'ont pas la même perception du concept Moudharaba. En effet, chaque école a essayé de donner une définition de cette relation entre le bailleur de fonds et le gestionnaire. De ce fait, ce paragraphe résumera les apports des quatre écoles.

2.2.1. La Moudharaba chez les Hanafite.

Cette école définit Moudharaba comme « un contrat de société dans lequel la première partie participe avec le capital « Mal » et la deuxième partie participe avec le travail »¹⁰. Cette définition en premier lieu reconnaît le statut de contrat pour Moudharaba, ensuite met le point sur l'apport financier de la première partie et l'apport physique « travail » de la deuxième partie mais en matière de partage de résultat, elle n'offre aucune indication.

Cette insuffisance a été complétée par une autre définition chez les érudites Hanafites qui stipule que Moudharaba « au niveau de la Charia, consiste à donner des capitaux « Mal », à une autre personne pour les gérer et le profit sera partagé en fonction des conditions convenues »¹¹. Cette deuxième définition complète la première pour donner une définition complète de Moudharaba.

2.2.2. Moudharaba chez les Malikite.

Les Malikites offrent aussi deux définitions :

- **La première**, définit la Moudharaba comme « la mise à la disposition d'une personne du capital monétaire « Mal liquide » connu et libéré (livré) par son propriétaire, pour l'utiliser en commerce, en contrepartie d'un droit au profit, peu ou trop, selon une formule donnée »¹².

- **La deuxième** consiste à définir Moudharaba comme « la mise à la disposition d'une personne, des capitaux « Mal », par une autre personne et le profit sera partagé entre eux selon l'accord convenu »¹³.

Dans la définition des malikites, le terme de contrat n'a pas été évoqué mais ils ont stipulé qu'il y a une formule pour la première définition et un accord pour la deuxième définition ce

¹⁰ نتائج الأفكار في كشف الرموز والأسرار وهي تكملة فتح القدير على شرح الهداية، شمس الدين أحمد بن قدور قاضي زادة، دار الكتاب العلمية، بيروت، 2003، الجزء 8، ص 469.

¹¹ نتائج الأفكار في كشف الرموز والأسرار وهي تكملة فتح القدير على شرح الهداية، المرجع السابق، الجزء 8، الصفحة 467.

¹² عقد المضاربة في الفقه الإسلامي وأثره على المصارف وبيوت التمويل الإسلامية، زيد بن محمد الرماني، دار الصميعي، الرياض، 2000، ص 12.

¹³ نفس المرجع السابق [عقد المضاربة في الفقه الإسلامي وأثره على المصارف وبيوت التمويل الإسلامية]، ال صفحة 12.



qui rend la Moudharaba chez les Malikites comme un contrat dans lequel il y a l'offre (إيجاب) et l'acceptation (قبول)¹⁴.

2.2.3. La Moudharaba chez les Shafi'i.

L'école Shafi'i définit la Moudharaba comme « un contrat par lequel une personne met un capital « Mal » à la disposition d'une autre pour l'utiliser en commerce et le profit résultant se partage entre eux ».

Cette définition est quasi-complète du fait qu'elle souffre de l'absence de la formule de partage.

2.2.4. La Moudharaba chez les Hanbali.

La définition prévue par l'école Hanbali stipule que Moudharaba est « la mise à la disposition d'une personne, des capitaux « Mal » pour les utiliser en commerce, et que le profit généré est partagé entre eux selon les conditions fixées »¹⁵.

Dans cette définition qui ressemble à celle de l'école Shafi'i, l'école Hanbali prévoit l'apport du capital par une partie et l'effort commercial par l'autre partie mais n'évoque pas le statut contractuel de cette opération.

3. Rapprochement de la Moudharaba avec les sociétés selon le droit positif Marocain.

L'analyse du processus de Moudharaba en tant que contrat entre deux parties, la première fournit le capital et la deuxième fournit l'expertise et s'occupe de la gestion avec un partage des résultats positifs et l'affectation des pertes au propriétaire du capital (Rab Al Mal) uniquement, nous mène à considérer que le contrat Moudharaba peut ressembler au contrat de société en commandite prévu par le droit positif.

En effet, la loi n° 5-96 définit la relation entre les commanditaires (bailleurs de fonds) et les commandités (gestionnaire pour la société en commandite simple et commerçant pour la société commandite par actions), qui peut ressembler à une relation entre le bailleur de fonds (Rab Al Mal المال) et le gestionnaire (Moudharib مضارب) dans le cadre de Moudharaba.

Cette ressemblance est confirmée en matière d'acquittement des dettes en cas de faillite de la société en commandite simple. En effet, en matière de responsabilité :

- Les associés commandités sont indéfiniment et solidairement responsables des dettes de la société. De ce fait, les dettes de la société peuvent être acquittées du patrimoine personnel des associés commandités.
- Les associés commanditaires ne sont responsables qu'à hauteur du montant de leur apport dans le capital. De ce fait, les dettes de la société ne sont pas transmissibles au patrimoine personnel des associés commanditaires.

Toutefois, les divergences entre les deux contrats sont significatives dont les plus importantes seront résumées dans le tableau suivant :

Tableau 1 : les divergences entre Moudharaba et les sociétés en commandite		
Commandite simple	Commandite par action	Moudharaba

¹⁴ La circulaire 1/W/2017, définit la Moudharaba dans l'article 42 comme contrat de société

¹⁵ نفس المرجع السابق [عقد المضاربة في الفقه الإسلامي وأثره على المصارف وبيوت التمويل الإسلامية] ، ال ص. 12.



Les commandités et les commanditaires participent conjointement au capital		Uniquement le bailleur de fonds (رب المال) apporte du capital
Les commandités et les commanditaires partagent les pertes.		Uniquement le bailleur de fonds (رب المال) supporte les pertes sauf en cas de responsabilité directe du gestionnaire (مضارب)
Qualité de commerçant pour les commandités ¹⁶	Qualité de commerçant pour les commandités	Qualité de commerçant pour le gestionnaire

III-La notion du patrimoine (الذمة Dimma) selon le droit positif Marocain et le droit islamique des affaires.

En matière des obligations, la notion du patrimoine est essentielle pour déterminer la solvabilité de la contrepartie et les possibilités de recouvrement en cas de survenance d'un événement entravant le paiement des dettes. En effet, cette notion a plusieurs définitions mais nous nous limitons à la définition juridique du patrimoine selon le droit positif Marocain et le droit islamique et nous procédons par la suite au rapprochement des deux définitions :

1- La notion du patrimoine dans le droit positif Marocain.

Selon Marie-Hélène et Monserie-Bon¹⁷, Il y a lieu de signaler que pour la notion du patrimoine, il existe deux théories juridiques, la première est dite classique et la deuxième est dite objective ou d'affectation :

Pour la théorie classique, le patrimoine est une entité abstraite, autonome, cohérente, composée des actifs et des passifs. De ce fait, c'est une enveloppe unique et indivisible attribuée à la personnalité juridique, dans laquelle, au gré des entrées et des sorties de valeurs, se succèdent et se remplacent des éléments concrets, des biens et des obligations.

Pour la théorie objective, dite d'affectation, le patrimoine n'est pas lié à une personne c'est-à-dire que le sujet du patrimoine cesse d'être une personne mais devient une affectation. De ce fait, une masse de bien et d'engagement représente un patrimoine même en l'absence de la personne juridique. En conséquence, une personne peut avoir plusieurs patrimoines ce qui rend le patrimoine divisible et objet d'affectation.

Le patrimoine selon le droit positif Marocain est l'enveloppe qui entoure l'actif, composé des biens de la personne, dit « droit sur des biens » et le passif de la personne dit « obligation de la personne ». En effet, le patrimoine est composé des droits et des obligations actuelles et futures¹⁸.

De ce fait, le patrimoine est une notion abstraite ou morale, qui définit l'ensemble des droits et des obligations de la personne actuelles et futures. Toutefois, il faut signaler que le

¹⁶ La loi 5-96 en vertu de l'article 20 que les associés commandités ont le statut des associés en nom collectif alors que l'article 3 stipule que « les associés ont tous la qualité de commerçant » .

¹⁷ L'article « Le patrimoine d'affectation, une innovation majeure en droit français », Marie-Hélène MONSERIE-BON, OSAKA UNIVERSITY LAW REVIEW No. 63 (February 2016) 127-142

¹⁸ شرح قانون الالتزامات والعقود، وزارة العدل، المملكة المغربية، ماهية الذمة المالية، ص 18-19



patrimoine est constitué des seuls éléments susceptibles d'évaluation pécuniaire. En effet, il se limite uniquement aux biens qui s'échangent économiquement et des dettes qui s'amortissent par le paiement.

Selon le droit positif marocain, chaque personne juridique (physique ou morale) a un patrimoine dont les caractéristiques sont :

- Le patrimoine est seul et unique
- Aucun patrimoine n'est reconnu sans la personne juridique qui lui sert comme support.
- Le patrimoine est indivisible.

De ce fait, la notion du patrimoine adoptée, par le législateur marocain, est celle de la théorie classique. Toutefois, une des dérogations reconnues par le droit marocain va être détaillée dans le paragraphe relatif à « La personne morale et les lois sur les sociétés ».

2- La notion du patrimoine (Dimma *الذمة*) dans le droit islamique.

Le patrimoine (Dimma) est défini par le droit islamique comme « un endroit abstrait chez la personne, occupé par les droits qui seront, pour elle, des obligations déterminées »¹⁹

De cette définition, le patrimoine est un patrimoine personnel, lié à la personne et non à ses capitaux, le patrimoine en tant qu'endroit, n'a pas une capacité fixe mais peut augmenter et diminuer en fonction des obligations, il peut intégrer les droits financiers des autres et les droits non financiers tels que le travail d'un salarié et le devoir religieux.

Les caractéristiques du patrimoine selon le Fiqh Islamique sont²⁰ :

- Le patrimoine est lié à une personne autonome.
- Toute personne autonome a son propre patrimoine.
- La capacité du patrimoine est indéterminée.
- La personne autonome a un seul patrimoine (l'indivisibilité).
- Le patrimoine n'est pas partageable et n'accepte qu'une seule personne comme support.
- Le patrimoine est le garant de toutes les obligations sans aucun privilège, et n'impose pas l'interdiction de la personne de jouir de ses capitaux.

3- Rapprochement des deux notions.

L'examen des deux doctrines juridiques montre que :

- La définition du patrimoine par le droit islamique est plus large que la définition fournie par le droit positif du fait qu'il distingue entre le concept de patrimoine d'une personne et le concept de capital de la personne cela signifie que même la personne qui n'a pas de capital a un patrimoine.

¹⁹ المدخل الى نظرية الالتزام العامة في الفقه الإسلامي، مصطفى زرقا، دار القلم، دمشق، 1999، ص201.
²⁰ المدخل الى نظرية الالتزام العامة في الفقه الإسلامي، المرجع السابق، ص.201-205.



– Le droit islamique ne reconnaît pas l'affectation du patrimoine du fait que toute personne autonome ne peut avoir qu'un seul patrimoine. De ce fait, il est très restrictif par rapport au droit positif.

L'impact de la définition de patrimoine sera illustré en matière de responsabilité des associés et leur impact sur le statut des sociétés modernes selon la Charia.

IV- La personne morale selon le droit Marocain.

Le droit définit la personne morale comme un groupement de personnes ou de biens reconnu par la loi comme une personne juridique indépendante de ses membres fondateurs. Dans ce sens, son patrimoine est indépendant de ceux des membres constituants du fait qu'elle est titulaire de ses propres droits et obligations.

En effet, une personne juridique reconnue par la loi est une personne qui dispose de la capacité juridique, à s'engager, à acquérir des droits et des obligations ou à engager sa responsabilité civile, pénale, sociale ou environnementale et avoir un patrimoine, indépendamment des membres qui l'ont constitué.

Le droit positif marocain reconnaît la personne morale en tant que personne juridique. De ce fait, le code de commerce et le D.O.C prévoient l'intégration de la personne morale en tant que personne juridique, ayant la qualité de commerçant et ayant des droits et des obligations :

1- La personne morale dans le code de commerce.

Au niveau du code de commerce on repère divers articles qui font référence à la personne morale notamment pour les sujets suivants :

1.1. La reconnaissance juridique.

Une personne juridique est reconnue par la loi, s'elle est immatriculée au registre de commerce. Cette immatriculation est obligatoire pour les personnes morales marocaines ou étrangères exerçant une activité commerciale (art.37).

1.2. La procédure d'immatriculation et de radiation.

Le code de commerce définit dans les articles 48 et 55 les éléments à déclarer dans l'immatriculation des personnes morales ainsi que les conditions de leurs radiations du registre de commerce.

1.3. La qualité de commerçant.

Le code de commerce stipule, au niveau de l'article 58, que toute personne morale immatriculée au registre du commerce est présumée, sauf preuve contraire, avoir la qualité de commerçant avec toutes les conséquences qui découlent de cette qualité. Alors que l'article 59 stipule que faute d'immatriculation au registre de commerce, les personnes morales ne peuvent se prévaloir, jusqu'à immatriculation, à l'égard des tiers de leur qualité de commerçant mais n'en sont pas moins soumises à toutes les obligations découlant de cette qualité.

1.4. Délai légal d'immatriculation.



Le délai légal d'immatriculation des personnes morales de droit public ou de droit privé est fixé à trois mois de leur création ou de leur constitution

2- La personne Morale dans le droit des obligations et des contrats.

En ce qui concerne le D.O.C, plusieurs textes se réfèrent à la personne Morale notamment l'article 12 qui stipule que : Les actes accomplis dans l'intérêt [...] d'une personne morale, par les personnes qui les représentent, et dans les formes établies par la loi, ont la même valeur que ceux accomplis par les majeurs maîtres de leurs droits [...].

De ce fait la personne morale est dotée d'un patrimoine propre au même titre que la personne physique majeur maître de leurs droits.

3- La personne morale dans les lois sur les sociétés.

La loi 17-95 sur les sociétés anonymes et la loi 5-96 sur les autres formes de société, définissent le cadre juridique des sociétés au Maroc. De ce fait, nous allons nous limiter dans ce paragraphe à la reconnaissance de la personnalité juridique et la séparation du patrimoine des sociétés de ceux des associés.

3.1. La personne juridique.

Les lois citées précédemment, reconnaissent la qualité de personne morale pour la société anonyme²¹, la société à responsabilité limitée et la société en commandite et la société en nom collectif²²

La reconnaissance de la personnalité morale confère à ces sociétés la personnalité juridique et un patrimoine capable de contenir des obligations et des droits (art.12 , D.O.C)

3.2. La séparation des patrimoines.

La séparation du patrimoine de la société de ceux des associés ou des actionnaires, sera ventilée par type de société :

3.2.1. La société anonyme.

La séparation du patrimoine de la société anonyme de ceux des actionnaires fondateurs, est prévue par l'article 1 de la loi 17-95 qui stipule que « les actionnaires ne supportent les pertes qu'à concurrence de leurs apports et leurs engagements ne peuvent être augmentés si ce n'est de leur propre consentement ».

3.2.2. La société à responsabilité limitée.

La loi 5-96 stipule que la société à responsabilité limitée est constituée par une ou plusieurs personnes qui ne supportent les pertes qu'à concurrence de leurs apports (art.44). De ce fait, deux règles juridiques sont instaurées à savoir :

- La séparation du patrimoine de la société et ceux des associés.
- La possibilité pour une personne physique d'affecter une partie de son patrimoine et ce, par la création d'une société à responsabilité limitée à associé unique.

3.2.3. La société en commandite.

²¹ Article 7 de la loi 17-95 relative aux sociétés anonymes.

²² L'article 2 de la loi 5-96 sur la société en nom collectif, la société en commandite simple, la société en commandite par actions, la société à responsabilité limitée et la société en participation



En ce qui concerne la société en commandite, il y a lieu de distinguer les règles juridiques selon le type de société :

- La société en commandite simple.

Pour la société en commandite simple, la loi 5-96, considère que les associés commandités ont le statut des associés en nom collectif, de ce fait, leurs patrimoines sont fusionnés avec le patrimoine de la société et doivent répondre indéfiniment et solidairement des dettes sociales. Alors que les associés commanditaires répondent des dettes sociales seulement à concurrence du montant de leur apport et en conséquence, la loi introduit l'affectation du patrimoine (art.20)

- La société en commandite par action.

L'article 31 prévoit que les commandités ont la qualité de commerçant et répondent indéfiniment et solidairement des dettes sociales alors que les commanditaires ont la qualité d'actionnaires et ne supportent les pertes qu'à concurrence de leurs apports.

De ce fait, la loi prévoit la fusion de patrimoine pour les commandités et la séparation du patrimoine pour les commanditaires.

3.2.4. La société en nom collectif.

Pour ce type de société, la loi 5-96 reconnaît la qualité de commerçant pour les associés et fusionne leur patrimoine avec celui de la société du fait qu'ils doivent répondre indéfiniment et solidairement des dettes sociales (art.3).

De ce qui précède, le droit marocain reconnaît :

- La qualité de commerçant pour la personne morale dès son immatriculation au registre de commerce
- Un patrimoine, pour la personne morale, séparé et indépendant capable de contenir des obligations et des droits.
- La personne morale pour les sociétés.
- Les patrimoines des actionnaires et des associés sont, en principe, séparés du patrimoine de la société sauf pour ceux ayant le même statut des associés en nom collectif y compris les actionnaires commandités.
- La possibilité pour une personne physique d'affecter une partie de son patrimoine pour une activité donnée et ce, par la création d'une société à responsabilité limitée à associé unique.

V- La personne morale et les sociétés modernes selon le droit Islamique à la lumière de la jurisprudence contemporaine, des décisions de l'académie internationale du Fiqh Islamique et des normes internationales de l'AAOIFI.

Le droit islamique des affaires reconnaît la personnalité morale même s'il ne l'a pas désigné par ce terme. Le terme « personne morale » et sa définition sont récents.

Les chercheurs contemporains sont unanimes sur l'existence de la personne morale dans la jurisprudence et la vie économique et sociale de la société islamique et ainsi reconnaissent que seule l'appellation est récente. Toutefois, leurs opinions sont divergentes sur les



caractéristiques de la personne morale qui a existé et que le monde islamique a connue par rapport aux caractéristiques définies par le droit positif.

En effet, l'islam reconnaît pour le groupement de personnes des droits et des obligations à l'instar des personnes physiques notamment lorsqu'il s'agit de la définition de la nation (Oumma الأمة), lorsqu'il s'adresse aux associateurs (المشركين) lorsqu'il protège les juifs et les chrétiens (الذميون) et lorsqu'il traite les esclaves. Au niveau financier, l'islam reconnaît la personne morale lorsqu'il traite les établissements publics comme l'Etat, Bayt Al Mal, la Mosquée et le service de la Waqf.

Au niveau des affaires, le droit islamique a connu la personne morale sous forme de société (Charikah) et sous forme de Moudharaba. Toutefois, l'autonomie de ces deux structures n'a pas été clairement spécifiée, en raison de non séparation entre le patrimoine de ces structures et les patrimoines de leurs fondateurs.

Dans ce paragraphe nous allons étudier la personne morale et les sociétés modernes à la lumière de la jurisprudence contemporaine, les décisions de l'académie internationale du Fiqh Islamique et les normes internationales de l'AAOIFI.

1- La personne morale selon la jurisprudence islamique contemporaine.

La personne morale telle que définie actuellement, est une personne qui existait dans les pratiques de la société islamique mais, les érudits islamiques n'ont pas développé une théorie islamique propre à la personnalité juridique. En effet, seule la personne physique a été reconnue par la doctrine islamique du fait que la notion d'obligation concerne en premier lieu les affaires religieuses.

De ce fait, l'existence de la personne morale est incontestable selon les juristes islamiques contemporains. Toutefois, leurs avis divergents sur sa forme. Ils se sont partagés en deux courants de pensée :

1.1. Le premier courant de pensée, reconnaît l'existence de la personne morale dans la doctrine juridique islamique.

Ce courant est composé de la majorité des chercheurs islamiques. Pour eux, la personne morale existait dans les pratiques islamiques. Leur position est justifiée par un ensemble de situations et d'organismes qui existaient dans l'Etat islamique du premier âge. Parmi les défenseurs de ce postulat on peut citer :

- Dr Ali KHAFIF²³
- Dr Mustapha AZ-ZARQA²⁴
- Dr Abdelaziz AL KHAYAT²⁵
- Dr Nazih HAMAD²⁶
- Dr Mohamed Naim YASSINE²⁷

²³ لشركات في الفقه الإسلامي، دراسة مقارنة، المرجع السابق، ص. 29-36

²⁴ المدخل الى نظرية الالتزام العامة في الفقه الإسلامي، المرجع السابق، ص. 269-282

²⁵ الشركات في الشريعة الإسلامية، عبد العزيز الخياط، مؤسسة الرسالة، بيروت، الطبعة الرابعة، 1994، المجلد الأول، 211-221

²⁶ أثر الاختلاف بين الشخصية الطبيعية والاعتبارية في الأحكام الفقهية لمستجدات المصرفية الإسلامية، "نزيه حماد، ورقة بحث مقدمة لمؤتمر شوري الفقهي الخامس للمؤسسات المالية الإسلامية، الكويت، 16-17، دجنبر 2013



- Dr Ali Mohyi Eddine AL QORA DAGHI²⁸
- Dr Ahmed Ali ABDELLAH²⁹
- Dr Amal Bent Ibrahim Ben Abdellah EDDABASSI³⁰

Pour ces chercheurs, la personne morale existait dans les pratiques islamiques mais n'a pas fait l'objet d'une classification distincte, même si le droit islamique distingue entre les personnes physiques et le groupement de personnes en matière des obligations et des droits.

La justification fournie par ces chercheurs est basée sur la qualité de certains organismes et établissements et de certaines sociétés définies par le droit islamique comme :

- L'Etat, les provinces et les organismes de gouvernance : qui ont leurs propres finances et ayant leurs propres obligations ce qui leur donne un patrimoine abstrait à l'instar des personnes physiques.

- La distinction pour la personne qui gouverne, entre son statut personnel comme personne physique ayant un patrimoine personnel et son statut de gouverneur qui lui dote de la personnalité morale, agissant pour le compte du gouvernement du fait que, dans ce cas, son patrimoine est inclus dans le patrimoine du gouvernement.

- Le système de Waqf dans l'islam permet au tuteur de Waqf d'acquérir et de contracter des dettes au nom du Waqf ce qui confère au Waqf une identité indépendante avec un patrimoine indépendant.

- L'établissement de Bayt Al Mal, en tant que trésorerie de l'Etat, est doté d'une personnalité indépendante du fait qu'il a des droits et peut conclure des contrats, contracter des dettes et octroyer des crédits. De ce fait, il a un patrimoine séparé et bénéficié de la qualité d'une personne juridique abstraite ayant des droits et obligations comme la personne physique.

- La société Moudharaba est une forme de personne morale du fait que la responsabilité du bailleur de fonds (Rab Al Mal, رب المال) n'est engagée, en principe, qu'à hauteur du capital Moudharaba. En effet, la société Moudharaba, représentée par le Moudharib, a un patrimoine séparé du patrimoine du bailleur de fonds (Rab Al Mal), sur lequel s'acquittent les dettes de la Moudharaba.

1.2. Le deuxième courant de pensée.

Ce courant de pensée est représenté par Dr Mohamed Ali Al Qori³¹. Ce dernier rejette l'existence d'une forme de personne morale dans les pratiques juridiques islamiques et considère que le fait de justifier l'existence de cette forme de personnalité par l'Etat, Bayt Al

²⁷ "أثر الاختلاف بين الشخصية الطبيعية والاعتبارية في الأحكام الفقهية لمستجدات المصرفية الإسلامية"، محمد نعيم ياسين، ورقة بحث مقدمة لمؤتمر شوري الفقهية الخامس للمؤسسات المالية الإسلامية، الكويت، 16-17، دجنبر 2013

²⁸ "أثر الاختلاف بين الشخصية الطبيعية والاعتبارية في الأحكام الفقهية لمستجدات المصرفية الإسلامية"، علي محي الدين القرني داغي، ورقة بحث مقدمة لمؤتمر شوري الفقهية الخامس للمؤسسات المالية الإسلامية، الكويت، 16-17، دجنبر 2013

²⁹ الشخصية الاعتبارية في الفقه الإسلامي، أحمد علي عبد الله، سلسلة إصدارات الهيئة العليا للرقابة الشرعية على المصارف والمؤسسات المالية، الخرطوم، مطبعة دبي، الطبعة الثانية، 2016، ص. 109-193

³⁰ مسؤولية الشخصية الاعتبارية (دراسة فقهية)، أمل بنت إبراهيم بنت عبد الله الدباسي، مركز التميز البحثي في فقه القضايا المعاصرة، جامعة الإمام محمد بن سعود الإسلامية، الطبعة الأولى، 2013، ص. 45-56

³¹ "أثر الاختلاف بين الشخصية الطبيعية والاعتبارية في الأحكام الفقهية لمستجدات المصرفية الإسلامية"، محمد علي القرني، ورقة بحث مقدمة لمؤتمر شوري الفقهية الخامس للمؤسسات المالية الإسلامية، الكويت، 16-17، دجنبر 2013



Mal, la Mosquée, le Waqf et Moudharaba, est incompatible. Cette position est argumentée par l'absence d'un patrimoine propre pour ces entités tel que défini par la Charia.

Toutefois, le chercheur propose d'adopter cette forme de personnalité en utilisant le raisonnement par analogie et ce, en considérant la personne morale comme « l'esclave autorisé à pratiquer le commerce³² العبد المأذون له بالتجارة ». Cette idée est basée sur le fait que la personne morale est née dans les sociétés romaine et grecque, qui interdisent aux nobles politiques de pratiquer les activités commerciales, en conséquence, ces derniers ont couru à une ruse juridique en autorisant à leurs esclaves de pratiquer le commerce et de cette façon, ils peuvent développer leur richesse.

En matière de responsabilité, seul l'esclave est responsable devant ses créanciers et en cas de faillite, les dettes sont acquittées du patrimoine de l'esclave et en cas d'insuffisance, l'esclave sera vendu pour acquitter ses dettes.

Cette ruse juridique donne à l'esclave une personnalité juridique indépendante avec un patrimoine séparé du patrimoine de son maître. Toutefois, cette personnalité reste morale du fait que la loi ne reconnaît pas de personnalité physique autonome pour l'esclave.

Cette doctrine n'a pas disparu, même si l'esclavage a été aboli, du fait que les juristes ont essayé de garder la même forme de personnalité et les mêmes pratiques commerciales mais en nettoyant cette pratique de toute forme d'esclavagisme. En conséquence, ils ont créé un « esclave moral » qui est la personne morale du fait qu'elle appartient aux actionnaires et aux associés, mais elle a un patrimoine séparé et en cas de faillite, les dettes sont acquittées de son propre patrimoine sans qu'elles atteignent les patrimoines des fondateurs.

2- Les sociétés modernes selon la jurisprudence islamique contemporaine.

Si les juristes islamiques contemporains sont unanimes sur la permissibilité de la personne morale, leurs avis à l'égard des sociétés modernes sont, par contre, divergents. En effet, trois positions sont prises : la première considère que les sociétés modernes sont, en principe, permises. La deuxième juge que la responsabilité limitée des actionnaires existait dans les pratiques juridiques islamiques alors que la troisième considère qu'à cause de la responsabilité limitée des actionnaires ce type de société est une ruse juridique prohibée selon la Charia.

2.1. Les sociétés modernes sont, en principe, permises.

Ce courant de pensée est représenté par Dr Ali Khafif et Dr Abdelaziz Al Khayat, pour ces deux chercheurs, les sociétés modernes sont permises par la Charia.

Pour Dr Ali Khafif³³ toutes les sociétés modernes peuvent être rapprochées par les sociétés reconnues par la Charia.

Pour , Dr Abdelaziz Al Khayat³⁴, ces nouvelles sociétés n'ont jamais été connues par la juridiction islamique et sont édictées par l'évolution économique et financière et suite à une

³² المحيط البرهاني، برهان الدين أبي المعالي محمد ابن صدر الشريعة ابن مازة البخاري، تحقيق، نعيم اشرف نور احمد، مكتبة الرشد، الرياض، السعودية، 2004، المجلد التاسع عشر، كتاب المأذون، الصفحة 221-224

³³ لشركات في الفقه الإسلامي، دراسة مقارنة، المرجع السابق، ص. 127

³⁴ الشركات في الشريعة الإسلامية، عبد العزيز الخياط، مؤسسة الرسالة، بيروت، الطبعة الرابعة، 1994، المجلد الثاني، ص. 127-240



analyse détaillée de la plupart des sociétés comme les holding, les sociétés de capitaux, et la société à responsabilité limitée et leurs rapprochements avec les sociétés définies par la jurisprudence islamique, le chercheur a soutenu la permissibilité des sociétés modernes selon la Charia.

2.2. La responsabilité limitée des actionnaires existait dans les pratiques juridiques islamiques.

Cette position est prise par le Dr Ahmed Ali Al QORI³⁵ qui considère que les sociétés, pour lesquelles la responsabilité des actionnaires est limitée et en cas de faillite, la perte est limitée à leur apport dans la société, sont permises par la Charia et argumente sa position par les pratiques islamiques concernant « l'esclave autorisé à faire du commerce ».

En effet, le chercheur définit 9 points de ressemblance à savoir : 1- les deux ont une personnalité juridique. 2-les deux appartiennent à une ou plusieurs personnes. 3-les deux représentent une relation de responsabilité limitée avec leurs propriétaires. 4-les deux peuvent avoir leur propre propriété malgré le fait qu'ils sont la propriété des autres personnes. 5-les deux séparent l'administration des affaires de la propriété. 6- les deux ont pour objectif de réaliser des bénéfices. 7- comme la société peut créer des sociétés filiales l'esclave peut avoir des esclaves autorisés à faire du commerce. 8- pour les deux, en cas de faillite, le propriétaire est le dernier servi et 9- pour les deux, le propriétaire en matière de patrimoine et des affaires est considéré comme un étranger et ne peut jouir des biens de la société ou des biens de l'esclave autorisé à faire du commerce.

2.3. La responsabilité limitée des actionnaires est une ruse juridique prohibée selon la Charia.

Dans notre recherche, nous avons constaté que seul un auteur distingue entre les sociétés selon leur conformité à la Charia. Il s'agit du Dr Ahmed Ali Abdellah qui a mené une analyse détaillée fondée sur l'existence de lésion (ghabn), la tromperie (التغير), et sur la conformité des sociétés modernes avec les règles de la jurisprudence islamique en matière d'obligation et de faillite (الالتزام و التفليس).

L'auteur émet des réserves concernant la permissibilité des sociétés anonymes et des sociétés à responsabilité limitée et toutes les formes de société pour laquelle la perte des actionnaires se limite à leurs apports en capital du fait qu'elles sont entachées des trois vices de non-conformité à la Charia, suivants :

– **La lésion** : le chercheur considère que la notion de la responsabilité limitée est une notion inconnue ou floue pour les partenaires commerciaux et sociaux, en conséquence, les relations commerciales sont entachées d'une asymétrie d'information qui favorise les actionnaires au détriment des autres partenaires.

– **La tromperie** (التغير), le chercheur l'associe à l'émission des titres de propriété par la société, adossés d'un droit de privilège ce qui favorise une partie des actionnaires au détriment des droits des autres partenaires.

– **La conformité aux règles d'obligations et de faillite** : dans ce cadre, le chercheur évoque la règle jurisprudentielle relative au partage des pertes et des profits (الغرم بالغنم) et

³⁵أنظر الاختلاف بين الشخصية الطبيعية والاعتبارية في الأحكام الفقهية لمستجدات المصرفية الإسلامية"، محمد علي القري، ورقة بحث مقدمة لمؤتمر شوري الفقهية الخامس للمؤسسات المالية الإسلامية. الكويت، 16-17، دجنبر 2013



précise que si le gain réalisé de la participation dans la société n'a pas de limite, la perte, en cas de défaillance, ne doit pas être limitée à l'apport des actionnaires.

Aussi, il évoque les règles islamiques en matière de faillite notamment :

- Le prolongement de l'acquittement des dettes, aux patrimoines des associés si les biens de la société sont insuffisants et
- La durabilité des dettes qui restent à la charge du débiteur toute sa vie et même après son décès.

3- La personne morale et les sociétés modernes selon les normes internationales.

Après avoir exposé les opinions des juristes islamiques contemporains relatives à la personne morale et les sociétés modernes nous allons présenter dans ce paragraphe les principales décisions émises par les institutions internationales de la conformité à la Charia.

3.1. Décisions 130(4/14) de l'Académie Internationale du Fiqh Islamique (المجمع الفقهي الإسلامي).

En matière de la permissibilité des sociétés modernes, l'académie internationale de la jurisprudence islamique, lors du 14^{ème} congrès qui s'est déroulé à Dawha, décide que :

- Les sociétés, en principe, sont permises par la Charia, si leur activité n'est pas entachée d'un élément illicite comme l'usure, l'aléa, l'alcool, les jeux de hasard...etc.
- Il est interdit aux sociétés d'émettre des actions de jouissance ou de privilège ou des titres de créances.
- En cas de perte de capital, chaque associé supporte la perte au prorata de sa participation dans le capital
- L'associé est propriétaire d'une partie indivisible des biens de la société équivalente à sa participation au capital et demeure propriétaire jusqu'au transfert de la propriété à une autre personne par vente ou par compensation ou autres.

3.2. Décisions et recommandations du 5^{ème} congrès de la consultation jurisprudentielle des institutions financières Islamiques (مؤتمر شورى الفقهي الخامس للمؤسسات المالية الإسلامية) qui s'est déroulé au Koweït 16-17 décembre 2013.

En matière du statut légal de la personne morale, le congrès a émis les décisions suivantes :

- La personne morale, le patrimoine autonome et la responsabilité limitée, existaient dans la jurisprudence islamique même s'ils ne portent pas les mêmes appellations.
- Les sociétés par actions sont dotées de la personnalité morale et ont un patrimoine séparé et indépendant de ceux des membres fondateurs (actionnaires), et il n'y a aucune gêne pour qu'elles soient avec responsabilité limitée.

3.3. Les normes charaitiques de l'AAOIFI.

La norme 12 des normes charaitiques de l'AAOIFI, relative aux « société (Moucharaka) et sociétés Modernes » stipule dans la deuxième partie relative aux sociétés modernes que :

- Les sociétés par actions ont le même statut légal que la société de « Al 'Inane » définie par la jurisprudence islamique à l'exception des dispositions relatives « à la dissolution, d'un membre des associés, de la société » et « la responsabilité des associés ».



- La société par actions est dotée de la personnalité morale dès sa reconnaissance juridique par la loi et ce, par la publication légale afin de lever toute lésion aux partenaires. Cela entraîne la séparation de son patrimoine de ceux des membres associés (propriétaires) et la justification de la capacité juridique indépendamment de la capacité des membres.
- Aucun membre n'a le droit de dissolution de la société mais, il a le droit de céder sa participation matérialisée par des actions.
- Il est permis de limiter la responsabilité de la société à son capital mais il faut publier cette mesure pour que les partenaires soient informés afin d'éviter de les léser.
- Il est interdit d'émettre des actions qui ont des privilèges lors de la liquidation ou lors du partage des bénéfices.

VI-La notion du patrimoine à la lumière des circulaires de Bank Al Maghreb relatives aux produits participatifs.

La lecture de la circulaire 1/W/2017 relative aux conditions techniques des produits islamiques, permet de constater que le régulateur a donné le statut de société au contrat de Moucharaka « مشاركة » sans préciser le référentiel juridique à utiliser pour la définition de la société. En effet, il doit préciser s'il s'agit des formes de société définies par le droit islamique ou il fait référence aux sociétés définies par le droit positif notamment les lois 17-95 et 5-96.

Aussi, la circulaire stipule que les associés supportent les pertes en fonction de leurs parts dans le capital sans préciser, si la perte touche uniquement leurs apports dans la société ou peut dépasser leurs apports pour atteindre leurs patrimoines.

En matière d'acquittement des dettes de la société, la circulaire ne traite pas la faillite de Moucharaka et la responsabilité des associés pour répondre aux dettes qui dépassent les actifs de la société afin de lever les divergences qui existent entre le droit islamique et le droit positif marocain.

En ce qui concerne la Moudharaba, la circulaire stipule que les pertes sont supportées par le bailleur de fonds (Rab Al Mal). Toutefois, elle ne précise pas, si ces pertes concernent uniquement le capital de Moudharaba, ou le bailleur de fonds doit répondre aux dettes de la société même s'elles dépassent le capital de Moudharaba.

Conclusion

De ce qui précède, nous constatons que les juristes islamiques, les instances charâitiques internationales et les normes internationales reconnaissent la personne morale en tant que personnalité juridique et ce, en conséquence de l'intérêt général qu'elle représente notamment, pour les organismes Etatiques et les grandes sociétés qui opèrent dans les secteurs qui nécessitent des investissements importants dépassant les capacités des personnes physiques.

Pour définir la société, le droit islamique des affaires prévoit des formes de société qui diffèrent des sociétés modernes notamment en matière d'acquittement des dettes et la divisibilité du patrimoine.



Sur le plan juridique, la responsabilité limitée des actionnaires et des associés des sociétés par actions et la séparation du patrimoine de la société de ceux des actionnaires et associés, présentent une divergence d'opinions des juristes islamiques. En effet, les avis sont partagés entre ceux qui autorisent cette forme de responsabilité et ceux qui considèrent qu'elle représente une ruse juridique qui génère une lésion pour les partenaires et exigent que les partenaires soient informés de cette mesure et qu'elle doit faire l'objet de publication.

En ce qui concerne les actions de jouissance ou de privilège, on constate qu'il y a un consentement entre les juristes, les instances et les normes internationales sur l'interdiction compte tenu de la lésion apparente qu'elles représentent.

En matière de faillite, l'extinction de la dette avec la liquidation de la société même si la dette n'est pas totalement payée et la possibilité pour les fondateurs de créer d'autres sociétés de même objet sans aucune obligation légale les contraignant de répondre aux dettes de la société liquidée, représente aussi une lésion pour les créanciers.

En ce qui concerne, la réglementation marocaine des produits participatifs, nous constatons d'abord que les circulaires ne précisent pas les formes juridiques de la société de Moucharaka et le référentiel juridique à utiliser et ensuite ne porte pas de réponse pour les situations de faillite de Moudharaba et Moucharaka lorsque l'actif de la société ne suffit pas pour payer les dettes.

Nous concluons que la banque participative doit définir le type de société dans le contrat de Moucharaka et le référentiel à utiliser en matière de société afin de lever les ambiguïtés qui entourent la situation actuelle.

Pour la Moudharaba, nous jugeons que la banque doit procéder à la publication d'information sur le caractère limité de la responsabilité et sur la prise en charge des pertes s'elle est limitée uniquement au capital de Moudharaba.

En matière de Mourabaha, et afin de se conformer à la charia en matière de faillite, les banques participatives doivent utiliser les mêmes pratiques actuelles en matière de crédit notamment, l'exigence des cautions personnelles des associés ou des principaux associés. En effet, les banques conventionnelles exigent, en général, la caution personnelle des associés ou des principaux associés, notamment pour les PME et les TPE qui souffrent de la sous-capitalisation, ce qui résolvait le problème de la responsabilité limitée.

Signalons que la lésion des partenaires est difficile à lever du fait que l'Etat, les partenaires sociaux et les banques qui ont des droits de privilège sur les biens de la société, ont souvent un privilège en cas de faillite par rapport aux autres partenaires.

Au niveau de la conformité aux dispositions de la charia, les banques participatives, en matière de financement, doivent s'assurer de la transparence de son client du fait que la lésion du partenaire et/ou de l'associée peut entraîner l'invalidité du contrat de société selon la Charia.

Références

Texte de loi nationale.

- Loi n° 15-95 formant code de commerce



- Dahir (9 ramadan 1331) formant Code des obligations et des contrats.
- La loi n° 17-95 sur les sociétés anonymes
- la loi n° 5-96 relative aux autres formes sociales
- la circulaire 1/W/2017 de Bank Al Maghreb relative aux « circulaire 1 relative aux caractéristiques techniques et modalités de présentation à la clientèle des produits Mourabaha, Ijara, Moucharaka, Moudharaba et Salam ainsi que les modalités de leurs présentation aux clients »

Les ouvrages.

- عبد العزيز الخياط، "الشركات في الشريعة الإسلامية"، مؤسسة الرسالة، بيروت، الطبعة الرابعة، 1994، المجلد الأول والثاني.
- محمد الطويل، "الشركات واحكامها في الفقه الإسلامي"، دراسة مقارنة في الشركات الإسلامية، دار ابن حزم، بيروت، 2009.
- علي خفيف، "الشركات في الفقه الإسلامي"، دراسة مقارنة، دار الفكر العربي، القاهرة، 2009.
- محمد سكمال المجاجي، "احكام عقد البيع في الفقه الإسلامي المالكي"، دار ابن حزم، 2001.
- رشاد حسن الخليل، "الشركات في الفقه الإسلامي، دراسة مقارنة في الشركات الإسلامية"، دار الرشيد، الطبعة الثالثة، 1981.
- زياد صبحي زياب، "افلاس الشركات في الفقه الإسلامي والقانون"، دار النفائس للنشر، الأردن، الطبعة الأولى، 2011.
- شمس الدين احمد بن قدور قاضي زادة، "نتائج الأفكار في كشف الرموز والأسرار وهي تكملة فتح القدير على شرح الهداية"، دار الكتاب العلمية-بيروت، 2003، الجزء 8.
- زيد بن محمد الرماني، "عقد المضاربة في الفقه الإسلامي وأثره على المصارف وبيوت التمويل الإسلامية"، دار الصميعي، الرياض، 2000.
- برهان الدين ابي المعالي محمد ابن صدر الشريعة ابن مازة البخاري، "المحيط البرهاني"، تحقيق، نعيم أشرف نور احمد، مكتبة الرشد، الرياض، السعودية، 2004، المجلد التاسع عشر.
- مصطفى زرقا، "المدخل الى نظرية الالتزام العامة في الفقه الإسلامي"، دار القلم، دمشق، 1999.

Les articles et les publications

- Marie-Hélène et Monserie-Bon (2016), « Le patrimoine d'affectation, une innovation majeure en droit français », OSAKA UNIVERSITY LAW REVIEW No. 63, p.127-142.
- Luminița TULEAȘCĂ(2016). « Patrimony by appropriation and personalist theory of patrimony », Law Review , vol. VI, issue 2, July-December 2016, p.22-41.
- أثر الاختلاف بين الشخصية الطبيعية والاعتبارية في الأحكام الفقهية لمستجدات المصرفية الإسلامية "، نزيه حماد، ورقة بحث مقدمة لمؤتمر شوري الفقهي الخامس للمؤسسات المالية الإسلامية، الكويت، 16-17، دجنبر 2013.
- أثر الاختلاف بين الشخصية الطبيعية والاعتبارية في الأحكام الفقهية لمستجدات المصرفية الإسلامية، محمد نعيم ياسين، ورقة بحث مقدمة لمؤتمر شوري الفقهي الخامس للمؤسسات المالية الإسلامية، الكويت، 16-17، دجنبر 2013.
- أثر الاختلاف بين الشخصية الطبيعية والاعتبارية في الأحكام الفقهية لمستجدات المصرفية الإسلامية، علي محي الدين القري داغي، ورقة بحث مقدمة لمؤتمر شوري الفقهي الخامس للمؤسسات المالية الإسلامية. الكويت، 16-17، دجنبر 2013.
- أثر الاختلاف بين الشخصية الطبيعية والاعتبارية في الأحكام الفقهية لمستجدات المصرفية الإسلامية "، محمد علي القري، ورقة بحث مقدمة لمؤتمر شوري الفقهي الخامس للمؤسسات المالية الإسلامية. الكويت، 16-17، دجنبر 2013.
- احمد علي عبد الله، "الشخصية الاعتبارية في الفقه الإسلامي"، سلسلة إصدارات الهيئة العليا للرقابة الشرعية على المصارف والمؤسسات المالية، الخرطوم، مطبعة دبي، الطبعة الثانية، 2016.
- امل بنت إبراهيم بنت عبد الله الدباسي، "مسؤولية الشخصية الاعتبارية (دراسة فقهية)"، مركز التميز البحثي في فقه القضايا المعاصرة، جامعة الإمام محمد بن سعود الإسلامية، الطبعة الأولى، 2013.



Les décisions.

- Décisions 130(4/14) de l'Académie Internationale du Fiqh Islamique.
- قرارات وتوصيات مؤتمر شورى الفقهي الخامس للمؤسسات المالية الإسلامية، الكويت، 16-17، دجنبر 2013

Les normes internationales.

- *La norme N° 12 relative aux « société (Moucharaka) et société Modernes » du standards charaitiques de l'AAOIFI version 2017.*