

Le prêt à intérêt et l'usure au regard des législations antiques, de la morale catholique, du droit moderne et de la loi islamique

Choucri Cardahi

Citer ce document / Cite this document :

Cardahi Choucri. Le prêt à intérêt et l'usure au regard des législations antiques, de la morale catholique, du droit moderne et de la loi islamique. In: Revue internationale de droit comparé. Vol. 7 N°3, Juillet-septembre 1955. pp. 499-541;

doi : <https://doi.org/10.3406/ridc.1955.9521>

https://www.persee.fr/doc/ridc_0035-3337_1955_num_7_3_9521

Fichier pdf généré le 07/04/2018

Le prêt à intérêt et l'usure

au regard des législations antiques, de la morale catholique, du droit moderne et de la loi islamique

(Analyse et synthèses comparatives)

PAR

CHOUERI CARDAHI

Premier Président honoraire à la Cour de cassation du Liban
Professeur à la Faculté de droit de Beyrouth

Si nous avons choisi ce sujet pour servir de thème à un aperçu comparatif, c'est précisément parce qu'il convient parfaitement au genre d'études auxquelles nous nous sommes livré depuis longtemps et où le droit occidental est constamment confronté avec les dispositions du droit oriental. Interroger ainsi les civilisations juridiques d'Est et d'Ouest, pour essayer d'y déceler les principes qui sont à leur base, nous paraît une besogne enrichissante. Et il est curieux de constater — le présent travail le démontre de nouveau — que, malgré des mœurs parfois diamétralement opposées et la disparité des religions, l'on voit transparaître que le texte légal se réclame des dieux (c'est le cas de la loi musulmane) ou que, foncièrement laïc, il boude plutôt la foi et répudie en ce domaine la transcendance métaphysique (c'est là le fait des codes modernes), et une certaine unité de vues quant aux principes, qui se manifeste aussi, dans bien des cas, dans les solutions concrètes.

Les idées — est-il besoin de le rappeler — ont leur osmose, et les civilisations, quelque ombrageuses qu'elles paraissent être, en fait, se compénètrent souvent les unes les autres. Comment, dans ces conditions, se défendre contre les influences d'alentour ? Comment se garer contre certaines effluves envahissantes qui s'échappent du voisinage, vis-à-vis desquelles — les siècles passés en sont les témoins — l'hermétisme le plus farouche ne saurait résister avec succès ? C'est pourquoi nul pays ne peut se considérer à l'abri de ce phénomène de « *réception* » que l'on rencontre à chaque pas dans l'histoire de la pensée juridique. Partout se remarquent, dans les institutions d'aujourd'hui, les vestiges d'autrefois, les normes d'un passé que l'on croyait révolu, mort, mais qui revit cependant

sous des vocables différents ; ce qui donne de ce fait à de telles doctrines — seulement en apparence — un certain modernisme. Souvent, en effet, c'est la façade et le revêtement extérieur qui semblent nouveaux, les simples modalités aussi, alors que la substance, elle, qui puise sa source dans ce qui préexiste au droit : la loi naturelle, demeure intangible et invariable.

Tout en nous maintenant dans cette ligne où sont mises face à face, aux fins d'être analysées et jaugées, tant la réglementation occidentale du prêt à intérêt que les conceptions coraniques à cet égard, tout en poursuivant notre prospection et nos comparaisons sur ce terrain, nous avons jugé utile cependant de les pousser encore plus avant dans la présente monographie. Nous l'avons déjà fait pour un article sur le sort des obligations immorales ou illicites et la portée véritable de la maxime « *Nemo auditur...* », publiée dans cette *Revue* (1). Nous suivrons aujourd'hui la même voie.

A propos du présent sujet, nous ne nous contenterons donc pas de la mise en parallèle des dispositions législatives édictées en matière de « *mutuum* » et d'usure par les pays occidentaux avec les règles correspondantes de la loi musulmane ; nous croyons devoir y ajouter aussi d'autres facteurs de comparaison, en premier lieu, la morale chrétienne et le droit canonique ; cela s'impose d'autant plus que le point de vue chrétien en ce domaine n'est pas très différent de la législation islamique traitant du contrat de prêt. Et, d'autre part, quelque paradoxal que cela soit au prime abord, l'enseignement de l'Église en ce qui concerne l'usure n'est exclusiviste et singulier qu'en apparence, quand le problème est examiné seulement en surface. Cependant une fois serré de près, analysé dans son esprit par delà la lettre du texte, un tel enseignement nous paraît s'harmoniser et même concorder en définitive avec les directives du droit moderne, envisagées dans leur dernier état. Cela ressortira des explications et commentaires qui suivront.

Ce sont toutes ces raisons qui nous ont amené à aborder ce thème qui, jadis, souleva tant de controverses. C'est pourquoi aussi nous n'avons pas résisté à présenter aux lecteurs de cette *Revue* les fruits de notre recherche, et les réflexions que celle-ci nous a suggérées. Ils se situent, tous, dans le cadre du droit comparé et ils essayent aussi de repérer, à travers les particularismes, des principes fixes, invariables qui rentreraient à ce titre dans ce « *fonds commun législatif* » cher à Edouard Lambert.

Mais un tel plan, si large et si compréhensif qu'il paraisse être, n'est pas, en soi, suffisant si l'on veut aller jusqu'au fond du problème et tenter de dégager de cet amas de textes et de jurisprudences suscités par lui une vue d'ensemble, une conclusion générale bien fondée.

Nous venons de parler de « *fonds commun législatif* » ; ce qui se traduit en fait par une résultante de toutes les disciplines juridi-

(1) V. cette *Revue*, 1951, p. 385 à 412.

ques, sociologiques et morales qui se sont exercées sur un sujet fort complexe ayant préoccupé, le plus, les législateurs de tous les temps. Pour l'atteindre en ce domaine et parvenir à le cerner, pour que la synthèse que nous entendons tirer de ce travail comparatif soit complète, on ne doit pas s'arrêter seulement à ce qui, dans notre esprit, forme le but essentiel de notre recherche : le droit moderne en matière de prêt à intérêt et d'usure, confronté à cet égard avec le point de vue de l'Islam et celui des canonistes, il faut aussi plonger dans les civilisations du passé, en particulier celles dont nous avons hérité et qui ont laissé leur empreinte sur nos corps de lois. C'est pourquoi nous traiterons aussi, mais en passant, du prêt à intérêt et de l'usure dans Rome, dans la Grèce antique, et puisqu'aujourd'hui grâce aux travaux des archéologues et des savants l'on est assez familiarisé avec la législation babylonienne, nous nous arrêterons quelque peu sur cette dernière qui, sous ce rapport, nous apparaît avoir certains traits communs avec le droit moderne.

Par esprit de méthode, nous consacrerons d'abord aux législations anciennes un aperçu général, puis nous étudierons après la doctrine canonique sur le prêt à intérêt à cause de l'influence qu'elle a pu exercer sur l'évolution d'autres droits. Et après avoir ça et là, au cours de notre analyse, relevé certaines similitudes, et parfois des différences notables entre les conceptions et les textes respectifs d'autrefois, nous nous appesantirons davantage sur le droit de l'Islam. Celui-ci présente un intérêt particulier pour le comparatiste car, ainsi que cela s'est produit dans le moyen âge chrétien, le problème se trouve de cette façon envisagé sous son aspect religieux en même temps que civil.

Nous terminerons enfin par une synthèse générale qui sera donnée en guise de conclusion. Là seront groupées succinctement les idées maîtresses que l'on peut induire de l'ensemble de nos investigations, et qui intéressent autant les juristes que les sociologues.

I. - Le prêt à intérêt et l'usure dans la législation babylonienne, dans la Grèce antique et dans Rome

La législation de la Babylonie présentant à cet égard un intérêt particulier ainsi que nous l'avons déjà dit, c'est sur elle que nous nous attarderons en comparant cependant sa structure et son comportement propres avec les conceptions gréco-romaines à cet égard.

L'on verra quelle est, d'après ce droit confronté avec les civilisations d'alentour, la notion que l'on se fait de l'intérêt, ensuite la limitation qui a été apportée à son taux, la sanction des règles établies en matière de prêt, et, s'il y a des détours, des biais au moyen desquels l'on cherchait à éluder les injonctions de la loi, nous nous demanderons quels ils sont et en quoi, au juste, ils ont consisté. Ces stratagèmes qui sont des fraudes à la loi, on les retrouve — on le verra ci-après — dans le moyen âge chrétien, dans la législation de l'Islam comme dans le droit moderne.

L'on doit dire que la notion de l'intérêt — que les canonistes devaient admettre par la suite, à la faveur des « raisons extrinsèques » qui à leurs yeux légitiment sa perception, et source de tant de discussions tout au long des temps antiques et même médiévaux — a été conçue avec une grande précision par la vieille Babylonie. « La notion de l'intérêt à Babylone, dit Edouard Cuq, apparaît très clairement dans le mot qui sert à le désigner : *Siptu*, c'est le croît, l'accroissement d'un capital. Le terme est très général : les Babyloniens ne distinguent pas, comme nous, l'intérêt et le profit. *Siptu*, c'est l'accroissement qui représente la part du capital dans la production ; c'est aussi celui qui résulte de l'habileté ou de l'activité du possesseur du capital. Le croît se produit quelle que soit la nature du capital prêté, grain ou argent. »

L'on part de cette idée que le blé, l'orge, le sésame une fois semés s'accroissent dans de notables proportions en raison de la fertilité du sol. Dans ces conditions, le capitaliste qui a prêté du blé a permis à l'emprunteur de récolter non pas une quantité de blé équivalente à celle qu'il a reçue, mais une quantité beaucoup plus forte. Le prêt de céréales est donc pour l'emprunteur une cause d'enrichissement. S'il entend faire un prêt gratuit, le prêteur fait par là donation du croît. Dans le cas contraire, il peut, tout en rendant service à l'emprunteur, lui demander une part de l'accroissement du capital qu'il lui a procuré.

S'agit-il du croît de l'argent, il en sera de même. Les Babyloniens n'admettent pas l'infécondité de l'argent. « Pour eux, dit Edouard Cuq, l'argent comme le blé est l'instrument du commerce. Or l'essence du commerce est l'accroissement des capitaux (...). C'est pourquoi le prêt à intérêt a été très anciennement usité en Chaldée, non seulement à l'époque de Hammurabi, mais même dans la période antérieure. » (2).

Faisons observer, en passant, qu'on ne trouve pas là la prohibition de l'intérêt analogue à celle qui fut établie à Rome en 412 par la loi *Genucia*, ni dans les pays musulmans par le Coran. Cependant on admit à Rome que des intérêts soient dûs si, par une convention spéciale adjointe au *mutuum*, l'emprunteur s'est engagé à les payer.

La légitimité d'une pareille convention n'a jamais fait de doute dans l'esprit des Romains (3). Quoique condamné par Aristote (*Politique*, livre I, ch. 3, par. 23), le prêt à intérêt fut pratiqué en Grèce à des taux extrêmement variables qui ne paraissent avoir jamais été assujettis à un maximum.

Mais pour éviter les abus, si l'intérêt a paru à certains peuples licite, il ne faut pas cependant qu'il soit exagéré, qu'il devienne de la sorte oppresseur.

Nous remarquons de tels phénomènes dans tous les siècles. C'est

(2) Edouard Cuq, *Etudes sur le droit babylonien, les lois assyriennes et les lois hittites*, p. 245 et 248.

(3) Gaston May, *Eléments de droit romain*, n° 131.

un fait général que l'on observe partout, sauf en Grèce. Ainsi à Rome, au Bas-Empire, Constantin fixa le taux de l'intérêt, pour les denrées de genre, à la moitié du capital, soit 50 %.

En Babylonie, sous Hammurabi, à la troisième année de son régime, un écrit mentionne un prêt de $\frac{4}{5}$ de *gur* de blé et d'un *gur* de dattes consenti par une prêteuse de Samas : l'intérêt convenu est d'un tiers.

Quant au prêt d'argent, l'intérêt est de 20 %. Ceci nous apparaît aujourd'hui comme excessif. Mais les historiens du droit attribuent une telle réglementation, qu'ils trouvent justifiée, soit au fait de la productivité du sol de cette région, soit parce que l'argent était alors moins abondant que de nos jours.

Il est utile aussi de remarquer que ce taux-limite pouvait être dépassé s'il était adjoint à l'acte de prêt gratuit une clause pénale. En effet, la loi babylonienne n'a mis aucune entrave à la faculté des parties d'évaluer à l'avance le dommage qui résulte du défaut du paiement du capital à la date convenue. Cette clause usitée dès l'époque des rois d'Ur se retrouve au temps de Hammurabi (4).

Quelle est la sanction de la loi de limitation des intérêts ?

A Babylone, à l'époque de Hammurabi, le créancier perd tout ce qu'il a prêté ; on induit de là que le contrat est frappé de nullité. La loi ne va pas plus loin ; elle n'oblige pas le prêteur à rendre l'intérêt indûment perçu. Dans le cas où l'intérêt a été majoré au-dessus du taux permis, le débiteur est à l'abri de toute poursuite ultérieure ; le prêteur ne peut plus lui rien réclamer mais il n'est pas tenu de rendre ce qu'il a reçu. Pour justifier cela, l'on part de cette idée que si le débiteur a payé spontanément un intérêt supérieur au taux légal, c'est qu'il en avait les moyens. Et, d'autre part, le législateur n'entend pas favoriser l'emprunteur malhonnête qui a exécuté partiellement un engagement librement consenti. On voit poindre de là la maxime qui sera en honneur dans Rome, et dont l'action s'est prolongée jusqu'à nos jours : *In pari causa turpitudinis cessat repetitio*.

A Rome, la loi d'abord édicta contre les usuriers la peine du quadruple ; la loi Marcia, plus indulgente, se borna à obliger les prêteurs à restituer les intérêts usuraires qu'ils avaient exigés. Comme cette mesure s'est avérée, en pratique, inefficace sous l'Empire, depuis Septime Sévère l'on se rabattit sur un autre procédé : celui d'imputer les intérêts usuraires sur le capital. Et si le capital avait été déjà remboursé, ils étaient sujets à restitution.

II. - L'usure (*de usura*) et le prêt à intérêt dans la morale catholique

Pour éviter toute équivoque, il convient de voir ce que recouvre cette notion d'usure au regard de la morale catholique, et quelles sont les acceptions qu'elle est susceptible d'avoir d'après celle-ci.

Ce terme « usure », du reste, s'emploie dans plusieurs sens. Autre-

(4) E. Cuq, *op. cit.*, p. 262.

fois, selon le droit romano-byzantin et le droit canon, « *usura* » désignait tout intérêt perçu à propos du « *mutuum* », c'est-à-dire du prêt d'argent.

Dans l'acception moderne, l'usure n'est autre que l'intérêt supérieur au taux légal. Dans un sens plus large, il y a aussi « usure » dans tout bénéfice, « dans tout manquement à la justice commutative, dit l'article 139 du Code social (5) soit sous la forme d'un prix de vente excessif ou abusivement déprimé, soit sous celle des honoraires hors de proportion avec le service, ou du salaire insuffisant », et, d'une façon générale, quand il existe une atteinte quelconque au principe de l'équivalence des prestations.

C'est dans les deux premiers sens que l'usure sera étudiée sous cette rubrique. Nous examinerons, d'abord, celle qui consiste dans la perception d'un intérêt quelconque d'un capital prêté, ce qui tend à condamner le contrat de prêt à intérêt, admis et réglementé par les législations civiles modernes; et ensuite l'usure véritable, telle que l'entend en général le droit civil contemporain, qui implique la perception d'un intérêt excessif, supérieur à celui fixé par la loi.

C'est sous ces deux aspects que l'usure sera traitée en morale. Si nous ne disons rien à cette place de la troisième acception de ce terme qui considère comme usuraire le profit *injuste* où qu'il soit, c'est que déjà cette matière a été traitée longuement par nous ailleurs (6) et qu'elle a fait l'objet de copieux rapports dans la *Semaine juridique internationale de Paris*, de 1937, auxquels le lecteur pourra se reporter. Du reste, nous serons appelé à en parler quelque peu dans le chapitre qui traite de l'usure en droit moderne.

Nous ajouterons seulement ici un mot au sujet de l'usure, ainsi définie, existant dans une convention d'honoraires.

Le droit français ne se sent pas désarmé devant elle quand le contrat usuraire stipule une rémunération hors de proportion avec le service rendu. En effet, les tribunaux français s'attribuent un droit de regard et de contrôle sur l'engagement pris à ce sujet par le client envers son avocat, et ils se reconnaissent la faculté de réduire la somme convenue au cas où elle serait excessive et ne se justifierait pas par le travail effectué, fourni par l'homme de loi, par l'importance de l'affaire et les difficultés qu'elle soulève (7). Donc, le droit sous ce rapport rejoint la morale, et, sans les qualifier « d'usuraires » ainsi que le font les moralistes, il réproouve cependant de telles opérations faisant de la sorte brèche au principe de l'autonomie de la volonté qui est considéré en l'occurrence comme hors de mise.

Sous le bénéfice de ces observations, abordons maintenant les deux faces du problème qui est l'objet de notre analyse.

(5) Le code social est une esquisse d'une synthèse sociale catholique rédigée par l'Union internationale d'études sociales fondée à Malines en 1920.

(6) C. Cardahi, *Les conditions générales de la vente en droit occidental et oriental*, p. 57 et s.

(7) En ce sens, Agen, 4 mars 1889. S. 1889.2.139 ; Alger, 31 déc. 1908, S. et P. 1910.2.14.

A. — DE L'USURE AU SENS STRICT,
OU DE L'INTERDICTION DU PRÊT A INTÉRÊT.

« Le simple prêt à intérêt, dit Vittrant, prétend être un contrat d'argent qui aurait pour objet la remise à quelqu'un d'une somme d'argent ou de toute autre chose dont l'usage suppose la consommation ou l'aliénation, avec obligation pour l'emprunteur — non seulement de rendre à date fixe la valeur de la somme ou de l'objet emprunté — mais encore de remettre au prêteur, à cette date ou à des époques antérieures, une valeur nouvelle dite *intérêt* du capital prêté. » (8).

Cette définition nous la faisons nôtre, de préférence à d'autres, parce qu'elle se rapproche, ainsi qu'on le verra par la suite, de la conception musulmane en la matière. Et ceci n'est pas dénué d'intérêt — bornons-nous maintenant à le signaler en passant — pour la confrontation des directives propres des deux disciplines, chrétienne et musulmane, quant à une institution qui pousse fort loin ses racines dans le passé.

Les moralistes, surtout ceux d'autrefois, ne trouvent pas des motifs *intrinsèques* suffisants pour légitimer le prêt à intérêt.

Ils alignent bien des raisons pour déclarer ce contrat non seulement contraire à la charité, mais aussi à la justice. Le droit naturel est invoqué là-contre, comme aussi la Bible (Ancien et Nouveau Testaments), la tradition ecclésiastique, et l'opinion formelle du docteur Angélique. Nous serions incomplet — vu la place qu'occupe dans la littérature canonique l'étude de l'usure ainsi entendue — si nous ne faisons pas connaître, au moins d'une façon succincte, en même temps que les principaux arguments mis en avant contre la légitimité de l'intérêt dans le prêt, l'histoire tumultueuse de cette institution, ainsi que les multiples motifs *extrinsèques* qui ont fait plier, en fait, la rigueur de la prohibition canonique. Cela est intéressant à évoquer à plus d'un titre. En premier lieu, de tels développements permettront, d'un côté, de saisir, dans ses nuances, la trame d'une argumentation — celle des canonistes — qui, pour détonner aujourd'hui, ne manque pas en réalité d'une certaine logique et de vigueur. Et d'autre part, pour avoir une vue d'ensemble des prises de position respectives des législations confessionnelles sur ce sujet, ne faut-il pas, au préalable, suivre la démarche, parfois fort sinueuse, de leur pensée propre ? Par suite, des éléments de comparaison doivent être recherchés, d'autant que les juristes musulmans paraissent avoir subi, à certains égards, l'influence des docteurs chrétiens.

Quelles sont donc les considérations d'ordre rationnel ainsi que les raisons tirées des livres sacrés militant en faveur de l'interdiction de l'usure ? Quels sont, ensuite, les palliatifs et les biais grâce

(8) J. B. Vittrant, *Théologie morale*, p. 176, n° 328.

auxquels la loi impérative et rigide a pu être détournée, en tous cas assouplie ? C'est ce que nous examinerons ci-dessous.

Nous exposerons, après cela, le point de vue de la plupart des moralistes modernes qui, sur plus d'un point, ne correspond plus avec la doctrine des canonistes classiques.

1° *Arguments juridiques et rationnels*
contre l'usure d'après les moralistes classiques

Saint Thomas (9) et, à sa suite, une légion de théologiens (10), répudient le prêt à intérêt, au nom de la loi naturelle.

Aristote dont s'inspire le docteur Angélique avait proclamé la stérilité essentielle de l'argent. Saint Thomas à son tour condamne le négoce où la monnaie n'est plus un instrument de crédit, mais le commencement et la fin de l'échange. « Recevoir un intérêt, dit-il, pour l'usage de l'argent prêté, est, *de soi*, injuste, car c'est faire payer ce qui n'existe pas, ce qui constitue évidemment une inégalité contraire à la justice. Pour s'en convaincre, il faut se rappeler que l'usage de certains objets se confond avec leur consommation ; ainsi nous consommons le vin dont nous nous servons comme boisson, et le blé dont nous nous servons pour notre nourriture.

« Dans les échanges de cette nature, on ne devra pas compter l'usage de cet objet à part de sa réalité même, mais du fait même que l'on en concède l'usage à autrui, on lui cède l'objet même. Voilà pourquoi, pour des prêts de ce genre, le prêt transfère la propriété. Si donc quelqu'un voulait vendre d'une part du vin, et d'autre part son usage, il vendrait deux fois la même chose, ou mieux vendrait ce qui n'existe pas. Il commettrait donc une injustice. Pour la même raison, celui-là pécherait contre la justice qui, prêtant du vin ou du blé, exigerait deux compensations, l'une à titre de restitution équivalente à la chose elle-même, l'autre pour prix de son usage (*usus*) d'où le nom d'usure (*usura*).

« Quant à l'argent monnayé, Aristote remarque qu'il a été principalement inventé pour faciliter les échanges ; donc, son usage propre et principal est d'être consommé, c'est-à-dire dépensé, puisque tel est son emploi dans les achats et les ventes. En conséquence, il est injuste *en soi* de se faire payer pour l'usage de l'argent prêté ; c'est en quoi consiste l'usure. » (11).

Les théologiens faisaient valoir aussi un autre argument : l'emprunteur, il est vrai, peut, par son travail, faire fructifier l'argent emprunté ; mais le prêteur, lui, ne travaille pas. Si on lui permettait

(9) Saint Thomas d'Aquin, *secunda secundae*, questio 78.

(10) V. en particulier, Spicq, *Somme théologique*, *La Justice*, t. III, p. 440 et s. ; Noldin, *Summa Theologiae Moralis*, *De Praeceptis*, t. II, n° 585 et s. ; Vittrant, *op. cit.*, p. 177.

(11) Saint Thomas d'Aquin, questio 78, art. 1. Conclusion.

de demander un intérêt, on l'autoriserait par le fait même à s'approprier une part de bénéfice de celui-ci, donc à le spolier.

Mais, s'il n'était pas licite de recevoir ni directement, ni indirectement des intérêts en vertu du contrat de prêt, les moralistes chrétiens admettaient cependant, dès le moyen âge, qu'au titre du *mutuum*, qui est insuffisant, il peut s'ajouter d'autres titres *extrinsecques* qui permettent de demander légitimement à l'emprunteur un intérêt modique. Cette idée est formulée déjà par saint Thomas d'Aquin: « Dans son contrat avec l'emprunteur, dit-il, le prêteur peut, sans aucun péché, stipuler une *indemnité* à verser pour le préjudice qu'il subit en se privant de ce qui était en sa possession; ce n'est pas là vendre l'usage de l'argent, mais recevoir un dédommagement. Il se peut d'ailleurs que le prêt évite à l'emprunteur un préjudice plus grand auquel s'expose le prêteur. C'est donc avec son bénéfice que le premier répare le préjudice du second. Mais il n'a pas le droit de stipuler dans le contrat une indemnité fondée sur cette considération que l'on ne gagne plus rien avec l'argent prêté; car on n'a pas le droit de vendre ce que l'on ne possède pas encore et dont l'acquisition pourrait être compromise de bien des manières. » (12).

Cette idée fut ensuite développée dans la bulle « *Vix pervenit* » de Benoît XIV.

D'après cette bulle, un intérêt modéré peut être accordé dans trois cas: quand il y a *damnum emergens*, *lucrum cessans*, *periculum sortis*. D'autres titres légitimant une compensation sous forme d'intérêts ont été ajoutés ensuite par les théologiens: la *pœna conventionalis* et le *titre légal*. Nous allons les examiner successivement:

a) *Damnum emergens* (13): Il y a « *damnum emergens* » lorsque le fait de prêter entraîne pour le prêteur quelque préjudice. C'est ainsi que les papes ont permis aux monts-de-piété de percevoir un léger intérêt pour payer les frais de personnel et de matériel, résultant de leur fonctionnement. La nécessité d'acquitter ces frais constituait évidemment un titre extrinsèque au contrat de prêt. Le Pape Léon X, dans la constitution qui suivit le cinquième Concile de Latran, s'est exprimé en effet en ces termes: « Persuadé que les monts-de-piété contribuent à la paix et à la tranquillité du monde chrétien, Nous déclarons et décidons, avec l'approbation du Concile, que les monts-de-piété où l'on reçoit quelque chose de modique pour l'entretien des officiers et les dépenses inévitables, n'ont nulle occasion de pécher, et ne sont point usuraires; qu'au contraire, ils sont méritoires et dignes d'éloge et que les prédicateurs peuvent les présenter comme des monuments de la piété et de la charité des fidèles. »

b) *Lucrum cessans*: Le « *lucrum cessans* », c'est le gain manqué.

(12) Saint Thomas d'Aquin, Sec. sec. quaest. 78 art. 2, ad. primum.

(13) V. sur ces points et les suivants, M. Prümmer, *Manuale Theologiæ moralis*, 1928, t. II, p. 244 et s.

Il se produit lorsque le prêteur, par suite du prêt consenti, se trouve privé d'un bénéfice certain que son argent lui aurait procuré s'il était resté en sa possession. Cette hypothèse ne devait pas se réaliser souvent au moyen âge : l'organisation de la société n'étant pas une organisation capitaliste. « Mais, à l'heure actuelle, ainsi que le fait observer Emile Chénon et ainsi que nous le développerons par la suite, elle est devenue le cas normal et par suite l'exception a vraiment supprimé la règle. » (14). Point de doute aujourd'hui, en raison de nombreuses sociétés commerciales qui existent, que l'on puisse toujours en « plaçant » son argent retirer un bénéfice.

Cette « productivité virtuelle » de l'argent, saint Thomas ne pouvait pas la deviner à son époque, mais en tout état de cause l'intérêt perçu doit rester modéré.

c) *Periculum sortis*, c'est-à-dire le danger de perdre ce que l'on a prêté. C'est le jurisconsulte Paul de Castro qui le fit admettre à la fin du XIV^e siècle.

Saint Thomas, observe le Père Spicq, semble le condamner lorsqu'il écrit : « Celui qui prête de l'argent en transfère la possession à l'emprunteur ; celui-ci conserve donc cet argent à ses risques et périls et il est tenu de le restituer intégralement. Le prêteur n'a pas le droit d'exiger plus qu'il n'a donné. » (15).

d) *Pœna conventionalis* : C'est la peine conventionnelle que l'emprunteur s'est, d'avance, engagé à payer. Elle constituerait un titre *extrinsèque* légitimant l'intérêt, pourvu qu'il y ait d'abord faute de la part du débiteur et que cette peine soit modérée et proportionnée à la faute (16).

Robert de Courçon donne un exemple de ces conventions. « Je vous donne cent livres jusqu'à telle foire, et si vous ne me rendez pas ces cent livres, vous me payerez, à titre de punition, deux cents livres... Dans ce contrat, il y a manifestement usure, sous les espèces de cette punition, qu'ils appellent sophistiquement punition alors qu'elle est le plus souvent usure. Cette stipulation peut, selon nous, s'expliquer de deux manières. Tantôt elle peut exister à titre de rappel à l'ordre et de stimulant, et si elle est faite dans ce but il n'y a pas usure... Si, au contraire, le prêteur a pour objet de garder une amende, il est un usurier. » (17).

Ajoutons que saint Raymond de Pennafort (*Summa*, lib. II, tit. 7 *De usuris et pignoribus*, par. 4), à la fois moraliste et canoniste, est le « premier à faire un rapprochement entre la « *poena* » et « l'intérêt », et se demande si le montant de la *poena* peut dépasser celui des intérêts (18).

(14) Emile Chénon, *Le rôle social de l'Eglise*, p. 256.

(15) *Somme théologique, La Justice*, t. III, traduction française et commentaire par le Père C. Spicq, p. 470.

(16) J. Berthier, *Abrégé de théologie dogmatique et morale*, n° 2885.

(17) Cité par le R. P. Spicq, *op. cit.*, p. 348.

(18) Spicq, *op. cit.*, p. 470 et s.

Ainsi qu'on a pu le remarquer la « *pœna conventionalis* » n'est admise par certains auteurs que comme une mesure de menace, uniquement comminatoire, l'apparentant à « *l'astrcinte* », au sens juridique du mot, et non pas à titre de « clause pénale ». Si on devait l'entendre dans ce dernier sens, elle camouflerait facilement l'usure. Cela se produit, notamment, quand le forfait stipulé en cas de faute d'exécution de l'engagement est excessif. C'est pourquoi d'aucuns auraient tendance à ne la tenir pour licite que si le montant de la peine prévue ne dépasse pas l'intérêt raisonnable dont l'Eglise, pour des motifs « extrinsèques », admet parfois la légitimité.

e) *Le titre légal* (19) : Le fait que l'intérêt est admis par le législateur civil ou la coutume en matière de prêt constitue-t-il un titre suffisant pour justifier, au regard du for interne, sa perception ?

La question est chaleureusement controversée. Plusieurs, cependant, considèrent comme légitime tout intérêt perçu en vertu d'une disposition légale, sans chercher à le justifier directement. On se fonderait alors sur le principe que la loi civile, en tant qu'elle recherche le « Bien Commun » — les nécessités de la vie économique moderne justifiant de telles mesures — s'imposerait à ce titre à la conscience. Elle est en effet censée représenter la justice, par cela seul qu'elle n'a rien d'inique (20).

Mais Vittrant se demande si la loi civile et la coutume ne se sont pas laissées aller trop loin, et si le « bien commun » ne requiert pas à cet égard une réglementation plus stricte (21).

Il y a, aussi, des voix discordantes qui répudient cette manière de voir pour s'en tenir strictement à la doctrine classique de l'Eglise.

Cependant en pratique, d'après les décisions des Congrégations romaines, il ne faut pas inquiéter ceux qui disent que la loi civile est un titre légitime. Ceux qui ont perçu, de mauvaise foi, l'intérêt légal ne doivent pas être tenus à le restituer, bien qu'en égard à leur intention mauvaise ils aient commis un péché (22). En effet, en admettant que le titre légal ne soit pas, par lui-même, une cause de justification de l'intérêt perçu dans le prêt, il n'en reste pas moins vrai que le rôle de l'Etat, en cette matière, est d'apprécier les exigences du bien public. Il lui appartient donc de déclarer que le prêt d'argent fait courir un risque à l'emprunteur (*damnum emergens*), le prive d'un avantage (*lucrum cessans*), et, comme il le fait en fixant le taux légal, d'apprécier la compensation qui lui serait due à ce double titre. Donc, le titre légal recouvre, en fait, les titres extrinsèques reconnus jadis par les théologiens, et c'est ce qui fait qu'il est admis quand il reste dans des limites raisonnables.

(19) V. Prümmer, *Manuale Theologiae moralis*, t. II, p. 245.

(20) V. Cavallera, *Précis de doctrine sociale catholique*, p. 256 ; Noldin, *De praeceptis Dei et Ecclesiae*, n° 579.

(21) Vittrant, *op. cit.*, p. 178.

(22) Berthier, *op. cit.*, n° 2886.

2° Raisons tirées de la Bible et des Pères de l'Eglise

Les textes qui parlent du prêt à intérêt abondent tant dans l'Ancien Testament que dans le Nouveau.

Dans l'Exode, il est dit : « Si tu prêtes de l'argent de mon peuple au pauvre qui est comme toi, tu ne seras pas pour lui comme un usurier, tu n'exigeras pas de lui un intérêt (23) ». Plus explicite est encore le Lévitique : « Si ton frère devient pauvre et que sa main fléchisse près de toi, tu le soutiendras, de même l'étranger habitant le pays, afin qu'il vive auprès de toi. Tu ne prendras de lui ni intérêt, ni profit. Tu ne lui prêteras pas ton argent à intérêt et tu ne lui prêteras pas de tes vivres pour en tirer profit » (24). Il semble se dégager de ces préceptes que le prêt est un acte gratuit : c'est un service rendu à autrui. L'Ecclésiastique confirme cette impression quand il dit : « Celui qui pratique la miséricorde prête au prochain, et celui qui la fortifie de sa main observe les commandements. Prête au prochain au temps de son indigence et par ailleurs restitue au prochain, à son terme. » (25).

Il existe d'autres textes qu'il serait long de reproduire ici. Mais d'après les exégètes attitrés, ils ne contiennent pas de prohibition absolue de l'intérêt, ils définiraient plutôt soit un idéal de sainteté, soit un devoir positif de charité (26).

S'agit-il maintenant du Nouveau Testament, les passages qui parlent du prêt sont nombreux.

L'Evangile de saint Mathieu dans la parabole des talents fait allusion à l'intérêt. Faut-il rappeler ce que le maître dit à son serviteur qui avait enfoui sous terre le talent à lui remis : « Mauvais serviteur, fainéant ! Tu savais que je moissonne où je n'ai pas semé... Il fallait donc mettre mon argent à la banque. A mon arrivée je l'aurais retiré capital et intérêts. » (27).

Si nous consultons maintenant la tradition ecclésiastique nous trouvons là la condamnation de l'intérêt. Ciceron rapporte le mot de Caton : « Qu'est-ce que prêter à intérêt ? Qu'est-ce que tuer un homme ? ». Les Pères de l'Eglise tiendront le même langage. Faisant sienne l'assertion de Ciceron saint Ambroise déclare : « Qu'est-ce que prêter à intérêt, sinon tuer un homme ? » (28).

« Si vous prêtez à un homme avec stipulation d'intérêts, dit saint Augustin, c'est-à-dire si vous attendez de lui, en échange de l'argent prêté, plus que vous n'avez avancé, que ce soit de l'argent, du blé, du vin, de l'huile ou autre chose, vous êtes un usurier et en cela vous êtes blâmable. »

(23) *Exode*, XXII, 25.

(24) *Lévitique*, XXV, 35-37

(25) *Ecclésiastique*, XXIX, 1 et 2.

(26) C. Spicq, *op. cit.*, p. 448.

(27) Saint Mathieu, ch. 25, v. 26 ; V. aussi dans le même sens la parabole des mines, dans saint Luc, ch. 19, v. 23 ; saint Thomas d'Aquin, quest. 78, art. 1 ; difficulté n° 1.

(28) Saint Ambroise, *De Tobia*, chap. 17.

3° *Doctrine actuelle en matière d'usure*

Cette doctrine à laquelle nous avons déjà fait allusion résulte aujourd'hui des dispositions du canon 1543 du *Codex Juris Canonici* dont voici la teneur : « Si une chose fongible — c'est-à-dire un objet de consommation — est donnée à quelqu'un de manière à lui appartenir et à n'être ensuite restituée que spécifiquement, aucun gain à raison du contrat lui-même ne peut être perçu. Mais dans le prêt d'une chose fongible, il n'est point de soi illicite de *convenir un profit tel qu'il est fixé par la loi*, à moins qu'il ne soit certain qu'il est immodéré, ou même d'un profit plus grand, si un titre juste et proportionné le permet ».

Cette disposition n'abandonne donc pas la position classique de l'Eglise en cette matière : il demeure toujours vrai, aux yeux de celle-ci, que le prêt en lui-même n'est pas frugifère. Elle maintient, ainsi que le fait remarquer le Père Cavallera, le principe de la stérilité essentielle du prêt en tant que tel, et par suite du contrat de prêt (29). Mais il n'en reste pas moins vrai, cependant, que le droit canon reconnaît par là qu'il y a des titres légitimes, des raisons extrinsèques, comme le titre légal, qui permettent un profit à l'occasion du prêt d'argent. Le texte n'admet l'intérêt légal que s'il est modéré. Il va même, s'il y a d'autres motifs justes et proportionnés qui justifient un intérêt supérieur au taux fixé par la loi, jusqu'à tenir la perception de cet intérêt pour licite. C'est là une doctrine à la fois souple et humaine, et, sous certains rapports, plus tolérante que la loi civile, puisqu'elle légitime, au regard du for interne, la perception d'un intérêt supérieur à celui déterminé par la loi, si toutefois il existe des raisons impérieuses qui la motivent, par exemple un grand risque de perdre son argent, un plus grand gain qu'on aurait pu en faire en ne le prêtant pas (30). Nous verrons, du reste, que la conception contemporaine de l'usure évolue aujourd'hui dans ce sens.

De la sorte, dans certaines circonstances exceptionnelles, non seulement le prêt à intérêt légal deviendrait licite, mais aussi l'usure, au sens légal du mot, ne serait plus un péché. Les solutions préconisées, du reste, ne manquent pas de certaines nuances.

Il serait bon de voir maintenant d'après les théologiens modernes les considérations ayant inspiré cette prise de position canonique et comment celle-ci, sans rompre avec le passé, se concilie avec les directives générales du droit moderne, bien entendu sous réserve de l'observation ci-dessus formulée.

Ici, l'exégèse se donne libre cours. Certains moralistes font appel à la notion de la *multiplicité des causes*, d'autres à l'idée de *location sous-jacente au prêt*, d'autres, enfin, croient trouver dans le concept de l'*association* (le prêteur devenant un associé de l'em-

(29) Cavallera, *Précis de la doctrine sociale catholique*, p. 181.

(30) H. Jone, *Précis de théologie morale catholique*, 10^e éd., n^o 297.

prunteur) la raison juridique qui explique et fonde le canon 1543 du *Codex Juris Canonici*.

a) *La notion de la multiplicité des causes* : Quelques-uns, comme M. Garriguet, le Père Antoine Cavallera, distinguent « entre l'argent, métal ou papier, pris matériellement et qui évidemment reste improductif, ne se reproduisant pas, et l'argent, instrument de crédit, dont on ne peut contester la réelle productivité ». Ils recourent alors à la notion de la multiplicité des causes pour légitimer l'intérêt dans le prêt. Il ne faut pas en effet perdre de vue que le résultat n'est pas toujours le fait d'une seule cause efficiente, qu'il pourrait se joindre à celle-ci d'autres facteurs qui contribuent à le produire. Il est certain que c'est le travail fourni par l'emprunteur qui fait naître avant tout le profit, mais l'activité de celui-ci — cela n'est pas moins sûr —, à elle seule, aurait été insuffisante à procurer le gain si le capital initial n'avait pas été fourni par le prêteur. « C'est ce genre de causalité, écrit le Père Cavallera, qui appartient au capital, condition *sine qua non* de l'existence de multiples entreprises actuelles et qui intervient de multiples manières : pour assurer l'achat, le renouvellement, l'entretien des instruments de travail, la rémunération facile et par suite l'afflux des travailleurs, la rapidité et la sécurité des transactions, leur extension, etc. A ce titre, une rémunération est légitime et ne saurait être contestée en principe » (31).

Faut-il rappeler à cette occasion que cette notion de la multiplicité des causes a donné naissance — mais dans d'autres domaines, dans celui de la responsabilité par exemple, — à la théorie dite de « l'équivalence des causes ou des conditions », d'après laquelle serait, aussi, responsable de tout le préjudice subi celui qui a été, non pas l'*unique* facteur du dommage, mais *une des causes* sans lesquelles il ne se serait pas produit. Le raisonnement des moralistes ci-dessus s'apparenterait à cette manière de voir. En effet, elle entend attribuer une partie du profit, fruit de l'activité de l'emprunteur, de son travail, de son ingéniosité, à celui qui, en fournissant à ce dernier le capital — condition *sine qua non* de l'existence de l'entreprise — a permis à celle-ci de démarrer, de se développer, de prospérer.

b) *Contrat d'association* : D'autres sociologues et moralistes, pour justifier l'intérêt, voient dans le contrat de prêt une manière de location, de quasi-location ou un contrat *sui generis*, et surtout un *contrat d'association* entre prêteur et emprunteur. C'est ce dernier point de vue qui rallie pas mal de suffrages que nous estimons utile d'exposer, car, étant donné le but que nous nous proposons, toute démonstration, toute théorie, si osée ou spéieuse qu'elle soit, ne doit pas être délibérément écartée. En effet, c'est par là que nous connaissons, dans le détail, les étapes de l'évolution qui s'est produite dans la nature propre d'une institution qui a suscité autrefois — et encore même de nos jours — des controverses passionnées. Et ce sont là aussi des éléments indispensables à la synthèse que nous tirerons

(31) V. Cavallera, *op. cit.*, p. 182.

de la confrontation des doctrines dans les trois disciplines, objets de notre étude.

Comment donc déduire du contrat de prêt une sorte d'association qui autoriserait le prêteur à partager, sous forme fixe, l'intérêt, le bénéfice réalisé par l'emprunteur ?

Le Père C. Spicq, savant interprète de la Somme Théologique et thomiste de stricte observance, considère le prêteur comme un obligataire, et celui-ci, dit-il, est un associé (32). « Sans doute, il n'encourt pas les risques qui s'imposent nécessairement en vertu du contrat d'association, mais ses gains sont légitimes si l'intérêt des obligations représente une participation aux bénéfices de l'entreprise. P. Leroy-Beaulieu, continue-t-il, remarque en effet « qu'on tend de plus en plus à considérer les obligataires, c'est-à-dire les prêteurs, comme des sortes d'associés, des actionnaires... On admet que ceux-ci, même quand la société est *in bonis* et prospère, leur doivent (aux obligataires) certains renseignements, que parfois un comité des obligataires puisse être formé avec certains pouvoirs légaux à l'endroit du conseil d'administration. Aussi le prêteur est-il regardé, et tend à l'être de plus en plus par le droit contemporain, du moins quand il s'agit de sociétés anonymes, comme une sorte d'associé à titre spécial. » (33).

Et le Père Spicq de conclure : « On aurait donc l'indice d'une évolution du contrat de prêt en société, et c'est très certainement, pour les théologiens thomistes, dans ce sens de l'association que doivent s'appliquer les principes de justice sur la rémunération de l'argent. »

Cet essai de justification qui assimilerait le prêteur à une sorte d'associé, bien qu'il se réclame de l'autorité d'un économiste notoirement connu comme P. Leroy-Beaulieu, ne nous paraît pas, sur le terrain du droit, bien fondé. En effet, tous les commercialistes répugnent à l'idée de faire du prêteur d'argent, de l'obligataire, une sorte d'associé dans l'entreprise.

Cette qualité d'associé appartient exclusivement à l'actionnaire. « Les obligations, écrit M. le Doyen Ripert, sont des titres négociables, émis par une société qui *emprunte* un capital important, généralement à long terme, et divise sa dette en un grand nombre de coupures. Chaque obligataire est créancier de la société et par là il s'oppose à l'actionnaire. » (34).

On peut citer, dans cet ordre d'idées, une autre variante des

(32) C. Spicq, *op. cit.*, p. 483.

(33) P. Leroy-Beaulieu, *Traité d'économie domestique*, 5^e éd. Alcan, 1910, t. II, p. 99, cité par C. Spicq. Balsamon, le grand canoniste byzantin du XII^e siècle, a écrit en commentant le canon 17 du Concile de Nicée, qui, en 325, proscrivait l'usure : « Donner de l'argent à des marchands en convenant avec eux un profit certain, en se faisant assurer et la somme d'argent et le profit à recevoir, c'est une société simulée et une usure véritable, puisqu'on participe au profit sans prendre aucun risque. Tout cela a été fait pour éluder les canons du Concile de Nicée défendant l'usure et toutes sortes de gains sordides aux clercs ».

(34) G. Ripert, *Traité élémentaire de droit commercial*, n^o 125.

opinions précédentes tendant à proclamer la licéité de l'intérêt dans le prêt. Quelques théologiens pensent qu'un intérêt modéré dans le « prêt d'argent est licite, *sans qu'il soit nécessaire de recourir à l'une des causes « extrinsèques »* ci-dessus énoncées qui le légitimeraient. Ils partent de cette idée que l'argent n'est plus stérile de nos jours. Sans argent on ne peut plus, de notre temps, gagner de l'argent. Ainsi les maisons louées procurent du lucre, il devrait en être de même pour l'argent prêté. Celui-ci est, en plus, le principal instrument des négociations, il peut être aussitôt converti en chose fructifère.

De là, l'on conclut que le contrat par lequel une somme d'argent est donnée à un autre, sous condition d'intérêt, n'est pas en réalité un prêt usuraire, un contrat dans lequel une chose stérile est livrée, mais une convention distincte, *sui generis*. Ce qui fait, par suite, que les interdictions portées contre l'usure proprement dite ne peuvent pas l'affecter (35).

Bref, quelles que soient les raisons juridiques que l'on puisse invoquer en sa faveur, la doctrine nouvelle de l'Eglise, eu égard à toutes les considérations économiques actuelles, ne s'oppose pas en définitive aux lois civiles qui octroient un intérêt au prêteur d'argent. Nous avons trouvé au contraire que le canon 1547 se concilie avec le dernier état de la jurisprudence française. La raison en est qu'aujourd'hui la conception d'Aristote sur la non-productivité du capital n'est plus de mise (36) : les conditions de la vie — nous l'avons souligné maintes fois — ont changé, et la vie économique moderne diffère profondément de celle d'autrefois. Dans la société moderne, il n'est plus vrai de dire que le capital ne rend plus ; bien au contraire, c'est l'aliment essentiel, principal de toutes les entreprises.

Cependant, si l'on va au fond des choses, et si l'on cerne le problème du prêt à intérêt — cela en le dépouillant de toute contingence — (et c'est ce que les théologiens entendent par ces termes « de soi », « d'une façon intrinsèque », qui reviennent souvent sous leur plume) — en faisant ainsi table rase de tout ce qui ne rentre pas naturellement dans la trame interne, dans le filigrane du « *mutuum* », l'on trouve que le raisonnement des canonistes, condamnant, en principe, le prêt à intérêt ne manque pas d'une certaine force. En effet, on ne peut louer l'argent au sens propre du mot, puisque la monnaie est chose fongible et que son *usage* se confond avec sa *consommation*. De la sorte, on ne peut pas, en stricte logique, exiger à la fois l'équivalent d'un loyer de l'argent (l'intérêt) comme pour une chose non fongible, et en même temps la restitution de l'objet lui-même en fin de contrat. C'est le leit-motiv de la démonstration faite à ce sujet par saint Thomas.

Ce sont d'autres raisons qui, en stricte justice — elles ont été

(35) Lehmkuhl, *Theologiae Moralis*, I. 313 ; Tanqueray, *De Justitia* N° 902. *Contra* : Prümmer, *Manuale theologiae moralis*, t. II, p. 245.

(36) V. en ce sens Cavallera, *op. cit.*, p. 182.

déjà aperçues par les théologiens — permettraient, le cas échéant, l'allocation d'une rémunération du capital prêté, sous forme d'intérêt : le préjudice subi (*damnum emergens*), le *lucrum cessans* (le gain manqué), le *periculum sortis* (le risque que court le capital). D'autres titres tendant à la même fin y ont été ajoutés par la suite, ainsi que nous l'avons vu : la *pana conventionalis* et le *titre légal*.

Et si aujourd'hui le législateur civil admet la légitimité d'un intérêt dans le prêt d'argent, n'est-ce pas principalement parce que le capital, de nos jours, n'est plus frappé d'une stérilité essentielle, comme tel fut le cas pendant longtemps chez les peuples de l'antiquité et au moyen âge. Dans une société économiquement avancée comme la nôtre, l'argent devient la condition primordiale, *sine qua non* du profit. Le travail, l'initiative du commerçant, de l'industriel, sa diligence, contribuent certes, et beaucoup, à l'accroissement de sa fortune, à l'augmentation de ses richesses, mais tout cela — nous l'avons déjà signalé — eût été improductif, si le capital, nécessaire pour la réalisation des projets d'affaires du chef d'entreprise, n'avait pas été fourni au préalable par le prêteur. Qu'on le veuille ou non, ce capital est en grande partie l'artisan de sa prospérité.

Et, partant, il est équitable que le profit retiré d'une pareille spéculation soit attribué, au moins en partie, au prêteur qui a été, en somme, une des causes efficientes de ces bénéfices. C'est là un système conçu par certains théologiens que nous avons explicité davantage ci-dessus, et vers lequel vont nos préférences.

Au principe de la productivité du capital, quelle qu'en soit la nature, on ne peut objecter que l'emprunteur peut faire un mauvais usage de l'argent qu'il a reçu ou une spéculation qui ne réussit pas. Ce sont là des accidents qui sont généralement dus à une faute de la part de l'emprunteur ou tout au moins à une imprudence commise par lui ; c'est pourquoi ils n'infirmement pas le principe, qui demeure vrai malgré de telles éventualités.

Dira-t-on aussi que la productivité actuelle du capital, donnée en guise de justification du prêt à intérêt, ne se concilie pas avec l'enseignement de l'histoire ? Car, bien avant aujourd'hui, dans le cours des temps, le prêt à intérêt a été tenu pour licite par bien des civilisations remontant — on l'a déjà vu — à plusieurs millénaires. Nous avons constaté en effet que sous Hammurabi le prêt à intérêt était pratiqué. Il ne faut pas aussi oublier qu'en ces siècles reculés l'agriculture et le commerce étaient florissants. Par suite le capital devait être productif comme il l'est de nos jours, et non infécond et stérile. Et c'est là un titre qui légitime l'allocation au prêteur d'une rémunération sous forme d'intérêt.

B. — OPÉRATIONS MASQUANT LE PRÊT A INTÉRÊT

Nous serions incomplet si, d'un coup d'œil historique, nous n'examinions pas d'un peu près les subterfuges imaginés autrefois pour masquer le prêt à intérêt, alors interdit par les canonistes. Cela

nous apparaît d'autant plus intéressant au point de vue comparatif que nous trouvons les docteurs de l'Islam, de leur côté, engagés dans cette voie, et — on le verra tout à l'heure — dans une mesure encore beaucoup plus large.

Nous nous arrêterons à deux d'entre ces contrats camouflant l'usure : le « *contractus trinus* » et le « *contractus mohatra* ».

1° *Le contractus trinus* (37)

C'est une opération qui consiste dans la réunion de trois contrats *conclus simultanément entre deux personnes*. Un capitaliste et un artisan ou commerçant passent d'abord un contrat de société en commandite, aux termes duquel le premier apporte à la société de l'argent ou des objets, et le second s'engage seulement à fournir son activité. Ce contrat initial se double alors d'une autre convention, qui est un contrat d'assurance, par laquelle la mise du capitaliste est garantie contre tous les risques de perte résultant de la société. Et ce contrat est obtenu moyennant l'abandon, par l'assuré, d'une partie de ses bénéfices éventuels dans la société. Une telle renonciation de sa part représente, de la sorte, la prime d'assurance due en échange des avantages qu'il retire de ce contrat de garantie. « Enfin, par un contrat de vente, dit M. J. Ph. Lévy, le capitaliste cède le reste des bénéfices éventuels et incertains qu'il espère réaliser contre une somme fixe, certaine et forfaitaire qu'il recevra annuellement ». D'où il suit qu'il y a là une juxtaposition de trois contrats différents entre les mêmes personnes : société, assurance, renonciation à un bénéfice incertain aléatoire, contre un bénéfice certain, déterminé.

« Une variante, observe le même auteur, consistera à considérer le troisième contrat comme une assurance de bénéfice : la prime sera représentée par tout ce qu'on aurait pu toucher au-dessus de la somme assurée. Au lieu de prêter 100 à Secundus, Primus passe avec lui un contrat de société et apportera cette somme 100 à la société ; on évalue d'avance, à 15 % par exemple, le dividende moyen que Primus doit toucher. Un contrat d'assurance, payé par l'abandon de 5 %, lui garantira, en tout état de cause, la restitution de son apport lors de la dissolution, même si la société est déficitaire. En abandonnant encore 5 % Primus s'assurera un dividende certain et fixe. Ce bénéfice sera égal à ce qui reste du bénéfice prévu, soit 5 %. Tel est le résultat pratique, mais, juridiquement, on a évité de qualifier l'opération de prêt à intérêt ».

C'est vers la fin du xv^e siècle que l'opération fut inventée. Son origine doit être recherchée dans les graves discussions auxquelles a donné lieu le contrat de société. Celui-ci était tenu, en général,

(37) V. J. Ph. Lévy. *Dictionnaire de droit canonique* ; J. Ph. Lévy, *Revue historique de droit français et étranger*, 1939, p. 422 et s. ; Prümmer, *Manuale Theologiae Moralis* t. II.

pour valide. En effet, l'apport de l'associé, quoique engagé dans la société, ne cessait pas d'être sa propriété et ne devenait pas la propriété de son cocontractant. Cela était tout différent du *mutuum*, du prêt de consommation. Et on ne trouvait pas là la raison primordiale qui a fait interdire, ainsi qu'on l'a vu, le prêt à intérêt, à savoir : que l'on puisse demander un intérêt pour l'utilisation de la chose, alors que la chose, de par le contrat de *mutuum*, est destinée à être consommée. Les deux opérations se confondant et étant, par là, indissociables, l'on ne saurait demander pour l'utilisation de la chose un avantage quelconque, puisque, de par le *mutuum*, la consommation de la chose s'impose et, le contrat étant gratuit, elle n'exige en retour aucune rémunération.

Par suite, le contrat de société, licite en lui-même, étant nettement différent du *mutuum*, les bénéfices dans le *contractus trinus* n'étaient en somme « qu'une accesssion qui s'unissait normalement au principal, et réciproquement les risques de perte demeuraient à la charge de celui qui faisait l'apport : *res perit domino*. Il n'y avait donc ni prêt de consommation, puisque l'objet restait à son propriétaire, ni intérêt (*superabundantia*) perçu au détriment d'un emprunteur » (38). Certains pensent que ce triple contrat devait servir à rendre licites les dépôts en banque.

Tel n'est pas cependant le sentiment de Pothier à cet égard.

D'après lui, « lorsqu'il paraît qu'un contrat de société est simulé et qu'il n'a été fait que pour déguiser un prêt d'argent usuraire, il n'est pas douteux que le contrat doit être considéré comme nul, et tout ce qui a été reçu par le prétendu associé, pour lui tenir lieu de sa part dans le profit de la prétendue société, doit être imputé sur la somme principale qu'il a mise dans la prétendue société et que la somme qu'il a reçue diminue de plein droit celle qui lui doit être rendue » (39).

2° *Le contractus mohatra*

Quant au contrat « mohatra », dont nous trouverons le correspondant dans la législation islamique sur laquelle il a été calqué, il a soulevé, à son tour, pas mal de discussions. Visiblement, il camouflait, sous des formes permises, le prêt à intérêt interdit.

Suivant le droit commun des pays coutumiers, fait observer le *Répertoire de jurisprudence* de Guyot, on ne peut stipuler aucun intérêt dans le *mutuum*. « On tient pour maxime qu'un tel prêt doit être gratuit, sur le fondement que l'argent ne produit par lui-même rien (c'est toujours l'argument aristotélicien repris, après saint Thomas,

(38) J. Ph. Lévy, *op. cit.*, p. 425. Cependant on se mit d'accord pour interdire, comme constituant une société léonine, celle où l'un des associés, sans renoncer à sa part de bénéfices, prétendait que son apport restât à l'abri de toutes pertes. J. Ph. Lévy, *loc. cit.*

(39) Pothier, *Contrat de société*, n° 22.

par les pays de coutumes) à la différence d'un héritage qui produit des fruits... De ce que la stipulation des intérêts des deniers prêtés est défendue, il faut en conclure que les intérêts que l'emprunteur a pu payer volontairement peuvent en tout temps être répétés... C'est ce qui résulte d'un grand nombre d'arrêts du Parlement de Paris » (40).

Mais sous la pression des événements, l'argent s'avérant frugifère, l'on eut recours pour déguiser l'intérêt au contrat « *mohatra* ».

Voici comment Guillouard, qui le condamnait, définit ce contrat « *mohatra* » : « *Mohatra*, dit-il, est un contrat de vente usuraire, par lequel un homme achète d'un marchand des marchandises à crédit et à très haut prix pour les revendre au même instant à la même personne argent comptant et à bon marché. Par exemple, un marchand vend à un homme qui a besoin d'argent des marchandises pour 500 livres, dont il se fait faire une promesse ou obligation payable dans un an, et ces marchandises valent tout au plus 300 livres; dans le même temps l'acheteur les revend au même marchand pour 200 argent comptant. C'est la même chose, conclut Guillouard, que si un marchand prêtait à usure la somme de 200 livres pour avoir 500 livres au bout d'un an. » (41).

Le motif de condamnation étant l'usure, le contrat « *mohatra* » reste condamné dans la mesure où il s'identifie avec elle. Dans les traités de morale comme dans l'histoire, il se trouve en fait lié à l'antichrèse au sens ancien de mort-gage — qui tombait sous la prohibition du prêt à intérêt et de l'usure — et à la vente à réméré.

En effet, dès 1203, deux lettres d'Innocent III insérées aux Décrétales de Grégoire IX condamnent deux contrats en tant qu'au fond ils représentent des formes d'usure déguisée : l'un est une vente à réméré, l'autre est une antichrèse mort-gage faite par un professionnel de l'usure. Le premier texte parle « d'un laïc qui désirait contracter un emprunt; le créancier, voulant éviter de tomber sous le coup des sanctions établies contre les usuriers, a reçu de lui des maisons et oliveraies à titre d'achat, alors qu'en réalité il s'agissait d'un contrat de prêt usuraire. Et il s'engage à les rendre contre un prix qui n'atteint pas la moitié du juste prix ». C'est en commentant ces deux textes que les canonistes en sont venus à exposer les principes qui permettront de considérer de telles opérations comme répréhensibles.

Du reste, le contrat « *mohatra* » est expressément réprouvé dans la liste des propositions condamnées par le Saint-Office sous Innocent XI, le 2 mars 1679, à côté d'autres formes d'usure. « Est condamnée, y est-il dit, la proposition suivante, à savoir que : le contrat

(40) Guyot, *Répertoire universel et raisonné de jurisprudence civile, criminelle, canonique et bénéficiale*, 1779, t. 32, p. 313.

(41) Guillouard, n° 161 ; V. aussi Aubry et Rau, 15^e éd., revue par E. Bartin, c. VI, p. 120.

mohatra est licite, même passé avec la même personne et avec pacte préalable de revente fait avec intention de lucre. »

Aujourd'hui, en ce qui concerne le contrat « *mohatra* » et la vente avec pacte de rachat, la position commune des moralistes modernes est conforme au jugement de Lehmkühl: « Quant à la vente à réméré et au contrat *mohatra*, dit-il, il est à peine besoin d'en parler, ces contrats sont assez rares de nos jours. Jadis, par le moyen de telles conventions, on lésait la justice « par usure palliée ». Actuellement, il est admis que l'emprunteur puisse percevoir un intérêt ordinaire. Mais « de contrats pareils donnent occasion à des extorsions injustes: 1° quand le vendeur se réserve le droit de rachat, sans que le prix soit réduit du fait de la charge ainsi imposée à l'acheteur; 2° quand l'obligation de rachat est imposée pour un prix plus élevé » (42).

Les auteurs anciens ne font du reste qu'affirmer ce que reconnaissent les juristes d'aujourd'hui: à savoir que la vente à réméré permet de tourner l'article 2078 du Code civil interdisant le contrat pignoratif, familial aux usuriers, c'est-à-dire la clause en vertu de laquelle le créancier gagiste non payé à l'échéance peut, sans formalité, s'approprier le gage. Enfin, avec la vente à réméré, on peut narguer les dispositions prohibitives de l'usure.

Il va de soi que, « si la vente à réméré n'est une vente que de nom, et présente en réalité un contrat prohibé, elle sera nulle » (43).

En effet, les canonistes et moralistes anciens le disaient déjà à peu près dans les mêmes termes. Innocent XI déclarait que: « Vendre des marchandises avec la clause expresse ou tacite de revente à prix moindre au vendeur s'appelle en espagnol « *mohatra* », en italien « *scrocco* », et est illicite. »

De son côté, saint Alphonse de Liguori profère la même condamnation pour les mêmes motifs: « Notez, dit-il, que le contrat *mohatra* est interdit, c'est-à-dire le contrat par lequel quelqu'un vous achète à crédit une marchandise au prix fort, avec pacte explicite ou implicite de revente au comptant à un prix inférieur... La raison en est évidente, c'est de l'usure déguisée ».

Waffelaert écrit de même: « Nous avons supposé que la vente à réméré est faite avec l'intention réelle d'acheter et de vendre. Mais parfois sous l'apparence de cette vente se cache un contrat, improprement dit de prêt, qui consiste à donner de l'argent contre un intérêt en retour. Il est évident, dans ce cas, que toutes les fois que le gain excède le juste taux, la convention est illicite et injuste. Un exemple de ce contrat usuraire, nous le trouvons dans le contrat espagnol *mohatra* ». Et il renvoie au texte d'Innocent XI. Même son de cloche chez Ubach (44).

(42) Lehmkühl, *Theologia Moralis*, 1, 1338.

(43) Colin, *Capitant et de la Morandière*, t. II, n° 960.

(44) Waffelaert, *De Justitia*, 1, 651.

« Il faut, écrit-il, qu'il y ait une véritable intention d'acheter et de vendre, sinon, sous la vente fictive, se cache facilement de l'usure palliée », et, en note, sous le contrat « *mohatra* », des usures atroces peuvent être déguisées.

Enfin Seraphinus a Loiano cite à cet égard Vermeesch (*De Justitia*, n° 361) et ajoute : « Comme jadis tout intérêt était interdit pour les prêts, on trouva pour éluder l'interdiction cette sorte de vente avec pacte de revente. Cette espèce de contrat a été condamnée pour usure palliée, non en tant qu'il est injuste de par sa nature » (45).

Pothier, du reste, tenait le même langage. Il considérait un pareil contrat comme nul, car, pour sa part, ce qui importe c'est l'intention véritable des parties. Il faut donc dégager en l'espèce la véritable volonté des parties et ne pas faire cas de la volonté apparente qui a été exprimée. Or, dans le cas du contrat « *mohatra* », il s'agit visiblement d'une opération qui déguise le prêt usuraire. Et c'est pour masquer celui-ci que les contractants ont eu recours à un tel subterfuge. En conscience, selon Pothier, un tel contrat est illécite ; il est par suite interdit. Et s'adressant à ceux qui usent d'un procédé semblable, le grand jurisconsulte de l'Ancien Régime s'exprime en ces termes : « On ne trompe pas Dieu qui sonde les cœurs et les reins et ne juge pas des volontés par ce que vous vous êtes fausement imaginés de vouloir, mais par ce que vous avez réellement voulu dans le secret de votre cœur » (46). Dans ces conditions seule l'intention de tourner la loi d'interdiction doit être retenue et sanctionnée.

Voilà le point de vue des juristes, particulièrement de ceux de l'Ancien Droit. L'on conçoit très bien, à une époque où la ferveur religieuse avait prise sur les comportements du droit, que les auteurs anciens aient porté sur ce contrat des condamnations sévères. En le faisant, ils reflétaient en somme la doctrine des canonistes à cet égard.

Aujourd'hui, il n'intéresse plus les moralistes : la plupart lui consacrent à peine une remarque ou une note (47). Du reste, ni Vermeesch, ni Merkelbach n'en parlent dans leur traité de théologie morale. Salsmans, pour sa part, se borne à dire « qu'autrefois la vente avec faculté de réméré se faisait souvent sans véritable intention de vendre et de racheter et n'était qu'une « forme d'usure palliée » participant à la réprobation de celle-ci » (48).

(45) Seraphinus a Loiano, *Institutiones Theologiae Moralis*, t. III, 1937, n° 299, p. 421, et note 4 sur le contrat « *mohatra* ».

(46) Pothier, *Vente*, N° 38.

(47) Prümmer, *Manuale Theologiae Moralis*, t. II, 289, note 119 ; Lehmkühl, *Theologiae moralis*, I, N° 1338, *nota bene* ; Ubach (1926), I, 325, note I ; Waffelaert, *De Justitia*, I, 631 ; saint Alphonse de Liguori, III, 113, note ; d'Annibale, II, N° 461, note 3.

(48) Salsmans, *op. cit.*, N° 246.

III. - Le prêt à intérêt et l'usure en droit positif moderne

Il faut ici distinguer l'usure proprement dite de l'intérêt.

De nos jours, il n'y a pas une législation occidentale ou orientale qui n'admette la légitimité de l'intérêt. Du reste, malgré la prohibition formelle du « *riba* » par le Prophète, les pays musulmans, suivant en cela le sentiment public de tous les peuples, considèrent aujourd'hui que le « *mutuum* » permet la perception d'un intérêt en cas de prêt d'argent.

Nous reviendrons sur les réflexions que cet état de choses nous suggère quand nous aurons, dans une synthèse, à apprécier ce problème juridique vu de haut tant au regard de l'éthique que du droit musulman.

La discordance n'existe en ce domaine que sur le taux de l'intérêt tenu pour licite. Ici, il y a une diversité de comportements ; chaque code, en tant que reflet des mœurs des contrées qu'il régit, a déterminé un taux, au-dessus duquel l'on ne peut pas s'élever sans verser dans l'*usure* strictement parlant.

Pour ne parler que du Code civil français qui a donné le ton à beaucoup d'autres législations, rappelons que la loi du 3 septembre 1807 fixe l'intérêt légal à 5 % en matière civile et à 6 % en matière commerciale. Ces chiffres furent empruntés à la législation de l'Ancien Régime en matière de rentes.

Pour justifier la limitation de l'intérêt conventionnel, l'exposé des motifs s'étend sur les maux produits par la liberté : « Il est reconnu, dit-il, que le taux excessif de l'intérêt de l'argent attaque la propriété dans ses fondements, qu'il mène l'agriculture à sa perte ; qu'il corrompt les sources de l'industrie ; enfin qu'il tend à ruiner des familles entières et à y porter le désespoir ». Signalons cependant que la loi du 12 janvier 1886 a abrogé, en matière commerciale, la limitation de l'intérêt.

La guerre de 1914-1918 ayant amené l'élévation du taux de l'intérêt, la loi du 16 avril 1918 a suspendu la limitation de la loi de 1807 en matière civile pendant toute la durée de la guerre et pour une période qui ne pouvait être inférieure à cinq années à partir de la cessation des hostilités. Le décret qui devait mettre fin à cette suspension n'a jamais été promulgué (49).

D'après la loi du 3 septembre 1807 et les articles 2 et 3 de la loi du 19 septembre 1850, l'usure ne devenait un délit que s'il y avait *habitude*. Par suite, un contrat isolé, portant stipulation d'un intérêt supérieur au taux conventionnel permis, était usuraire, mais n'était pas puni.

Cependant, depuis le décret-loi du 8 août 1935, l'intérêt conventionnel étant devenu légalement libre, l'usure ne consiste plus à prêter à titre *habituel* à un taux supérieur à la limite légale — celle-ci,

(49) Colin, Capitant et de la Morandière, t. II, N° 1227.

en fait, n'existant plus — mais à consentir un prêt conventionnel à un taux effectif, dépassant de plus de la moitié le taux moyen pratiqué dans les mêmes conditions par les prêteurs de bonne foi pour les opérations de crédit comportant les mêmes risques.

Il doit s'agir d'un prêt d'argent (Cass. 8 mars 1865, D.65.1.288). L'ancienne jurisprudence, qui reconnaît au juge le droit de vérifier si le contrat autrement dénommé (vente à réméré, par exemple) ne constitue pas un prêt, demeure en vigueur.

A la différence du régime antérieur, une seule opération de cette nature constitue l'usure punissable ; la condition d'habitude n'est plus requise. Cela, bien entendu, n'empêche pas la sanction civile de jouer. L'intérêt excessif, en pareil cas, est imputé de plein droit sur les intérêts échus s'il y en a encore d'impayés, et subsidiairement sur le capital. Tout ce qui a été perçu contrairement à la loi vient donc en déduction de la dette. Si les sommes ainsi touchées arrivent à dépasser tout ce qui est dû au créancier en capital et intérêts légitimes, ce qui se trouve en excédant pourra faire l'objet d'une action en répétition de la part du débiteur.

Sur le terrain du droit pénal, cette nouvelle conception française de l'usure, issue des décrets-lois de 1935, est plus heureuse et moins rigide que la précédente. Elle n'est pas rivée à un taux maximum fixé par la loi, mais elle est fonction d'un taux moyen variable avec les circonstances auxquelles il est adapté. De la sorte, elle rapproche le contrat usuraire du contrat lésionnaire, lequel se réalise toutes les fois qu'il y a disproportion entre les prestations et les contre-prestations convenues, c'est-à-dire toutes les fois que l'opération entreprise accuse un déséquilibre flagrant entre les engagements pris de part et d'autre, ainsi que cela ressortira mieux ci-après dans notre incursion à travers le droit étranger (50). Somme toute, pour caractériser l'usure, le décret-loi du 8 août 1935 procède à une comparaison entre deux chiffres : le taux effectif et le taux moyen d'intérêt. Il y a délit lorsque le taux effectif dépasse de plus de moitié le taux moyen.

Mais alors se pose la question de savoir comment et par quel moyen on arrivera à déterminer ce taux moyen, variable par définition.

Le taux moyen, qui est appelé à servir de terme de comparaison, doit s'appliquer à des opérations de crédit comportant des risques équivalents à ceux du prêt litigieux et effectuées par des prêteurs de bonne foi.

Ainsi, dans une espèce jugée dernièrement (51), le Tribunal correctionnel de Colmar a précisé que le prêteur n'encourait pas d'aléas importants étant donné la « surface » de ses clients. Et cette déci-

(50) V. Cass. crim. 18 octobre et 5 décembre 1946, note de M. Bruzin, S. 1948, I, p. 65 et s. ; Cass. crim. 1^{er} mars 1955, D. 1955, p. 348.

(51) Trib. corr. Colmar 12 juillet 1952, in J. C. P. 1952, N^o 7258, note Perron.

sion dénombre avec soin les ressources de ces derniers : créance substantielle à recouvrer, engagement d'une caution solvable, propriété d'immeubles. Le Tribunal recherche alors le taux moyen d'intérêt pratiqué pour des opérations exposant le créancier à des risques à peu près égaux, taux qu'il a fixé à 9 %.

Mais il va de soi que ces taux moyens n'ont rien de rigide ; ils peuvent varier du tout au tout suivant les conditions (de temps et de lieu) de l'opération entreprise, de ses particularités. C'est ainsi que, dans une autre affaire conclue pendant la période troublée de l'armistice, les juges du Tribunal de la Seine ont, eu égard aux dangers que courait l'argent avancé, relaxé un prévenu qui avait stipulé un taux d'intérêt de 40 % (52).

Quand on lit certains attendus de jugements rendus en la matière, on ne peut pas ne pas souligner, ce que nous développerons par la suite, que la réglementation moderne de l'usure évolue à peu près dans le sens de celle qui résulte du canon n° 1543 du code canonique et du canon 293 du code canonique oriental des biens. Pour montrer qu'en définitive le taux moyen dont parle le décret-loi de 1935 est en liaison étroite avec les conditions économiques, le Tribunal correctionnel de la Seine (5 mai 1942 précité) déclare en parlant des prêts incriminés : « Ces avances... ne peuvent être qualifiées de prêts usuraires, même s'appliquant à des valeurs dites de père de famille en temps normal, étant donné les circonstances profondément incertaines et risquées où les emprunteurs ont obtenu séance tenante un argent frais ardemment recherché, et qu'ils étaient dans la quasi-impossibilité, à l'époque, de se procurer ailleurs ».

En rapprochant maintenant le texte légal français d'aujourd'hui, explicité par la jurisprudence, de la teneur du canon 1543 de la législation canonique, ne voyons-nous pas une certaine concordance dans leurs vues respectives ? Alors que le décret-loi de 1935 n'avait pas encore paru, assouplissant les éléments constitutifs du délit d'usure, la loi sacrée avait déjà refusé de tenir pour usuraire toute opération dépassant le taux légal. Elle avait admis que l'intérêt convenu pouvait, dans certains cas, dépasser celui fixé par la loi, quand il y avait des raisons spéciales, des circonstances particulières (elles ne sont autres que celles énumérées dans l'attendu ci-dessus rappelé), qui justifiaient une telle majoration.

L'enjeu ici est une faute morale. C'est pour cela que les canonistes la trouvent réalisée quand l'intérêt perçu est manifestement exagéré, compte tenu du taux habituel admis et pratiqué pour des prêts comportant pour le prêteur les mêmes risques.

Si le législateur civil n'a voulu voir un délit dans le taux pra-

(52) Trib. corr. Seine, 13^e ch., 5 mai 1942, *Gaz. Pal.* 1942, 2, 134. En tout cas, la Cour de cassation de France, par un arrêt du 27 novembre 1952 a décidé dernièrement que la fixation du taux moyen de l'intérêt, dont parle le décret-loi de 1935, appartient souverainement et exclusivement au juge du fond (*Gaz. Pal.* N° 12-13, janvier 1953).

tiqué que lorsque celui-ci dépasse de moitié le taux considéré comme normal pour des opérations faisant courir les mêmes dangers, c'est qu'ici la question se pose en droit pénal et qu'un acte, si illégitime en soi, ne doit être incriminé que quand il entraîne un désordre grave et que la gravité de ce désordre nécessite elle-même une sanction appropriée : une peine, un châtement pénal. C'est pourquoi la justice vindicative n'intervient que si l'intérêt stipulé excède, de moitié, le taux en usage chez les prêteurs honnêtes et de bonne foi pour des prêts se présentant, du point de vue économique, dans les mêmes conditions. L'on voit par là que, pour se situer sur des plans différents, les deux disciplines se rejoignent cependant au fond, tout au moins quant aux motifs qui dictent leurs attitudes respectives en cette matière et à la structure de leurs conceptions.

Donc, après toutes ces considérations, quand on parle d'usure, en droit français, il ne s'agit plus, comme autrefois chez les canonistes du moyen âge ou chez les docteurs musulmans, d'une opération de prêt, peut-être unique, où un intérêt quelconque a été perçu, mais d'un contrat où l'intérêt a été excessif, dépassant avant le décret-loi du 8 août 1935 (modifié par le D.L. du 31 octobre 1935) le taux conventionnel permis, aujourd'hui supérieur de plus de moitié au taux moyen d'intérêt pratiqué dans la région (53). Encore faut-il aussi, ainsi que nous l'avons vu, que l'usure porte sur un prêt d'argent, et non sur des denrées fongibles spécifiées, et cela, à la différence de la conception islamique.

L'on sait déjà — et l'on s'est appesanti précédemment là-dessus — que la lésion, dans les codes de source germanique, consiste dans un déséquilibre évident, anormal, choquant, entre les prestations mises respectivement à la charge des parties, quand cette disproportion est accompagnée de fraude.

Il en est ainsi en Suisse et dans plusieurs autres pays. « De nos jours, écrit M. F. Clerc, l'usure consiste dans tout bénéfice injuste, perçu à propos d'un prêt d'argent et de toute chose consommable, ou d'un contrat plus ou moins analogue au prêt. Ceux qui ont pu écrire que la notion d'usure était inconnue du droit des obligations ne l'ont sans doute pas reconnue sous sa forme plus moderne et plus large : la lésion, disproportion choquante des obligations, résultant de l'exploitation du besoin, de la légèreté ou de l'inexpérience d'autrui... ». L'article 157 du Code pénal suisse qui réprime l'usure est, dans une large mesure, la sanction de la lésion (prévue à l'art. 21 du Code des Obligations) qui peut entacher d'autres engagements que celui du prêt d'argent » (54).

Dans ces conditions, tout homme en la personne de qui se réalisent les deux éléments de la lésion — l'élément objectif : déséqui-

(53) Cass. crim. 22 avril 1941, D. A. 1941, 71 ; Cass. 25 juin 1941, *Gaz. Pal.* 1941, 2, 385 ; Rousselle et Patin, *Précis de droit pénal spécial*, 1950, p. 514.

(54) François Clerc, *Cours élémentaire sur le Code pénal suisse*, 1943, *Partie spéciale*, t. 1^{er}, p. 149 et 150.

bre évident et anormal entre les prestations et l'élément subjectif : l'exploitation du besoin, de la légèreté ou de l'inexpérience de la victime — tombe sous le coup de la loi pénale suisse. L'article 157 suisse incrimine également l'usure lorsque l'exploitation est la conséquence d'un état de dépendance, de la faiblesse d'esprit ou du caractère de la victime; ainsi, pour ne pas perdre sa situation, un employé accepte son salaire sous la forme de marchandises sans valeur. Il n'est pas sans intérêt de signaler à ce propos que les sociologues chrétiens, notamment M. Garriguet, s'élèvent contre cette réduction injuste du salaire par le paiement sous forme de marchandises (55).

D'autre part, un prêt est considéré comme accordé à des conditions excessives à une personne lorsque l'on sait que l'emprunteur a la ferme intention de dissiper l'emprunt dans des futilités (56).

A côté de l'usure simple, que nous venons de décrire, la loi pénale suisse connaît une autre espèce d'usure, dite « *usure qualifiée* ». Ce délit se réalise quand il se joint à l'usure une circonstance aggravante énoncée par l'article 157 du Code pénal: le délinquant fait de l'usure son métier *habituel*. Ceci nous ramène à la conception française de l'usure, antérieure au décret-loi d'août 1935, qui exigeait alors cette condition d'habitude — avec cette différence cependant que les éléments de l'usure ne sont pas les mêmes dans l'un et l'autre codes. Serait ainsi « coupable d'usure qualifiée celui qui a conduit sciemment sa victime à la ruine » (art. 157 C. pén. suisse al. 2). Il n'est pas inutile de souligner, pour marquer la gravité de cette infraction, que la loi suisse la punit des peines prévues pour le vol : la réclusion pour cinq ans ou l'emprisonnement.

C'est le même point de vue en matière d'usure que nous retrouvons en Norvège. Le délit suppose l'existence des éléments de la lésion tels que nous les avons énumérés ci-dessus, mais l'article 295 du Code pénal norvégien ne punit cette infraction que d'une simple amende (57).

La loi pénale lettone se ressent de la conception suisse : « Qui-conque, dit l'article 568 du Code pénal letton, en vue d'obtenir un profit matériel en abusant de la détresse d'autrui, lui aura prêté des valeurs à des conditions démesurément onéreuses, sera puni, pour une telle usure, de l'emprisonnement.

« Si le coupable avait fait métier de l'usure, il sera puni de la maison de correction. »

Pour ce qui concerne le droit anglais, il convient de remarquer que le prêt d'argent a été toujours regardé avec méfiance par la common law primitive. « A dater du règne de Henri VIII, écrit Gutteridge, une série d'Acts du Parlement ont eu pour objet de régler le taux de l'intérêt. Ces Acts ont été abrogés en 1854 à raison

(55) Garriguet, *Manuel de sociologie*, p. 616 et 617.

(56) François Clerc, *op. cit.*, p. 151.

(57) *Semaine juridique internationale de Paris de 1937*, rapport de M. Arnholm, p. 101.

de la gêne qu'ils apportaient aux opérations commerciales de bonne foi. Mais l'abrogation encouragea l'avidité des usuriers à tel point que le législateur fut contraint d'intervenir.

« *Les Money-lenders Acts* de 1900 à 1927 permettent aujourd'hui aux tribunaux de réduire le taux d'intérêt à un montant raisonnable, eu égard à toutes les circonstances. » (58).

Quant au point de vue italien tel qu'il résulte du Code civil de 1912, il admet, à l'article 1282 — ce qui jure, on le conçoit, avec la conception aristotélicienne que l'argent par lui-même n'est pas frugifère — que toute créance liquide, exigible produit de plein droit un intérêt, à moins cependant que la loi n'en ait disposé autrement. L'article 1284 ajoute ensuite que le taux de l'intérêt légal est de 5 % l'an, sauf si les parties ont convenu par écrit d'un intérêt supérieur. Pour marquer le caractère onéreux du prêt à intérêt, du « *mutuum* », l'article 1815 spécifie que, sauf convention contraire, l'emprunteur doit payer des intérêts au prêteur.

Mais la liberté des parties de déterminer le taux des intérêts ne va pas sans limite, autrement le code aurait légitimé les pires abus. Comme du reste toutes les législations, la loi italienne interdit l'usure et même la punit pénalement. En effet, le Code pénal incrimine dans l'article 644 toute personne qui, « en profitant des besoins d'une personne, se fait donner ou promettre par elle, sous quelque forme que ce soit..., en échange d'une prestation d'argent ou d'une autre chose mobilière, des intérêts ou d'autres avantages usuraires ». La peine qu'encourt le coupable en pareil cas est celle de la réclusion jusqu'à deux ans et une amende de mille à vingt mille liras. Il est à remarquer ici que le Code pénal n'indique pas le taux au-dessus duquel l'intérêt serait usuraire.

Du reste, la loi civile elle-même, en déterminant le taux légal, a admis la possibilité, pour les parties, de le dépasser au besoin, pourvu que cela résulte d'un écrit. Ce taux conventionnel dépendra donc des circonstances de temps, de lieu, de personne, de risque, etc., et, en cela, ce point de vue rejoint la dernière conception française en matière d'usure.

Mais il ne faut pas croire ainsi que tombe sous le coup de la loi pénale « quiconque se fait donner ou promettre des intérêts usuraires ». Car toute convention usuraire n'est pas, en elle-même, une infraction; elle ne devient délit que si la personne a *exploité* l'état de besoin de l'emprunteur pour lui consentir un prêt à des conditions par trop onéreuses. Il y a là une notion d'abus inséparable du délit, notion que nous ne retrouvons guère dans le décret-loi français du 8 août 1935. Par contre, le code italien, comme le susdit décret-loi, ne considère pas l'habitude comme un élément nécessaire de l'infraction.

Enfin le Code des Obligations polonais, pour sa part, conserve —

(58) *Semaine juridique internationale de Paris de 1937*, rapport de Gutteridge, p. 35 et 36.

chose que n'a guère fait la loi italienne de 1942 -- le caractère non frugifère de l'argent dans son article 86, alinéa 1^{er}, qui est ainsi conçu : « Le créancier ne peut demander les intérêts sur les sommes d'argent qui lui sont dues que si cette faculté résulte du contrat, de l'usage ou de la loi. » Il ajoute ensuite, dans son alinéa 2 : « Lorsque les parties n'ont pas fixé le taux de l'intérêt, l'intérêt est dû au taux légal. »

Pour sanctionner tout abus qui pourrait se produire dans la fixation des intérêts conventionnels, le Code (59) a pris certaines dispositions spéciales : « Lorsque, dit-il, le taux de l'intérêt conventionnel excède de deux unités le taux actuel de l'intérêt légal et lorsque le créancier ne consent pas à ramener le taux de l'intérêt au niveau ci-dessus, le débiteur peut dénoncer la dette en observant un délai de dénonciation de six mois. Toute disposition contraire est nulle. »

IV. - L'usure en droit musulman : le « *riba* »

A. — LE « RIBA » (USURE), SON ACCEPTION, SES DIFFÉRENTES FORMES

Le « *riba* », c'est d'abord l'*excédent du capital prêté* sans que ce surplus (fruit ou intérêt) soit justifié par un avantage correspondant consenti au débiteur. C'est aussi une *différence de qualité* : si la qualité est meilleure que celle due. Il découlerait aussi d'*un avantage quant au temps du paiement* lorsque le créancier est remboursé de sa créance, maintenue telle quelle par le débiteur, avant la date de l'échéance.

En dehors de ces variétés, de ces formes, il y en a également d'autres, notamment celle qui consiste à obtenir une augmentation de la somme due du fait de la prolongation du délai de paiement. Par exemple, Primus doit 100 à Secundus, exigibles dans six mois. Arrive le terme; Primus ne peut payer; Secundus consent à prolonger l'échéance jusqu'à un an, à la condition qu'à cette date Primus lui paye 110 au lieu de 100.

C'est contre de telles pratiques que l'Islam a cherché à réagir.

Voici encore une autre opération entachée de « *riba* », en sens inverse que rapporte le « *muwatta'* » de Malek. Primus doit à Secundus 120 payables dans un an. Au bout de deux mois, il lui paie la somme entière. Le profit illégitime qui constitue le « *riba* » peut consister en un service que le débiteur rend au créancier. Par exemple quelqu'un a dit à un autre : « Achète cette marchandise pour notre compte commun entre toi et moi, paie-la comptant en mon lieu et place, et moi je te la revends. » Il n'est pas licite de tenir ce langage : « Paye-la comptant pour moi et moi je te la revendrai. » Ceci constitue, en fait, un prêt fait à condition que l'emprunteur revende la marchandise pour le compte du prêteur; le prêt n'est pas gratuit dans une telle hypothèse : il est partant interdit.

(59) Code des obligations polonais, art. 90.

Se trouve dans le même cas celui qui donne à titre de prêt une chose, une denrée, un objet précieux, etc., qu'il ne veut pas conserver par devers lui, de crainte qu'il ne se détériore, ou dépérisse, pour se le faire restituer quand le risque aura disparu. L'avantage que retire par là le prêteur fait que le contrat cesse d'être gratuit comme le veut la loi (60).

Comme l'ont fait remarquer les orientalistes et les islamisants, les affaires à terme avec paiement d'intérêt (*riba*) de même que les spéculations de toutes sortes constituaient un élément essentiel des échanges commerciaux qui étaient effectués à La Mecque, avant l'Islam (61). Il faut croire que les intérêts alors étaient excessifs, puisque deux sourates y font allusion (soura III, 130, et XXX, 39).

L'interdiction expresse du « *riba* » se trouve principalement dans la soura II (v. 275 à 280) : « Ceux qui exercent l'usure ne sortiront des tombeaux que comme des malheureux agités par le Démon, parce qu'ils ont dit qu'il n'y a pas de différence entre la vente et l'usure. Dieu a permis la vente et défendu l'usure. Celui à qui parviendra cet avertissement du Seigneur et qui renoncera au mal, recevra le pardon du passé, et le Ciel sera témoin de son action. Celui qui retournera au crime sera la proie d'un feu éternel; s'abstenant, celui-là conserve ce qui est arrivé une fois et son affaire est aux mains d'Allah, mais ceux qui récidivent, ce sont les gens de l'enfer, ils y resteront éternellement... Vous, croyants, redoutez Allah et renoncez au *riba*, si vous êtes croyants, mais si vous ne le faites pas, attendez-vous à la guerre d'Allah et de son envoyé. »

* * *

D'après certaines traditions, le « *riba* » serait un des péchés les plus graves; même la plus vénielle de ses nombreuses espèces est aussi grave que l'inceste. Tous ceux qui participent à une affaire de « *riba* » sont maudits; les coupables sont menacés de l'Enfer; différentes sortes de peines sont décrites, sur cette terre même; le bien provenant du « *riba* » ne prospère pas. L'on comprend alors que dans le « *Kanz* », el Zaïla'i ait pu dire, en se basant sur un hadith, que le fait pour un croyant de percevoir, en connaissance de cause, un dirhem (unité monétaire islamique) d'usure est plus coupable que trente-six adultères qu'il aurait pu commettre (62).

Les biens « *ribawi* », d'après un hadith, seraient au nombre de aussi au troc, à l'échange de certains biens dénommés « *bien ribawi* », c'est-à-dire pouvant se prêter à l'usure.

Les biens « *ribawi* », d'après un hadith, seraient au nombre de six : l'or, l'argent, le blé, l'orge, les dattes et le sel.

(60) Khalil XII, N° 3, Mudawana, IX, 133. D. Santillana, *Istituzioni di Diritto musulmano malichita*, t. II, p. 391.

(61) Schacht, *loc. cit.*

(62) El Zaïla'i, *Charh Kanz el Dakai'k*, t. IV, p. 85.

Les zâhirites, qui n'admettent pas l'analogie (« le *Kiyâs* ») comme une des sources de la loi musulmane, s'en tiennent strictement à ces six produits; mais les autres écoles juridiques considèrent que ces substances et objets désignés par la tradition sont des exemples, et que l'énumération n'est pas limitative, pour Malek en particulier (63). Mais elles diffèrent cependant les unes des autres dans la détermination de ces espèces et dans certaines nuances.

Ce que l'on remarque chez les Hanafites, c'est, en général, un certain formalisme. Le « *riba* », d'après eux, ne joue que s'il y a différence dans le mesurage (*Kâil*), et le poids (*wazn*). On doit échanger un bien de ces six espèces sus-indiquées, et d'après beaucoup un bien rentrant dans la catégorie des produits nécessaires à la subsistance de l'homme, contre une *quantité égale*, de la *même espèce*. Toute inégalité dans le poids ou dans le mesurage constitue l'usure interdite, comme aussi tout avantage, accordé à une partie, qui n'a pas son équivalent dans un avantage accordé à l'autre partenaire.

En général, les docteurs de l'Islam se montrent à cet égard très pointilleux; ils s'en tiennent à la parole sacrée du Prophète ou aux propos que lui prête la tradition. C'est là la source de l'interdiction du « *riba* ». Cependant, certains commentateurs, et des plus autorisés, se risquent — mais avec timidité — à donner à une telle prohibition un fondement rationnel. La condamnation du « *riba* » telle qu'elle est formulée, dit l'auteur du *Fath el Kadir*, a pour but de protéger les patrimoines des particuliers. C'est pourquoi, en cas d'identité du genre (*ittihad el Jinss*), l'on exige la stricte égalité quantitative. Car alors on est sûr qu'à chaque partie d'une prestation correspond une partie équivalente de la contre-prestation.

En cas de *différence* de genre (*ikhtilaf el Jinss*) il n'y a pas de « *riba* », car une telle équivalence n'est plus possible.

Si on n'exige pas la stricte égalité quant à la qualité de la marchandise (*ittihad el Jinss ma'ikhtilaf el soufa*), c'est qu'en fait certaines différences dans ce domaine sont inévitables. Prétendre pousser le rigorisme jusqu'à ces limites rend le commerce impossible (*sadd bab el Bia'ate*) (64).

Du reste, certains ont essayé de réagir contre cette intransigeance dans l'interprétation des textes. Contrairement à un sentiment généralement partagé, Abou Youssef aurait cherché à se départir des textes formels — tels que ceux qui disent que le « *riba* » suppose nécessairement des objets échangeables par la mesure (*Kâil*) et le poids (*Wazn*) — quand ces dispositions légales elles-mêmes ne font que consacrer l'usage (*'ourf*). Il s'ensuit que si ce qui a servi de base à la loi, l'usage a changé, par le fait même on pourrait tenir la loi elle-même pour caduque (65).

(63) *Fath el Kadir*, t. VI, p. 148.

(64) *Fath el Kadir*, t. VI, p. 150-151.

(65) Mikhail Boustani, *Marjal'el Toullab*, p. 343. Cet auteur appuie cette opinion sur un ouvrage de *fiqh* réputé : *Dorr el Mountaka*.

Les opérations commerciales qui recèlent le « *riba* » interdit sont :

1° Le contrat de change (*sarf*) dont parle du reste la *Majalla* dans son article 121. Il consiste en l'échange de la monnaie ou des métaux précieux (or et argent) ; il doit se faire par quantité égale, sans délai, de la main à la main (*Yaddan bi yad*). N'importe quelle différence dans la quantité et tout intervalle de temps entre une prestation ou l'autre rendent le contrat usuraire ;

2° Le transfert et la vente de certaines substances alimentaires : « Vous pourrez échanger, dit un hadith, le blé contre du blé, l'orge contre de l'orge, les dattes contre des dattes, le sel contre du sel, à la condition que ce qui est livré équivalle à ce qui est reçu en quantité et qualité, et que ceci se fasse instantanément. Tout délai entre une prestation et l'autre et toute différence entre la qualité et la quantité des produits, objet de la transaction, constitue l'usure. » (66).

3° L'usure peut se réaliser en cas d'« *iqalah* », c'est-à-dire de résolution d'un acte de consentement des parties. Il s'agit ici de la résolution d'une vente de denrées alimentaires ; le prix reçu par le vendeur et la marchandise livrée à l'acheteur doivent être restitués sans autre délai que celui nécessaire pour prendre la marchandise et apporter l'argent.

Autrement, il y aurait usure, si l'un, le vendeur, resté en la possession du prix, se faisait rétrocéder la chose aliénée, ou si l'acheteur, sans restituer l'objet vendu, se faisait rembourser le prix qu'il avait déjà versé. Dans chacune de ces hypothèses, il y a profit illégitime, donc « *riba* ».

4° Le « *tawliya* », qui est la cession à quelqu'un au prix auquel on les a acquises de denrées alimentaires. Le prix doit être payé au cessionnaire au moment même du contrat, ou au plus tard le jour d'après. Autrement l'opération deviendrait usuraire (67).

5° Le contrat dit de « *salam* » : c'est la vente à *terme* d'une quantité de produits déterminée au moyen d'un prix payable comptant. Ce paiement doit être effectué au moment de l'acte pour éviter la coïncidence de deux crédits : le crédit du vendeur qui ne reçoit son prix qu'après, et le crédit de l'acheteur quant à la réception de la chose vendue. Le droit musulman voit dans une telle coïncidence une forme d'usure.

Du reste, les législations qui ont maintenu cette variété de vente, le « *salam* », comme le Code des obligations marocain et le Code des obligations libanais, ont veillé à ce que la coexistence d'un double crédit (que répute comme usuraire le droit musulman) soit exclue de la nouvelle réglementation qu'ils ont faite de ce contrat. C'est ainsi que nous lisons, dans le Code libanais (68), que le « *salam* » est un contrat par lequel l'une des parties avance une somme déterminée en numéraire à l'autre partie, qui s'engage de son côté à livrer

(66) (67) V. Santillina, *op. cit.*, t. II, p. 65 et les références citées par lui.

(68) V. Code des obligations libanais, art. 487 ; v. aussi l'article 613 du Code des obligations marocain.

une quantité déterminée de denrées ou d'objets mobiliers dans un délai convenu. Il est spécifié ensuite à l'article 488 — et c'est là une exigence de source musulmane — que le prix doit être payé au vendeur intégralement, et dès la conclusion du contrat. Il y a là visiblement le souci d'éviter le paiement différé, qui aurait entaché ledit contrat d'usure.

B. — LES « HIYAL » (SUBTERFUGES) DÉGUISANT LE « RIBA. »

De telles prescriptions, aussi rigoureuses, étaient de nature à gêner le commerce. Déjà certains juristes musulmans nous l'avaient fait pressentir en attribuant, quelque peu timidement il est vrai, certaines limites aux restrictions légales en matière de « *riba* ». Mais la vie va plus vite que la loi, et il a fallu se plier quand même — fût-on croyant — aux nécessités économiques, surtout quand, le commerce se développant, le « *mutuum* » devait fatalement perdre, du moins en partie, ce caractère de gratuité qu'il possédait initialement aux époques de ferveur. L'entraide était alors de mise chez les fidèles de Mahomet, et passait à ce titre pour un devoir en quelque sorte religieux. Bien des « *hiyal* », des subterfuges, des échappatoires furent dans ce but imaginés pour éluder les préceptes de la loi en cette matière.

Toutes les législations ont du reste connu ces biais auxquels le prêteur romain a attaché à jamais son nom; le droit canonique les a également pratiqués dans une assez large mesure.

On ne s'étonnera donc pas que l'Islam ait songé à son tour à y recourir, pressé par les besoins du commerce.

Une règle légale, posée par la *Majalla*, ne dit-elle pas, en effet, que l'application de la loi peut varier avec le temps (69).

Du reste, le « *douroura* », l'état de nécessité rend licites, en droit musulman, beaucoup d'opérations prohibées (70).

Ce qui rendait de tels stratagèmes indispensables, c'est que le « *riba* » — cela a apparu nettement dans notre exposé — a une acception fort élastique. L'usure n'existe pas seulement quand, dans un prêt, on stipule en sa faveur la restitution d'une quantité, plus considérable que celle que l'on avait donnée, en « bien *ribawi* », qu'il s'agisse de numéraire ou de denrées, mais elle se réalise aussi toutes les fois que, dans une opération, un des contractants conserve un avantage quelconque qui ne se justifie pas par une prestation correspondante accordée à l'autre partie. C'est pourquoi la lettre de change (*sultaja*) est parfois même désapprouvée (il en est ainsi chez les Hanafites), parfois même formellement interdite comme c'est le cas chez les Châfiïtes, parce que son auteur qui joue le rôle de créancier parvient de la sorte à éviter le risque du transport. Mais cela

(69) V. art. 39 de la *Majalla*.

(70) V. les développements consacrés à ce sujet dans notre tome I de *Droit et morale*.

n'a pas pu empêcher, dit M. Schacht, la large diffusion de cette institution dans le moyen âge arabe et son influence sur le commerce d'argent européen.

Il serait bon de rappeler les plus patents de ces « *hiyal* », ceux qui se retrouvent dans les opérations suivantes : vente ou location avec faculté de rachat, la vente avec pacte de rachat, achat au comptant et revente à terme, double vente, etc.

1° *Vente ou location avec faculté de résolution* (Khiar ach chart) combiné avec le paiement anticipé du prix (71) : Ceci a trait à l'achat-vente ou à la location conditionnelle ; la condition résolutoire jointe au paiement immédiat du prix convenu est un mode assez courant pour cacher le prêt à intérêt ; en fait l'existence même du contrat étant en suspens (72), la somme payée se convertit facilement en un prêt quand la partie qui a stipulé la clause résolutoire ne se prévaut pas de l'annulation du contrat. Cette clause est tenue par les Malékites pour un motif de rescision (*fassad*) du contrat (73).

2° *Vente avec pacte de rachat* : On lit dans Ibn el Hajj, cité par Az-Zurqani (V, 87. Khalil 82 bis-84) ce qui suit : « Un abus est encore repandu de nos jours : une personne achète une maison pour mille dinars, avec pacte de rachat en faveur du vendeur, et la donne en location au vendeur même pour cent dinars avant d'avoir touché le prix de location et sans que le vendeur l'ait évacuée. Le vendeur continue à habiter la maison et à la posséder, et l'acheteur perçoit de lui la somme convenue entre eux comme loyer. Après un certain temps, l'acheteur encaisse la somme par lui payée comme prix et restitue la propriété au vendeur ».

Tout cela est illicite et masque une opération usuraire ; peu importe le nom donné à l'opération.

3° *La double vente* (*bayatani fi bay'ah*) (74) : Primus vend à Secundus un objet pour 400 dinars payables dans 3 mois, il le rachète ensuite du même Secundus pour 300 dinars payables au comptant ou à un terme plus court.

Secundus reçoit immédiatement le prix convenu de 300 dinars qui est en réalité la somme prêtée ; à la fin du trimestre, il paiera 400 dinars, ce qui est le prix de l'objet vendu, représentant le remboursement du prêt et en plus des intérêts.

C'est le contrat qu'au moyen âge les canonistes appellent « *contractus mohatrae* » (qui vient de l'arabe *muhatarah*). Les Arabes le dénomment « *inah* », qui est la vente de denrées ou d'autres marchandises avant que celles-ci n'aient été déjà en la possession du vendeur.

Ainsi chaque transaction dans laquelle une vente au comptant

(71) Khirchi V, p. 109.

(72) Khalil X. N. 94 ; Santillana, *op. cit.*, t. II, p. 393.

(73) Khalil X. n° 72.

(74) Khirchi V, 109 ; *Muwatta'*, t. III, p. 311.

se joint au rachat dudit objet à terme, de sorte que le vendeur reçoive à l'échéance plus qu'il n'a déboursé, est un prêt usuraire ou « *inah* ». Ce bénéfice provient soit de la différence de quantité, soit de la différence de qualité. Celui qui cède un objet de qualité inférieure pour recevoir un objet meilleur après un certain terme conclut un contrat de « *inah* », un prêt usuraire déguisé en une vente ou autre transaction.

Voici encore une autre forme de ce contrat : une personne a besoin d'argent ; elle promet cent écus à celui qui lui en donne quatre-vingts. Le capitaliste auquel elle s'adresse lui dit : je ne puis te donner quatre-vingts écus pour en recevoir par la suite cent, la loi le prohibe. Mais voici cet objet qui en vaut quatre-vingts, je te le vends pour cent, payables dans trois mois (v. Khalil X. N° 86). Ce contrat s'appelle « *inah* » : la doctrine malékite le tient pour répréhensible, sans toutefois l'annuler, bien qu'il constitue une forme larvée de prêt usuraire (75).

4° Une forme d'usure qui rappelle celle-là est le « *bay wa salaf* » (76). Elle consiste en deux opérations distinctes : un prêt gratuit qui est le contrat principal ; à l'échéance le débiteur paie la somme prêtée, et seulement celle-là, et l'opération ainsi conclue est légale. Pour obtenir le paiement des intérêts, on recourt à un second contrat : le créancier vend à son débiteur un objet quelconque de valeur minime, une plume, un encrier, etc. Et le débiteur paie comme prix de cet objet la somme représentant les intérêts convenus entre les parties ; généralement cette vente se fait avant le prêt, de façon à ce que le créancier reçoive les intérêts par anticipation.

Cette opération est controversée en droit hanafite : Abou Youssef la considère comme licite, Mohamed la réproouve, Ibn Youssef considère que c'est là une « *hila* » permise, tandis que les Malékites la condamnent.

5° Le contrat de commission peut couvrir facilement une opération usuraire (77). Le commissionnaire se charge de procurer la marchandise pour le compte des tiers, et vend quand même ce qu'il ne possède pas : le contrat est répréhensible, mais non illicite. Il est tout à fait interdit pour quelqu'un de dire à un autre : « Achète cette marchandise pour dix et paie la de ma part, moi je te la rachèterai à douze après trois mois ». L'opération est un contrat de commission seulement en apparence ; celui qui achète pour le compte du mandant lui prête la somme nécessaire pour l'acquisition de la marchandise et se fait rembourser ensuite une somme plus grande qui représente justement les intérêts. « Les deux sommes représentant l'excédent, écrit El Khirchi, constituent le bénéfice par anticipation du

(75) Santillana, *op. cit.*, p. 396.

(76) *Muwatta'* III, p. 306 ; Khirchi. V. p. 107.

(77) Khirchi V. p. 123 ; Khalil X n° 85-87 ; et *Muwatta'* III, 142. Dardir-Desouki III, 77. V. des développements au sujet de tous ces subterfuges dans Santillana, *op. cit.*, t. II, p 392 et s.

prêt fait par le commissionnaire et pour la cession de l'opération contractée dans l'intérêt du mandant. »

Ces biais, ces ruses, ou « *hiyal* » si abondants dans la littérature juridique de l'Islam, et que nous avons retrouvés au moyen âge pour tourner la loi prohibant le prêt à intérêt, peuvent s'autoriser d'un long passé. Nous avons déjà vu qu'en Babylonie, à l'époque de Hammurabi, le prêt à intérêt était tenu pour licite, mais que l'intérêt avait un taux limité. Pour couvrir des opérations usuraires, on recourait à des subterfuges qui pour n'être pas tout à fait analogues à ceux pratiqués au moyen âge, n'en constituaient pas moins cependant des fraudes à la loi. Voici les procédés qui étaient suivis dans ce dessein : 1° le prêteur après avoir reçu l'intérêt convenu prétend qu'on ne l'a pas payé ; 2° le prêteur, qui a reçu un acompte, s'abstient d'en donner quittance pour se réserver le droit de réclamer l'intérêt du montant primitif de la créance ; 3° le prêteur fait usage de faux poids et de fausses mesures, soit en livrant la quantité promise, soit en recevant le remboursement de la dette (78).

Du reste, même de nos jours dans les pays musulmans sous protectorat français comme au Maroc, dans une législation qui admet le prêt à intérêt, mais à la condition que l'intérêt ne dépasse pas le taux légal (9 % l'an) l'on a recours à des biais qui, pour n'être pas en tous points identiques à ceux en usage autrefois dans l'Islam ne tendent pas moins à tourner la loi. C'est ainsi que dernièrement la Cour d'appel de Rabat a déclaré nulle et de nul effet, comme contraire aux dispositions légales fixant un taux maximum des intérêts conventionnels, la clause insérée dans un contrat de prêt d'argent, selon laquelle, en cas de non remboursement du prêt à l'époque convenue, l'emprunteur devra régler au créancier une astreinte fixe par jour de retard dans le paiement, outre les intérêts conventionnels stipulés au contrat, cette clause ayant pour effet et pour résultat, même en dehors d'intention d'usure de la part du prêteur, d'attribuer à ce dernier des intérêts de retard dépassant le taux maximum établi par la loi sans qu'il y ait à justifier d'un préjudice spécial dû à la faute du débiteur outre que celui résultant du retard (79).

V. - Synthèse et appréciation critique de l'usure

Que nous est-il apparu de cette confrontation de doctrines en matière d'usure, poursuivie par nous à travers les particularismes du droit canonique, du droit musulman et des législations positives modernes comme anciennes ? Nous l'avons déjà assez marqué pour retourner de nouveau aux prises de positions respectives de ces trois sciences et aux arguments sur lesquels elles se fondent.

(78) E. Cuq, *op. cit.*, p. 269.

(79) Rabat, 8 décembre 1953 : *Gaz. trib. Maroc*, 25 avril 1954 : *Gaz. Pal.* 1954, p. 146.

Notre but est simplement d'aider le lecteur — qui nous a suivi à travers la diversité des conceptions, et le heurt, souvent apparent, des théories — à dégager de cet ensemble de systèmes, quelques fils directeurs, les notions fondamentales autour desquelles s'agglutinent, se ramassent une série d'argumentations, parfois ingénieuses.

Comme *prélude* à cette synthèse, il faut se souvenir, en situant ce sujet dans le temps, que le prêt — et c'est à son propos que la question de l'usure se pose — est rangé parmi les contrats autrefois considérés comme *gratuits*. Cela indépendamment des raisons spécifiques, qui lui sont propres et qui doivent le faire tenir pour tel.

Est-il nécessaire de rappeler que les contrats énumérés ci-après avaient autrefois ce caractère et que certains d'entre eux le conservent encore dans bien des codes. C'est ainsi que le mandat a été considéré pendant longtemps comme un office d'ami, qu'il en a été de même du dépôt qui participe du même esprit, que le cautionnement est, de son côté, un contrat à but altruiste ; « le *mutuum* », le prêt, d'autre part, était réputé, en droit romain, être un contrat de bienfaisance, ainsi que l'observe Cuq (80).

Ce n'est que plus tard quand l'économique a pris le dessus sur les considérations sentimentales, quand le droit a perdu cette sorte de spiritualité initiale propre aux siècles de ferveur, que ces contrats se sont en quelque sorte dénaturés, matérialisés. En une époque où le « *struggle for life* », toujours de plus en plus âpre, nous incite à monnayer ces actes — autrefois dûs uniquement à l'obligeance, à l'esprit de confraternité, de philanthropie — on ne s'étonnera pas que ces conventions n'aient pas conservé leur gratuité d'origine. C'est pourquoi, à la différence du Code Napoléon, les codes modernes ont tendance aujourd'hui à ne plus les tenir pour des contrats de caractère désintéressé. Toutefois, ils ont soin en le faisant de ne pas rompre trop violemment avec la tradition.

C'est ainsi que les codes civils allemand, suisse, chinois, brésilien, le projet franco-italien, le Code italien de 1942, le Code libanais (81) proclament la gratuité, en principe, du contrat de dépôt, mais ils admettent cependant que le dépositaire se fasse allouer par la personne qui lui confie l'objet une rémunération quelconque, et celle-ci peut parfois se déduire des circonstances.

D'autre part, le Code suisse des obligations et le Code libanais des obligations portent que la gratuité du mandat n'est pas présumée, qu'il y a lieu à rémunération dans certains cas, notamment lorsque, d'après l'usage, les actes qui font l'objet du mandat sont rétribués (82).

En ce qui concerne le prêt lui-même, le Code civil espagnol, de nos jours, reconnaît en principe sa gratuité. C'est ainsi que l'emprun-

(80) E. Cuq, *Manuel des institutions juridiques des Romains*, p. 430.

(81) C. civ. allemand, art. 689 ; C. suisse des obligations, art. 472, par. 2 ; C. civ. brésilien, art. 1265.

(82) C. libanais des obligations, art. 770 ; C. suisse des obligations, art. 389, al. 3.

teur est obligé de rendre une somme équivalente à la somme reçue suivant la valeur légale de la monnaie au moment du paiement. Les prêts ne produisent pas d'intérêts, si cela n'a pas été convenu entre parties par écrit (83).

Tout en faisant observer que la doctrine des moralistes chrétiens et celle des jurisconsultes musulmans tiennent aussi pour des conventions d'amitié des contrats de cette nature (84), voyons maintenant, sous cet éclairage, le *contrat de prêt*; dégageons-en la physionomie propre.

Il était estimé dans le temps jadis — nous le savons — comme un contrat à caractère désintéressé. Le droit canonique et l'Islam après lui, en particulier, lui ont conservé cet aspect altruiste que le droit moderne ne lui reconnaît plus aujourd'hui.

Il y a, tant du côté chrétien que du côté musulman, des textes sacrés sur lesquels nous nous sommes étendu, qui postulent la prohibition de l'intérêt dans le prêt, dans le « *mutuum* ». Il y a, aussi, cette considération initiale en droit canonique qui, à cet égard, lui vient d'Aristote, que l'argent ne fait pas de petits, que le contrat de prêt est, de soi, gratuit, et doit demeurer gratuit, qu'il n'y a pas possibilité — ainsi que nous l'avons vu — de dissocier l'argent, en lui-même consommable par l'emploi que l'on en fait, de son usage à proprement parler. De la sorte, on ne peut plus exiger la restitution de l'argent prêté, et stipuler en outre une rémunération pour l'usage qu'a pu en faire l'emprunteur, les deux opérations en fait se confondant. Autrement, il y aurait, du fait de l'intérêt consenti, un profit injustifié accordé à l'emprunteur. C'est la même idée que l'on retrouve, peut-être moins bien explicite, chez les jurisconsultes de l'Islam. Aucun d'eux n'admet que les denrées et espèces, au nombre de cinq que nous avons énumérées, qui auraient été prêtées puissent être restituées en une quantité de la même denrée ou espèce, supérieure à celle que l'autre partenaire avait reçue.

Mais ces théories, défendables à la rigueur sur le terrain de la logique pure — cela en dehors des références religieuses qui leur fournissent un puissant appui — ne se conçoivent que dans une société où l'argent — il s'agit surtout de lui — n'avait pas encore pris l'importance que nous lui connaissons de nos jours. C'est un lieu commun de rappeler qu'il est le nerf du commerce, que rien ne peut être tenté sans lui, qu'il est à la base de toute l'économie moderne et le principal facteur de sa prospérité. L'effort, si prodigieux qu'il soit, l'initiative la plus géniale seraient presque toujours, à eux seuls, improductifs et stériles si des capitaux suffisants n'étaient pas mis à la disposition des chefs d'entreprise avisés, des hommes d'affaires audacieux.

(83) Lévy-Ullmann et Mirkine-Guetzévitch, *La vie juridique des peuples, Espagne*, n° 31, p. 281-282.

(84) V. Cardahi, *Sentiment et droit*, p. 117 et s.

C'est pourquoi, par des moyens différents, et à la faveur de techniques dissemblables — mais qui partent d'un même esprit et poursuivent le même but — les moralistes chrétiens et les docteurs de l'Islam sont parvenus, en reconsidérant la situation à la lumière des besoins de la société et des nécessités économiques, à tolérer, même à approuver la rémunération du capital prêté.

Plus scientifiques et logiques sont les multiples raisons invoquées par les théologiens — dont certaines ont été mises en avant par saint Thomas lui-même — qui légitiment le principe de la perception d'un intérêt sur le capital prêté. Les motifs les plus ingénieux ont été invoqués et développés ; l'on a invoqué tour à tour, en guise de justification de l'intérêt — et toute perception d'intérêt était en principe tenue pour de l'usure —, le « *periculum sortis* », le danger de perte du capital prêté, le « *lucrum cessans* », le profit manqué qui serait payable à valoir sur le bénéfice que le prêt d'argent aura procuré à l'emprunteur, la « *peine conventionnelle* » en cas de non paiement à l'échéance, le « *titre légal* », puisque toutes les législations modernes agrément et permettent l'octroi d'une rémunération à l'argent prêté. Les moralistes contemporains ont parlé aussi de la multiplicité des causes ; l'on serait en droit de considérer aujourd'hui que le profit n'est pas le fait exclusif du travail fourni, mais qu'il a pour autre cause efficiente le capital avancé au chef d'entreprise, etc., etc.

Il n'est pas inutile de rapporter ici que, sans recourir à toutes ces considérations — abstraction faite cependant de la clause pénale, laquelle dans l'ancienne Chaldée autorisait la perception d'un intérêt dans les contrats de prêt gratuit —, il n'est pas superflu, disons-nous, de signaler à cet égard qu'au temps de Hammurabi la loi babylonienne sans se prévaloir des motifs extrinsèques mis en avant par les canonistes a admis pourtant — on l'a vu — la licéité de l'intérêt. Le législateur antique avait eu alors une vue exacte du rôle que joue le capital (argent comme denrées) en tant que facteur de richesse. C'est grâce aux denrées prêtées : blé, céréales, etc., par exemple, que l'emprunteur à la faveur de la productivité, de la fertilité du sol a pu obtenir de la nature plus qu'il n'a semé. L'on a trouvé ainsi légitime que le prêteur eût sa part dans cet accroissement auquel il a puissamment contribué.

Quoi qu'il en soit et indépendamment des raisons exposées par le droit d'autrefois, tous les procédés médiévaux, tous ces biais rationnels qui montrent à la fois la sagacité et la liberté d'allure de la dialectique canonique — laquelle en deçà des principes fondamentaux réussit à s'adapter sans se renier toutefois — ont trouvé leur expression et leur formule définitive dans le canon 1543 du *Corpus Juris Canonici*. Cette disposition ne répudie pas la prise de position d'autrefois en matière de « *mutuum* », mais admet cependant la légitimité de la perception d'un intérêt modéré sur le capital quand la loi civile de son côté le permet. Et cet intérêt peut même dépasser celui prévu par la loi s'il y a en l'espèce des motifs « proportionnés » jus-

tifiant une telle augmentation. Le titre légal est donc pris en considération sans que toutefois l'on soit strictement rivié à lui. Il y a, en effet, des circonstances où le taux fixé par le législateur pourrait s'avérer insuffisant. C'est pourquoi, du reste, la loi française n'en établit pas en matière commerciale, et, en matière civile, après avoir déterminé le montant de l'intérêt maximum à percevoir, elle a jugé à propos d'en suspendre provisoirement l'application le 18 avril 1918, et ce provisoire dure jusqu'aujourd'hui, ce qui fait, en somme, que l'usure, entendue aujourd'hui *stricto sensu* par le droit canonique, c'est-à-dire dans le sens de l'octroi au prêteur d'un intérêt excessif, ne s'éloigne pas beaucoup de la conception -- nous l'avons démontré ci-dessus -- de la loi positive française. D'autre part, les données de la morale, non seulement ne s'opposent plus à la réglementation légale de l'usure *lato sensu* telle qu'elle nous apparaît dans la plupart des codes modernes, mais aussi elles semblent s'harmoniser parfaitement avec elle, se concilier presque à tous égards avec ses directives. La preuve en est facile. Le droit contemporain et en particulier les codes allemand, suisse, polonais, libanais, égyptien, etc., on le sait déjà, ont considéré comme usure — et c'est là le concept élargi de cette notion — la lésion dans les contrats résultant de l'exploitation par une partie de la gêne, de la légèreté ou de l'inexpérience de son cocontractant.

Mais bien avant lui, les canonistes du moyen âge avaient réprouvé de tels agissements, inopérants au regard du for interne, en tant qu'ils s'écartent du « juste contrat ». « Juste prix », « juste contrat », « juste salaire », dont la méconnaissance crée l'usure au sens étendu du mot, souvent accouplée de « dol », mais ce sont là des notions d'ordre spécifiquement éthiques qu'évoquent, du reste, de multiples encycliques, notamment celles de Léon XIII, *De Rerum novarum* et de Pie XI, *Quadragesimo anno*. On pourrait donc conclure que, sous cet angle en particulier, les normes de la morale et celles du droit positif sont en pleine concordance.

Cette étude, assez poussée, de l'usure dans les trois disciplines nous a révélé aussi, non seulement une certaine unité de vue en cette matière malgré des antinomies apparentes entre le droit civil moderne et les règles canoniques, mais elle nous a montré également que, par certains côtés, les législations confessionnelles se rapprochent entre elles et se rejoignent souvent. Cela, tant pour condamner en principe l'usure que pour atténuer, après coup, la portée de cette réprobation, quand toutefois les nécessités économiques et les besoins pressants du commerce l'exigent. Nous avons vu, en effet -- le prêteur romain a fait école -- à la fois les canonistes et les docteurs de l'Islam admettre la licéité de certaines conventions.

Dans l'intérêt de la cité et pour pourvoir à l'équipement des entreprises qui se seraient étiolées sans l'apport des capitaux, il a fallu recourir à des subterfuges, à des contrats rétribuant par voie indirecte, d'une façon déguisée, l'argent prêté.

De la sorte, les prohibitions religieuses de l'Islam ont été tour-

nées, et, du coup, le capital devenant en fait frugifère, il a apparu aux canonistes de cette époque que la conception aristotélicienne qu'avait adoptée le Docteur Angélique n'était pas à ce point absolue pour ne pas se prêter à certains assouplissements. Le même phénomène s'est produit aussi chez les jurisconsultes de l'Islam.

Par des méthodes parfois différentes, la théologie chrétienne et le « *fiqh* » musulman ont abouti souvent à des solutions identiques. Le procédé canonique est plus scientifique que celui des glossateurs musulmans ; c'est la raison raisonnante qui parvient chez les moralistes à dégager le véritable caractère d'une prohibition, ce qui a permis à ces derniers, à la faveur de l'équité, d'en atténuer les conséquences, même parfois d'éluder totalement celles-ci.

En effet, il leur est apparu que les motifs qui ont fait interdire l'intérêt ne pouvaient plus subsister dans une société où l'argent était devenu le pivot de toutes les transactions, le travail, souvent, étant à lui seul improductif et insuffisant.

Cette manière d'agir s'apparente à celle des juristes modernes qui, pour leur part, font plier la loi stricte devant des considérations de justice ou d'opportunité, toutes les fois que son application rigoureuse risque d'entraîner une iniquité.

La technique musulmane, en général, en vue d'adoucir la rigueur de la loi sacrée, est moins savante, quoiqu'elle soit cependant inspirée par le même esprit. Elle opère à coup de ruses, de stratagèmes. L'astuce juridique, facilement démasquée et qui parfois s'affiche franchement, reçoit, de la sorte, droit de cité -- du moins chez les hanafites. On sent que l'interdiction du « *riba* » ne cadre plus avec les besoins du temps. La société islamique voulait des capitaux pour prospérer et aller de l'avant. Et comment encourager ceux-ci à s'investir dans des opérations lucratives, si celui qui les fournit et qui, de ce chef, se prive de bénéfices futurs, n'est pas à son tour rémunéré en conséquence. Le « *fiqh* », malgré son attachement profond à la loi sacrée qui honnit le « *riba* » et le punit en ce monde et dans l'autre, a senti la nécessité de se départir des injonctions religieuses. Les contraintes confessionnelles ont été ainsi desserrées. Et pour arriver à ce résultat les juristes, surtout ceux du rite hanafite, ont accredité des subterfuges, des « *hiyal* » qui, quoique tenus pour tels, ont été cependant considérés, souvent, comme licites. Ils violaient pourtant, d'une façon flagrante, la loi formelle.

Du reste, le grand orientaliste Gaudefroy Demombynes signale que le contrat « *mohatra* » a été admis par la doctrine musulmane. Et il ajoute : « Dans la pratique, il fallut bien se contenter d'oublier les prescriptions coraniques, et l'omission fut aisée aux banquiers juifs qui centralisaient les affaires à Bagdad et aux marchands chrétiens qui avaient en mains tout le commerce extérieur.

« La lettre de change et le billet à ordre qui tombaient sous la condamnation de la doctrine étaient en usage d'un bout à l'autre du monde musulman. » (85).

(85) Gaudefroy Demombynes, *Les institutions de l'Islam*, p. 195.

Il n'est pas inutile de signaler aussi à cette occasion un troisième aspect du problème concernant cette fois l'emprunteur lui-même, car il y a ici également de ce chef matière à comparaison et à des déductions intéressantes.

La personne qui emprunte à un taux usuraire — il s'agit ici de l'emprunteur et non du prêteur — pèche-t-elle au regard des morales confessionnelles ?

Sur ce point les manières de voir des canonistes et des juristes de l'Islam sont à peu près identiques.

La théologie catholique raisonne ainsi : quand un individu emprunte à un taux excessif, si de ce fait il lèse ses intérêts, il ne commet pas cependant une injustice, car on ne peut pas pécher par injustice contre ses propres droits (86). Tel était aussi le sentiment d'Aristote à cet égard. Et saint Thomas d'ajouter que « l'emprunteur qui accepte l'argent d'un prêt à intérêt ne consent pas au péché du prêteur, mais il s'en sert. Ce qui lui agrée, ce n'est pas la stipulation des intérêts, mais le prêt qui est en lui-même un bien » (87).

Il n'y a pas non plus de sa part une coopération à la faute d'autrui. On ne peut pas soutenir qu'il a été pour le prochain « l'occasion de commettre un péché ». Saint Thomas est catégorique à cet égard. « Celui qui emprunte avec stipulation d'intérêts — les moralistes d'aujourd'hui diront avec une stipulation d'intérêts immodérés, excessifs — ne donne pas au prêteur l'occasion de percevoir des intérêts, mais seulement de prêter ; c'est le prêteur à intérêt lui-même qui de là prend occasion de pécher à cause de la malice de son cœur... Or, un homme n'est pas obligé de s'abstenir de solliciter un prêt, s'il est dans le besoin, à cause de ce scandale passif, puisque ce scandale ne provient pas de la faiblesse ou de l'ignorance, mais de la malice » (88).

Cependant, la défense des bonnes mœurs et la charité devraient pousser l'emprunteur, enseignent les théologiens, à ne demander ce prêt usuraire que s'il en avait un pressant besoin.

Afin de ne pas fournir au prêteur l'occasion de commettre un péché, l'esprit chrétien voudrait pour que l'acte soit entièrement licite qu'il eût, en ce cas, une raison proportionnée, grave en matière grave, « justifiant de la sorte sa démarche auprès de l'usurier » (89).

Le point de vue musulman, pour se placer sur un autre angle, ne diffère pas trop de celui que nous venons d'exposer. C'est à la notion force de « l'état de nécessité » dont l'Islam fait un ample usage, que les jurisconsultes et docteurs de la loi ont recours pour légitimer l'acte de l'emprunteur, qui sollicite un prêt entaché de « *riba* ». Ibn Nugaym admet que celui qui est dans le besoin, celui qui est dans la gêne puisse emprunter avec intérêt. Ce raisonnement n'est pas tota-

(86) Vittrant, *op. cit.*, n° 332.

(87) Saint Thomas, quest. 78, art. 4 ad. primum.

(88) Saint Thomas, quest. 98, art. 4 ad. secundum.

(89) Vittrant, *op. cit.*, n° 332.

lement étranger à celui du Docteur Angélique qui, ainsi qu'on l'a vu, ne fait pas grief à celui qui est dans le besoin, « *si indigeat* », de profiter d'un prêt à intérêt.

Mais ici les jurisconsultes musulmans ajoutent que l'acte est cependant « blâmable » ; quoi qu'il en soit il demeure licite.

*
*
*

L'on peut donc dire que :

1° Quant à « l'usure » *stricto sensu*, entendue dans le sens de l'attribution d'un intérêt au capital prêté, les trois disciplines que nous avons interrogées à cet égard : le droit canonique, le droit moderne et la législation islamique, malgré des antinomies apparemment flagrantes, aboutissent finalement à des solutions qui sont loin d'être incompatibles ensemble. La perception d'un intérêt, dans le « *mutuum* », n'est plus dans aucune de ces sciences considérée, de nos jours, comme illicite. Cependant, les moyens techniques, qui permettent aux moralistes chrétiens et aux jurisconsultes de l'Islam, de rejoindre sur ce terrain la loi civile comme la loi antique, en particulier celle de Babylone, ne sont pas les mêmes.

Malgré leurs prises de position initiales, toutes favorables à la gratuité du prêt, ces procédés juridiques accusent entre eux une certaine disparité ; ils ne partent pas de principes semblables. Pour l'Islam hanafite, la forme emporte le fond, la lettre ne « tue » plus, quand bien même elle trahirait l'esprit de la loi. Pour les moralistes chrétiens, ce sont des arguments rationnels qui sont seuls invoqués pour justifier l'assouplissement de l'interdiction, ce qui est une méthode plus logique, analogue à celle que suit la science juridique contemporaine.

2° S'agit-il de l'usure *lato sensu*, c'est-à-dire celle résultant d'une lésion consécutive à un déséquilibre choquant et anormal dans les prestations, qui derive lui-même de l'exploitation par un contractant du besoin, de la légèreté ou de l'inexpérience de son partenaire, en pareil cas, l'on peut dire que la morale chrétienne a donné le ton aux dispositions de sources germanique et suisse qui sanctionnent sévèrement de tels actes. C'est le « *juste contrat* » qui est ainsi tenu en honneur et sanctionné. S'il y a sous ce rapport pleine uniformité de vue entre l'éthique et le droit moderne, on peut ajouter qu'il n'y a pas non plus antagonisme entre les normes légales et celles du droit musulman. En effet, celui-ci, sans avoir prévu nommément le cas, n'admet pas — quand on fait appel aux principes généraux qu'il pose —, que l'on puisse impunément léser autrui par des moyens répréhensibles, et réproouve en même temps toute opération entachée de tels vices.

3° Les moralistes et les docteurs de l'Islam sont d'accord, pour des motifs à peu près identiques, pour ne pas imputer une faute morale, un péché à celui qui, dans le besoin, sollicite ou accepte un prêt usuraire.