

TRAVAUX  
COMMISSION DE CODIFICATION DES LOIS TUNISIENNES

---

FASCICULE I.

---

LIVRE I

---

DES OBLIGATIONS EN GENERAL  
CODE CIVIL ET COMMERCIAL TUNISIEN

---

AVANT-PROJET DISCUTÉ ET ADOPTÉ

AU RAPPORT DE

M. D. SANTILLANA

MEMBRE DE LA COMMISSION



TUNIS

J. PICARD ET Cie, RUE AL-DJAZIRA

1899

## **AVERTISSEMENT**

Les services de la photocopie et de la reliure de la faculté des Sciences juridiques Politiques et sociales de Tunis II avertissent le lecteur que , pour des nécessités techniques, l'avant-projet du code civil et commercial tunisien, à été relié en deux volumes au lieu d'un seul , correspondant le premier, au livre I relatif aux obligations en général, et le second, au livre II relatif aux différents contrats déterminés et des quasi-contrats qui s'y rattachent .

Tunis Août 1993

II 2 19  
262

# COMMISSION DE CODIFICATION DES LOIS TUNISIENNES

INSTITUÉE PAR

M. RENÉ MILLET

RÉSIDENT GÉNÉRAL

de la République Française à Tunis



La Commission de Codification des lois tunisiennes se compose de :

MM. ROY\*, CONSUL DE FRANCE DE 1<sup>re</sup> CLASSE, Secrétaire général du Gouvernement tunisien; *Président de la Commission*;

PADOUX, CONSUL DE FRANCE DE 2<sup>e</sup> CLASSE, Adjoint au Secrétaire général du Gouvernement tunisien;

BERGE, PRÉSIDENT DE TRIBUNAL DE 1<sup>re</sup> CLASSE, Directeur des Services judiciaires du Gouvernement tunisien;

ANTERRIEU, JUGE AU TRIBUNAL DE TUNIS, PRÉSIDENT DU TRIBUNAL MIXTE IMMOBILIER DE TUNISIE;

SANTILLANA, AVOCAT.



# AVANT-PROPOS

## I

La Commission constituée le 6 septembre 1896 a été chargée de codifier la législation civile, commerciale et pénale de la Tunisie sur le type des Codes français. D'après son acte constitutif, elle avait une double tâche à remplir. Elle devait en premier lieu réunir, classer et choisir dans la législation française les matériaux susceptibles de servir à l'œuvre définitive de codification, en laissant de côté, toutefois, les matières relevant soit du statut personnel, soit du régime de la propriété foncière. Elle avait à rechercher, d'autre part, dans la jurisprudence musulmane, et dans la législation tunisienne, tout ce qui pouvait être utilisé au point de vue, soit des principes de droit moderne, soit des conditions actuelles de la société indigène.

Un projet préliminaire de Code civil et commercial a été établi en 1897 par M. Santillana ; il a été soumis à un examen attentif de la Sous-Commission qui, pendant le printemps et l'été de 1898, y a consacré plus de trente séances. Elle a confié à son rapporteur, M. D. Santillana, le soin d'établir le texte d'un avant-projet destiné à servir de base aux délibérations d'une commission spéciale plus étendue. C'est cette nouvelle rédaction qu'on présente ici ; les notes aussi bien que le texte de ce projet sont l'œuvre du rapporteur.

## II

La Sous-Commission a estimé qu'elle ne devait pas se renfermer exclusivement dans le cadre du droit français. Partout où elle l'a jugé utile, elle a complété ou modifié le droit français par ce qu'on peut désormais appeler le droit européen.

La tendance à constituer un droit commun aux nations européennes se fait jour en effet, et s'accroît de plus en plus. Sous l'action des grands courants qui dominent la vie moderne, les législations particulières sortent de leur isolement, se font des emprunts de plus en plus nombreux. La législation sur les lettres de change, sur les faillites, sur les transports, celle des sociétés, le droit maritime, les principes généraux des obligations, présentent une uniformité croissante, et obéissent aux mêmes idées générales.

Il était impossible de ne pas tenir compte de ce grand mouvement d'idées qui entraîne l'Europe vers l'unité du droit, pas plus que de négliger les travaux législatifs, très considérables, qui, pour ne parler que de quelques-uns, ont produit récemment le Code fédéral des obligations, le Code de commerce italien, le Code civil et commercial allemand, les différentes lois anglaises en matière industrielle et commerciale. Les renvois à ces législations, au bas de chaque article du projet, indiquent dans quelle mesure on s'est écarté du droit français tel qu'il est dans les Codes. Les renvois à la Jurisprudence et à la Doctrine, montreront, d'autre part, que ces dérogations au droit codifié étaient depuis longtemps réclamées par la science française. On s'est borné en général à quelques auteurs des plus autorisés ; et pour la jurisprudence, à celle de la Cour de Cassation. Il n'a été fait d'exceptions que pour la Cour d'Alger et le Tribunal de Tunis, pour des raisons faciles à comprendre.

Ces renvois à la doctrine sont nécessairement sommaires ; on s'est proposé, non de dresser une bibliographie complète, mais seulement de faciliter les recherches de la Commission plénière, en lui offrant les moyens de retrouver rapidement les autres sources à consulter sur chaque

question particulière, et de se rendre compte des motifs qui ont décidé la Commission à adopter certaines solutions, à en écarter d'autres.

La Commission n'a certes pas la prétention d'avoir toujours trouvé la solution juste, dans ces questions si difficiles et si controversées du Droit civil. Ses propositions sont trop souvent, sans doute, insuffisantes ou contestables; elle devait montrer du moins qu'elle n'a pas passé à côté des controverses sans les voir, et c'est là tout ce qui est nécessaire à la revision sérieuse et approfondie dont notre travail, — nul n'en a le sentiment plus que nous, — a si grand besoin.

### III

La partie de ce travail qui a pour objet le Droit musulman présentait des difficultés spéciales. D'après une opinion fort répandue, il serait chimérique d'essayer une conciliation entre notre droit et les doctrines de l'Islam. Ensermé dans le cadre rigide du dogme, le système musulman serait, dit-on, irréductible à nos formules, hostile à nos idées, absolument incapable de transformation et de progrès par sa nature propre, qui est d'être une Loi religieuse.

On fait ordinairement, en ces matières, une confusion entre deux ordres d'idées très différents. Comme le Christianisme, comme toute religion, l'Islam a des dogmes qu'il n'est permis ni de discuter, ni de changer. Mais il serait tout aussi injuste de l'accuser d'immobilité, que d'en accuser le Christianisme, si merveilleusement adapté, dans l'ordre temporel, à s'accommoder aux circonstances les plus diverses. Il y a, dans tout grand système religieux, autre chose que des dogmes, et Saint Thomas a pu dire avec beaucoup de vérité: « Le bien commun, fin de la Loi, s'étend à beaucoup d'objets différents, suivant les personnes, les circonstances et les temps. » (1<sup>a</sup> 2<sup>ae</sup>, qu. 25, art. 2).

Les théoriciens de l'Islam ont vu, et très bien vu, ces distinctions nécessaires: la doctrine politique d'Aristote, combinée avec le principe de la Révélation, a produit chez les Arabes un système qui offre, avec les idées politiques du Christianisme médiéval, de curieuses et assez naturelles analogies. On nous permettra d'y insister.

La Société est un fait nécessaire, car l'homme est un animal politique, car ses forces sont limitées et ses besoins multiples<sup>(1)</sup>. Il ne peut donc vivre sans l'aide de ses semblables; ainsi la Société se constitue et se maintient par l'instinct naturel de l'homme et par la division du travail social. La propriété se constitue par l'occupation<sup>(2)</sup>; de l'occupation et de la division du travail viennent les échanges<sup>(3)</sup>, et des échanges des rapports de plus en plus fréquents entre les hommes qui resserrent le lien social et forment la matière du Droit<sup>(4)</sup>.

Une société véritable, un peuple, ce n'est donc pas un ramassis d'individus, c'est une multitude réunie en vue d'une fin commune, une association dont les membres s'entraident et se soutiennent dans l'intérêt de tous<sup>(5)</sup>.

---

(1) « L'homme, être naturellement faible, est obligé pour vivre de se procurer, par son industrie, la nourriture, les vêtements et l'habitation. Ce résultat est obtenu par l'association et l'aide mutuelle.... *Medjella*, art. 1. » — cf. ARISTOTE, *Polit.* I. 8, 9, 12, et le *de Regimine Princ.* de Saint Thomas, II, 2.

(2) HAMAOUÏ, sur IBN NADJIM, II, 202 et note 5.

(3) ARISTOTE, *Eth. Nicom.*, V, 5. *Polit.* I. 3. — DIGESTE, XVIII, I, 1 pr.

(4) *Radd-el-Mehtar*, IV, 1.

(5) « EL KAFFAL dit: le peuple (*oumma*) ce sont les hommes réunis dans la poursuite d'une fin unique, et qui se dirigent les uns les autres; ce mot (*oumma*) vient de *ûimâm* (se diriger, se conduire) » RAZY, *Comment. sur le Koran*, II, 303. — cf. sur toute cette partie: IBN KHALDOUN, I, 89, 291, 380.

De la nature et de la fin de la société viennent la nature et la fin de l'Etat ; il faut aux hommes réunis un pouvoir central, modérateur et régulateur, qui empêche les convoitises et les passions individuelles de se donner libre carrière et qui assure l'unité sociale. « Le pouvoir de toute autorité se fonde sur l'utilité générale ». (1) Sans doute, toute puissance vient de Dieu (2), elle se constitue et se maintient par la volonté de Dieu, même celle du tyran, même celle de l'usurpateur (3). Mais au point de vue du droit, le pouvoir tire sa légitimité de sa fonction : il se fonde sur cette règle essentielle à toute société : « tout dommage injuste doit être supprimé » (4). L'autorité, c'est-à-dire le pouvoir de se substituer à la volonté d'autrui, n'a point d'autre justification en droit que le bien de celui qu'elle régit (5).

Ce bien est double, comme la fin de l'homme lui-même : l'Etat a une fonction matérielle et une fonction morale ; gouverner « c'est conduire les âmes au bien en ce monde, et au salut dans l'autre » (6).

Cette fin, l'Etat la réalise au moyen de la loi : la loi est un fait qui dérive de la société, et qui est aussi nécessaire que celle-ci : dès qu'il y a des hommes réunis, il leur faut une règle : cette règle, c'est la loi, qui prévient et réprime les conflits des égoïsmes naturels (7). De là vient aussi la légitimité et la nécessité des fonctions judiciaires : « Les hommes ne sauraient se passer les uns des autres dans ce qui est nécessaire à la vie ; ils sont, par exemple, boulangers, meuniers, cultivateurs, et il surgit entr'eux, nécessairement, des contestations ; il a donc fallu quelqu'un qui tranchât ces différends, et que ce quelqu'un fût établi par l'autorité du chef de l'Etat » (8).

Il y a bien eu un moment, à l'origine de l'histoire, où les hommes « ne formaient qu'un seul peuple » (9) ; ignorant le mal, ils vivaient dans une paisible et innocente anarchie, dans une sorte d'islamisme primitif, et suivant les préceptes d'une loi naturelle, ou loi de raison (*chariâ-âklyâ*). Cet âge d'or finit avec le premier crime, celui de Caïn ; les passions des hommes, leur cupidité,

---

(1) IBN NADJIM, I, 157, 158. — *Medjella*, art. 58 ; application au pouvoir du juge : IBN NADJIM, I, 118, 159. — cf. SAINT-THOMAS, 1<sup>a</sup>, 2<sup>ae</sup>, qu. 96, a, 4. « La vie sociale est impossible sans une autorité qui ait pour but le bien commun, car plusieurs hommes par eux-mêmes tendent à des biens différents, mais un seul principe tend à un terme. »

(2) *Koran*, III, 25.

(3) Voir à ce sujet : RAZY, Comment. II, 640, 641. D'après les *Motazérites*, le pouvoir juste serait seul d'origine divine.

(4) IBN NADJIM, I, 118.

(5) L'autorité (*wilâya*) c'est « le pouvoir d'agir pour autrui, qu'il le veuille ou non » : HAMAOUÏ, I, 194 ; tel est le pouvoir du souverain, du père, du tuteur. — cf. DIGESTE, L, 16, 215. « *Potestatis verbo plura significantur, in persona magistratum, imperium ; in persona liberorum, patria potestas ; in persona servi, dominium.* » Application au pouvoir du juge. « La volonté du juge remplace celle de la partie condamnée, en vertu de l'autorité dont le juge est investi. » HAMAOUÏ, II, 42. — cf. VIII, 23, 1, et comparer la doctrine catholique dans SUAREZ, *De Legibus*, III, ch. 1-2.

(6) *Eddor-el-Mokhtar*, III, 203, 204. MAWARDÏ, p. 3. IBN SALMOUN, ap. TAOUÏ, I, 17, arg. *Koran*, 51, 56. — cf. ARISTOTE, *Polit.* I, 1 ; IV (7) ch. 1 et 8 (édition SAINT HILAIRE), et la doctrine de tout le moyen âge (p. ex. DANTE, *De Monarchia*, III, 167) qu'on retrouve dans l'Encyclique *Diuturnum*, § *Etsi homo arrogantia* : « L'autorité, dit Léon XIII, est le principe qui dirige les sociétés dans la poursuite de la fin pour laquelle elle existe. »

(7) HAMAOUÏ sur IBN NADJIM, I, 97. « Comme tout homme désire ce qui lui est facile et agréable, et cherche à éviter ce qui lui est pénible, il a été nécessaire d'établir des lois propres à maintenir l'ordre et la justice... » *Medjella*, art. 1.

(8) TASOULI et TAOUÏ, I, 15, 16.

(9) *Koran*, II, 209.

prirent le dessus, et amenèrent le désordre, la perte de la vraie foi, et l'introduction des lois particulières<sup>(1)</sup>.

Le but de la Loi, c'est donc l'utilité sociale. Elle doit, comme l'Etat dont elle est l'expression, « supprimer le mal, et promouvoir le bien »<sup>(2)</sup>.

Cette fonction sociale et morale, la Loi l'accomplit en empêchant les hommes de réaliser un avantage indu aux dépens l'un de l'autre. C'est ce qu'on appelle dans le langage technique du droit musulman un dommage, *dharar* (*damnum injuriâ datum*). Telle est l'essence de la justice (*âdl*) et la fonction essentielle du juge. « L'office du juge, c'est de faire cesser tout dommage injuste »<sup>(3)</sup> car la justice consiste essentiellement dans la réciprocité.

De là viennent les deux principes fondamentaux du droit civil musulman : l'égalité et la bonne foi.

1<sup>o</sup> l'égalité de tous les Musulmans. « Le blanc n'est pas au-dessus du noir, le noir n'est pas au-dessus du jaune, les hommes sont tous égaux devant leur créateur », a dit le Prophète.

Egaux devant Dieu, membres d'une grande famille où il n'y a ni noble ni vilain, mais des Fidèles<sup>(4)</sup>, les Musulmans sont égaux devant la Loi civile. « En fait de droit, la Loi est égale pour tous, et elle ne fait acception ni de libre, ni d'esclave, ni de noble, ni de vilain », dit Zarkani<sup>(5)</sup>.

2<sup>o</sup> cette loi, égale pour tous, se fonde essentiellement sur la bonne foi<sup>(6)</sup>. « Les Musulmans doivent garder leurs conventions »<sup>(7)</sup>. « Nul ne peut profiter de ce qui est à un autre Musulman si le maître n'y consent »<sup>(8)</sup>. « Soyez probes envers qui a confiance dans votre probité, ne trahissez pas qui vous a trahi »<sup>(9)</sup>. Ces traditions et bien d'autres analogues attribuées au Prophète, sont aussi des règles générales du droit musulman.

---

(1) RAZY, Comm., sur le *Koran*, I, 302, 303. cf. IBN NADJIM, II, 202, et note 5, pages 97, 98. De cette idée d'un Islamisme naturel, antérieur à la Révélation, vient la règle que « l'esclave païen ne doit pas être vendu aux infidèles, « car le païen est virtuellement Musulman, et le Musulman ne doit pas être vendu aux infidèles » (KHALIL, III, 177, cf. le *anima naturaliter christiana* de TERTULLIEN, apologet. 17. *De testim.* an. 1.) La conception d'un christianisme primitif, commun à tous les hommes par le fait de leur participation à la raison générale (*logos*) est dans les premiers Pères de l'Eglise (JUSTIN, *apologie*, II, c. 8, 13, etc.) Sur l'état d'innocence primitive où l'homme vivait sans la loi. — AUGUSTIN *De civit. Dei*, XV. — Avec Caïn, commence la seconde période de l'histoire, celle de la Loi, de la Cité temporelle (AUGUSTIN, *ib.* XV.) On pourrait continuer ce curieux parallèle, si c'en était ici le lieu.

(2) *Koran*, III, 100 et RAZY, *ad loc.* cf. ARISTOTE, *Eth. Nicom.*, v, 5; *Polit.* IV, (7), ch. 3; III, ch. 7, et SAINT-THOMAS, 1<sup>a</sup> 2<sup>ae</sup>, quest. 90, a. 2, quest. 95 a. 2. « La loi humaine doit non seulement écarter le mal, mais promouvoir le bien. »

(3) IBN NADJIM, I, 118, 120; *Medjella*, 20, 31, 1200. cf. ARISTOTE, *Polit.*, IV (7), ch. 3; III, ch. 11. Considérée au point de vue de la conscience individuelle, de l'intention, « la justice, c'est ce qui, d'après le sentiment général, est conforme à la rectitude (*mostakime*) et ce qu'aucun homme doué de discernement ne conteste » : LAMIATE EZZAKKAKE, p. 10. cf. ARISTOTE, *Polit.*, I, 1. *Magna moral.*, I, xxxii.

(4) *Koran*, III, 98, 100, 106. L'inégalité dont il est parlé dans le *Koran*, XVI, 77, 78, s'applique à l'inégalité naturelle des aptitudes et des biens temporels. Voir aussi le discours du Prophète dans IBN HICHAM, II, 203.

(5) Voir aussi les instructions données par OMAR à MOUÇA ELACHARI : TASOULI, I, 33. Mêmes principes en droit pénal « Tous les Musulmans sont égaux quant au sang » (c'est-à-dire lorsqu'il s'agit de crimes). — cf. cependant *Tohfât* d'IBN ACEM, vers 1561. — ZARKANI, v, 280.

(6) *Koran*, II, 184; III, 70; IV, 25, 61; v, I, II; VI, 153; XVII, 36, etc. Voir le beau chapitre de GHAZALI *Ihyâ Eddine*, volume II, p. 61 et s., et les applications à la théorie du dol, de la violence, etc., notes aux art. 47 à 66 du Projet de Code à l'enrichissement indû, notes aux art. 76, 78, et les règles générales, art. 648, 649, 654, 783.

(7) *Amalyat*, p. 334.

(8) TASOULI, II, 265. IBN NADJIM, I, 158. ZARKANI, v, 8.

(9) KHALIL, IV, 336.

Fondé sur la bonne foi, ce système de droit fait nécessairement une très large part à la volonté humaine, et s'affranchit de tout formalisme. De quelque manière qu'elle s'exprime, la volonté humaine suffit pour créer le lien de droit; il est très rare que la validité ou la nullité d'un acte dépendent, en droit musulman, d'une question de forme<sup>(1)</sup>. Partout, la règle *consensus solus obligat* est fondamentale<sup>(2)</sup>.

Ayant pour but le bien des hommes, fondée sur l'*utilité sociale*, la loi est essentiellement *perfectible*.

Elle l'est en effet, en tant que science : œuvre de logique et de raisonnement inductif, la science du droit n'est pas chose immuable et affaire de tradition : « On a prétendu que cette science (le droit), n'était qu'un recueil de traditions et d'exemples de ceux qui nous avaient précédés, et que nous n'avions qu'à les suivre sans discussion; ce serait réduire la science à une sorte d'histoire, et ne pas lui reconnaître un objet ayant une existence indépendante...<sup>(3)</sup> » Sa méthode propre, c'est l'analogie : ce qu'on déduit par analogie, par application inductive des principes généraux de la loi, a la même valeur que ce qui est exprimé<sup>(4)</sup>. C'est là le rôle du jurisconsulte, et ce qui constitue la science du droit : « La règle de droit, disent les Hanéfites, n'est pas absolue, elle n'a pas le même caractère que les règles grammaticales et les principes de la logique; elle exprime ce qui arrive le plus souvent, et se modifie avec les circonstances de fait qui l'ont fait naître. »<sup>(5)</sup>

La loi est également susceptible de modification, de perfectionnement, au point de vue de la jurisprudence, du droit appliqué : « Le principe général, en droit malékite, c'est qu'il faut avoir égard à l'utilité, lorsqu'elle est générale, et qu'elle s'impose »<sup>(6)</sup>. « Il est hors de doute, disent à leur tour les Hanéfites, que l'application de la loi peut changer avec le temps »<sup>(7)</sup>. « C'est l'utilité qui est la règle du jurisconsulte »<sup>(8)</sup>.

Les Arabes en ont très bien vu la raison : c'est que les sociétés vivent et se transforment au cours de leur histoire : « Au temps d'Adam, la condition des hommes était misérable et faible; la sœur fut permise au frère, et Dieu fut indulgent sur beaucoup d'autres points. Lorsque la société fut plus riche et plus nombreuse, les préceptes se multiplièrent... »<sup>(9)</sup> Ce progrès, cette

---

(1) Voir sur le rôle de la volonté en droit IBN NADJIM, I, 23, 45, 46, 47, 202. Ceci tient, naturellement, à l'importance qu'a l'intention, la disposition intérieure, dans le culte et dans la morale. cf. *Koran*, II, 148, 172; III, 15; VI, 63; VII, 204; XXII, 38; XXXII, 15, 16. IBN NADJIM, I, 69, 70. KHALIL, I, 32, 198, 200, 494, 500.

(2) ZARKANI, V, 3; HAMAOUÏ, I, 274.

Les actes *formels* sont en très petit nombre (société agricole, délégation, mariage, etc.), cf. IBN FARHOUN, I, 81. IBN NADJIM, I, 155, 184, et les notes aux articles 469, 470 de ce projet. En général « ce qui est essentiel, c'est le sens et non l'expression » IBN NADJIM, I, 321. « L'inexactitude des expressions employées n'a aucune importance, si la volonté des contractants est certaine » TASOULI, II, 207; KHALIL, I, 120; III, 454; IV, 88. Voir les notes aux articles 600, 679, 684 du projet du Code.

(3) Le KHAN BAHADOUR *Houçoul el Mâmoul*, p. 6. cf. p. 35, 36.

(4) Instruction du Khalife Omar à MOUÇA ELACHARY: IBN FARHOUN, I, 21. Le KHAN BAHADOUR, *Houçoul el Mâmoul*, pp. 141, 161, 174; *Eddor-el-Mokhtar*, III, 467; IBN NADJIM, II, 269, 270.

(5) IBN NADJIM, I, 22; *Eddor-el-Mokhtar*, III, 388. cf. DIGESTE, 50, 17, 1.

(6) TASOULI, II, 188, 189, 190, 195; IBN FARHOUN, II, 69, 105.

(7) *Eddor-el-Mokhtar*, III, 388; *Medjella*, 39.

(8) IBN NADJIM, I, 354. Un pieux khalife, OMAR BEN ABD ELAZIZE, avait coutume de dire : « A des abus nouveaux, il faut de nouvelles lois » (cf. le brocard de droit canon : *Novis morbis nova antidota sunt preparanda*).

(9) KORAFI ap. IBN FARHOUN, II, 118, 119. Voir la suite de ce passage intéressant.

continuité de la vie, on les voit dans l'histoire même de l'Islam : « On voit en effet que les Compagnons du Prophète ont pris plusieurs décisions à cause de leur utilité, et sans y être autorisés par aucun précédent : c'est ainsi qu'ils ont décidé que le Koran serait mis par écrit, alors que rien de pareil dans le passé ne les y autorisait... qu'ils ont institué les bureaux des différentes administrations (*Diouan*), frappé de la monnaie, bâti des prisons... C'est également pour le même motif (*l'utilité*) que la loi a soumis le témoignage à des conditions rigoureuses, qui ne se trouvent pas dans la tradition... qu'en vue de la nécessité, elle a largement interprété certains contrats, tels que le prêt, le bail à complant, la commande (*kirâdh*) et autres conventions... Toutes ces modifications et ces nouveautés, — et elles sont nombreuses dans la loi (*charia*), — ont été imposées par le changement des conditions générales et la diversité des temps... »<sup>(1)</sup>.

Tel est le fondement de l'autorité très grande que les théoriciens musulmans accordent à l'usage, à la coutume : elle est comme une convention tacite qui a le pouvoir de créer la Loi, et de la modifier. « Ce que les Musulmans ont trouvé bon, Dieu le trouve bon aussi »<sup>(2)</sup>. Lorsqu'il est uniforme, constant, qu'il n'a rien de contraire aux bonnes mœurs et aux règles générales de la loi positive, l'usage a la même force que la Loi et il en fait partie<sup>(3)</sup>.

Il a cette force, même s'il n'est pas rigoureusement conforme à la tradition, et aux principes du droit positif : « Il est dit dans le *Miyâr*, d'après Ibn Loubb : lorsqu'une chose a été pratiquée depuis longtemps et qu'elle est entrée à faire partie de l'usage ordinaire, il faut, autant que possible, s'efforcer de lui trouver un fondement dans la loi.... il n'est pas nécessaire que la pratique puisse se ramener à une école déterminée ou à l'un des systèmes connus dans la doctrine.... »<sup>(4)</sup>

Ainsi la loi musulmane ne se tient pas à côté de la vie pratique, ne lui ferme pas tout accès : dès qu'une institution a été généralement adoptée par l'usage, la jurisprudence s'empresse de l'admettre.

« Sans doute, dit Korafi, il faut s'en tenir à la loi et à la tradition. Mais ce principe ne s'applique que lorsqu'il n'existe point d'exception généralement reçue. Dans ce dernier cas, le juge qui statue d'après l'exception généralement reçue ne rend pas un jugement nul. Tel est le cas de la commande (*kirâdh*), de la vente à livrer (*selem*), du transport de créance (*haouala*) et de plusieurs autres contrats; ils sont évidemment contraires aux textes et à l'analogie, mais un argument spécial doit toujours prévaloir sur un argument général. »<sup>(5)</sup>

(1) KORAFI ap. IBN FARHOUN, II, 117, 118.

Ces considérations ont fait admettre chez les Malékites la validité de la vente de certaines choses impures, telles que le fumier : *Amalyat*, p. 124; *Tohfât* d'IBN ACEM, 677; le contrat à portion de fruits : TASOULI, II, 188, 189; le khoulou : BENNANI, VI, 128. Voir la note à l'article 1129.

(2) Tradition attribuée à un compagnon du Prophète. IBN NADJIM, I, 126. et HAMAOUÏ, *ad loc.* — cf. la *Tacita civium conventio* du droit romain. — DIGESTE, I, 3, 35.

(3) *Medjella*, 41, 42, 43, 44, 45; IBN NADJIM, I, 127, 131, 134; HAMAOUÏ, *ad hoc*, 133, 139. — cf. DIGESTE, I, 3, 32 § 1, 33, 35; L. 17, 34. — Code VIII, 53, 2, 3. « L'usage (*ôrf*) est, d'après nous (les Malékites), une branche de la loi (*charia*), qui précise ce qui, dans la loi, est général, et tempère ce qui est absolu. » ZARKANI, VIII, 126.

(4) TASOULI, II, 195.

(5) KORAFI ap. IBN FARHOUN, I, 55. « Les décisions des juges doivent varier selon l'intention des parties et l'usage. Korafi et d'autres jurisconsultes disent qu'il faut interpréter les actes d'après la volonté des contractants et la coutume, et que le contraire serait chose injuste et arbitraire. TASOULI, II, 61. » Lorsque l'opinion d'un docteur de la loi est conforme à la pratique usuelle et à l'usage dominant, le juge et le jurisconsulte (*Moufti*) ne peuvent s'en écarter pour suivre un autre système, même si ce dernier est dominant dans la doctrine. » *Amalyat*, p. 6. — « Pour nous (Malékites) l'usage a la force d'une stipulation. » KHALIL, III, 451, voir les notes à l'art. 266 du projet de code.

« La nécessité, disent à leur tour les Hanéfites, a fait admettre beaucoup de choses qui seraient défendues, si l'on s'en tenait à la rigueur des principes : ainsi la vente à livrer (*selem*) est admise pour adoucir la condition des débiteurs obérés ; la vente à forfait, et sur échantillon, la *clause de dédit* en faveur de l'acheteur, le pacte comissoire, ont été admis pour le même motif (d'opportunité), ainsi que la vente à réméré, dont la validité est admise par les Juriconsultes de Balkh et de Bokhara... »<sup>(1)</sup>. On peut ajouter à cette énumération la location perpétuelle (Khoulou)<sup>(2)</sup>, le louage d'ouvrage moyennant une portion des produits<sup>(3)</sup>, le contrat conclu avec le courtier, le crieur public<sup>(4)</sup> ; toutes ces conventions qui à la rigueur seraient nulles, à cause de l'indétermination de leur objet, et de la part qu'elles font à l'aléa, ont pourtant le droit de cité dans le système hanéfite.

On va plus loin dans cet ordre d'idées : Bourzouli dit : « Est licite même le contrat rescindable (*fâcid*) lorsque celui qui le fait ne peut s'en dispenser, et ceci s'applique au louage de personnes (*idjâra*) à la société agricole (*mousarâa*), ainsi qu'à tous les autres contrats... » Djazouli dit : « Lorsqu'on est obligé de contracter dans des conditions défendues par la loi religieuse, par exemple lorsque tout le monde fait des contrats illicites, et qu'on ne trouve personne qui consente à contracter selon la loi (*halal* licite, exempt de péché), peut-on contracter aussi de la même manière ? » Le Prophète a dit : « Si l'Univers entier n'était qu'une mare de sang, il serait permis au Croyant de s'en nourrir... »<sup>(5)</sup>.

Non seulement la loi s'ouvre à la coutume, c'est-à-dire à la vie, mais elle la suit dans ses modifications. « Règle générale... toute loi fondée sur un usage ou une coutume se modifie avec la coutume. »<sup>(6)</sup>

« Korafi parle dans le *Sahih* des décisions qui se trouvent dans le système de Mâlek et de « Chaféi et qui se fondent sur les coutumes et pratiques du temps où ces décisions ont été rendues ; « il se pose, à ce propos, la question suivante : en supposant que ces usages se soient modifiés, « est-ce que les décisions qui y sont conformes, et qui sont consignées dans les ouvrages de juris-  
« prudence, ne doivent pas être réputées nulles, et ne faudra-t-il pas décider dans le sens qui est  
« indiqué par l'usage nouveau ? On peut dire (d'une part) : nous devons suivre ce qui est établi,  
« car nous ne pouvons constituer la loi (*charâd*), n'ayant ni la science ni l'autorité qui sont requises  
« à cet effet ; nous devons donc décider les questions qui nous sont soumises d'après ce qui se  
« trouve dans les ouvrages de droit. Mais à cela nous répondons : appliquer des lois qui se fondent  
« sur d'anciennes pratiques, lorsque l'usage a changé, c'est aller à l'encontre de l'opinion générale  
« et prouver l'ignorance où l'on est de la religion (*eddîne*) ; c'est le contraire qui est vrai : tout ce

---

(1) IBN NADJIM, I, p. 140. Voir aussi p. 126, 117, 118 ; II, 104.

(2) IBN NADJIM, I, 138, et HAMAOUÏ, *ad loc.*

(3) IBN NADJIM, I, 133, 135.

(4) HAMAOUÏ, II, p. 60, note 3. — Ajouter la vente de la cochenille, même morte, des sangsues, quoique considérées comme reptiles, de la graisse des animaux pour le calfatage des navires, des peaux tannées (*Radd-el-Mehtar*, IV, 139, 140, 153).

(5) TASOULI, II, 204. Application de cette théorie au prêt à intérêts. Voir note à l'art. 1236. Enfin, dans le cas d'extrême nécessité, on rentre dans le droit de nature, et il est permis de faire ce qui est défendu par la loi : sur la nature et les limites de ce *jus necessitatis* voir : RAZY, comm. du *Koran*, II, 429, 431. HAMAOUÏ, sur IBN NADJIM, I, 118, 119. IBN NADJIM, I, 140. *Medjella*, 21, 33, et la doctrine chrétienne. Summa 2a. 2ae. Question 66, a. 7. VIOLLET, *Bibl. de l'Ecole des Chartes*, XXXIV, pp. 335 et s. GIBERT, *Jus. Canon.* I. Proleg., p. 29 et 70.

(6) IBN FARHOUN, II, 105 ; *Amalyat*, p. 7 ; IBN NADJIM, I, 126.

« qui dans la loi (*charaâ*) se fonde sur les pratiques du temps où la loi a été faite, doit changer  
« dès que ces conditions de fait ont changé, et suivre les pratiques adoptées depuis »<sup>(1)</sup>.

L'organe de ce développement, c'est le Prince, le chef de l'État musulman.

Le Prince est en effet le gérant de la communauté musulmane. Son autorité n'a rien de personnel; il n'est qu'un administrateur, comptable de tous ses actes, astreint à une responsabilité rigoureuse, n'ayant que des pouvoirs très limités, dès qu'il s'agit de diminuer le patrimoine qui est confié à sa gestion<sup>(2)</sup>.

Mais, s'il ne peut rien par lui-même, il peut tout par son office : cet administrateur est un mandataire de confiance : il a le droit et il est tenu d'agir au mieux des intérêts qui lui sont confiés; dès que l'intérêt public est en jeu, dès qu'il y a nécessité ou même simplement utilité, ce pouvoir, d'abord si restreint, prend une ampleur presque indéfinie.

C'est surtout dans les rapports de droit public que le Prince a ces pouvoirs<sup>(3)</sup>.

Il peut changer l'ordre des juridictions, déférer un genre déterminé d'affaires à certains juges<sup>(4)</sup>, défendre à un tribunal de connaître de certaines affaires<sup>(5)</sup>, restreindre ou étendre la délégation qu'il donne à ses juges de la manière qui lui paraît plus conforme à l'intérêt général<sup>(6)</sup>. Il a une attribution encore plus étendue :

« Lorsque l'opinion d'un jurisconsulte a été trouvée conforme aux intérêts publics et aux  
« exigences des temps, et que le souverain a ordonné de juger d'après cette opinion, les juges ne  
« peuvent valablement appuyer leurs décisions sur un système contraire »<sup>(7)</sup>.

C'est dans ce même ordre d'idées que les princes du Maroc et d'autres États de l'Afrique occidentale, ont ordonné aux cadhis de statuer sur toutes les questions d'après l'opinion dominante dans la doctrine, et de ne pas suivre l'opinion isolée d'un jurisconsulte<sup>(8)</sup>; qu'en Espagne, le khalife Mostanser Billah trancha une controverse qui s'agitait depuis longtemps dans les écoles malékites; il s'agit de la validité des actes accomplis par l'interdit, avant l'interdiction judiciaire : Mâlek était pour la validité; Ibn el Kacem pour la nullité; le khalife ordonna au grand-cadhi de Cordoue de juger d'après le système d'Ibn el Kacem<sup>(9)</sup>.

On voit ici à l'œuvre le pouvoir législatif du prince musulman; il ne peut se substituer directement à la loi traditionnelle; mais il peut donner la prépondérance à l'un des systèmes qui se partagent la doctrine, il peut donner force de loi à la coutume, il peut enfin, dans les cas d'utilité

---

(2) IBN FARHOUN, II, 70.

(3) IBN FARHOUN, II, 59; IBN NADJIM, I, 157; II, 266; HAMAOU, I, 231; *Eddor-el-Mokhtar*, III, 356, 389, 428, 429. Voir aussi ISHAK ESSCHATÉBY « *Concordances* » (*Monafakate*). Question 2, sect. 4. « Ceux qui remplissent des fonctions publiques n'ont aucun droit personnel à ces fonctions... Ils ne sont que des administrateurs constitués dans un but d'utilité générale ». *El fouçoul el imâdia*, sect. dcrn. « Le chef de la communauté musulmane (*Imâm*) est généralement assimilé au tuteur d'un orphelin... »

(4) cf. IBN FARHOUN, II, 58, 59.

Pour le droit pénal en particulier, voir *Eddor-el-Mokhtar*, III, 203, 204; MAWARDI, pp. 208, 210, 212, 224, 225; IBN NADJIM, II, 190.

(5) MAWARDI, 65, 69; *Eddor-el-Mokhtar*, III, 204.

(6) IBN NADJIM, I, 368, 369; *Medjella*, 1800.

(7) *Medjella*, 1801.

(8) *Amalyat*, 204, 205.

(9) *Amalyat*, 207. Autre ex. *ibid.*, 327, 328.

ou de nécessité, pouvoir directement sous forme de décret, à ce que les circonstances exigent, comme tout bon mandataire doit le faire dans l'intérêt de son mandant<sup>(1)</sup>.

Est-ce à dire que l'idée religieuse n'ait joué aucun rôle dans le développement du droit musulman ?

Ce serait méconnaître la puissante unité morale qui a fait la grandeur de l'Islam : la science du droit (*fiqh*) fait partie de la théologie, et on a pu la définir, chez les hanéfites, « la science des droits et des devoirs de l'homme »<sup>(2)</sup> de même qu'on a divisé toute la matière du droit en deux parties « droits de Dieu, et droits de l'homme »<sup>(3)</sup>. Dans les doctrines politiques et sociales de l'Islam, autant et plus peut-être que dans celles du christianisme, Dieu a pris la place qu'avait, dans la doctrine antique, la Cité, l'Etat. Cette substitution est assurément d'une importance capitale, elle marque la transition d'une civilisation à une autre. Mais il faut aussi se garder de l'exagérer. Avec plus d'attention, en pénétrant au delà des mots, on s'aperçoit souvent que l'expression seule a changé, et on est surpris de constater combien, dans une forme différente, les Arabes ont dit les mêmes choses que les anciens et que nous. Ainsi, dans l'exemple qu'on vient d'indiquer, la distinction entre les *droits de Dieu*, et ceux de *l'homme*, se réduit tout simplement à celle du *droit public* et du *droit privé*<sup>(4)</sup>. Dans ce qui tient aux idées morales et politiques, l'esprit humain n'a pas trouvé la même force d'invention que dans les arts mécaniques et dans les sciences : un certain nombre de formules, dont il varie sans cesse les combinaisons, ont suffi à tous ses besoins.

L'idée religieuse a eu sans doute une grande influence, mais ce n'est pas celle que l'on croit. Cette influence se révèle surtout dans le tour moral que la Religion a imprimé au droit, dans la connexité, et souvent dans la confusion qu'elle a établi entre la règle juridique et les préceptes moraux. La société, le prêt, le témoignage, les rapports de maître à serviteur, de créancier à débiteur, toutes les conventions et les actes qui forment la matière du droit prennent une portée morale

---

(1) En Tunisie, les exemples de cette intervention du pouvoir politique dans l'ordre judiciaire ne manquent pas : on peut rappeler la déclaration de moharem 1262 (23 janvier 1846) abolissant l'esclavage dans la Régence, la transformation du Beit-el-Mâl (*fisc*) et l'affectation des revenus appartenant à cette caisse aux dépenses de l'instruction publique (décret du 27 ramadan 1258) (1<sup>er</sup> novembre 1842) BOMPARD, p. 183; le droit que se réserve le Gouvernement, en renvoyant une affaire au tribunal religieux, d'indiquer l'école ou rite d'après lequel l'affaire devra être jugée (décret du 2 moharrem 1292, BOMPARD, p. 280), ce qui, dans bien des cas, équivaut à indiquer la solution à donner.

(2) Comparez la définition romaine « *Jurisprudentia est... rerum humanarum atque divinarum notitia* » DIGESTE, I, 1, 10 § 2. « Savoir le droit est un devoir religieux » TAUDI, II, 2, 3. ZARKANI, V, 1. « La consultation juridique (*fatoua*) et le jugement rendu par le juge sont tous deux la déclaration de la volonté de Dieu » TASOULI, I, 18. LAMIATE EZZAKKAKE, p. 9 et s.

(3) ZARKANI, VII, 166; IBN NADJIM, II, 160, 161.

(4) « Le savant SAAD EDDINE ETTAFTAZANY dit... On entend par *droit de Dieu* ce qui a rapport à l'intérêt général et n'appartient à personne en particulier; on le rattache donc à Dieu Très-Haut à cause de son importance, et parce que son utilité s'étend à tous. Car autrement, si on les considérait seulement au point de vue de la création, toutes choses se rattacheraient à Dieu comme à leur commune origine... Le *droit de l'homme*, c'est ce qui ne se rapporte qu'à l'intérêt privé, comme l'inviolabilité de la propriété de chacun... » HAMAOUTI, II, 271, note 8. Au nombre des *droits de Dieu*, on trouve le mariage, ou ceux des intérêts sociaux qui en dépendent (*Radd-el-Mehitar*, IV, 2; IBN NADJIM, I, 33, 385); l'état de liberté (HAMAOUTI, sur IBN NADJIM, I, 385, note 5; IBN NADJIM, I, 395; II, 30). — cf. DIGESTE, I, 1 § 1-2; Instit., I, 1 § 4.

et sont envisagés à un point de vue supérieur à celui du simple intérêt privé <sup>(1)</sup>. Le dépôt est une forme d'assistance et de secours mutuel, car on aide le propriétaire de la chose à la conserver ; or ceci est recommandé, car Dieu dit : « Aidez-vous les uns les autres, dans les œuvres de la piété et du bien », et le Prophète dit aussi : « Dieu aide l'homme aussi longtemps que l'homme aide son frère » <sup>(2)</sup>. Celui qui reçoit sciemment un paiement indu contracte deux obligations « il est coupable aux yeux de Dieu, coupable envers celui qui a été victime du dol » <sup>(3)</sup> ; le débiteur qui a les moyens de payer et qui traîne son créancier en longueur commet un péché grave et compromet ses chances de salut éternel <sup>(4)</sup>. Le Prophète a eu, sur les rapports entre voisins, des paroles charmantes qui ont passé des recueils de traditions dans les traités des Jurisconsultes. « Usez de bienveillance envers votre voisin ; tirez le voile sur lui ; évitez de lui faire du mal ; ne le regardez qu'avec un œil de bonté ; si vous le voyez vous faire du mal, pardonnez le lui ; si vous le voyez vous faire du bien, publiez votre reconnaissance » <sup>(5)</sup>.

La conséquence de cet esprit, c'est que l'exercice du droit y est envisagé surtout comme l'accomplissement d'un devoir : car si le droit est le bien, la condition essentielle de la vie sociale, on ne saurait, sans pécher, omettre de l'exercer : « celui qui revendique son bien entre les mains d'un tiers possesseur de mauvaise foi accomplit aussi une obligation morale : car, s'il gardait le silence, il permettrait au possesseur illégitime de persévérer dans son péché » <sup>(6)</sup>.

« Aidez votre frère, même s'il est injuste », a dit le Prophète, « l'assistance dans ce cas consiste à l'empêcher d'être injuste » <sup>(7)</sup>.

Mais si le droit de chacun n'est pas seulement son intérêt privé ; s'il est une obligation morale, ce droit a des limites : ce sont celles mêmes de la loi morale et de l'intérêt social : la conciliation, la transaction sont partout recommandées comme le plus grand des biens <sup>(8)</sup> ; les représailles sont prohibées <sup>(9)</sup>, les vexations contre les débiteurs sévèrement défendues <sup>(10)</sup>, l'exercice abusif du droit est partout réprimé : « Nul ne peut faire usage de son droit de manière à causer à autrui un dommage évident » <sup>(11)</sup>. Les jurisconsultes musulmans ont, dans cet ordre d'idées, des délicatesses auxquelles nous ne songerions guère : il est interdit de donner mandat à un ennemi de la partie contre

---

(1) cf. IBN FARHOUN, I, 165, 192 ; II, 93. IBN NADJIM, II, 142. TAUDI, II, 289. KHALIL, IV, 582. *Amalyat*, p. 181. L'obligation est constitué par deux éléments, le lien juridique et celui qui vient de la conscience du débiteur. — cf. KHALIL, III, 511 ; IV, 122, 254. TAUDI et TASOULI, II, 155, 156, etc.

(2) *Korral Eloïoun* (supplément au *Radd-el-Mehtar*), II, 310.

(3) KHALIL, IV, 91.

(4) Nombreuses traditions du Prophète. — TAUDI, II, 327. — TASOULI, II, 333. Même conceptions chez les Canonistes ; Lib. 3. x. Titre 22. Cap. 2, et GIBERT, *Jus Canon*. Vol. III. *De Contr.* p. 27.

(5) KHALIL, IV, 205. TOUATI, II, 253 et TASOULI, *ad loc.*

(6) TASOULI, II, 265. — cf. TAUDI, Formulaire, p. 183 (tr. fr).

(7) Tradition du Prophète — TASOULI, II, 265.

(8) *Koran*, IV, 114, 127 ; KHALIL, IV, 88, 89 ; TAUDI et TASOULI, I, 223 ; KADHY KHAN, III, 79 et suiv.

(9) « Nul n'est autorisé, par un dommage qu'il a souffert, à faire du dommage à autrui ». Tradition du Prophète. IBN NADJIM, I, 118 ; *Medjella*, XIX, 921 ; *Amalyat*, p. 245.

(10) *Koran*, II, 280 ; IX, 60. Il est très répréhensible d'appeler en justice un débiteur dont l'état de déconfiture est notoire : IBN FARHOUN, I, 247. Défense des perquisitions domiciliaires, à moins que le débiteur ne soit de mauvaise foi : *Amalyat*, pp. 176, 177 ; défense d'enchaîner, de battre, de maltraiter le débiteur incarcéré pour dettes : IBN NADJIM, I, 342 ; délivrance du débiteur incarcéré pour dettes dès que son état d'insolvabilité est constaté.

(11) HAMAOUÏ sur IBN NADJIM, I, 121 ; *Radd-el-Mehtar*, IV, 805 ; VI, 314.

laquelle on se propose d'agir en justice<sup>(1)</sup>, de louer une monture à un individu connu par sa brutalité<sup>(2)</sup>, de vendre une jeune esclave à un libertin qui peut la pousser à l'impiété ou à la débauche<sup>(3)</sup>. Partout le droit a pour limite et pour mesure l'idée morale.

C'est dans ce sens qu'on a pu dire : « L'homme n'a aucun droit dont Dieu n'ait sa part : cette part, c'est le commandement de Dieu de rendre à chacun ce qui lui appartient, et de ne point s'approprier injustement le bien d'autrui »<sup>(4)</sup>.

#### IV

Tel est, dans ses traits essentiels, le système musulman ; il a droit assurément à une place très haute dans l'estime des hommes compétents.

Il lui a manqué, pour être au premier rang, ce qui, en toutes choses, a manqué à l'Orient : une méthode plus rigoureuse, et un esprit plus synthétique.

Cette tendance à l'anarchie, cette incapacité foncière d'organisation et de discipline, qui ont fait, de bonne heure, l'impuissance politique des Arabes, a été, dans l'ordre intellectuel, une cause non moins décisive de faiblesse, et ce qui a le plus empêché le droit musulman de se développer comme système scientifique.

Il est, à cet insuccès, une autre raison : les Arabes ont exagéré le principe fondamental de leur doctrine. Cette idée que la justice consiste dans la réciprocité, les Arabes, comme nos canonistes, ont voulu l'appliquer jusqu'au bout : la philosophie d'Aristote y a contribué autant et plus que le principe religieux : la prohibition de l'intérêt sous toutes ses formes, l'aversion si prononcée pour toute espèce d'aléa, la proscription de toute indétermination dans les contrats, toutes les singularités, en un mot, du droit musulman viennent de là, et tiennent à la même conception générale. C'est que, dans tous ces cas, l'égalité est violée, par conséquent la justice, et le jurisconsulte s'applique méthodiquement, consciencieusement, à rétablir l'équilibre, la réciprocité absolue, en éliminant toute combinaison qui en trouble la rigoureuse application — *ut aequalitas servetur*, disaient nos canonistes dans les mêmes cas<sup>(5)</sup>. Cette préoccupation, très élevée dans son origine, les a conduits à un excès de réglementation, à une minutie d'analyses<sup>(6)</sup> qui eût rendu

---

(1) KHALIL, IV, 239.

(2) KHALIL, IV, 584. On sait que l'une des attributions du censeur (*mouhtaceb*) était la protection des animaux négligés ou brutalisés par leur maître : MAWARDI, 234, 243.

(3) KHALIL, III, 173 ; cf. 234.

(4) ZARKANI, VII, 166 ; cf. DIGESTE, I, 1, 10 pr. « *Juris præcepta sunt hæc : honeste vivere, alterum non lædere, suum cuique tribuere* ».

(5) « En cette matière, dit SAINT-THOMAS en parlant de la *justice commutative*, il faut que la chose égale la chose, en sorte que, si quelqu'un a quelque chose de ce qui appartient à autrui, en sus de ce qui lui appartient à lui-même, il est tenu de la restituer exactement. » (2<sup>e</sup> 2<sup>ae</sup> qu. 61, art. 1 et 2). cf. ARISTOT. *Eth. Nicom.*, V, 5, 7 ; *Rhetor.*, I, 9.

(6) Ainsi, dans la théorie de la compensation, il n'y a pas moins de cent huit distinctions ayant pour but de déterminer les cas dans lesquels la compensation est permise, et ceux où elle est prohibée à cause de l'aléa ou de l'usure : KHALIL, III, 500 ; TAOUÏI, II, 52 et suiv. Voir également les subtilités en matière de vices rédhibitoires : KHALIL, III, 319, 328 ; ZARKANI, V, 140, 146.

impossible tout développement des affaires si, dans la plupart des cas, ces préceptes n'avaient été éludés au moyen de fictions plus ou moins recommandables<sup>(1)</sup> quand ils ne sont pas restés à l'état purement théorique.

V

Les considérations qui précèdent indiquent quelle devait être ici la tâche de la Commission : elle avait surtout à mettre de l'ordre, de la lumière, de l'unité dans cet ensemble de doctrines incohérentes, à en dégager les principes et à en préciser les formules. A côté de cette œuvre délicate de reconstruction, elle en avait une autre à accomplir tout aussi délicate : elle devait éliminer tout ce qui tient à un état de choses et d'idées que la société musulmane elle-même a dépassé depuis longtemps, remplacer ces parties surannées par d'autres plus adaptées à l'état actuel, les compléter là où elles sont insuffisantes. Elle a suivi en général les doctrines de l'Ecole malékite, qui est celle de la majorité des tunisiens, mais elle n'a pas hésité à se faire hanéfite partout où les règles de cette Ecole convenaient mieux au système général du code, et aux principes du droit européen. Il n'est rien dans tout cela qui ne soit conforme à la doctrine des jurisconsultes musulmans les plus autorisés<sup>(2)</sup>.

On a procédé partout avec les plus grands égards pour la doctrine traditionnelle de l'Islam. Le système Musulman qui se prête parfaitement, on l'a vu, à presque toutes les réformes nécessaires, renferme aussi beaucoup de parties qui ne le cèdent en rien aux conceptions juridiques les plus récentes du Droit civil et commercial européen. On s'est donc appliqué à les conserver ; on a tenu à ne parler aux Arabes que dans le langage même et, pour ainsi dire, par la bouche de leurs jurisconsultes. Partout où cela n'a pu se faire, on a eu soin de s'écarter le moins possible des textes ou de la coutume reçue ; ou s'est limité à développer la doctrine musulmane, à la compléter, à choisir entre les différentes théories, et on est parvenu ainsi à des formules qui ne s'éloignent pas sensiblement de la doctrine musulmane la plus autorisée. Dès qu'on pénètre au fond des choses, on est surpris de voir combien les idées des grands jurisconsultes de Médine, de Koufa, de Cordoue, offrent, avec les nôtres, d'étroites analogies.

Ces analogies ne viennent pas seulement de l'identité essentielle de l'esprit humain, à laquelle il faut assurément faire une très large part dans les recherches de ce genre. Elles tiennent aussi à ce que les deux systèmes de Droit, l'arabe et le nôtre, ont tous deux un principe commun, la *bonne foi*, et qu'ils procèdent, en partie du moins, d'une commune racine, le Droit Romain.

C'était le système plus ou moins altéré, qui dominait en Orient, dans les pays où les Arabes vinrent d'abord planter leur tente ; et on peut déjà supposer *à priori*, sans trop d'in vraisemblance, qu'à l'égal des autres éléments de civilisation qui flottaient en Orient entre le VII<sup>e</sup> et le IX<sup>e</sup> siècle, le Droit romain se soit infiltré dans la civilisation musulmane, et qu'il ait fini, insensiblement par s'y incorporer.

Cette assimilation, si vraisemblable en elle-même, paraît en effet s'être accomplie, du moins dans certaines parties du droit. Comment s'est-elle réalisée, quelle part faut-il faire dans le résultat

(1) Ce sont surtout les *hanéfites* qui ont développé le système des fictions : tout un livre d'IBN NADJIM y est consacré ; il en est, dans le nombre, qui eussent réjoui le Pascal des Provinciales.

(2) On discute chez les philosophes (*ouçoulyoune*) la question de savoir s'il est permis de suivre les principes d'une autre école que la sienne dans les questions particulières ; il est certain que cela est permis au point de vue de l'utilité » TASSOULI, II, 188, 189.

définitif à l'influence des pays conquis, aux idées propres à l'Islam, à d'autres éléments encore, ce sont là sans doute des recherches pleines d'intérêt, mais dont la place n'est pas ici. Ce qui nous intéresse, ce sont les analogies qu'on peut relever entre les idées, et même souvent le langage des textes romains et ceux des jurisconsultes arabes. On s'est appliqué à les signaler, dans les notes apposées au bas de chaque article ; on a pensé que ces rapprochements n'auraient pas seulement un intérêt historique très considérable, mais qu'ils auraient facilité l'intelligence des textes inusulmans que la Commission plénière va être appelée à discuter.

VI

Tel est donc notre travail ; ce n'est là, pour parler comme le philosophe anglais, qu'une *première vendange*, où l'on a pris de toutes mains ce qui pouvait servir à l'œuvre définitive. Un travail sérieux, approfondi, de sélection et de révision devra, naturellement, succéder à cette première ébauche. La Commission recevra avec reconnaissance, et étudiera avec le plus grand soin toutes les remarques qu'on voudra bien lui adresser, dans le même esprit d'impartialité et de bonne foi qu'elle a apporté dans l'accomplissement de sa tâche. Son vœu le plus vif, c'est que tous les hommes de bonne volonté contribuent à cette œuvre de haute civilisation dont la France a pris l'initiative, et dont elle aura l'honneur devant l'histoire, lorsque bien d'autres triomphes, plus retentissants, seront ensevelis dans l'oubli que l'avenir réserve à tout ce qui ne relève que de la force.

D. SANTILLANA,  
*Rapporteur de la Commission.*

# CORRECTIONS

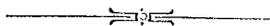
---

- Page 3, art. 5 (marge), ligne 11. — Au lieu de : *Radd-el-Mokhtar*, lire : *Radd-el-Mehtar*. — Faire la même rectification aux articles 7, 8, 12, 14, 18, 20, 24, 27, 31, 33, 37, 45, 53, 59, 61, 63, 64, 66, 78, 105, etc.
- Page 7, art. 11 (note), ligne 4. — Au lieu de : § 115, art. 10, lire : § 115, note 10.
- Page 21, art. 46 (marge), ligne 5. — Transporter : *Secus les hanéfites* en tête de l'alinéa suivant.
- Page 24, art. 52 (note). — Au lieu de : *Cod. II, 5, I, un.*, lire : *Cod. II, 5, l, un.*
- Page 28, art. 59 (note), ligne 2. — Au lieu de : *Marcadé, sur l'art. 113*, lire : *Marcadé, sur l'art. 1113*.
- Page 33. — Au lieu de : § IV, lire : *Section IV*.
- Page 36. — Au lieu de : *Section IV*, lire : *Section V*.
- Page 40, art. 83 (marge), ligne 14. — Au lieu de : *libération*, lire : *libéralité*.
- Page 44, ligne 11. — Au lieu de : *constater*, lire : *constituer*.
- Page 52, art. 100, lignes 10 et 12. — Au lieu de : *pour les dommages*, lire : *des dommages*.
- Page 55, art. 105, ligne 6. — Au lieu de : *fortuit de force*, lire : *fortuit ou de force*.
- Page 56, ligne 17. — Au lieu de : *Motraf*, lire : *Molarraf*.
- Page 59, art. 109 (marge), ligne 14. — Au lieu de : *danger préalable*, lire : *danger évident*.
- Page 61, art. 111 (marge), ligne 2. — Au lieu de : *de cuisine*, lire : *d'une cuisine*.
- Page 62, art. 114 (marge), ligne 30. — Au lieu de : *dans tous les cas*, lire : *dans tous ces cas*.
- Page 84, art. 161, ligne 2. — Au lieu de : *le jour suivant s'entend*, lire : *le jour suivant non férié s'entend*.
- Page 85, art. 162 (marge), ligne 5. — Au lieu de : *suspend*, lire : *suspendu*.
- Page 91, articles 184 et 185 (marge), lignes 5 et 4. — Au lieu de : 289, lire : 339.
- Page 92, art. 189 (marge), ligne 2. — Supprimer depuis : *et les articles*, jusqu'à la fin.
- Page 93, art. 191 (marge), ligne 6. — Au lieu de : 290, lire : 336.
- Page 93, art. 192 (marge), ligne 2. — Au lieu de : 288, lire : 337, 339.
- Page 93, art. 192 (marge), ligne 3. — Au lieu de : 288, lire : 337, 339, 341.
- Page 102, art. 217 (marge), ligne 4. — Au lieu de : *pouvait*, lire : *pourrait*.
- Page 104, art. 221 (note), ligne 2. — Au lieu de : 810, lire : 811.
- Page 109, art. 234, ligne 5. — Au lieu de : *frais de poursuites*, lire : *frais des poursuites*.
- Page 124, art. 270 (marge), ligne 6. — Au lieu de : *chargé par le débiteur*, lire : *chargé de payer par le débiteur*.
- Page 128, art. 284, ligne 7. — Au lieu de : *devrait*, lire : *devait*.
- Page 140. — Au lieu de : § 4, *Des offres d'exécution et de consignation*, lire : § 4, *Des offres d'exécution et de la consignation*.
- Page 157, art. 366, ligne 2. — Au lieu de : *antérieur*, lire : *postérieur*.
- Page 160, art. 375, ligne 2. — Au lieu de : *d'une obligation*, lire : *d'une autre obligation*.
- Page 175, art. 416 (marge), ligne 7. — Au lieu de : *Mezzarat*, lire : *Meyarat*.
- Page 181, art. 431 (marge), ligne 7. — Au lieu de : *du command*, lire : *de commande*.
- Page 184, art. 439, ligne 17. — Au lieu de : *à partir du moment*, lire : *jusqu'au moment*.

- Page 184, art. 439 (note), ligne 2. — Au lieu de : *IV, 6, 28 pr., 26 § 8*, lire : *IV, 6, 26 pr., 26 § 6*.
- Page 191, art. 458, ligne 4. — Au lieu de : *la prescription des*, lire : *la présentation au tiré des*.
- Page 191, art. 458 (note), ligne 1. — Au lieu de : *830 suisse*, lire : *803 suisse*.
- Page 194. — Au lieu de : *Titre VII*, lire : *Titre VIII*.
- Page 195, ligne 22. — Au lieu de : *libre tant*, lire : *libre d'engagement tant*.
- Page 195, ligne 33. — Au lieu de : *demandeur*, lire : *défendeur*.
- Page 197, art. 469 (marge), ligne 5. — Au lieu de : *conclusion générale*, lire : *conception générale*.
- Page 197, art. 470 (marge), ligne 11. — Au lieu de : *ekzar*, lire : *ekrar*.
- Page 199, art. 475 (marge), ligne 15. — Au lieu de : *Taouti*, lire : *Touati*.
- Page 202, art. 483, ligne 2. — Au lieu de : *les héritiers*, lire : *ses héritiers*.
- Page 204, art. 488, ligne 1. — Au lieu de : *par les témoins*, lire : *par témoins*.
- Page 204, art. 489, ligne 14. — Au lieu de : *pour le dol*, lire : *par le dol*.
- Page 208, art. 498, ligne 1. — Au lieu de : *authentique qui fait foi*, lire : *authentique fait foi*.
- Page 208, art. 500, ligne 5. — Au lieu de : *walthikat*, lire : *wathikat*.
- Page 209, art. 502 (marge), ligne 28. — Au lieu de : *répudié*, lire : *repudü*.
- Page 210, art. 502 (marge), ligne 11. — Au lieu de : *Mohamed Bäirani*, lire : *Mohamed Bäïram*.
- Page 210, art. 503, ligne 12. — Au lieu de : *de l'acte du visa*, lire : *de la date du visa*.
- Page 214, art. 514 (marge), ligne 16. — Au lieu de : *l'acte civil*, lire : *l'acte écrit*.
- Page 219, art. 531, ligne 10. — Au lieu de : *être détruites*, lire : *être déduites*.
- Page 221, art. 536, ligne 4. — Au lieu de : *des registres*, lire : *du registre*.
- Page 226, art. 554 (marge), ligne 7. — Au lieu de : *mandant*, lire : *serment*.
- Page 226, art. 554 (marge), ligne 30. — Au lieu de : *testis*, lire : *testes*.
- Page 227, art. 555, ligne 8. — Au lieu de : *ou en constater*, lire : *ou à en constater*.
- Page 244, art. 593 (marge), ligne 9. — Au lieu de : *par les*, lire : *pour les*.
- Page 245, art. 596, ligne 8. — Au lieu de : *pas l'acquiescement*, lire : *pas acquiescement*.
- Page 248, art. 601 (marge), ligne 4. — Au lieu de : *au command*, lire : *à la commande*.
- Page 249, art. 605, ligne 2. — Au lieu de : *qu'il en résulte*, lire : *qu'il ne résulte*.
- Page 256, art. 638, ligne 1. — Au lieu de : *confier à autrui*, lire : *conférer à autrui*.
- Page 256, art. 639 (note). — Au lieu de : *insi*, lire : *nisi*.
- Page 257, art. 642, ligne 1. — Au lieu de : *dommage subit*, lire : *dommage qu'il a souffert*.
- Page 259, art. 656 (marge), ligne 9. — Au lieu de : *du Koran*, lire : *de Korafi*.
- Page 284, art. 723, ligne 3. — Au lieu de : *ou en garantir*, lire : *ou à en garantir*.
- Page 296, art. 759, ligne 3. — Au lieu de : *l'usage de commerce*, lire : *l'usage du commerce*.
- Page 304, art. 781 (marge), ligne 13. — Au lieu de : *saward*, lire : *sawäd*.
- Page 305, art. 784, ligne 10. — Au lieu de : *l'instance de résolution*, lire : *l'instance en résolution*.
- Page 310. — Au lieu de : *Chapitre IV*, lire : *Chapitre III*.
- Page 328, art. 864, ligne 6. — Au lieu de : *et après l'usage*, lire : *d'après l'usage*.
- Page 330. — Au lieu de : § 1, lire : 1°.
- Page 333. — Au lieu de : § 2, lire : 2°.
- Page 334, art. 882, ligne 1. — Au lieu de : *Le locataire*, lire : *Le locateur*.
- Page 336, art. 889, ligne 2. — Au lieu de : *de purger le prix*, lire : *de payer le prix*.
- Page 338, art. 893, ligne 8. — Au lieu de : *a librement profité*, lire : *a autrement profité*.
- Page 364, art. 977, ligne 3. — Au lieu de : *perte, détérioration*, lire : *perte, de la détérioration*.
- Page 369, art. 990, ligne 3. — Au lieu de : *doit le résoudre*, lire : *peut le résoudre*.
- Page 375, art. 1008, ligne 1. — Au lieu de : *a loué un ouvrage*, lire : *a livré un ouvrage*.
- Page 375, art. 1010, ligne 1. — Supprimer : 1005, et ajouter : 1009.

- Page 376, art. 1014, ligne 4. — Au lieu de : *est en mesure*, lire : *est en demeure*.
- Page 376, art. 1014, ligne 5. — Au lieu de : *1008*, lire : *1010*.
- Page 394, art. 1062, ligne 2. — Supprimer : *à faire*.
- Page 401. — Au lieu de : *Section première*, lire : *Chapitre premier*.
- Page 407, art. 1105 (note). — Au lieu de : *l. ch.*, lire : *l. un*.
- Page 413, art. 1122 (marge), ligne 23. — Au lieu de : *Fazoumi*, lire : *Fayoumi*.
- Page 413, art. 1122 (marge), ligne 37. — Au lieu de : *venit*, lire : *velit*.
- Page 414, art. 1125, ligne 3. — Au lieu de : *et subit*, lire : *ou subit*.
- Page 424, art. 1152, ligne 4. — Au lieu de : *qu'elle représentait*, lire : *qu'il représentait*.
- Page 430, art. 1174, ligne 5. — Au lieu de : *de dépôt*, lire : *du dépôt*.
- Page 432, art. 1182 (marge), ligne 3. — Au lieu de : *demandeur*, lire : *défendeur*.
- Page 438, art. 1211, ligne 2. — Au lieu de : *et planter*, lire : *ou planter*.
- Page 439, art. 1212, ligne 1. — Au lieu de : *du cas prévu*, lire : *des cas prévus*.
- Page 441 (marge). — Reporter la note de l'art. 1220 à l'art. 1221.
- Page 452, art. 1250, ligne 1. — Au lieu de : *la présence*, lire : *la personne*.
- Page 456, art. 1262 (marge), ligne 17. — Au lieu de *Gisbert*, lire : *Gibert*.
- Page 461, art. 1275, ligne 4. — Au lieu de : *telle que*, lire : *tel que*.
- Page 476. — Au lieu de : *Chapitre II*, lire : *Chapitre III*.
- Page 486, art. 1354, ligne 7. — Au lieu de : *pour la formation*, lire : *par la formation*.
- Page 487. — Au lieu de : *Chapitre III*, lire : *Chapitre IV*.
- Page 493, art. 1375 (marge), ligne 31. — Au lieu de : *commendacis*, lire : *commendacio*.
- Page 494, art. 1375 (marge), ligne 27. — Au lieu de : *Casangis*, lire : *Casaregis*.
- Page 517, art. 1436 (marge), ligne 9. — Au lieu de : *suivant*, lire : *suivent*.
- Page 540, art. 1499, ligne 3. — Au lieu de : *la société*, lire : *les associés*.
- Page 540, art. 1499, ligne 8. — Au lieu de : *du fonds, ils*, lire : *du fonds social, ils*.
- Page 550, art. 1527, ligne 3. — Au lieu de : *en bloc*, lire : *à forfait*.
- Page 552, art. 1533, ligne 1. — Au lieu de : *le mandant*, lire : *le mandat*.
- Page 560. — Au lieu de : *Chapitre III*, lire : *Chapitre IV*.
- Page 566, art. 1582, ligne 1. — Au lieu de : *de Khlania*, lire : *de Khania*.
- Page 567, art. 1586, ligne 2. — Au lieu de : *ou lieu*, lire : *au lieu*.
- Page 605, art. 1702 (note) ligne 2 — Au lieu de *Vaugerow*, lire : *Vangerow*.
- Page 608, art. 1709 (marge), ligne 9. — Au lieu de : *le tuteur*, lire : *le mineur*.
- Page 609, art. 1712 (marge), ligne 1. — Au lieu de : *pour le paiement*, lire : *par le paiement*.
- Page 629, art. 1777 (marge), ligne 6. — Au lieu de : *opposer*, lire : *apposer*.
- Page 636, art. 1799, ligne 7. — Au lieu de : *de titre*, lire : *du titre*.
- Page 643, art. 1817 (marge), ligne 8. — Au lieu de : *el Maouare*, lire : *el Maouaze*.
- Page 679, art. 1928 (marge), ligne 6. — Au lieu de : *payer*, lire : *purger*.
- Page 690, lignes 20 et 21. — Au lieu de : *çafadjah, çastah*, lire : *çafadjah, çastah*.
- Page 691, art. 1964 (marge), ligne 20. — Au lieu de : *Endemoun*, lire : *Endemann*.
- Page 704, art. 2011 (marge), ligne 3. — Au lieu de : *çafadjah*, lire : *çafadjah*.
- Page 709, art. 2028, ligne 6. — Au lieu de : *la liquidation judiciaire*, lire : *le concordat préventif*.
- Page 720, art. 2068, ligne 4. — Au lieu de : *l'acte de change*, lire : *l'action de change*.
- Page 739, art. 2134 (note). — Au lieu de : *384*, lire : *334*.
- Page 757, ligne 4. — Au lieu de : *naouarel*, lire : *naouazel*.
- Page 768, art. 2227, ligne 12. — Au lieu de : *d'être annulé*, lire : *à être annulé*.

- Page 782, art. 2273, ligne 19. — Au lieu de : *du bilan et de livres ou registres et des autres*, lire : *du bilan et des livres ou registres et autres*.
- Page 805, art. 2346, ligne 2. — Au lieu de : *les dire*s, lire : *les livres*.
- Page 808, art. 2354, ligne 4. — Au lieu de : *versements*, lire : *des versements*.
- Page 809, art. 2355, ligne 2. — Au lieu de : *partie de l'exploitation*, lire : *partie l'exploitation*.
- Page 818, art. 2386, ligne 3. — Au lieu de : *l'exploitation de commerce*, lire : *l'exploitation du commerce*.
- Page 821, art. 2395, ligne 10. — Au lieu de : *et non par lui*, lire : *et non livrés par lui*.
- Page 823, art. 2402, ligne 3. — Au lieu de : *appartenaient en temps du*, lire : *appartenaient au temps du*.
- Page 824, art. 2403, ligne 4. — Au lieu de : *n'aura été payée ni réglée*, lire : *n'aura été ni payée, ni réglée*.
- Page 824, art. 2405, ligne 2. — Au lieu de : *acquises*, lire : *acquis*.
- Page 828, art. 2416, ligne 2. — Au lieu de : *les nantissements*, lire : *le nantissement*.
- Page 832, art. 2428, ligne 4. — Au lieu : *de discussion, des immeubles qui*, lire : *de discussion des immeubles, qui*.
- Page 832, art. 2428, ligne 11. — Au lieu de : *la créance hypothécaire*, lire : *les créances hypothécaires*.
- Page 834. — Au lieu de : *F. Des créanciers de la femme du failli*, lire : *F. Des créances de la femme du failli*.
- Page 834, art. 2433, ligne 2. — Au lieu de : *contrat du mariage*, lire : *contrat de mariage*.
- Page 837, art. 2440, ligne 1. — Supprimer les mots : *nonobstant le concordat*.
- Page 838, art. 2443, ligne 6. — Au lieu de : *une partie de compte*, lire : *une partie du compte*.
- Page 840, art. 2452, ligne 6. — Au lieu de : *pour la convocation*, lire : *pour la conservation*.
- Page 842, art. 2456, ligne 8. — Au lieu de : *garanties d'exécution*, lire : *garantir l'exécution*.
- Page 846, art. 2469, ligne 3. — Au lieu de : *s'il est engagé*, lire : *s'il s'est engagé*.



AVANT PROJET  
DE  
CODE CIVIL ET COMMERCIAL TUNISIEN

---

LIVRE 1<sup>er</sup>

---

TITRE PREMIER

*Des obligations en général*

ARTICLE PREMIER

*École malékite.* — L'idée de l'obligation comme lien personnel est nette dans la définition du prêt (KHALIL, III, 491) et dans la théorie du gage (ibid., III, 524); il y entre aussi un élément moral, la conscience du débiteur (ibid., III, 511; IV, 122, 254). Voir également les définitions dans : TAOUZI, II, 155; TA-SOULI, II, 156; cf. BENNANI, V, 216; ZARKANI, V, 216-217. Distinction nette entre le droit réel, ayant pour objet la chose, et le droit d'obligation, qui engage la personne : *Tohfât* d'IBN ACEN, 1017; BENNANI, VIII, 203; HAMAOUÏ sur IBN NADJIM, I, 319 et qui est un droit patrimonial: HAMAOUÏ, II, cf. 44 note 2. Droit de contrainte: cf. IBN NADJIM, 41-47; *Tohfât*, 1018; HAMAOUÏ, II, p. 42, notes 2, 3, 4, p. 56, note 2, 71, note 3. Distinction entre l'obligation et l'action: ibid., 44 et note 2, 209, note 6; cf. *Medjella*, art. 158; *Morched-el-Hairan*, 168, 195, 262. Différentes définitions de l'obligation dans IBN NADJIM, II, 209 et HAMAOUÏ, *ad loc*, note 6. Distinction entre l'obligation de *faire* et l'obligation de *donner*: ZARKANI, V, 161.

ARTICLE PREMIER

L'obligation est un lien de droit en vertu duquel une personne peut être astreinte, envers une autre, à donner, à faire ou à ne pas faire quelque chose dans les conditions déterminées par la loi.

cf. 1126 fr.

ART. 2

cf. *Eddor-el-Mokhtar*, IV, 234.  
*Morched-el-Hairan*, 168.  
IBN NADJIM, II, 209.

ART. 2

Les obligations dérivent des conventions et autres déclarations de volonté, des quasi-contrats, des délits et des quasi-délits.

cf. 1370, 1371, 1382 fr. — 93 Egypt. indig.

TITRE II

*Des causes des obligations*

CHAPITRE PREMIER

Des obligations qui dérivent des conventions et autres déclarations de volonté.

SECTION PREMIÈRE

*Des éléments nécessaires à la validité des obligations qui dérivent d'une convention ou autre déclaration de volonté*

ART. 3

TAOUDI, II, 6 ; TASOULI, II, 6 (vente).  
*Medjella*, 102, 163, 190, 191.  
TASOULI, II, 155 (capacité).  
*Medjella*, 361, 362, 363, 433, 444, 448, 449, 628, 1458.  
*Morched-el-Hairan*, 267.

N. B. — La forme n'est pas considérée en droit musulman comme un élément essentiel du contrat, sauf dans quelques cas spéciaux (voir notes aux art. ).

Il faut d'ailleurs que l'obligation représente un intérêt ; une obligation ayant pour objet un grain de blé serait non avenue (TAOUDI, I, 30), de même que celle dont l'objet ne pourrait avoir aucune utilité pour l'homme (ZARKANI, V, 16, 17.) Par conséquent, là où il n'y a point d'intérêt, il n'y a point d'action (IBN NADJIM, II, 141 et 2 ; ZARKANI, VII, 156, et HAMAOU, II, 141 ; cf. DIGESTE, XLV, 1, 97 § 1 ; XIX, 2, 32 ; XIII, 1, 14), pas plus qu'il n'y a de lien de droit « car les conventions ont été introduites en vue de l'utilité » *Eddor-el-Mokhtar*, IV, 411.

ART. 3

Les éléments nécessaires pour la validité des obligations qui dérivent d'une déclaration de volonté sont :

- 1° la capacité de s'obliger ;
- 2° une déclaration valable de volonté portant sur les éléments essentiels de l'obligation ;
- 3° un objet certain pouvant former objet d'obligation ;
- 4° une cause licite de s'obliger.

cf. 1108 fr. — 1104 it.

SECTION II

§. I. — *De la capacité*

ART. 4

*Morched-el-Hairan*, 278.

HAMAOUÏ SUR IBN NADJIM, I, 355, note 3.

Pacte fondamental de 1857, art. 9. (BOMPARD, 399).

La capacité est présumée jusqu'à preuve contraire (IBN FARHOUN, I, 273.)

ART. 5

*Hidaya*, ap. HAMAOUÏ, II, 178, note 2.

*Morched-el-Hairan*, 92 (legs).

IBN NADJIM, II, 176, *ibid.*, 178, note 2; I, 400.

Pacte fondamental tunisien de 1857 (art. 3 et 11, BOMPARD, p. 399). Traité italo-tunisien de 1868, art. 8 et 19. (BOMPARD, p. 462, 464.)

Les biens du dhimmi sont inviolables, à l'égal de ceux des musulmans : HAMAOUÏ, II, 272, note 1.

Le dhimmi est assimilé au musulman en vertu de la convention qui établit la protection musulmane sur lui (*Radd-el-Mokhtar*, VI, 97); le juge doit traiter également le musulman et le non-musulman qui paraissent devant lui (LAMIAT EZZAKAK, 158; ZARKANI, VII, 134. Le juge musulman peut aussi juger les différends entre non-musulmans (dhimmi) lorsque ceux-ci lui soumettent volontairement leurs affaires, mais il leur appliquera la loi musulmane (IBN FARHOUN, I, 67); il ne peut connaître des affaires dont l'objet est défendu par la loi musulmane (vin, usure), ni des questions relatives au statut personnel (mariage, divorce, affranchissement), *ibid.*, cette dernière solution est cependant controversée : BENNANI, VII, 110. Le musulman qui commet le délit d'injures contre un non-musulman est passible de peines correctionnelles (*Eddor-el-Mokhtar*, III, 260). La personne humaine n'est jamais assimilée aux choses; « elle est honorée par la loi »; cette règle s'applique aussi aux non-musulmans (*Eddor-el-Mokhtar*, IV, 145).

N. B. — Le non musulman tributaire (dhimmi) ne peut hériter du musulman : *Tohfah* d'IBN ACEM, 1686. Il n'a pas droit à participer aux secours donnés par le *Beit-el-Mal* aux indigents : HAMAOUÏ, II, 176, note 3. Il ne peut avoir d'esclaves musulmans : *ib.*, 178, note 2; cf. Code JUSTINIEN, I, 11, 1. Son témoignage n'est pas reçu contre un musulman (*Eddor-el-Mokhtar*, VI, 96 et *Radd-el-Mokhtar*, *ibid.*)

ART. 4

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

cf. 1128 fr. — 1105 it.

ART. 5

La différence du culte ne crée aucune différence entre les musulmans et les non-musulmans, en ce qui concerne la capacité de contracter et les effets des obligations valablement formées par ces derniers et envers eux.

ART. 6

(1) *Tohfat* d'IBN ACEM, vers 545 et note 427; 1015 et note 958.

*Radd-el-Mokhtar*, v, 123; *Medjella*, 957.

IBN NADJIM, II, p. 25, et HAMAOU, note 7.

HAMAOU, II, p. 41; IBN NADJIM, II, 145, note 8. HAMAOU sur IBN NADJIM, II, 143, note 6 (tutelle).

Code Tunisien de 1861, art. 118.

(2) cf. ZARKANI, VIII, 178. « On peut laisser un legs à une mosquée, à un pont, à un édifice public, quoique ces choses soient incapables de posséder, car on sous-entend par là ceux qui retirent un profit de ces choses... ». Sur la conception de personne juridique: ZARKANI, VII, 76. La succession vacante représente le défunt. C'est le défunt qui est le sujet actif et passif des droits. Voir ZARKANI, v, 83, pour les *Malékites*, et IBN NADJIM, II, 17, 126, 131; *Eddor-el-Mokhtar*, IV, 374; HAMAOU, II, 17, pour les *Hanéfites*, (cf. DIGESTE, IX, 2, 13, § 2; XL, I, 15 pr. XXVIII, 5, 31).

Quel est le sujet des droits d'une fondation pieuse? (wakf ou habous). Question controversée en droit hanéfite: cf. HAMAOU sur IBN NADJIM, II, 73, note 2; 202, note 6; IBN NADJIM, II, 204. (Le fondateur du habous, d'après ABOU-YOUSOUF; les dévolutaires pris collectivement, d'après MOHAMED).

Le legs fait « au Temple de Jérusalem », « à la Kaaba », sans autre indication, est valable; le montant du legs doit être employé, soit à l'entretien du temple et au service du culte, soit en faveur des pauvres attachés au temple (*Eddor-el-Mokhtar*, v, 583). Le legs fait à un enfant non encore né est valable (*Eddor-el-Mokhtar*, v, 577).

ART. 6

Sont absolument incapables de contracter, si ce n'est par les personnes qui les représentent: (1)

1° les mineurs jusqu'à l'âge de douze ans révolus;

2° les majeurs atteints d'aliénation mentale qui les prive complètement de leurs facultés;

3° les personnes morales que la loi assimile aux mineurs (2).

Instit. III, 19 § 10, déments, DIGESTE, XLIV, 7 1 § 12, L. 17, 5. — Instit. III, 19 § 8, personne morale, DIGESTE, XLI, 2, 1 § 22; XXXVIII, 3 § 1; IV, 3, 15 § 1, L. 1, 14. — cf. 104, 106 C. C. all. (sept ans). — AUBRY et RAU, 343, note 3 (dans ce sens pour les mineurs; *contra* pour le cas de démence). — Dans ce sens: MARCADÉ, sur l'art. 1108, n° 3, (mineurs).

ART. 7

(1) TAOUÏI, II, 296; Code Tunisien de 1861, art. 118, 143.

IBN NADJIM, II, 143; (le mineur non assisté ne peut pas ester en justice). HAMAÛI, II, 141, note 10; (ne peut pas vendre) *Eddor-el-Mokhtar*, IV, 190.

(2) IBN NADJIM, II, 77 et note 13-14.

L'imbécile est assimilé au mineur, sauf pour le mariage, le divorce et autres droits personnels.

*Medjella*, 960, 991; *Eddor-el-Mokhtar*, IV, 190; *Radd-el-Mokhtar*, V, 123, 124.

TAOUÏI, II, 297, 300, 303.

TASOUÏI, II, 297, 299, 300.

L'imbécillité est la faiblesse d'esprit; la folie « c'est le trouble de la faculté par laquelle on perçoit les principes généraux, car la raison n'est autre que cette faculté » : *Eddor-el-Mokhtar*, IV, 102.

(3) *Medjella*, 959.

Le cadhi est chargé d'office de l'interdiction des incapables; il doit aussi donner des tuteurs aux mineurs qui n'en sont pas pourvus, des curateurs aux successions vacantes, aux absents, etc. DIGESTE, II, 1, 1; ZARKANI, VII, 131; IBN FARHOUN, I, 30. Formule *malékite* d'interdiction pour prodigalité; IBN SALMOUN, II, 147. L'incapacité survenant annule le legs, lorsqu'elle persiste jusqu'à la mort de l'auteur de la libéralité : *Eddor-el-Mokhtar*, V, 582.

ART. 8

Code Tunisien de 1861, art. 117.

cf. TAOUÏI, I, 20 (c'est la théorie de KHALIL).

Projet de Code commercial tunisien, art. 2 (vingt-un ans). (Archives, dossier D, n° 8.)

Décret sur le recrutement, 12 djoumad-ettani 1309 (12 janvier 1892), art. 10. (CAUDEL, p. 270.)

*Hanéfites* : La majorité se reconnaît à certains signes physiques de la puberté; dans tous les cas est majeur tout individu ayant dépassé quinze ans pour les garçons; à dix-sept pour les filles (*Eddor-el-Mokhtar*, V, 132; *Radd-el-Mokhtar*, *ad loc.*)

ART. 7

Ont une capacité limitée :

les mineurs au-dessus de douze ans et jusqu'à dix-huit ans révolus non assistés par leur père ou tuteur<sup>(1)</sup>;

les femmes mariées dans les cas exprimés par la loi;

les interdits pour faiblesse d'esprit ou prodigalité non assistés par leur conseil judiciaire, dans les cas où la loi requiert cette assistance<sup>(2)</sup>;

les interdits pour insolvabilité déclarée<sup>(3)</sup>;

et généralement tous ceux auxquels la loi défend certains contrats.

Instit. I, 21, pr. § 1. — DIGESTE, XXVI, 8, 9, pr. 14; XLI, 1, 11, IV, 4, 7 § 2. — Instit. I, 23 § 2. — cf. 215, 481, 484, 489, 502, 504, 513, 1124 fr. — 1105 it. — 106, 114 all. — AUBRY et RAU, 334, § 130, § 133, § 335, note 7.

ART. 8

Est majeur aux effets de la présente loi tout individu du sexe masculin au-dessus de dix-huit ans révolus.

L'enfant du sexe féminin reste sous tutelle jusqu'à son mariage.

ART. 9

(1) *Koran*, IV, 4.

KHALIL, IV, 338; *Amalyat*, 192, 193, 207, 208, 209, 263, 264; *Tohfat* d'IBN ACEM, vers 1290 (dépôt fait à un mineur).

TAOUDI, II, 306, 307; TASOULI, II, 306, 307.

Code Tunisien de 1861, art. 118.

*Morched-el-Hairan*, 354, 809, 841, 917.

IBN NADJIM, II, 68 et note 5 (dépôt fait à un mineur);

Ibid., II, 78 (commodat, louage), etc; Ibid., II, 147;

*Raad-el-Mokhtar*, v, 123.

HAMAOUÏ SUR IBN NADJIM, II, 141, note 10.

(2) *Morched-el-Hairan*, 310, 881.

*Eddor-el-Mokhtar*, v, 151.

En droit musulman, le tuteur n'a aucune autorité sur la personne du mineur : il n'est qu'un mandataire (ZARKANI, VIII, 200) dont le mandat a pour objet la conservation des biens du mineur.

*Koran*, VI, 153; XVII, 36; XVII, 81.

(IBN NADJIM, II, 193; HAMAOUÏ, II, 129 note 4; cf. DIGESTE, III, 5, 3 § 5; XXVII, 3, 4 § 3; Instit. 3, 27 § 2; DIGESTE, 26, 7, 30).

ART. 10

*Medjella*, 967, 1457; *Eddor-el-Mokhtar*, v, 150.

*Morched-el-Hairan*, 84, 270.

IBN-NADJIM, II, 40-41 et note 7; II, 147 et note 5, 145 et note 8.

HAMAOUÏ, II, 148, note 2 (l'incapacité est établie dans l'intérêt du mineur).

ZARKANI, VIII, 177.

« L'incapacité qui frappe le mineur est établie dans son intérêt; elle cesse toutes les fois qu'il s'agit de l'intérêt d'autrui. » ZARKANI, VIII, 175.

Les hanéfites distinguent trois catégories d'actes : 1<sup>o</sup> actes qui sont avantageux à l'incapable — ils sont valides même sans l'assistance du tuteur; — 2<sup>o</sup> actes qui sont désavantageux à l'incapable tels qu'un acte de libéralité pure — ils ne sont pas valides, même lorsqu'ils sont accomplis avec l'assistance du tuteur; — 3<sup>o</sup> actes douteux, par exemple un contrat commutatif — ils ne sont valides que si le tuteur les approuve (*Eddor-el-Mokhtar*, v, 150, 151).

ART. 9

Le mineur au-dessus de douze ans et l'incapable, qui ont contracté sans l'assistance de leur père, tuteur ou curateur, ne sont pas obligés à raison des engagements pris par eux, et peuvent en demander la rescision dans les conditions établies par les articles à (1).

Cependant, ces obligations peuvent être validées par l'approbation donnée par le père, tuteur ou curateur à l'acte accompli par le mineur ou l'incapable (2). Cette approbation doit être donnée en la forme requise par la loi.

cf. 108 all. — cf. 450 fr. — DIGESTE, XXVI, 8, 9 § 5; XLV, 1, 101. — Cod. II, 22, 3. — SAVIGNY, § 322 et s. — WINDSCHEID, § 117. — ARNDTS § 119.

ART. 10

Le mineur au-dessus de douze ans et l'incapable peuvent améliorer leur situation, même sans l'assistance de leur père, tuteur ou curateur, en ce sens qu'ils peuvent accepter une donation ou tout autre acte gratuit qui les enrichit ou qui les libère d'une obligation, sans entraîner pour eux aucune charge.

DIGESTE, XII, 6, 13 § 1. — cf. WINDSCHEID, II, § 289, note 11. — 107 C. C. all.

ART. 11

« L'affirmation du mineur qu'il est autorisé, ne doit être reçue qu'après vérification; si on ne réussit pas à la vérifier, le juge doit nier l'autorisation. »  
cf. HAMAOUÏ sur IBN NADJIM, II, p. 144, note 4.

ART. 12

TASOULI, II, 305; Code Tunisien de 1861, art. 117. Projet de Code commercial, art. 2 (Archives, dossier D, n° 8). Procès-verbal de la Commission de Codification de 1274 (4 kaada) Dossier F, n° 7. (Question controversée en droit malékite). Formule d'autorisation: TOUATI, Manuel des notaires, p. 99-100 (trad. fr.)

Medjella, 968, 969, 970, 972; *Radd-el-Mokhtar*, IV, 241.

IBN NADJIM, II, 80, note 7 *in fine*.

*Morched-el-Hairan*, 27, 29, 816, 841, 917.

D'après l'École hanéfite, l'autorisation du père ou tuteur peut être tacite, mais celle du Tribunal doit être expresse: IBN NADJIM, I, 187; II, 79, et HAMAOUÏ, *ad loc*; elle comprend tous les actes nécessaires: IBN NADJIM, II, 79.

ART. 11

L'obligation ne peut être attaquée par le mineur qui a employé des manœuvres frauduleuses pour induire l'autre partie à croire à sa majorité, à l'autorisation de son tuteur, ou à sa qualité de commerçant.

La simple déclaration, faite par le mineur, ne suffit point pour constituer le dol.

Cod. II, 43, 2, 3. — DIGESTE, IV, 3, 13 § 1, 14; XVI, 3, 1 § 15. — 1405 it. — cf. 1307 fr. — 33 suisse. — cf. 409 all. — AUBRY et RAU, 335 et note 18. — TOULLIER, VII, 589. — VIVANTE, I, n° 85 et note 8. — WINDSCHEID, § 115, art. 10 § 117, note 6.

ART. 12

Le mineur, dûment autorisé à exercer le commerce ou l'industrie, n'est point restituable contre les engagements qu'il a pris à raison de son commerce, ou de son art, dans les limites de l'autorisation qui lui a été donnée; celle-ci comprend, dans tous les cas, les actes qui sont nécessaires à l'exercice du commerce qui fait l'objet de l'autorisation; elle devra être inscrite au registre du commerce.

Cod. II, 45, 1. — 407, 1308 fr. — 487 C. com. fr. — 34 suisse. — 2, 3, 6, 114 C. com. fr. — 112 all. — 9, 11 C. com. it. — AUBRY et RAU, 335 et note 19. — MERLIN, V° Mineur, § 9. — GOLDSCHMIDT GRUND, 24. — VIVANTE, I, § 17.

ART. 13

L'autorisation d'exercer le commerce peut être révoquée à tout moment, pour motifs graves, avec l'autorisation du Tribunal, le mineur entendu. La révocation et l'ordonnance qui l'autorise seront mentionnées au registre du commerce; elle n'a point d'effet à l'égard des affaires qui étaient engagées au moment de la révocation.

cf. 112 all. — 15 C. com. it.

ART. 14

KHALIL, IV, 63, 64.  
*Amalyat*, 209.  
 TASOULI, II, 92, 281, 305, 306.  
 TAOUZI, II, 306.  
*Tohfat* d'IBN ACEM, 1354 et note 1264.  
 HAMAOUÏ SUR IBN NADJIM, 148, note 2.  
*Medjella*, 996 (interdit), cf. 896.  
*Morched-el-Hairan*, 809 (mineur) et 218.  
 HAMAOUÏ SUR IBN NADJIM, II, 78, note 12 *in fine*  
*Eddor-el-Mokhtar*, IV, 241 et *Radd-el-Mokhtar*,  
*ad loc.*

ART. 15

*Medjella*, 599, 776.  
*Morched-el-Hairan*, 274, 841.  
 HAMAOUÏ SUR IBN NADJIM, II, p. 41.

ART. 16

(1) *Koran*, II, 282.  
 TASOULI, II, 305, 306; TAOUZI, II, 306, 307.  
*Amalyat*, 203, 204, 212, 268.  
 KHALIL, III, 506, 513; IV, 603.  
*Morched-el-Hairan*, 276, 916, 282, 284, 355.  
*Medjella*, 446, 967, 1457.  
 HAMAOUÏ SUR IBN NADJIM, II, p. 20, note 5 *in fine*,  
 p. 68, note 4.  
 (2) *Tohfat* d'IBN ACEM, 1355; BENNANI, VII, 94.  
 HAMAOUÏ SUR IBN NADJIM, II, 147, note 8.  
*Eddor-el-Mokhtar*, V, 150 (le mineur ne peut ni  
 affranchir, ni répudier, ni faire une aumône, ni  
 emprunter, même s'il est autorisé par son tuteur.)  
 Le tuteur, en effet, peut augmenter le patrimoine  
 de son pupille; il ne peut pas le diminuer (IBN  
 NADJIM, I, 157; HAMAOUÏ, II, p. 12 note 1, 123  
 note 8; IBN NADJIM, II, 119, 120. — cf. code 5, 37,  
 16. — DIGESTE, XXVII, 10 12, 17; XL, I, 13.)  
 Les seules aliénations permises sont celles exi-  
 gées par l'intérêt évident du mineur, et autorisées  
 par le juge (ZARKANI, VII, 94; VIII, 200; IBN NAD-  
 JIM, II, 17 note 1; HAMAOUÏ, I, 303, 304, 370; II,  
 et n° 4; Code V, 37, 22, 25.)  
 Voir également l'art. de ce projet.

ART. 14

Le mineur et l'incapable sont toujours obligés, à rai-  
 son de l'accomplissement de l'obligation par l'autre  
 partie, jusqu'à concurrence du profit qu'ils en ont tiré.  
 Il y a profit lorsque l'incapable a employé ce qu'il a  
 reçu en dépenses nécessaires ou utiles, ou lorsque la  
 chose existe encore dans son patrimoine.

1312 fr. — 33 suisse. — 110 all. — AUBRY et RAU § 335, note  
 21. — DALLOZ, Oblig. § 190. — Sousse, 15 mars 1894 (*Journ.* 94, 278).

ART. 15

Le contractant capable de s'obliger ne peut opposer  
 l'incapacité de la partie avec laquelle il a contracté.

Inst. I, 21 p. — DIGESTE, XLV, 1, 6; XIX, 1, 13 § 2; XXVIII, 6,  
 5 § 1. — LAURENT, XVI, 21 et suiv. — DEMOLOMBE, XXIV, 298.  
 — ARNDTS § 234. — WINDSCHEID, 321 et note 22-23.

ART. 16

Les actes accomplis dans l'intérêt d'un mineur, d'un  
 interdit ou d'une personne morale, par les personnes  
 qui les représentent, et dans les formes établies par la  
 loi, ont la même valeur que ceux accomplis par les ma-  
 jeurs maîtres de leurs droits<sup>(1)</sup>. Cette règle ne s'applique  
 pas aux actes de pure libéralité, lesquels n'ont aucun  
 effet, même lorsqu'ils sont faits avec l'autorisation requise  
 par la loi<sup>(2)</sup>.

AUBRY et RAU, § 334 et note 17, § 335, note 4. — 1304 it. —  
 cf. 1314 fr.

ART. 17

D'après les *malékites*, le tuteur qui fait le commerce pour le compte de son pupille s'engage aussi personnellement (LAMIATE EZZAKKAK 133-134) « car c'est là un acte qu'il n'avait aucune nécessité d'accomplir. »

ART. 17

Le représentant légal du mineur ou de l'interdit ne peut continuer à exercer le commerce pour le compte de ce dernier, s'il n'y est autorisé par le Tribunal. Cette autorisation n'a d'effet qu'à partir de l'inscription au registre du commerce; l'ordonnance du tribunal devra y être mentionnée.

cf. 12, 14 C. com. it.

SECTION III

*De la déclaration de volonté*

§ I. — *De la déclaration unilatérale*

ART. 18

ART. 18

KHALIL, IV, 132, 272.  
*Amalyat*, 402.  
cf. *Medjella*, 170, 171, 435, 4511, 4568.  
HAMAOUÏ SUR IBN NADJIM, I, 271, 272.  
IBN NADJIM, II, 34, 35, 110 et noté 3-4.  
« L'expression est dominée par l'intention », dit HAMAOUÏ, I, 274. Il faut donc que l'intention de s'obliger soit sérieuse, qu'elle ne soit pas exprimée par manière de plaisanterie. (HAMAOUÏ, I, 325; IBN KACHED, ap. BENNANI, V, 6, *Radd-el-Mokhtar*, IV, 6) ni accompagnée d'une formule dubitative, telle que « s'il plaît à Dieu », (*Eddor-el-Mokhtar*, IV, 66), ou comme l'énonciation d'une intention, d'un projet (IBN NADJIM, I, 34-35) ni exprimé en une forme dubitative : « je pense, je crois... » (*Eddor-el-Mokhtar*, IV, 650). Dans le même sens, les *malékites*. IBN FARHOUN, II, 56-57. Lorsque la formule « il plaît à Dieu » est apposée à la fin d'un acte contenant différentes clauses, est-ce l'acte tout entier qui est annulé, ou la dernière clause seulement? L'opinion dominante chez les *hanéfites* est pour la nullité de la dernière clause seulement : *Eddor-el-Mokhtar*, IV, 506.

La simple promesse ne crée point d'obligation.

DIGESTE, XLIV, 7, 55. — LAURENT, XV, 430. — DEMOLOMBE, XXIV, 13. — cf. AUBRY et RAU, IV, § 297. — DALLOZ, Rép. V<sup>o</sup> Oblig., 45.

ART. 19

*Amalyat*, 402, 403.  
cf. *IBN NADJIM*, II, 163.

L'auteur d'une fondation pieuse ne peut plus changer les clauses de l'acte de fondation après qu'il a été confirmé par ordonnance du cadhi : *IBN NADJIM*, II, 251, note 4.

La simple *pollicitation* (*nadhir*) ne crée point d'obligation en droit musulman comme en droit romain ; on a dérogé à ce principe en faveur de quelques causes spéciales, telles que les institutions pieuses et de bienfaisance, les établissements publics, etc. (*Argum. Koran*, 76, 7, et 24, 52 ; cf. *Eddor-el-Mokhtar*, III, 95, 96 ; V, 495 ; *IBN NADJIM*, I, 143 ; *ZARKANI*, VIII, 126 ; *Amalyat*, 402, 403, et *DIGESTE*, L, 12, 2, 4, 7, 9, 14, 15.)

ART. 20

*Arg. Koran*, 12, 72.  
*TASOULI*, II, 189.

*KHALIL*, IV, 647. (Ce contrat se confond avec le marché à forfait ; il est soumis en droit malékite à plusieurs restrictions, dont nous n'avons pas tenu compte). Celui qui accomplit le fait a droit à la récompense, alors même que la promesse ne lui aurait pas été faite personnellement (*ZARKANI*, VII, 60). La promesse de récompense peut-elle avoir un objet qui n'a aucune utilité pour le promettant ? par exemple, le fait de gravir une montagne ? Question controversée chez les *malékites* (*ZARKANI*, VII, 63). Elle ne peut avoir pour objet un fait illégitime ; par exemple, chasser les démons du corps de quelqu'un ou faire des incantations (*ibid.*) Celui qui accomplit le fait sans savoir qu'une récompense a été promise a droit à la récompense, s'il accomplit par profession des faits de ce genre ; dans le cas contraire, il a droit à un salaire proportionnel et au remboursement de ses dépenses, mais ne peut réclamer la récompense (*ZARKANI*, I. c.)

*Hanéfites* : la promesse à la personne indéterminée qui accomplira un fait est nulle : *IBN NADJIM*, II, 59.

La question n'est pourtant pas décidée : voir *Eddor-el-Mokhtar*, V, 79, 80 ; *Radd-el-Mokhtar*, V, 79. III, 443-444.

ART. 19

La promesse unilatérale de donner une chose ou une valeur déterminée à une institution ou à un corps moral, telle qu'une mosquée, un hospice, ne crée d'obligation que si elle est acceptée avant sa révocation par ceux qui représentent légalement l'institution ou le corps moral.

ART. 20

La promesse d'une récompense faite par affiches, ou autre moyen de publicité, à celui qui trouvera un objet perdu, ou accomplira un autre fait déterminé, est réputée acceptée par celui qui, même sans connaître l'avis, rapporte l'objet ou accomplit le fait, et elle oblige l'auteur de la promesse à accomplir, de son côté, la prestation promise.

cf. *Instit.* II, 20 § 27. — *DALLOZ*, *Oblig.* 48. — 657 all.

cf. *ZEYS*, *Droit musulman*, II, 595.

ART. 21

ZARKANI, VII, 64; TOUATI, Manuel des notaires, p. 143 (traduction française). L'offre ne peut plus être retirée par le promettant dès qu'il y a eu commencement d'exécution. La récompense n'est due, d'après les malékites, que si le fait a été accompli entièrement, de la manière prévue par l'auteur de la récompense (BENNANI, VII, 60; ZARKANI, *ibid.*). Cependant si le promettant peut utiliser l'ouvrage déjà accompli, il est tenu de payer celui qui l'a fait en proportion de son travail, (*ibid.*) et pour plus de détails : ZEYS, Droit musulman, II, n° 595.

ART. 21

La promesse de récompense peut être révoquée tant que le fait prévu n'a pas été accompli, mais elle peut donner lieu à une indemnité équitable lorsque la révocation survient après l'exécution commencée.

La révocation n'est valable que si elle est faite en la même forme que la promesse, ou si elle a été personnellement notifiée à l'autre partie. Celui qui a fixé un délai pour l'accomplissement du fait prévu est présumé avoir renoncé au droit de révoquer sa promesse jusqu'à l'expiration du délai.

658 all. — TOULLIER, VI, 30. — DEMOLOMBE, XXIV, 65. — LAURENT, XV, 476. — SAVIGNY, Oblig. II, 90, sq. — WINDSCHEID, § 308.

ART. 22

Comparez TOUATI, Manuel des notaires, 143 (traduction française); ZARKANI, VII, 63-64; BENNANI, VII, 64.

ART. 22

Si plusieurs personnes ont accompli en même temps le fait prévu par la promesse de récompense, le prix ou récompense promis est partagé entre eux. Si elles l'ont accompli en des temps divers, la récompense appartient au premier en date; si elles l'ont accompli chacune pour une part, la récompense est partagée dans la même proportion; si le prix ou récompense ne peut se partager, ou ne peut être donné qu'à un seul, d'après les termes de la promesse, la décision est remise à la voie du sort.

cf. 659 all. et ZEYS, Droit musulman, II, n. 596.

ART. 23

HAMAQI sur IBN NADJIM, I, 271, 272. Ainsi, la nonciation n'a pas besoin d'être acceptée par l'autre partie : HAMAQI, *ib.*, II, p. 8, note 1; p. 43, note 5.

ART. 23

Dans les obligations unilatérales, les engagements sont obligatoires dès qu'ils sont parvenus à la connaissance de la partie envers laquelle ils sont pris.

39 C. com. it. — cf. 1103 fr.

ART. 24

(1) KHALIL, IV, 132, 272; ZARKANI, V, 24.  
*Amalyat*, 402; *Morched*, 262 et *Medjella*, 170, 171, 435, 1514, 1568. Il n'y a point de contrat lorsque la volonté de l'un des contractants est dirigée vers un objet différent, ou vers une partie de l'objet, ou vers une convention différente, de ceux voulus par l'autre partie (*Radd-el-Mokhtar*, IV, 6.)  
HAMAQI, I, 271, 272.

(2) *Medjella*, 254, 255, 257, 259; *Morched*, 417.  
Les consentements doivent être échangés *in ipso congressu* (*Radd-el-Mokhtar*, IV, 25-26).

§ II. — *Des conventions*

ART. 24

La convention n'est parfaite que par l'accord des parties sur les éléments essentiels de l'obligation, ainsi que sur toutes les autres clauses que les parties considèrent comme essentielles<sup>(1)</sup>.

Les modifications que les parties apportent d'un commun accord à la convention, aussitôt après sa conclusion, ne constituent pas un nouveau contrat, mais sont censées faire partie de la convention primitive, si le contraire n'est exprimé<sup>(2)</sup>.

DIGESTE, II, 14, 1 § 2, 3, L. 12, 3 pr.; XII, 1, 40.; XVIII, 1, 72.

ART. 25

Dans le doute, le contrat n'est point parfait lorsque les parties ont expressément réservé certaines clauses comme devant former objet d'un accord ultérieur; l'accord intervenu, dans ces conditions, sur une ou plusieurs clauses, ne constitue pas engagement, alors même que les préliminaires de la convention auraient été rédigés par écrit.

154 all. — cf. AUBRY et RAU, § 343 et note 21. — WINDSCHEID, § 310, n° 2, 312.

ART. 26

Lorsque les parties ont considéré le contrat comme parfait, malgré la réserve d'une ou plusieurs clauses, le dissentiment survenu entre elles sur l'une de ces clauses réservées n'annule pas la convention, s'il résulte des circonstances que les parties l'auraient également conclue, même à défaut d'accord sur la clause en discussion.

155 all. — 2 suisse. — cf. Cassat., 2 janvier 1878 (S. 78, 1, 264).

ART. 27

Code Tunisien de 1861, art. 187.

Procès-verbaux de la Commission de codification de 1274 (27 kaada), dossier f., n° 11, et la formule de protestation secrète, dans TOUATI, Formulaire des notaires, pages 201 et 202.

Le droit musulman admet la restriction mentale, et la protestation secrète, dans certains cas exceptionnels où l'on est contraint d'agir sous le coup d'une violence ou autre cause qui ôte à la partie la liberté de sa décision (cf. IBN FARHOUN, II, 2, sq. 9, et la formule de protestation secrète dans TOUATI, Formul., 201, 202); ZARKANI, VII, 221; TAOUH, I, 231, 232; TASOULI, *ad loc*; les hanéfites, surtout, en abusent : HAMAOUH sur IBN NADJIM, I, 126; *Ed-dor-el-Mokhtar*, 113, 114; IBN NADJIM, I, 119; *Radd-el-Mokhtar*, VI, 426; cf. TASOULI, I, 329. Il en est de même en droit romain, cf. DIGESTE, XL, 9, 17 pr. et 17, § 1, Cod., VII, 40, 2; et en droit canon, dans un cas spécial, c. 26, x, *de Sponsal*, IV, 1, (*Protestatio clandestina*) et, en général, cap. IV, causs., XXXI, Quest. 2. La protestation secrète est énergiquement réprouvée par les juriconsultes plus récents : voir LAMEATE EZZAKKAK, page 192. (Le Cadhi doit la prohiber, car elle est un acte de mauvaise foi et de trahison.)

ART. 27

Les réserves ou restrictions qui ne sont pas portées à la connaissance de l'autre partie ne peuvent ni infirmer ni restreindre les effets de la déclaration de volonté telle qu'elle résulte de son expression apparente.

cf. 116 all.

ART. 28

La déclaration de volonté simulée, et dont la simulation est connue de l'autre partie, est nulle et non avenue.

Cependant, lorsque la simulation couvre un autre rapport de droit valable et réellement voulu par les parties, on appliquera les principes qui régissent ce rapport de droit. La preuve de la simulation doit être faite par celui qui l'allègue.

DIGESTE, XLIV, 7, 54; XVIII, 1, 55; XVIII, 2, 4, 5; XVIII, 1, 36; XIX, 2, 46. — Cod. IV, 22, 5; IV, 38, 3; II, 4, 18. — 117 all. — LAURENT, XVI, 497 et s. — Cassation, 6 mars 1883 (D. P. 84, 1, 11) et 29 mai 1876 (D. P. 76, 1, 361).

ART. 29

(1) IBN NADJIM, I, 7 et HAMAOUÏ (exception pour le mandat dans quelques cas).

« Le propriétaire dit à la personne qui occupe sa maison : si vous voulez continuer à l'occuper, vous me donnerez tant par mois ; l'autre ne répond pas et continue à occuper la maison : il doit payer la somme fixée... » *Eddor-el-Mokhtar*, v, 75, 76.

ZARKANI, v, 6.

ART. 29

L'offre faite à une personne présente, sans fixation de délai, est non avenue, si elle n'est acceptée sur-le-champ par l'autre partie<sup>(1)</sup>.

Cette règle s'applique aux offres faites au moyen du téléphone par une personne à une autre.

L'acceptation d'une offre faite à une personne présente peut aussi être tacite.

DIGESTE, II, 14, 1 § 2, 3. — L. 12, 3 pr. ; XLIV, 7, 2 § 10. — 146 all. — 4 suisse. — TOULLIER, VI, 24, 32 et S. — TROPLONG, Vente, I, 29. — AUBRY et RAU, § 343.

ART. 30

(1) *Morched-el-Hairan*, 346 ; *Fetoua - Hendia*, III, 9 ; IBN NADJIM, II, 196.

(2) IBN NADJIM, II, 196.

ART. 30

Le contrat par correspondance est parfait au moment et dans le lieu où celui qui a reçu l'offre répond en l'acceptant<sup>(1)</sup>.

Le contrat par le moyen d'un messenger ou intermédiaire est parfait au moment et dans le lieu où celui qui a reçu l'offre répond à l'intermédiaire qu'il accepte<sup>(2)</sup>.

*Dans ce sens* : 8 suisse. — DURANTON, XVI, 45. — DUVERGIER, I, 58. — MARCADÉ, sur l'article 1108, n° 2. — DEMOLOMBE, XXIV, 73. — cf. DALLOZ, Vente, 86, Oblig., 98. — RUBEN DE COUDER, v° Vente, n° 83. — AUBRY et RAU, § 343. — SERAFINI, *Il Telegrafo nelle sue relazioni colle Giurispr.* § 20 et Cassation, 6 août 1867 (S. 67, 1, 400).

En droit romain (DIGESTE, XLIV, 7, 1, 15 ; XLV, 1, 1 pr. — cf. XXXIII, 5, 8 § 2) l'acceptation doit être parvenue au proposant ; *dans le même sens* : 130 all. — TOULLIER, VI, 29. — LAURENT, XV, 479. — TROPLONG, Vente, I, 24, etc.

ART. 31

(1) IBN NADJIM, II, 60.  
*Radd-el-Mokhtar*, IV, 8.  
HAMAOUI SUR IBN NADJIM, I, 188.

ART. 31

Lorsqu'une réponse d'acceptation n'est pas exigée par le proposant ou par l'usage du commerce, le contrat est parfait dès que l'autre partie en a entrepris l'exécution ; l'absence de réponse vaut aussi consentement, lorsque la proposition se rapporte à des relations d'affaires déjà entamées entre les parties<sup>(1)</sup>.

DIGESTE, XXIII, 1, 7 § 1, 12 pr. Cod. V., 4, 5. — 1895 fr. — 8 suisse. — 323 Com. all. — Montpellier, 3 juillet 1885 (S. 86, 2, 56). — RUBEN DE COUDER, *v<sup>o</sup> Vente*, n<sup>o</sup> 86. — cf. Cassation, 25 mai 1870 (S. 70, 1, 341) et LAURENT, XV, 483. — AUBRY et RAU, § 343 et note 20.

ART. 32

*Medjella*, 184, 185.

Celui qui a fait une offre, ou déclaré son acceptation, peut-il la rétracter *in eodem congressu*? Question controversée en droit malékite; l'opinion dominante est pour la négative : ZARKANI, v, 3. Voir cependant IBN FARHOUN, II, 58. « Celui qui déclare s'engager et rétracte immédiatement après sa déclaration, n'est point obligé. » Dans ce dernier sens, les *hanéfites* : *Medjella*, 184-185. — *Quid* lorsque l'offre est faite par correspondance? « Celui qui a fait une offre peut la rétracter avant l'acceptation de l'autre partie; mais, dit IBN ROCHD, si le proposant rétracte son offre après que l'autre partie a répondu en acceptant, ... le proposant est obligé en vertu de son offre. » ZARKANI, v, 6.

ART. 32

La proposition est révocable tant que le contrat n'est point parfait; mais si la rétractation parvient à l'autre partie après qu'elle a entrepris l'exécution, le proposant peut être tenu des dommages-intérêts envers elle.

WINDSCHEID, § 307. — AUBRY et RAU, § 343. — DEMOLOMBE, XXIV, 65, 70. — LAURENT, XV, 477. — 36 C. Com. it. — cf. DALLOZ, *Lettre missive*, 17, *Vente*, 92, 94. — 145 all. — DIGESTE, XL, 2, 4 pr.; XVII, 1, 15; XLVI, 3, 12, 2; XIV, 6, 12.

ART. 33

cf. ZARKANI, v, 24. (Si l'une des parties a en vue un objet déterminé et l'autre un objet différent, il n'y a point contrat, car il n'y a point accord des volontés.)

*Radd-el-Mokhtar*, IV, 25. Il n'y aurait point de contrat, si la réponse était restrictive ou avait en vue un objet différent.

ART. 33

Une réponse conditionnelle ou restrictive équivaut au refus de la proposition, accompagné d'une proposition nouvelle.

MERLIN, *Rép. v<sup>o</sup> Vente*, § 1, art. 3. — DIGESTE, XLV, 1, 3. — AUBRY et RAU, § 343 2<sup>o</sup>. — DEMOLOMBE, XXIV, 52, 53. — 36 C. Com. it. — cf. PARDUSSUS, *Dr. Com.*, I § 144 à 146. — 150 all. — DALLOZ, *Oblig.*, 103, 104.

ART. 34

(1) *Medjella*, 66.  
IBN NADJIM, I, 183, 184.

(2) IBN NAMIM, II, 60.  
Lorsque deux propositions ont été faites l'une après l'autre, l'acceptation est présumée se référer à la dernière ; exemple : le proposant dit d'abord : « je vous vends ceci pour mille drachmes ». — Il dit ensuite : « je vous vends ceci pour cent dinars. » Si l'autre partie répond simplement : *j'accepte*, la vente est censée conclue pour cent dinars : *Radd-al-Mokhtar*, IV, 10.

ART. 34

La réponse est réputée conforme aux offres, lorsque celui qui répond dit simplement qu'il accepte<sup>(1)</sup> ou lorsqu'il exécute le contrat sans faire aucune réserve<sup>(2)</sup>.

cf. DALLOZ, Oblig., 103.

ART. 35

Celui qui a fait une offre en fixant un délai pour l'acceptation est engagé envers l'autre partie jusqu'à expiration du délai. Il est dégagé si une réponse d'acceptation ne lui parvient pas dans le délai fixé.

TOULLIER, VI, 30. — DEMOLOMBE, XXIV, 65. — LAURENT, XV, 476, 477. — 3 suisse. — DALLOZ, Oblig., 101. — 148 all.

ART. 36

Celui qui fait une offre par correspondance sans fixer un délai est engagé jusqu'au moment où une réponse expédiée dans un délai moral raisonnable devrait lui parvenir régulièrement, si le contraire ne résulte expressément de la proposition.

Si la déclaration d'acceptation a été expédiée à temps, mais ne parvient au proposant qu'après l'expiration du délai fixé, le proposant n'est pas engagé, sauf le recours de la partie en dommages-intérêts contre qui de droit.

147, 158, all. — 36 C. Com. it. — DALLOZ, Rép. 67, 2, 193 ; 67, 2, 194 ; 71, 1, 61 ; 76, 5, 313. — TOULLIER, VI, note 24. — DEMOLOMBE, XXIV, 67. — AUBRY et RAU, § 343. — LAURENT, XV, 477. — Cassat., 28 février 1870 (D. P. 71, 1, 61).

ART. 37

cf. ZARRANI, v, 121.  
Séculs : les *hanéfites* : la mort du proposant empêche la perfection du contrat : *Radd-el-Mokhtar*, IV, 25.

ART. 37

La mort ou l'incapacité de celui qui a fait une offre, lorsqu'elle survient après le départ de la proposition, n'empêche point la perfection du contrat, lorsque celui auquel elle est adressée l'a acceptée avant de connaître la mort ou l'incapacité du proposant.

130, 153 all. — *Contrà* : TOULLIER, VI, 31. — DUVERGIER, I, 55. — AUDRY et RAU, IV, § 343. — LAURENT, XV, § 478. — Voir aussi dans le sens de la nullité : DIGESTE, XII, 1, 41 ; XXXIX, 5, 2 § 6 ; XXIX, 2, 48 ; XXXIII, 5, 8 § 2.

ART. 38

La vente aux enchères est autorisée par l'exemple du prophète (*Eddor-el-Mokhtar*, IV, 183 et 184).

Code Tunisien de 1861, art. 516. (Dans la vente aux enchères, le dernier enchérisseur sera tenu au paiement du prix, s'il convient au vendeur de l'accepter, et la déclaration du crieur fera foi entre les parties.)

Cependant, la théorie d'IBIANI et la coutume du Maghreb et de la Mecque sont dans le sens de l'article ci-contre : BENNANI, v, 6-7 ; ZARRANI, v, 6. Voir également BOURZOULI, cité par BENNANI, v, 5. Un cas analogue est celui de la personne qui expose un objet en vente à un prix déterminé ; il y a là une offre de contrat qui devient obligatoire dès que le prix indiqué est offert (théorie de BOURZOULI, BENNANI, v, 5.) Un marchand expose un objet à son étalage ou le colporte au marché, sans indiquer le prix : un paysan lui demande « combien vendez-vous cet objet ? » Le marchand répond en indiquant un prix ; l'autre lui dit « à ce prix, je vous l'achète ». Le contrat est parfait, et le marchand ne serait pas fondé à prétendre qu'il n'avait pas l'intention de vendre l'objet, mais simplement celle de répondre à une question. (ZARRANI, v, 6.)

ART. 38

La mise aux enchères est une offre de contrat ; elle est réputée acceptée par celui qui donne le dernier prix ; elle est révoquée, lorsque les enchères sont terminées, soit d'après l'usage, soit d'après la loi, sans qu'aucune offre ait été faite.

cf. 156 all. — WINDSCHEID, § 308. — THOL. HANDELS RECHT, I, § 245.

ART. 39

KHALIL, IV, 263.

*Medjella*, 365, 368, 446, 1377, 1461.

*Morched-el-Hairan*, 281, 355.

HAMAOU, II, 148, note 3 ; I, 323.

IBN NADJIM, II, p. 48 et la note 2.

*Eddor-el-Mokhtar*, IV, 569. « Celui qui n'est ni le mandataire, ni le représentant légal d'une personne, ne peut valablement accomplir un acte de disposition pour elle. » Voir aussi *Radd-el-Mokhtar*, 7 ; *Eddor-el-Mokhtar*, V, 174. « Nul ne peut disposer des biens d'autrui s'il n'est autorisé par le maître ou par la loi. »

ART. 40

(1) *Amalyat*, 326, 402. Voir aussi : 266, 267.

KHALIL, IV, 505 ; *Tohfat d'IBN ACEM*, 548-549 et note 429.

*Medjella*, 1544.

HAMAOU SUR IBN NADJIM, II, p. 69, note 5. (Stipulation faite par le vendeur en faveur de celui auquel il concède un précaire.)

*Morched-el-Hairan*, 332. (*Pactum displicentie* stipulé en faveur d'un tiers.)

(2) cf. *Tohfat d'IBN ACEM*, vers 549 et la note 429. (La femme, en divorçant, a promis d'entretenir un enfant de son mari ; cette obligation constitue une dette grevant le patrimoine de la femme, « et l'enfant est alors considéré comme créancier. »

ART. 39

Nul ne peut engager autrui, ni stipuler pour lui, s'il n'a pouvoir de le représenter en vertu d'un mandat ou de la loi.

cf. 4119 fr. — 1128 it. — DIGESTE, XLV, 1, 38 § 1, 83 pr. ; XLV, 1, 38 § 17, 126 § 2 ; L. 17, 73 § 4. — Cod. V, 12, 19, 26. — Instit. III, 19 § 19. — Cod. III, 32, 3 ; IV, 51, 2, 5, 6, etc.

ART. 40

Néanmoins, on peut stipuler au profit d'un tiers, même indéterminé, lorsque telle est la clause d'une convention à titre onéreux que l'on fait soi-même ou d'une libéralité que l'on fait au promettant<sup>(1)</sup>.

Dans ce cas, la stipulation opère directement en faveur du tiers ; celui-ci peut, en son nom, en poursuivre l'exécution contre le promettant<sup>(2)</sup>, à moins que l'exercice de cette action n'ait été interdit par le contrat ou n'ait été subordonné à l'acceptation expresse du tiers, à l'accomplissement de certains faits, ou à d'autres conditions déterminées.

Celui qui a fait cette stipulation ne peut plus la révoquer ni la modifier, s'il ne résulte du contrat ou des circonstances qu'il s'est réservé cette faculté.

328 all. — 392, 396, 556, 557 C. Com. it. — Cassation, 6 juin 1888 (D. P. 89, 1, 55). — Cassation, 13 juin 1877 (D. P. 78, 1, 445) ; 1<sup>er</sup> juillet 1885 (D. P. 86, 1, 201) ; 5 mars 1888 (D. P. 88, 1, 366) — cf. 1121 fr. — 1128 it. — cf. AUBRY et RAU, § 343 *ter*. — WINDSCHEID, II, § 316, note 13, § 316<sup>a</sup>, n° 3. — VIVANTE, II, n° 965, note 8. — DEMOLOMBE, XXIV, 254. — LAURENT, XV, 547 et suiv. — DIGESTE, XXIV, 3, 45 ; XVI, 3, 1 § 46 ; XVIII, 7, 7. — Cod. V, 14, 7 ; III, 42, 8, IV, 11 ; VIII, 55, 3.

ART. 41

Celui qui a stipulé en faveur d'un tiers peut poursuivre, concurremment avec ce dernier, l'exécution de l'obligation, s'il ne résulte de celle-ci que l'exécution ne peut en être demandée que par le tiers en faveur duquel elle est faite.

Cod. 8, 55, 3 et 330, 335 all.

ART. 42

Le débiteur peut opposer au tiers en faveur duquel la stipulation a été faite, toutes les exceptions qui résultent de l'obligation.

La stipulation est non avenue, lorsque le tiers en faveur duquel elle est faite refuse de l'accepter en notifiant son refus au promettant.

334 all.

ART. 43

(1) *Medjella*, 1543 (Transaction).

ART. 43

On peut également se porter fort pour un tiers, en promettant le fait de celui-ci, sauf l'action en dommages telle que de droit contre celui qui s'est porté fort ou qui a promis de faire ratifier, si le tiers refuse de tenir l'engagement<sup>(1)</sup>. L'incapacité de la partie dont on a promis le fait n'annule pas l'obligation du porté fort.

Le porté fort peut cependant se soustraire aux dommages-intérêts en exécutant lui-même l'obligation, lorsque la nature de celle-ci le permet.

1120 fr. — 1129 it. — AUBRY et RAU, § 343<sup>ter</sup>. — DEMOLOMBE, XXIV, 219 sq. — TOULLIER, VI, 136. — LAURENT, XV, 542, 543. — Cassation, 2 décembre 1885 (S. 86, 1, 156). — DIGESTE, XV, 4, 1 § 9; XLV, 1, 38 § 2; XLVI, 8, 13 pr.; XIII, 5, 14 § 2. — Instit. III, 19 § 3, 21.

ART. 44

On peut stipuler pour un tiers sous réserve de ratification. Dans ce cas, l'autre partie peut demander que le tiers au nom duquel on a contracté déclare s'il entend ratifier la convention. Elle n'est plus tenue, si la ratification n'est pas donnée dans un délai raisonnable, et au plus tard quinze jours après la notification de la convention.

cf. 47 suisse. — 117 all.

ART. 45

(1) ZARKANI, v, 19; *Eddor-el-Mokhtar*, III, 188; *Radd-el-Mokhtar*, IV, 372, 373; IV, 5. Le propriétaire de la chose qui reçoit le prix de la vente ou le réclame à l'acheteur est censé ratifier ce qu'a fait le gérant d'affaires (*ibid.*, IV, 194).

(2) *Medjella*, 377, 396, (rétroactivité de la ratification); IBN NADJIM, 157, note 6; *Morched-el-Hairan*, 396, 920; *Eddor-el-Mokhtar*, v, 654, 450, 454; HAMAOUÏ sur IBN NADJIM, 1, 183, 323.

La ratification est-elle valable lorsque l'objet n'existe plus au moment où elle est donnée? La ratification s'étend-elle aux actions *ex delicto* dérivant de ce même fait? Questions controversées: IBN NADJIM, II, 97, note 5, 103, note 2.

Cependant, la ratification du contrat conclu par le possesseur de mauvaise foi ne produit ses effets en faveur du maître que si la prestation stipulée par le contrat n'a pas encore été livrée au possesseur; cela tient au système hanéfite, qui accorde les fruits au possesseur même de mauvaise foi: IBN NADJIM, II, p. 50 et HAMAOUÏ, note 4.

La ratification ne peut être révoquée (*Eddor-el-Mokhtar*, IV, 196).

Le débiteur qui paie à celui qui n'est pas autorisé à toucher est libéré si le créancier approuve (TASOULI, I, 211).

ART. 45

La ratification équivaut au mandat<sup>(1)</sup>. Elle peut résulter de l'exécution par le tiers du contrat fait en son nom.

Elle a effet en faveur de celui qui ratifie et contre lui, à partir de l'acte qui en est l'objet, s'il n'y a déclaration contraire<sup>(2)</sup>; elle n'a effet à l'égard des tiers qu'à partir du jour où elle a été donnée.

cf. 1998 fr. — 1752 it. — DIGESTE, XIII, 7, 20, pr.; XX, 1, 16 § 1; XLVI, 3, 12 § 4; V, 4, 56. — Cod. V, 16, 25; IV, 28, 7; IV, 51, 2, 5. — DEMOLOMBE, XXIV, 230. — AUBRY et RAU, § 343<sup>ter</sup> 1<sup>o</sup>, 415, et notes 7, 10. — LAURENT, XV, 550.

ART. 46

ZARKANI, v, 19; VIII, 121-122 et BENNANI, *ad loc.*  
 TAOUFI, II, 70, 71; TASOULI, II, 70, 71; I, 211.  
 KHALIL, IV, 91, 164; IBN FARHOUN, II, 55, 99.  
*Tohsat* d'IBN ACEM, vers 366.  
*Séous*, les *hanéfites* : Il en est ainsi dans le ma-  
 riage : le silence d'une vierge que son père ou  
 tuteur promet en mariage vaut consentement :  
 TAOUFI, I, 270; TASOULI, I, 270; IBN FARHOUN, II,  
 99; *Tohsat*, 366; DIGESTE, XIII, 1, 9.  
 IBN NADJIM, 184, 185; *Eddor-el-Mokhtar*, v, 650;  
 v, 198 (en principe le silence ne vaut pas approba-  
 tion).  
 HAMAOU, II, p. 11, note 1. (Mais les exceptions  
 admises par l'école sont si nombreuses, que dans  
 la pratique, les hanéfites acceptent cette règle, cf.  
 IBN NADJIM 185 et 186) et HAMAOU, II, page 11,  
 note 1; *Medjella*, 62, 276, 438, 971, 1659; *Eddor-*  
*el-Mokhtar*, IV, 390; v, 649, 650; *Radd-el-Mokhtar*,  
 650.

ART. 47

*Koran*, IV, 33; cf. ZARKANI, v, 8. « Ce qui appar-  
 tient à un musulman, dit le Prophète, ne devient  
 cite pour un autre musulman que si son maître  
 consent. » Pour qu'il y ait convention, il faut  
 derrière l'expression apparente de la volon-  
 té il y ait une volonté sérieuse, libre, éclairée ;  
 le mot arabe *ahkhtiyar* (*præferentia*) indique que  
 le consentement est l'acte de la volonté qui, après  
 avoir délibéré, incline vers un parti. De là vient  
 que toute déclaration est présumée sérieuse, libre  
 et éclairée, tant que le contraire n'est pas démon-  
 tré : TAOUFI, II, 92; TASOULI, II, 92, 101; IBN NAD-  
 JIM, I, 71; HAMAOU, I, 325. Aussi le dol, la violence,  
 l'erreur ne sont-ils pas une cause de nullité abso-

La violence, dit ZEILAI, n'empêche pas la for-  
 mation du lien de droit, mais elle donne ouverture  
 à la rescision. » HAMAOU sur IBN NADJIM, II, 96,  
 note 6; *Morched-el-Hairan*, 285; voir aussi les  
 auteurs cités à la note

ART. 46

Le consentement ou la ratification peuvent résulter  
 du silence, lorsque la partie, des droits de laquelle on  
 dispose, est présente à l'acte ou en est dûment informée,  
 et qu'elle n'y contredit point, sans qu'aucun motif légi-  
 time justifie son silence.

DIGESTE, L, 17, 60; XIV, 1, 1 § 5; XVII, 1, 6 § 2, 18; XLV, 1, 35 § 2. —  
 AUBRY et RAU, § 415. — LAURENT, XXVII, 71, 72. — BEHREND,  
 Hd R. § 50 et notes 7, 8. — GIORGI, *Obbligazioni*, VII, 199.

§ III. — Des vices du consentement

ART. 47

Est annulable le consentement donné par erreur,  
 surpris par dol, ou extorqué par violence.

DIGESTE, L, 17, 116. — 1109 fr.

ART. 48

Voir note à l'article 53.

ART. 48

L'erreur de droit donne ouverture à la rescision de l'obligation :

- 1<sup>o</sup> lorsqu'elle en est la cause unique ou principale ;
- 2<sup>o</sup> lorsqu'elle est excusable.

DIGESTE, XXII, 6, 2. — cf. 1109 it. — 1109, 1131 fr.. — AUBRY et RAU, § 343bis, note 5 et 7. — GIORGI, *Obbl.* IV, 48. — TOULLIER, VI, 58. — DEMOLOMBE, XXIV, 129. — LAURENT, XV, 505 et suiv. cf. Cassation, 12 février 1883 (D. P. 84, 1, 255) ; 2 décembre 1885 (D. P. 86, 1, 294) ; 24 mai 1886 (D. P. 87, 1, 222).

ART. 49

Néanmoins, l'erreur de droit commune à toutes les parties ne donne pas ouverture à la rescision.

LAROMBIÈRE, sur l'art. 1110, 4, 29. — AUBRY et RAU, § 670 et § 755. — DEMOLOMBE, XXIII, 220 et suiv. — Cassation, 16 mai 1874 (S. 74, 1, 471). — *Contrà* : LAURENT, XIII, 281 et suivants.

ART. 50

La doctrine musulmane de l'erreur, notamment celle de l'École hanéfite, est dominée par les idées helléniques. La science, c'est la correspondance de la notion de notre esprit avec ce que les choses sont en elles-mêmes : « la certitude est l'état d'un esprit qui est assuré de la réalité d'une chose » (IBN NADJIM, I, 84 et 104). Dès qu'on n'a pas cette certitude, il n'y a qu'une opinion (c'est la *doxa* des Grecs). « L'opinion (*dhamn*) est une sorte de doute, car elle implique l'incertitude sur l'existence ou l'inexistence d'une chose..... » IBN NADJIM, I, 104; ARISTOTE, *Anal. Post.*, I, 33; *Eth. Nicom.*, VI, 3). Au point de vue juridique, cet état de l'esprit empêche la formation du lien de droit : « celui qui dit : je crois devoir mille dirhems, ne s'oblige point par cet aveu, car il est dubitatif » (IBN NADJIM l. c.). — Au-delà de l'opinion, il y a l'erreur : celui qui se trompe conçoit les choses différemment de ce qu'elles sont en réalité ; il les ignore par conséquent ; l'erreur est donc toujours une forme d'ignorance, et les jurisconsultes arabes comme les romains, emploient indifféremment l'un pour l'autre les mots *djahl* (ignorance) et *ghalath* (erreur) : (ZARKANI, V, 153 et BENNANI, *ad loc.* ; IBN NADJIM, II, 136, 137 ; IBN ACEM, 705 ; cf. ARISTOTE, *Metaph.*, IX, 10 ; *Anal. Pos.*, II, 3 et 10 et le titre au DIGESTE, *De juris et facti ignorantia*, XXII, 6).

ART. 50

L'erreur de fait peut donner ouverture à la rescision :

- 1<sup>o</sup> lorsqu'elle tombe sur l'identité même de l'objet, ou sur sa substance, ou bien sur la qualité de l'objet qui a été la cause déterminante du consentement ;
- 2<sup>o</sup> lorsque l'une des parties a eu en vue un contrat différent de celui auquel elle a déclaré consentir.

cf. 1110 fr. — 1110 it. — 19 suisse. — 119 all. — Paris, 14 décembre 1882 (S. 83, 2, 69). — AUBRY et RAU, § 343bis. — TOULLIER, VI, 55. — LAURENT, XV, 487 et suiv. — DIGESTE, XXXIX, 3, 20. — L. 17, 146 § 2 ; XXVIII, 5, 9 pr. § 1 ; XXXIV, 5, 3. — Cod. IV 22, 5 ; XVIII, 1, 9 pr. — DIGESTE, XLIV, 7, 57. — cf. XVIII, 1, 9 § 2, 40, 41 § 1.

L'erreur ou ignorance a différentes formes :

1<sup>o</sup> erreur sur la *substance* (dhât) ou *identité* de l'objet sur lequel on contracte (ZARKANI, v, 24; DIGESTE, 28, 5, 9 pr., § 1); elle exclut le consentement d'après les *hanéfites*. Les *malékites* reproduisent, au contraire, une théorie qu'on retrouve au DIGESTE, 18, 1, 9, § 2; lorsque les parties sont d'accord sur l'identité de la chose qui a fait l'objet du contrat, l'erreur sur la substance ne vicie pas le consentement; si les parties ont voulu contracter sur une *Pierre*, le contrat n'est pas vicié si, au lieu d'une pierre ordinaire, il se trouve que c'est un rubis « car en la nommant par son nom générique, la partie est présumée connaître la chose, et elle n'est pas recevable à prétendre qu'elle ne la connaissait pas, car c'est le contraire de ce qui arrive ordinairement, et elle aurait dû vérifier elle-même. » TASSOULI, II, 24; TAOUÏI, II, 24; IBN ACEM, 705; KHALIL, III, 346, 394;

2<sup>o</sup> erreur sur les *qualités essentielles* de la chose; elle équivaut à l'erreur sur l'identité ou la substance, et vicie le consentement; « la raison de la nullité est ici le défaut d'objet » IBN NADJIM, I, 326; car la volonté avait pour objet une chose différente (IBN NADJIM, II, 200); cf. *Medjella*, 208. Ainsi, par exemple, lorsqu'on achète un manteau d'étoffe commune pour un manteau d'étoffe précieuse, un morceau de verre au lieu d'un diamant : IBN NADJIM, I, 326; *Medjella*, 208; DIGESTE, 18, 1, 9 § 2.

Dans ces cas, la nullité est absolue d'après les *hanéfites* (*Medjella*, 208; DIGESTE, 39, 3, 20; Cod., I, 18, 8). Les *malékites* accordent la résolution, lorsque la qualité a été expressément stipulée par les parties (ZARKANI, v, 153). Le cas est différent, et l'erreur ne vicie pas l'obligation :

1<sup>o</sup> lorsqu'elle porte sur une qualité non essentielle (de l'or inférieur pour de l'or très fin, un rubis vert pour un rubis rouge, du vinaigre pour du vin), ici le *genre* étant le même, on ne peut dire que le consentement n'existe pas (IBN NADJIM, I, 200; DIGESTE, XVIII, 1, 9 § 2, 10; XIX, 1, 21 § 2). Cependant si ces qualités, quoique secondaires, avaient été considérées comme essentielles par les parties, l'erreur vicierait le contrat (IBN NADJIM, I, 326; II, 201), en ce sens qu'elles donneraient lieu à la résolution : *Medjella*, 310;

2<sup>o</sup> l'erreur qui porte sur le *nom* lorsque les parties sont d'accord sur la chose, ne vicie pas le consentement (ZARKANI, v, 153; IBN NADJIM, II, 201 et note 5; DIGESTE, XLV, 1, 32; XVIII, 1, 9 § 1);

3<sup>o</sup> l'erreur qui porte sur la *qualification* de la chose, lorsqu'il n'y a pas d'incertitude sur l'objet (*Medjella*, 65; DIGESTE, 35, 1, 33 pr.)

ART. 51

HAMAOUÏ SUR IBN NADJIM, I, 194.

ART. 51

L'erreur portant sur la personne de l'une des parties ou sur sa qualité ne donne pas ouverture à résolution, sauf le cas où la personne ou sa qualité ont été l'une des causes déterminantes du consentement donné par l'autre partie.

cf. 1110 fr. — 1110 it. — 20 suisse. — 119 all. — DALLOZ, Oblig., 126, 127. — LAURENT, XV, 497 et suiv. — WINDSCHEID, § 76. — TOULLIER, VI, 54. — AUBRY et RAU, § 343, 473. — DEMOMBE, XXIV, 108 et suivants.

ART. 52

*Radd-el-Mokhtar*, IV, 630.  
Projet de Code commercial Tunisien, 1279, art.  
26 (archives, dossier D, n° 8).

ART. 52

Les simples erreurs de calcul ne sont pas une cause de résolution, mais elles doivent être rectifiées.

Cod. II, 5, I, un. — 22 suisse. — cf. 2058 fr. — 541 procéd. civ. fr.

TASOULI, II, 74.

IBN NADJIM, II, 138, 139 et note 5; 350-351 et note 7.

cf. IBN NADJIM, II, 108.

L'erreur doit-elle être excusable? Cette théorie, admise par les *hanéfites*, est controversée chez les *malékites*; d'après IBN ROCHED, dès que les intérêts des tiers sont en cause, l'erreur ou ignorance n'est jamais excusable; lorsque l'intérêt des tiers n'est pas en cause, il faut examiner si l'erreur ou l'ignorance est admissible, eu égard à la personne; elle est excusable dans ce cas, elle ne l'est pas dans le cas contraire (TASOULI, II, 75 et 283).

D'autres établissent le principe général: «Celui qui dit ignorer ce que le commun des hommes ignore, doit être cru sur son affirmation.» (TASOULI, II, 283.) L'erreur ou ignorance qui se rapporte au fait d'autrui est généralement excusable (cf. HAMAOUI, I, 350, note 7; *Radd-el-Mohhtar*, VI, 470; IBN NADJIM, II, 138 et note 4-7, 12 et DIGESTE, XXII, 6, 2, tandis que l'ignorance de droit est inexcusable en général: ZARKANI, V, 136; IBN NADJIM, II, 139, 5), à moins qu'il ne s'agisse d'une personne illettrée, d'une question controversée, de celui qui, malgré sa diligence, n'a pu consulter un homme de loi (IBN NADJIM, II, 89, 137, 141 et note 2.) ZARKANI, VIII, 189; cf. DIGESTE, XXVI, 2, 9 § 3; XXII, 6, 9 pr., § 1; Cod. I, 18, 3, 11, 13; Cod. VI, 30, 2 § pr. § 15; VI, 9, 8; DIGESTE, II, 13, 1 § 5. L'erreur de fait n'est pas toujours excusable, lorsqu'il s'agit d'un fait notoire (TASOULI, II, 283). cf. ZARKANI, V, 67; IBN NADJIM, I, 194, et le DIGESTE, XXII, 6, 9 § 2 et la loi 6 *ibid.* En résumé, l'erreur de droit comme l'erreur de fait peuvent donner lieu à la rescision du contrat; mais l'une et l'autre doivent être excusables; elles doivent être telles qu'on ne puisse imputer à leur auteur ni faute, ni dol. (DIGESTE, 22, 6, 3, 9, 5; IBN NADJIM, II, 138.)

Dans l'appréciation de l'erreur, soit de droit, soit de fait, les juges devront toujours avoir égard à l'âge, au sexe, à la condition des personnes, et aux circonstances de la cause.

DIGESTE, XXII, 6, 9 § 5.

ART. 54

Lorsque l'erreur a été commise par l'intermédiaire dont une des parties s'est servie, cette partie pourra demander la résolution de l'obligation dans les cas des art. 50, 51 ci-dessus, sauf l'application des principes généraux relatifs à la faute, et de l'art. dans le cas spécial des télégrammes.

cf. 120 all. — 46 C. Com. it. — Amiens, 11 mai 1854 (S. 55, 2, 186). — WINDSCHEID, § 309. — GOLDSCHMIDT, Hd. R., I, 62. — DEMOLOMBE, XXIV, 95, 103. — AUBRY et RAU, § 343<sup>bis</sup> et note 9. — LAURENT, XV, 495.

ART. 55

KHALIL, III, 171-172; TAOUZI, II, 75; TASOULI, II, 75.

c. *Amalyat*, 120; *Tohfât* d'IBN ACEM, vers 538. *Medjalla*, 948, 949, 1003, 1004.

*Morched-el-Hairan*, 288, 289.

IBN NADJIM, I, 36. *Radd-el-Mokhtar*, v, 109. « Ce qui est illégitime et fait perdre la liberté du choix. » Les *handfites* distinguent : 1<sup>o</sup> la violence *parfaite*; ce sont les voies de fait, la violence physique (coups, privations de la liberté, etc.) elle ôte complètement la liberté du choix, abolit la volonté; 2<sup>o</sup> la violence *imparfaite*; ce sont les menaces qui ont pour but de faire impression sur la volonté; elles la contraignent, sans l'abolir. (*Eddor-el-Mokhtar*, v, 109.) Elles donnent lieu également à la rescision : *ibid.* 110-111. Celui qui consent sur le coup d'une violence *veut* la chose, mais n'y consent pas (*Radd-el-Mokhtar*, IV, 9.)

ART. 55

La violence est la contrainte exercée sans l'autorité de la loi, et qui ôte à l'obligé la liberté de son consentement.

DIGESTE, IV, 2, 3 § 1. — AUBRY et RAU, § 343<sup>bis</sup>. — LAURENT, XV, 513.

ART. 56

ZARRAKI, v, 8.  
 KHAMLI, III, 172; IV, 124; Code Tunisien de 1861, art. 498; IBN FARHOUN, II, 129, 131.  
 TASOULI, II, 76 (il n'est pas nécessaire que le préjudice soit présent); l'emprisonnement, la menace, constituent violence tout comme les coups et les violences physiques: IBN FARHOUN, II, 132. Le crime est puni sous le coup de violences est sans effet (ibid. 132, 134.)  
 Medjella, 1003, 1004, 1575, 1006.  
 Eddor-el-Mokhtar, v, 120, 652; Morched-el-Haïan, 288, 289, 291, 292, 294, 356.  
 IBN NADJIM, II, 95 et notes 4-7. Ibid. p. 96 (exception): (L'affranchissement fait sous le coup d'une violence n'est pas révocable; il donne seulement droit à une action en dommages contre l'auteur de la violence). De même le mariage: la violence ne donne lieu qu'à une réduction de la somme promise à la femme à titre de dot (au delà du taux légal). « Pour qu'il y ait violence, il faut: 1° que son auteur soit en état de donner exécution à ses menaces; 2° que la victime soit convaincue de la réalité de ces menaces; 3° que la menace soit de nature à faire craindre un dommage dans la personne ou dans les biens, ou à causer un trouble profond dans l'esprit; 4° que la victime ait refusé, avant les menaces, de faire ce qu'on lui demandait ». Eddor-el-Mokhtar, IV, 109-110.  
 Il y aurait violence dans le fait de celui qui empêche sa femme d'aller voir ses parents gravement malades, si elle ne signe une obligation (Eddor-el-Mokhtar, v, 120.)

ART. 57

Eddor-el-Mokhtar, v, 121.  
 IBN NADJIM, II, 38.  
 La menace d'épouser une autre femme, la menace de répudiation, de la part du mari, ne sont pas une violence (Eddor-el-Mokhtar, v, 120) car aucun de ces faits est permis par la loi, et tout ce qui est légitime ne saurait être considéré comme une violence (Eddor-el-Mokhtar, ibid.)

ART. 56

La violence ne donne ouverture à la rescision de l'obligation que :

- 1° lorsqu'elle en a été la cause déterminante ;
- 2° lorsqu'elle est de nature à faire impression sur une personne raisonnable et courageuse, et à lui inspirer, soit un trouble moral profond, soit la crainte d'exposer sa personne, son honneur, ou ses biens à un préjudice notable, eu égard à l'âge, au sexe, et à la condition des personnes.

cf. 1112 it. — 1112 fr. — 27 suisse. — AUBRY et RAU, § 343bis, note 11. — TOULLIER, VI, 79, sq. — LAURENT, XV, 512. — DEMOLOMBE, XXIV, 139. — WINDSCHEID, § 80. — Cod. II, 20, 9. — cf. DIGESTE, IV, 2, 7. — Cod. II, 4, 13 (la menace de déshonneur ne suffit pas). — DIGESTE, IV, 2, 1, 2, 5, 6, 7 pr., 22.

ART. 57

La crainte inspirée par la menace d'exercer des poursuites ou d'autres voies de droit ne peut donner ouverture à la rescision que si on a abusé de la position de la partie menacée pour lui extorquer des avantages excessifs ou indus.

cf. 27 suisse. — Cassat. 19 février 1879 (S. 80, 1, 62). — DALLOZ, Oblig., 171, 172. — AUBRY et RAU, § 343 bis. — LAURENT, XV, 515 et s. — MERLIN, Quest. v° Crainte, § 2. — DEMOLOMBE, XXIV, 147, 149. — *Contra*: DIGESTE, Liv, 4, 2, 7 pr. — Cod. II, 4, 13, II, 20, 10.

ART. 58

*Contrà : Morched-el-Hairan, 290.*

ART. 58

La violence donne ouverture à la rescision de l'obligation, même si elle n'a pas été exercée par celui des contractants au profit duquel la convention a été faite.

1111 fr. — cf. 123, all. — Cod., II, 2, 5. — cf. DIGESTE, IV, 2, 14 § 3.

ART. 59

*Tohfat d'IBN ACEM, 538, 540; ZARKANI, v, 8-9; TAUDI, II, 75; TASOULI, II, 75-76; Morched-el-Hairan, 287; Radd-el-Mokhtar, v, 110.*

ART. 59

La violence donne ouverture à la rescision, même lorsqu'elle a été exercée sur une personne avec laquelle la partie contractante est étroitement liée par le sang ou par l'affection.

DIGESTE, IV, 2, 8 § 3. — cf. 1113 it. — 1113 fr. — 27 suisse. — DEMOLOMBE, XXIV, 161, 162. — MARCADÉ, sur l'art. 113, note 1. — *Sécus* : AUBRY et RAU, § 343bis, note 14. — LAURENT, XV, 520.

ART. 60

*Eddor-el-Mokhtar, v, 120 (le père qui empêche la fille qui vient de se marier d'aller rejoindre son mari jusqu'à ce qu'elle lui ait donné quittance de la dot se rend coupable de violence, et la quittance est nulle.)*

ART. 60

Dans le cas où l'obligation a été contractée par crainte révérentielle, il appartient au juge de prononcer selon les circonstances. Cependant, la rescision sera de droit, lorsque des menaces graves ou des voies de fait se seront ajoutées à la crainte révérentielle.

cf. 1114 fr. — 1114 it. — TOULLIER, VI, 80. — DEMOLOMBE, XXIV, 153. — AUBRY et RAU, § 343bis, 2<sup>o</sup> et note 18. — LAURENT, XV, 514. — Cod. II, 20, 6. — DIGESTE, XXIII, 2, 22; XLIV, 5, 1 § 6.

ART. 61

KHALIL, III, 191, 223, 309, 310, 395; IV, 92, 119.  
IBN NADJIM, I, 334 (différents cas de dol).

Ibid. (le dol du médiateur nuit à la partie qu'il représente).

Il y a dol toutes les fois qu'on dissimule sciemment une circonstance essentielle, qu'on fait croire sciemment à l'existence d'un fait, ou qu'on s'abstient d'avertir l'autre partie d'une circonstance qu'elle aurait intérêt à connaître, afin de surprendre son consentement: TASOULI, II, 286; BENNANI, I, 134; ZARKANI, V, 136; TASOULI, II, 24; cf. *Medjella*, 164 (texte arabe), 658; *Eddor-el-Mokhtar*, III, 345; *Radd-el-Mokhtar*, IV, 136; IBN NADJIM, II, 108; (cf. DIGESTE, IV, 3, 1 § 2; 20 § 1; XI, 6, 5 pr.; XLVII, 2, 43 § 3; XVIII, 1, 43 § 2; II, 14, 7 § 9.) Les jurisconsultes musulmans distinguent le dol *in re* par exemple, le fait du boucher qui gonfle artificiellement un animal pour le faire paraître plus gras, de dol *verbal* (par exemple, le fait de celui qui recommande un individu dont il connaît l'insolvabilité): le premier donne ouverture à responsabilité civile, à la différence du second: ZARKANI, V, 133; IBN NADJIM, II, 195, note 5; *Radd-el-Mokhtar*, IV, 62, 221-223, qui ne donne lieu qu'à une action pénale. Il n'y aurait pas dol, au contraire, dans le fait de celui qui vend un produit adultéré ou mélangé, s'il le déclare, ou si le mélange est évidemment apparent qu'on ne puisse s'y tromper: *Eddor-el-Mokhtar*, IV, 306.

ART. 61

Le dol donne ouverture à la rescision lorsque les manœuvres ou les réticences de l'une des parties, de celui qui la représente ou qui est de complicité avec elle, sont de telle nature que, sans ces manœuvres ou ces réticences, l'autre partie n'aurait pas contracté. Le dol pratiqué par un tiers a le même effet, lorsque la partie qui en profite en avait connaissance.

cf. 1116 fr. — 123 all. — AUBRY et RAU, § 343 bis et notes 17, 27, 28. — DEMOLOMBE, XXIV, 186 sq. — LAURENT, XV, 525 et s. — GIORGI, IV, § 104. — Cassat. 21 juillet 1886 (S. 87, 1, 316). — En sens contraire, pour le dol du tiers: DIGESTE, I, 17, 49.

ART. 62

Le dol qui porte sur les accessoires de l'obligation et qui ne l'a pas déterminée ne peut donner lieu qu'à des dommages-intérêts.

DIGESTE, IV, 3, 7, pr., XIX, 1, 13 § 4. — cf. 1117, 1382 fr. — TOULLIER, III, 91; VI, 9. — AUBRY et RAU, § 343 bis. — LAURENT, XV, 522 et s. — DEMOLOMBE, XXIV, 175. — Cassat. 25 mai 1880 (S. 81, 1, 455); 21 décembre 1886 (S. 81, 1, 117); Amiens, 14 février 1876, sous Cassat., 29 novembre 1876 (S. 77, 1, 49).

ART. 63

KHALIL, III, 171 ; TASOULI, II, 320 ; BENNANI, V, 7-8 ; TAOUZI, II, 85 ; ZARKANI, V, 7-8.

cf. HAMAOU, sur IBN NADJIM, I, 253 ; IBN NADJIM, II, 151 et note 6. (question controversée, p. 152 et note 2.) *Radd-el-Mokhtar*, VII, 183. Controverse sur l'état qui constitue l'ivresse, *ibid.*, II, 152. D'après ABOU HANIFA, l'homme ivre est celui qui a perdu ses facultés mentales et ne peut distinguer un homme d'une femme ; d'après ses deux disciples, est ivre toute personne qui dit des choses déraisonnables et parle confusément (*Radd-el-Mokhtar*, VII, 183).

Les *malékites* distinguent : 1<sup>o</sup> l'ivresse complète et produisant l'oblitération des facultés mentales ; elle est cause de nullité absolue ; 2<sup>o</sup> la demi-ivresse qui trouble les facultés de l'esprit, sans les oblitérer ; elle donne lieu à rescision. (cf. ZARKANI, VIII, 120 ; BENNANI, V, 8 ; VIII, 120).

ART. 63

L'état d'ivresse donne ouverture à la rescision de l'obligation, lorsqu'il existait au moment où elle a été constituée.

31 suisse. — DALLOZ, Oblig. n<sup>o</sup> 346-352. — TOULLIER, VI, 112. — AUBRY et RAU, § 343. — cf. DEMOLOMBE, XXIV, 81. — MARCADÉ, sur l'art. 1108, 3, (nullité absolue).

ART. 64

ART. 64

l'écrites : Le sourd et aveugle ne peut contracter valablement sans quelqu'un qui l'assiste : *ibid.*, III, 194; TAOUÏI, II, 84. L'absence comme cause de nullité : (KHALIL, III, IV, 123.

sourd-muet contracte valablement : TAOUÏI, ZARKANI, V, 36. *Contra* : *Instit.*, I, 2 § 34. De même que l'aveugle dans les contrats qui ne comportent pas la vue : TAOUÏI, II, 85; TASOULI, II, 85. Pour ceux-ci, il doit être assisté : ZARKANI, V, 36. Dans ce sens : DIGESTE, XLIV, 7, 1 § 14; XXXVI, 1, 1 § 8. Ces principes appliqués au témoignage : ZARKANI, VII, 160; BENNANI, *ad loc.*

Infirmités : Imbécillité et démence, comme causes de nullité : *Medjella*, 362, 458, 628, 979, 880, 1457; *Eddor-el-Mohhtar*, IV, 525. Validité des actes faits par un individu dément, dans un intervalle lucide : *Medjella*, *Hadd-el-Mohhtar*, V, 124; *Cod. Justin*, V, 70, 6; 1 § 9. En cas de doute, on accorde la rescision si la partie avait habituellement des accès de folie. Celui qui invoque la folie au moment du contrat, doit la prouver : IBN NADJIM, II, p. 30. L'aveugle est capable de tous les actes qui n'exigent pas la vue : (*Ibid.*, II, 156); *Eddor-el-Mohhtar*, IV, 525. Ainsi il ne peut porter témoignage, sauf pour les faits qui peuvent être appris par l'ouïe : IBN NADJIM, II, note 6.

Un individu atteint d'une maladie mortelle est déclaré à l'interdit, et ses actes peuvent être annulés lorsqu'il résulte des faits qu'on a abusé de sa faiblesse pour lui arracher des concessions dolo-

reuses ou contraires à la loi. (Dans ce sens : Tunis, 1891, *Journal*, 96, 525.) Le prodigue est assimilé à l'insensé ; il ne peut modifier sa condition, mais il peut l'améliorer : *ibid.*, sur IBN NADJIM, II, 78, note 11; IBN NADJIM, II, 265. cf. DIGESTE, XLV, 1, 6; XXVII, 10, 1 § XII, 1, 9 § 7; XXVII, 10, 1.

Les motifs de rescision fondés sur l'état de maladie, sur les troubles passagers des facultés mentales, et sur les infirmités naturelles, sont abandonnés à l'appréciation des juges.

cf. 31 suisse. — 504, 901 fr. — DALLOZ, *Oblig.* 641, 348, 352, 355. — DEMOLOMBE, XXIV, 55. — AUBRY et RAU, § 343. — cf. DIGESTE, XXVIII, 1, 17 (maladie); XXIV, 2, 3 (colère); XXVII, 10, 1 (prodigalité); XLIV, 7, 1 § 14-15 (infirmités naturelles).

ART. 65

*Malékites* : C'est l'avis de MALEK lui-même, et de l'école Africaine et Espagnole, tandis que l'école de Bagdad accorde la rescision pour cause de lésion, dans tous les cas ; quelques-uns accordent la rescision pour lésion lorsqu'elle dépasse le tiers.

KHALIL, III, 347 ; TAOUÏI, II, 105, 106 ; *Amalyat*, 454. Code Tunis. de 1861, art. 509 ; TASOULI, II, 105, 106.

*Hanéfites* : *Medjella*, 356 ; *Morched-el-Hairan*, 300, 545.

IBN NADJIM, I, 111 et 334, et HAMAOUÏ, *ad loc*, II, 195 et note 3. Sur les différents systèmes, *ibid.*, note 5.

ART. 66

(1) *Amalyat*, 212, 213 ; ZARKANI, V, 153 et BENNANI, *ad loc*.

Code Tunis. de 1861, art. 509.

TAOUÏI, II, 106 ; TASOULI, II, 106.

*Medjella*, 356 ; *Eddor-el-Mohitar*, IV, 628-629 ; *Morched-el-Hairan*, 300, 546 ; IBN NADJIM, II, 52-53.

N.-B. — Dans tous les cas de dol, d'erreur, de lésion, celui qui prouve qu'il n'a pas donné son consentement au contrat peut, à son choix, en demander la rescision, ou exiger qu'il soit exécuté ; le contrat n'est donc pas nul, il est annulable.

KHALIL, III, 191 ; IV, 92, 119 ; TASOULI, II, 76 ; TAOUÏI, II, 76 ; ZARKANI, V, 133 ; IBN NADJIM, II, 194-195. C'est le point de vue romain : DIGESTE, IV, 2, 21 § 5 ; XXIII, 2, 22 ; IV, 3, 12 ; XIX, 1, 11 § 5 ; Cod. IV, 44, 5, s.

Dans le cas de violence, le Droit romain accordait la restitution en entier, non seulement contre l'auteur de la violence, mais contre les tiers, même de bonne foi (*actio in rem scripta*).

Il en est de même en droit *malékite* : ZARKANI, V, 10 ; IBN FARHOUN, II, 131, et *hanéfite*, IBN NADJIM, I, 331 ; II, 95 ; *Radd-el-Mohitar*, VI, 165 ; V, 110 ; IV, 602.

ART. 65

La lésion ne donne pas lieu à la rescision, à moins qu'elle ne soit causée par le dol de l'autre partie, ou de celui qui la représente, et sauf l'exception ci-après.

1118, 1313, 1674, 1675, fr. et la discussion au Conseil d'Etat, ainsi que l'exposé des motifs (Loché, XIV, pp. 62 et suiv., 76, 95, 161 et suiv.), d'où il résulte que la rescision pour lésion en droit français se fonde sur la présomption de dol, d'erreur ou de contrainte). — Voir aussi : 138 all. — Tunis, 30 janvier 1888 (*Journal*, 95, 501). — LAURENT, XV, 185. — LAROMBIÈRE, sur l'art. 1109, n° 7. — AUBRY et RAU, § 343<sup>bis</sup>.

ART. 66

La lésion donne ouverture à la rescision lorsque la partie lésée est un mineur ou un incapable, alors même qu'il aurait contracté avec l'assistance de son tuteur ou conseil judiciaire dans les formes déterminées par la loi, et bien qu'il n'y ait pas dol de l'autre partie. Est réputée lésion, toute différence au delà du tiers entre le prix porté au contrat et la valeur effective de la chose<sup>(1)</sup>.

DIGESTE, IV, 4, 7-11. — Cod. IV, 44, 2 et 8. (*Læsio enormis : ultra dimidiam*). — Cod. II, 25, 2, 3 ; II, 27, 4, 5. — DIGESTE, IV, 4, 29 pr., 47 pr. — Question controversée en droit français. — cf. 1305, 1314 fr. — AUBRY et RAU, § 335, notes 4 et 9.

§ IV. — De l'objet des obligations contractuelles

ART. 67

Louage : KHALIL, IV, 585, 586.

Vente : *Medjella*, 199, 211, 367.

En principe, « Tout ce qui n'est pas défendu est permis. »

Ne sont pas dans le commerce :

1<sup>o</sup> les choses déclarées impures par la loi religieuse (cf. *Koran*, II, 168; V, 4; VI, 146; XVI, 116); voir dans IBN NADJIM, I, 198 et dans le commentaire de HAMAOU, la discussion des différents cas d'impureté d'après les *hanéfites*, et pour les *maléfités* : ZARKANI, V, 16; BENNANI, V, 16;

2<sup>o</sup> les choses qui corrompent le cœur ou la raison de l'homme (idoles, instruments de sciences occultes, livres des astrologues, etc. : *Koran*, II, 184; V, 4, 92; XXV, 224; ZARKANI, V, 34;

3<sup>o</sup> les choses destinées à l'usage commun des hommes, telles que l'eau, qui est un don gratuit de Dieu : *Koran*, XXV, 50, 51, 52; *Eddor-el-Mokhtar*, V, 394; IV, 152. — cf. *Instit.* 2, 1, § 1;

Restriction à la liberté du commerce d'après la loi tunisienne : règlements relatifs aux débits de poudre et de tabac : 4 djoumad eloula 1308 (Caudel 135); au commerce des armes (15 rabia 1300) (BOMPARD 419); la même restriction est dans le droit musulman classique : IBN FARHOUN, II, 148, 277. — cf. Code IV, 41, 2; DIGESTE, 39, 4 11, pr.

4<sup>o</sup> les choses appartenant à la communauté musulmane (biens publics, routes) : IBN FARHOUN, II, 52;

5<sup>o</sup> les choses déclarées inaliénables par la loi, tels que les biens des fondations pieuses.

ART. 67

Les choses, les faits et les droits incorporels qui sont dans le commerce peuvent seuls former objet d'obligation ; sont dans le commerce toutes les choses au sujet desquelles la loi ne défend pas expressément de contracter.

cf. 1115 it. — 1128 fr. — DIGESTE, XLV, 1, 103, 83 § 5, 538, 540. — LAURENT, XLV, n<sup>o</sup> 79 sq. — AUBRY et RAU, § 344.

ART. 68

Louage : KHALIL, IV, 587, 590.  
 Vente : ZARKANI, V, 24.  
 En général : *Morched-el-Hairan*, 303.  
 Vente : *Medjella*, 201, 204, 213.  
 Louage : *Medjella*, 449, 450, 541.  
 Mandat : *Medjella*, 1459, 1468, 1475, 1476, 1477.

Dans les dispositions de dernière volonté, l'objet peut être incertain. Ainsi, serait valable le legs ainsi conçu : « Je veux qu'on donne à un tel une partie de mes biens. » La quotité est remise à la volonté de l'héritier : IBN NADJIM, I, 399. On peut donner le mandat suivant, en remettant une somme déterminée « achetez-moi ce que vous voudrez » ou « ce que vous croirez meilleur. » Ib. II, p. 10, note 3, *in fine*.

Les *maléhites* admettent « l'achat de confiance », c'est celui où une partie dit à l'autre : « Je vous achète telle chose au prix que vous fixerez, car j'ignore la valeur de l'objet », ou bien : « Vendez-moi telle chose au prix que vous faites aux autres ». ZARKANI, V, 154 ; BENNANI, *ad loc.* — cf. DIGESTE, 48, 1, 7 § 1.

ART. 69

(1) « Ce qui est impossible juridiquement est semblable à ce qui est impossible naturellement ». ZARKANI, V, 20. — cf. DIGESTE, XXX, 112 § 3 ; Cod. VIII, 39, 4 ; DIGESTE, XLV, 1, 137 § 6.

La pollicitation (*nadhr*) ayant pour objet une chose illicite est nulle en tant qu'obligation : IBN NADJIM, I, 231, et HAMAOUH, *ad loc.* ; *Radd-el-Mokhtar*, III, 95, 96.

Est nulle de plein droit la société qui a pour objet l'exploitation des choses dont l'usage est commun à tous les hommes : IBN NADJIM, II, 194.

Une action ayant pour objet un fait ou une chose impossible ou absurde ne serait pas recevable : *Eddor-el-Mokhtar*, VI, 381 ; *Radd-el-Mokhtar*, *ibid.*, 382.

ART. 68

La chose qui forme l'objet de l'obligation doit être déterminée au moins quant à son espèce.

La quotité de la chose peut être incertaine pourvu qu'elle puisse être déterminée par la suite.

cf. 1117 it. — 1129 fr. — DIGESTE, XLV, 1, 94-95, 115 pr. ; XVIII, 1, 34 § 1 ; XXIII, 3, 69 § 4. — LAURENT, XVI, 78.

ART. 69

Est nulle l'obligation qui a pour objet une chose ou un fait impossible, physiquement ou en vertu de la loi (1), lorsque cette impossibilité est absolue.

Elle est toutefois valable dans les cas suivants :

1° lorsque l'impossibilité peut cesser et que l'obligation est constituée en vue de cette éventualité ;

2° si le contrat est à terme ou sous condition suspensive, lorsque la chose ou le fait devient possible avant l'événement de la condition ou l'échéance du terme.

DIGESTE, L, 17, 185 ; XLIV, 7, 109 ; XLV, 1, 83 § 5, 97 pr., 123, 137 § 6. — 306, 308 all. — LAURENT, XVI, 80. — AUBRY et RAU, § 345.

ART. 70

La partie qui savait ou devait savoir, au moment du contrat, que la prestation était impossible, est tenue à des dommages envers l'autre partie.

Il n'y a pas lieu à indemnité lorsque l'autre partie savait, ou devait savoir, que l'objet de l'obligation était impossible.

On doit appliquer la même règle :

1° au cas où, l'impossibilité étant partielle, la convention est valable, en partie ;

2° aux obligations alternatives, lorsque l'une des prestations promises est impossible.

Instit. III, 24 § 5. — DIGESTE, XVIII, 1, 57 § 1. — DIGESTE, XVIII, 1, 62 § 1; XIX, 1, 21 pr. — 307 all. — cf. 1601 fr. — AUBRY et RAU, § 349.

ART. 71

(1) Contre, *malékites* : est nulle la vente du produit à naître d'un animal (KHALIL, III, 238).

Mais, par contre, serait valable le gage constitué sur ce même produit (id. III, 514; voir la raison spéciale, p. 505, id).

cl. *hanéfites* : il faut que la chose vendue existe (Medjella, 363); *Eddor-el-Mohhtar*, IV, 145; mais on admet le contrat de *selem* (vente à livrer) *Eddor-el-Mohhtar*, l. c.; *Morched-el-Hairan*, 304.)

La vente d'une femelle ou d'une esclave avec le petit qu'elle porte est-elle nulle? IBN NADJIM, I, 319 et HAMAOUTI, *ad loc.* (question controversée).

(2) « La succession n'existe que par la mort du *de cuius* ». IBN ARAFA ap. BENNANI, VIII, 203.

(3) Est valable la donation d'un immeuble faite par un père à l'un de ses fils, à condition que celui-ci n'aura plus rien à réclamer sur la succession paternelle : IBN NADJIM, II, 132.

ART. 71

L'obligation peut avoir pour objet une chose future, sauf les exceptions établies par la loi (1).

Néanmoins, on ne peut, à peine de nullité absolue, renoncer à une succession non encore ouverte, ni faire aucune stipulation sur une pareille succession, ou sur l'un des objets qui y sont compris, même avec le consentement de celui de la succession duquel il s'agit (2).

Cette règle n'a pas lieu dans les conventions intervenues entre des héritiers légitimes et ayant pour objet le règlement de la part qui est réservée par la loi à l'un d'eux (3).

cf. 1118 it. — 1460 ibid. — 1130, 761, 1600 fr. — 312 all. — DIGESTE, XVIII, 4, 1, 7; XVIII, 1, 15 pr.; XXVIII, 6, 2 § 2. — God., VIII, 39, 4; II, 30, 30. — AUBRY et RAU, § 344. — LAURENT, XVI, note 84 et s. — WINDSCHEID, § 529, notes 3, 4.

SECTION IV

*De la cause des obligations contractuelles*

ART. 72

*Medjella*, 301, 451.

*Morched-el-Hairan*, 305.

KHALIL, IV, 588; (vente); BENNANI, V, 12; ZARKANI, V, 11-12.

Voir aussi KHALIL, IV, 209, 272, (obligation tendant à éluder les dispositions de la loi quant à la réserve de certains héritiers); *ibid.* 343 (prêt d'armes destinées à servir contre des musulmans); *ibid.* 573, 584, 585, 588 (louage de services ou de choses dans un but illicite).

*Medjella*, 34, 35, 304.

L'obligation de celui qui, pour écarter un concurrent d'une vente et pour l'empêcher de surenchérir, lui promet une somme déterminée, a-t-elle une cause illicite? Non. IBN ROCHED ap. ZARKANI, V, 90.

ART. 72

L'obligation sans cause, ou fondée sur une cause illicite, est non avenue.

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

1133 fr. — 134, 138, 306 all. — 1122 it. — Cod. II, 3, 6. — **cf.** DIGESTE, II, 14, 7 § 4, 27 § 4. — LAURENT, XVI, 110, 111, 157. — AUBRY et RAU, §345 et suivants.

ART. 73

*Amalyat*, 135; TAoudi et TASOULI, I, 30, 32, (question controversée).

KHALIL, II, 433.

TASOULI, II, 91; TAoudi, II, 91.

*Hidaya*, 429; *Eddor-el-Mokhtar*, IV, 631.

HAMAOU, sur IBN NADJIM, II, 22, note 4.

IBN NADJIM, I, 346 et HAMAOU, *ad loc.*, p. 347.

Le demandeur doit-il préciser la cause de son action? En règle générale, il ne le doit pas, sauf dans quelques cas et notamment dans la revendication de choses immobilières, et lorsque la dette a pour objet des choses fongibles : *hanéfites*; IBN NADJIM, I, 372, 304, 305 et HAMAOU, *ad loc.*; IBN NADJIM, II, 23 et HAMAOU, 22, note 4. (cf. Cod. Justin XXII, 3, 25 § 4.) D'après les *malékites*, il suffit qu'il énonce sommairement la cause de son action : ZARKANI, VII, 136, 137; BENNANI, *ad loc.*

ART. 73

Toute obligation est présumée avoir une cause certaine et licite, quoiqu'elle ne soit pas exprimée.

**cf.** 1132 fr. — 1120-21 it. — **cf.** DIGESTE, XXII, 3, 25 § 4 et Cod. IV, 30, 13. — WINDSCHEID, § 318, notes 3 et 4. — DEMOLOMBE, XXIV, 367. — LAURENT, XVI, n° 166 et sq. — *Secus* : AUBRY et RAU, § 345.

ART. 74

TASOULI, II, 91; TAOUÏDI, II, 91.  
cf. *Tohjat d'IBN ACEM*, 1405-1406.

ART. 74

La cause exprimée est présumée vraie jusqu'à preuve contraire.

Cod. XXII, 3, 25 § 4. — DEMOLOMBE, XXIV, n° 371.

ART. 75

KHALIL, IV, 278.  
cf. Tribunal de l'Ouzara, n° 1716.

ART. 75

Lorsque la cause exprimée est démontrée fautive ou illicite, c'est à celui qui soutient que l'obligation a une autre cause licite à le prouver.

cf. AUBRY et RAU, § 345, notes 18 et 19. — DEMOLOMBE, XXIV, n° 370 sq. — LAURENT, XVI, 122. — Toulouse, 8 mars 1885, sous Cassation, 30 novembre 1885 (D. P. 87, 1, 443).

CHAPITRE II

Obligations résultant des quasi-contrats

ART. 76

*Koran*, IV, 33 et tradition du Prophète : « Le bien d'un musulman n'est licite (pour un autre) qu'avec la volonté du maître. » ZARKANI, V, 8.

TASOULI, II, 74.

*Morched-el-Hairan*, 837.

Tribunal de l'Ouzara, n° 2911.

Le débiteur qui a payé à celui qui n'était pas autorisé à toucher par le créancier a droit de répétition contre celui auquel il a payé, au cas où le créancier ne ratifierait pas le paiement IBN

ARHOUN, II, 105-106; Cod. IV, 5, 8; DIGESTE, XII,

14 pr.

ART. 76

Celui qui a reçu ou se trouve posséder une chose, une somme ou autre valeur appartenant à autrui, sans une cause qui justifie cet enrichissement, est tenu de la restituer à celui aux dépens duquel il s'est enrichi.

cf. 1376 fr. — 1145 it. — 812 all. — DIGESTE, L. 17, 206; XII, 6, 14, 15, 66; II, 15, 8 § 22; XII, 6, 12; XII, 7, 1 pr. § 2; XIX, 1, 30, pr.; XII, 1, 4 § 2, 32.

ART. 77

Règle générale : toutes les fois qu'on profite du travail ou des biens de quelqu'un, on est tenu d'indemniser celui aux dépens duquel on a profité (TASOULI, II, 275, 276 ; *Analylat*, 278, 279, 334.)

KHALIL, IV, 362 ; Code rural tunisien, art. 28, *in fine*, action *in rem verso* : BENNANI, VII, 33.

c. *Medjella*, 597, 598 ; IBN NADJIM, II, 139.

La caution qui a payé en vertu d'un cautionnement nul n'en a pas moins son recours contre le débiteur principal à raison de ce qu'elle a payé (*Eddor-el-Mokhtar*, IV, 376.) Celui qui a payé en vertu d'une délégation nulle a son recours, soit contre le déléguant, soit contre le délégataire auquel il a payé (*ibid.* IV, 409) ; DIGESTE, XLIV, 4, 505.

Un contrat de louage nul n'en oblige pas moins le preneur à payer le prix du profit qu'il a retiré de la chose ; il y a lieu à estimation dans ce cas : IBN NADJIM, II, 50.

Le louage d'ouvrage nul oblige le maître à payer un salaire proportionnel aux services : *Ib.* 55, note 3, 194 : car « on a profité des avantages de la chose en vertu d'un acte nul. » HAMAOUÏ, II, p. 58. — D'après d'autres, un loyer est dû *officio judicis* : HAMAOUÏ, II, 148, note 2.

Un contrat de gage annulable produit pourtant le droit de rétention en faveur du prêteur afin de se faire rembourser la somme qui a tourné au profit de l'emprunteur : *Eddor-el-Mokhtar* V, 665 ; c. DIGESTE, 12, 1, 32.

ART. 78

KHALIL, III, 523 ; IBN ACEM, 625.

TASOULI, II, 74 ; IBN FARHOÛN, I, 232 ; II, 105-106.

*Hanéfites* : « celui qui a payé une chose croyant la devoir a le droit de la répéter s'il paraît ensuite qu'il ne la devait pas » *Raad-el-Mokhtar*, VI, 471.

IBN NADJIM, I, 194 et HAMAOUÏ *ad loc.*

IBN NADJIM, II, 102 et note 5-6.

Paiement d'un loyer indu, d'aliments à une femme en vertu d'un mariage nul ; *Ib.* II, 159. — Paiement en vertu d'un jugement dont le demandeur a reconnu ensuite le mal fondé ; *Ib.* II, 194. — Prestation faite en vertu d'une transaction ou d'un cautionnement nuls : *Morched-el-Hairan*, 207 ; *Raad-el-Mokhtar*, VII, 254 ; *El-Hamadia*, II, 227 ; *Eddor-el-Mokhtar*, VII, 233 ; IBN NADJIM, I, 318. Paiement fait en vertu d'une ordonnance du juge, lorsque le droit est ensuite reconnu inexistant.

ART. 77

Celui qui, de bonne foi, a retiré un profit du travail ou de la chose d'autrui, sans une cause qui justifie ce profit, est tenu d'indemniser celui aux dépens duquel il s'est enrichi dans la mesure où il a profité de son fait ou de sa chose.

812 all. — DIGESTE, XII, 6, 26 § 12, 65 § 7, 40 § 1 ; XXIV, 1, 31 § 10 ; XII, 6, 12 ; XII, 1, 18 § 1, 23 ; XX, 5, 12 § 1 ; XIX, 1, 30 pr. — Cassation, 15 juin 1892 (D. P. 92, 1, 596.)

ART. 78

Celui qui, se croyant débiteur, par une erreur de droit ou de fait, a payé ce qu'il ne devait pas, a le droit de répétition contre celui auquel il a payé. Mais celui-ci ne doit aucune restitution si, de bonne foi et en conséquence de ce paiement, il a détruit ou annulé le titre, s'est privé des garanties de sa créance, ou a laissé son action se prescrire contre le véritable débiteur. Dans ce cas, celui qui a payé n'a de recours que contre le véritable débiteur.

cf. 1377 it. — 1235 fr. — 1299 it. — DIGESTE, III, 5, 49 ; XI, 7, 14 § 11, 32 pr. ; V, 3, 13 § 1 ; XII, 6, 23, pr. ; XIX, 1, 5 § 1 ; XII, 6, 2 § 3, 7, 45. — AUBRY et RAU, § 441, § 442 et note 13. — TOULLIER, VII, 391 ; VI, 75. — LAURENT, XX, § 354.

ART. 79

IBN NADJIM, II, 102, 206; I, 318.  
HAMAOUÏ SUR IBN NADJIM, I, 194.

ART. 79

Il n'y a pas lieu à répétition lorsqu'on a acquitté volontairement et en connaissance de cause ce qu'on savait ne pas être tenu de payer.

814 all. — DIGESTE, XII, 6, 1 § 1, 24, 26 § 2, 3, 50; XLVI, 2; L, 17, 53.  
— AUBRY et RAU, § 441, notes 3, 4. — LAURENT, XX, § 352.

ART. 80

BENNANI, V, 115; *Tohfat* d'IBN ACEM, 416-421.  
TASOULI, II, 97, 98.  
Tribunal de l'Ouzara, 2647 (*civ. Archives.*)  
HAMAOUÏ, SUR IBN NADJIM, I, 169.  
IBN NADJIM, II, 44.  
IBN NADJIM, II, 59 et note 4. (Répétition de ce qui a été payé d'avance au locateur d'ouvrage, s'il n'exécute pas son ouvrage avec diligence. Répétition de ce qui a été payé à titre de transaction sur un vice rédhibitoire dont l'inexistence a été ensuite reconnue, ou qui a disparu : *Eddor-el-Mohhtar*, IV, 135, 661.  
cf. DIGESTE, VII, 6, 65 § 4; XII, 4, 5 pr.; XIX, 5, 5 § 2.

ART. 80

On peut répéter ce qui a été payé pour une cause future qui ne s'est pas réalisée, ou pour une cause déjà existante, mais qui a cessé d'exister.

71 suisse. — 812 all. — DIGESTE, XIX, 2, 9 § 4, 19 § 6, 30 § 1, 33; XXXIX, 5, 2 § 7. — DIGESTE, XII, 7, 1 § 2, 3. — cf. XXV, 2, 25, tit. DIGESTE, 12, 4. — Cod., IV, 6. — AUBRY et RAU, § 442 bis. — LAURENT, XVI, 114. — Cassation, 24 novembre 1886 (S. 87, 1, 72); 22 décembre 1885 (D. P. 86, 1, 260).

ART. 81

Il n'y a pas lieu à répétition de ce qui a été payé pour une cause future qui ne s'est pas réalisée, lorsque celui qui a payé savait déjà que la réalisation était impossible, ou lorsqu'il en a frauduleusement empêché la réalisation.

815 all.

c. *Koran*, IV, 33.

*Radd-el-Mokhtar*, IV, 586. (Répétition de paiement fait pour cause illicite.)

IBN NADJIM, I, 386-387 et HAMAQFI, 387. (Répétition de ce qui a été payé pour intérêts.)

Ce qui a été payé à un homme puissant pour échapper à un danger qui menace notre personne ou nos biens a-t-il une cause illicite des deux côtés? La turpitude est de la part de celui qui a reçu: IBN NADJIM, I, 109; et il y a lieu à répétition: *Eddor-el-Mokhtar*, V, 373, 374.

*Malékites*: ZARKANI, V, 76-77 (Répétition de ce qui a été payé pour une constitution de rente viagère à titre onéreux.)

Est-il permis de donner un pot-de-vin pour éviter une injustice certaine et évidente? Dans le sens affirmatif: IBN FARHOUN, I, 23.

ART. 83

TASOULI, II, 337, 338 (La femme du failli ne peut répéter le montant des aliments fournis à son mari, s'il est dans la misère).

BENNANI, VIII, 202 (Les aliments fournis par le tuteur à la mère indigente de son pupille peuvent être valablement portés en compte et à la charge de ce dernier).

IBN NADJIM, I, 317. (Le dépositaire d'un absent qui prend sur le dépôt de quoi fournir des aliments aux parents du déposant répond envers ce dernier, s'il ne s'est pas fait autoriser par le juge, mais il n'a aucun recours contre ceux auxquels il a payé): c. ib. II, 206 (car il est considéré comme ayant fait une libération). Il ne répond pas s'il ne pouvait pas consulter de juge: ib. II, 98.

La transaction faite de preuve laisse-t-elle une dette naturelle? IBN NADJIM, II, 36.

Celui qui a payé un loyer qu'il ne devait pas juridiquement, mais qui correspond à une occupation effective de la chose, n'a pas de répétition: IBN NADJIM, II, 102 et note 4-5.

cf. des cas d'obligation naturelle, au point de vue religieux: ib. II, 142, note 2.

Ce qui a été payé pour une cause contraire à la loi, à l'ordre public ou aux bonnes mœurs, peut être répété.

cf. DIGESTE, XII, 5, 1 § 2, 3, 4 § 2; XXIV, 1, 6; XII, 6, 26 pr.; III, 6, 3 § 3, 7 pr. § 1; XII, 5, 8; XL, 5, 4 § 1, 2. — Cod., IV, 7, 7. — cf. aussi 817, 819 all. — 1131, 1133 fr. — Voir d'une part AUBRY et RAU, § 442bis. — TOULLIER, VI, 126, etc. — D'autre part: Cassation, 11 février 1884 (D. P. 85, 1, 99). — DENOLOMBE, XXIV, 382; XXVII, 43, 44. — LAURENT, XVI, 64.

ART. 83

Si le paiement a été fait en exécution d'une dette prescrite ou d'une obligation morale, il n'y a pas lieu à répétition, lorsque celui qui a payé avait la capacité d'aliéner, encore qu'il eût cru par erreur qu'il était tenu de payer ou qu'il ignorât le fait de la prescription.

cf. 1235, 1967 fr. — 1237 it. — 72 suisse. — 814, 822, all. — DIGESTE, XVII, 1, 29 § 6; XXXIX, 5, 19 § 4; XII, 6, 40 pr.; XLVI, 1, 16 § 4; XLIV, 7, 10, II, 2, 3 § 7; XII, 2, 42 pr.; XII, 6, 32 § 2, 2 § 61, 64. — AUBRY et RAU, § 442. — SAVIGNY, § 248. — cf. WINDSCHEID, § 112, § 289 note 2, § 426 et note 14.

ART. 84

HAMAQI sur IBN NADJIM, I, 194 (Lorsqu'on assume une obligation, c'est comme si on faisait un paiement).

ART. 84

Équivaut au paiement, dans les cas prévus aux art. 78 à 83 ci-dessus, la dation en paiement, la constitution d'une sûreté, la délivrance d'une reconnaissance de dette ou d'un autre titre ayant pour but de prouver l'existence ou la libération d'une obligation.

cf. 812 all. — DIGESTE, XII, 6, 26 § 4, 6; L, 17, 115 pr.

ART. 85

HAMAQI sur IBN NADJIM, II, 57, note 4. (Ce qui a été livré en vertu d'un contrat de louage nul oblige le récepteur à répondre de la chose dans les mêmes conditions que le dépositaire.)

IBN NADJIM, II, 220 (Valeur du jour où la chose est parvenue au défendeur).

ZARKANI, V, 76-77 (Lorsqu'il s'agit de choses fongibles, on doit restituer la même qualité et quantité; cf. DIGESTE, XIX, 5, 25 *in fine*; XII, 6, 7, 19 § 2.)

(1) ZARKANI, V, 77. (Il doit les fruits à partir du moment où sa bonne foi a cessé : cf. 1378 fr.; IBN FARHOUN, I, 134. En droit romain, il les doit à partir du moment où il a reçu la chose : DIGESTE, XII, 4, 7 § 4, 12, etc.)

ART. 85

Celui qui s'est indûment enrichi au préjudice d'autrui est tenu de lui restituer identiquement ce qu'il a reçu, si cela existe encore, ou sa valeur au jour où il l'a reçu, si cela a péri ou a été détérioré par son fait ou sa faute; il est même tenu de la perte ou de la détérioration par cas fortuit, depuis le moment où la chose lui est parvenue, s'il l'a reçue de mauvaise foi. Le détenteur de mauvaise foi doit, en outre, restituer les fruits, accroissements et bénéfices qu'il a perçus à partir du jour du paiement ou de l'indue réception, et ceux qu'il aurait dû percevoir s'il avait bien administré. Il ne répond que jusqu'à concurrence de ce dont il a profité, et à partir du jour de la demande s'il était de bonne foi (1).

1378, 1379 fr. — 1148 it. — cf. 819 all. — Cod., IV, 2, 15; IV, 34, 8. — DIGESTE, XII, 4, 9 § 1; XLVI, 2, 12, 13; XII, 4, 7 § 1, 12; XII, 6, 15 pr.; XII, 6, 65 § 8, 26 § 12; XII, 6, 65 § 6. — AUBRY et RAU, § 442 et note 30. — TOULLIER, XI, 95, 102. — LAURENT, XX, note 372 § 375. — Cassation 8 mars 1892 (S. 93, 1, 51).

ART. 86

Si celui qui a reçu de bonne foi a vendu la chose, il n'est tenu qu'à restituer le prix de vente ou à céder les actions qu'il a contre l'acheteur, s'il était encore de bonne foi au moment de la vente.

1380 fr. — 1149 it. — LAURENT, XX, note 377. — AUBRY et RAU, § 442.

ART. 87

Principe général du droit *malékite* : « Lorsque la dépense nécessaire ou utile a été faite, et la chose existe, il y a lieu à répétition en faveur de celui qui a fait la dépense ; lorsque la chose n'existe pas (*p. ex. un esclave en fuite*), la question est controversée, mais *IBN KACEM* accorde la répétition ; c'est aussi l'opinion dominante. » (BENNANI, v, 24.)

(1) « Les dépenses sont toujours imputées sur les fruits. » ZARKANI, v, 93 (*Impensæ minuunt fructus.*)

(2) BENNANI, v, 24.

(3) BENNANI, v, 77 (La question est d'ailleurs controversée.)

ART. 87

Celui auquel la chose est restituée doit faire raison, même au possesseur de mauvaise foi :

1<sup>o</sup> de toutes les dépenses qui ont été faites pour la conservation de la chose et la perception des fruits (1) ;

2<sup>o</sup> des contributions et des prestations périodiques dont la chose était grevée et qui ont été acquittées par le possesseur.

Il doit faire raison aussi des impenses utiles, si le possesseur est de bonne foi (2), jusqu'à concurrence de la plus-value que les améliorations ont pu produire.

Quant aux impenses voluptuaires, le possesseur soit de mauvaise, soit de bonne foi, n'aura que le droit de les enlever, s'il peut le faire sans dommage (3).

Le possesseur de bonne foi a le droit de rétention pour se faire rembourser ses dépenses.

cf. 548, 549, 1381 fr. — 1150 it. — DIGESTE, XII, 6, 65 § 5 ; XXXIX, 6, 11 ; XII, 6, 26 § 12, 65 § 1. — AUBRY et RAU, § 442.

CHAPITRE III

Des obligations provenant des délits et quasi-délits

ART. 88

Arg. Koran, II, 173-174; IV, 33, 95.  
Code Tunis. de 1861, art. 448, 451, 453, 454, 455, 460, 463, 464, 605, 640.

KHALIL, III, 365 (détérioration d'une chose vendue); IV, 96, 110, 111 (crimes et délits); IV, 210 (dol du vendeur); IV, 363 (travaux faits sans droit et avec intention de nuire); IV, 363, 377 (responsabilité de l'instigateur d'un crime); IV, 394, 396 (dégradations et détériorations); IV, 506 (dol du locateur d'ouvrage.)

BENNANI, VIII, 92. (C'est l'intention qui constitue le délit.) Le délit suppose toujours le dol (*taâm-moud*).

Hanéfites :

Medjella, 92 (c. 887, 888), 658, 912, 914, 917, 922.

HAMAOU, sur IBN NADJIM, I, p. 105.

Le même, I p. 370; *Eddor-el-Mokhtar*, v, 185 (Dénonciation calomnieuse.)

*Eddor-el-Mokhtar*, v, 654. (Il n'y a de responsabilité que lorsque le dommage est commis volontairement; celui qui est contraint à le faire n'encourt point de responsabilité.)

Le droit musulman connaît quatre formes principales de délits civils :

1° le détournement ou appropriation illicite (*furtum taâddy*);

2° la rapine (*ghağb*);

3° le dommage illicite (*dharar damnum injuria datum*);

4° l'injure ou calomnie (*kadf*). C'est l'énumération du § 1, Instit., IV, 8 et de la loi 4 DIGESTE,

LIV, 7 (*ex maleficio nascuntur obligationes, veluti furto, ex damno, ex rapina, ex injuria*).

L'appropriation illicite, *taâddy* ou *ghağb*, (les

deux mots se prennent souvent l'un pour l'autre, quoique à tort : cf. HAMAOU, II, 322 note 6) c'est

le *furtum* romain : il y a appropriation illicite (*furtum*) « *eum quis alienam rem invito domino intracat* » :

Instit., IV, 1, 6; « le *taâddy*, c'est l'appropriation des utilités de la chose » : (TASOULI,

354), c'est le *furtum usûs*. Ainsi le dépositaire qui nie le dépôt ou le convertit à son usage : (IBN

ALWAL, II, 206; *Tohfât* d'IBN ACEN, 1278; DIGESTE,

ART. 88

Tout fait quelconque de l'homme qui, sans l'autorité de la loi, cause sciemment et volontairement à autrui un dommage matériel ou moral, oblige son auteur à réparer le dommage résultant de son fait, lorsqu'il est établi que ce fait en est la cause directe.

Toute stipulation contraire est sans effet.

cf. 1382 fr. — DIGESTE, II, 14, 8 pr.; IV, 3, 7 § 3, 8, 9, 9 § 4, 18 § 5; IX, 3, 5 § 2; XVI, 3, 1 § 32, 47; XLVII, 2, 46 § 7, 22 pr.; 53 pr.; IX, 2, 5 § 2. — Instit., IV, 13 à 16. — Cod., III, 35, 6. — AUBRY et RAU, § 444, § 446. — LAURENT, XX, note 393 et s. 408. — Cassation, 19 mars 1888 (D. P. 88, 1, 391); 7 mars 1892 (D. P. 1, 502); 22 novembre 1892 (D. P. 93, 1, 604).

xiii, 4, 16, pr.; xvi, 3, 29, pr.; xlvii, 2, 1 § 2, 3, 76, pr.); le commodataire qui emploie la chose à un usage différent ou plus onéreux que celui prévu par le contrat : (DIGESTE, xiii, 6, 5 § 8; xlvii, 2, 41, 71, pr.; xiii, 4, 16, pr.); l'artisan qui ayant reçu une chose pour la nettoyer ou la réparer, la prête à autrui ou en fait un autre usage (HAMAOUI, II, 322 note 6; DIGESTE, xlvii, 2, 48 § 2, 84 pr.); commettent un *furtum ta'addy*. En général (DIGESTE, xlvii, 2, 59 § 1; Instit. IV, 1 § 6) il faut deux éléments pour constater l'appropriation illicite (*ta'addy*) :

1<sup>o</sup> la mainmise sur une chose possédée par autrui; la seule intention ou même l'expression de cette intention ne suffirait pas : (IBN NADJIM, I, 42; DIGESTE, 47, 2, 1 § 1);

2<sup>o</sup> l'intention de réaliser un lucre illicite; celui qui s'empare d'une chose qu'il croit lui appartenir ou n'appartenir à personne ne commet point de *furtum ta'addy* : (BENNANI, VIII, 92; DIGESTE, xlvii, 2, 43 § 6, 10, 46 § 7, 8.) Il y aurait, au contraire, *ta'addy* (*furtum possessionis*) dans le fait du propriétaire qui soustrait la chose qu'il a donnée en gage : (ZARKANI, VIII, 97; BENNANI, *ad loc*; *Tohfat* d'IBN ACEM, note 1414; DIGESTE, 47, 2, 19 § 5; Instit., IV, 1 § 10.)

Le *ghaçb*, au sens propre du mot, c'est l'appropriation de la chose d'autrui accomplie avec violence, la rapine romaine (*vi bonorum raptorum* : Instit., IV, 2 pr., tit.; DIGESTE, xlvii, 8; *Eddor-el-Mokhtar*, IV, 156 à 158, 161; TASOULI, II, 347.) Mais on appelle assi *ghaçib* celui qui a la possession de la chose d'autrui contre sa volonté, c'est le sens du mot *praedo* en droit romain (DIGESTE, 41, 2, 5.)

(1) *Malékites*. (La faute est égale au dol lorsqu'il s'agit du bien d'autrui.) TASOULI, II, 289; ZARKANI, 24.

(2) « La faute est ce qui est fait sans intention. » TASOULI, I, 355 et *Eddor-el-Mokhtar*, v, 469; DIGESTE, IX, 2, 5 § 1.

(3) *edjella*, 608-609. « L'oubli constitue une faute lorsqu'il s'agit du bien d'autrui. » HAMAOU, II, 106; Code de Tunis, de 1804, art. 174, 301, 333, 345, 346, 356, 358, 373, 448, 452, 454, 457, 459, 461, 625, 626.

(4) IBN FARHOUN, II, 76 et 248 (incendie commis par imprudence en allumant du feu près d'une maison ou d'un tas de foin. Question de fait.)

(5) IBN FARHOUN, II, 248 (impéritie du chirurgien ou du barbier chargé de faire une saignée) *ibid.* (excès de correction.)

(6) est en faute celui qui ouvre une cage, si les animaux qui y étaient enfermés s'envolent (*ibid.*)

(7) Le gardien de prison qui relâche un prisonnier sans l'autorisation du créancier (*ibid.*)

(8) celui qui délivre un animal ou un esclave qui était lié: *ib.* 249. — DIGESTE, IV, 3, 7 § 7.

(9) celui qui creuse une fosse dans une route publique ou un chemin fréquenté est responsable des séquences; il en serait autrement s'il avait le droit de le faire: IBN FARHOUN, II, 246; DIGESTE, IV, 28 et 29 pr.; XLIII, 24, 7 § 8.

(10) l'homme de loi qui se trompe, par impéritie, dans la consultation qu'il donne sur un point de droit, en répond (*ibid.* II, 221.)

(11) le forgeron qui, battant un fer chaud sur son anvil, en fait jaillir des étincelles au dehors, est responsable des dégâts causés par le feu (*Eddor-el-Mokhtar*, v, 74.) Il n'y aurait pas faute, au contraire, si on brûle de l'étoupe ou des épines dans son atelier par un temps calme; si le vent, surgissant à coup, venait à propager le feu chez le voisin, ce serait là une force majeure (*Raad-el-Mokhtar*, 74.) DIGESTE, IX, 2, 30 § 3. Il y a faute à placer une pierre, une poutre dans un endroit fréquenté, de manière à faire tomber les passants (*ibid.* v, 74.) à confier un cheval ou une arme à un enfant (*ibid.* 493).

(12) HALLI, IV, 159, 227, 232, 250, 253, 312, 320, 364, 366, 504, 595, 596.

(13) *chfat* d'IBN ACEM, 1580 (composition pour une blessure involontaire); 1610 (mutilation).

(14) HAMAOU, II, 23, 280; TASOULI, II, 23; ZARKANI, VIII, 116, 117. cf. Institut. IV, 3 § 7-8.

(15) *edjella*, 92, 602, 603, 605, 608, 609, 768, 782, 888, 892, 896; IBN NADJIM, II, 99, 117 et note 9 (faute)

Chacun est responsable du dommage moral ou matériel qu'il a causé, non seulement par son fait, mais par sa faute (1), lorsqu'il est établi que cette faute en est la cause directe.

Toute stipulation contraire est sans effet.

La faute peut consister, soit à omettre ce qu'on était tenu de faire, soit à faire ce dont on était tenu de s'abstenir, par imprudence, négligence ou impéritie (2).

cf. 1382, 1383 fr.— 319, 320 Pén. fr. — DIGESTE, IX, 2, 5 § 1; L, 17, 132. — DIGESTE, IX, 2, 5§3, 6, 7 pr. (excès de correction). — DIGESTE, IX, 2, 8 pr. — Institut., IV, 3, 6. — DIGESTE, IX, 2, 27 § 9, 33, 30 § 3, 31 pr. — Institut., IV, 3 § 7, 8, 14. — AUDRY et RAU, § 444 note 1, § 445, p. 754, § 446 note 9. — LAURENT, XX, note 388 et s. — Cassation, 14 juin 1887 (D. P. 88, 1, 19.) — Cons. d'Etat, 11 mars 1881 (D. P. 82, 3, 83.) — Cassation, 1er juillet 1885 (D. P. 86, 1, 201.) — Cassation, 14 août 1878 (D. P. 79, 1, 57.)

ib. 118 (impéritie); HAMAOUÏ SUR IBN NADJIM, I, 248 (excès de correction); HAMAOUÏ, ib. II, 61, note 8 (louage d'ouvrage); IBN NADJIM, 115 (excès de correction du mari), ib. II, 111 et note 2. *Quid* de l'excès de correction du père ou de la mère, du tuteur, du maître? Question controversée. Voir aussi *Eddor-el-Mokhtar*, III, 261, 262; DIGESTE, IX, 2, 5 *in fine*: 6-7 pr. Distinguer: 1<sup>o</sup> s'il est fait dans le but de simple correction; 2<sup>o</sup> s'il est fait dans le but d'enseigner un art. Voir aussi: II, p. 188, 189. Le Code Tunisien de 1861 ne distingue pas le cas d'excès de correction de toute autre cause.

Celui qui allume du feu dans son champ lorsqu'il fait du vent répond des suites si le feu se propage au champ du voisin: *Eddor-el-Mokhtar*, V, 74; DIGESTE, IX, 2, 30 § 3.

#### ART. 90

*Contrà*: KHALIL, IV, 363 (Voir pourtant 601).

*N. B.* — En droit musulman, les rapports du Prince ou de l'État avec les fonctionnaires sont régis par les règles du droit privé; les fonctions de judicature et généralement toutes fonctions publiques sont des mandats, révocables à tout moment et soumis aux autres règles des conventions: TAOUÏ, I, 17. (IBN NADJIM, II, 493. — Voir cependant *ibid.* note 5, l'indication d'une théorie différente.) — C'est la théorie de TROPLONG, de MERLIN, de DEMOLOMME, en France: la responsabilité de l'État pour ses fonctionnaires ne pourrait donc être que celle du commettant pour ses agents et préposés; mais l'État, personne morale, ne peut agir que par ses représentants (art. 6 ci-dessus). Le fait de l'agent est donc le fait de l'État.

#### ART. 90

La responsabilité établie aux deux articles ci-dessus s'applique également à l'État, même lorsqu'il agit comme puissance publique, aux communes et aux administrations publiques, pour les faits ou les fautes imputables à leurs représentants, agents et fonctionnaires dans l'exercice de leurs fonctions, sans préjudice de la responsabilité directe de ces derniers envers les parties lésées.

Dans ce sens: GIORGI, *Oblig.*, V, 345. — WINDSCHEID, § 470 et note 4, § 482 et note 4. — *cf.* AUBRY et RAU, § 447 et note 16 à 24. — LAURENT, XX, 418. — DALLOZ, *V<sup>o</sup> Respons.*, nos 638 à 664.

ART. 91

cf. Décret, 14 hidjé 1300 (Douanes), art. 58 (BOMPANN, p. 103).  
Décret, 27 ramadan 1303 (État civil), art. 16, 18. (BOMPANN, p. 153.)

ART. 91

Le fonctionnaire, ou employé public, qui, par son dol ou sa faute lourde, cause à autrui un dommage matériel ou moral dans l'exercice de ses fonctions ou de son service, est tenu de réparer le dommage, lorsqu'il est établi que son dol ou sa faute en sont la cause directe ; cependant, en cas de faute simple, les parties lésées n'ont action contre le fonctionnaire qu'à défaut de tout autre moyen de se faire indemniser.

Le présent article ne s'applique ni aux notaires ni aux huissiers, dont les rapports avec les parties sont régis par les règles du louage d'ouvrage.

839 all. — cf. DIGESTE, IX, 2, 29 § 7 ; II, 40, 3 § 3 ; XXIV, 3, 39. — Jurisprudence française : SIREY, C. C. art. 1382, 1383. — Droit français (officiers de l'état-civil), C. C. 51, 52 ; (conservateurs des hypothèques), C. C. 2108, 2197, 2199, 2202 ; (fonctionnaires), 184, 186, pénal.

ART. 92

Radd-el-Mokhtar, IV, 45 : (le juge est responsable lorsqu'on établit avec évidence qu'il a commis une erreur dans son jugement, mais il a son recours contre la partie en faveur de laquelle il a jugé) ; voir sur cette question, pour les hanéfites : HAMAOU sur IBN NADJIM, I, 113 (nullité du jugement en cas de corruption du juge) ; I, 324. cf. 353, 356 (responsabilité du juge qui rend volontairement un jugement contraire à la loi) ; (sic) Eddor-el-Mokhtar, V, 474.

D'après les malékites, le juge qui, dans une cause criminelle, condamne sur des preuves dont il connaît la fausseté, se rend passible de la même peine ; après d'autres, il doit payer le prix du sang de celui qu'il a condamné sans preuve : (ZARKANI, VII, 19) et BENNANI *ad loc* ; cf. DIGESTE, II, 2.) Le juge prévaricateur est puni de peines corporelles, de la destitution et de l'incapacité de remplir des fonctions publiques (IBN FARHOUN, II, 225.)

ART. 92

Le fonctionnaire de l'ordre judiciaire qui forfait aux devoirs de sa charge, en répond civilement envers la partie lésée, dans le cas où, d'après la loi pénale, il y a lieu à prise à partie contre lui.

177, 183, 184, 185, pénal fr. — 77, 112, 164, 271, 415, instr. crim. fr. — 4 et 2063 C. C. fr. 15 et 505 Procéd. civ. fr. — 839 C. C. all. — Cassat. 13 mars 1850 (D. P., 50, 1, 320). — DEMOLOMBE, 31 note 519. — WINDSCHEID, § 470 note 3. — DIGESTE, V, 1, 15 § 1. — Cod. VII, 49, 2. — DIGESTE, XLIV, 7, 5 § 4. — DIGESTE, L, 13, 6. — Cod. IV, 20, 19 ; II, 3, 29 ; III, 1, 13 § 9.

ART. 93

Dans le cas des deux articles ci-dessus, la partie lésée n'a aucun recours, lorsque, par dol ou par faute, elle n'a pas fait usage des moyens de droit dont elle pouvait se prévaloir afin d'empêcher le dommage.

839 all. — LAURENT, XX, 589. — MEUGGI, *Diritto amm.* p. 302. — cf. WINDSCHEID, § 470 note 1, p. 774 et note 4.

## ART. 94

Toute personne qui aura, par ses paroles, fait du tort à un musulman, avec l'intention de nuire, doit être rigoureusement punie : IBN FARHOUN, II, 220.

Voir décret sur la presse, 16 oct. 1884 (25 hidjé 1301) (BOMPARD, p. 425, 426); diffamation : IBN FARHOUN, II, 127.

L'injure en droit musulman est punie de peines correctionnelles (IBN NADJIM, I, 284); IBN FARHOUN, II, 220, mais ne donne pas lieu à une action civile; l'injure suppose l'intention de faire un acte injuste et sans l'autorité de la loi (HAMAOUÏ, I, 385). Celui qui exécute la loi, ou qui énonce un fait vrai, quoique injurieux, ne commet point de délit d'injure (ZARKANI, VIII, 90; IBN ARFA ap. ZARKANI, VIII, 86; DIGESTE, XLVII, 10, 13 § 1, 2, 6, 18 pr., 33); celui qui n'a pas la conscience de ses actes, ou qui est sous le coup d'une erreur excusable, n'est pas coupable d'injure : (ZARKANI, VIII, 85, 86; DIGESTE, XLVII, 10, 3 § 1, 4, 15 § 45, 26). On peut injurier quelqu'un dans la personne de ceux qui lui tiennent de près, par exemple, dans la personne de sa femme, de ses enfants, de ses serviteurs : *Eddor-el-Mokhtar*, III, 251; la femme a action pour certaines injures adressées à son mari (si on appelle quelqu'un « cocu », la femme a une action personnelle pour injures : ZARKANI, VIII, 89; *sécus*: DIGESTE, XLVII, 10, 2). L'injure peut être commise par écrit, verbalement, par les voies de fait, etc. : (cf. ZARKANI, VIII, 88, 89, 115; IBN FARHOUN, II, 220, 221; *Eddor-el-Mokhtar*, III, 251; V, 360; DIGESTE, XLII, 10, 1 § 1, 5 § 9, 15 § 2, 7.) Y a-t-il injure à appeler quelqu'un « mécréant » *kafr*? Pour l'affirmative : IBN NADJIM, I, 285 (question controversée). Voir pour les *malékites* : IBN FARHOUN, II, 221, sur les différentes appellations qui peuvent constituer une injure : *ibid.*, II, 220, 189, 190; cf. *Eddor-el-Mokhtar*, III, 251, 257. Pour les propos diffamatoires, et, notamment, l'accusation de fornication et d'adultère : *Koran*, IV, 112; XXIV, 4, 9, 13, 18, 19; *Eddor-el-Mokhtar*, III, 230 et suiv. Il y a injure à pénétrer dans la maison de quelqu'un sans l'autorisation ou malgré la défense du maître (*Koran*, XXIV, 27, 28; IBN NADJIM, II, 103; DIGESTE, XLVII, 10, 5 § 2, 5, 23; XLVII, 2, 21 § 7.) De même que dans les paroles ou les gestes contraires à la pudeur ou aux bonnes mœurs adressés à une personne honnête : (IBN NADJIM, I, 284, 285 et HAMAOUÏ *ad loc*; DIGESTE, XLVII, 10, 9 *in fine*, 10, 15 § 15, 23.) La preuve n'est admise, en droit *hanéfite*, que si le fait imputé à la personne insultée est d'intérêt public et prévu par la loi pénale; car la preuve n'est

## ART. 94

Celui qui, contrairement à la vérité, affirme ou répand par la voie de la presse ou autrement des faits qui sont de nature à nuire au crédit, à la considération ou aux intérêts de la personne ou du corps auquel le fait est imputé, est tenu envers la partie lésée, des dommages résultant de son fait, lorsqu'il savait ou devait savoir la fausseté des faits imputés, le tout sans préjudice des peines édictées par la loi.

Cette règle s'applique à celui qui, par des paroles, des écrits ou des actes, commet le délit d'injure au sens de la loi pénale et de la loi sur la presse.

La même responsabilité s'applique à celui qui aura imprimé un écrit calomnieux, diffamatoire ou injurieux, solidairement avec l'auteur.

L'action résultant des faits prévus par le présent article se prescrit après trois mois révolus à compter du jour où ils ont été commis, ou du jour du dernier acte de poursuite, s'il en a été fait. Lorsque le fait dommageable n'est pas accompagné de publicité, la prescription s'accomplit par trois mois à partir du jour où la partie lésée en a eu connaissance.

DIGESTE, XLVII 19 1 § 2, 15 § 2, 33. — Loi sur la presse, juillet 1881, art. 29, 65. — Paris, 26 juin 1889 (D. P. 90, 2, 277). — WINDSCHEID, II, § 472.

pas admise dans l'intérêt de la partie, afin de l'exonérer des peines attachées à la diffamation, mais dans l'intérêt public : (IBN NAJJIM, I, 285; *Hidaya-el-Kanial*; *Eddor-el-Mokhtar*, III, 252, 253; ap. HAMAOU, *ad loc.* 286.) ZAIKANI, VIII, 86; DIGESTE, XLVII, 10, 18 pr.

ART. 95

(1) IBN FARHOUN, II, 224.

ART. 95

Celui qui, de bonne foi, et sans qu'il y ait faute lourde ou imprudence grave de sa part, donne des renseignements dont il ignore la fausseté, n'est tenu d'aucune responsabilité envers la personne qui est l'objet de ces renseignements :

1<sup>o</sup> lorsqu'il y avait pour lui ou pour celui qui a reçu les renseignements un intérêt légitime à les obtenir ;

2<sup>o</sup> lorsqu'il était tenu par suite de ses rapports d'affaires, ou d'une obligation légale, de communiquer les informations qui étaient à sa connaissance (1).

824 ali. — Cassat., 23 octobre 1886 (P. 87, 4, 1077.)

ART. 96

Voir sur la concurrence déloyale : GHEZALI, *Ehia Eddine*, vol. II, p. 61, 63. D'après les *malékites*, il y a lieu à confiscation et à la destruction des marchandises frelatées ou falsifiées, lorsqu'elles sont de peu de valeur; elles sont confisquées au profit des pauvres, dans le cas contraire (opinion dominante : IBN FARHOUN, II, 148.)

Décret 15 djoumad-elouel 1301, -art. 46 (chéchia) BOMPARD.

Loi du 16 chaoual 1306, (art. 9, propriété littéraire) CAUDEL, p. 270.

Loi du 4 chaoual 1306, art. 15, 18, (marque de fabrique), CAUDEL, 123, 124.

ART. 96

Peut donner lieu à des dommages-intérêts, sans préjudice de l'action en suppression et des peines édictées au Code pénal tunisien :

1<sup>o</sup> le fait de celui qui aura, soit apposé, soit fait apparaître, par addition, retranchement, ou par altération quelconque, sur des objets fabriqués, ou sur des produits industriels ou agricoles, le nom ou la marque de fabrique, le cachet, le timbre ou l'étiquette d'un fabricant ou d'un producteur autre que celui qui en est l'auteur, ou la raison commerciale d'une fabrique autre que celle où lesdits objets auront été fabriqués, ou enfin le nom d'un lieu autre que celui de la fabrication ou de la production ;

2<sup>o</sup> le fait de celui qui, sans y être autorisé, aura apposé le nom, la marque de fabrique, l'étiquette ou autre signe distinctif du fabricant dont il a acquis les produits, lorsque les produits n'étaient pas marqués par leur auteur ou producteur au moment où il les a acquis.

Loi française du 4 août 1824. — Convention internationale de Madrid, 14 avril 1891. — Loi italienne, 30 août 1868 art. 12. — PUILLET, *Marques de fabrique*, nos 265, 196. — VIVANTE, I, nos 118, 119, 148. — Tunis, 15 décembre 1895 (*Journal* 96, 60); 13 décembre 1896 (*ibid.* 95, 87).

ART. 97

Loi sur la propriété littéraire et artistique, du 16 chaoual 1306 (art. 6, 7, 9) CAUDEL, p. 269.

Loi sur les brevets d'invention, du 22 rabia-ettani 1306 (art. 35) CAUDEL, p. 16.

Loi du 4 chaoual 1306, art. 15, 16, 18, CAUDEL, p. 124.

ART. 97

Tout marchand, commissionnaire, ou débitant quelconque, sera passible des effets civils de la poursuite, lorsqu'il aura sciemment exposé en vente ou mis en circulation des objets marqués de noms supposés ou altérés. Il n'aura, dans ce cas, aucun recours contre son vendeur ou mandant pour se faire indemniser des condamnations prononcées contre lui.

Cassation, 21 février 1870 (D. P. 70, 1, 411); 5 mars 1872 (D. P. 72, 1, 318); 22 décembre 1889 (D. P. 81, 1, 83.)

c. GHAZALI, *Ehia-Eddine*, II, p. 61, 63, 68. Fabrique de chéchias. (Procès-verbal de Kaàda, 1280. Archiv., dossier E, n° 1.)

Décret du 4 rabia-ettani 1315, sur les fraudes et falsifications dans le commerce des denrées alimentaires et des engrais (CAUDEL, p. 66, 68).

Décret du 4 chaoual 1306, art. 16 (CAUDEL, 124.)

KNALIL, IV, 171. Il y a dol de la part du possesseur d'un nom ou d'une marque connue lorsque, moyennant une part dans les bénéfices, il fait passer pour siens les produits d'une autre maison moins connue pour en faciliter le débit.

TASOUL, II, 339.

N'encourt aucune responsabilité celui qui ouvre un débit ou magasin à côté d'un autre déjà établi au même endroit, même si celui-ci perd une partie de sa clientèle, pourvu qu'il n'y ait aucun dol (Eddor-el-Mokhtar, V, 385.) IBN FARHOUN, II, 260; IBN ACEM, 1468.

Peuvent donner lieu à des dommages-intérêts, sans préjudice de l'action en suppression, et des peines édictées au Code pénal tunisien, les faits constituant une concurrence déloyale, et par exemple :

1° le fait d'user d'un nom ou d'une marque à peu près similaires à ceux appartenant légalement à une maison ou fabrique déjà connue, ou à une localité ayant une réputation collective, de manière à induire le public en erreur sur l'individualité du fabricant et la provenance du produit ;

2° le fait d'inscrire au registre de commerce le nom ou la raison du commerce appartenant à une autre personne, sans observer les prescriptions de l'art.

3° le fait d'user d'une enseigne, tableau, inscription, écriteau, ou autre emblème quelconque, identique ou semblable à celui déjà adopté légalement par un négociant, ou fabricant, ou établissement du même lieu, faisant le commerce de produits semblables, de manière à détourner la clientèle de l'un au profit de l'autre ;

4° le fait d'ajouter au nom d'un produit les mots : *façon de...*, *d'après la recette de...*, ou autres expressions analogues, tendant à induire le public en erreur sur la nature ou l'origine du produit ;

5° le fait de faire croire par des publications ou autres moyens, que l'on est le cessionnaire ou le représentant d'une autre maison, ou établissement déjà connu ;

6° le fait de donner à son établissement l'aspect extérieur d'un autre établissement contigu, dans le but de détourner la clientèle de celui-ci.

876 suisse. — Loi italienne de 1868 art. 5, 12, nos 3 et 6. — Loi allemande du 27 mai 1886, art. 8 § 13. — Convention internationale de Madrid, avril 1891. — POUILLET, Marques de fabrique, nos 4, 374, 394, 417, 488, 535 et suiv., 564, 705. — VIVANTE, I, 104, 127, 145, 147, 161. — Tunis, 28 décembre 1894 (*Journal* 97, 301). — Alger, 23 juin 1894 (*Journal* 95, 291).

ART. 99

*Malékites :*

Le viol d'une fille impose à son auteur l'obligation de lui fournir une dot proportionnée à sa condition, sans préjudice d'autres peines (IBN ACEM, 1518, 1513.) cf. NOVELLA 143. *De muliere roptum passa.*

D'après ASBAGH, le viol d'une vierge impose à l'auteur du délit l'obligation de réparer les conséquences que le fait peut avoir au point de vue de ses chances de mariage, de son honneur et de son intégrité physique, sans préjudice des peines correctionnelles (IBN FARHOUN, II, 189.) En droit *hanéfite*, celui qui a séduit une femme mariée et l'a persuadée à quitter le domicile conjugal est puni de l'emprisonnement « jusqu'à ce qu'il se repente ou qu'il meure » : *Eddor-el-Mokhtar*, III, 264. Même décision en droit *malékite* : IBN FARHOUN, II, 123, 124.

ART. 100

KHALIL, IV, 595.

Décret beylical, 15 décembre 1896 (10 hidjé 1314) art. 33, sur la police rurale (*Journal des Tribunaux tunisiens*, 1897 vol. IX, p. 9.) Décret sur la pêche, 28 août 1897 (30 rabia-el-aoual 1315) art. 13.

Contrà : *Medjella*, 916.

ART. 99

La séduction d'une jeune fille, soit par des manœuvres dolosives, soit par l'abus de l'autorité de l'ascendant ou de relations qu'on avait avec elle, soit au moyen d'une promesse de mariage, donne lieu à des dommages-intérêts.

La même règle s'applique aux cas où l'on a abusé par violence d'une jeune fille ou d'une femme, sans préjudice des peines édictées, selon les cas, par le Code pénal tunisien.

825 all. — DEMOLOMBE, XXXI, n. 514. — LAURENT, IV, n. 90. — cf. Tribunal Tunis., 12 avril 1888 (*Journal* 95, 402). — Cassation 26 juillet 1864 (D. P. 64, 1, 347); 25 février 1890 (D. P. 90, 1, 412); Paris, 16 mars 1892 (D. P. 63, 2, 541); Dijon, 27 mai 1892 (D. P. 93, 2, 183).

ART. 100

Chacun est tenu de répondre du dommage matériel ou moral causé par le fait ou la faute des personnes qu'il a sous sa garde, lorsqu'il est établi que ce fait ou cette faute sont la cause directe du dommage. En conséquence :

1° les instituteurs, les artisans et chefs d'industrie répondent du dommage causé par leurs élèves et apprentis même majeurs, pendant qu'ils sont sous leur surveillance;

2° les tuteurs, pour les dommages causés par leurs pupilles demeurant avec eux;

3° les maris, pour les dommages causés par leurs femmes.

Cette responsabilité est solidaire; elle n'a pas lieu lorsque les instituteurs, les artisans, les tuteurs, les maris prouvent qu'ils n'ont pu empêcher le fait dont ils devraient répondre, et qu'ils ont fait tout ce qui était possible afin d'en conjurer les suites.

cf. 1153 it. — 1384 fr. — POTHIER, Oblig. I, 421. — AUBRY et RAU, IV, § 447 et note 11 (tuteurs). — cf. LAURENT, XX n. 555 et s.

ART. 101

*Contrà: Medjella, 778 (dépôt).*  
cf. Code Tunis. de 1861, art. 371. Le cocher est responsable des accidents causés par la voiture qu'il conduit, à moins que le propriétaire n'en soit lui-même le conducteur. Dans ce cas, ce dernier sera responsable.

Mais le décret beylical du 15 décembre 1896 (10 redjeb 1314) sur la police rurale, art. 33, a admis cette responsabilité des maîtres pour leurs domestiques et subordonnés (de même que le décret sur la pêche) 28 août 1897 (30 rabia-elaouel 1315), article 13.

ART. 101

Les maîtres et les commettants répondent des dommages causés par le fait ou par la faute de leurs préposés, serviteurs, ouvriers ou autres subordonnés, et solidairement avec eux, lorsque le dommage a été causé par ces derniers dans l'exercice de leurs fonctions ou de leur service. Toute stipulation contraire est sans effet. Cette responsabilité n'a pas lieu lorsque les maîtres et les commettants prouvent :

1<sup>o</sup> qu'ils ont apporté dans le choix de leurs ouvriers, serviteurs ou préposés toute la diligence nécessaire ;

2<sup>o</sup> qu'ils ont fait tout ce qui était nécessaire de leur part afin d'empêcher le dommage ou d'en conjurer les suites ;

3<sup>o</sup> lorsque le travail devait être accompli sous leur direction ou surveillance et qu'ils ont effectivement exercé cette direction ou cette surveillance avec tout le soin exigé par les circonstances.

cf. 1153 ital. — 1387 fr. — 62 suisse. — 831 all. — DIGESTE, XLIV, 7, 5 § 6; IX, 2, 27 § 11; XIV, 3, 5 § 9, 11, 12, 11 § 5; IV, 9, 7 § 4; XIV, 4, 5 § 3. — Instit., IV, 7 § 8. — WINDSCHEID, § 455 et note 27, § 482 et note 15. — AUBRY et RAU, § 447. — LAURENT, XX, 570 et s. — cf. Cassation, 25 octobre 1886 (D. P. 87, 1, 225).

ART. 102

TASOULI, II, 306.  
Décret beylical, 15 déc. 1896 (10 redjeb 1314),  
art. 33.

L'ancienne coutume arabe permettait au père de s'affranchir de toute responsabilité pour les délits de son fils en le retranchant de sa famille, au moyen d'une déclaration faite publiquement au marché (c'est ce qu'on appelait le *tiâne*). Cette procédure s'est conservée dans le droit moderne, sous forme de désaveu solennel fait par devant notaire (*asterrad*). Voir IAN FANOUSS, II, 3, et la formule dans TOUATI : Formulaire des notaires, 207 (traduc. fr.)

En droit romain, l'action *ex delicto* compétait directement contre le mineur, mais le père répond sur le pécule de ce dernier et jusqu'à concurrence de ce dont le pécule a profité : DIGESTE, XIV, 5, 1 ; *Malchitex* : TASOULI, II, 303.  
Cod. IV, 26, 1, 3, 12. Instit. IV, 8 § 7, etc.

ART. 102

Le père et la mère répondent des dommages causés par leurs enfants mineurs et non émancipés demeurant avec eux. En cas de divorce, la responsabilité pèse sur celui des époux auquel a été confiée la garde de l'enfant et, subsidiairement, sur celui qui est tenu de lui fournir les aliments. Lorsque l'enfant appartient à l'un des époux, la responsabilité ne pèse que sur l'époux auquel l'enfant appartient. Cette responsabilité cesse dans les cas prévus au dernier alinéa de l'art. 100 ci-dessus. Cependant, les père et mère ne peuvent invoquer le bénéfice de ces dernières dispositions lorsque par leur faute, et notamment par l'abandon moral où ils ont laissé leur enfant, ils sont la cause indirecte du délit ou quasi-délit commis par ce dernier.

cf. 1384 fr. — 832 all. — AUBRY et RAU, § 446 et note 10, § 447 et notes 9, 12. — DEMOLOMBE, XXXI, n. 566 et s. — LAURENT, XX, 554 et s.

ART. 103

Les personnes qui sont tenues de répondre du fait d'autrui, aux termes des art. 100, 101, 102, ont leur recours contre l'auteur direct du dommage pour se faire indemniser des condamnations prononcées contre elles.

Art. 63 suisse. — Cassation, 24 février 1885 (D. P. 87, 1, 31.) — AUBRY et RAU, § 447. — LAURENT, XX, n. 622.

ART. 104

cf. Cod. tunis. de 1861, art. 289, 291.

ART. 104

Le père, la mère, et les autres parents ou conjoints répondent des dommages causés par les insensés et autres infirmes d'esprit, mêmes majeurs, habitant avec eux, s'ils ne prouvent :

1° qu'ils ont exercé sur ces personnes toute la surveillance nécessaire ;

2° ou qu'ils ignoraient le caractère dangereux de la maladie de l'insensé ;

3° ou que l'accident a eu lieu par la faute de celui qui en a été la victime.

La même règle s'applique à ceux qui se chargent, par contrat, de l'entretien ou de la surveillance de ces personnes.

832 all. — Question controversée : AUBRY et RAU § 447. — LAURENT, XX, n° 559 et 568.

ART. 105

Cod. tunis. de 1861, art. 345, 359, 360, 362, 364, 370, 371, 450, 641. (La distinction faite dans l'article 450 n'est pas admissible); dommage produit par les abeilles : ibid. 606.

*École malékite* : Dans le cas de dommage produit par un esclave (qui est un *animal raisonnable*), elle suit des règles analogues à celles du droit romain pour l'*actio noxalis* : cf. KHALIL, III, 180, 181, 553. L'esclave qui a commis un délit n'est pas calculé dans l'actif de la succession du maître, pas plus que l'objet donné en gage « car il est engagé du fait de son délit » (ZARKANI, VIII, 203 ; Instit. IV, 8 pr., § 2, 4, 11 ; ZARKANI, V, 20 ; VIII, 204.

Quant aux animaux *privés de raison*, il faut distinguer (trad. du Prophète) :

1° le dommage produit par l'animal sans qu'il y ait faute du maître : le maître ne répond pas du dommage (ZARKANI, VIII, 119 ; Tribunal de l'Ouzara n° 1877 ; DIGESTE, IX, 1, 1 § 3 et 7 ; Instit., 4, 9, pr.);

2° le dommage causé par le fait du maître ou du conducteur (p. ex. : s'ils ont irrité l'animal), ou par leur faute (p. ex. : le défaut de surveillance) : ils en répondent : (ZARKANI, l. c. ; IBN FARHOUN, II, 250, 251 ; DIGESTE, IX, 1, 1 § 4 ; IX, 2, 8 § 1), et « ne peuvent s'affranchir de la responsabilité en livrant l'animal » : (IBN-EL-KAÇEM ap. IBN ERRAMI, p. 188 ; *sécus* : DIGESTE, 9, 1, 1 § 11, 14.)

ART. 105

Chacun doit répondre du dommage causé par l'animal qu'il a sous sa garde, même si ce dernier s'est égaré ou échappé, s'il ne prouve :

1° qu'il a pris les précautions nécessaires pour l'empêcher de nuire ou pour le surveiller ;

2° ou que l'accident provient d'un cas fortuit de force majeure, ou de la faute de celui qui en a été victime.

cf. 1154 it. — 1385 fr. — 65 suisse. — 833 all. — DIGESTE, IX, 2, 8 § 1 ; IX, 1, 1 § 5 et 10. — Instit., IV, 9, pr. — AUBRY et RAU, § 448 et note 10, 11. — LAURENT, XX, n° 626. — Cassation, 8 janvier 1894 (D. P. 94, 1, 403) ; Paris, 13 janvier 1892 (D. P. 92, 2, 141.)

Ces règles s'appliquent aux dégâts commis par le bétail; le maître en répond :

1<sup>o</sup> s'il n'a pas fait garder le bétail par un berger; 2<sup>o</sup> ou lorsque le dégât a été commis pendant la nuit. Il ne répond pas des dégâts commis pendant le jour, car chacun doit garder ses champs : (IBN FARHOUN, II, 252; IBN ERRAMI, p. 187, 188); le berger seul est responsable, dans ce dernier cas : (ibid. et 21 Code rural tunisien; 450 Code tunisien de 1861; Tribunal de l'Ouzara n<sup>o</sup> 330, *Archives*, et 7 juin 1897 (*Journal*, 97, 963.)

Celui qui a un animal dangereux, p. ex. : un chien d'un naturel féroce, répond des dommages causés par l'animal « s'il le tient dans un lieu où il ne devrait pas le tenir » : (IBN FARHOUN, II, 247; IBN ERRAMI, p. 188.)

Quant aux abeilles, aux pigeons, MOTRAF est d'avis qu'on peut obliger le propriétaire à les supprimer, s'ils font des dégâts : d'après ACHHAB, au contraire, « les abeilles, les colombes, les poules, les oies, sont comme du bétail; on ne peut défendre à personne d'en posséder, et si elles commettent des dégâts, c'est aux voisins à s'en défendre » : (IBN FARHOUN, II, 253; ZARKANI, V, 33; VIII, 119.) La coutume tunisienne oblige cependant le propriétaire des volailles et des oies à les enfermer, si elles commettent des dégâts : (IBN ERRAMI, p. 190.)

*Hanéfites : Medjella*, 94. Point de responsabilité pour le dommage causé par un animal « agissant de son propre instinct ». (Voir aussi 929, 930, 931 : cf. *Instit.*, IV, 9, pr. Mais l'art. 932 reconnaît la responsabilité du cavalier. Voir aussi 934, 935, 936, 937), etc.; *Eddor-el-Mokhtar*, V, 529, 531.

Le fondement de la responsabilité du maître c'est sa faute, son défaut de précaution ou de surveillance : cf. *Eddor-el-Mokhtar*, V, 531 et 529; *Radd-el-Mokhtar*, V, 529. Par conséquent il ne répond pas si l'animal s'est échappé : *Eddor-el-Mokhtar*, V, 534.

Pour les dommages produits par l'esclave, on suit les règles de l'*actio noxalis* : le maître peut livrer l'esclave et s'affranchir par là de toute responsabilité, s'il ne préfère payer la composition établie par la loi : *Eddor-el-Mokhtar*, V, 538.

Le propriétaire des abeilles répond-il des dégâts qu'elles font? Question controversée : (*Eddor-el-Mokhtar*, V, 538.) L'opinion dominante est pour la négative. Cependant on peut contraindre le maître à établir sa ruche dans un autre endroit.

Le maître répond-il des dégâts causés par le bétail ou par d'autres animaux aux champs d'autrui? L'opinion dominante est pour l'affirmative :

*(Eddor-el-Mohhtar, l. c., et Radd-el-Mohhtar. ad loc.)*  
 Lorsque l'animal est irrité par un tiers, c'est ce dernier, et non le maître, qui répond du dommage produit par l'animal : (*Radd-el-Mohhtar*, v, 534; *DIGESTE*, 9, 1 § 6), à moins que que le maître ne fût aussi en faute, auquel cas il serait responsable : (*ibid.* cf. *DIGESTE*, 9, 2, 11 § 5.)

ART. 106

Le propriétaire, fermier, ou autre possesseur du fonds n'est pas responsable du dommage causé par les animaux sauvages ou non sauvages provenant du fonds, s'il n'a rien fait pour les y attirer ou les y maintenir.

Il y a lieu à responsabilité :

1° s'il existe dans le fonds une garenne, un bois, un parc ou des ruches destinés à élever ou à entretenir certains animaux, soit pour le commerce, soit pour la chasse, soit pour l'usage domestique ;

2° si l'héritage est spécialement destiné à la chasse.

cf. 838 all. — *ACBRY* et *RAU*, § 448 note 3, 5, 7. — *TOULLIER*, XI, 307. — *LAURENT*, XX, n. 628 et s. — Loi franç. 4 avril 1889 sur le Code rural, art. 4, 8. — Cassation, 15 juin 1895 (P. 95, 1, 352).

ART. 107

(1) Un enfant s'amuse à agacer un porteur d'eau portant sur le dos une amphore pleine. L'amphore tombe et tue l'enfant. Le porteur n'est pas responsable : (*IBN FARHOUN*, II, 179.)

ART. 107

Chacun doit répondre du dommage causé par les choses qu'il a sous sa garde, lorsqu'il est justifié que ces choses sont la cause directe du dommage, s'il ne démontre :

1° qu'il a fait tout ce qui était nécessaire afin d'empêcher le dommage ;

2° et que le dommage dépend, soit d'un cas fortuit, soit d'une force majeure, soit de la faute de celui qui en est victime (1).

Question controversée en droit fr. — cf. 1384 fr. — *LAURENT*, XX, n. 639. — *DEMOLOMBE*, XXXI, n. 559. — Cassation, 19 juillet 1870 (D. P. 70, 1, 361.)

ART. 108

cf. Code tunis. de 1861, art. 347-348; ZARKANI, VIII, 117; BENNANI, VIII, 117.

Dans les cas de dommage produit par des héritages, le propriétaire n'est tenu d'aucune responsabilité, si on ne peut lui imputer aucune faute : ainsi celui qui fait creuser un puits n'est pas responsable de l'éboulement du terrain qui cause la mort d'un ouvrier, « car on ne saurait imputer aucune faute à celui qui creuse sur son fonds » : ZARKANI, VIII, 120.

*Contra, les hanéfites :*

En général, nul ne peut être contraint à réparer ou à reconstruire son édifice (cf. *Medjella*, 928; DIGESTE, XXXIX, 2, 6), à moins que l'édifice ne menace de tomber sur une route ouverte au public (IBN NADJIM, I, 121.)

ART. 108

Le propriétaire d'un édifice ou autre construction est responsable du dommage causé par son écroulement ou par sa ruine partielle, lorsque l'un ou l'autre est arrivé par suite de vétusté, par défaut d'entretien, ou par le vice de la construction. La même règle s'applique au cas de chute ou ruine partielle de ce qui fait partie d'un immeuble tel que les arbres, les machines incorporées à l'édifice et autres accessoires réputés immeubles par destination. Cette responsabilité pèse sur le propriétaire de la superficie, lorsque la propriété de celle-ci est séparée de celle du sol.

Lorsqu'un autre que le propriétaire est tenu de pourvoir à l'entretien de l'édifice, soit en vertu d'un contrat, soit en vertu d'un usufruit ou autre droit réel, c'est cette personne qui est responsable.

Lorsqu'il y a litige sur la propriété, la responsabilité incombe au possesseur actuel de l'héritage.

DIGESTE, XXXIX, 2, 7 § 2, 9 pr. § 2, 3, 15 § 28, 34, 36, 39 § 1; XLIII, 4, 4 § 3; XXXIX, 2, 24 pr. § 2, 5, 6, 19 § 1, 43 pr. — cf. 1155 it. — 1386 fr. — 67 suisse. — cf. 836, 837, 838 all. — 471 n° 5, C. Pénal fr. — AUBRY et RAU, § 448 pr. 773. — MERLIN, Rép. v° Bâtimement, n° 3. — cf. LAURENT, XX, n° 640. — TOULLIER, XI, 317. — DEMOLOMBE, XXXI, n. 644. — Cassation, 19 avril 1887 (D. P. 88, I, 27).

ART. 108

cf. Code tunis. de 1861, art. 347-348; ZARKANI, VIII, 117; BENNANI, VIII, 117.

Dans les cas de dommage produit par des héritages, le propriétaire n'est tenu d'aucune responsabilité, si on ne peut lui imputer aucune faute : ainsi celui qui fait creuser un puits n'est pas responsable de l'éboulement du terrain qui cause la mort d'un ouvrier, « car on ne saurait imputer aucune faute à celui qui creuse sur son fonds » : ZARKANI, VIII, 120.

*Contra, les hanéfites :*

En général, nul ne peut être contraint à réparer ou à reconstruire son édifice (cf. *Medjella*, 928; DIGESTE, XXXIX, 2, 6), à moins que l'édifice ne menace de tomber sur une route ouverte au public (IBN NADJIM, I, 121.)

ART. 108

Le propriétaire d'un édifice ou autre construction est responsable du dommage causé par son écroulement ou par sa ruine partielle, lorsque l'un ou l'autre est arrivé par suite de vétusté, par défaut d'entretien, ou par le vice de la construction. La même règle s'applique au cas de chute ou ruine partielle de ce qui fait partie d'un immeuble tel que les arbres, les machines incorporées à l'édifice et autres accessoires réputés immeubles par destination. Cette responsabilité pèse sur le propriétaire de la superficie, lorsque la propriété de celle-ci est séparée de celle du sol.

Lorsqu'un autre que le propriétaire est tenu de pourvoir à l'entretien de l'édifice, soit en vertu d'un contrat, soit en vertu d'un usufruit ou autre droit réel, c'est cette personne qui est responsable.

Lorsqu'il y a litige sur la propriété, la responsabilité incombe au possesseur actuel de l'héritage.

DIGESTE, XXXIX, 2, 7 § 2, 9 pr. § 2, 3, 15 § 28, 34, 36, 39 § 1; XLIII, 4, 4 § 3; XXXIX, 2, 24 pr. § 2, 5, 6, 19 § 1, 43 pr. — cf. 1155 it. — 1386 fr. — 67 suisse. — cf. 836, 837, 838 all. — 471 n° 5, C. Pénal fr. — AUBRY et RAU, § 448 pr. 773. — MERLIN, Rép. v° Bâtimement, n° 3. — cf. LAURENT, XX, n° 640. — TOULLIER, XI, 317. — DEMOLOMBE, XXXI, n. 644. — Cassation, 19 avril 1887 (D. P. 88, 1, 27).

ART. 109

cf. 348, Code tunis. de 1861.

Le propriétaire d'un édifice qui a des raisons de craindre l'éroulement de l'édifice voisin doit donner un avertissement, par devant témoins, au propriétaire voisin, pour le prévenir des dangers qu'offre sa construction; cet avertissement préalable est requis pour l'exercice de l'action en indemnité, en cas de ruine (ZARKANI, VIII, 117); IBN ERRAMI, 106; IBN FARHOUN, II, 247; *Eddor-el-Mokhtar*, V, 528; à moins que le bâtiment n'eût été, dès l'origine, construit d'une manière vicieuse; *ibid.*, cf. DIGESTE, XXXIX, 2, 6, 44 pr. L'action est fondée, même sans avertissement préalable, si le mur présentait un danger préalable de ruine: IBN FARHOUN, II, 247; *Eddor-el-Mokhtar*, V, 528; IBN ERRAMI, 106.

Lorsque le propriétaire est absent, l'avertissement ne peut être adressé aux locataires, « car ils n'ont pas pouvoir de démolir »; lorsque l'édifice appartient à plusieurs propriétaires, l'avertissement doit être adressé à chacun d'eux: (IBN FARHOUN, II, 247; IBN ERRAMI, p. 106; DIGESTE, XXXIX, 2, 27, 40 § 3.) Les propriétaires répondent solidairement et non en proportion de leur part: IBN ERRAMI, p. 106, 107.

ART. 109

Le propriétaire d'un héritage, qui a de justes raisons de craindre l'éroulement ou la ruine partielle d'un édifice voisin, peut exiger du propriétaire de l'édifice, ou de celui qui serait tenu d'en répondre, aux termes de l'art. 108, qu'il prenne les mesures nécessaires afin de prévenir la ruine.

908 all. — *Sécus*: la doctrine française, AUBRY et RAU, § 448. — LAURENT, XX, n. 645. — Voir cependant dans ce sens: DEMOLOMBE, XXXI, n. 663 et autres cités par FUSIER HERMANN, C. C. art. 1386 n. 33.

ART. 410

IBN FARHOUN, II, 257, 254; IBN ERRAMI, p. 59.  
Fondée: IBN ERRAMI, p. 23 et s.; DIGESTE, VIII, 5, 8 § 5. Odeurs nauséabondes; IBN ERRAMI, p. 25; cf. DIGESTE, 43, 8, 2 § 2.

KHALIL, IV, 201; *Amalyat*, 245, 246; IBN AGEM, 1471.

TASOULI, II, 338, 342; TAOUJI, II, 338, 342.

(On comprend dans ces dommages le bruit excessif, d'après l'école de Tolède: TASOULI, II, 340, 341 et d'autres juriconsultes; IBN FARHOUN, II, 258, 254; IBN ERRAMI, p. 25 à 27.

En cas de doute, c'est-à-dire si les experts d'une seule partie affirment qu'il n'y a point d'inconvénient ou de dommage, tandis que les experts de l'autre partie affirment l'existence d'un dommage, on doit décider la suppression: IBN FARHOUN, II, 254, 255; IBN AGEM, 1472.

IBN NADJIM, I, 121 (rôtisserie ouverte à côté d'un dépôt d'étoffes précieuses): *Eddor-el-Mokhtar*, IV, 305.

*Medjella*, 1200.

Tribunal de l'Ouzara, 1435 (archives.)

Ouzara, 27 mai 1897 (*Journal*, 97, 192).

Le droit musulman reconnaît, en outre, à toute personne, le droit de demander la suppression des ouvrages faits par les particuliers et qui gênent la circulation sur les routes et chemins publics. C'est une véritable action populaire, analogue en tout à celle du droit romain (cf. IBN ERRAMI, p. 47, 50; IBN NADJIM, I, 245; II, 92 et note 4; II, 117 et note 8; HAMAOUÏ, II, 37, note 7; DIGESTE, XLIII, 8, 1 pr., 2 § 20, 24 et tit. XLIII, 9, 43, 40, 43, 44, etc.

Peut-on acquérir, par prescription, une servitude constituant un dommage pour le voisin? question controversée en droit *malékite*; l'opinion dominante admet la prescription de dix ans: TASOULI, II, 355, 346; la solution n'est pas, cependant, sans difficulté, voir: IBN ERRAMI, p. 23; (on ne peut pas prescrire le droit de faire pénétrer, chez le voisin, de la fumée, des odeurs nauséabondes, ni de nuire aux murs par l'humidité); voir aussi *ibid.* p. 58, 59, 60, 93.

ART. 410

Les voisins ont action contre les propriétaires d'établissements insalubres ou incommodes pour demander, soit la suppression de ces établissements, soit l'adoption des changements nécessaires pour faire disparaître les inconvénients dont ils se plaignent; l'autorisation des pouvoirs compétents ne saurait faire obstacle à l'exercice de cette action.

cf. DIGESTE, XLIII, 24, 3 § 4; mais voir aussi XLIII, 8, 2 § 10, 16, 29; VIII, 5, 8 § 5; XLIII, 24, 45 § 1. — DALLOZ, *Vis Respons.* 118, 121, 761, 762, *Propriété* 164, 165, 166, *Industrie*, 212, 213. — Cassation, 14 juillet 1875 (D. P. 76, 1, 447); 3 janvier 1887 (D. P. 88, 1, 39); 18 novembre 1884 (D. P. 85, 1, 71).

ART. 111

TASOULI, II, 338; IBN ERRAMI, p. 23; (fumée ordinaire d'un four de campagne, de cuisine : DIGESTE, 8, 5, 8 § 5, 6.)  
Hadd-el-Mokhtar, IV, 305.

ART. 111

Toutefois les voisins ne sont pas fondés à réclamer la suppression des dommages qui dérivent des obligations ordinaires du voisinage, tels que la fumée qui s'échappe des cheminées et autres incommodités qui ne peuvent être évitées, et ne dépassent pas la mesure ordinaire.

DIGESTE, VIII, 5, 8 § 5, 6. — DALLOZ, C. civ. ann. sur Part. 1382, n° 179 et suivants. — cf. 906 all.

ART. 112

L'acquiescement prononcé par un tribunal pénal ne préjuge pas la question des dommages civils résultant du fait qui a donné lieu aux poursuites. La même règle s'applique au cas d'extinction de l'action pénale par le décès du prévenu ou par amnistie.

59 suisse. — Cassation, 4 décembre 1877 (D. P. 78, 1, 252); 16 mai 1892 (D. P. 87, 1, 265); 10 janvier 1893 (S. 93, 1, 200). — AUBRY et RAU, § 769bis.

ART. 113

cl. Koran, II, 216; v. 92, 94; XVI, 69.  
Code tunis. de 1861, art. 291.  
TAOUDI, II, 85; TASOULI, II, 85.  
On ne peut pas objecter que l'homme ivre ne s'oblige pas valablement : la nullité des obligations civiles contractées par l'homme ivre, dit ZARKANI, est établie dans son intérêt, afin qu'on abuse pas de son état pour lui faire contracter des engagements ruineux : la responsabilité *ex delicto* est établie, au contraire, dans l'intérêt social : (ZARKANI, v. 8.)

ART. 113

L'état d'ivresse, lorsqu'elle est volontaire, n'empêche point la responsabilité civile dans les obligations dérivant des délits et quasi-délits. Il n'y a point de responsabilité lorsque l'ivresse était involontaire; cette preuve incombe au prévenu.

(C'est la solution du Droit Canon, c. 7, C. 15 qu. 1.)— AUBRY et RAU, § 444. — LAROMBIÈRE, art. 1382, 1383, n° 23.

ZARKANI, VIII, 21 « car il est lui-même la cause de l'état où il se trouve. »  
En cas de doute, on présume que l'ivresse est volontaire « car c'est le cas le plus fréquent. » ZARKANI, VIII, 106.  
La Commission de Codification de 1274 (procès-verbal 20 djoumad-ettani 1274, dossier F, n° 6) a repoussé toute distinction entre l'ivresse complète et la demi-ivresse. Cette distinction est admise, cependant, par l'École malékite (IBN ROCHED ap. BEN-ZARKANI, v. 8.) L'homme complètement ivre est un délinquant, et ne répond pas de ses actes.

*Malékites :*

KHALIL, IV, 363; TAOUÏI, II, 338, 340; TASOULI, II, 338; Code tunis. de 1861, art. 351, 595.

ZARKANI, VIII, 9; cf. BENNANI, *ad loc.*

Chacun peut bâtir sur son fonds, même s'il prive l'héritage voisin d'air ou de lumière (IBN ERRAMI, p. 33, 34; IBN ACEM, 1496; DIGESTE, VIII, 2, 9, 15; XXXIX, 2, 26.)

Peut-on creuser un puits sur son fonds si on diminue par là l'eau du puits voisin? L'opinion dominante est pour l'affirmative : TASOULI, II, 339 (théorie de MALEK); DIGESTE, XXXIX, 2, 24 § 12; XXXIX, 3, 1 § 12 (la question est cependant controversée; voir pour la négative : IBN ERRAMI, p. 121, 122; IBN FARHOUN, II, 258; Code tunisien de 1861, art. 518.)

*Hanéfites :* IBN NADJIM, I, 119; *Medjella*, 91, 924, 127.

IBN NADJIM, II, 99 (celui qui creuse un puits chez lui, ne répond pas si une personne y tombe) : DIGESTE, IX, 2, 28 *in fine*; id. II, 101; (celui qui habite une maison qui lui appartient par indivis, ne commet pas une usurpation.) id., II, 115; (exécution de la loi par ordre d'un magistrat.) id., II, 258; DIGESTE, IX, 2, 29 § 7; (celui qui s'empare de ce qui lui appartient lorsque le débiteur est en demeure de le restituer, fait usage de son droit) : IBN NADJIM, I, 119; cf. DIGESTE, XLVII, 2, 55.

HAMAOUÏ sur IBN NADJIM, I, 121.

Dans tous les cas, les *hanéfites* disent que l'auteur du dommage est bien la *cause*, mais s'il ne dépasse pas son droit, n'est pas un usurpateur : *Eddor-el-Mokhtar*, V, 394.

Il n'y a pas lieu à responsabilité civile lorsqu'une personne, sans intention de nuire, a fait ce qu'elle avait le droit de faire.

cf. 823 all. — 327 Pénal fr. — DIGESTE, L. 17, 151, 155 § 1, 55; IX, 2, 29 § 7; VIII, 2, 9, 11 pr. 15; XXXIX, 2, 24 § 12, 26; XXXIX, 3, 1 § 12, 21; L. 17, 55, 151, 155 § 1. — AUBRY et RAU, § 444 et note 3. — TOULLIER, XI, 119. — MERLIN, V<sup>o</sup> Répar. civile, § 3. — WINDSCHEID, § 169.

Mais nul ne peut faire usage de son droit à seule fin de nuire, ou de manière à léser le droit d'autrui, ou même à lui causer du dommage, lorsque ce dommage peut être évité ou supprimé, sans inconvénient grave pour son auteur.

226 all. — DIGESTE, VI, 1, 38; XXXIX, 3, 1 § 4, 11, 12, 2 § 5, 9; VIII, 1, 9; L. 10, 3 pr.; L. 17, 61. — cf. DALLOZ, V° Responsab. 111, 112. — LAURENT, XX, 408 et s. — AUBRY et RAU, § 194 p. 194. — TOULLIER, XI, n. 119. — Cassation, 3 juillet 1895 (S. 95, 1, 344); 10 novembre 1886 (D. P. 87, 1, 308); 15 mars 1892 (D. P. 93, 1, 309); Tunis, 28 février 1895 (*Journal*, 95, 179).

Maldites : IBN ERRAMI, 22; IBN FARHOUN, II, 1; KHALIL, IV, 195; *Amalyat*, 245, 147; TASSOULI, 338; Code tunisien de 1861, art. 606.

L'École maldite se place au point de vue de la

« In suo... haclenus facere licet, quatenus si in alienum immittat » (DIGESTE, VIII, 4, 8 § 5),

qu'on peut le voir par les espèces suivantes :

ne peut pas adosser au mur du voisin un dépôt

fumier, de foin, ou autres matières pouvant

être par leur humidité : (IBN FARHOUN, II, 271 ;

DIGESTE, VIII, 5, 47 *in fine*), ni établir contre le mur

voisin un écoulement continu d'eau (IBN FA-

RAMI, I. c.; DIGESTE, VIII, 2, 19 pr.) Il est défendu

établir une écurie, une étable, à côté de la porte

voisin : (IBN FARHOUN, II, 258; IBN ERRAMI,

27, 29), une fosse d'aisance contre son mur :

FARHOUN, II, 257; IBN ERRAMI, p. 25), de faire

écouler des eaux chez le voisin : (IBN FARHOUN, II,

IBN ERRAMI, 92, 93, 98, 100; DIGESTE, VIII, 5,

4.) Celui dont la plante avance ses branches

l'héritage voisin est tenu de les élaguer : (IBN

ERRAMI, 167, 168; IBN ACEM, 1486; DIGESTE, XLIII,

7.) Lorsque les plantes étendent leurs racines

chez le voisin, celui-ci peut contraindre le pro-

étaire des plantes à couper les racines ou à

porter l'arbre : (IBN ERRAMI, 166; DIGESTE,

VIII, 7, 6 § 2.) Il en est de même lorsque les racines

des arbres compromettent la solidité du mur voi-

sin : (IBN ERRAMI, p. 172; cf. IBN ACEM, 1481 et

Cod. JUSTIN, VIII, 1, 1.) On ne peut faire des

ouvrages qui empêchent le vent d'arriver à l'aire

voisin : (IBN ERRAMI, p. 139, 140; Cod. JUSTIN,

VIII, 14 § 1; la question est cependant controver-

sée (voir les *maldites*); ni faire pénétrer chez au-

trui de la fumée ou des odeurs fétides (voir note à

l'art. 110) de la poussière, des débris de paille

ou autres matières : (IBN ERRAMI, 140, 141; Code

tunisien de 1861 art. 605; DIGESTE, VIII, 5, 8 § 5.)

Il y a des vues nouvelles sur l'héritage du voi-

sin : ces vues permettent de distinguer les per-

missions : (IBN ERRAMI, p. 29, 32, 35; IBN ACEM,

140, 141; TAOUZI, II, 341. Cette matière est d'ailleurs

l'objet de distinctions qu'on peut voir dans IBN

ERRAMI, I. c. et p. 35 à 38); ni creuser un puits

sur un fonds de manière à compromettre la soli-

du mur voisin : (IBN ERRAMI, p. 121; DIGESTE,

VIII, 2, 24 § 11), ni faire des ouvrages qui avancent

sur l'héritage voisin ou sur la route publique :

IBN ERRAMI, p. 103, 105, 108; DIGESTE, IX, 2, 29

pr.). Peut-on priver complètement

le voisin d'air ou de lumière par des cons-

tructions ou autres ouvrages? L'opinion domi-

nante est pour la négative : (IBN FARHOUN, II, 260 et la note 1372 sur IBN ACEM; cf. DIGESTE, VIII, 2, 10 *in fine.*)

Enfin, nul ne peut faire usage de son droit à seule fin de nuire : (IBN FARHOUN, II, 257, 260; DIGESTE, VI, 1, 38).

Nul ne peut, sans intérêt et par caprice, empêcher un autre de faire ce qui lui est utile : (IBN ERRAMI, p. 22; ZARKANI, VII, 54; IBN FARHOUN, II, 270; cf. DIGESTE, XXXIX, 3, 2 § 5).

Nul ne peut, par un nouvel œuvre, modifier l'état actuel au détriment du voisin : (IBN ACEM, 1466, 1467, 1469; DIGESTE, VIII, 2, 11 pr.); celui-ci doit réclamer sur-le-champ, et faire constater par experts le dommage résultant du nouvel œuvre; si l'ouvrage est achevé, il peut en exiger la démolition : (IBN FARHOUN, II, 268; IBN ACEM, 1492; cf. DIGESTE, XXXIX, 1, 1 § 16, 17, 5 § 2, 11, 12; XLIII, 24, 1 § 2.)

*Hanéftes :*

*Morched-el-Hairan*, 54, 57, 477; *Medjella*, 1212, 1265, 1192, 1197, 1198, 1200.

cf. IBN NADJIM, II, 117 et note 9.

Peut-on ôter la lumière à son voisin en élevant des constructions? Pour la négative : *Morched-el-Hairan*, 61.

Peut-on, en creusant sur son fonds, priver le mur voisin de l'appui nécessaire? Non : *Morched-el-Hairan*, 59; DIGESTE, XXXIX, 2, 24 § 11. *Séous* : *Eddor-el-Mokhtar*, v, 653.

En général, « nul ne peut faire usage de son droit de manière à causer à autrui un dommage évident. » HAMAOUÏ sur IBN NADJIM, I, 121; *Raad-el-Mokhtar*, IV, 805. « Chacun peut faire ce qui lui est utile pourvu qu'il ne nuise pas à autrui. » *Raad-el-Mokhtar*, VI, 314.

ART. 116

Voyez *Koran*, IV, 31, 94; v. 5; XVI, III, 120; LVII, 35.

*Mulâkhat* :

Code tunis. de 1861, art. 314, 381 (responsabilité professionnelle), 653; ZARKANI, VIII, 118 (légitime défense); IBN FARHOÛN, II, 249 (cas fortuit); BEN-NANI, VIII, 7; ZARKANI, VIII, 8 (meurtre ou blessure commis en jouant ou par cas fortuit); IBN FARHOÛN, II, 137 (homicide commis sur la personne de celui qu'on trouve en flagrant délit d'adultère); ZARKANI, VIII, 12 (choc de navires poussés par la force du vent); ZARKANI, VIII, 120 (cas fortuit); IBN FARHOÛN, II, 138. (Celui qui, poursuivant un voleur qu'il a trouvé chez lui, le tue au moment où le voleur essaye de se défendre par les armes, est en cas de légitime défense et n'encourt aucune responsabilité. cf. DIGESTE, IX, 2, 4 § 1; Cod. 3, 27, 1); ZARKANI, VIII, 118 (en cas de doute, la présomption est pour le cas fortuit ou le défaut d'intention).

*Hanéfites* : *Eddor-el-Mohhtar*, III, 248 (impunité de la femme qui tue celui qui veut lui faire de la violence.)

IBN NADJIM, I, 119 (légitime défense); ib., II, p. 108 et note III; ib., II, p. 99 (cas fortuit); ib., II, p. 115 et note 8 (mort de l'opéré lorsqu'il n'y a aucune faute imputable au chirurgien); ib., II, p. 117 (légitime défense).

*Eddor-el-Mohhtar*, v, 493 (flagrant délit d'adultère); ib., v, 481 (légitime défense).

ART. 117

(1) ZARKANI, VIII, 12; VIII, 117, 118; BENNANI, *ad loc.*; IBN NADJIM, II, 289 (incendie).

(2) IBN NADJIM, I, 119; cf. HAMAÛI, *ad loc.*

ART. 116

Il n'y a pas lieu à responsabilité civile dans le cas de légitime défense, ou lorsque le dommage a été produit par une cause purement fortuite ou de force majeure qui n'a été ni précédée, ni accompagnée, d'une faute imputable au défendeur.

Le cas de légitime défense est celui où l'on est contraint d'agir afin de repousser une agression imminente et injuste dirigée contre la personne ou les biens de celui qui se défend ou d'une autre personne.

cf. 56 suisse. — 227 all. — 328, 329 C. Pénal. fr. — DIGESTE I, 1, 3; IX, 2, 4, 5 pr. 45 § 4, 49 § 1, 4; XLIII, 16, 1 § 27, 3 § 9. — Cod. VIII, 4, 1. — DIGESTE, XLIII, 24, 7 § 4. — Cod. III, 27, 1. — Instit. IV, 3 § 2, 3. — DIGESTE, IX, 2, 7 § 2, 3, 9 § 4, 52 § 4. — AUBRY et RAU, § 444 et note 3. — LAURENT, XX, n. 450 et s.

ART. 117

Celui qui détruit ou détériore la chose d'autrui, afin de repousser un danger qui le menace, ou menace une autre personne, n'est pas responsable, lorsque la destruction ou détérioration était le seul moyen d'éviter le danger<sup>(1)</sup> et que celui-ci n'a pas été provoqué par sa faute<sup>(2)</sup>.

cf. 228, 904, all. — DIGESTE, IX, 2, 49 § 1, 29 § 3; XLVII, 9, 3 § 7; XLIII, 24, 7 § 4; XLVII, 9, 3 § 7; IX, 2, 29 § 3; XIX, 5, 14 pr. — DALLOZ, Rép. V<sup>e</sup> Responsab. n. 101,

ART. 118

Tribunal de l'Ouzara, 30 juillet 1896 (*Journal*, 96, 580).

Commission de Codification de 1274, Archives : dossier F, nos 10 et 11. cf. Code tunisien de 1861, art. 290. D'après les *malékites*, l'enfant d'un an, et le dément, s'ils ont une fortune personnelle répondent du dommage causé par eux : IBN FARHOUN, II, 249.

ART. 118

Le mineur qui n'a pas accompli sa douzième année ne répond pas civilement du dommage causé par son fait. Il en est de même de l'insensé, quant aux actes accomplis pendant qu'il est en état de démence.

cf. 828 all. — DIGESTE, IX, 2, 5 § 2 (l'impubère *infantia proxima* et l'insensé); VI, 1, 60; XXVI, 7, 61. — AUBRY et RAU § 444 et note 5. — LAURENT, XX, n. 445 et s.

ART. 119

ZARKANI, VII, 136; TAOUFI, II, 155, 306; IBN ACEM, vers 1352; TASOULI, II, 156, 306; IBN FARHOUN, I, 106; Code tunisien de 1861, art. 449; *Medjella*, 916, 960; *Eddor-el-Mokhtar*, v, 125; IBN NADJIM, II, 78, ib., II, 145, note 9, 146, note 6. (La théorie musulmane fixe cet âge à dix ans.) Dans les cas de délit et quasi-délit, l'action est dirigée contre le mineur lui-même, mais celui-ci doit être assisté en justice par son père ou tuteur (*Raad-el-Mokhtar*, VI, 377.)

ART. 119

Le mineur âgé de douze ans révolus est tenu des dommages résultant de son fait ou de sa faute. Cependant, il n'y aurait pas lieu à responsabilité s'il était démontré que, malgré son âge, le mineur ne possède pas le degré de discernement nécessaire pour apprécier les conséquences de ses actes.

DIGESTE, IV, 4, 9 § 2; XLVII, 2, 23. — Cod., II, 34, 1. — cf. 1310 fr. — 1306 it. — Code pénal fr. 66, 67, 408. — 828 all. (sept ans). — AUBRY et RAU, § 334 note 11, § 335 notes 21 à 23, § 402 note 3, § 411 note 11, § 444 et note 7. — LAURENT, XX, n. 446. — Cassation, 13 janvier 1890 (D. P. 90, 1, 145).

ART. 120

IBN FARHOUN, I, 106.

L'interdit pour prodigalité ou pour incapacité d'administrer répond *ex delicto*.

ART. 120

L'article 119 ci-dessus s'applique aux dommages causés par les sourds-muets et les infirmes d'esprit.

cf. 828 all. — Tunis, 19 décembre 1894 (*Journal*, 96, 201).

ART. 121

IBN ERRAMI, p. 189; ZARKANI, VIII, 118-119 (indemnité en cas de dégât aux champs); *Tolifat* d'IBN AGEM, 1004 : Indemnité en cas de blessure : on estime combien la victime valait à l'état sain, combien elle vaut après ; l'estimation s'applique à l'homme libre comme à l'esclave. (cf. DIGESTE, IX, 2, 13 pr.) Dégâts faits aux plantes, indemnité et manière de la calculer (IBN FARHOUN, II, 129.)

IBN ERRAMI, 160-161. Démolition d'un mur; l'auteur du fait est condamné à le reconstruire à ses frais (IBN AGEM, 1475.) cf. DIGESTE, IX, 2, 45 § 5. S'il y a mort d'homme par le fait d'un bœuf ou d'un chameau, le maître doit le prix du sang (IBN ERRAMI, 189.)

IBN FARHOUN, II, 125. (Celui qui a déchiré un titre de créance, ou qui l'a supprimé malicieusement, répond de tout le montant de la créance : DIGESTE, IX, 2, 40. Lorsqu'il s'agit d'un *habous* (œuvre pie) l'auteur du dommage est tenu de remettre les choses en l'état à ses frais ou à donner une chose semblable à celle qu'il a détériorée : il ne peut être condamné à payer la valeur, car ce serait une vente (BENNANI, VII, 88. Question controversée.)

KHALIL, IV, 394, 397, 408, 409; Code tunis. de 1861, art. 346, 394, 401, 460; ZARKANI, VIII, 34, 35, 116, 117.

TASOULI, II, 276 (recours contre le voleur pour indemnité qu'on a dû payer à celui qui a retrouvé chose).

TASOULI, II, 103; IBN FARHOUN, I, 118 (recours contre celui qui, de mauvaise foi, a vendu des marchandises avariées et qui n'ont pas levé). Voir aussi Code rural tunisien, art. 24.

TASOULI, II, 103 (vente de vers à soie malades).

TASOULI, II, 357; TASOULI, II, 357; (indemnité dans cas de mutilation ou de détérioration).

IBN NADIM, II, 97, note 3 (indemnité en cas de démolition d'un mur).

IBN NADIM, II, 100. *ib.*, II, 103, note 3; *Eddor-el-Mokh-* *...*, V, 161 (choses fongibles).

ART. 121

Les dommages, dans le cas de délits et de quasi-délits, sont la perte effective éprouvée par le demandeur, les dépenses qu'il a dû ou devrait faire afin de réparer les suites de l'acte commis à son préjudice, ainsi que les gains dont il est privé en conséquence de cet acte. Le tribunal devra d'ailleurs évaluer différemment les dommages, selon qu'il s'agit de la faute du débiteur ou de son dol.

Instit., IV, 3 § 10. — DIGESTE, IX, 3, 7; IX, 2, 21 § 1, 22, 23 pr. § 2, 4, 33 pr. — cf. 249, 842, 843 all. — AUBRY et RAU, § 355bis note 3, § 445. — LAURENT, XX, n. 525 et s.

ART. 122

Lorsque le dommage consiste principalement ou uniquement en un préjudice moral, résultant de l'atteinte portée au crédit, à l'honneur ou aux chances d'avenir de la partie lésée, l'évaluation des dommages est remise à la religion et à la prudence des juges ; ils devront les évaluer différemment, selon qu'il s'agit de la faute du débiteur ou de son dol. Ils pourront aussi ordonner, selon les cas, et à titre de réparation, telles publications qu'ils jugeront utiles.

cf. 847 all. — 55 suisse. — LAURENT, XX, n. 525. — AUBRY et RAU, § 445.

ART. 123

KHALIL, IV, 377 (il partage également le dommage entre les deux parties).

c. TASOULI, II, 103. (Celui qui a acheté une semence avariée, ne peut réclamer de dommages, s'il l'a semée hors de saison ou dans des conditions défavorables). Voir aussi Code rural tunisien, 24 ; IBN FARHOUN, II, 118.

ZARKANI, VIII, 11 et 12, et BENNANI, *ad loc.* (La responsabilité pénale n'a pas lieu lorsque les deux parties sont également en faute ; de même dans le cas de choc de navires.)

IBN NADJIM, I, p. 122 et II, p. 103.

ART. 123

Lorsqu'il y a eu faute, tant de la part de l'auteur d'un fait que de la part de celui auquel ce fait a causé dommage, le juge peut réduire l'indemnité demandée et même n'en accorder aucune, selon les circonstances.

Cette compensation n'a pas lieu en cas de dol de l'auteur du fait incriminé, ou de faute lourde équivalent au dol.

cf. 51 suisse. — 254 et 846 all. — DIGESTE, IX, 2, 7 § 2, 9 § 4, 11 pr., 31 in f.; L., 203; XIX, 1, 11 § 12; XLVII, 2, 61 § 7; XXI, 2, 29 § 1, 56 § 3, etc.; XIX, 1, 45 § 1. — AUBRY et RAU, § 445 et n. 4, § 44. — TOULLIER, XI, 316. — LAURENT, XX, n. 485 et s. — Cassation, 8 mai 1893 (D. P. 93, 1, 349); 31 juillet 1894 (S. 94, 1, 493).

ART. 124

IBN FARHOUN, II, 127.  
ZAKKANI, VIII, 9-10; TASOULI, II, 276. Les propriétaires d'un édifice répondent solidairement et non en proportion de leurs parts, du dommage produit par la ruine de l'édifice (IBN FARHOUN, II, 237). Ceux qui ont aidé l'auteur d'un vol à commettre son délit en tenant la jeune fille répondent solidairement avec le coupable (ib. 189).

Contrà : les hanéfites : Medjella, 89-90, 1510. Morehed-el-Hairan, 389; Eddor-el-Mokhtar, v, 186.

IBN NADJIM, I, 196, 197 (c'est l'auteur direct du fait et non l'auteur moral, qui en répond; cependant, ce dernier répond lorsqu'il a une autorité morale ou juridique sur l'exécuteur, tel que le prince, le patron, le père : II, 103. — c. HAMAOUÏ sur IBN NADJIM, II, 95, note 7. — C'est la théorie exposée au DIGESTE, IX, 2, 37 pr. 44 § 1, 45 pr. Cependant, IBN NADJIM, I, 387, énonce la règle : « Celui qui exécute l'ordre du juge, lorsque cet ordre n'est pas légal, demeure toujours responsable. » Dans le même sens, la théorie malékite : IBN FARHOUN, II, 126, art. 190 C. Pénal fr. et 147, 158 C. Pén. ital.

ART. 125

Responsabilité collective des tribus nomades pour les vols et autres crimes commis sur leur territoire (voir pour les malékites : TASOULI, II, 352, et pour les hanéfites : IBN NADJIM, II, 89 et HAMAOUÏ p. 89-90 note 5. — c. la loi française du 10 vendémiaire an IV). Lorsqu'une personne a volé un objet, et qu'un autre voleur lui a dérobé cet objet, le propriétaire a une action solidaire contre les deux (Eddor-el-Mokhtar, v, 172.)

ART. 126

KHALIL, IV, 309, 404.  
TASOULI, II, 354.  
cf. Code tunisien de 1861, art. 410.

ART. 124

Si le dommage est causé par plusieurs personnes, chacune d'elles est tenue solidairement des conséquences, sans distinguer si elles ont agi comme instigateurs, complices ou auteurs principaux. Le tribunal pourra cependant répartir différemment la proportion des dommages entre les coobligés d'après les circonstances du fait.

Instit., IV, 1 § 41. — Cod., IV, 8, 1. — DIGESTE, IX, 2, 11 § 1, 4, 51 § 2 in f.; L, 16, 53 § 2; XLVII, 2, 50 § 1, 80 § 4, etc.; II, 40, 1 § 4; XLVII, 7, 7 § 4. — 60 suisse. — 830 all. — cf. 55 C. pénal fr. — AUBRY et RAU, § 298<sup>ter</sup> notes 4, 5, 15 § 445 et notes 6, 7. — DEMOLOMBE, XXXI, n. 661, 692. — cf. LAURENT, XX, n. 541, 542. — Cassation, 17 octobre 1894 (S. 94, 1, 488); 12 janvier 1884 (D. P. 81, 1, 248); 15 janvier 1878 (D. P. 78, 1, 152); 18 novembre 1885 (D. P. 86, 1, 398); 12 février 1879 (D. P. 79, 1, 281.)

ART. 125

La règle établie en l'article 124 s'applique au cas où, entre plusieurs personnes qui doivent répondre d'un dommage, il n'est pas possible de déterminer celle qui en est réellement l'auteur, ou la proportion dans laquelle elles ont contribué au dommage.

cf. 830 all. — Cassation, 11 juillet 1892 (D. P. 94, 1, 561). — MERLIN, Quest. de dr. Vo. Solidarité, § 2. — Sécus : LAURENT, XVII, note 318 et s.

ART. 126

Dans les obligations dérivant des délits et quasi-délits, l'héritier est tenu des mêmes obligations que son auteur dans la mesure où il a profité du fait de celui-ci. Il est tenu des mêmes obligations que son auteur, s'il connaissait les vices de la possession de ce dernier.

cf. DIGESTE, XIII, 1, 7 § 2, 4, 9 et 9, 10; XLVII, 2, 25, 1; XIII, 3, 1 § 1; XLVII, 8, 26, 27 (appropriation indue). — DIGESTE, IX, 2, 23 § 8. — Instit., IV, 3, § 9. — DIGESTE, IV, 3, 26. (autres délits).

ART. 127

(1) ZARRANI, V, 152; TAOUÏI, II, 348; TASOULI, II, 348, 349; BENNANI, V, 19; *Tohfut d'IBN ACEN*, 1544, 1545.

KORAFI ap. IBN FARHOUN, I, 148 « car il est toujours en demeure dès le principe. »

Code tunisien de 1877, art. 405, 411, 413, 368.

KHALIL, IV, 372, 373, 380, 390; cf. 405.

*Medjella*, 603.

D'après Mohamed, le possesseur, même de mauvaise foi, fait les fruits siens. (IBN NADJIM et HAMAÛI, II, p. 50, note 4); mais la théorie *handéfite* ne l'a pas suivi; *ib.*, 100. Il doit ce qu'il a perçu ou dû percevoir. cf. *ib.* II, 102, note 2.

Il doit aussi le loyer des immeubles, lorsqu'ils appartiennent à un mineur ou à une fondation pieuse (*ib.* II, 221) ou qu'ils sont destinés à être loués (*ib.* 221 et 100).

(2) HAMAÛI sur IBN NADJIM, II, 75, note 9.

ART. 128

Code tunisien de 1861, art. 406, 407, 410, 412.

KHALIL, IV, 359, 360, 361, 370, 384, 390, 394.

TAOUÏI, II, 348 (Quelques différences pour le cas de détérioration). TAOUÏI, I, 237 (responsabilité de l'auteur de la rapine *ghaçb*). IBN FARHOUN, II, 185-186.

*Medjella*, 769, 771, 891, 905.

IBN NADJIM, I, 389.

HAMAÛI sur IBN NADJIM, II, p. 23, note 8; cf. p. 50, note 2.

N. B. — Le possesseur de mauvaise foi est tenu des risques, car « il est en demeure dès le principe. » IBN FARHOUN, I, 126 et 148. (DIGESTE, XIII, 1, 8 § 1, 20. *Fur semper moram facere videtur.*) Sa responsabilité ne cesse pas, s'il a été lui-même dépossédé de la chose : DIGESTE, XXV, 2, 19; IBN NADJIM, II, 96 et note 8.

ART. 127

Le possesseur de mauvaise foi est tenu de restituer, avec la chose, tous les fruits naturels et civils qu'il a perçus ou qu'il aurait pu percevoir, s'il avait bien administré depuis le moment où la chose lui est parvenue ; il n'a droit qu'au remboursement des dépenses nécessaires à la conservation de la chose, et à la perception des fruits (1).

Les frais de restitution de la chose sont à sa charge (2).

cf. 549 fr. — 207 suisse. — 850, 988, 992, 994, 996, all. — DIGESTE, XIII, 1, 3 et 8 § 1 ; XIII, 7, 22, § 2 ; XII, 6, 55.

ART. 128

Le possesseur de mauvaise foi a les risques de la chose, et il est tenu d'en payer la valeur s'il ne peut la représenter ou si elle est détériorée, même par cas fortuit ou de force majeure. Il peut s'affranchir de cette responsabilité, s'il prouve que la chose eût été également détruite ou détériorée, même si elle s'était trouvée au pouvoir du demandeur.

DIGESTE, II, 24, 47 § 8; XLIII, 16, 19; XLVII, 2, 43, pr. § 2, 80 § 6; XIII, 1, 18; XX, 1, 8 § 1, 20; XXV, 2, 17 § 2; XIII, 1, 8 pr. 16, 20. — Cod., IV, 8, 2; IV, 7, 7, etc. — 1298 it. — 1302 fr. — 848 all. — 207 suisse. — Dans ce sens : AUBRY et RAU, § 308, 3<sup>o</sup> § 331 note 6, § 442 et note 31. — DURANTON, XII, 506.

ART. 129

Code tunis., art. 406, 408.

Les *malékites* font payer la valeur du jour où la chose a été soustraite : TAOUÏI, II, 348; TASOULI, II, 318. Voir pourtant ZARKANI, V, 19. En cas de mort, on doit la valeur au moment de la mort, non de la blessure; en cas de blessure, la valeur au moment où la victime a été atteinte : ZARKANI, VIII, 14.

Les *hanéfites* font payer la valeur du jour où la chose a été soustraite ou détruite, plus les dommages : *Eddor-el-Mokhtar*, V, 161; *Medjella*, 366, 370, 375, 376, 381, 382. En cas de différence entre les expertises sur la valeur de la chose, on suit celle qui donne le chiffre le plus élevé : IBN NADJIM, II, 222.

Le système *chaféite* est analogue à celui du droit romain. cf. VAN DEN BERG, 112.

En cas de dommage aux plantes, on doit la plus haute valeur entre le moment où le fait a été commis et le jugement (IBN ERRAMI, 161; IBN FARHOUN, II, 129) d'après quelques auteurs, la condamnation serait du double (cf. DIGESTE, XLIV, 7, 7 *in fine.*)

ART. 130

① KHALIL, IV, 389, 403, 404, 499; ZARKANI, V, 19, 77, 93, 152, 153; BENNANI, *ad loc.*

② TASOULI, II, 254, 354; TAOUÏI, II, 355.

TASOULI, II, 207, 237, 238, 354, 355.

TAOUÏI, II, 237, 354, 355.

*Amalyat*, 386.

Code tunis de 1861, art. 416.

Code rural tunisien, art. 20.

IBN NADJIM, II, 100, note 4 (l'acheteur de bonne foi évincé en faveur d'un mineur ne doit pas de loyer pour son occupation.)

IBN NADJIM, I, 182, 183.

ib. I, 325 (conditions de la possession de bonne foi qui peut servir de fondement à la prescription.)

ART. 129

L'auteur du fait dommageable doit payer la chose à sa plus haute valeur, entre le moment où le fait a été commis et celui du jugement.

cf. DIGESTE, XIII, 1, 8 § 1. — cf. XLVII, 2, 50 pr.; IX, 2, 2 pr. 21 § 1. — cf. XXVII, § 5, 29 § 8. — Instit., IV, 3 § 9 et § 15.

ART. 130

Le possesseur de bonne foi fait les fruits siens, et il n'est tenu de restituer que ceux qui existent encore au moment où il est assigné en restitution de la chose, et ceux qu'il a perçus depuis ce moment.

Il doit, d'autre part, supporter les frais d'entretien et ceux de perception des fruits<sup>(1)</sup>.

Le possesseur de bonne foi est celui qui possède en vertu d'un titre dont il ignore les vices<sup>(2)</sup>.

cf. 549 fr. — 550, 701, 703 it. — DIGESTE, V, 3, 40, 8, 1; VI, 1, 17, § 1.

ART. 131

*Hidaya*, p. 537 (trad. angl.)

IBN NADJIM, II, 103 et note 4.

(Une simple transformation matérielle ne suffirait pas ; ainsi, le fait d'avoir coupé ou scié le bois ne donnerait aucun droit au possesseur de mauvaise foi.)

ib. II, 202. (Il faut une transformation et une augmentation notable de valeur.)

ART. 131

Si le possesseur, même de mauvaise foi, d'une chose mobilière, avait, par son travail, transformé la chose de manière à lui donner une plus-value considérable par rapport à la matière première, il pourrait retenir la chose à charge de rembourser :

1<sup>o</sup> la valeur de la matière première ;

2<sup>o</sup> une indemnité à arbitrer par le tribunal, lequel devra tenir compte de tout intérêt légitime du possesseur primitif, et même de la valeur d'affection que la chose avait pour lui.

Cependant, le possesseur primitif aura la faculté de prendre la chose transformée en remboursant au possesseur la plus-value qu'il a donnée à la chose. Dans les deux cas, il aura privilège sur tout autre créancier.

cf. 570, 571 fr. — 950, 951 all.

ART. 132

L'action en indemnité du chef d'un délit ou quasi-délit se prescrit par trois ans, à partir du moment où la partie lésée a eu connaissance du dommage et de celui qui est tenu d'en répondre. Elle se prescrit dans tous les cas par quinze ans, à partir du moment où le dommage a eu lieu.

cf. 852 all.

### TITRE III

#### *Des modifications de l'obligation*

#### CHAPITRE PREMIER

##### De la condition

##### ART. 133

(1) KHALIL, III, 533; IV, 127, 646, 647.

HAMAOUÏ SUR IBN NADJIM, II, 158, 225, 273.

*Morched-el-Hairan*, 315, 317, 318, 319, 425.

*Medjella*, 300, 497, 636, 637.

(2) IBN NADJIM, II, 157; *ibid.* II, 224; *Raad-el-Mohhtar*, V, 645.

Il n'y a pas condition lorsque l'événement, quoiqu'il soit futur, doit certainement arriver (HAMAOUÏ, I, 8; cf. II, 158, note 3; IBN NADJIM, II, 124. cf. DIGESTE, XXXV, 1, 79 pr. et XLVI, 2, 9, § 1) ou lorsqu'il est déjà arrivé: *Raad-el-Mohhtar*, IV, 309. Lorsque l'événement est arrivé, mais est encore inconnu des parties, l'obligation a son effet du jour où elle est contractée: *Raad-el-Mohhtar*, *ibid.*; — 1181 c. fr.

##### ART. 133

La condition est une déclaration de volonté, ou une disposition de la loi, qui fait dépendre d'un événement futur et incertain, soit l'existence de l'obligation, soit sa confirmation, soit son extinction (1).

L'événement passé ou présent, mais encore inconnu des parties, ne constitue pas condition, mais peut en produire les effets (2).

DIGESTE, XLIV, 7, 44 § 2; XII, 1, 39; XXVIII, 3, 16. — Instit., III, 16 § 6. — cf. 1168, 1181 fr. — 1157 it. — SAVIGNY, § 116. — WINDSCHEID, I, § 86. — AUBRY et RAU, § 302, 1<sup>o</sup>. — DEMOLOMBE, XXV, n. 296.

ART. 134

*Malékites :*

*Amalyat*, 138, 139. Question très controversée. Voir aussi TAOUÏ, I, 223; KHALIL, III, 402, 333; IV, 490.

En général, la condition contraire à la loi rend nulle la convention, par exemple, dans la vente : ZARKANI, V, 78; dans le mariage, s'il n'a pas encore eu lieu : TAOUÏ, I, 278; *Tohfah* d'IBN ACEM, 674. D'autres fois, la condition est considérée non écrite; ainsi dans le *habous* la condition illicite est nulle, mais n'annule pas l'acte : BENNANI, VII, 86.

*Hanéfites :*

La condition illicite annule la convention, lorsque l'existence de celle-ci dépend de l'accomplissement de la condition; dans le cas contraire, la condition est réputée non écrite; elle annule toujours la convention dans les contrats commutatifs; *Morched-el-Hairan*, 319, 819, 324, 326; cf. 323; IBN NADJIM, II, 224; cf. 226.

La condition illicite est réputée non écrite dans le contrat de mariage : *Radd-el-Mokhtar*, IV, 458.

On sait qu'en droit romain, la condition illicite est réputée non écrite dans les dispositions de dernière volonté : GAL, III, 98. cf. C. C. fr. 900 et 1172. Il en est de même en droit hanéfite : IBN NADJIM, I, 113; HAMAOUÏ, I, 305; *Morched-el-Hairan*, 325.

ART. 135

La condition de célibat est licite dans une constitution de *habous* en faveur d'une personne : *Eddor-el-Mokhtar*, III, 591.

ART. 134

Toute condition d'une chose impossible ou contraire aux bonnes mœurs ou à la loi, est nulle, et rend nulle l'obligation qui en dépend; l'obligation n'est pas validée, si la condition devient possible par la suite.

DIGESTE, XLIV, 7, 31; XL, 7, 4§1; XLV, 1, 7, 137 §6. — Instit., III, 19§11. — DIGESTE, XLV, 1, 35§1, 83§5; II, 14, 7§3. — 1172 fr. — 1160 it. — AUBRY et RAU, § 302, 2<sup>e</sup> — LAURENT, XVII, n. 42.

ART. 135

Est nulle et rend nulle l'obligation qui en dépend, toute condition ayant pour effet de restreindre ou d'interdire l'exercice des droits et facultés appartenant à toute personne humaine, telle que celle de se marier, d'exercer ses droits civils.

Cette disposition ne s'applique pas au cas où une partie s'interdirait d'exercer une certaine industrie, pendant un temps ou dans un rayon déterminé.

DIGESTE, XXXV, 1, 71§1, 2; VII, 8, 8§1; XLV, 1, 61, 134 pr. 123; II, 14, 7§3. — LAURENT XVI, 82 — DEMOLOMBE, XXIV, 317. — Cassation, 25 mai 1868 (D. P. 69, 1, 277). — LAURENT, XVI, 138. — AUBRY et RAU, § 302, § 345 note 16, § 692.

ART. 136

KHALIL, III, 522, 532. (La condition que le gage sera pas vendu faute de paiement, ou que l'auteur ne pourra pas disposer de la chose qu'il a donnée.)

Est licite dans la donation la condition que le donataire ne pourra aliéner la chose donnée (ZARKANI, VII, 94; BENNANI, *ad loc.*)

BENNANI, v, 80.

HAMAOUÏ sur IBN NADJIM, I 308, 319; II, 62, note 8; note 2; *Eddor-el-Mokhtar*, IV, 167.

IBN NADJIM, II, 225 (révocation d'un mandataire à condition.)

Elle est considérée non écrite dans les actes de mariage; HAMAOUÏ, I, p. 319; dans le mariage: voir d'IBN ACEM, 379; après la consommation: BOULI, II, 279.)

On ne peut apposer de condition suspensive, avec les hanéfites, à la constitution des habous: *Eddor-el-Mokhtar*, III, 497.)

La nullité n'est pas de plein droit; l'obligation peut être validée, si celui qui a stipulé la condition veut s'en prévaloir: BENNANI, v, 89.

ART. 136

Est nulle et rend nulle la déclaration de volonté qui en dépend, la condition incompatible avec la nature de l'acte auquel elle est ajoutée.

cf. DIGESTE, XVIII, 1, 80 § 3. — 944 fr.

ART. 137

LES HANÉFITES: KHALIL, III, 300, 402, 403; IV, 510; BENNANI, v, 89, 90; ZARKANI, v, 127; par exemple un esclave agriculteur à condition qu'il soit complètement illettré; il se trouve qu'il sait lire; la condition est réputée non avenue.

PARHOUN, I, 102; TAOUÏ, I, 30.

LES HANÉFITES:

BOULI, 189; *Morched-el-Hairan*, 322, 349, 819.

IBN NADJIM, II, et HAMAOUÏ, note 1 (mandat).

IBN NADJIM, I, 325 (l'intérêt est la mesure de la validité des conventions). Voir aussi ZARKANI, v,

ART. 137

Est nulle et non avenue la condition qui ne présente aucune utilité appréciable, soit pour son auteur ou pour toute autre personne, soit relativement à la matière de l'obligation.

AUBRY et RAU, § 311, § 344. — LAURENT, XVI, 74-81. — cf. DALLOZ, V<sup>o</sup> Oblig. 487, 496. — Même règle en droit Canon «*inutiles conditiones vitiantur et non vitiant*» (c. 37 de R. I. in VI).

ART. 138

*Eddor-el-Mokhtar*, IV, 506; *Radd-el-Mokhtar*, IV, 62, 634.

cf. IBN NADJIM, I, 321.

HAMAOU, sur IBN NADJIM, I, 325 (condition remise à la nue volonté de deux parties sans limite de temps).

Cependant dans les actes de dernière volonté le legs : « donnez à un tel une chose ou une partie de mes biens », est valable, le choix ou la détermination de la quantité est censé remis à l'héritier : IBN NADJIM, I, 399.

Mais l'obligation peut être valablement subordonnée à un fait de l'obligé, à un acte qu'il dépend de lui d'accomplir; par exemple « si je vais à La Mecque, si je me marie ». (cf. *Eddor-el-Mokhtar*, IV, 506, et DIGESTE, XLV, 1, 46 § 3; 1170 C. C. fr.)

ART. 139

(1) *Morched-el-Hairan*, 329, 331, 332, 348; IBN NADJIM, I, 321; ZARKANI, V, 110, 111 (vente); *Radd-el-Mokhtar*, IV, 62; *Eddor-el-Mokhtar*, IV, 66, 67.

(2) ZARKANI, V, 88 (mariage).

IBN NADJIM, I, 328, II, 225, 226 et HAMAOU *ad loc*; *Eddor-el-Mokhtar*, V, 490, (la doctrine n'est pas sans controverse dans l'École hanéfite; ainsi ABOU YOUSOUF admet la validité du *pactum displicentiae* dans la constitution d'une fondation pieuse).

N.-B. — Les clauses par lesquelles les parties modifient les effets de la déclaration de volonté sont, à proprement parler, des conventions accessoires (*pacta adjuncta*); mais les jurisconsultes musulmans en parlent ordinairement à propos des conditions (cf. ZARKANI, V, 110, 111, ce qui est, d'ailleurs conforme à la tradition romaine) : DIGESTE, XIX, 5, 20 pr., § 1; XLI, 4, 2 § 3, 4. Institut., III, 23 § 5, etc.)

ART. 138

L'obligation est nulle lorsque l'existence même du lien dépend de la nue volonté de l'obligé (condition potestative).

cf. 1174 fr. — cf. DIGESTE, L, 17, 22 § 1; XVIII, 1, 7, pr. 35 § 1; XLV, 1, 46 § 3, 108 § 1. — Cod. IV, 38, 13; XVIII, 1, 35, 1. — AUBRY et RAU, § 302, 2°. — TOULLIER, VI, 494 et suiv.

ART. 139

Néanmoins, chacune des parties, ou l'une d'elles, peut se réserver la faculté de déclarer, dans un délai déterminé, si elle entend tenir le contrat ou le résilier<sup>(1)</sup>.

Cette réserve ne peut être stipulée dans le contrat de mariage, dans le divorce, dans la reconnaissance de dette, dans la donation, dans la remise de dette, dans la constitution d'une fondation pieuse<sup>(2)</sup>.

DIGESTE, XVIII, 1, 3; XVIII, 5, 6; XX, 6, 3; XLI, 4, 2 § 5; L, 17, 77. — Cod. IV, 54, 7. — Institut., III, 23, § 4, etc. — cf. 1659, 1761, 944 fr. — AUBRY et RAU, § 302, § 352. — TOULLIER, VI, 494. — DEMOLOMBE, XXIV, 323 seq. — WINDSCHEID, § 93 notes 1, 3, § 323.

ART. 140

Lorsque le délai n'est pas déterminé, dans le cas prévu en l'article précédent, chacune des parties peut exiger que l'autre contractant déclare sa décision dans un délai raisonnable.

ART. 141

*Morched-el-Hairan*, 334, 337.  
ZARKANI, VI, 114, 118.

ART. 141

Si le délai expire sans que la partie ait déclaré qu'elle entend résilier le contrat, celui-ci devient définitif à partir du moment où il a été conclu.

Si, au contraire, elle déclare formellement à l'autre partie sa volonté de se retirer du contrat, la convention est réputée non avenue.

cf. 355, 496 all.

ART. 142

(1) *Contrà* : les *hanéfites* : *Morched-el-Hairan*,  
*Malékites* :  
ZARKANI, V, 120, 121; BENNANI, V, 120 (la ques-  
tion est d'ailleurs très controversée.)  
TAOUDI, II, 93; TASOULI, II, 64; KHALIL, III, 288.  
(2) KHALIL, III, 288, 289.

ART. 142

Si la partie qui s'est réservé la faculté de résiliation meurt avant le délai, sans avoir exprimé sa volonté, ses héritiers ont la faculté de maintenir ou de résilier le contrat pour le temps qui restait encore à leur auteur<sup>(1)</sup>.

En cas de désaccord, les héritiers qui voudront maintenir le contrat ne pourront contraindre les autres à l'accepter, mais ils pourront prendre tout le contrat à leur compte personnel<sup>(2)</sup>.

cf. 356 all.

ART. 143

d. ZARKANI, V, 121.

ART. 143

Si la partie qui s'est réservé la faculté de résiliation tombe en démence ou est atteinte d'une autre cause d'incapacité, le tribunal nommera, à la requête de l'autre partie ou de tout autre intéressé, un curateur *ad hoc*, lequel décidera, avec l'autorisation du tribunal, s'il y a lieu d'accepter ou de résilier le contrat, selon que l'intérêt de l'incapable l'exigera. En cas de faillite, le curateur sera de droit le syndic ou autre représentant de la masse.

ART. 144

- (1) IBN NADJIM, I, 284 et HAMAÛI, *ad loc.*  
(2) HAMAÛI, sur IBN NADJIM, II, 33, note 5.

ART. 144

Lorsqu'une obligation est contractée sous la condition qu'un événement arrivera dans un temps fixé, cette condition est censée défaillie lorsque le temps est expiré sans que l'événement soit arrivé<sup>(1)</sup>. Le tribunal ne pourra accorder, dans ce cas, aucune prorogation de délai<sup>(2)</sup>.

Si aucun terme n'a été fixé, la condition peut toujours être accomplie; et elle n'est censée défaillie que lorsqu'il est devenu certain que l'événement n'arrivera pas.

DIGESTE, XLV, 1, 10, 27 § 1, 99 § 1. — cf. 1176 fr. — 1167 it.

ART. 145

*Morched-el-Hairan*, 319.

ART. 145

Lorsqu'une obligation est contractée sous la condition qu'un événement n'arrivera pas dans un temps fixé, cette condition est accomplie lorsque ce temps est expiré sans que l'événement soit arrivé; elle l'est également si, avant le terme, il est certain que l'événement n'arrivera pas; et, s'il n'y a pas de temps déterminé, elle n'est accomplie que lorsqu'il est certain que l'événement n'arrivera pas.

DIGESTE, XLV, 1, 10, 115 pr. § 1. — 1177 fr. — 1168 it.

ART. 146

*Edouard-el-Mokhtar*, III, 40. (*Primus* promet dans une somme déterminée à condition que l'esclave affranchira son esclave et que celle-ci sera *primus* : *primus* ne doit rien si l'esclave, après avoir été affranchi, refuse de l'épouser : *sic* art. XVII note 77; AUBRY et RAU, § 302.

ART. 146

La condition qui dépend pour son accomplissement du concours d'un tiers ou d'un fait du créancier est censée défaillie, lorsque le tiers refuse son concours, ou le créancier n'accomplit pas le fait prévu, même lorsque l'empêchement est indépendant de sa volonté. Cependant, le tribunal pourra, dans certains cas spéciaux, considérer la condition comme accomplie, lorsque, d'une part, le créancier a fait tout ce qui dépendait de lui pour l'accomplir, et d'autre part, il résulte des circonstances, qu'on n'a pas entendu subordonner d'une manière absolue l'obligation à la réalisation effective de la condition.

Reg., 66 de R. I, in VI. — DIGESTE, XXVIII, 7, 23; XXXVI, 2, 5 §5; XXVIII, 7, 3, 11; XXXV, 1, 6, pr. 101 pr. 84. — AUBRY et RAU, § 302, 3<sup>o</sup> et note 35. — DEMOLOMBE, XXV, 353. — WINDSCHEID, § 92. — LAURENT, XVII, n. 77.

ART. 147

MOULI, V, 123, 124.

ART. 147

Lorsque l'obligation est subordonnée à une condition suspensive, et que la chose qui fait la matière de l'obligation périt ou se détériore avant l'accomplissement de la condition, on appliquera les règles suivantes :

Si la chose a péri entièrement sans la faute du débiteur, l'accomplissement de la condition demeure sans objet, et l'obligation sera considérée comme non avenue.

Si la chose s'est détériorée ou dépréciée sans la faute du débiteur, le créancier doit la recevoir en l'état où elle se trouve, sans diminution de prix.

Si la chose a péri entièrement par la faute du débiteur, le créancier a droit aux dommages-intérêts.

Si la chose a été détériorée ou dépréciée par la faute du débiteur, le créancier a le choix, ou de recevoir la chose en l'état où elle se trouve, ou de résoudre le contrat, sauf son droit aux dommages-intérêts dans les deux cas.

Le tout sauf les stipulations des parties.

DIGESTE, XVIII, 6, 8 pr. — cf. 1163 it. — 1182 fr.; comp. 1179, 1245. — AUBRY et RAU, § 302, 4<sup>o</sup> et notes 44, 46. — DEMOLOMBE, XXV, n. 442 et s. — cf. LAURENT, XVII, n. 96.

ART. 148

(4) TASOULI, II, 58. (La condition résolutoire ne suspend point l'exécution de l'obligation.)

ART. 148

La condition résolutoire ne suspend point l'exécution de l'obligation<sup>(4)</sup>. Elle oblige seulement le créancier à restituer ce qu'il a reçu dans le cas où l'événement prévu par la condition s'accomplit; il est tenu des dommages-intérêts, dans le cas où il ne pourrait faire cette restitution pour une cause dont il doit répondre; il ne doit restituer les fruits et accroissements que s'il y a stipulation expresse.

cf. SAVIGNY, § 127. — WINDSCHEID, § 90. — DEMOLOMBE, XXV, n. 400 et s. — cf. 1164 it. — 1183 fr. — 158, 160 all. — AUBRY et RAU, § 302 et notes 70, 71, 76 (*séculs* pour les fruits et accroissements.) — DIGESTE, XVIII, 2, 4 pr., 4, 6 pr.; XVIII, 3, 5; XLIII, 2 4, 11 §10; XLIV, 3, 7 § 1.

ART. 149

La condition est réputée accomplie lorsque le débiteur, obligé sous condition, en a sans droit empêché l'événement ou est en demeure de l'accomplir.

cf. 1169 it. — 1178 fr. — 162 all. — DIGESTE, XXXV, 1, 81 § 1; L, 17, 39, 161; XLV, 1, 85 § 7; XL, 7, 3 § 3; XVIII, 1, 50; XXXV, 1, 66, 81 § 1; L, 17, 39, 161. — AUBRY et RAU, § 302. 3<sup>o</sup>. — LAURENT, XVII, n. 76.

ART. 150

*Medjella*, art. 99.  
HAMAQUI SUR IBN NADJIM, I, 212, note 3.

ART. 150

La condition accomplie ne produit aucun effet, lorsque l'événement a eu lieu par le dol de celui qui était intéressé à ce que la condition s'accomplisse.

cf. 162 all.

ART. 151

*Malékites* : application au cas de la vente avec option sous condition suspensive (*Amalyat*, 147; *KHALIL*, PENNON, III, 282); au cas de transmission du droit d'option à l'héritier (ib. III, 288). — A la condition: *Morched-el-Hairan*, 920. — A la condition impropre: *IBN NADIM*, II, 157. — A la ratification, ib. II, 157, note G. — A la vente sous condition suspensive, ib. II, 203.  
Sur aussi, au point de vue *malékite*, les développements de *ZARKANI*, V, 121.

ART. 152

En général: *TASOULI*, II, 335.  
Application très rigoureuse au cas où la caution est insolvable avant l'échéance (*KHALIL*, IV,

ART. 151

La condition accomplie a un effet rétroactif au jour auquel l'obligation a été contractée, lorsqu'il résulte de la volonté des parties ou de la nature de l'obligation qu'on a entendu lui donner cet effet.

cf. 1170 it. — 1170 fr. — 158, 159 all. — *Inst.* III, 15 § 4. — *DIGESTE*, XVIII, 6, 8 pr. et 57; XXVIII, 7, 26. — *WINDSCHEID*, § 91. — *ARNDTs*, § 71. — cf. *Cassation*, 8 novembre 1882 (D. P. 83, 1, 305). — *DEMOLOMBE*, XXV, n. 465 et s.

ART. 152

L'obligé sous condition suspensive ne peut, avant l'événement de la condition, accomplir aucun acte qui empêche ou rende plus difficile l'exercice des droits du créancier au cas où la condition s'accomplirait; il est tenu des dommages-intérêts en cas de contravention.

Après l'événement de la condition suspensive, les actes accomplis dans l'intervalle par l'obligé sont résolus, dans la mesure où ils peuvent diminuer ou empêcher au préjudice du créancier les effets de l'accomplissement de la condition, sauf les droits régulièrement acquis par les tiers de bonne foi.

La règle établie au présent article s'applique aux obligations sous condition résolutoire, à l'égard des actes accomplis par celui dont les droits doivent se résoudre par l'événement de la condition, et sauf les droits régulièrement acquis par les tiers de bonne foi.

cf. 161 all. — *DIGESTE*, XXXV, 1, 105; VIII, 6, 11 § 1; XX, 4, 11 § 1; XVIII, 2, 4 § 3; XX, 6, 3; XX, 2, 31. — *AUBRY et RAU*, § 302, 4<sup>o</sup>. — *LAURENT*, XVII, n. 79, 80, 90.

ART. 153

(1) En général : TASOULI, II, 335. Application très rigoureuse au cas où la caution devient insolvable avant l'échéance : (KHALIL, IV, 435).

ART. 153

Le créancier peut, avant l'accomplissement de la condition, faire tous les actes conservatoires de son droit<sup>(1)</sup>, et même requérir la saisie-arrêt sur les biens du débiteur, s'il y a péril en la demeure.

1171 it. — 1180, 2132, 2148 fr. — 125 Procéd. fr. — DIGESTE, XLIV, 7, 42 pr.; XLVI, 4, 12; V, 1, 41; XLII, 6, 4 pr. — AUBRY et RAU, § 213, 2<sup>e</sup>, § 285, 2<sup>e</sup>. — TOULLIER, VI, 528. — *Sécus* quant à la saisie-arrêt: AUBRY et RAU, § 311. — DEMOLOMBE, XXV, 52. — Cassation, 10 mai 1881 (D. P. 82, 1, 201).

CHAPITRE II

Du terme

ART. 154

*Hanéfites* : *Medjella* : 251, (vente); *Eddor-el-Mokhtar*, IV, 30; *JBN NADJIM*, I, 128, 398, 399; *Radd-el-Mehtar*, IV, 134. (Le terme peut être déterminé par échéances successives : *ibid.* II, 218 et note 3.)

Code tunisien de 1861, article 436.

Projet de Code Commercial tunisien de 1297 art. 152: (Dossier D. n° 8.) La différence entre le terme et la condition est très nettement saisie par HAMAOUÏ, I, 273; cf. DIGESTE, L, 16, 213 pr.; XXXV, 1, 1 § 1; VII, 9, 9 § 2 et 1185 C. c. fr. Le terme suspend l'action, non l'obligation: *Radd-el-Mehtar*, V, 276; *Morched-el-Hairan*, 320; *Eddor-el-Mokhtar*, IV, 354; cf. *Instit.*, III, 15 § 2; DIGESTE, XLV, 1, 46 pr. etc.

ART. 154

Lorsque l'obligation n'a pas d'échéance déterminée, elle doit être immédiatement exécutée, à moins que le terme ne résulte de la nature de l'obligation, de la manière ou du lieu indiqué pour son exécution.

Dans ces cas, le terme sera fixé par le tribunal.

*Instit.*, III, 15 § 5; III, 19 § 27. — DIGESTE, L, 17, 14, 186; XLVI, 3, 105; XLV, 1, 73 pr. 98 § 1, 137 § 2. — cf. 1875 comb. — 1888, 1901 fr. — 271 all. — 1173 it. — AUBRY et RAU, § 303. — TOULLIER, VI, 652.

ART. 155

IBN NADIM, I, 160.  
HAMAOUT sur IBN NADIM, II, 33 note 5.  
Les *malékites*, au contraire, accordent assez facilement des délais de grâce: (cf. IBN ADEM, *Tahqiq*, 1426, 1436; IBN FARHOUN, II, 231, 232.) On va jusqu'à établir la règle: « Toute personne qui ne possède pas d'une grande aisance et qui demande un délai, en promettant de s'acquitter, y aura droit en prenant caution »: *ibid.* 1440. Le Droit romain a aussi très facile à accorder des délais: DIGESTE, I, 1, 21; V, 1, 21.

ART. 156

Par exemple: « Tu seras libre le jour où j'aurai dans cette maison »: ZARKANI, VIII, 126.

ART. 157

DREAN, VIII, 47.  
Dans la vente, le terme pour le paiement du prix commence à partir de la livraison de la chose vendue: (Eddor-et-Mokhtar, IV, 34.)

ART. 158

IBN FARHOUN, I, 150; II, 5; et la formule dans *ibid.*, Formul. des notaires, p. 225.  
IBN SALMOON, I, 254.

ART. 155

Le tribunal ne peut accorder aucun terme ni délai de grâce, s'il ne résulte de la convention ou de la loi<sup>(1)</sup>.  
Lorsque le délai est déterminé par convention ou par la loi, le juge ne peut le proroger, si la loi ne l'y autorise<sup>(2)</sup>.

*Secus*: 1184, 1244, 1292, 1655, 1656, 1900 fr. — Procédure fr., 122, 124. — *Dans ce sens*: 132 C. com. fr.

ART. 156

Lorsque le terme a été remis à la volonté du débiteur ou dépend d'un fait dont l'accomplissement est remis à sa volonté<sup>(1)</sup>, il appartient au juge, sur la requête du créancier, d'assigner un délai pour l'exécution de l'obligation ou du fait.

DIGESTE, XLV, 1, 17, 46 § 3, 108 § 1; XLIV, 4, 8. — *cf.* 1173 it. — 1900 fr. — AUBRY et RAU, § 303. — DEMOLOMBE, XXV, 319, 577. — TOULLIER, VI, 498. — LAURENT, XVII, n. 59.

ART. 157

Le terme commence à partir de la date du contrat, si les parties n'ont déterminé une autre date; dans les obligations provenant d'un délit ou quasi-délit, il part du jugement qui liquide l'indemnité à payer par le débiteur.

ART. 158

Le jour à partir duquel on commence à compter n'est pas compris dans le terme<sup>(1)</sup>.  
Le terme calculé par nombre de jours expire avec la fin du dernier jour du terme<sup>(2)</sup>.

188 all. — 132, 161, 162 C. com. fr. — 1033 Proc. civ. fr. — Institut., III, 15 § 2. — DIGESTE, XLIV, 7, 50. — *cf.* XXXV, 1, 48 49. — DIGESTE, XLV, 42, 118 § 1; L, 17, 186; XXXVIII, 9, 1 § et 9; XL, 37. — TOULLIER, VI, 681. — AUBRY et RAU § 303. — DEMOLOMBE, XXV, 642. — SAVIGNY, Syst. § 182. — WINDSCHEID, § 103.

ART. 159

Le calcul du temps se fait d'après le calendrier musulman; mais il n'est pas défendu d'y déroger par une stipulation expresse : *Koran*, II, 185; XVII, 13.

Le terme peut être indiqué, soit par une date fixe, soit en se référant à une époque ou événement déterminé : par exemple : au moment de la moisson, du dépiquage : *Radd-el-Mchtar*, IV, 234 et 31, 32, 164. Mais il ne saurait dépendre d'un événement incertain et aléatoire : par exemple : « lorsqu'il pleuvra, lorsqu'il y aura du vent » : (*ibid.* et p. 165;) ni trop indéterminé : c'est le cas de celui qui achète un objet à La Mecque en stipulant qu'il en paiera le prix lorsqu'il sera arrivé à Samarkande : (*Radd-el-Mchtar*, IV, 30.) Le terme non précisé, comme dans l'espèce suivante : je vous vends à terme, signifie un mois : (*ibid.* 30.)

ART. 160

*Eddor-el-Mokhtar*, III, 148.  
LBN SALMOUN, I, 252, 254.

ART. 159

Quand le terme est calculé par semaines, par mois ou par année, on entend par semaine un délai de sept jours entiers, par mois un délai de trente jours entiers, par année un délai de trois cent soixante-cinq jours entiers.

DIGESTE, XII, 1, 40; XLVIII, 5, 4 § 1, 11 § 6; IX, 2, 51 § 2; XL, 7, 4 § 5; L. 16, 134 pr. — 191 all. — 359 Com. all. — LAURENT, XVII, n. 192. — TOULLIER, VI, n. 683.

ART. 160

Par commencement du mois, il faut entendre le premier jour de chaque mois; par milieu ou moitié du mois, le quinzième jour; par fin de mois, le dernier jour du mois.

192 all. — 87 suisse.

ART. 161

Lorsque l'échéance du terme correspond à un jour férié légal, le jour suivant s'entend substitué au jour de l'échéance.

193 all. — cf. 134, C. com. fr. — Loi du 13 avril 1895 modifiant l'art. 1033 du C. de procédure civil. fr.

ART. 162

(1) *Medjella*, 656 (le débiteur à terme qui veut changer de résidence doit fournir caution.)  
 HAMAOU, I, 273.  
 TASOULI, II, 335; I, 191.  
 L'obligation ou le fait suspend à un terme, devient exécutoire de plein droit par l'échéance du terme: ZARKANI, VII, 84; *Radd-el-Mehtar*, IV, 323.  
 (2) *Eddor-el-Mokhtar*, V, 498, 606. Le terme stipulé à une constitution de gage, annule le contrat (ibid. V, 444.)

ART. 162

Le terme suspensif produit les effets de la condition suspensive; le terme résolutoire produit les effets de la condition résolutoire (1).

Les rapports de droit qui ne comportent point de condition, d'après l'art. 136, ne comportent également aucun terme (2).

Procéd. fr. 617. — 1180, 1185 fr. — Code, VI, 37, leg. all. — DIGESTE, XX, 1, 14 pr. — LAURENT, XVII, n. 179. — AUBRY et RAU, § 303 et 311. — DEMOLOMBE, XXV, 569, 612.

ART. 163

*Maldkites*:  
 Application des principes au prêt: KHALIL, III, 107.  
*Tahfat* d'IBN ACEM, 1308 à la vente à livrer: SALMOUN, II, 256; en général, ZARKANI, V, 57, VIII, 157.  
*Hanéfites*: *Eddor-el-Mokhtar*, IV, 234, 241.  
 IBN NADJIM, II, 48 et note 7.  
 Dans le prêt, le terme accordé au débiteur n'oblige pas le créancier: IBN NADJIM, II, 46. C'est là le point sur lequel les *hanéfites* diffèrent des *maldkites*: ibid. note 7. Cependant le *hanéfite* peut varier sur ce point la doctrine *maldkite*: ibid. p. note 8.  
 HAMAOU sur IBN NADJIM, II, 212 note 3.

ART. 163

Le terme est censé stipulé en faveur du débiteur. Celui-ci peut accomplir l'obligation, même avant l'échéance, à moins qu'il ne résulte de la loi, du contrat ou des circonstances que le terme a été stipulé aussi dans l'intérêt du créancier.

DIGESTE, XLVI, 3, 4 § 7, 39; XLV, 1, 38 § 16, 41 § 1, 137 § 2; L, 17, 17; XXXIII, 1, 15. — cf. 1175 it. — 1187 fr. — 271 all. — 94 suisse. — 101 égypt. indig.

ART. 164

Locage: *Medjella*, 467.

ART. 164

Le débiteur ne peut répéter ce qu'il a payé d'avance, même lorsqu'il ignorait l'existence du terme.

1186 fr. — cf. 1174 it. — 272, 813 all. — AUBRY et RAU, § 303 cf. n. 10. — TOULLIER, XI, 59. — DIGESTE, XII, 6, 10. — cf. XLV, 1, 38 § 16; XLIV, 7, 50.

ART. 165

*Arred-el-Hairan*, 213.  
 Exemple: le paiement est déclaré nul, et la somme payée est restituée, parce qu'elle consistait en une chose de mauvais aloi; ou bien la chose déli-  
 vrée au créancier est évincée entre ses mains par le vendeur, ou restituée au vendeur à cause d'un vice rédhibitoire: dans tous les cas la dette renaît, et le débiteur doit payer avec elle: *Radd-el-Mehtar*, IV, 234.

ART. 165

Si le payement fait avant le terme est déclaré nul ou révoqué, la dette renaît, et dans ce cas le débiteur peut invoquer le bénéfice du terme stipulé, pour le temps qui restait à accomplir.

cf. 1261 fr.

ART. 166

TASOULI, I, 191; *Tohfat* d'IBN ACEM note 1342 *in fine*.

cf. articles 437, 445, Code tunisien de 1861 et les articles 28, 29 du projet du Code commercial de 1279 (archives D. n° 8.)

Le créancier peut empêcher son débiteur de partir, s'il ne donne caution ou nantissement: *Medjella*, 656; cf. *Procéd. fr.*, 617.

D'après la coutume commerciale tunisienne, le porteur d'une lettre de change peut demander une caution ou un gage s'il craint la déconfiture du débiteur: (Prévôt des marchands, 20 safar 1293. (Archives, dossier E n° 14.)

ART. 167

(1) *Ecole malékite*: application de la règle au créancier gagiste: KHALIL, III, 508; à la caution en cas de faillite de celle-ci: KHALIL, IV, 135; au louage des choses: *Amalyat*, 347; aux obligations en général: Code tunisien de 1861 art. 444; au vendeur à terme, si l'acheteur donne de justes motifs de crainte: TASOULI, I, 191.

ART. 166

Le créancier à terme peut prendre, même avant l'échéance du terme, toutes mesures conservatoires de ses droits; il peut même demander caution ou autre sûreté, ou procéder par la voie de la saisie conservatoire, lorsqu'il a de justes motifs de craindre la déconfiture du débiteur, ou sa fuite.

cf. 1613, 1913, 1180 comb.— 1185 fr.— AUBRY et RAU, § 303, 311. — DEMOLOMBE, XXV, 612.

ART. 167

Le débiteur perd le bénéfice du terme s'il est tombé en déconfiture, si, par son fait, il diminue les sûretés spéciales qu'il avait données par le contrat, ou s'il ne donne pas celles qu'il avait promises<sup>(1)</sup>. La même règle s'applique au cas où le débiteur aurait frauduleusement dissimulé les charges ou privilèges antérieurs qui grèvent les sûretés par lui données.

Lorsque la diminution des sûretés spéciales données par le contrat provient d'une cause indépendante de la volonté du débiteur, celui-ci n'est pas déchu de plein droit du bénéfice du terme, mais le créancier a le droit de demander un supplément de sûretés et, à défaut, l'exécution immédiate de l'obligation.

cf. 1176 it.— 1188, 1613, 1912, 1913, 2020, 2031, 2032 n° 2 fr.— 124 *Procéd. fr.* — TOULLIER, VI, 670. — AUBRY et RAU, § 303, note 12, 15, § 286 n° 4, § 319 note 22. — LAURENT, XVII, n. 201 et s.

ART. 168

*cf. Koran*, iv, 12, 15 (le but est de ne pas empêcher le partage de l'actif, qui ne peut avoir lieu qu'après le paiement des dettes et des legs).  
*Lois et baux* : *Amalyat*, 347. Obligations en matière de mariage : Code tunisien de 1861, art. 444 ; *causalité* : TAoudi, I, 198.  
*Mamadia*, II, 225 ; *Morched-el-Hairan*, 214, 215 (vente) ; *Morched-el-Hairan*, 560 (selem).  
 général, INN NADJIM, II, 217. *Quid* si la mort du débiteur a été produite par le fait du créancier ?  
 l'échéance arriverait quand même d'après les *chahades* et les *handfites* : (HAMAOUÏ, II, 212 note 3.)  
 la mort civile (apostasie) produit l'effet de la mort naturelle : INN NADJIM, II, 212 ; I, 288, 290  
 point de vue *malékite* : ZARKANI, VIII, 62 ;  
*cf. supra*, *ad loc.* ; Cod. THÉODOS, XVI, 5, 6 ; Cod. Justinien, I, 1, 2 et 4, 7.

ART. 168

La mort civile ou naturelle du débiteur fait venir à échéance toutes ses obligations, même celles dont le terme n'est pas échu.

CHAPITRE III

De l'obligation alternative

ART. 169

*Madjella*, 316, 318 ; *Morched-el-Hairan*, 409 ;  
*El-Mchtar*, IV, 62, 80.  
 ALAMI, v, 114 ; *cf.* v, 29 (*actio noxalis*).  
 Le legs fait sous cette forme : « Je laisse les biens de mes biens à un tel ou à un tel », est valable ? D'après ABOU HANIFA, le legs est valable en cas de l'indétermination du légataire ; d'après ABOU YOUSOUF, le legs appartient par moitié à chacun de légataires ; d'après MOHAMED, il y a obligation alternative, dans laquelle le choix appartient aux héritiers : *Eddor-el-Mchtar*, v, 610.

ART. 169

Lorsque l'obligation est alternative, le choix appartient à l'obligé, à moins qu'il n'ait été réservé au créancier par la loi ou par le titre constitutif de l'obligation.

Instit. IV, 6 § 33. — DIGESTE, XVIII, 1, 25 pr., 34 § 6 ; XLV, 1 75 § 8 ; XXIII, 3, 10 § 6. — *cf.* XLV, 1, 99 pr., 106. — 1189, 1190 fr. — 262 all.

ART. 170

Le choix est opéré par la simple déclaration faite à l'autre partie ; dès que le choix est fait, l'obligation est censée n'avoir eu pour objet, dès le principe, que la prestation choisie.

*cf.* DIGESTE, XLV, 1, 138 § 1, 106. — 236 all. — TOULLIER, VI, 92. — DEMOLOMBE, XXVI, n. 51.

ART. 171

Cependant, lorsqu'il s'agit de prestations périodiques portant sur des objets alternatifs, le choix fait à une échéance n'empêche pas l'ayant droit de faire un choix différent à une autre échéance, si le contraire ne résulte du titre constitutif de l'obligation.

DIGESTE, XIX, 1, 21 § 7. — TOULLIER, VI, 693. — AUBRY et RAU, § 300 et autorit. cités, note 6. — LAURENT, XVII, n. 44.

ART. 172

Si le créancier est en demeure de faire son choix, l'autre partie peut l'inviter à se décider dans un délai raisonnable; si ce délai expire sans que le créancier ait choisi, le choix appartiendra au débiteur.

244 all.

ART. 173

(1) *Morched-el-Hairan*, 413; IBN NADJIM, II, 128; ZARKANI, v, 120; *Medjella*, 319.

(2) ZARKANI, v, 120.

ART. 173

Si la partie qui avait la faculté de choisir meurt avant d'avoir choisi, le droit d'option se transmet à ses héritiers pour le temps qui restait à leur auteur<sup>(1)</sup>. Si elle tombe en état d'insolvabilité déclarée, le choix appartient à la masse des créanciers<sup>(2)</sup>.

Si les héritiers ou les créanciers ne peuvent s'accorder, l'autre partie pourra leur faire assigner un délai, passé lequel le choix appartiendra à cette partie.

ART. 174

*Morched-el-Hairan*, 410.

ART. 174

Le débiteur se libère en accomplissant l'une des prestations promises; mais il ne peut pas forcer le créancier à recevoir une partie de l'une et une partie de l'autre.

Le créancier n'a droit qu'à l'accomplissement intégral de l'une des prestations, mais il ne peut pas contraindre le débiteur à exécuter une partie de l'une et une partie de l'autre.

DIGESTE, XLV, 1, 2 § 1, 85, § 4; XII, 6, 25 § 13, 14. — cf. 1178 it. — 1189, 1191 fr. — 226 all.

ART. 175

*Yorhed-el-Hairan*, 411; IBN NADJIM, I, 169,

ART. 175

Lorsque l'un des modes d'exécution de l'obligation devient impossible ou illicite, ou l'était déjà dès l'origine de l'obligation, l'obligation subsiste quant aux autres.

DIGESTE, XIII, 4, 2 § 3; XVIII, 1, 34 § 6; XLVI, 3, 95 pr. § 1; XLV, 1, 128; XLVI, 3, 72 § 4.— 1192 fr.— cf. 1179 it.— 265 all.— 97 égypt. indig.— AUBRY et RAU, § 300, note 14.

ART. 176

*Yorhed-el-Hairan*, 411.

ART. 176

L'obligation alternative est éteinte, si les deux prestations qui en font l'objet deviennent impossibles en même temps, sans la faute du débiteur, et avant qu'il soit en demeure.

cf. 1195 fr.

ART. 177

Si les deux prestations comprises dans l'obligation deviennent impossibles en même temps par la faute du débiteur ou après sa mise en demeure, il devra payer la valeur de l'une ou de l'autre, au choix du créancier.

DIGESTE, XLVI, 3, 95 § 1.— 1194 fr.— 100 égypt. indig.

ART. 178

Lorsque le choix est déferé au créancier, et que l'une des prestations comprises dans l'obligation devient impossible par la faute du débiteur, ou après sa demeure, le créancier pourra exiger la prestation qui est encore possible, ou l'indemnité résultant de l'impossibilité d'exécution de l'autre.

DIGESTE, XLVI, 3, 95 pr.; XVIII, 1, 34 § 6.— 1194 fr.— 99 égypt. indig.

ART. 179

*Morched-el-Hairan*, 412.

ART. 179

Si l'une des prestations comprises dans l'obligation devient impossible par la faute du créancier, il devra être considéré comme ayant choisi cet objet, et ne pourra plus demander celui qui reste.

TOULLIER, VI, 697. — AUBRY et RAU, § 300, note 12.

ART. 180

*Morched-el-Hairan*, 412; *Radd-el-Mehtar*, IV, 68, 80.  
BENNANI, V, 124.

ART. 180

Si les deux prestations deviennent impossibles par la faute du créancier, il sera tenu d'indemniser le débiteur de celle qui sera devenue impossible la dernière, ou, si elles sont devenues impossibles en même temps, de la moitié de la valeur de chacune d'elles.

CHAPITRE IV

Des obligations solidaires

§ I. — *De la solidarité entre les créanciers*

ART. 181

*Eddor-el-Mokhtar*, IV, 662.  
*Medjella*, 1093, 1094, 1095.  
*Morched-el-Hairan*, 169, 170.  
IBN NADJIM, I, 244.  
Solidarité entre les héritiers de celui qui a été victime d'un homicide, en ce qui concerne le prix du sang : Code tunisien de 1861, art. 142.  
ZARKANI, VIII, 153.

ART. 181

La solidarité entre créanciers ne se présume pas ; elle doit résulter de l'acte constitutif ou de la loi, ou être la conséquence nécessaire de la nature de l'affaire.

Instit. III, 16 pr. — DIGESTE, XLV, 2, 41 § 1 et 2 ; Cod. IV, 2, 5, 9, 12. — NOVELL, 99, c. 1, (cf. WINDSCHEID, § 297 note 2). — 420 all. — 1202 fr.

ART. 182

*Morched-el-Hairan*, 169, 170.  
*Medjella*, 1094, 1095.

ART. 182

Cependant, lorsque plusieurs personnes stipulent conjointement et par le même acte une prestation, même divisible, elles sont censées avoir stipulé solidairement, si le contraire n'est exprimé ou ne résulte de la nature de l'affaire.

ART. 183

HANAÛI SUR IBN NADJIM, I, 245.

ART. 183

L'obligation est solidaire entre les créanciers lorsque chacun d'eux a le droit de toucher le total de la créance et le débiteur n'est tenu de payer qu'une seule fois à l'un d'eux. L'obligation peut être solidaire entre les créanciers, encore que la créance de l'un soit différente de celle de l'autre, en ce qu'elle est conditionnelle ou à terme, tandis que la créance de l'autre est pure et simple.

DIGESTE, XLV, 2, 2; XLVI, 2, 31 § 1; II, 14, 9 pr; XLV, 2, 3 § 1. — Institut. III, 16 pr. § 1. — cf. 1185 it. — 1197, 1198, 1224 fr. — 428 all.

ART. 184

① *Haneftiles* : la compensation opérée entre le créancier et l'un des créanciers peut être opposée aux autres lorsque la cause en est postérieure à celle : (*Morched-el-Hairan*, 167; FETAOUA HEN-  
II, 289.)  
Elle est également opposable aux autres lorsque elle a une cause antérieure : (*Morched-el-Hairan*, 184), mais dans le premier cas, le créancier n'a son recours contre le co-crédancier à concurrence de sa part dans la créance qui est éteinte par la compensation : *Morched-el-Hairan*, 177, *Eddor-el-Mokhtar*, VII, 241; *Radd-el-Mechad* loc.  
② *Medjella*, 1100, 1102; *Eddor-el-Mokhtar*, 238, 240.

ART. 184

L'obligation solidaire s'éteint à l'égard de tous les créanciers par le paiement, ou la dation en paiement, la consignation de la chose due, la compensation, la novation, opérés à l'égard de l'un des créanciers. (1)

Le débiteur qui paie au créancier solidaire la part de celui-ci est libéré, jusqu'à concurrence de cette part, vis-à-vis des autres (2).

DIGESTE, XLV, 2, 3 § 1, 10; XLV, 3, 33 § 1; XLVI, 2, 31 § 1. — Institut. III, 16 § 1. — cf. 429 all. — WINDSCHEID, § 295. — AUBRY et RAU, § 298 bis et note 7.

ART. 185

① *Medjella*, 1110; *Morched-el-Hairan*, 179; HANAÛI, sur IBN NADJIM, II, 212 note 2. *Eddor-el-Mokhtar*, IV, 662. FETAOUA-HENDIA, II, 289. LAKANI, VIII, 26 (prix du sang).  
② Si l'un des créanciers conjoints est héritier du débiteur, et qu'à sa mort celui-ci ne laisse pas des biens suffisants pour payer intégralement sa dette, aucun des autres créanciers ne pourra exiger plus que la quote part qui lui revient dans la succession : *Morched-el-Hairan*,

ART. 185

La remise de la dette consentie par l'un des créanciers solidaires ne peut être opposée aux autres; elle ne libère le débiteur que pour la part de ce créancier (1).

La confusion qui s'opère dans la personne de l'un des créanciers solidaires et du débiteur n'éteint l'obligation qu'à l'égard de ce créancier (2).

cf. 1185 ital. — 1198 fr. — AUBRY et RAU, § 298 bis, § 445 et note 25. — LAURENT, XVII, 258 et 270.

ART. 186

(1) cf. *Amalyat*, 505, 506.

(2) IBN NADJIM, I, 344; HAMAQUI SUR IBN NADJIM, I, 360 note 5.

*Tohfat* d'IBN ACEM, 1448 et note 1336.

ART. 186

N'ont aucun effet en faveur des autres créanciers ni contre eux :

1<sup>o</sup> le serment déféré par l'un des créanciers solidaires au débiteur<sup>(1)</sup> ;

2<sup>o</sup> la chose jugée entre le débiteur et l'un des créanciers solidaires<sup>(2)</sup> ;

le tout si le contraire ne résulte des conventions des parties ou de la nature de l'affaire.

LAURENT, XVII, n. 271; XX, n. 121.

ART. 187

La prescription accomplie contre un créancier solidaire ne peut être opposée aux autres.

La faute ou la demeure d'un créancier solidaire ne nuit pas aux autres.

cf. 429 all. — WINDSCHEID § 295 n. 10. — ARNDTS § 277 n. 2.

ART. 188

Les actes qui interrompent la prescription au profit de l'un des créanciers solidaires profitent aux autres.

Code VIII, 40, 5. — cf. 1199 fr. — 2131 ital.

ART. 189

cf. KHALIL, IV, 108, 109.

*Eddor-el-Mokhtar*, IV, 662, 663; VII, 238 et les articles 1679, 1680 de ce projet.

ART. 189

La transaction intervenue entre l'un des créanciers et le débiteur profite aux autres, lorsqu'elle contient la reconnaissance du droit ou de la créance ; elle ne peut leur être opposée, lorsqu'elle contient la remise de la dette ou lorsqu'elle aggrave la position des autres créanciers, à moins qu'ils n'y aient accédé.

ART. 190

*NADIM*, II, 26.  
*Morched-el-Hairan*, 187, 188. (Ainsi le délai accordé par l'un des héritiers créanciers solidaires pour engager les autres; au contraire, lorsque le délai est passé par l'un des associés qui a pu représenter la société, ou par un associé, le délai par lui accordé au débiteur peut opposé aux autres.)

ART. 191

*Edder-el-Mokhtar*, IV, 662, 663; *Medjella*, 1101, 1104; *IBN NADIM*, I, 244; II, 212; *Morched-el-Hairan*, 173, *ibid.* 178 (dation en paiement); *ibid.* 183 (transaction).  
*Medjella*, 1109; *Morched-el-Hairan*, 181; *FETAOUA HENDIA*, II, 290.

ART. 192

*Morched-el-Hairan*, 175; *FETAOUA HENDIA*, II, 288; *Medjella*, 1106; *FETAOUA HENDIA*, II, 288; *Morched-el-Hairan*, 176.

ART. 190

Le délai accordé au débiteur par l'un des créanciers solidaires ne peut être opposé aux autres, si le contraire ne résulte de la nature de l'affaire ou des conventions des parties.

ART. 191

Dans les rapports des créanciers entr'eux, l'obligation solidaire se divise de plein droit, si le contraire ne résulte de la convention des parties ou de la nature de l'affaire.

Ce que chacun des créanciers reçoit, soit à titre de paiement, soit à titre de transaction, devient commun entre lui et les autres créanciers, lesquels y concourent pour leur part <sup>(1)</sup>. Si l'un des créanciers se fait donner une caution ou une délégation pour sa part, les autres créanciers ont le droit de participer aux paiements faits par la caution ou par le débiteur délégué. <sup>(2)</sup>

Question controversée en Droit romain (WINDSCHEID, § 294 n. 2.) — cf. 1197, 1190 comb. — 1198 all. 2. — 1365 fr. — 420 all. — AUDRY et RAU, § 298 bis. — DEMOLOMBE, XXVII, n. 155.

ART. 192

Le créancier solidaire qui, après avoir reçu sa part, ne peut la représenter pour une cause imputable à sa faute, est tenu envers les autres créanciers jusqu'à concurrence de leur part et portion. <sup>(1)</sup>

Il ne répond pas de la perte, si elle est arrivée par cas fortuit ou force majeure non imputables à sa faute; mais dans ce cas, il est réputé avoir reçu sa part, et ne peut concourir avec les autres sur les paiements ultérieurs effectués par le débiteur. <sup>(2)</sup>

§ II. — *De la solidarité entre les débiteurs*

ART. 193

Louage : (*Medjella*, 432); vente (*ibid.* 443.)  
ZARKANI, VIII, 153; *ibid.* 448 : (solidarité entre plusieurs propriétaires d'un animal qui a produit des dégâts.)

ART. 193

La solidarité entre les débiteurs ne se présume point; elle doit résulter expressément du titre constitutif de l'obligation, de la loi, ou être la conséquence nécessaire de la nature de l'affaire.

Cependant, lorsque plusieurs personnes s'obligent conjointement et par le même acte à faire une prestation même divisible, elles sont censées avoir voulu s'obliger solidairement, sauf déclaration contraire et les exceptions exprimées par la loi.

DIGESTE, IX, 1 § 14; IX, 4, 8; XL, 1, 7, 8, 20 pr.; XV, 1, 44 § 9, 27 § 8; II, 10, 1 § 4. — *cf.* 1202, 1784 fr. — 424 all. — AUBRY et RAU, § 298<sup>ter</sup> note 12 et 14. — WINDSCHEID, § 297, 298. — LAURENT, XVII, n. 284. — *cf.* Cassation, 21 mai 1890 (S. 91, 1, 81.)

ART. 194

La solidarité est également de droit dans les obligations contractées par des commerçants, ou pour une affaire de commerce, si le contraire n'est exprimé par le titre constitutif de l'obligation ou par la loi.

DIGESTE, II, 14, 27 pr.; 44 § 1; 31 § 10. — 118, 140, 187 c. com. fr. — *cf.* 406 c. com. it. — 280 c. com. all.

ART. 195

*Medjella*, 635, 644, 645, 646; *Morched-el-Hairan*, 190, 191; ZARKANI, VIII, 153.

ART. 195

Il y a solidarité entre les débiteurs lorsque chacun d'eux est personnellement tenu de la totalité de la dette, et le créancier peut contraindre chacun des débiteurs à l'accomplir en totalité ou en partie, mais n'a droit à cet accomplissement qu'une seule fois.

Instit. III, 16 § 1. — DIGESTE, XLVI, 2, 31 § 1; XXXII, 25 pr.; XXX, 8 § 1; XLVI, 2, 31 § 1, 2. — *cf.* 1186 it. — 1200, 1221, 1222 fr. — 424 all.

ART. 196

*Majella*, 623, 624, 625, 635, 636, 653, 654.

ART. 196

L'obligation peut être solidaire, encore que l'un des débiteurs soit obligé d'une manière différente des autres, par exemple, si l'un n'est obligé que conditionnellement ou à terme, tandis que l'obligation de l'autre est pure et simple. L'incapacité de l'un des débiteurs ne vicie point l'engagement contracté par les autres.

DIGESTE, XLV, 2, 7, 9 § 15. — Instit. III, 16 § 2. — *cf.* 1201 fr.

ART. 197

Chacun des débiteurs solidaires peut opposer les exceptions qui lui sont personnelles, et celles qui sont communes à tous les co-débiteurs. Il ne peut opposer les exceptions qui sont purement personnelles à un ou plusieurs de ses co-débiteurs.

DIGESTE, IV, 4, 48 pr. ; II, 14, 25 § 1 ; XLV, 2, 10, 19 ; XLIV, 1, 7 pr. § 1. — *cf.* 1193 it. — 1208 fr.

ART. 198

*Majella*, 659.

*NADIM*, I, 333 : (cautionnement).

*Mehel-el-Hairan*, 190.

ART. 198

Le paiement, la dation en paiement, la consignation de la chose due, opérée par l'un des débiteurs, libère tous les autres co-obligés. La compensation opérée entre l'un des débiteurs et le créancier a le même effet.

DIGESTE, XLV, 2, 3 § 1. — Instit., III, 16 § 1. — DIGESTE, IV, 2, 14 § 15 ; XLV, 3, 1 § 43. — 1200, 1294 fr. — 1294 it. — 421, 422 all. — *Secus* : 1134 égypt. indig.

ART. 199

La demeure du créancier à l'égard de l'un des co-obligés produit ses effets en faveur des autres.

424 all.

ART. 200

(1) *Medjella*, 669; *Morched-el-Hairan*, 874 :  
(cautionnement).

ART. 200

La novation opérée entre le créancier et l'un des obligés libère les autres<sup>(1)</sup>, à moins que ceux-ci n'aient consenti à accéder à la nouvelle obligation. Cependant, lorsque le créancier a stipulé l'accession des autres obligés et que ceux-ci refusent de la donner, l'obligation antérieure n'est pas éteinte.

DIGESTE, XVI, 1, 20; XLVI, 2, 31 § 1. — Cod. VIII, 41, 4. —  
DIGESTE, XLVI, 1, 60. — cf. 1281 fr. — 1277 it.

ART. 201

La remise de la dette faite à l'un des débiteurs solidaires profite à tous les autres, à moins que le créancier n'ait expressément déclaré ne vouloir faire remise qu'au débiteur et pour sa part: dans ce cas, les autres co-débiteurs n'ont de recours contre celui à qui la remise a été faite que pour sa contribution à la part des insolubles.

DIGESTE, XLVI, 2, 31 § 1; II 14, 21 § 5, 24, 25 pr. § 1; XXXIV, 3, 3 § 3. XLVI, 4, 16. — cf. 1185, 1279, 1281 it. — 423 all. — 1285 fr. — *Secus* : 114 égypt. indig.

ART. 202

Le créancier qui consent à la division de la dette en faveur de l'un des débiteurs, conserve son action contre les autres pour le total de la dette, s'il n'y a clause contraire.

cf. 1195 it. — 423 all. — 1210 fr.

ART. 203

La transaction faite entre le créancier et l'un des obligés profite aux autres, lorsqu'elle contient la remise de la dette ou un autre mode de libération. Elle ne peut les obliger ou aggraver leur condition s'ils ne consentent à y accéder.

cf. DIGESTE, XLVI, 1, 68 § 2; II, 15, 7 § 1; VIII, 5, 4 § 3; XII, 2, 42 § 3, 28; IV, 9, 6 § 4. — AUBRY et RAU § 421, n. 1-6.

ART. 204

*Morched-el-Hairan, 248, 249.  
d. Medjella, 668.*

ART. 204

La confusion qui s'opère dans la personne du créancier et de l'un des co-débiteurs n'éteint l'obligation que pour la part de ce débiteur.

DIGESTE, XLVI, 1, 71 pr. — cf. 1194 it. — 1209, 1301 fr. — WINDSCHEID, § 295, note 9. — ARNDTS, § 273, note 3. — AUBRY et RAU, § 297.

ART. 205

Les poursuites exercées par le créancier contre l'un des débiteurs solidaires ne s'étendent pas aux autres débiteurs, et n'empêchent pas le créancier d'en exercer de pareilles contre eux.

La suspension et l'interruption de la prescription à l'égard de l'un des débiteurs solidaires ne suspend ni n'interrompt la prescription à l'égard des autres. La prescription de la dette accomplie par l'un des débiteurs ne profite pas aux autres.

DIGESTE, IX, 3, 1 § 10, 2, 4; XVI, 3, 1 § 43; XXVI, 7, 18 § 1. — cf. 1199, 1204, 1206, 1207 et 2249 fr. — 1190, 2130 it. — 425 all. — 916 Com. it. — AUBRY et RAU § 298<sup>ter</sup>. — LYON-CAEN et RE-NAULT, Précis., I, n. 1174. — *Secus* : Cassation, 19 mai 1884 (D. P. 84, 1, 286.)

ART. 206

La faute ou la demeure de l'un des débiteurs solidaires ne nuit pas aux autres; la déchéance du terme encourue par l'un des débiteurs dans le cas prévu en l'art. 167 ne produit ses effets que contre lui; la chose jugée ne produit ses effets qu'en faveur du débiteur qui a été partie au procès et contre lui, le tout si le contraire ne résulte du titre constitutif de l'obligation ou de la nature de l'affaire.

DIGESTE, XXII, 1, 32 § 4, 5; IV, 3, 19, (mais, cf. DIGESTE, XLV 2, 18.) — cf. 1205 fr. — 1191 it. — 425 all. — AUBRY et RAU, § 303, note 18. — WINDSCHEID, § 295, note 10 et 13. — ARNDTS, § 277, note 2. — LAURENT, XVII, 120, 214, 311.

ART. 207

KHALIL, IV, 145.  
*Amalyat*, 224, 225.  
HAMAOUÏ SUR IBN NADJIM, I, 435 note 9.

ART. 208

cf. KHALIL, IV, 145, 146, 149, 153.  
HAMAOUÏ SUR IBN NADJIM, I, 336 note 9; *Morched-el-Hairan*, 194; ZARKANI, VII, 153.

ART. 207

Les rapports entre co-débiteurs solidaires sont régis par les règles du mandat et du cautionnement.

cf. NOVELL, XCIX, cap. 1. — et 873, 875, 876, 1213 à 1216, 1221, 1225 fr.

ART. 208

L'obligation contractée solidairement envers le créancier se divise de plein droit entre les débiteurs.

Le co-débiteur d'une dette solidaire qui l'a payée ou compensée en entier ne peut répéter contre les autres que les parts et portions de chacun d'eux.

Si l'un d'eux se trouve insolvable, sa part se répartit par contribution entre tous les autres débiteurs.

Le tout, à moins de stipulation contraire.

NOVELL, XCIX, cap. 1. — DIGESTE, XLVI, 1, 26, 28; XXVII, 3, 1 § 13-14. — Cod. V, 58, 2. — DIGESTE, L. 8, 2 § 8-9; IX, 3-4. — Cod. IV, 48, 3. — cf. 1213-14 fr. — 1198-1199 it. — 115 egypt. indigène. — LAURENT, II, 622; XVII, n. 356.

ART. 209

Le co-obligé solidaire qui a acquitté plus que sa portion virile est subrogé, pour le surplus, aux droits et actions du créancier contre les autres co-obligés; mais cette subrogation ne peut s'opérer au préjudice des droits du créancier.

c. Cod. IV, 65, 13. — DIGESTE, XXVII, 3, 1 § 13, 14, 18. — Cod. V, 51, 6; V, 52, 2; V. 58, 2. — 426 all.

ART. 210

Toutes les fois qu'on exécute l'obligation d'une personne, on a recours contre celui dont on exécute l'obligation » : TALOUDI, I, 192; TASOULI, etc.; *Amalyat*, 278-279.

ART. 210

Si l'affaire pour laquelle l'obligation solidaire a été contractée ne concerne que l'un des co-obligés solidaires, celui-ci est tenu de toute la dette vis-à-vis des autres co-débiteurs; ces derniers ne sont considérés, par rapport à lui, que comme ses cautions.

cf. DIGESTE, IX, 3, 5 pr.; XXVI, 7, 3 § 2, 39 § 11; L, 1, 11-13; L, 8, 9 § 8 etc. — 1216 fr. — 1201 it. — Cassation, 29 octobre 1890 (D. P. 91, 1, 475.)

CHAPITRE V

Des obligations divisibles et indivisibles

§ I. — Des obligations indivisibles

ART. 211

NADIM, I, 145; HAMAOU, p. 319.  
l'obligation (*leiqaç*) est indivisible: HAMAOU  
NADIM, II, 115 note 4; cf. *ibid.* II, 217.

ART. 211

L'obligation est indivisible :

1<sup>o</sup> par la nature de la prestation qui en fait l'objet, lorsqu'elle consiste en une chose ou un fait qui n'est pas susceptible de division soit matérielle, soit intellectuelle<sup>(1)</sup>;

2<sup>o</sup> en vertu du titre qui constitue l'obligation ou de la loi, lorsqu'il résulte de ce titre ou de la loi que l'exécution ne peut en être partielle.

DIGESTE, XXXV, 2, 80, 1. — cf. XLV, 1, 72, 85 § 2, 3; X, 2, 25 § 9, 12; VIII, 1, 17; XLV, 1, 4 § 1, 72 pr. — cf. 1202 it. — 1217, 1218 fr.

ART. 212

Lorsque plusieurs personnes doivent une obligation indivisible, chacune d'elles est tenue pour le total de la dette. Il en est de même des héritiers de celui qui a contracté une pareille obligation.

DIGESTE, XLV, 1, 2 § 1-2, 85 pr. § 2; VIII, 1, 17; VIII, 3, 19; L, 17, 192 pr. etc. — 1222 fr. — 431 all.

ART. 213

(1) *Sécus* : les *hanéfites* :  
IBN NADJIM, I, 246 et HAMAOUÏ, *ad loc.* (Chacun des créanciers d'une obligation indivisible a le droit de l'exiger tout entière.)

ART. 213

Lorsque plusieurs personnes ont droit à une obligation indivisible, sans qu'il y ait entre elles solidarité, le débiteur ne peut payer qu'à tous les créanciers conjointement et chaque créancier ne peut demander l'exécution qu'au nom de tous<sup>(1)</sup>.

Cependant, chaque créancier conjoint peut exiger, pour le compte commun, la consignation de la chose due, ou bien sa remise à un séquestre, lorsqu'elle n'est pas susceptible de consignation.

cf. 432 all. — 1224 fr. — 1207 it. — AUBRY et RAU, § 301, 2<sup>o</sup>.

ART. 214

cf. *Medjella*, 1642.  
HAMAOUÏ SUR IBN NADJIM, I, 399 note 10.

ART. 214

L'héritier ou le débiteur conjoint, assigné pour la totalité de l'obligation, peut demander un délai pour mettre en cause les autres co-débiteurs, à l'effet d'empêcher qu'une condamnation au total de la dette ne soit prononcée contre lui seul. Cependant, lorsque la dette est de nature à ne pouvoir être acquittée que par le débiteur assigné, celui-ci peut être condamné seul, sauf son recours contre ses co-héritiers ou co-obligés pour leur part, d'après les art. 208-209 ci-dessus.

DIGESTE, X, 2, 25 § 10, 44 § 8; XXXI, 49 § 4; XLV, 1, 2 § 2. — 1225 fr. — AUBRY et RAU, § 301, 2<sup>o</sup>.

ART. 215

L'interruption de la prescription opérée par l'un des créanciers d'une obligation indivisible profite aux autres ; l'interruption opérée contre l'un des débiteurs produit ses effets contre les autres.

cf. 2249 fr. — 709, 710 ibid. — AUBRY et RAU, § 301, 2<sup>o</sup> et note 21.

§ II. — *Des obligations divisibles*

ART. 216

ZARKANI, v, 120.

BENNANI, v, 120.

ART. 216

L'obligation qui est susceptible de division doit être exécutée, entre le créancier et le débiteur, comme si elle était indivisible<sup>(1)</sup>.

La divisibilité n'a d'application qu'à l'égard de plusieurs co-obligés ou des héritiers, qui ne peuvent demander la dette, ou qui ne sont tenus de la payer que pour les parts dont ils sont saisis, ou dont ils sont tenus comme représentant le créancier ou le débiteur<sup>(2)</sup>.

DIGESTE, XLV, 1, 2 § 1, 85 pr. — Cod., III, 36, 6. — Cod. loi un. VIII, 32. — 870, 1220 fr. — 1204 it. — Alger, 21 décembre 1892 (Journ. 93, 236.)

ART. 217

(1) *Medjella*, 1642.

(2) ZARKANI, v, 120 (c'est le cas de vente avec faculté d'option en faveur de l'acheteur : « de même que l'acheteur ne pouvait prendre une partie de la chose, et laisser le reste, de même aussi ses héritiers ne peuvent diviser l'opération au préjudice du vendeur » (en d'autres termes, ils sont tenus d'accepter ou de rendre la chose par entier.)

ART. 217

La divisibilité entre les co-débiteurs d'une dette divisible n'est pas admise :

1<sup>o</sup> lorsque la dette a pour objet la délivrance d'une chose déterminée par son individualité, qui se trouve entre les mains de l'un des débiteurs<sup>(1)</sup>;

2<sup>o</sup> lorsque l'un des débiteurs est chargé seul, par le titre constitutif, ou par un titre postérieur, de l'exécution de l'obligation ;

3<sup>o</sup> lorsqu'il résulte, soit de la nature de l'engagement, soit de la chose qui en fait l'objet, soit de la fin qu'il est destiné à remplir, qu'on n'a pas voulu que la dette pût s'acquitter partiellement<sup>(2)</sup>.

Dans les deux premiers cas, le débiteur qui possède la chose déterminée ou qui est chargé de l'exécution, et dans le troisième cas, chaque débiteur, peut être poursuivi pour le tout, sauf son recours contre ses co-débiteurs, dans le cas où le recours peut avoir lieu.

DIGESTE, XLV, 1, 2 § 2, 4 § 1, 85 § 4, 4; VI, 1, 55; XXXV, 2, 80 § 1. — 1221 fr. — 1205 it.

ART. 218

Dans les cas énumérés en l'article précédent, l'interruption de la prescription opérée contre le débiteur qui peut être poursuivi pour la totalité de la dette, produit ses effets contre les autres co-obligés.

TITRE IV

*Transport des obligations*

CHAPITRE PREMIER

Du transport en général

ART. 219

Le transport des droits et créances du créancier primitif à une autre personne peut avoir lieu, soit en vertu de la loi, soit en vertu d'une convention entre les parties ou d'une disposition de dernière volonté.

Cod. VI, 37, 18. — DIGESTE, X, 2, 3.

ART. 220

① ZARKANI, VIII, 151. (L'obligation à terme de *manchi* peut être cédée.)

② IBN SALMOUN, I, 234.

③ *Idhar-el-Mokhtar*, IV, 17; IBN NADJIM, I, 329.

ART. 220

Le transport peut avoir pour objet des droits ou créances dont le droit n'est pas échu<sup>(1)</sup>; il ne peut avoir pour objet des droits éventuels<sup>(2)</sup>.

cf. DIGESTE, XVII, 1, 43; XVIII, 4, 17. — Cod. VIII, 54, 3.

ART. 221

(1) CAUDEL, p. 7, 3.

(2) Ainsi les offices qu'un affranchi doit à son patron : *operai officiales*, BENNANI, VIII, 169; cf. DIGESTE, XXXVIII, 1, 9 § 1).

(3) ZARKANI, v, 83. (Transport à une personne puissante : cf. Cod. II, 14, 2; ou à un créancier du débiteur.)

ART. 221

La cession est nulle :

1° lorsque la créance ou le droit ne peut être cédé en vertu de son titre constitutif ou de la loi ; il n'est rien innové à cet égard, aux dispositions du décret du 23 sfar 1310 (16 septembre 1892) (1) ;

2° lorsqu'elle a pour objet des droits qui ont un caractère purement personnel (2) ;

3° lorsque la créance ne peut former objet de saisie ou d'opposition aux termes du Code de procédure ; cependant, lorsque la créance est susceptible d'être saisie à concurrence d'une partie ou valeur déterminée, la cession sera valable dans la même proportion ;

4° lorsque l'accomplissement de l'obligation au profit d'un autre que le créancier primitif aurait pour effet de modifier essentiellement l'obligation au préjudice du débiteur (3).

LAURENT, XVI, note 6. — WINDSCHEID, § 335 et notes 6, 7. — VIVANTE, II, 810, note 3. — cf. Loi franç. du 12 janv. 1895. — Com. ital. 257. — 727, 733 suisse. — 399, 400 all. — cf. 631, 634, 1293, 3e, 1598, 1717 fr. — 581 procéd. fr. — 1800 ital. — AUBRY et RAU, § 359. — GIORGI, VI, 84 et suiv. — LAURENT, XXIV, n. 467.

ART. 222

ZARKANI, v, 18.

TAOUDI, II, 47.

IBN FARHOUN, I, 144.

cf. Tribunal de l'Ouzara, 14 février 1897 (*Journal*, 97, 365.)

La question de la vente d'une chose litigieuse est controversée chez les *malékites* : IBN ACEM l'admet « car la vente ne change pas le fonds du droit et les preuves que le demandeur peut produire ». IBN SALMOUN, au contraire, la réprovoque « car cette vente est un contrat aléatoire, et peut avoir pour but de transférer la chose à un homme injuste contre lequel on ne peut obtenir justice » : (IBN FARHOUN, I, 144, lequel est de ce dernier avis.) La chose est litigieuse dès que l'action est engagée : IBN FARHOUN, l. c. ; cf. Cod. 8, 37, 2, 4 pr. ; NOVELL, 112 c. 1.

ART. 222

Est nul le transfert à titre gratuit ou onéreux d'un droit litigieux, à moins qu'il n'ait lieu avec l'assentiment du débiteur cédé.

Le droit est litigieux, au sens du présent article :

1° lorsqu'il y a litige sur le fonds même du droit ou de la créance au moment de la vente ou cession ;

2° lorsqu'il existe des circonstances de nature à faire prévoir des contestations judiciaires sérieuses sur le fonds même du droit.

Code II, 13, 15; VIII, 37, 4. — 43 Comm. ital. — 407 all. — WINDSCHEID, § 125, n. 1, § 325, n. 9. — VIVANTE, II, n. 813. — MERLIN, V° Droits litigieux. — Tunis, 15 novembre 1893 (*Journal* 94, 99).

ART. 223

Est nulle la cession à titre onéreux ou gratuit lorsqu'elle n'a d'autre but que de soustraire le débiteur à ses juges naturels, et de l'attirer devant une juridiction qui n'est pas la sienne, d'après la nationalité de la partie en cause.

Tunis, 17 décembre 1890 (*Journ.* 91, 20); 22 juin 1891; 26 octobre 1891 (*Journ.* 93, 254); 16 février 1891 (*Journ.* 93, 285); 18 janvier 1892 (*Journ.* 93, 286); 8 mai 1893 (*Journ.* 93, 299); 21 novembre 1892 (*Journ.* 93, 273); 15 novembre 1893 (*Journ.* 94, 99); 30 novembre 1893 (*Journ.* 94, 267); Sousse, 22 mars 1893 (*Journ.* 94, 329); Alger, 25 mai 1893 (*Journ.* 93, 357); Tunis, 25 mars 1895 (*Journ.* 95, 257); Tribunal de l'Ouzara, 14 février 1897 (*Journ.* 97, 365, et la note de M. BERGE (*Journ.* 97, 410, note 1); Tunis, 17 mai 1897 (*Journ.* 97, 409).

ART. 224

Le Code tunisien de 1861, article 539, admet le transfert des créances par simple cession ou endossement écrit sur le titre. Sur la cession d'une vente au même prix : IBN ACEM, *Tohfat*, vers 1010; cf. KHALIL, III, 381. Formule de cession de créance : IBN SALMOUN, I, 266.

Les *hanéfites* n'admettent pas la cession pure et simple d'une créance : ils ne l'admettent que sous la forme de cession d'action, d'un mandat donné par le créancier primitif au cessionnaire ; à défaut de mandat, la cession ne peut prendre que la forme d'une novation et elle exige la présence du débiteur cédé : IBN NADJIM, II, p. 41 et HAMAOUÏ, note 4. Voir aussi II, 213. (C'est le point de vue romain ; Cod. VIII, 42, 3; cf. IV, 15, l. ult. ; GAI, II, 38. Cependant un système exposé dans le *Kanîat*, admet comme valable le paiement d'une dette, à condition d'être subrogé aux droits du créancier : *ibid.* p. 41 note 7.

L'*Ecole hanéfite* admet aussi la déclaration du créancier qu'il n'est qu'un prête nom et que la dette appartient à une autre personne ; la créance appartient dans ce cas à ce dernier, sans besoin de cession d'action : (IBN NADJIM, II, 41 et note 9 ; cf. p. 49.) ABOU YOUSOUF considère la délégation comme le *transfert* de l'*obligation* : (*ibid.* 44). Le bénéficiaire d'une fondation pieuse peut renoncer à son droit en faveur d'une autre personne : *ibid.* II, 162 et 163. On admet la vente de la créance dérivant d'un prêt : *ibid.* II, 206 et note 6 ; la cession pure et simple à titre de libéralité ou autrement : *ibid.* II, 213 note 4, et cette cession est « un transfert du droit » : *ibid.* 213. Ainsi l'*Ecole hanéfite* arrive, par différentes voies, à dépasser la conception du mandat ou de la cession d'action, et à admettre la transmission directe de l'obligation.

ART. 225

La théorie *malékite* exige la présence du débiteur : ZARKANI, V, 83 ; mais IBN ACEM, ASBAGH et d'autres admettent la cession sans l'intervention du débiteur : TAOUÏ, II, 47 ; TASOULI, II, 47 ; le Code tunisien de 1861, article 539, n'exige pas non plus l'intervention du débiteur.

Les *hanéfites* distinguent : la cession à titre gratuit est permise même sans la présence du débiteur : (HAMAOUÏ, II, 213, note 6) ; la cession ou vente à titre onéreux n'est permise que si le débiteur intervient, et elle est considérée comme une vente faite par ce dernier : IBN NADJIM, II, 213.

La formule de cession : (IBN SALMOUN, I, 266) suppose la présence du débiteur.

ART. 224

La cession contractuelle d'une créance, d'un droit ou d'une action est parfaite, et le cessionnaire est substitué de droit au cédant, à partir du moment où les parties sont convenues de la créance ou du droit qui est l'objet de la cession et des autres clauses du contrat.

Cod. VIII, 54, 33. — cf. 1538 it. — 714, 1138, 1689 fr. — AUBRY et RAU, § 359, 3<sup>e</sup>.

ART. 225

Le cessionnaire n'est saisi à l'égard du débiteur et des tiers que par la signification du transport faite au débiteur, ou par l'acceptation du transport faite par ce dernier dans un acte ayant date certaine, sauf le cas prévu aux art. 240 et 242.

Cod. VIII, 42, 3 ; VIII, 17, 4. — 1690 fr. — 1539 it. — VIVANTE, II, n. 812. — AUBRY et RAU, § 359<sup>bis</sup>. — WINDSCHEID, § 331.

ART. 226

La cession des baux ou loyers d'immeubles ou autres objets susceptibles d'hypothèque, ou des rentes périodiques constituées sur ces objets, n'a d'effet à l'égard des tiers que si elle est transcrite en la forme établie en l'art. et suivants, lorsqu'elle est faite pour une période excédant une année.

ART. 227

Entre deux parties qui sont également de bonne foi, celle qui la première a été mise en possession de la chose par le propriétaire doit être préférée : KHALIL, IV, 255.)

ART. 227

Entre deux cessionnaires de la même créance, celui qui a le premier notifié la cession au débiteur cédé doit être préféré, encore que sa cession soit postérieure en date<sup>(1)</sup>.

cf. DEMOLOMBE, XXIV, n. 486. — LAURENT, XVI, n. 369.

ART. 228

Si, avant que le cédant ou le cessionnaire eût signifié le transport au débiteur, celui-ci avait payé le cédant, ou avait autrement éteint la dette, d'accord avec ce dernier, il serait valablement libéré, s'il n'y a dol ou faute lourde de sa part.

Cod. VII, 42, 3; IV, 35, 3; VIII, 17, 4. — DIGESTE, 46, 3, 12 § 2. — cf. 1691 fr. — 1540 it. — AUBRY et RAU, § 359<sup>bis</sup> et note 12, § 395 et note 40. — GIORGI, VI n° 130. — WINDSCHEID, § 331 note 9, (la signification doit être faite par le cessionnaire.)

ART. 229

semble dans IBN SALMOUN, I, 266.

ART. 229

Le cédant doit remettre au cessionnaire un titre établissant la cession, et lui fournir, avec le titre de créance, les moyens de preuve et les renseignements dont il dispose et qui sont nécessaires pour l'exercice des droits cédés. Il est tenu, si le cessionnaire le requiert, de fournir à ce dernier un titre authentique établissant la cession ; les frais de ce titre seront à la charge du cessionnaire, qui devra en faire l'avance.

191 suisse. — 402 all.

ART. 230

(1) *Contrà l'Ecole malékite* : ZARKANI, v, 83 ; TAOUZI, II, 38 ; TASOULI, II, 48. (Il faut une stipulation expresse).

(2) IBN NADJIM, I, 154.

(3) *Medjella*, 48. (L'accessoire suit le principal.)

ART. 230

La cession d'une créance comprend les accessoires de la créance, tels que cautions, privilèges, gages, hypothèques et droit de rétention, à l'exception des privilèges personnels au cédant<sup>(1)</sup> ; elle comprend également les actions en nullité ou en rescision qui appartenaient au cédant<sup>(2)</sup> ; elle est présumée comprendre aussi les intérêts échus et non payés, sauf stipulation ou usage contraire.

La caution ou sûreté ne peut être cédée sans l'obligation<sup>(3)</sup>, mais celle-ci peut être cédée sans la sûreté ou cautionnement ; dans ce dernier cas, la sûreté ou cautionnement s'éteint.

DIGESTE, X, 3, 14 § 1 ; XVIII, 4, 6 pr., 23 pr. ; XXXII, 34 pr. ; XLII, 26, 7 ; L. 17, 196. — *cf.* 1692 fr. — 1541, 1886 it. — 190 suisse. — 1250 et 1153 all. — 304 Com. all. — 256, 457, 670 Com. it. — 136 Com. fr. — VIVANTE, II, n. 822. — SIREY, art. 1692, n° 12. — AUBRY et RAU, § 359<sup>bis</sup> et note 47.

ART. 231

(1) *Medjella*, 690. (Le créancier gagiste qui met une dette à la charge de son débiteur, n'a plus le droit de retenir le gage.)

ART. 231

Lorsque la créance est assurée par un gage, le cessionnaire a le droit d'en exiger la délivrance<sup>(1)</sup> et il est substitué, dès la livraison, à toutes les obligations de son cédant envers le débiteur, en ce qui concerne la garde et la conservation de la chose.

En cas d'inexécution de ces obligations, le cédant et le cessionnaire répondent solidairement envers le débiteur.

Cette règle n'a pas lieu lorsque la cession s'opère en vertu de la loi ou d'un jugement ; dans ce cas, le cessionnaire répond seul du gage envers le débiteur.

*cf.* 1251 all.

ART. 232

La vente ou cession d'une créance ou d'un droit comprend les charges ou obligations dont la créance ou le droit est grevé, s'il n'y a stipulation contraire.

ART. 233

① HAMAOUÏ sur IBN NADJIM, II, p. 82 note 4.

ART. 233

Celui qui cède à titre onéreux une créance ou autre droit incorporel doit garantir :

- 1<sup>o</sup> sa qualité de créancier ;
- 2<sup>o</sup> l'existence de la créance au temps de la cession ;
- 3<sup>o</sup> son droit d'en disposer ;

le tout, quoique la cession soit faite sans garantie.

Il garantit également l'existence des accessoires, tels que les privilèges et les hypothèques, qui étaient attachés à la créance ou au droit cédé au moment de la cession, à moins qu'ils n'aient été expressément exceptés.

Celui qui cède à titre gratuit ne garantit même pas l'existence de la créance ou du droit cédé <sup>(1)</sup>, mais il répond des suites de son dol ou de sa faute lourde.

DIGESTE, XVIII, 4, 4, 5 ; XXI, 2, 74 § 3 ; XXXIX, 5, 18 § 3. — cf. 1693 fr. — 1542 it. — 192 suisse. — 137 all. — AUDRY et RAU, § 359 b<sup>is</sup>, 6<sup>o</sup>, § 705. — TROPLONG, II, 933.

ART. 234

Le cédant ne garantit la solvabilité du débiteur que lorsqu'il a cédé une créance contre un débiteur qui n'était déjà plus solvable au moment de la cession. Cette garantie comprend le prix qu'il a touché pour la cession et les frais de poursuites que le cessionnaire a dû faire contre le débiteur, sans préjudice de plus amples dommages, si le cas y échet.

1630, 1694 fr. — 1543 it. — 194 suisse. — Tunis, 13 décembre 1890 (*Journal*, 95, 450.)

ART. 235

Le créancier qui s'est engagé à garantir la solvabilité du débiteur cesse d'être tenu de cette garantie :

1<sup>o</sup> si le défaut de paiement provient soit du fait, soit de la négligence du cessionnaire ;

2<sup>o</sup> si le cessionnaire a accordé au débiteur une prorogation de terme, à moins qu'il ne soit établi que le débiteur n'était déjà plus solvable au moment où la créance est devenue exigible.

Cette garantie est régie, au demeurant, par les dispositions des articles 733 à 739.

Doctrine française, SIREY, sur l'article 1695, nos 4, 7.

ART. 236

Lorsque le cédant a garanti la solvabilité du débiteur, et que rien n'a été stipulé quant à la durée de cette garantie, elle est censée donnée pour un an à partir de la cession de la créance, si celle-ci était déjà échue.

Si la créance n'était pas encore échue, l'année sera calculée à compter de l'échéance.

1544 it. — cf. 1695 fr.

ART. 237

En cas de cession partielle d'une créance, le cédant et le cessionnaire concourent également au marc le franc de leurs parts dans l'exercice des actions résultant de la créance cédée. Le cessionnaire a toutefois le droit de priorité :

1<sup>o</sup> lorsqu'il l'a stipulé expressément ;

2<sup>o</sup> lorsque le cédant a garanti la solvabilité du débiteur cédé, ou s'est engagé à payer à défaut de ce dernier.

AUBRY et RAU, § 359<sup>bis</sup>, 7<sup>o</sup> et note 80.

ART. 238

Application de ce principe en matière de délégation : *Morched-el-Hairan*, 896; *Radd-el-Meh-*  
410.

ART. 238

Le débiteur peut opposer au cessionnaire toutes les exceptions tant personnelles que réelles qu'il aurait pu opposer au cédant, si elles étaient déjà fondées au moment de la cession ou de la signification.

Il ne peut opposer l'exception de simulation, ni les contre-lettres et traités secrets échangés entre lui et le cédant, lorsque ces conventions ne résultent pas du titre constitutif de l'obligation, et que le cessionnaire n'en a pas obtenu connaissance.

DIGESTE, XLIV, 1, 7 § 1. *cf. ib.* 7 pr. — 1321 fr. — 404, 405 all. — 189 suisse. — AUBRY et RAU, § 359, note 26, 359bis et notes 30, 50, 51. — WINDSCHEID, § 332, note 2; *cf.* § 334, note 3. — Cassation, 4 février 1889 (D. P. 90, 1, 121). — DALLOZ, Oblig. § 3201, 3204; Vente, 1831, 2<sup>e</sup>. — Tunis, 30 novembre 1893 (*Journ.* 93, 262.)

ART. 239

Le transfert des lettres de change, des titres à l'ordre et au porteur est régi par les dispositions du titre XIII de la présente loi.

§ I. — *Du transfert d'un ensemble de droits ou d'un patrimoine*

ART. 240

La vente d'une hérédité insolvable  
point d'effet: Le Cadhi, seul, peut la vendre  
les créanciers : IBN NADJIM, II, 205.

ART. 240

Celui qui cède une hérédité sans en spécifier en détail les objets, n'est tenu de garantir que sa qualité d'héritier.

Par l'effet de cette cession, les droits et obligations dépendant de l'hérédité passent de plein droit au cessionnaire.

Cod. IV, 39, 5. — DIGESTE, VIII, 4, 9; XVIII, 4, 2 § 18. — DIGESTE, XVIII, 4, 2 pr. 7, 9; 1, 3, 14 § 1. — WINDSCHEID, § 621 n. 8. — AUBRY et RAU, § 350bis.

ART. 241

Si le cédant a déjà profité des fruits de quelque fonds, reçu le montant de quelque créance appartenant à cette hérédité, ou aliéné à titre onéreux ou gratuit quelques effets de la succession, il est tenu de les rembourser au cessionnaire, à moins qu'il ne les ait expressément réservés lors de la vente.

Le cessionnaire doit, de son côté, rembourser au cédant ce que celui-ci a payé pour les dettes et charges de la succession, l'affranchir de toutes les obligations qu'il a assumées de ce chef, et lui faire raison de tout ce dont il était créancier, s'il n'y a stipulation contraire.

DIGESTE, XVIII, 4, 23 § 1 ; 14 § 1, 25, 24, 2 § 5, 7. — Cod. IV, 39, 4. — DIGESTE, XVIII, 4, 2 § 9, 2 § 20; VIII, 4, 9. — 1698 fr. — 1545 it. — AUBRY et RAU, § 359 bis. — WINDSCHEID, § 621.

ART. 242

Le cessionnaire d'un fonds de commerce qui continue à l'exploiter sous le même nom ou la même raison commerciale, est tenu de plein droit de toutes les obligations de son cédant, et dérivant de l'exploitation du fonds cédé; les créances faisant partie du fonds cédé profitent également de plein droit à l'acquéreur; l'inscription au registre du commerce, aux termes de l'article et la publicité usitée dans le commerce tiennent lieu, vis-à-vis des tiers, de la signification prescrite à l'article 225.

Toute convention contraire n'a d'effet, vis-à-vis des tiers, que si elle a été inscrite, en même temps que la cession, au registre du commerce, ou personnellement notifiée aux tiers par le cessionnaire ou par le cédant.

cf. DIGESTE, II, 15, 17 et II 14, 16 pr. — 25 C. com. all. — 419 C. c. all. — WINDSCHEID, § 331 note 12. — LAURENT, XXIV note 475. — cf. LYON-CAEN et RENAULT, III, n. 245<sup>ter</sup>, 251. — AUBRY et RAU, II, § 236 note 5. — BEHREND, § 37 et app. III. — VIVANTE, I, n. 241, 243 et aut. cités, note 20; II, nos 681 et 812. — Cassation, 17 février 1879 (D. P. 80, 1, 346); 17 novembre 1886 (S. 88, 1, 378.)

ART. 243

Lorsque le cessionnaire ne continue pas la raison de commerce sous le même nom, il ne répond des obligations antérieures à la cession que dans les cas suivants :

1<sup>o</sup> lorsqu'il a notifié, dans les formes usitées dans le commerce, qu'il assumait les obligations antérieures ;

2<sup>o</sup> ou bien lorsque le fonds de commerce fait partie d'un patrimoine ou d'une hérédité, et a été transmis avec eux au cessionnaire, aux termes de l'art. 240.

25 comm. all.

ART. 244

Dans tous les cas de cession d'un fonds de commerce, d'une hérédité ou d'un patrimoine, les créanciers du fonds de commerce, de l'hérédité ou du patrimoine cédé peuvent, à partir de la cession, exercer leurs actions telles que de droit contre le précédent débiteur et contre le cessionnaire conjointement, à moins qu'ils n'aient consenti formellement à la cession.

L'acquéreur ne répond toutefois qu'à concurrence des forces du patrimoine à lui cédé et dans la mesure des droits qui lui ont été conférés par la cession. Cette responsabilité du cessionnaire ne peut être restreinte ni écartée par des conventions passées entre lui et le précédent débiteur.

cf. Cod. IV, 39, 2; II, 3, 2, 25, 26; VIII, 54, 22. — 419 all. —  
*Contra* : VIVANTE, Dr. comm. II, note 881 et note 87.

## CHAPITRE II

### De la subrogation

#### ART. 245

La subrogation aux droits du créancier peut avoir lieu soit en vertu d'une convention, soit en vertu de la loi.

#### ART. 246

cf. TAUDI, II, 48; TASOULI, II, 48.

*Kanial* ap. HAMAOU, sur IBN NADJIM, II, p. 41 note 5 et p. 213. (Question controversée. *Séous*: IBN NADJIM, II, 41.)

#### ART. 246

La subrogation conventionnelle a lieu lorsque le créancier, recevant le paiement d'un tiers, le subroge aux droits, actions, privilèges ou hypothèques qu'il a contre le débiteur; cette subrogation doit être expresse et faite en même temps que le paiement.

DIGESTE, XX, 3, 3. — 1252 it.

#### ART. 247

cf. IBN NADJIM, II, 213 note 5.

#### ART. 247

La subrogation conventionnelle a lieu également lorsque le débiteur emprunte la chose ou la somme qui fait l'objet de l'obligation afin d'éteindre sa dette, et subroge le prêteur dans les garanties affectées au créancier. Cette subrogation s'opère sans le consentement du créancier, et au refus de celui-ci de recevoir le paiement, moyennant la consignation valablement faite par le débiteur.

Il faut, pour que cette subrogation soit valable :

1<sup>o</sup> que l'acte d'emprunt et la quittance soient constatés par acte ayant date certaine;

2<sup>o</sup> que dans l'acte d'emprunt il soit déclaré que la somme ou la chose a été empruntée pour faire le paiement, et que dans la quittance il soit déclaré que le paiement a été fait des deniers ou de la chose fournie à cet effet par le nouveau créancier; en cas de consignation, ces énonciations devront être portées sur la quittance délivrée par le receveur des consignations;

3<sup>o</sup> que le débiteur ait subrogé expressément le nouveau créancier dans les garanties affectées à l'ancienne créance.

Cod. VIII, 19, 1. — DIGESTE, XX, 3, 3; XX, 4, 12 § 8. — cf. XIII, 7, 2. — cf. 1252 it. — 1250 fr. — WINDSCHEID, § 233 bis.

ART. 248

KHALIL, IV, 133, 134, 144, 146. HINDAYA p. 132  
(traduction anglaise).

ART. 248

La subrogation a lieu, de droit, dans les cas suivants:

1<sup>o</sup> au profit du créancier soit hypothécaire ou gagiste, soit chirographaire, remboursant un autre créancier même postérieur en date, qui lui est préférable à raison de ses privilèges, de ses hypothèques ou de son gage ;

2<sup>o</sup> au profit de l'acquéreur d'un immeuble, jusqu'à concurrence du prix de son acquisition, lorsque ce prix a servi à payer des créanciers auxquels cet immeuble était hypothéqué ;

3<sup>o</sup> au profit de celui qui a payé une dette dont il était tenu avec le débiteur, ou pour lui, comme débiteur solidaire, caution, cofidélusé, commissionnaire ;

4<sup>o</sup> au profit de celui qui, sans être tenu personnellement de la dette, avait intérêt à son extinction, et par exemple en faveur de celui qui a fourni le gage ou l'hypothèque.

cf. DIGESTE, XX, 4, 12 § 6, 16, 20 ; XX, 5, 5 pr. — Code VIII, 14, 22 ; VIII, 18, 1, 5 ; VIII, 19, 3, 4. — DIGESTE, XX, 4, 19 ; XXX, 57. — Code VIII, 41, 2, 11, 14, 21. — cf. 1253 it. — 1254, 2029 fr. — WINDSCHEID § 233bis, § 235, note 18. — 668 comm. ital.

ART. 249

La subrogation établie aux articles précédents a lieu tant contre les cautions que contre le débiteur. Le créancier qui a été payé en partie, et le tiers qui l'a payé, concourent ensemble dans l'exercice de leurs droits contre le débiteur, à proportion de ce qui est dû à chacun ; mais cette subrogation ne peut s'opérer au préjudice du créancier ; celui-ci peut exercer ses droits, pour ce qui lui reste dû, par préférence à celui dont il n'a reçu qu'un paiement partiel.

1254 it. — 1252 fr. — cf. WINDSCHEID, § 233b, note 9 et note 13.

ART. 250

La subrogation est régie quant à ses effets, par les principes établis aux articles 220, 223, 224, 225, 226, 233 ci-dessus.

CHAPITRE III

De la délégation

ART. 251

(1) KHALIL, IV, 117; TAOUÏ, II, 55; TASOULI, II, 55. Formule dans TOUATI, Formulaire, p. 182, 183; IBN SALMOUN, I, 271; *Medjella*, 252, 1512; *Eddor-el-Mokhtar*, IV, 400. *Morched-el-Hairan*, 876, 879.

La délégation est-elle le transfert de l'obligation (ABOU YOUSOUF) ou le transfert de l'action (MOHAMMED)? Question controversée : IBN NADJIM, II, p. 44; *Radd-el-Mehtar*, IV, 400. Transfère-t-elle la propriété de l'obligation, l'obligation est-elle susceptible de propriété? Non. HAMAOUÏ, II, p. 48 note 5.

(2) *Morched-el-Hairan*, 878. (C'est ce que les hanéfites appellent une « délégation pure et simple », tandis que l'autre s'appelle « délégation avec affectation ».) L'acceptation de la délégation de la part du délégué n'est pas un aveu qu'il est débiteur, car il peut y avoir délégation même sans qu'il y ait dette : *Eddor-el-Mokhtar*, IV, 406. *Medjella*, 686.

ART. 252

KHALIL, IV, 117.  
TASOULI, II, 58.  
TOUATI, Formulaire p. 182.  
*Medjella*, 685.

ART. 252

La délégation ne se présume pas ; elle doit être expresse. Les personnes qui n'ont pas la capacité d'aliéner ne peuvent déléguer.

cf. 1273 fr.

DIGESTE, XVI, 1, 8 § 3; XLVI, 2, 17. — Cod. VIII, 42, 7; VIII, 54, 2, 11. — DIGESTE, XLVI, 2, 11 pr.; XXXIX, 6, 18 § 1. — WINDSCHEID, § 338.

ART. 253

*Madhites* : Ibn Salmoun, I, 271.  
 Khalil, IV, 115 à 119; Touati, Formulaire p. 181.  
 Touati, II, 55, 56; Tasouli, II, 55, 56.  
 Projet de Code commercial tunisien, article 136,  
 Archives, dossier D. n° 8).  
*Hanfites* : question controversée ; la solution  
 dépend de savoir si l'obligation est un objet sus-  
 ceptible de propriété : dans ce dernier système,  
 elle se transmet par le simple consentement : Ha-  
 boussi, II, p. 48 note 5. L'opinion dominante exige,  
 cependant, le consentement de toutes les parties,  
 compris le débiteur délégué : *Eddor-el-Mokhtar*,  
 I, 402.

ART. 253

La délégation est parfaite par le consentement du déléguant et du délégataire, même à l'insu du débiteur délégué.

cf. 1274 fr.

ART. 254

Khalil, IV, 115.  
 Touati, II, 48, 55.  
 Touati, Formulaire, p. 181, 182.

ART. 254

Néanmoins lorsqu'il existe des causes d'inimitié entre le délégataire et le débiteur délégué, l'assentiment de ce dernier est requis pour la validité de la délégation, et le débiteur demeure libre de le refuser.

cf. 1699 fr.

ART. 255

Khalil, IV, 115, 116.  
 Tasouli, II, 58.  
 Touati, Formulaire, p. 182.  
*Morched-el-Hairan*, 883, 884.  
*Eddor-el-Mokhtar*, IV, 402, 403 et *Radd-el-*  
*Mehtar*, ad loc.  
*Morched-el-Hairan*, 885. *Medjella*, 688.  
*Radd-el-Mehtar*, IV, 403.  
 Pendant le soldat à la guerre peut donner une  
 portion sur le Trésor pour sa part du butin ; le  
 titulaire d'un habous peut déléguer sur l'admi-  
 nistrateur de la fondation pieuse à concurrence de  
 son droit de fruits : *Radd-el-Mehtar*, IV, 403.

ART. 255

Lorsque la délégation est faite pour payer une dette, elle ne peut avoir effet <sup>(1)</sup> :

- 1° que si la dette déléguée est juridiquement valable ;
- 2° si la dette à la charge du créancier déléguant est également valable.

Des droits éventuels ou aléatoires ne peuvent être délégués <sup>(2)</sup>.

ART. 256

KHALIL, IV, 118.

TOUATI, Formulaire p. 132. « On exige... 5<sup>o</sup> la similitude entre la créance déléguée et la dette à éteindre, quant à la quantité et à la qualité. Toutefois, sur le point de savoir s'il est permis de déléguer une créance inférieure en qualité et en quantité à la dette à éteindre, il y a divergence. »

D'après les *malékites*, la délégation n'est pas permise lorsque la dette déléguée et celle qu'on veut éteindre au moyen de la délégation ont toutes deux pour cause une vente de substances alimentaires : KHALIL, IV, 118 ; IBN SALMOUN, I, 271, 272.

ART. 257

(1) « La dette du déléguant ne change pas de qualité en se transférant aux tiers délégué » : *Morched-el-Hairan*, 896. « La dette déléguée passe au délégataire dans les mêmes conditions où elle appartenait au créancier originaire » : *Radd-el-Mehtar*, IV, 410.

ART. 258

(1) *Eddor-el-Mokhtar*, IV, 404.

HAMAOU, II, p. 45, note 3.

*Morched-el-Hairan*, 890, 894, 897, 910 ; mais cf. 906.

KHALIL, IV, 115, 117.

Par conséquent le gage est libéré et le déléguant a le droit de le répéter : *Radd-el-Mehtar*, IV, 404.

ART. 256

Il n'est pas nécessaire pour la validité de la délégation que les deux dettes soient égales quant à la quantité, ni qu'elles aient une cause analogue.

ART. 257

Le débiteur délégué peut opposer au nouveau créancier tous les moyens et exceptions qu'il aurait pu opposer au créancier déléguant, même celles qui sont personnelles à ce dernier, si elles étaient déjà fondées au moment de la délégation<sup>(1)</sup>.

*Contra* : WINDSCHEID, § 339, et DIGESTE, XLIV, 1, 7.

ART. 258

La délégation valable libère le déléguant<sup>(1)</sup>, sauf stipulation contraire et les cas énumérés en l'article suivant.

DIGESTE, XVI, 1, 8 § 3 ; L, 16, 187.

ART. 259

(1) KHALIL, IV, 116, 120 (théorie d'AGHAB).  
 TASOULI, II, 58 *in fine*.  
 Morehed-el-Hairan, 890, 897, 900, 903, 904 *in fine*.  
 Raad-el-Mohhtar, IV, 405. Medjella, 693.  
 (2) Morehed-el-Hairan, 896 *in fine*, 897, 903, 908.  
 Eddor-el-Mohhtar, IV, 405, 407. (Ainsi lorsque le dépositaire sur lequel la délégation a été donnée est libéré par suite de la destruction du dépôt ou de son éviction). Medjella, 694.  
 (3) Morehed-el-Hairan, 900.

ART. 259

La délégation ne libère point le délégant, et le délégataire a recours contre lui pour le montant de sa créance et des accessoires :

1° lorsque l'obligation déléguée est déclarée inexistante ou est résolue, pour l'une des causes de nullité ou de résolution établies par la loi<sup>(1)</sup> ;

2° lorsque l'obligation déléguée est inexigible en tout ou en partie, jusqu'à concurrence de la partie non payée<sup>(2)</sup> ;

3° lorsque le débiteur délégué démontre qu'il s'est déjà libéré<sup>(3)</sup>.

DIGESTE, XXXIX, 6, 18 § 1, 31 § 3 et arg. — DIGESTE, XXI, 2, 68; XLVI, 3, 96, 2; XVII, I, 45 § 7. — AUBRY et RAU, § 324 et note 24. — ZEYS, Droit musulman; I, note 357.

ART. 260

Lorsque la délégation constitue novation, les effets en sont régis par les art. 410 et 411.

ART. 261

Les règles établies aux art. 220, 221, 225, 226, 227, 228, 229, 230, 232, s'appliquent à la délégation.

ART. 262

(1) Morehed-el-Hairan, 892. Medjella, 691.  
 Si le délégant soutient que le délégataire était le débiteur, et qu'il n'a payé que ce qu'il devait, il lui de le prouver, car l'acceptation d'une délégation n'est pas une reconnaissance de dette de la part du délégué : Eddor-el-Mohhtar, IV, 406.

ART. 262

Le délégué qui a payé a recours contre le délégant à concurrence de la somme qu'il a payée<sup>(1)</sup>, d'après les règles du mandat.

TITRE V

*Des effets des obligations*

CHAPITRE PREMIER

SECTION I

*De l'effet des obligations en général*

ART. 263

KHALIL, IV, 263 ; *Medjella*, 259, 365, 368 ; *Morched-el-Hairan*, 306 ; Code tunisien de 1861, article 191.

ART. 263

Les obligations n'engagent que ceux qui ont été parties à l'acte : elles ne nuisent point aux tiers et elles ne leur profitent que dans les cas exprimés par la loi.

DIGESTE, II, 15, 3. — cf. 1119, 1121, 1165 fr. — 1130 it.

ART. 264

La succession solvable passe *ipso jure* aux héritiers par le fait de la mort : ZARKANI, V, 120 ; ils acquièrent la succession malgré eux, en vertu de la loi : HAMAOUÏ, I, 281 et IBN NADJIM, II, 202. « L'héritier représente le défunt en toutes choses » : IBN NADJIM, I, 341. Lorsqu'ils sont plus d'un « chacun des héritiers représente le défunt, tant activement que passivement » : HAMAOUÏ, *ibid.*, 300 note 5 ; *Radd-el-Mehtar*, IV, 230. Ils contiennent la personne du défunt : IBN NADJIM, II, 205 ; HAMAOUÏ, II, 202 note 5, à partir de l'instant de sa mort : (cf. IBN NADJIM, II, 204) et ils exercent tous les droits actifs et passifs de leur auteur : (*ibid.* 205, I, 397 ; *Radd-el-Mehtar*, IV, 223), dans la proportion de leurs portions héréditaires : BENNAÏ, V, 120. L'héritier est soumis à toutes les exceptions qui pouvaient être opposées à son auteur : *Radd-el-Mehtar*, VI, 15 ; *Eddor-el-Mokhtar*, VI, 454. La succession est un fait juridique ; par conséquent l'héritier représente l'hérédité, même lorsqu'il n'y a rien dans la succession et que tout l'actif est absorbé par les dettes : *Radd-el-Mehtar*, VII, 83. Ne passent pas aux héritiers certaines obligations personnelles, indiquées ci-après et en outre :

- 1<sup>o</sup> les actions qui ont pour objet une peine : HAMAOUÏ sur IBN NADJIM, I, 245 ; cf. DIGESTE, XXIX, 1, 22 ;
- 2<sup>o</sup> les droits de patronat sur l'affranchi ne pas-

ART. 264

Les obligations ont effet non seulement entre les parties elles-mêmes, mais aussi entre leurs héritiers ou ayants cause, à moins que le contraire ne soit exprimé ou ne résulte de la nature de l'obligation, ou de la loi <sup>(1)</sup>. Les héritiers ne sont tenus toutefois que jusqu'à concurrence des forces héréditaires, et proportionnellement à l'émolument de chacun d'eux.

DIGESTE, XXXV, 2, 32 pr. ; XLV, 1, 56, 4 ; XLVI, 3, 31 ; IV, 8, 32 § 2 ; 49 § 2 ; L, 17, 143 ; XVII, 2, 65 § 9. — Instit. III, 26 § 10. — cf. 724, 1122, 1514, 1795, 1865, 1879, 2003 fr. — 1127 it.

pas aux filles : ZARKANI, VIII, 173; HAMAOU, 97 note 5. Mais la procédure engagée contre la partie est reprise contre les héritiers sur les derniers errements de la procédure engagée contre l'auteur : IBN FARHOUN, I, 140.

Tribunal de l'Ouzara (civil), 26 février 1896 (Journal 96, 105); 27 janvier 1896 (ibid. 96, 324).

Dépôt : KHALIL, IV, 326. Délits et délits : ibid. IV, 390, 404. Louage des choses : ibid. 347 (théorie d'IBN EL KACEM). Code tunisien

1861, article 571. Liquidation des rapports entre frères après le décès : *Tahfat* d'IBN ACEM, 1062.

Obligations en général : *Medjella*, 1052. Pacte de rachat : ibid. 402. Transac-

tion : ibid. 1557 et *Morched-el-Hairan*, 1046. Cautionnement : *Medjella*, 670.

Age : *Medjella*, 733, 738; *Morched-el-Hairan*,

Action réhabilitoire : IBN NADJIM, II, 205. Action rescisoire pour cause de dol, ibid.

Dépôt : *Morched-el-Hairan*, 834. Cautionnement comparution : *Morched-el-Hairan*, 851.

Location perpétuelle (*hhoulou*) : IBN NADJIM, I, 138.

Obligation *ex delicto*, ibid. 1640 (question controversée : HAMAOU, *ad loc.* (Voir cep<sup>t</sup> aussi II, note 7 et p. 204.)

Intérêt : IBN NADJIM, II, 30. Transaction : HAMAOU, *ad loc.*, II, p. 36 note 2. Mais un droit d'usufruit purement personnel constitué à titre de transaction ne passerait point aux héritiers : ibid. L'obligation d'aliments s'éteint avec la mort de l'une des parties : HAMAOU, II, p. 42, notes 3, 4. Le mandat, le commodat, ne passent pas aux héritiers : IBN NADJIM, II, 128.

ART. 265

*Koran*, xxiii, 8; xxvi, 183; lxx, 32;  
*Malékites* : principe général : *Amalyat*, 240.  
 Projet de Code commercial tunisien de 1279, art. 11, 12 : (Archives, Dossier D, n° 8.)  
 Application à la vente : *Amalyat*, 119; à l'action rédhitoire : KHALIL, III, 299; au gage : KHALIL, III, 532; au tiers dépositaire du gage : *ibid.* III, 544, 545; au bail à champart : *ibid.* IV, 555; *Amalyat*, 240, 242; TAoudi, II, 196; au louage des choses : TAoudi, II, 159; TASOULI, II, 159; Code tunisien de 1861, art. 543; *Tohfat d'IBN AGEM*, 1024.

*Hanéfites* : Règle générale : *Medjella*, 100; *Morched-el-Hairan*, 306; *Radd-el-Mehtar*, VI, 24, 288. Application à la vente : *Medjella*, 375; FETAOUA-HENDIA, III, 4, 9; IBN NADJIM, II, 194; au louage : *Medjella*, 406, 440, 441, 583, 589; IBN NADJIM, II, 44 et notes 3, 4; *Medjella*, 1556; au gage : *ibid.* 717; au mandat : *Radd-el-Mehtar*, VI, 288; aux clauses d'une fondation pieuse : IBN NADJIM, II, 163. « La volonté du testateur tient lieu de loi, et le juge ne peut la violer et y substituer sa volonté, sous peine de nullité » : IBN NADJIM, I, 143 et HAMAOUI, *ad loc* et *ibid.* p. 159, 160 et 305, lorsque cette volonté est conforme à la loi : HAMAOUI, *ibid.* p. 181 et 305. Le prince lui-même ne pourrait rien changer à un acte de dernière volonté : *ibid.* II, 268 et note 2.

ART. 266

Bonne foi en général : *Koran*, II, 184; III, 70; IV, 33, 61; V, 1; VI, 153; XVI, 92; XVII, 36, 37; XXIII, 8; LXX, 32.

*Malékites* : Règle générale : « Pour nous l'usage a la force d'une stipulation » : KHALIL, III, 451.

Projet de Code Commercial tunisien de 1279, article 13 (archives, dossier D, n° 8).

TASOULI, II, 183; ZARKANI, V, 58.

Applications : KHALIL, III, 234, 397, 402, 429, 430, 431, 432, 434, 436, 438, 459, 498, 537; IV, 224, 337, 351, 497, 505, 545, 591, 592, 613, 616; *Amalyat*, 331 (usage); *Amalyat*, 334 (bonne foi); TASOULI, II, 219; Code tunisien de 1861, art. 546.

*Hanéfites* : Principe général. « L'usage a force de loi » : *Medjella*, 36, 45; IBN NADJIM, I, 131. Voir aussi : *Medjella*, 37, 38, 40, 43, 44, 45, 230, 233. Applications : *Medjella*, 534, 541, 554, 555, 569, 574, 603, 1473, 1474; *Morched-el-Hairan*, 423; *Hidaya*, p. 496 (traduction anglaise); IBN NADJIM, I, 127, 128, 131 (rôle de l'usage dans l'interprétation des actes); HAMAOUI, sur IBN NADJIM, I, 322. « Les conséquences qu'un acte comporte par sa nature, quoiqu'elles ne soient pas exprimées formellement, sont censées exprimées juridiquement. »

ART. 265

Les obligations contractuelles valablement formées tiennent lieu de loi à ceux qui les ont faites, et ne peuvent être révoquées que de leur consentement mutuel ou dans les cas prévus par la loi.

DIGESTE, L, 17, 75. — 1134 fr. — cf. 1659, 1744, 1761, 1736, 1759 1794, 1865, n° 5, 2003 fr. — AUBRY et RAU, § 348 et 352.

ART. 266

Tout engagement doit être exécuté de bonne foi, et oblige, non seulement à ce qui y est exprimé, mais encore à toutes les suites que la loi, l'usage ou l'équité donnent à l'obligation d'après sa nature.

DIGESTE, XLIV, 7, 2 § 3; L, 17, 90; XXI, 1, 31 § 20. — 1134, 1135 fr. — 1124 it.

ART. 267

« *Al-Aoran*, XXIII, 8; XXVI, 183; LXX, 32.  
*Malékites* : les *malékites* conçoivent moins  
 reusement ce principe : « Il y a faute dès  
 ne fait pas ce que font ordinairement les  
 » BOURZOUÏ cf. TASOULI, II, p. 289 :  
 donc la diligence *in concreto*. La conception  
 homme honorable (*âdl*) comprend la droiture  
 et la rectitude de la foi. Voir TAOUÏI, I,  
 TASOULI, I, 20; ZARKANI, VII, 159.  
 ACEM, *Tohfât*, vers 103.  
 La dignité (décorum) consiste à s'abstenir de  
 ce qui n'est pas convenable, et comme le dit  
 HADJEB, c'est le fait de s'abstenir de tout ce  
 donner l'idée qu'on n'observe pas sim-  
 la religion, bien que ce soit licite. » (ZAR-  
 VII, 159.)  
*hanéfites* : la conception du *vir bonus* (*sâlah*)  
 les *hanéfites* comprend également l'inté-  
 de la vie et la droiture de la foi. (c. *Radd-el-*  
 in, 609, 610; VI, 145. « La dignité d'un  
 (mouroua) c'est la foi et l'intégrité de la  
*Eddor-el-Mokhtar*, VI, 99, 100 et *Radd-el-*  
*ad loc.* Voir aussi le KHAN BAHADOUR,  
*Medjella*, 1705.

ART. 267

La diligence que l'on doit apporter dans l'exécution d'une obligation est toujours celle d'un homme intègre, appliqué et scrupuleux (*âdl*) sauf les cas dans lesquels la loi atténue expressément cette obligation ; le défaut de cette diligence s'appelle *faute*.

DIGESTE, L, 17, 23; XIII, 6, 19; XLV, 1, 91; XXV, 22, 3. — cf. 1224 it. — 1137 fr. — c. TOULLIER, VI, 230 et suiv. — AUBRY et RAU, § 308-2. — DEMOLOMBE, XXIV, 402. — LAURENT, XVI, n. 217, 232.

ART. 268

Dans tous les cas et même lorsque la loi atténue cette obligation, on ne peut porter à l'accomplissement d'une obligation une diligence inférieure à celle qu'on apporte dans ses propres affaires.

DIGESTE, XVI, 3, 32; XXXVI, 1, 22 § 3. — cf. AUBRY et RAU, § 308, note 30. — DEMOLOMBE, XXIV, 441.

ART. 269

On ne peut stipuler d'avance qu'on ne sera pas tenu de sa faute lourde ou de son dol.

DIGESTE, II, 14, 27 § 3-4; XVI, 3, 1 § 6. — 114 suisse.

ART. 270

Lorsqu'il remet la somme due par l'intermédiaire de la caution, et que celle-ci la détourne à son profit, le débiteur n'est point libéré : TOUATI, Formulaire des notaires, 177.

cf. HAMAOUÏ SUR IBN NADJIM, II, p. 98. (Lorsque le créancier donne à celui qui est chargé par le débiteur l'ordre d'employer la chose à un certain usage, le débiteur est déchargé de toute responsabilité.)

*Morched-el-Hairan*, 206.

ART. 270

Le débiteur répond du fait et de la faute de son représentant et des personnes dont il se sert pour exécuter son obligation, dans les mêmes conditions où il devrait répondre de sa propre faute, sauf son recours tel que de droit contre les personnes dont il doit répondre.

cf. 278 all.

ART. 271

c. KHALIL, III, 317; LAMIATE EZZAKKAKE, 140-41. (L'acheteur ne peut exercer l'action rédhitoire s'il n'a pas payé le prix, la question est cependant controversée; dans ce sens : l'opinion dominante et les écoles de Kairouan et de Cordoue.)

*Eddor-el-Mohhtar*, IV, 594, 595.

*Radd-el-Mehtar*, IV, 595.

IBN NADJIM, II, 254, note 4. (Le vendeur ne peut exiger le paiement du prix s'il n'offre de délivrer la chose vendue.)

ib. II, 203. (Le bailleur ne peut exiger le prix du bail s'il n'a pas fait jouir le preneur de la chose louée.)

ART. 271

Nul ne peut exercer l'action naissant d'une obligation s'il ne justifie qu'il a accompli ou offert d'accomplir tout ce qu'il devait de son côté d'après la convention ou d'après la loi, l'usage et la bonne foi.

DIGESTE, XIX, 1, 13 § 8, 25; XLIV, 4, 5 § 4, 5. — Cod. II, 3, 21. VIII, 45, 5. — 95 suisse. — DEMOLOMBE, XXV, n. 510 et suivants. — LAURENT, XVII, n. 142.

ART. 272

*Malékites* : C. tunis. de 1861, art. 499 (vente.)

ZARKANI, V, 161. (Ainsi, dans la vente, c'est l'acheteur qui doit commencer par offrir le paiement du prix s'il n'y a stipulation contraire.)

KHALIL, III, 357, 358; *Amalyat*, 152.

*Hanéfites* : IBN NADJIM, II, 254 et note 4 (vente);

IBN NADJIM, II, 205 (louage des choses); 254 (vente);

HAMAOUÏ SUR IBN NADJIM, I, 271; HAMAOUÏ, ib. I, 244.

*Medjella*, 186, 262, 278, 283 (vente).

*Morched-el-Hairan*, 454, 458 (vente).

ART. 272

Dans les contrats bilatéraux, l'une des parties peut refuser d'accomplir son obligation jusqu'à l'accomplissement de l'obligation corrélatrice de l'autre partie, à moins que, d'après la convention ou l'usage, l'un des contractants ne soit tenu d'exécuter le premier sa part de l'obligation.

Lorsque l'exécution doit être faite à plusieurs personnes, le débiteur peut refuser d'accomplir la prestation due à l'une d'elles jusqu'à l'accomplissement intégral de la prestation corrélatrice qui lui est due.

320 all. — cf. 1102 fr.

ART. 273

Cependant, le débiteur ne peut refuser d'exécuter l'obligation pour sa part, lorsque l'obligation de l'autre contractant a été accomplie pour la partie la plus importante.

cf. 320 com. all.

SECTION II

*De l'exécution des obligations*

ART. 274

III, IV, 321, 322 (dépôt).  
Majella, 790; IBN NADJIM, 70 (dépôt).  
Majella, 329; TASOULI, II, 183 (louage d'ouvrage).  
Majella, 571, 572; *Morched-el-Hairan*, 621 (d'ouvrage).

ART. 274

L'obligation ne peut être exécutée que par le débiteur, lorsqu'il résulte de la nature de l'obligation ou de son titre constitutif que le créancier a intérêt à ce qu'elle soit accomplie par le débiteur lui-même.

cf. DIGESTE, XLVI, 3, 72 § 2 et 31. — 1237 fr. — 1239 it. — 267 all. — AUBRY et RAU, § 316. — DEMOLOMBE, XXIV, 74.

ART. 275

*Morched-el-Hairan*, 887 (Un tiers peut payer l'obligation due par le débiteur, même à l'insu de ce débiteur.)

ART. 275

Lorsque l'obligation ne doit pas être exécutée par le débiteur lui-même, elle peut être accomplie par un tiers, même contre le gré du créancier, pourvu que le tiers agisse au nom et en l'acquit du débiteur.

L'obligation ne peut être accomplie contre le gré du débiteur et du créancier à la fois.

cf. DIGESTE, XLVI, 3, 53; III, 6, 39; V, 3, 31 pr. — Code II, 19 l. ult. — cf. 1236, 1237 fr. — 1238 it. — 267 all. — AUBRY et RAU, § 316 § 441. — TOULLIER, VII, 10, 12. — DEMOLOMBE, XXVII, 57, 59. — LAURENT, XVII, 485.

ART. 276

Le paiement fait à la caution au lieu du créancier ne serait pas libératoire: *Touati*, Formulaire, p. 177; c. *IBN NADJIM*, II, 49: II, 76 et note 3; II, 255 et note 6.

Projet de code com. tunisien de 1279, art. 27 (archiv. doss. D. n° 8.)

Le paiement fait au représentant du créancier libère le débiteur, même si ce représentant est un enfant (*Tohsat* d'*IBN ACEM*, 276).

Le paiement fait à un substitué du mandataire n'est point valable, si le mandataire n'avait pas pouvoir de substituer: *IBN NADJIM*, II, 255 et note 6; en général *Morched-el-Hairan*, 206. Le paiement fait à l'héritier d'un absent ne libère pas le débiteur, car la succession n'est pas ouverte par l'absence; on doit payer au curateur nommé par le Cadhi (*LAMIATE EZZAKKAKE*, 52).

ART. 278

Paiement du loyer au possesseur évincé (*KHALIL*, IV, 402). Paiement de loyer à un possesseur illégitime (*IBN NADJIM*, II, 103).

ART. 276

L'exécution doit être faite dans les mains du créancier, de son représentant dûment autorisé ou de la personne indiquée par le créancier comme autorisée à recevoir; l'exécution faite à celui qui n'a pas pouvoir de recevoir ne libère pas le débiteur, mais elle est valable:

1° si le créancier l'a ratifiée, même tacitement, ou s'il en a profité;

2° si elle est autorisée par justice.

DIGESTE, XIII, 7, 11 § 5; XVI, 3, 12, 4, 49, 58 pr. 34 § 9. — Code 43, 2. — DIGESTE, XLVI, 3, 14 § 7, 49, 59, 106. — Code V, 37, 25. — Instit. II, 802. — cf. 1239 fr. — 1244 it. — 362 all. — 450, 509 fr. — AUBRY et RAU § 317. — TOULLIER, VII, 20. — DEMOLOMBE, XXVII, n. 156 et suiv. — LAURENT, XVII, 519, 521. — Cassation, 22 nov. 1876 (D. P. 77, 1, 150); 10 décembre 1889 (D. P. 91, 1, 136); 12 novembre 1872 (D. P. 73, 1, 104.)

ART. 277

Celui qui présente une quittance ou décharge du créancier, ou un acte exécutoire au nom de celui-ci, est présumé autorisé à recevoir l'exécution de l'obligation, à moins qu'en fait, le débiteur ne sût ou ne dût savoir que cette autorisation n'existait pas.

370 all. — cf. 556 Procédure fr. — AUBRY et RAU, § 317. — DEMOLOMBE, XXVII, 145. — LAURENT, XVII, 522 et suivants.

ART. 278

Est valable l'exécution faite de bonne foi entre les mains de celui qui est en possession de la créance, tel que l'héritier apparent, encore qu'il en soit évincé par la suite.

DIGESTE, II, 15, 17. — cf. 1240 fr. — 1242 it. — 167 égypt. indig. — AUBRY et RAU, § 317. — LAURENT, XVII, note 544.

ART. 279

*al-Hairan*, 218, 219.  
*al-Hairan* d'IBN ACEM, 1353 et note 1264.  
*al-Hairan*, 896.  
*al-Hairan* sur IBN NADJIM, II, p. 41.  
*al-Hairan*, II, 80 et note 7.  
*al-Hairan*, II, 288 et note 13.

ART. 279

Lorsque l'exécution est faite par un débiteur qui n'est pas capable d'aliéner, ou à un créancier qui n'est pas capable de recevoir, on appliquera les règles suivantes :

1<sup>o</sup> le paiement ou exécution d'une chose due qui ne nuit pas à l'incapable qui l'a fait, éteint l'obligation, et ne peut être répété contre le créancier qui l'a reçu ;

2<sup>o</sup> le paiement fait à un incapable est valable, si le débiteur prouve que l'incapable en a profité, au sens de l'art. 14.

DIGESTE, XLIV, 4, 4 § 4 ; XLVI, 3, 14 § 8, 15, 61 ; XII, 1, 19 § 1 ; XLVI, 3, 28, 47 pr. § 1. — Instit. II, 8 § 2. — 1240, 1243 it. — 482, 499, 513, 1238, 1241, 1312 fr. — 481 all. — 165, 166 égypt. indig. — Comp. AUBRY et RAU, § 316 et notes 14, 15 ; § 317, 2<sup>o</sup>. — LAURENT, XVII, 493, 541. — Cassation, 12 mars 1889 (D. P. 90, 1, 15.)

ART. 280

*al-Mokhtar*, III, 183 (ainsi le débiteur libéré en monnaies frelatées ou fausses ne se libère.)  
*al-Hairan* d'IBN ACEM, 770-771.

ART. 280

Le débiteur ne se libère qu'en délivrant la quantité, la qualité, le poids et la mesure portés dans l'obligation<sup>(1)</sup>.

Il ne peut contraindre le créancier à recevoir une autre prestation que celle qui lui est due, ni d'une manière différente de celle déterminée par le titre constitutif de l'obligation ou par l'usage<sup>(2)</sup>.

DIGESTE, XII, 1, 2 § 1 ; XLVI, 3, 46 pr. § 1, 98 § 6. — Code VIII, 36, 16, 17. — cf. 1243 fr. — 1245 it.

ART. 281

*al-Hairan*, III, 231.  
*al-Hairan*, 215.

ART. 281

Le créancier ne peut être tenu de recevoir l'exécution de l'obligation par prestations partielles, même lorsqu'elle est divisible, s'il n'en est autrement convenu, et sauf ce qui est établi pour les lettres de change.

DIGESTE, XXII, 1, 41 § 1. — cf. XII, 1, 21. — cf. 1244 fr. — 1204, 1246 it. — 266 all. — cf. LAURENT, XVII, 577.

ART. 282

Application de la règle à la vente à livrer (*selem*) (KHALIL, III, 465); au paiement de l'impôt dit *zakat* (ib., I, 336, 338); au salaire payable en nature (*Medjella*, 506); à l'obligation de l'affranchi (HAMAOUI sur IBN NADJIM, I, 262); au legs (ZARKANI, VIII, 491.)

ART. 282

Lorsque la chose n'est déterminée que par son espèce le choix appartient au débiteur. Celui-ci n'est pas tenu de la donner de la meilleure espèce, mais il ne pourra l'offrir de la plus mauvaise.

DIGESTE, XII, 6, 32 § 3; XVII, 4, 52; XLV, 4, 2 § 1. — Instit. II, 20 § 22. — cf. DIGESTE, XXI, 4, 49 § 4. — 1022, 1246 fr.

ART. 283

Le débiteur d'une chose déterminée par son individualité est libéré par la remise de la chose en l'état où elle se trouve lors de la délivrance. Il répond toutefois des détériorations :

1<sup>o</sup> lorsqu'elles proviennent d'un fait ou d'une faute qui lui est imputable d'après les règles établies pour les délits et quasi-délits ;

2<sup>o</sup> lorsqu'il était en demeure au moment où ces détériorations sont survenues.

DIGESTE, XLVI, 3, 33 § 4 ; VI, 4, 45 § 3. — cf. 1245, 1302, 1303 fr. — AUBRY et RAU, § 348. — LAURENT, XVII, 567.

ART. 284

(1) KHALIL, III, 221.  
*Morched-el-Hairan*, 805.

ART. 284

Lorsque l'objet de l'obligation consiste en denrées ou objets métalliques, le débiteur ne doit que la même quantité et qualité portée dans l'obligation, quelle que soit l'augmentation ou la diminution de la valeur<sup>(1)</sup>; au cas où cela ne serait pas possible, il devra la valeur intrinsèque calculée au jour du contrat, dans le lieu où l'obligation devrait être exécutée.

cf. 1897 fr. — 1823 it.

ART. 285

IBN NAJIM, I, 128.  
ZARKANI, V, 24. c. p. 57.

ZARKANI, V, 24.

Lorsqu'une obligation consiste en une somme d'argent, sans autre détermination, il est entendu qu'elle doit être payée en espèces ayant cours dans le lieu du contrat : *Radd-el-Mehtar*, IV, 30, 35. *Eddor-el-Mokhtar*, IV, 301.

ART. 285

Si une dette payable en Tunisie est exprimée en monnaie étrangère, le paiement pourra être fait en espèces ayant cours légal dans la Régence<sup>(1)</sup>, à moins qu'il ne soit expressément stipulé qu'il doit être effectué en espèces étrangères<sup>(2)</sup>.

La réduction doit être faite au cours de la monnaie étrangère, dans le lieu du paiement, au jour où l'obligation devait être exécutée.

DIGESTE, XLV, 1, 65 § 1; XLVI, 3, 99. — Cassation, req. 18 novembre 1895. — Tunis, 4 décembre 1890 (*Jour.* 95, 269) ; 28 mars 1895 (*Journ.* 95, 275). — cf. 143 Com. fr. — 1134 fr. — 244 all. — 336 C. Com. all. — AUBRY et RAU, IV, § 318. — WINDSCHEID, § 256. — MERLIN, V<sup>o</sup> Paiement § 3.

ART. 286

Malchites : IBN SALMOUN, I, 161; TASOULI, II, 222. (Les malchites distinguent

deux cas : 1<sup>o</sup> la monnaie est devenue introuvable à l'échéance ; l'obligation devra être acquittée par la valeur qu'avait la monnaie au moment où elle est devenue introuvable ; 2<sup>o</sup> la monnaie est devenue introuvable avant l'échéance : l'obligation sera être acquittée d'après la valeur qu'avait la monnaie disparue à l'échéance de la dette).

Malchites : trois opinions : 1<sup>o</sup> celle d'Abou Toussouf : le contrat est annulé ; 2<sup>o</sup> celle d'Abou Moussouf : on doit la valeur calculée au jour du contrat ; 3<sup>o</sup> celle de Mohamed : on doit la valeur du jour où la monnaie a été mise hors cours ou est devenue introuvable.

*Eddor-el-Mokhtar*, IV, 208 ; *Radd-el-Mehtar*, IV, 32, 33.

ART. 286

Lorsque les espèces portées dans l'obligation sont hors cours ou deviennent introuvables au moment où le paiement doit être effectué, l'obligation sera exécutée en espèces ayant cours en Tunisie ; le débiteur devra l'équivalent de la valeur intrinsèque calculée au moment du contrat.

DIGESTE, XXX, 71 § 3. — cf. 1822 it. — 245 all. — VANGEROW, III, 570, note 2. — WINDSCHEID, § 253, n<sup>o</sup> 2.

ART. 287

En droit musulman l'obligation serait nulle à cause de l'incertitude de l'objet : cf. ZARKANI, V, 24. *Eddor-el-Mokhtar*, IV, 35.

FARHOUN, II, 65. « Lorsqu'on vend une marchandise pour cent dinars, et que la monnaie du pays est de différentes espèces, le contrat est valable ; cependant si, malgré la diversité des monnaies, l'usage s'appliquait plus spécialement à l'une d'elles, la vente serait valable, et le paiement serait dû dans cette monnaie. »

ART. 287

Lorsque le nom des espèces portées dans l'obligation s'applique à plusieurs monnaies ayant également cours, mais de valeur différente, le débiteur se libère, en cas de doute, en payant la monnaie de valeur inférieure.

WINDSCHEID, § 256. — SAVIGNY, Oblig. 47. — GOLDSCHMIDT, Handb. 1085.

ART. 288

KHALIL, III, 498; *Tohfal* d'IBN ACEM, 704.  
*Medjella*, 285 (vente); 465 (louage); 797 (dépôt).  
cf. aussi *Eddor-el-Mokhtar*, IV, 387.  
HAMAÛI, II, p. 48, note 7.  
IBN NADJIM, II, p. 49.  
HAMAÛI, II, p. 50, note 9.  
IBN NADJIM, I, 395, note 3.

ART. 288

L'obligation doit être exécutée dans le lieu déterminé par la nature de la chose ou par la convention. A défaut, elle doit être exécutée dans le lieu où se trouvait, au temps de la constitution de l'obligation, le corps déterminé qui en fait l'objet.

Instit. IV, 6 § 33. — DIGESTE, XLVI, 3, 85; XIII, 4, 9; V, 1, 38; X, 4, 11 § 1; XVI, 3, 12 § 1; XXX, 26 § 1, 47 pr. — cf. 1249 it. — 1247, 1609, 1651 fr. — 324 com. all. — 269 all. — SAVIGNY, Syst. § 370. — WINDSCHEID, § 282. — AUBRY et RAU, § 319 note 14.

ART. 289

IBN FARHOUN, I, 249.  
HAMAÛI sur IBN NADJIM, I, 395, note 3.  
TASOULI, II, 159; TAÛDI, II, 158 (vente à livrer).

ART. 289

Lorsque l'objet de l'obligation consiste en numéraire, ou en choses désignées seulement par leur espèce, l'exécution est due au lieu du contrat, sauf les conventions des parties; dans les obligations provenant d'un délit, au lieu où le fait délictueux a été commis.

1247 fr. — cf. 1249 it. — 84 suisse. — 270 all. (domicile du créancier). — GIORGI, Obli. VIII, 64, 65. — AUBRY et RAU, § 319 (domicile du débiteur). — DURANTON, XII, 101. — ZACHARÆ, 319 (lieu du contrat).

ART. 291

ZARKANI, v, 158; TASOULI, II, 144.  
*Medjella*, 289, 292.  
*Morched-el-Hairan*, 353, 467, 468.

ART. 290

Les règles relatives au temps dans lequel l'exécution doit être faite sont énoncées aux articles 154 et suivants.

ART. 291

Les frais de l'exécution sont à la charge du débiteur, ceux de la réception à la charge du créancier, s'il n'y a stipulation ou usage contraire, et sauf les cas où il en est autrement disposé par la loi.

cf. 1248, 1608, 1942 fr. — 1250 it.

ART. 292

① *Amalyat*, 188, 189.

LAMATE EZZAKKAKE, 202.

IBN FARHOUN, II, 79, 80.

② Formule de quittance : IBN FARHOUN, II, 80.

ART. 292

Le débiteur qui a exécuté l'obligation a le droit de demander la restitution du titre établissant sa dette, dûment acquitté<sup>(1)</sup>; si le créancier ne peut faire cette restitution, ou s'il a un intérêt légitime à garder le titre, le débiteur peut exiger, aux frais du créancier, une quittance notariée établissant sa libération<sup>(2)</sup>.

Cod. IV, 20, 18. — NOVELL, 90, c. 2. — Cod. IV, 24, 19. — cf. 368, 371 all. — AUBRY et RAU, § 320. — Cassation, 7 mars 1859 (D. P. 59, 1, 119.)

ART. 293

Le débiteur qui acquitte partiellement l'obligation a le droit de se faire délivrer un reçu et d'exiger, en outre, la mention du paiement partiel sur le titre.

ART. 294

Lorsqu'il s'agit de rentes, de baux, d'intérêts ou d'autres prestations périodiques, la quittance délivrée sans réserve pour l'un des termes fait présumer le paiement des termes échus antérieurement à la date de la quittance.

103 suisse. — cf. Cod. 10, 22, 3.

SECTION III

*De l'inexécution de l'obligation et de ses effets*

§ I. — *De la demeure du débiteur*

ART. 295

Le débiteur est en demeure lorsqu'il n'exécute pas son obligation ou est en retard de l'exécuter, en tout ou partie, pour une cause à lui imputable.

Art. 292

① *Amalyat*, 188, 189.

② *LAMATE EZZAKKAKE*, 202.

③ *IBN FARHOUN*, II, 79, 80.

④ Formule de quittance : *IBN FARHOUN*, II, 80.

ART. 292

Le débiteur qui a exécuté l'obligation a le droit de demander la restitution du titre établissant sa dette, dûment acquitté<sup>(1)</sup>; si le créancier ne peut faire cette restitution, ou s'il a un intérêt légitime à garder le titre, le débiteur peut exiger, aux frais du créancier, une quittance notariée établissant sa libération<sup>(2)</sup>.

Cod. IV, 20, 18. — NOVELL, 90, c. 2. — Cod. IV, 21, 19. — cf. 368, 371 all. — AUBRY et RAU, § 320. — Cassation, 7 mars 1859 (D. P. 59, 1, 119.)

ART. 293

Le débiteur qui acquitte partiellement l'obligation a le droit de se faire délivrer un reçu et d'exiger, en outre, la mention du paiement partiel sur le titre.

ART. 294

Lorsqu'il s'agit de rentes, de baux, d'intérêts ou d'autres prestations périodiques, la quittance délivrée sans réserve pour l'un des termes fait présumer le paiement des termes échus antérieurement à la date de la quittance.

103 suisse. — cf. Cod. 10, 22, 3.

SECTION III

*De l'inexécution de l'obligation et de ses effets*

§ I. — *De la demeure du débiteur*

ART. 295

Le débiteur est en demeure lorsqu'il n'exécute pas son obligation ou est en retard de l'exécuter, en tout ou partie, pour une cause à lui imputable.

ART. 296

(1) *Eddor-el-Mokhtar*, IV, 696.

(2) En droit musulman, lorsqu'il n'y a point de terme, l'obligation doit être immédiatement exécutée : le débiteur est donc en demeure sans besoin d'interpellation par cela seul qu'il n'exécute pas l'obligation. cf. C. Tunis de 1861, art. 436.

ART. 296

Le débiteur est constitué en demeure par la seule échéance du terme établi par l'acte constitutif de l'obligation<sup>(1)</sup>.

Si aucune échéance n'est établie<sup>(2)</sup>, le débiteur n'est constitué en demeure que par une interpellation formelle du créancier ou du représentant légitime de ce dernier. Cette interpellation doit exprimer :

1<sup>o</sup> la requête adressée au débiteur d'exécuter son obligation dans un délai raisonnable ;

2<sup>o</sup> la déclaration que, passé ce délai, le créancier se considérera comme dégagé en ce qui le concerne.

Cette interpellation doit être faite par écrit ; elle peut résulter même d'un télégramme, d'une simple lettre, d'une citation en justice, même devant un juge incompetent, ou de tout autre acte interruptif de la prescription aux termes de l'article

cf. 1130, 1146 fr. — 1213, 1223 it. — 284 all. — DIGESTE, XXII, 1, 32 pr. ; XXX, 36 § 3 ; XLV, 1, 23, 24 ; XXII, 1, 23 § 1 ; XXIV, 2, 22, 1. — LAURENT, XVI, 234. — DEMOLOMBE, XXIV, 527. — AUBRY et RAU, § 368. — Cassation, 19 février 1878 (S. 78, 1, 221). — La règle *dies interpellat pro homine* n'est pas reconnue par le droit romain. — cf. DIGESTE, XLV, 1, 114. — Code IV, 49, 10, etc. ; elle est d'ailleurs vivement controversée. — cf. WINDSCHEID, § 278 note 4, 5. — ARNDTS, § 251 note 6. — AUBRY et RAU, § 308.

ART. 297

L'interpellation du créancier n'est pas requise :

1<sup>o</sup> lorsque le débiteur a refusé formellement d'exécuter son obligation ;

2<sup>o</sup> lorsque l'exécution est devenue impossible.

Cassation, 28 février 1865 (D. P. 65, 1, 420). — LAURENT, XVII, 437. — DEMOLOMBE, XXVI, n. 684<sup>bis</sup>.

ART. 298

Lorsque l'obligation échoit après la mort du débiteur, ses héritiers ne seront constitués en demeure que par l'interpellation formelle à eux adressée par le créancier ou par le représentant de celui-ci d'exécuter l'obligation de leur auteur; si parmi les héritiers il y a des mineurs ou des incapables, l'interpellation doit être adressée à celui qui les représente légalement.

ART. 299

L'interpellation du créancier n'a aucun effet si elle est faite à un moment ou dans un lieu où l'exécution n'est pas due.

DIGESTE, XXII, 1, 32 pr.; XLV, 1, 49 § 3.

ART. 300

IBRAHIM, IV, 412 (transaction); *ibid.* 414 (échange); *ibid.* 547 (bail à portion de fruits); *ibid.* 576, 577 (louage de services); *ibid.* 617, 618 (louage de chevaux); Code tunisien de 1861 art. 506 (vente, décharge de délivrance).

IBN NADJIM, II, 194, 195 (vente); HAMAOUÏ sur IBN NADJIM, II, 32 (transaction).

ZARKANI, V, 161.

Majella, art. 187, 310 (vente); 468, 529 (louage).

Eddor-el-Mokhtar, IV, 662 (remise de la dette).

HAMAOUÏ sur IBN NADJIM, II, p. 36 note 4; p. 37 (transaction).

Eddor-el-Mokhtar, IV, 57, 58; IBN NADJIM, II, 194.

ART. 300

Lorsque le débiteur est en demeure, le créancier a le choix ou de demander la résolution du contrat<sup>(1)</sup>, ou de contraindre le débiteur à accomplir l'obligation si l'exécution en est possible<sup>(2)</sup>, avec les dommages-intérêts dans les deux cas.

Lorsque l'exécution n'est plus possible qu'en partie, le créancier, s'il n'a aucun intérêt à l'exécution partielle, pourra demander, soit la résolution du contrat, soit les dommages-intérêts pour l'inexécution de toute l'obligation<sup>(3)</sup>.

La résolution du contrat n'a pas lieu de plein droit, mais doit être prononcée en justice.

DIGESTE, XLV, 1, 91 3, 6; XLVI, 3, 95 pr.; XXI, 1, 31 § 11. — Code II, 3, 28, 36. — *cf.* 1136, 1146, 1184 fr. — 1165, 1298 it. — 276, 286, 325, 361 all. — WINDSCHEID, § 264 note 7. — LAURENT, XVI, 233. — AUBRY et RAU, § 308. — DEMOLOMBE, XXIV, n. 430.

ART. 301

En droit *hanéfite*, le pacte comissoire n'opère pas de plein droit; la résolution doit être prononcée par le juge : (cf. IBN NADJIM, II, 195). De même en droit romain : DIGESTE, XVIII, 3, 2, 6 § 2, 7.

ART. 302

*Malékites :*

cf. TAOUZI, II, 187, 195; TASOULI, II, 187, 188, 195; BENNANI, VII, 25. (Le locateur d'ouvrage ne peut jamais être contraint à accomplir personnellement son obligation; l'obligation de faire ne peut se résoudre qu'en dommages-intérêts.) Cependant un décret du 8 djoumad-ettani 1301 : (BOMPARD, p. 290), décerne la contrainte par corps contre le khammas et l'apprenti qui « refusent de faire le travail qu'ils se sont engagés à accomplir ». Voir aussi lettre au Premier Ministre, 25 rabia-elouel 1288 : (Archives, Dossier A). Dans ce sens également : (Projet de Code commercial tunisien de 1279; Archives, Dossier D n° 8). Les *hanéfites* admettent qu'on puisse contraindre le débiteur à faire : IBN NADJIM, II, 63 et note 4.

*Quid*, lorsque le locateur d'ouvrage accomplit un service d'intérêt public? L'école *malékite* admet qu'on puisse contraindre à faire le propriétaire d'un four, d'un moulin, d'un bain : mais ce système n'est pas sans difficulté : il est suivi par l'école de Tolède : BENNANI, VII, 25.

ART. 301

Si les parties sont convenues que le contrat sera résolu dans le cas où l'une d'elles n'accomplirait pas ses engagements, la résolution du contrat s'opère de plein droit par le seul fait de l'inexécution, si celle-ci ne dépend de la faute du créancier ou d'un fait dont il doit répondre.

cf. DIGESTE, XVIII, 3, 4 § 8; XIX; 1, 51 § 1. — cf. 1183, 1184, 1657 fr. — LAURENT, XVII, n. 163. — WINDSCHEID, § 323, note 9, § 385, n. 10. — Question controversée; dans ce sens: TOULLIER, VI, 554. — DEMOLOMBE, XXV, 471 et s. 556. — *Contra* : AUBRY et RAU, § 302, note 83. — cf. Cassation, 3 janvier 1883 (D. P. 83, 1, 415); 29 novembre 1886 (D. P. 87, 1, 388.)

ART. 302

L'obligation de faire se résout en dommages-intérêts en cas d'inexécution. Cependant, si l'obligation consiste en un fait dont l'accomplissement n'exige pas l'action personnelle du débiteur, le créancier peut être autorisé à la faire exécuter lui-même aux dépens de ce dernier.

cf. 1142, 1144 fr. — 1220 it. — AUBRY et RAU, § 299. — LAURENT, XVI, 197. — DEMOLOMBE, XXIV, 488.

ART. 303

Lorsque l'obligation consiste à ne pas faire, le débiteur est tenu des dommages-intérêts par le seul fait de la contravention; le créancier peut, en outre, se faire autoriser à supprimer, aux dépens du débiteur, ce qui aurait été fait contrairement à l'engagement.

LAURENT, XVI, 199. — *Sécus* : AUBRY et RAU, § 299. — cf. 1143, 1144 fr. — 1221, 1222 it.

ART. 304

Les dommages-intérêts sont dus, soit à raison de l'inexécution de l'obligation, soit à raison du retard dans l'exécution, et encore qu'il n'y ait aucune mauvaise foi de la part du débiteur.

cf. AUBRY et RAU, § 308 3<sup>o</sup>. — 1147 fr. — 1225 it.

ART. 305

① KHALIL, IV, 385, 394, 395, 396, 297; TASOULI, 187.  
D'après les *malékites*, lorsque l'obligation consiste en une somme d'argent, les dommages ne consistent jamais que dans les bénéfices dont le créancier a été privé : KHALIL, IV, 395, cf. 394.  
Le droit musulman ne reconnaît pas les intérêts *in nova* : DIGESTE, XXII, 1, 32 § 2; Cod. IV, 34, — 1153 fr.)

② KHALIL, IV, 395.

ART. 305

Les dommages sont la perte effective que le créancier a éprouvée et le gain dont il a été privé, et qui sont la conséquence directe de l'inexécution de l'obligation<sup>(1)</sup>. L'appréciation des circonstances spéciales de chaque espèce est remise à la prudence et à la religion du Tribunal : il devra évaluer différemment la mesure des dommages-intérêts, selon qu'il s'agit de la faute du débiteur ou de son dol<sup>(2)</sup>.

DIGESTE, VII, 1, 36 § 2; XLV, 1, 114; X, 4, 9 § 8; XVII, 2, 60 pr.; XLVI, 8, 13 pr.; XIX, 2, 9 pr. 33 sc.; XIX, 1, 43, 45. — cf. 1149, 1150, 1151 fr. — 128, 523 et suiv. C. procéd. fr. — 1127 it. — 253, 254, 280 all. — WINDSCHEID, § 280, note 1, § 258 et note 16. — DEMOLOMBE, XXIV, 565.

ART. 306

Si le créancier a traité pour le compte d'un tiers, il aura action du chef des dommages éprouvés par le tiers dans l'intérêt duquel il a traité.

DIGESTE, II, 14, 14; XLV, 1, 81 § 1. — cf. III, 5, 28; XVII, 1, 8 § 3. — WINDSCHEID, § 258, n<sup>o</sup> 3.

ART. 307

Dans tous les cas où la résolution est demandée, le Tribunal peut n'allouer que des dommages-intérêts, lorsque la résolution ne lui paraît pas suffisamment justifiée par les circonstances et, notamment, lorsque l'inexécution ne porte que sur une clause accessoire ou secondaire du contrat. Toutefois, le Tribunal n'aura point cette faculté dans le cas prévu en l'art. 301.

Cassat. 11 avril 1888 (D. P. 89, 1, 248) ; 5 juin 1872 (D. P. 73, 1, 27) ; 29 novembre 1865 (D. P. 66, 1, 28). — AUBRY et RAU, § 302. — LAURENT, XVII, n. 127. — DEMOLOMBE, XXV, n. 500.

ART. 308

D'après les deux écoles, celui qui est en demeure de restituer la chose qu'il a reçue pour en faire un usage déterminé devient possesseur illégitime, et répond, par conséquent, du cas fortuit.

Application au dépositaire qui nie le dépôt : KHALIL, IV, 362 ; *Medjella*, 794, 901 ; au locataire : *Medjella*, 545, 548 ; TASOULI, II, 354 ; TAOUZI, II, 354 ; à l'ouvrier qui ne restitue pas l'objet qui lui a été confié : IBN NADJIM, II, 59 note 2. (Mêmes principes en droit romain : DIGESTE, XIII, 18 § 1 et 20 ; XXV, 2, 17 § 2, 29 ; Cod. IV, 7, 7). Mais on va plus loin : le commodataire qui ne restitue pas la chose après l'échéance, lorsque le prêt était fait pour un temps déterminé, se rend responsable du cas fortuit : *Eddor-el-Mokhtar*, IV, 696).

ART. 309

<sup>(1)</sup> *Malékites* : TAOUZI, II, 186 ; TASOULI, II, 186. *Hanéfites* : IBN NADJIM, II, 158, 159 ; I, 380, 387, 210 note 2.

Le débiteur qui a été condamné à payer la valeur est subrogé aux droits de son créancier sur la chose, en vertu du principe que celui qui a les risques doit avoir les avantages : (cf. DIGESTE, XIX, 2, 25 § 8, 60 § 2 ; XLII, 1, 12 ; VI, 1, 63, 69.)

<sup>(2)</sup> *Tohfât* d'IBN ACEM, 1089, 1091.

ART. 308

Le débiteur en demeure répond du cas fortuit et de la force majeure.

DIGESTE, XII, 1, 5 ; XVI, 3, 12 § 3 ; XXIV, 3, 25 § 2 ; XLV, 1, 23, 82 § 1. — cf. 287, 819 all. — 1138, 1807 fr. — 118 suisse.

ART. 309

Si la chose a péri, il est tenu de restituer une valeur équivalente en quantité et qualité, lorsque l'objet de l'obligation consiste en choses fongibles, ou bien, s'il s'agit d'autres objets, l'estimation de la chose selon la valeur qu'elle avait à l'échéance de l'obligation<sup>(1)</sup>. L'estimation de la chose sera faite, à défaut de tout autre moyen, sur la description donnée par le défendeur, pourvu que cette description soit vraisemblable et corroborée par serment<sup>(2)</sup>. Si le défendeur refuse le serment, on s'en rapporte à la déclaration du demandeur, à charge de serment.

ART. 310

Cependant, le débiteur qui est tenu du cas fortuit dans le cas de l'article 308 est libéré, s'il justifie que le dommage se fût également produit alors même que la chose se serait trouvée au pouvoir du créancier.

cf. 1302, 1402 fr. — 1298 it. — 282, 287 all. — Question controversée en droit romain; voir *dans ce sens*: DIGESTE, X, 4, 12 § 4; XVI, 3, 14 § 1; IV, 2, 14 § 11; V, 3, 20 § 21, 40 pr., etc., et en droit moderne : SAVIGNY, Syst. § 273, 277. — WINDSCHEID, II § 280.

ART. 311

En droit musulman, le débiteur, s'il est *personne de confiance* (amine) est cru sur son affirmation, et, par conséquent, déchargé de son obligation, lorsqu'il déclare que la chose est perdue par cas fortuit ou de force majeure : la catégorie des *personnes de confiance* est assez nombreuse; on y trouve le père, le tuteur testamentaire, le courtier chargé de vendre à l'encan, l'agent commandité, le créancier gagiste, le dépositaire, le berger, etc. (cf. *Tohfât* d'IBN ACEM, 1204 et suiv. : pour le dépositaire voir 1924 C. c. fr.); mais l'école marocaine déroge à cette règle en ce qui concerne le berger, qui doit justifier, comme l'artisan, du cas fortuit qu'il allègue : LAMIAE EZZAKKAKE, p. 179.

ART. 311

Il n'y a lieu à aucuns dommages-intérêts, lorsque le débiteur justifie que l'exécution ou le retard proviennent d'une cause qui ne peut lui être imputée, telle que la force majeure, le cas fortuit ou la demeure du créancier.

DIGESTE, XII, 1, 5; XXII, 17 § 3, 21, 23 pr.; IV, 8, 23 § 1; XLV, 1, 91 § 3; XVI, 3, 1 § 16. — AUBRY et RAU, § 308 n. 3. — WINDSCHEID, § 265 n. 16. — LAURENT, XVI, 270. — 1147, 1148, 1302, 1808 fr. — 1225, 1226 it. — 285 all.

ART. 312

(1) *Tohfât* d'IBN ACEM, 729. « On appelle force majeure tout ce dont on ne peut se préserver. »

KHALIL, III, 418; IV, 632.

*Amalyat*, 162 (théorie d'IBN EL KACEM.)

TASOULI, II, 280 : (prêt à usage.)

TAOUDI, II, 33.

HAMAOUÏ sur IBN NADJIM, II, 61 note 8.

(2) Ainsi, par exemple, le vol, le détournement,

etc.; KHALIL, III, 418; TASOULI, II, 281; *Hidaya*,

p. 508 (traduction anglaise.); HAMAOUÏ sur IBN

NADJIM, II, 61 note 8.

§ II. — De la force majeure et du cas fortuit

ART. 312

La force majeure est tout fait que l'homme ne peut prévenir, tel que les phénomènes naturels (inondations, sécheresses, orages, incendies, sauterelles), l'invasion ennemie, le fait du Prince<sup>(1)</sup>, et qui rend impossible l'exécution de l'obligation.

N'est point considérée comme force majeure la cause qu'il était possible d'éviter, si le débiteur ne justifie qu'il a déployé toute diligence pour s'en prémunir<sup>(2)</sup>.

N'est pas également considérée comme force majeure la cause qui a été occasionnée par une faute précédente du débiteur.

DIGESTE, XLIV, 7, 1 § 4; XIII, 6, 5 § 4; XLV, 1, 137 § 4, 34; L, 7, 23. — AUBRY et RAU, § 308 3<sup>o</sup>. — LAURENT, XVI, 274. — DEMOLOMBE, XXIV, 555, 557. — Cassation, 27 janvier 1875 (D. P. 75. 1, 264). — cf. Cassation, 15 février 1888 (D. P. 88, 1, 203); 18 avril 1883 (S. 83, 1, 441; D. P. 84, 1, 25).

§ III. — *De la demeure du créancier*

ART. 313

(1) cf. BENNANI, v, 160.  
KHALIL, IV, 600.  
*Eddor-el-Mokhtar*, III, 183.

(2) *Eddor-el-Mokhtar*, III, 183 (ainsi le débiteur qui a promis de payer dans un lieu déterminé, et qui n'y trouve point le créancier, est libéré en consignnant au Cadhi ce qu'il doit).

ART. 313

Le créancier est en demeure lorsqu'il refuse, sans juste cause, de recevoir la prestation que le débiteur, ou un tiers agissant en son nom, offre d'accomplir de la manière déterminée par le titre constitutif ou par la nature de l'obligation<sup>(1)</sup>.

Le silence ou l'absence du créancier, dans les cas où son concours est nécessaire pour l'exécution de l'obligation, constituent un refus<sup>(2)</sup> : ils doivent être constatés par une interpellation adressée au créancier.

Code IV, 32, 6. — DIGESTE, XLVI, 3, 72 pr. etc. § 3; XIII, 5, 17; XVII, 1, 37; XVIII, 6, 1 § 3, 4 § 2. — Code VIII, 43, 9. — LAURENT, XVIII, n. 149. — cf. 1259 n. 3, 1257 fr. — 295 all.

ART. 314

cf. KHALIL, IV, 600.

ART. 314

Le créancier n'est pas constitué en demeure lorsque, au moment où le débiteur offre d'accomplir son obligation, ce dernier n'est réellement pas en état de l'accomplir.

DIGESTE, XIX, 1, 3 § 4. — 297 all.

ART. 315

Lorsque le débiteur n'est tenu d'accomplir son obligation que contre une prestation corrélatrice du créancier, celui-ci est en demeure si, tout en étant prêt à recevoir ce qui lui est dû, il n'offre pas ce qu'il doit lui-même à l'autre partie.

298 all.

ART. 316

Le créancier n'est pas constitué en demeure par le refus momentané de recevoir la chose :

1° lorsque l'échéance de l'obligation n'est pas déterminée ;

2° ou lorsque le débiteur a le droit de s'acquitter avant le terme établi.

Cependant si le débiteur l'avait prévenu, dans un délai raisonnable, de son intention d'exécuter l'obligation, le créancier serait constitué en demeure même par un refus momentané de recevoir la chose qui lui est offerte.

299 all.

ART. 317

TRAILL, III, 551.

ART. 317

A partir du moment où le créancier est constitué en demeure, la perte ou la détérioration de la chose sont à ses risques, et le débiteur ne répond plus que de son dol et de sa faute lourde : les intérêts cessent de courir, au cas où ils seraient dus.

DIGESTE, XVIII, 6, 5, 12, 14 pr. ; XXIV, 3, 9. La question des intérêts est controversée en droit romain; voir d'une part : DIGESTE, XLV, 1, 122 § 5 et d'autre part : XXVI, 7, 28 § 1; Code IV, 32, 9, 19. — 300, 301 all.

ART. 318

Le débiteur ne doit restituer que les fruits qu'il a réellement perçus pendant la demeure du créancier, et il a, d'autre part, le droit de répéter les dépenses nécessaires qu'il a dû faire pour la conservation et la garde de la chose, ainsi que les frais des offres par lui faits, sans préjudice de plus amples dommages, s'il y échet.

DIGESTE, XIX, 1, 38, 1 ; XXXIII, 6, 8; XVIII, 6, 1 § 2. — 302, 304 all. — Cassation, 13 juillet 1881 (S. 83, 1, 272).

§ IV. — *Des offres d'exécution et de consignation*

ART. 319

Sur une organisation rudimentaire de la consignation pour les *malékites* : KHALIL, III, 385, 485, IV, 403; pour les *hanéfites* : HAMAOUÏ SUR IBN NADJIM, I, 364 note 4; *Eddor-el-Mokhtar*, III, 483.

ART. 319

La demeure du créancier ne suffit pas pour libérer le débiteur.

Si l'objet de l'obligation est une somme d'argent, le débiteur doit faire des offres réelles et, au refus du créancier de les accepter, il se libère en consignation la somme offerte dans le dépôt indiqué par la loi ou par le Tribunal; si l'objet de l'obligation est une quantité de choses qui se consomment par l'usage ou un corps déterminé par son individualité, le débiteur doit inviter le créancier à le recevoir au lieu déterminé par le contrat ou par la nature de l'obligation, et faute par le créancier de le recevoir, il se libère en les consignation dans le dépôt indiqué par le Tribunal du lieu de l'exécution, lorsque la chose est susceptible de consignation.

cf. DIGESTE, XVIII, 1, 26 § 7; XVIII, 6, 1 § 3, 4 (et loi 12 ib. Cod. IV, 32, 2, 9, 19); XVII, 1, 56 § 1 — NOUVELLE 91, c.2. — 1257, 1264 fr. — AUBRY et RAU, § 322.

ART. 320

(1) KHALIL, IV, 581 (louage de services); cf. *Medjella*, 425.

ART. 320

Si l'objet de l'obligation est un fait, le débiteur ne se libère pas en offrant de l'accomplir<sup>(1)</sup>. Mais si l'offre a été faite en temps opportun, et dans les conditions déterminées par la convention ou par l'usage des lieux, et si elle a été dûment constatée au moment même, le débiteur aura recours contre le créancier pour les dommages que lui cause le refus de ce dernier.

ART. 321

ZARBAKI, VIII, 157. (Lorsque le débiteur ne peut pas trouver le créancier à l'échéance parce qu'il est absent et n'a pas laissé de procureur, le débiteur se libère valablement en payant entre les mains du Cadhi, « car le Cadhi représente les créanciers ».)

ART. 321

Aucune offre réelle n'est nécessaire de la part du débiteur :

1<sup>o</sup> lorsque le créancier lui a déjà déclaré qu'il refuse de recevoir l'exécution de l'obligation ;

2<sup>o</sup> lorsque le concours du créancier est nécessaire pour l'accomplissement de l'obligation et que le créancier s'abstient de le donner ; tel est le cas où la dette est payable au domicile du débiteur, si le créancier ne se présente pas pour la recevoir<sup>(1)</sup>.

Dans ces cas, une simple invitation adressée au créancier peut tenir lieu d'offres réelles.

295 all. — cf. 1259, n<sup>o</sup> 3 fr. — AUBRY et RAU, § 322, note 12. — Cod. V, 56, 4 ; VIII, 28, 5. — WINDSCHEID, § 345, note 5.

ART. 322

HAMAOUÏ SUR IBN NADJIM, I, 364.

ART. 322

Le débiteur est également affranchi de la nécessité de faire des offres réelles et se libère en consignat ce qu'il doit :

1<sup>o</sup> lorsque le créancier est incertain ou inconnu ;

2<sup>o</sup> dans tous les cas où, pour un motif dépendant de la personne du créancier, le débiteur ne peut pas accomplir son obligation ou ne peut l'accomplir avec sécurité : tel est le cas où les sommes dues sont frappées de saisie ou d'opposition à l'encontre du créancier ou du cessionnaire<sup>(1)</sup>.

Cod. IV, 32, 6. — DIGESTE, IV, 4, 7 § 2 ; XIV, 3, 1 § 36 ; XVII, 1, 56 § 1 ; XVIII, 3, 4 § 4. — LAURENT, XVIII, 183. — AUBRY et RAU, § 322, note 3. — 372 all.

ART. 323

Pour que les offres réelles soient valables, il faut :

1° qu'elles soient faites au créancier ayant la capacité de recevoir, ou à celui qui a pouvoir de recevoir pour lui. En cas de faillite du débiteur, les offres doivent être faites à celui qui représente la masse ;

2° qu'elles soient faites par une personne capable de payer, même par un tiers agissant au nom et en l'acquit du débiteur ;

3° qu'elles soient de la totalité de la prestation exigible, des intérêts dus, des frais liquidés ;

4° que le terme soit échu, s'il a été stipulé en faveur du créancier ;

5° que la condition sous laquelle la dette a été contractée soit arrivée ;

6° que les offres soient faites au lieu dont on est convenu pour le paiement ; s'il n'y a pas de convention spéciale sur le lieu du paiement, qu'elles soient faites à la personne du créancier ou au lieu du contrat ; elles peuvent même être faites à l'audience, si le créancier est présent ;

7° qu'elles soient faites en la forme indiquée au Code de procédure.

Code IV, 32, 6, 9. — cf. 1258 fr.

ART. 324

L'offre non suivie de la consignation effective de la chose ne libère pas le débiteur. La consignation ne libère le débiteur des conséquences de sa demeure que pour l'avenir ; elle laisse subsister à sa charge les effets de la demeure acquis au jour de la consignation.

cf. 1257 fr. — TOULLIER, VI, 626. — AUBRY et RAU, § 308, § 322.  
— LAURENT, XVI, 244 ; XVIII, 144, 200.

ART. 325

Le débiteur d'une chose mobilière peut, après les offres et même après le dépôt, se faire autoriser à vendre la chose offerte pour le compte du créancier, et à consigner, s'il y a lieu, le produit de la vente, dans les cas suivants :

- 1<sup>o</sup> s'il y a péril en la demeure ;
- 2<sup>o</sup> lorsque les frais de conservation de la chose dépasseraient sa valeur ;
- 3<sup>o</sup> lorsque la chose n'est pas susceptible de consignation.

La vente doit être faite aux enchères publiques ; cependant, lorsque la chose a un prix de bourse ou de marché, le tribunal peut autoriser la vente par l'entremise d'un courtier ou d'un officier public à ce autorisé, et au prix courant du jour. Le débiteur doit notifier sans délai le résultat de la vente à l'autre partie, à peine des dommages ; il aura recours contre l'autre partie, à concurrence de la différence entre le produit de la vente et le prix convenu entre les parties, sans préjudice de plus amples dommages. Les frais de la vente sont à la charge du créancier ; ils seraient à la charge du débiteur, si celui-ci retirait la consignation.

cf. 68 com. it. — 383, 385 all. — DIGESTE, XVIII, 6, 1 § 3.

ART. 326

Le débiteur doit notifier sur-le-champ au créancier la consignation opérée pour son compte, à peine des dommages-intérêts ; cette notification peut être omise dans les cas où elle serait superflue ou impossible, aux termes des art. 321 et 322, 1<sup>o</sup> ci-dessus.

cf. 1259, 4<sup>o</sup> fr.

ART. 327

Applic. au gage : KHALIL, III, 551, 552.

ART. 327

A partir du jour de la consignation, la chose consignée demeure aux risques du créancier, lequel jouit aussi des fruits. Les intérêts cessent de courir, les gages et hypothèques s'éteignent, les co-débiteurs et les cautions sont libérés.

Cod. IV, 32, 2, 9, 19. — DIGESTE, XXII, 1, 1 § 3, 7. — DIGESTE, XXVI, 7, 28 § 2. — Cod. IV, 24, 10, 12 ; IV, 31, 12 ; VIII, 14, 20. — AUBRY et RAU, § 332 note 26 et § 308. — DEMOLOMBE, XXVIII, 142 et s. — cf. 1257 fr. — 1250 it. — 300 all.

ART. 328

Tant que la consignation n'a pas été acceptée par le créancier, le débiteur peut la retirer. Dans ce cas la dette renaît avec les privilèges et hypothèques qui y étaient attachés et les co-débiteurs ou cautions ne sont point libérés.

cf. 1264 fr. — 1263 it. — 376, 379 all.

ART. 329

Le débiteur n'a plus la faculté de retirer sa consignation :

1<sup>o</sup> lorsqu'il a obtenu un jugement, passé en force de chose jugée, qui a déclaré ses offres et sa consignation bonnes et valables ;

2<sup>o</sup> lorsqu'il a déclaré qu'il renonçait au droit de retirer sa consignation.

cf. 1262 fr. — 376 all.

ART. 330

En cas d'insolvabilité déclarée du débiteur, la consignation ne peut plus être retirée par ce dernier ; elle ne peut l'être que par la masse des créanciers, dans les conditions indiquées aux deux articles précédents.

Question controversée. — cf. 377 all. — DEMOLOMBE, XXVIII, n. 149. — cf. AUBRY et RAU, § 322 note 22. — LAURENT, XVIII, n. 207.

ART. 331

Les frais des offres réelles et de la consignation sont à la charge du créancier, si elles sont valables. Elles sont à la charge du débiteur, s'il retire sa consignation.

cf. 1260 fr. — 381 all.

ART. 332

Après quinze ans révolus, à compter du jour où la consignation a été notifiée au créancier, celui-ci n'a plus le droit de retirer la somme ou la chose consignée pour son compte, s'il ne l'a pas réclamée pendant ce délai, et le débiteur pourra la retirer encore qu'il y eût renoncé.

382 all.

CHAPITRE II

De quelques moyens d'assurer l'exécution des obligations

SECTION PREMIÈRE

*De la clause pénale*

ART. 333

La clause pénale est contraire à l'esprit du musulman, car elle constituerait « un bénéfice en cause » : ZARKANI, V, 83.

ART. 333

Le montant de l'indemnité qui sera due en cas d'inexécution ou de retard peut être déterminé d'avance dans le titre constitutif de l'obligation ; cette clause s'appelle clause pénale.

Inst. III, 15 § 7. — cf. 1152, 1226, 1229 fr. — 1209, 1212 it. — AUBRY et RAU, § 309. — LAURENT, XVII, 427 et suiv. — DEMO-LOMBE, XXVI, 645 et suivants.

ART. 334

Lorsque l'obligation contient un terme dans lequel elle doit être accomplie, la peine est encourue par la seule échéance du terme.

Si l'obligation ne contient pas un terme, la peine n'est encourue que lorsque le débiteur est constitué en demeure, s'il n'y a stipulation contraire.

Si l'obligation est de ne pas faire, la peine est encourue par le fait de la contravention.

cf. 1230 fr. — 1213 it. — 339 all. — DIGESTE, XLV, 1, 122 § 6; XLIV, 7, 23. — Cod. VIII, 37, 12. — LAURENT, XVII, 436. — Cassat. 4 février et 15 décembre 1884 (D. P. 85, 1, 422.)

ART. 335

Lorsque l'obligation contractée avec une clause pénale est indivisible, la peine est encourue par la contravention d'un seul des débiteurs, mais elle ne peut être demandée en totalité que contre celui qui a fait la contravention. Les autres débiteurs ne sont tenus que pour leur part et portion et hypothécairement pour le tout, sauf leur recours contre celui qui a fait encourir la peine.

AUBRY et RAU, § 301. — LAURENT, XVII, 466. — DIGESTE, XLV, 1, 4 § 1, 85 § 3. — 1232 fr.

ART. 336

Lorsque l'obligation contractée sous une peine est divisible, la peine n'est encourue que par celui des débiteurs qui contrevient à cette obligation, et pour la part seulement dont il était tenu dans l'obligation principale, sans qu'il y ait d'action contre ceux qui l'ont exécutée.

Cette règle reçoit exception dans les cas énumérés en l'art. ; dans ces cas, la clause pénale serait due par entier, par celui des débiteurs qui aurait empêché l'exécution, et pour leurs parts par les autres débiteurs, sauf leurs recours.

DIGESTE, XLV, 1, 2 § 5, 6, 72 pr. — cf. 1233 fr.

ART. 337

Le créancier, au lieu de demander la peine stipulée, peut poursuivre l'exécution de l'obligation principale, à moins que, d'après le titre constitutif, la peine ne soit due même pour simple retard, ou que, d'après ce même titre, le débiteur ne soit libéré en cas d'inexécution par le seul paiement de la peine.

1228, 1229 fr. — 340 all. — 1212 it. — DIGESTE, XLV, 1, 115 § 2, 122 § 6; XVII, 2, 41, 42, 71 pr.; XIX, 1, 28; XLIV, 4, 4 § 7; IV, 8, 38; II, 14, 10 § 1. — Instit. III, 15 § 7. — WINDSCHEID, § 285 et note 14. — AUBRY et RAU, § 309 et note 5. — LAURENT, XVII, 446, 461.

ART. 338

Le créancier qui a reçu sans réserve l'exécution de l'obligation principale, perd le droit de réclamer la peine. Le créancier qui a reçu la peine n'a le droit de réclamer aucuns autres dommages, s'il n'y a dol du débiteur.

1152, 1229 fr. — 1230 it. — *Contra* : 341 all.

ART. 339

La peine est due au créancier sans qu'il soit tenu de justifier d'aucun dommage.

DIGESTE, XLIV, 7, 44 § 5. — Instit. III, 15 § 7. — AUBRY et RAU, § 309. — DEMOLOMBE, XXVI, 663.

ART. 340

La preuve d'un fait négatif n'est pas rece-  
vée. — IBN NADJIM, I, 351, 352.

ART. 340

Le débiteur ne peut se soustraire aux effets de la clause pénale que s'il justifie d'avoir accompli l'obligation principale; il n'est pas tenu de faire cette preuve lorsqu'il s'agit d'une obligation de ne pas faire.

345 all. — WINDSCHEID, § 285, n° 5.

ART. 341

cf. KHALIL, IV, 397.

ART. 341

Le tribunal pourra diminuer la peine lorsque l'obligation aura été en partie accomplie par le débiteur, à moins toutefois que la peine ne soit due, d'après le titre même, pour le cas de retard ou d'exécution partielle. Cette stipulation est toujours présumée dans la clause pénale due par un commerçant pour affaires relatives à son commerce.

cf. 1214 it. — 1231 fr. — (En droit romain, l'accomplissement partiel de l'obligation ne suffit pas pour libérer le débiteur de la clause pénale): DIGESTE, XIX, 1, 47; II, 9 § 1. — cf. X, 2, 25 § 13.

ART. 342

Le tribunal pourra également réduire le montant de la clause pénale lorsque, d'après les circonstances, et même en tenant compte de tous les intérêts légitimes du créancier, la peine paraît évidemment exagérée.

Cette réduction ne peut avoir lieu qu'à la requête du débiteur, lequel perd le droit de la demander s'il a déjà acquitté la peine stipulée. Elle n'a pas lieu dans les clauses pénales dues par un commerçant pour affaires de commerce.

343 all. — 348 com. all. — cf. 1231 fr. — AUBRY et RAU, § 309. — LAURENT, XVII, 451.

ART. 343

La clause pénale n'est point due, lorsque l'inexécution ou le retard dans l'exécution dépend du fait du créancier ou d'une autre cause non imputable à la faute du débiteur.

Question controversée : DIGESTE, IX, 2, 22 pr.; XXII, 2, 8, 9; XLIV, 7, 23; II, 11, 2 § 1; 4 § 3; IV, 8, 21 § 9; II, 10, 1 § 3; XLV, 1, 69. — WINDSCHEID, § 285, n° 3. — LAURENT, XVII, 438 et suiv. — Sic : Rennes, 5 juin 1871 (S. 71, 2, 175). — Comp. Cassat. 20 janvier 1879 (D. P. 79, 1, 122).

ART. 344

La nullité de l'obligation principale, lorsqu'elle est d'ordre public ou qu'elle est exprimée par la loi, entraîne la nullité de la clause pénale, alors même que les parties auraient connu la nullité de l'obligation principale.

La nullité de la clause pénale n'entraîne point celle de l'obligation principale.

DIGESTE, XLV, 1, 69, 38 § 2; 4, 61, 134 pr.; XXXV, 2, 15, 1. — 1227 fr. — 1210 it. — 344 all. — TOULLIER, VI, 814. — DEMO-LOMBE, XXV, 233. — AUBRY et RAU, § 309.

SECTION II

*Des arrhes*

ART. 345

Le mot arabe, II, 283; ZARKANI, v, 83. (Le mot arabe est le même que le latin *arrhabo*, le grec *arrhabo*, ayant tous pour origine commune le phénicien correspondant, qui se retrouve en hébreu : (cf. GESENIUS s. v.)

ART. 345

Ce qui est donné à titre d'arrhes au moment de la convention est un signe de la perfection du contrat.

Instit. III, 23 pr. — DIGESTE, XVIII, 1, 35 pr. — 336 all. — cf. 1217 it. — 1590 fr. — cf. MERLIN, Répertoire V<sup>o</sup> *Denier à Dieu*. — POTHIER, Vente, n<sup>o</sup> 510.

ART. 346

ZARKANI, v, 83.

ART. 346

Le montant des arrhes sera porté en déduction de ce qui est dû par la partie qui les donne; à défaut, elles seront restituées après l'exécution du contrat<sup>(1)</sup>. Elles seront également restituées lorsque le contrat est résilié de commun accord.

DIGESTE, XIX, 1, 11 § 6; XIV, 3, 5 § 15. — 337 all.

ART. 347

cf. ZARKANI, V, 83.

ART. 347

Lorsque l'obligation ne peut être exécutée ou est résolue par la faute de la partie qui a donné les arrhes, celui qui les a reçues a le droit de les garder, mais il devra en déduire le montant des dommages-intérêts à lui alloués par le tribunal, et à défaut, les restituer après la prestation des dommages-intérêts.

338 all. — cf. 1217 it. — (En droit romain, le denier à Dieu devait être perdu pour celui qui l'avait donné, en cas d'inexécution ; mais cette conséquence ne pouvait résulter que d'une clause expresse : DIGESTE, XVIII, 3, 6 pr. 8 ; Cod. IV, 54, 1. Il en est de même en droit musulman : ZARKANI, V, 83. L'art. 1590 C. C. fr. et 1217 it. s'applique aux arrhes proprement dites, c'est-à-dire à ce qui est donné pour constater une promesse de contrat : (Instit. III, 23 § 1). Cette forme de clause pénale est défendue par le droit musulman, car elle impliquerait « un bénéfice sans cause » : ZARKANI, V, 83.)

SECTION III

*De l'action révocatoire et subrogatoire*

ART. 348

« Le débiteur de mon débiteur est mon débiteur » : TASOULI, I, 220. Action des créanciers contre celui qui a volé une chose appartenant à leur débiteur : TASOULI, I, 219.

Action subrogatoire de l'acheteur : TAOUZI, II, 346, « il est en cela comme le mandataire du vendeur » ; de la caution contre le débiteur principal : KHALIL, IV, 133 ; ZARKANI, V, 119 ; de la femme à qui les aliments sont dus contre le débiteur de son mari : TOUATI, p. 46 ; du porteur d'une obligation contre le débiteur de son débiteur absent : IBN FARHOUN, I, 122.

*Sécus* : les hanéfites : *Medjella*, 1639, 1640, 1641 ; *Morched-el-Hairan*, 644 (le créancier ne peut agir que comme mandataire ou cessionnaire de son débiteur) ; c'est le point de vue romain.

IBN NADJIM, I, 397. (Le créancier d'une succession n'a pas action contre les débiteurs héréditaires, il ne peut agir que contre les héritiers) : sic, *Eddor-el-Mokhtar*, VII, 83 et *Radd-el-Meh-tar*, ad loc.

ART. 348

Les créanciers peuvent, sans besoin de subrogation préalable, exercer tous les droits et actions de leur débiteur, sauf les droits exclusivement personnels, tels que ceux de puissance paternelle, de divorce, d'usage, d'habitation, d'aliments, les droits résultant des délits ou des quasi-délits commis contre la personne, et généralement tous ceux qui ne peuvent être ni saisis, ni cédés ; les actions rescisoires fondées sur l'incapacité ou la minorité du débiteur ne sont pas des actions personnelles au sens du présent article, et peuvent être exercées par les créanciers.

cf. 1166, 2093 fr. — 1234 it. — AUBRY et RAU, § 311, 312. — LAURENT, XVI, 383 et suiv. — DEMOLOMBE, XXV, n. 48 et suiv. — Cassation, 13 février 1866 (D. P. 66, 1, 85) ; 5 août 1878 (D. P. 79, 1, 75) ; 2 juin 1886 (D. P. 86, 1, 265).

ART. 349

Le créancier qui agit au lieu et place de son débiteur exerce les droits de ce dernier, mais dans son propre intérêt. En conséquence :

1° on peut lui opposer toutes les exceptions qui pourraient être opposées à son débiteur, pourvu qu'elles aient une cause antérieure à l'action judiciaire formée par le créancier ;

2° la chose jugée entre le créancier et le tiers contre lequel il agit au nom de son débiteur, peut être opposée à ce dernier, pourvu que le débiteur ait été mis en cause, encore qu'il se soit abstenu d'intervenir.

cf. LAURENT, XVI, 385, 400 et suiv. — AUBRY et RAU, § 312. — DEMOLOMBE, XXV, 107 et suiv. — Cassation, 23 mai 1870 (S. 71, 1, 151). — Poitiers, 24 janv. 1889 (D. P. 90, 2, 97). — Cassation, 13 janv. 1873 (D. P. 73, 1, 151).

ART. 350

Le créancier qui agit au nom de son débiteur profite seul du paiement qu'il a obtenu ; mais les actes conservatoires par lui faits profitent également à tous les autres créanciers.

*Séus* : Jurisprudence citée par DALLOZ, Oblig. n° 957. — LAURENT, XVI, 408.

ART. 351

Le gage constitué, mais non remis par le débiteur insolvable, peut être révoqué : KHALIL, III, 524. Révocation des donations ou transactions pour délits consenties par le débiteur insolvable : ib. IV, 99, 100 ; la révocation du cautionnement consenti par la caution au préjudice des droits de succession de son mari : ib. IV, 123 ; vente d'immeubles faite par le débiteur : *Amalyat*, 264 ; annulation des ventes faites par les héritiers d'un insolvable : ib. II, 338 ; révocation des affranchissements : ZARKANI, VIII, 121 ; révocation des actes de validité : *Tuhfat* d'IBN ACEM, 1453 ; vente

ART. 351

Les créanciers peuvent faire révoquer tout acte d'aliénation ou de renonciation accompli par le débiteur au préjudice de leurs droits, lorsque cet acte a pour effet d'amener ou d'aggraver l'insolvabilité du débiteur.

DIGESTE, XLII, 8, 1 pr. 12, 25 § 7, 3 § 2, 6 § 7, 24 *in fine*, 10 1 § 1 ; 15, 16. — cf. 622, 788, 1053, 1167 fr. — 1235, 949, 2112 it. — cf. AUBRY et RAU, § 313. — DEMOLOMBE, XXV, 136. — WINDSCHEID, § 463. — LAURENT, XVI, 435 et suiv., 478. — Cassation, 21 janvier 1878 (D. P. 78, 1, 197).

faite en fraude par le débiteur : Tribunal de l'Ouzara, n° 1662.

*Hanéfites* : les créanciers peuvent faire révoquer les ventes consenties par leur débiteur décédé et insolvable pour un prix inférieur à la valeur de la chose : *Medjella*, 395; *Morched-el-Hairan*, 361. Les remises de dettes accordées par un débiteur insolvable : *Morched-el-Hairan*, 242. Les legs : *ib.* 88, 89. Voir aussi *IBN NADJIM*, II, 27; *HAMAQI*, sur *IBN NADJIM*, II, p. 47, n° 7; *IBN NADJIM*, II, 75; *ib.* II, 205. (La vente d'une hérédité insolvable sans le consentement des créanciers est nulle; le Cadhi peut seul vendre au profit des créanciers; il en est de même de la transaction et du partage. Au contraire, la transaction serait valable si elle n'amenait pas l'insolvabilité du débiteur.) Voir aussi : *ib.* II, 257, note 4 et 284 note 8, 288, note 7.

La reconnaissance d'un dépôt par l'héritier ne fait pas foi contre les créanciers héréditaires : *ib.* II, 287.

*N.-B.* — En droit musulman, les actes faits par l'insolvable sont valables : (cf. *DIGESTE*, 42, 8, 9, 10, 16), mais les créanciers ont le droit de faire interdire le débiteur en état de déconfiture : (*Medjella*, 999, 1092; *Eddor-el-Mohhtar*, III, 546), et à partir de ce moment, les actes par lui accomplis sont assimilés à ceux accomplis par un incapable; on voit cependant par les textes ci-dessus cités que, dans l'application, la jurisprudence musulmane se rapproche de notre conception de l'action Paulienne.

#### ART. 352

*Sécus*, les *malékites* : il n'y a pas de renonciation dans le cas de celui qui refuse d'accepter une libéralité; les créanciers d'un failli ne pourraient le contraindre à accepter une donation : *Tohfat d'IBN ACEM*, 1456.

#### ART. 352

L'action révocatoire est également recevable lorsque le débiteur, sans diminuer son patrimoine, a négligé l'occasion de l'augmenter.

*DIGESTE*, XXVII, 9, 5 § 8; L, 16, 28 pr.; XXIV, 1, 5 § 6, 7. — *AUBRY et RAU*, § 313. — *DEMOLOMBE*, XXV, 164 et s. — cf. *WINDSCHEID*, § 69 p. 180. — *Sécus* : *LAURENT*, XVI, 438. — *BAUDRY LACANTINERIE*, II, 917.

ART. 353

cf. ZARKANI, VIII, 121, 122.

ART. 353

La révocation ne peut être demandée que par les créanciers dont les droits ont une cause antérieure à l'acte dont ils demandent la révocation, et elle ne profite qu'à eux tant que l'insolvabilité n'est pas déclarée<sup>(1)</sup>.

Elle n'a pas lieu pour les actes du débiteur qui sont la suite de droits exclusivement attachés à sa personne, tels que ceux de puissance paternelle, de divorce, d'aliments, d'usage, d'habitation.

DIGESTE, XLII, 8, 10 § 1, 15, 16. — cf. 788, 1053 fr. — AUBRY et RAU, § 313. — TOULLIER, VI, 351. — DEMOLOMBE, XXV, 150, 169, 263 sq. — LAURENT, XVI, 473, 460.

ART. 354

La demande en révocation, lorsqu'elle a pour objet des immeubles ou autres objets susceptibles d'hypothèque, doit être transcrite en marge de l'acte d'aliénation en la forme établie par l'art. ; elle ne nuit point aux tiers de bonne foi, lesquels ont régulièrement acquis, à titre onéreux, des droits sur les immeubles antérieurement à la transcription de la demande en révocation.

cf. 1236 it. — LAURENT, XVI, 449. — cf. *ibid.* 465 et s.

ART. 355

L'action en révocation se prescrit par une année, à partir du jugement qui déclare l'insolvabilité; si l'insolvabilité n'a pas été déclarée, l'action se prescrit, dans tous les cas, par quinze ans à partir de la date de l'acte, ou de sa transcription, quand il a pour objet des immeubles.

Question controversée. — cf. DIGESTE, XLII, 8, 10 § 1. — TOULLIER, VI, 356. — AUBRY et RAU, § 313 4<sup>e</sup>. — DEMOLOMBE, XXV, 241. — LAURENT, XVI, 476.

SECTION IV

*Du droit de rétention*

ART. 356

Le droit de rétention est celui de posséder la chose appartenant au débiteur, et de ne s'en dessaisir qu'après paiement de ce qui est dû au créancier. Il ne peut être exercé que dans les cas spécialement établis par la loi.

cf. 273 all. — 374 com. all. — 95 com. fr. — cf. D. P. 71, 4, 209 note. — (En droit romain le droit de rétention a lieu dans tous les contrats de bonne foi. — cf. DIGESTE, XXIV, 3, 21; VI, 1, 23, 4. — Code VIII, 27, l. un; VIII, 45, 5.)

ART. 357

(1) KHALIL, III, 547; IV, 196, 374.  
IBN NADJIM, I, 120 (associé indivis).  
*Eddor-el-Mokhtar*, III, 445, 453 (Celui qui a trouvé une chose perdue a le droit de rétention pour le remboursement des dépenses de conservation.)

(2) KHALIL, IV, 406; IBN NADJIM, I, 120.

ART. 357

Le droit de rétention est reconnu en faveur du possesseur de bonne foi :

1<sup>o</sup> pour les dépenses nécessaires à la conservation de la chose, jusqu'à concurrence de ces dépenses<sup>(1)</sup>;

2<sup>o</sup> pour les dépenses qui ont amélioré la chose, pourvu qu'elles soient antérieures à la demande en revendication, jusqu'à concurrence de la plus-value acquise par le fonds ou par la chose ; le droit de rétention ne peut être exercé pour les dépenses simplement voluptuaires<sup>(2)</sup>;

3<sup>o</sup> pour la réparation du dommage à lui causé par la chose.

Et dans tous les autres cas exprimés par la loi.

DIGESTE, XXV, 1, 1 § 1, 3, 2 § 4, 14 pr. ; L, 16, 79 ; XII, 6, 33 ; XLIV, 4, 14 ; XXV, 1, 5 § 3, 6, 14 § 1 ; VI, 1, 38 ; X, 3, 14 § 1 ; V, 3, 38, 39. — cf. 555, 861, 867, 1673, 2087 fr. — 701, 704, 705, 709, 1023, 1863 it. — DALLOZ, Rétention, 31, 36, 42, 43 ; Propriété, 435.

ART. 358

ZAKKANI, v, 77 : Celui qui a payé les arré-  
d'une rente viagère, contrat nul, n'a pas le  
de rétention pour se faire rembourser ce  
payé de ce chef.

ART. 358

Le droit de rétention ne peut être exercé :  
1° par le possesseur de mauvaise foi ;  
2° par le créancier dont la créance a une cause illicite<sup>(1)</sup>  
ou prohibée par la loi.

ART. 359

Le droit de rétention peut avoir pour objet les choses  
tant mobilières qu'immobilières, ainsi que les titres qui  
représentent des droits incorporels, nominatifs, à l'ordre  
ou au porteur.

ART. 360

Le droit de rétention ne peut être exercé :  
1° sur les choses perdues ou volées, revendiquées par  
leur possesseur légitime ;  
2° sur les choses à l'égard desquelles le créancier  
savait ou devait savoir qu'elles n'appartenaient pas au  
débitéur ;  
3° sur les choses ayant le caractère d'aliments et tous  
autres objets soustraits à l'exécution mobilière.

cf. 369 com. all. — 227, 294 suisse. — 559 all. — 1958, 3° it.

ART. 361

de rétention de celui qui a prêté une  
argent, lorsque le gage est déclaré nul :  
Mehar, v, 465. Droit de rétention du  
lorsque le prix n'est pas payé : ZAR-  
159, 160; Amalyat, 152.  
BERG : Droit musulman hanéfite, p. 83.

ART. 361

Il ne peut être exercé que dans les conditions sui-  
vantes :  
1° si le créancier est en possession de la chose ;  
2° si la créance est échue. Lorsqu'elle n'est pas liquide,  
le tribunal fixera au créancier un délai, le plus bref  
possible, pour liquider ses droits ;  
3° si la créance est née des rapports d'affaires existant  
entre les parties, ou de la chose même qui est l'objet de  
la rétention.

cf. 273 all. — 224 suisse. — DALLOZ, Privil. et hypot., 323, 325 ;  
Rétent., 18. — VIVANTE, II, n° 975. — WINDSCHEID, § 354, note 9.

ART. 362

Le créancier est censé nanti de la chose lorsqu'elle est à sa disposition, dans ses magasins ou navires, dans ceux de son commissionnaire, facteur ou agent, à la douane ou dans un entrepôt public, ou lorsqu'il en est saisi, avant l'arrivée de la chose, moyennant un connaissement ou lettre de voiture.

cf. 362, 456 com. it. — 369, 397, 421 com. all.

ART. 363

Lorsque les objets retenus par le créancier ont été déplacés clandestinement ou malgré son opposition, il aura le droit de les revendiquer afin de les rétablir au lieu où ils se trouvaient, dans les trente jours à partir du moment où il a eu connaissance du déplacement.

Passé ce délai, il est déchu du droit de suite.

cf. 560, 561 all.

ART. 363

HAMAOU, sur IBN NADJIM, II, 254, note 4. Le vendeur qui a le droit de rétention peut revendiquer les choses vendues si l'acheteur les a prises sans son autorisation.

ART. 364

Le droit de rétention peut être exercé même à raison de créances non échues :

1° lorsque le débiteur a suspendu ses paiements ou est en état d'insolvabilité déclarée;

2° lorsqu'une exécution poursuivie sur le débiteur a donné un résultat négatif.

cf. 577 com. fr. — 1469 com. it. — 226 suisse. — 370 com. all. — DALLOZ, Faillite n. 1237.

ART. 365

Le droit de rétention ne peut être exercé lorsque les choses appartenant au débiteur ont été remises au créancier avec une affectation spéciale, ou lorsque le créancier s'est engagé à en faire un emploi déterminé. Cependant lorsque, postérieurement à ces faits, le créancier apprend la suspension des paiements ou l'insolvabilité de son débiteur, il est autorisé à faire usage du droit de rétention.

369, 370 com. all. — 225, 226 suisse. — GOLDSCHMIDT, *Hand.* n. 998. — VIVANTE, II, § 53.

ART. 366

*cf. Medjella, art. 24.*

ART. 366

Quand le droit de rétention est éteint par la dépossession, il renaît si, par un fait antérieur, le créancier est remis en possession de la chose.

*cf. 369 com. all. — Sécus : DALLOZ, Rétent. 14.*

ART. 367

*Medjella, 482.*

ART. 367

Le créancier qui exerce le droit de rétention est soumis, quant à la garde et à la conservation de la chose, aux mêmes obligations que le créancier gagiste, et il répond de toute perte ou détérioration imputable à sa faute; si elle périt par cas fortuit, il ne répond pas de la perte, mais il ne peut plus répéter sa créance, s'il ne justifie que la chose eût également péri si elle se fût trouvée au pouvoir du créancier.

*cf. DALLOZ, Propriété, 440 ; Rétent., 72.*

ART. 368

Lorsque la chose retenue par le créancier est sujette à dépérissement ou court risque de se détériorer, le créancier peut se faire autoriser à la vendre dans les formes prescrites pour la vente du gage; le droit de rétention s'exerce sur le produit de la vente.

*cf. Loi franç. du 31 mars 1896, relative à la vente des objets laissés par les voyageurs.*

ART. 369

Le tribunal pourra, d'après les circonstances, ordonner la restitution des choses retenues par le créancier, si le débiteur offre de déposer entre les mains de ce dernier une chose ou valeur équivalente, ou de consigner la somme réclamée jusqu'à la solution du litige. Il peut aussi ordonner la restitution partielle de ces choses dans les cas où elle peut se faire, lorsque le débiteur offre d'en déposer l'équivalent; l'offre d'une caution ne suffirait pas à libérer le gage.

*cf. 273, 562 all. — 369 com. all. — 412 com. it. — cf. 1466 it. — 228, 461 suisse.*

ART. 370

A défaut de paiement de ce qui lui est dû, le créancier peut, après une simple sommation faite au débiteur, se faire autoriser par le tribunal à vendre les choses dont il est nanti, et à appliquer le produit de la vente au paiement de sa créance par privilège sur tous autres créanciers. Il est soumis, en ce qui concerne cette liquidation et ses suites, à toutes les obligations du créancier gagiste.

228 suisse. — 371 all. — VIVANTE, II, n° 279. — cf. AUBRY et RAU, IV, § 404, note 3. — SIREY sur l'art. 1948, n° 5 et autor. citées.

ART. 371

(1) IBN NADJIM, II, 53, note 7.

ART. 371

Le droit de rétention peut être opposé aux créanciers et ayants-cause du débiteur, dans les mêmes cas où il pourrait être opposé au débiteur lui-même<sup>(1)</sup>.

cf. 369, 372 com. all. — 578 com. fr. — PONT, I, 511. — AUBRY et RAU, § 256 bis et notes 20 à 23; § 404. — *Contra* : DALLOZ, Rétent., 73, 75, 77.

## TITRE VI

### De la nullité et de la rescision des obligations

#### CHAPITRE PREMIER

##### De la nullité des obligations

###### ART. 372

« Ce qui est nul n'a point de règle » : *Eddor-el-Mokhtar*, v, 442.  
*MADIM*, II, 194, 270.  
*MADIM*, I, 325, note 5.  
*Milla*, 52, 110, 370.  
*Mohd-el-Hairan*. § 311, 313, 432.  
L'obligation nulle est celle qui manque de l'un des éléments essentiels à son existence juridique ; l'obligation rescindable est celle qui est viciée par un élément qui n'est pas essentiel : *Morched-el-Mokhtar*, 310, 428, 433 ; *HAMAOU* sur *IBN*, I, 325, II, 194, note 2 ; *Eddor-el-Mokhtar*, 465 ; *Radd-el-Mehtar*, v, 38 ; IV, 9, 138.  
L'obligation rescindable a effet, comme si elle était valable, jusqu'au moment où elle est annulée : *Eddor-el-Mokhtar*, v, 465 ; l'obligation nulle n'a aucun effet : *ibid.* et VI, 145.

###### ART. 373.

*MILL*, III, 523.  
*Milla*, 50, 52.  
*MADIM*, I, 155 ; II, 270, 271.  
*Eddor-el-Mokhtar*, IV, 16.  
*MILL*, III, 514, 526.  
*MADIM*, I, 154, 155.

###### ART. 372

L'obligation nulle de plein droit ne peut produire aucun effet, sauf la répétition de ce qui a été payé indûment en exécution de cette obligation.

L'obligation est nulle de plein droit :

1° lorsqu'elle manque d'une des conditions substantielles de sa formation ;

2° lorsque la loi en édicte la nullité dans un cas déterminé.

cf. DIGESTE, L. 17, 23. — 1310 it. — *AUBRY* et *RAU*, § 334, 248. — *LAURENT*, XVIII, 528 et suiv.

###### ART. 373

La nullité de l'obligation principale entraîne la nullité des obligations accessoires<sup>(1)</sup>, à moins que le contraire ne résulte de la loi ou de la nature de l'obligation accessoire.

La nullité de l'obligation accessoire n'entraîne point la nullité de l'obligation principale<sup>(2)</sup>.

DIGESTE, L. 17, 139, § 1, 178. — *Arg.* 1227 all. — 1, 1281, 1287, 1294, 1301, 2013, 2180 fr. — cf. 1599, ib.

ART. 374

*Malékites :*

ABOU EL HASAN ap. BENNANI, v, 22.

ZARKANI, v, 23; cf. VII, 77.

IBN FARHOUN, I, 204.

*Hanéfites :*

*Eddor-el-Mokhtar*, v, 7; IV, 160.

IBN NADJIM, I, 149; II, 55.

HAMAOU, II, p. 31, note 6. Celui qui reconnaît devoir un animal déterminé et une maison, sans détermination, fait un aveu valable seulement quant à l'animal. (La question est d'ailleurs controversée dans ce cas spécial.)

La nullité partielle d'un témoignage annule la déposition pour le tout : (*Eddor-el-Mokhtar*, IV, 537.

ART. 375

HAMAOU SUR IBN NADJIM, II, 57, 4; KHANIAT ap. HAMAOU, II, 61, note 6 : cf. IBN NADJIM, II, 48. Une vente nulle pour défaut de prix peut-elle être valable comme donation? Non : IBN NADJIM, I, 323. Un gage nul, comme tel, peut valoir comme dépôt : *Eddor-el-Mokhtar*, v, 442; le bail à complant, nul comme tel, peut valoir comme louage d'ouvrage : *ib.* v, 343; le marché à forfait, nul comme tel, peut valoir comme louage d'ouvrage : ZARKANI, VII, 64.

ART. 376

HAMAOU, I, 325 (ce qui est nul de plein droit ne peut être ratifié).

IBN NADJIM, II, 95.

*Radd-el-Mehtar*, IV, 9 (ce qui est nul n'est pas susceptible de ratification; ce qui est annulable peut être ratifié).

ART. 374

La nullité d'une partie de l'obligation annule l'obligation pour le tout, à moins que celle-ci puisse continuer à subsister à défaut de la partie atteinte de nullité.

DIGESTE, XLV, 1, 1 § 5. — Cod., VIII, 54, 34. — 139 all. — AUBRY et RAU, § 344, p. 318. — LAURENT, XVI, 86.

ART. 375

L'obligation qui est nulle comme telle, mais qui a les conditions de validité d'une obligation légitime, peut valoir sous cette nouvelle forme, lorsqu'il résulte des circonstances que les parties l'auraient ainsi voulue si elles avaient connu la nullité de l'obligation primitive.

DIGESTE, XLVI, 4, 8, 19 pr.; XVIII, 5, 5 pr.; XXIX, 1, 3; XIII, 5, 1 § 4. — 140 all. — AUBRY et RAU, § 349; § 418 et note 5.

ART. 376

La confirmation d'une obligation nulle de plein droit ne peut valoir que comme obligation nouvelle, et seulement à partir de la date de la confirmation, dans les cas où elle est permise par la loi.

cf. 141 all. — MERLIN, Rép., V<sup>o</sup> Ratification, n<sup>o</sup> 9. — AUBRY et RAU, § 337. — DEMOLOMBE, XXIX, n<sup>o</sup> 729. — LAURENT, XVIII, n<sup>o</sup> 564 et suiv. — cf. TOULLIER, VIII, n<sup>o</sup> 518 et suiv. — Cassation, 29 mai 1883 (D. P. 83, 1, 48); 5 décembre 1882 (D. P. 83, 1, 171); 20 juillet 1887 (D. P. 88, 1, 171).

## CHAPITRE II

### De la rescision des obligations

#### ART. 377

Un an en cas de lésion : TASOULI, II, 106; art. V, 153; *Tohfat* d'IBN ACEM, 830, 910, (violence, lésion).

#### ART. 377

L'action en rescision a lieu dans les cas prévus aux articles 9, 47, 63, 65, 66 et dans les autres cas déterminés par la loi. Elle se prescrit par un an dans tous les cas où la loi n'indique pas un délai différent<sup>(1)</sup>. Cette prescription n'a lieu qu'entre ceux qui ont été parties à l'acte.

cf. Cod. V, 74, 3; II, 53, 7. — cf. 1300 it. — 1304 fr. — 28 suisse. — 121, 123 all. (qui accorde cependant 30 ans en cas d'erreur). — AUBRY et RAU, § 339. — DEMOLOMBE, XXIX, n. 128. — LAURENT, XIX, n° 27. — WINDSCHEID, § 441, note 34.

#### ART. 378

*Med-el-Hairan*, 296, règle générale; *Med-el-Hairan*, art. 24.

*Tohfat* d'IBN ACEM, 979.

#### ART. 378

Ce temps ne court, dans le cas de violence, que du jour où elle a cessé; dans le cas d'erreur ou de dol, du jour où ils ont été découverts; à l'égard des actes faits par les mineurs, du jour de leur majorité; à l'égard des actes faits par les interdits et les incapables, du jour où l'interdiction est levée ou du jour de leur décès; en cas de lésion, lorsqu'il s'agit de majeurs, du jour de la prise de possession de la chose qui fait l'objet du contrat<sup>(1)</sup>.

Cod. II, 53, 5, 7. — cf. 1300 it. — 1304 fr. — 28 suisse. — TOULLIER, VII, n. 714. — LAURENT, XIX, n. 49. — DEMOLOMBE, XXIX, n. 158. — AUBRY et RAU, § 339. — Cassation, 8 avril 1891 (D. P. 91, 1, 454).

ART. 379

La prescription d'un an s'applique également, dans les cas sus-énoncés, à l'Etat, aux communes et aux autres personnes morales, à partir du jour où l'acte susceptible d'être annulé est devenu définitif, d'après les lois et règlements administratifs.

AUBRY et RAU, § 339. — LAURENT, XIX, n. 17 et 36. — Cassation, 23 février 1887 (D. P. 87, 1, 177); 12 janvier 1874 (D. P. 74, 1, 161); 18 mai 1886 (D. P. 87, 1, 121).

ART. 380

<sup>(1)</sup> *Eddor-el-Mokhtar*, IV, 177.

ART. 380

L'action en rescision se transmet aux héritiers<sup>(1)</sup> pour le temps qui restait à leur auteur, sauf les dispositions relatives à l'interruption ou à la suspension de la prescription.

DIGESTE, IV, 4, 3 § 9, 18 § 5, 19, 50; IV, 1, 6. — 1301 it. — SAVIGNY, § 335. — WINDSCHEID, § 120.

ART. 381

L'action en rescision est prescrite, dans tous les cas, par le laps de quinze ans à partir de la date de l'acte.

cf. art. 121, 124 all.

ART. 382

L'exception de nullité peut être opposée par celui qui est assigné en exécution de la convention dans tous les cas où il aurait pu lui-même exercer l'action en rescision.

Cette exception n'est pas soumise à la prescription établie par les articles 377 à 381 ci-dessus.

DIGESTE, IV, 3, 40; IV, 6, 28; XLIV, 4, 2. — 1302 it. — AUBRY et RAU, § 339. — DEMOLOMBE, XXIX, 137. — SAVIGNY, § 253. — WINDSCHEID, 112. — cf. LAURENT, XIX, n. 57 et suiv. — Cassation, 18 mai 1886 (D. P. 87, 1, 121); 21 juin 1880 (D. P. 81, 1, 108).

ART. 383

KHALIL, III, 172; TAOUÏI, II, 76; TASOULI, II, 130; IBN NADJIM, II, 270 et note 3; 271 note 5. *Morched-el-Haïran*, 298, 299. La décharge donnée dans un contrat annulable n'a point d'effet rétroactif : *Radd-el-Mehtar*, VI, 470. Le juge qui prononce la rescision a-t-il effet rétroactif? Question controversée : IBN NADJIM, II, 195, note 2, p. 196.

Les vices de l'obligation annulable ne nuisent pas aux tiers : IBN NADJIM, I, 331.

Exception en cas de violence ; la rescision vaut pour ceux qui ont succédé à l'auteur de la violence : *Ib.* II, 95; *Morched-el-Haïran* : 298, 299. Après les *maldékites*, la vente faite sous le coup de violence est rescindée « et le vendeur restitue la chose... sans rembourser le prix » : *Toh-tah* IBN AÇEM, 830; mais cette règle n'est pas absolue : voir note 769, *ibid.*

ART. 384

MOUÏI SUR IBN NADJIM, II, 142.

ART. 383

La rescision de l'obligation a pour effet de remettre les parties au même et semblable état où elles étaient au moment où l'obligation a été constituée<sup>(1)</sup>, et de les obliger à se restituer réciproquement tout ce qu'elles ont reçu l'une de l'autre en vertu ou en conséquence de l'acte annulé, sauf les droits régulièrement acquis par les tiers de bonne foi<sup>(2)</sup>.

cf. 142 all. — 1308 it. — MERLIN, Rép., V<sup>o</sup> Rescision, n<sup>o</sup> 4. — TOULLIER, VII, 543. — AUBRY et RAU, § 336. — DEMOLOMBE, XXIX, n. 167.

ART. 384

La confirmation ou ratification d'une obligation contre laquelle la loi admet l'action en rescision n'est valable que lorsqu'elle renferme la substance de cette obligation, la mention du motif qui la rend annulable, et la déclaration qu'on entend réparer le vice qui donnerait lieu à la rescision.

1338 fr. — 1309 it. — LAURENT, XVIII, 613, 617. — TOULLIER, VIII, n. 496. — AUBRY et RAU, § 337.

ART. 385

*Malékites :*

Application au mandat : KHALIL, IV, 227, 233.

*Hanéfites :*

En général, *Morched-el-Hairan* ; *Medjella*, 55 ; HAMAOUR, III, 141 et note 9.

Application à la vente : *Medjella*, 312, 335, 359 ; *Eddor-el-Mokhtar*, IV, 181 ; louage, *ibid.* 447 ; aux obligations, en général, *ibid.*, 1006 ; aux partages, 1126 ; au mandat, *ibid.* 1453 ; *Morched-el-Hairan*, 920 ; à la lésion : *Morched-el-Hairan*, 548 ; violence : IBN NADJIM, II, 95. (Ce qui distingue l'obligation nulle de l'obligation contractée sous le coup de la violence, c'est que celle-ci est susceptible de ratification.)

La ratification d'un acte emporte-t-elle la renonciation à l'action en dommages qui en résulte ? Question controversée : IBN NADJIM, II, p. 97 et note 5.

ART. 385

A défaut de confirmation ou de ratification expresse, il suffit que l'obligation rescindable soit exécutée volontairement, en tout ou en partie, par celui qui en connaît les vices, après l'époque à laquelle l'obligation pouvait être valablement confirmée ou ratifiée.

La confirmation, reconnaissance ou exécution volontaire, dans les formes et à l'époque déterminée par la loi, emporte la renonciation aux moyens et exceptions, que l'on pouvait opposer contre l'obligation rescindable, sans préjudice des droits régulièrement acquis par les tiers de bonne foi, avant la ratification ou exécution.

God. II, 46, 1, 2. — 1311, 1338 fr. — 1309 it. — WINDSCHEID, § 83. — LAURENT, XVIII, n. 599 et suiv. — AUBRY et RAU, § 337. — Cassation, 17 juillet 1883 (D. P. 84, 1, 61) ; 1<sup>er</sup> juin 1880 (S, 80, 1, 405) ; 14 mai 1889 (D. P. 90, 1, 468) ; 5 mars 1889 (D. P. 89, 1, 343) ; 2 février 1881 (D. P. 81, 1, 181).

TITRE VII

De l'extinction des obligations

ART. 386

Les *hanéfites* réduisent tous les modes d'extinction de l'obligation à deux catégories principales :

- 1<sup>o</sup> la satisfaction du créancier ou paiement ;
- 2<sup>o</sup> la renonciation du créancier ou remise de la dette, sans qu'un paiement soit intervenu : (cf. IBN NADJIM, I, 336 et note 8 ; II, 210 ; HAMAOUR, II, p. 8, note 1.) Ils distinguent l'obligation de son objet : l'extinction de l'obligation ne consiste pas dans la remise de la chose qui en fait l'objet, mais dans la résolution du lien de droit moyennant le paiement ou une autre cause admise par la loi : HAMAOUR, II, p. 44, note 2.

*N.-B.* — Théoriquement, la confusion et la prescription n'auraient pas dû être rangées parmi les modes d'extinction de l'obligation : la confusion dégage la personne du débiteur, sans éteindre l'obligation (DIGESTE, XLVI, 1, 71 pr.) ; la prescription paralyse l'action, mais n'atteint pas le

ART. 386

Les obligations s'éteignent par :

- 1<sup>o</sup> le paiement ;
- 2<sup>o</sup> l'impossibilité de l'exécution ;
- 3<sup>o</sup> la remise volontaire ;
- 4<sup>o</sup> la novation ;
- 5<sup>o</sup> la compensation ;
- 6<sup>o</sup> la confusion ;
- 7<sup>o</sup> la prescription ;
- 8<sup>o</sup> la résiliation volontaire.

rien de droit : (Cod. VII, 39, 3 et note à l'art. . .)  
Voir aussi pour la doctrine moderne : AUBRY et  
RAU, §§ 314 et 330; LAURENT, XVII, 469. Cepen-  
dant, il a paru plus conforme aux besoins de la  
pratique de grouper ici les différentes causes qui  
éteignent l'obligation ou lui font perdre son effi-  
cacité.

## CHAPITRE PREMIER

### Du paiement

#### ART. 387

IBN NADJIM, II, 76, notes 9 et 10.  
*Tohfat* d'IBN ACEM, 778, 779 et note 690.  
Lorsque le créancier prétend avoir trouvé, dans  
une somme payée, des monnaies frelatées ou faus-  
ses, le débiteur est cru sur son serment, s'il dé-  
clare qu'à sa connaissance, la somme par lui  
payée consistait en monnaies de bon aloi et ayant  
le poids légal : ZARKANI, VI, 220.

#### ART. 388

ZARKANI, V, 81 et 82.  
BENNANI, V, 81; TASOULI, II, 151.  
*Tohfat* d'IBN ACEM, 331 et note 239 (paiement  
d'un reliquat de dot); 780 et notes 695, 781,  
782 et 699.  
Ib. 1011 et note 953; (dation en paiement);  
Ib. 1013 et note 956.  
On suppose, naturellement, que le créancier ait  
la capacité pour recevoir un paiement : ib. 1015.  
La doctrine musulmane a introduit ici de nom-  
breuses restrictions inspirées par le désir d'em-  
pêcher le lucre illicite, l'usure : on n'a pas cru  
nécessaire de la suivre sur ce terrain spécial.

#### ART. 389

*Tohfat* d'IBN ACEM, note 954; cf. note 687.

#### ART. 387

L'obligation est éteinte lorsque la prestation qui en  
est l'objet est faite au créancier, dans les conditions  
déterminées par la convention ou par la loi.

DIGESTE, XLVI, 3, 61. — Instit., III, 19, § 4. — cf. 1239 fr. —  
1241 it. — 362 all. — AUBRY et RAU, § 315. — LAURENT, XVII,  
476.

#### ART. 388

L'obligation est également éteinte lorsque le créancier  
consent à recevoir en paiement total ou partiel de sa  
créance une prestation autre que celle portée dans  
l'obligation ; ce consentement est présumé lorsqu'il  
reçoit sans réserve une prestation différente de celle  
qui était l'objet de l'obligation.

DIGESTE, XLIV, 4, 4, § 31; XVI, 1, 5. — Cod. VIII, 43, 17. —  
Instit. III, 29, pr.— 363, 364 all.— LAURENT, XVII, 556.— DEMO-  
LOMBE, XXVII, n. 230. — AUBRY et RAU, § 318. — Cassation,  
31 juillet 1850 (D. P. 50, 1, 236).

#### ART. 389

Le débiteur qui donne en paiement à son créancier  
une chose, une créance ou un droit incorporel, est tenu  
de la même garantie que le vendeur à raison, soit des  
vices cachés de la chose, soit de l'insuffisance du titre.

DIGESTE, XLVI, 3, 20, 38 § 3, 46 pr, 69, 72 § 5, 98 pr.; XIII,  
7, 24 pr.; XXXIX, 6, 18 § 1, 31 § 3. — AUBRY et RAU, § 209. —  
TROPLONG, Transcript., n. 61. — 365 all.

§ I. — *De l'imputation des paiements*

ART. 390

KHALIL, III, 562, 563; IBN FARHOUN, I, 250; (en cas de doute, on impute proportionnellement le paiement sur la dette garantie et sur celle qui ne l'est pas; si elles sont échues et non garanties, le paiement est imputé sur les deux dettes également; enfin, si l'une est échue et l'autre ne l'est pas, l'imputation se fait sur la dette échue).

*Medjella*, 1775.

*Morched-el-Hairan*, 216.

*Fctoua-Hendia*, II, 222.

IBN NADJIM, II, 46 et note 4.

ART. 390

Les paiements s'imputent sur la dette que le débiteur désigne lorsqu'il paie; s'il n'a rien dit, il conserve le droit de déclarer la dette qu'il a eu l'intention de payer; en cas de doute, l'imputation se fait sur la dette qu'il a, pour lors, le plus d'intérêt à acquitter, et de préférence sur celle qui est échue; entre plusieurs dettes échues, sur celle qui offre le moins de garanties pour le créancier; entre plusieurs dettes également garanties, sur celle qui est la plus onéreuse pour le débiteur; entre plusieurs dettes également onéreuses, sur la plus ancienne en date.

DIGESTE, XLVI, 3, 1, 104, § 1, 5 § 2, 3 § 1, 48, 97, 103. — Cod., VIII, 43, 1. — cf. 1253-1256 fr. — 1255-1258 it. — 366 all. — TOULLIER, VII, 174. — AUBRY et RAU, § 230. — LAURENT, XVII, 616 et suiv.

ART. 391

Lorsque le débiteur de diverses dettes a accepté une quittance par laquelle le créancier a imputé ce qu'il a reçu sur l'une de ces dettes spécialement, le débiteur ne peut plus demander l'imputation sur une dette différente, si l'imputation a été faite d'une manière conforme à ses intérêts.

DIGESTE, XLVI, 3, 1. — cf. 1255 fr. — 1267 it. — *Sécus* : AUBRY et RAU, § 320, n. 8. — LAURENT, XVII, n. 612.

## CHAPITRE II

### De l'impossibilité de l'exécution

#### ART. 392

En général *Morched-el-Hairan*, 254.  
Vente : *Eddor-el-Mokhtar*, IV, 57 ; IBN NADJIM, II, 195 ; Louage : *Morched-el-Hairan*, 255 ;  
KHALIL, IV, 600.  
Société : IBN NADJIM, II, 159 et note 3.  
Legs : mort de l'esclave légué : HAMAOUÏ, II, p. 6.  
En général : HAMAOUÏ, 259, note 3.  
Cette règle ne s'applique pas aux choses fongibles, p. ex. au prix dans la vente : HAMAOUÏ sur IBN NADJIM, II, 249, notes 3 et 4. (*Genus non perit.*)

#### ART. 392

L'obligation s'éteint lorsque, depuis qu'elle est née, la prestation qui en fait l'objet est devenue impossible naturellement ou juridiquement, sans le fait ou la faute du débiteur et avant qu'il soit en demeure. Cette règle n'a pas lieu lorsque le débiteur s'est aussi chargé du cas fortuit.

DIGESTE, XLIV, 7, 1 § 4 ; XLV, 1, 51 ; XLVI, 3, 407 ; L, 17, 23 ; XLV, 1, 83 § 5 ; XXX, 47 § 4 à 6 ; XVII, 1, 39. — cf. 1298 it. — 275 all. — 1302, 1722, 1741, 1795, 1867 fr. — AUBRY et RAU, § 308, 331, 348. — TOULLIER, VII, n° 462. — WINDSCHEID, § 264. — SAVIGNY, Oblig. I, § 37 ; II, § 81. — LAURENT, XVIII, n. 509, 510, 516.

#### ART. 393

*École hanéfite* : IBN NADJIM, II, 195.

#### ART. 393

Lorsque l'impossibilité n'est que partielle, l'obligation n'est éteinte qu'en partie, à moins qu'il ne résulte de la nature de l'obligation ou des circonstances que le créancier n'aurait aucun intérêt à une exécution partielle.

cf. 1722 fr. — AUBRY et RAU, § 331, 309 et notes 2 et 3 ; LAURENT, XVIII, 513.

#### ART. 394

KHALIL, III, 526.  
KHALIL, IV, 139  
IBN NADJIM, II, 208. (Lorsque la chose dont l'usufruit est légué est détruite ou détériorée, le droit de l'usufruitier s'établit sur l'indemnité qui est due par l'auteur du délit ou du quasi-délit.)

#### ART. 394

Lorsque l'obligation est éteinte par l'impossibilité de l'exécution, sans la faute du débiteur, les droits et actions relatifs à la chose due qui appartiennent à ce dernier passent au créancier<sup>(1)</sup> ; les obligations accessoires sont éteintes<sup>(2)</sup>.

DIGESTE, XIX, 1, 13 § 12, 17 ; XVI, 3, 1 § 47, 2 ; XVIII, 1, 35 § 4 ; XVIII, 4, 21 *in fine*. — 1299 it. — 1303 fr. — Question controversée : WINDSCHEID, § 264, note 6. — AUBRY et RAU, § 331, note 5. — LAURENT, XVIII, n. 511.

ART. 395

(1) HAMAOU, sur IBN NADJIM, II, 210, note 2 : (vente).

ART. 395

Lorsque l'inexécution de l'obligation provient d'une cause indépendante de la volonté des deux contractants, et sans que le débiteur soit en demeure, le débiteur est libéré, mais il n'a plus le droit de demander la prestation due par l'autre partie<sup>(1)</sup>.

Lorsque l'impossibilité n'est que partielle, il y aura lieu à une réduction proportionnelle de ce qui est dû par l'autre partie.

Si l'autre partie a déjà rempli son obligation, elle a le droit, selon les cas, d'en répéter la totalité, ou une partie, comme indue.

DIGESTE, XIX, 1, 50; XIX, 2, 9 § 1, 4, 6, 15 § 6, 33; XIV, 2, 10 pr.; XII, 6, 39, 40 § 1. — cf. 323 all. — WINDSCHEID, § 324 n. 16.

ART. 396

*Ecole malékite* : Si la chose vendue a péri par le fait de l'acheteur, la perte tient lieu de délivrance et le prix est dû.

*Ecole hanéfite*, même solution : *Eddor-el-Mokhtar*, IV, 57.

ART. 396

Lorsque l'impossibilité d'exécution dépend du fait du créancier ou d'une autre cause qui lui est imputable, le débiteur conserve le droit d'exiger l'exécution de l'obligation pour ce qui lui est dû, mais il est tenu de faire raison à l'autre partie de ce qu'il épargne par suite de l'extinction de son obligation ou de l'emploi qu'il fait ou devrait faire de son travail.

cf. DIGESTE, III, 5, 11. — 324 all.

CHAPITRE III

De la remise de l'obligation

ART. 397

(1) cf. *Eddor-el-Mokhtar*, IV, 233.  
*Morched-el-Hairan*, 232.  
*El-Hamadja*, II, 143.  
IBN NADJIM, II, 161 et note 5.

(2) IBN NADJIM, II, p. 43 et 248.  
HAMAOU, sur IBN NADJIM, I, 188.  
IBN NADJIM, I, 272 et HAMAOU, *ad loc.*; HAMAOU, II, p. 8, note 1, « car la remise de dette

ART. 397

L'obligation est éteinte par la remise volontaire qu'en fait le créancier capable de faire une libéralité<sup>(1)</sup>.

La remise de l'obligation est valable quoiqu'elle ne soit pas acceptée expressément par le débiteur<sup>(2)</sup>.

DIGESTE, XXXIV, 3, 7 § 1; XLVI, 4, 16 pr.— Instit. III, 29 § 1.  
— *Sécus* : DEMOLOMBE, XXX, n. 536. — DUVERGIER sur TOULLIER, X, n. 290.

une renonciation, et la renonciation ne re-  
sert pas d'acceptation. »  
Eddor-el-Mokhtar, VII, 186 et Radd-el-Mehtar,  
ad loc.  
Eddor-el-Mokhtar, VI, 23 et Radd-el-Mehtar  
ad loc. : « L'aveu et la remise de dette ne re-  
tiennent point d'acceptation, mais n'ont pas d'ef-  
fet sur celui en faveur duquel ils sont faits refuse  
de les accepter... car chacun est maître de ses  
biens, et nul ne peut l'empêcher d'en disposer  
comme il lui plait; mais l'autre partie a le droit de  
refuser, si elle ne veut pas recevoir une faveur...

ART. 398

IBN NADJIM, I, 321 ; II, 42. p. 161 et note 5 ;  
HAMAOU, II, p. 8, note 1.  
HAMAOU sur IBN NADJIM, I, 336.  
IBN FARHOUN, II, 68, 79 (question contro-  
versée chez les malékites.) Voir aussi LAMIATE  
et LAMANE, 202, 203.  
L.B. — En droit romain, la remise de dette  
(acceptilatio) ne s'applique qu'aux obligations  
pures; les obligations réelles ne peuvent être  
remises directement au moyen de l'acceptilatio :  
DIGESTE, XLVI, 4, 8 § 3, 19, pr. Instit. III, 29,  
1. Les hanéfites disent aussi : « On ne peut  
remettre au débiteur d'une chose déterminée au  
moyen de la remise de dette, mais on peut le  
faire au moyen de l'action relative à cette chose... »  
IBN NADJIM, II, 211 ; Eddor-el-Mokhtar, VII,  
ad loc. et Radd-el-Mehtar, ad loc.). L'acceptilatio  
peut être soumise à un terme ou à une  
condition expresse; mais la condition et le terme  
non exprimés ne nuisaient pas : DIGESTE, I, 17,  
1. IV, 4, 4, 5 : Il en est de même en droit ha-  
néfite. IBN NADJIM, II, 45 et la note 6.

ART. 399

hanéfites : IBN NADJIM, I, 154.  
malékites : IBN FARHOUN, II, 81. (Elle constitue  
une présomption, qui doit être complétée par le  
consentement du débiteur.)

ART. 398

La remise peut être expresse et résulter d'une con-  
vention, d'une quittance ou autre acte portant libération  
ou donation de la dette au débiteur<sup>(1)</sup>.

Elle peut aussi être tacite et résulter de tout fait indi-  
quant clairement chez le créancier la volonté de renon-  
cer à son droit<sup>(2)</sup>.

La restitution volontaire du titre original faite par le  
créancier au débiteur fait présumer la remise de la  
dette.

DIGESTE, XXII, 1, 17 § 1; XXII, 3, 24; II, 14, 2 § 1. — Cod.  
VIII, 26, 7, 43, 14. — cf. 1212, 1282, 1283 fr. — 1279 it. — Cassation,  
8 décembre 1886 (D. P. 87, 5, 308); 20 octobre 1890 (D. P. 91, 1,  
263). — AUBRY et RAU, § 323. — GIORGI, Oblig., VII, 212. —  
TOULLIER, VII, 324. — WINDSCHEID, § 357.

ART. 399

La restitution par le créancier de la chose donnée en  
nantissement ne suffit point pour faire présumer la re-  
mise de la dette.

DIGESTE, II, 14, 3. — cf. Cod., VIII, 26, 7. — cf. 1286 fr. —  
1280 it.

ART. 400

IBN NADJIM, II, p. 43 et note 5.

La remise faite par le délégataire au débiteur délégué est-elle valable, quoique ce dernier refuse de l'accepter? (Question controversée, *ibid.* et note 2.)

ART. 400

La remise de l'obligation n'a aucun effet lorsque le débiteur refuse expressément de l'accepter. Il ne peut refuser :

1° lorsqu'il l'a déjà acceptée;

2° lorsqu'elle a été donnée à la suite d'un accord intervenu entre le créancier et lui.

*Non potest liberalitas nolenti adquiri* : DIGESTE, XXXIX, 5, 19 § 2.

ART. 401

*Malékites* :

Tout avantage fait à un héritier, en dehors de sa réserve légitime, est prohibé, ainsi le legs : argument *Koran*, IV, 37; cf. *Tohfât* d'IBN ACEM, vers. 1380 et note 1290; vers. 1399, 1415; la vente : *ibid.*, 839.

De même que la reconnaissance de dette : *ib.*, 1400... mais cette dernière peut être validée, lorsque la cause en est exprimée et non sujette à contestation : *ibid.*, 1406.

*Hanéfites* :

*Morched-el-Hairan*, 241; cf. *Medjella*, 73; IBN NADJIM, II, 26.

Mais il y a un moyen ingénieux d'éluder la loi : c'est de donner à la libération la forme d'un aveu; ainsi est valable la déclaration suivante faite par le malade : « Je déclare qu'un tel ne me doit rien. » *Ibid.*

ART. 401

Est nulle la remise faite par un malade directement ou sous toute autre forme, pendant sa dernière maladie, à l'un de ses héritiers, de tout ou partie de ce qui lui est dû par ce dernier; mais elle peut être validée :

1° si les autres héritiers la ratifient;

2° lorsqu'elle a une cause exprimée et dont on justifie l'existence.

cf. ZEYS, Droit musulman, II, n. 432.

ART. 402

*Morched-el-Hairan*, 242.

HAMAOUÏ SUR IBN NADJIM, II, 123, note 5.

*Tohfât* d'IBN ACEM, vers. 838 (même règle en cas de vente).

ART. 402

La remise accordée par un malade à un tiers pendant sa dernière maladie est valable jusqu'à concurrence du tiers de ce qui reste dans la succession après le paiement des dettes.

ART. 403

Eddor-el-Mokhtar, VII, 198 ; IV, 579 ; cf. Mehtar, *ad loc.* ; IBN NADJIM, II, 164 et 3, 4 ; II, 211, NADJIM, II, p. 48 et HAMAOU, note 3 ; Mehtar, VII, 188. Est le système d'Abou Yousouf ; (d'après Mo- le débiteur est libéré juridiquement, reste obligé *in foro conscientiae* : *ibid.*, cf. II, 2). Analyat, 220 ; 271 ; KHALIL, IV, 91, 92, 93. LAMIATE EZZAKKAKE, 129 ; mais voir la TAUDI à p. 131, *ibid.*

ART. 403

La remise ou libération de toute dette en général et sans réserve ne peut être révoquée et libère définitivement le débiteur, alors même que le créancier ignorerait le montant précis de sa créance<sup>(1)</sup> ou que des titres à lui inconnus seraient découverts par la suite<sup>(2)</sup>, s'il n'est justifié d'aucune fraude ni dol de la part du débiteur ou d'autres personnes de complicité avec lui.

cf. DIGESTE, XLVI, 4, 18.

CHAPITRE IV

De la novation

ART. 404

ed-el-Hairan, 251.

ART. 404

La novation est l'extinction d'une obligation moyennant la constitution d'une obligation nouvelle qui lui est substituée.

DIGESTE, XLVI, 2, 1 pr., 31 § 1. — Instit., III, 29 § 3.

ART. 405

IV, 117.

ART. 405

La novation ne se présume point ; il faut que la volonté de l'opérer résulte clairement de l'acte ou des circonstances.

Cod., VIII, 42, 8. — DIGESTE, XLVI, 2, 28 ; XLV, 1, 58. — Instit., III, 29 § 3. — DIGESTE, XLVI, 2, 2, 6 pr., 8 § 1, 5, 26. — 1273, 1275 fr. — 1269 it. — AUBRY et RAU, § 324, 4. — TOULLIER, VII, 276, 277. — DEMOLOMBE, XXVIII, 268 et suiv. — LAURENT, XVIII, 260 et suiv. — Cassation, 8 novembre 1875 (D. P. 76, 1, 438) ; 19 juillet 1881 (D. P. 83, 1, 39) ; 19 novembre 1888 (D. P. 89, 5, 327).

ART. 406

Il faut, pour opérer la novation :

1<sup>o</sup> que l'ancienne obligation soit valable, même comme obligation simplement naturelle ;

2<sup>o</sup> que l'obligation nouvelle qui lui est substituée soit aussi valable.

cf. LAURENT, XVIII, 247 et suiv. — AUBRY et RAU, § 324.

ART. 407

La novation ne peut s'opérer que si le créancier est capable d'aliéner, et le nouveau débiteur capable de s'obliger. Les tuteurs, mandataires et administrateurs du bien d'autrui ne peuvent nover que dans le cas où ils peuvent aliéner et en observant les mêmes formes.

DIGESTE, XLVI, 2, 3, 9 pr., 20 § 1, 34 § 1. — cf. 1272 fr. — 1268 it. — LAURENT, XVIII, 256 et suiv. — AUBRY et RAU, § 324. — DEMOLOMBE, XXVIII, 263 et suiv. — La capacité du tuteur est controversée en droit français : AUBRY et RAU, l. c. note 23. — LAURENT, l. c. — MARCADÉ, sur l'art. 1272, nos 2, 3. — TOULLIER, VII, 298.

ART. 408

- (<sup>1</sup>) *Morched-el-Hairan*, 250.  
IBN NADJIM, I, 326, 327 ; HAMAOU, *ad. loc.*  
(<sup>2</sup>) KHALIL, IV, 115, 116.  
*Medjella*, 648, 669 ; *Morched-el-Hairan*, 887.  
(<sup>3</sup>) KHALIL, IV, 116.

ART. 408

La novation s'opère de trois manières :

1<sup>o</sup> lorsque le créancier et le débiteur conviennent de substituer une nouvelle obligation à l'ancienne, laquelle est éteinte, ou de changer la cause de l'obligation ancienne (<sup>1</sup>) ;

2<sup>o</sup> lorsqu'un nouveau débiteur est substitué à l'ancien qui est déchargé par le créancier (<sup>2</sup>) ; cette substitution peut s'opérer sans le concours du premier débiteur ;

3<sup>o</sup> lorsque, par l'effet d'un nouvel engagement, un nouveau créancier est substitué à l'ancien, envers lequel le débiteur se trouve déchargé (<sup>3</sup>).

La simple indication, faite par le débiteur, d'une personne qui doit payer à sa place, n'opère point novation ; il en est de même de la simple indication faite par le créancier d'une personne qui doit recevoir pour lui.

DIGESTE, XLVI, 2, 8 § 5 ; XLVI, 3, 91. — Instit., III, 29 § 3. — 1271, 1274, 1277 fr. — 1267, 1270 it. — Cassation, 15 novembre 1886 (D. P. 87, 1, 499) ; 9 décembre 1891 (D. P. 92, 1, 59).

ART. 409

IBN KHALIL, III, 488, 489.  
HAMAOU sur IBN NADJIM, I, 326, note 7.  
IBN NADJIM, I, 327 et HAMAOU, notes 2, 3. (Il  
est que le nouveau contrat renferme quelque  
chose de différent, quant à la valeur ou à la qua-  
lité de la prestation.)

ART. 409

La substitution d'une prestation à celle portée dans l'ancienne obligation peut constituer novation, si elle est de nature à modifier essentiellement l'obligation. L'indication d'un lieu différent pour l'exécution, les modifications portant soit sur la forme, soit sur les clauses accessoires, telles que le terme, les conditions ou les garanties de l'obligation, ne constituent pas novation, si le contraire ne résulte clairement de l'acte ou des circonstances.

cf. DIGESTE, XLVI, 2, 8 § 1, 20, 28. — Instit., III, 29 § 1 et § 3. — Cod., VIII, 42, 8. — AUBRY et RAU, IV § 324. — LAURENT, XVIII, 268. — DEMOLOMBE, XXIV, 278. — WINDSCHEID, § 353, note 2, § 354. — GIORGI, VII, 391. — Cassation, 8 novembre 1875 (D. P. 76, 1, 438); 20 novembre 1877 (D. P. 78, 1, 222); 25 février 1885 (D. P. 85, 1, 281); 5 août 1878 (D. P. 79, 1, 71).

ART. 410

IBN KHALIL, IV, 116.  
HAMAOU, 649.  
IBN NADJIM, I, 321.  
Moussé-el-Mehtar, VII, 225.

ART. 410

La délégation par laquelle un débiteur donne au créancier un autre débiteur qui s'oblige envers le créancier opère novation, si le créancier a spécialement déclaré qu'il entendait décharger son débiteur qui a fait la délégation.

Cod., VIII, 42, 8. — cf. 1275 fr.— 1271 it. — LAURENT, XVIII, n. 317. — DEMOLOMBE, XXVIII, 313.

ART. 411

IBN KHALIL, IV, 116, 121.  
HAMAOU, 221; TAOUÏDI, II, 57; TASOULI, II, 58.  
Moussé-el-Mehtar, 659; Mörched-el-Hairan, 898.

ART. 411

Dans le cas de l'article ci-dessus, la délégation opère la libération du déléguant, et le créancier n'a aucun recours contre lui, si le débiteur délégué devient insolvable, à moins qu'il n'en ait été autrement convenu entre les parties<sup>(1)</sup>, ou qu'à l'insu du créancier, le débiteur délégué ne fût déjà en état d'insolvabilité au moment où la novation est intervenue.

Cod., VIII, 42, 3. — DIGESTE, XVII, 1, 26 § 2; 45 § 7. — cf. 1276 fr. — 1272 it. — AUBRY et RAU, § 324. — MERLIN, Délégation, § 2. — TOULLIER, VII, 302. — LAURENT, XVIII, 320.

ART. 412

(1) *Morched-el-Hairan*, 883.

ART. 412

Le débiteur qui a accepté la délégation ne peut opposer au nouveau créancier de bonne foi, les exceptions qu'il aurait eues contre le créancier primitif, sauf son recours contre ce dernier<sup>(1)</sup>. Il peut opposer toutefois au nouveau créancier les exceptions qui dépendent de la qualité de la personne, lorsque ces exceptions étaient fondées au moment où il a accepté la délégation.

DIGESTE, XLII, 1, 41 pr. — DIGESTE, XLIV, 4, 4 § 20; XLVI, 2, 12, 13, 19 pr.; XLIV, 5, 1 § 10; XXIII, 3, 78 § 5. — 1278 it. — Question controversée en droit français : TOULLIER, VII, 291. — AUBRY et RAU, § 324, n. 8. — Cassation, 24 janvier 1892 (D. P. 73, 1, 75).

ART. 413

(1) KHALIL, IV, 119; TASOULI, II, 48; TAUDI, II, 48.  
*Morched-el-Hairan*, 252.

ART. 413

Les privilèges et hypothèques de l'ancienne créance ne passent point à celle qui lui est substituée, si le créancier ne les a expressément réservées<sup>(1)</sup>.

La convention qui transfère les garanties réelles de l'ancienne dette à la nouvelle n'a d'effet à l'égard des tiers que si elle est faite en même temps que la novation, et si elle est transcrite dans les formes établies en l'article

cf. 1278 fr. — 1274 it.

ART. 414

(1) IBN NADJIM, II, 164.  
*Medjella*, 51, 1227.

ART. 414

La novation éteint définitivement l'ancienne obligation, lorsque celle qui lui est substituée est valable; les effets de la novation ne sont point subordonnés à l'exécution de la nouvelle obligation<sup>(1)</sup>.

ART. 415

Cependant, lorsque la nouvelle obligation dépend d'une condition suspensive, l'effet de la novation dépend de l'évènement de la condition et si celle-ci vient à défaillir, la novation est non avenue.

DIGESTE, XLVI, 3, 98 § 8; II, 14, 30 § 2; XLVI, 2, 8 § 1, 14 pr., 24; XII, 1, 36; XII, 6, 60 § 1. — AUBRY et RAU, § 324 et note 17.

CHAPITRE V

De la compensation

ART. 416

*Mor-el-Mokhtar*, v, 431; *Radd-el-Mehtar*, 458.

TAHOUI sur IBN NADJIM, II, p. 47, note 5.

*Mached-el-Hairan*, 177, 184, 565, 566, 892, 1014, 1013.

TAHOUI, II, 51; TASOULI, II, 51.

TAZARAT, cité dans la *Tohfat d'IBN ACEM*,

700 : « Vous avez sur quelqu'un une dette et cette personne en a une de même nature sur vous. Vous faites abandon de ce qui est dû en compensation de ce que vous devez même. »

Compensation opérée *officio judicis* : LAMIATE et MERLIN, p. 53.

ART. 416

La compensation s'opère par la volonté des parties ou par l'office du juge, lorsque les parties sont réciproquement et personnellement créancières et débitrices l'une de l'autre.

DIGESTE, XVI, 2, 18 § 1. — Cod., IV, 31, 9. — cf. 1289, 1290 fr. — 1285, 1286 it. — WINDSCHEID, § 349 n° 5. — AUBRY et RAU, § 326 et n. 21. — LAURENT, XVIII, n. 419 et suiv. — DEMOLOMBE, XXVIII, n. 561, 643.

ART. 417

La compensation doit être expressément opposée par celui qui y a droit.

DIGESTE, XVI, 2, 2, 4, 5; XXVII, 4, 1 § 4; XVI, 2, 5; XL, 7, 20 § 2. — AUBRY et RAU, § 328. — MERLIN, Rép. V° Comp., § 1, n° 5.

ART. 418

Le débiteur qui a accepté sans réserve la cession faite par le créancier à un tiers ne peut plus opposer au cessionnaire la compensation qu'il eût pu, avant l'acceptation, opposer au créancier primitif; il peut seulement exercer sa créance contre le cédant. La cession qui n'a point été acceptée par le débiteur, mais qui lui a été signifiée, n'empêche que la compensation des créances postérieures à cette signification.

cf. 1295 fr.— 1291 it.— 406 all.— LAURENT, XVIII, n. 295, 462.  
— DEMOLOMBE, XXVIII, n. 330.— AUBRY et RAU, § 324, § 329, § 359 bis.— Cassation, 2 mai 1853 (D. P. 53, 1, 141); 4 février 1889 (D. P. 90, 1, 121).

ART. 419

KHALIL, III, 499.  
*Radd-el-Mchtar*, IV, 332.

ART. 419

L'associé ne peut opposer à son créancier la compensation de ce qui est dû par le créancier à la société. Le créancier de la société ne peut opposer à l'associé la compensation de ce qui lui est dû par la société; il ne peut opposer à la société ce qui lui est dû personnellement par l'un des associés.

(Question controversée quant aux soc. civiles). — cf. 571 suisse.  
719 all. — LYON-CAEN et RENAULT, Précis, I, 286. — AUBRY et RAU, § 326. — TOULLIER, VII, 378. — DEMOLOMBE, XXVIII, 566. — LAURENT, XVIII, 430.

ART. 420

KHALIL, III, 499.

ART. 420

La compensation n'a lieu qu'entre dettes de même espèce, et par exemple, entre choses mobilières de même espèce et qualité, ou entre du numéraire et des denrées ou autres choses qui se consomment par l'usage.

Paull. sentent., II, 5 § 3. — cf. 1291 fr. — 1287 it.

ART. 421

La théorie *malékite* admet aussi la compensation lorsque l'une des deux dettes n'est pas liquide : KHALIL, III, 500; TAoudi, II, 52 cf. seq.; on y ajoute de nombreuses distinctions entre dettes en numéraire, celles de denrées alimentaires, etc. — On n'en compte pas moins de huit. — On peut avoir un résumé exact de la théorie *malékite* dans ZEYS, Traité élémentaire de droit musulman algérien, I, n° 319 et suiv.

ART. 421

Pour opérer la compensation il faut que les deux dettes soient liquides et exigibles, mais il n'est pas nécessaire qu'elles soient payables au même lieu. La déchéance du terme encouru par le débiteur insolvable n'a pas pour effet de rendre la dette compensable.

DIGESTE, XVI, 2, 6, 7 pr.; XL, 7, 20 § 2; XVI, 2, 15. — Cod., IV, 31, 14 § 1. — 390 all. — 1291 fr. — cf. 446, 3<sup>o</sup> Comm. fr. — DEMOLOMBE, XXVIII n. 656, 676. — AUBRY et RAU, § 325, 326 et n. 15; LAURENT, XVIII, 400, 403, 468 et suiv. — Cassation, 16 mars 1892 (S. 92, 1, 374); 8 juillet 1890 (D. P. 90, 1, 353); 15 juillet 1885 (D. P. 86, 1, 248).

ART. 422

Compensation entre deux dettes : HAMAoui, sur IBN NADJIM, II, p. 47, 48.

ART. 422

Lorsque les dettes ne sont pas payables au même lieu, la compensation ne s'opère qu'en faisant raison de la différence du change, ou de prix, s'il s'agit de denrées, à la partie en faveur de laquelle la différence existe.

DIGESTE, XVI, 2, 15. — 1296 fr. — 1292 it. — 391 all. — AUBRY et RAU, § 326. — LAURENT, XVIII, n. 440. — DEMOLOMBE, XXVIII, n. 533.

ART. 423

Une dette prescrite ne peut être opposée en compensation, à moins qu'elle ne fût pas encore prescrite au moment où elle aurait pu être opposée en compensation à l'autre partie.

cf. DIGESTE, XVI, 2, 14. — 390 all. — TOULLIER, VII, 389. — AUBRY et RAU, § 326 et n. 5.

ART. 424

KHALIL, II, 500.  
TAOUDI, II, 51; TASOULI, II, 51.  
*Eddor-el-Mokhtar*, IV, 331, 332.  
*Morched-el-Hairan*, 227.  
*Radd-el-Mehtar*, IV, 332.

ART. 425

(1) *Eddor-el-Mokhtar*, IV, 332 ; voir cependant  
IBN NADJIM, II, 49.

(2) *Eddor-el-Mokhtar*, IV, 332; *Morched-el-  
Hairan*, 229; IBN NADJIM, II, 50 et note 2.

(3) *Eddor-el-Mokhtar*, IV, 332.  
IBN NADJIM, II, p. 49.

ART. 424

La compensation peut avoir lieu entre des dettes qui ont des causes ou des quotités différentes. Lorsque les deux dettes ne sont pas de même somme, la compensation s'effectue jusqu'à concurrence de la dette la moins forte.

Arg. Cod., IV, 31, 14 § 1. — cf. 1293 fr. — WINDSCHEID, § 350 n° 5. — AUBRY et RAU, 326.

ART. 425

La compensation n'a pas lieu :

1° lorsque l'une des dettes a pour cause des aliments ou autres créances non saisissables<sup>(1)</sup>;

2° contre la demande en restitution d'une chose dont le propriétaire a été injustement dépouillé, soit par violence, soit par fraude ou d'une créance ayant pour cause un autre délit ou quasi-délit<sup>(2)</sup>;

3° contre la demande en restitution d'un dépôt, d'un prêt à usage ou d'un précaire<sup>(3)</sup> ou contre la demande en dommages-intérêts résultant de ces contrats, au cas de perte de la chose due;

4° lorsque le débiteur a renoncé dès l'origine à la compensation, ou lorsque l'acte constitutif de l'obligation l'a prohibée;

5° contre les créances de l'État et des communes pour contributions ou taxes, à moins que la créance de celui qui oppose la compensation ne soit due par la même caisse qui réclame la contribution ou la taxe.

Cod., IV, 34, 11; IV, 31, 14 § 1, 2. — Instit., IV, 6 § 30. — DIGESTE, XVI, 2, 20; XLIX, 14, 46 § 5. — Cod., IV, 31, 3, 7; IV, 34, 1. — cf. 1293 fr. — 1289 it. — 393, 395 all. — 581 Procéd. fr. — DEMOLOMBE, XXVIII n. 603, 604. — AUBRY et RAU, § 327, n. 4 et 7. — MERLIN, V° Compens., § 3. — TOULLIER, VII, 379 sq. — WINDSCHEID, § 351, n. 28. — LAURENT, XVIII, 447, 448, 454. — Cassation, 11 mai 1880 (D. P. 80, 1, 470).

ART. 426

d. HAMAOUÏ, II, p. 47, note 5.

ART. 426

La compensation n'a pas lieu au préjudice des droits régulièrement acquis à des tiers et, notamment, de ceux résultant d'une hypothèque, d'une saisie-arrêt, d'une déclaration de faillite.

1298 combiné, 1242 fr. — 1204 it. — 443, 446, com. fr. — AUBRY et RAU, § 326. — TOULLIER, VII, 381. — Cassation, 2 juillet 1873 (D. P. 73, 1, 412).

ART. 427

JARKANI, v, 77.

BENNANI, v, 82.

Morched-el-Hairan, 184; Eddor-el-Mohhtar, 332.

les hanéfites considèrent la compensation comme un paiement que le créancier se fait à lui-même.

d. HAMAOUÏ, III, 44, note 2; Radd-el-Mchtar, 196.

ART. 427

L'effet de la compensation opposée est d'opérer l'extinction des deux dettes, jusqu'à concurrence de leurs quotités respectives, à partir du moment où les deux dettes se sont trouvées exister à la fois, dans les conditions déterminées par la loi pour donner lieu à la compensation.

DIGESTE, XVI, 2, 4, 10 pr., 21. — Instit., IV, 6 § 30. — 389 all. — 1289, 1290 fr. — WINDSCHEID, § 349 n° 2 et n° 5. — LAURENT, XVIII, n. 381.

ART. 428

Lorsqu'il y a plusieurs dettes compensables dues par la même personne, on suit, pour la compensation, les règles établies pour l'imputation.

1297 fr. — 1293 it. — 396 all.

## CHAPITRE VI

### De la confusion

#### ART. 429

KHALIL, IV, 135; ZARKANI, VIII, 26.  
*Medjella*, 442 (louage); IBN NADJIM, II, 205;  
*Morched-el-Hairan*, 909.

#### ART. 429

Lorsque les qualités de créancier et de débiteur d'une même obligation se réunissent dans la même personne, il se fait une confusion de droits qui empêche le créancier d'exercer son action, et l'obligation est réputée éteinte.

La confusion peut être totale ou partielle, selon qu'elle a lieu pour toute l'obligation ou pour une partie seulement.

DIGESTE, XLVI, 3, 107 et 75. — Instit., IV, 8 § 6, 1. — DIGESTE, XLVI, 1, 71 pr.; XXXIV, 3, 21 § 1 et 33. — cf. 1300 fr. — LAURENT, XVIII, n. 485 et suiv. — AUBRY et RAU, § 330. — DEMOLOMBE, XXVIII, n. 697 et suiv. — Cassation, 14 août 1889 (D. P. 90, 1, 168)

#### ART. 430

cf. IBN NADJIM, II, 164.

#### ART. 430

Lorsque la cause qui a produit la confusion vient à disparaître, la créance revit avec ses accessoires, à l'égard de toutes personnes, et la confusion est réputée n'avoir jamais eu lieu.

cf. 1698 fr. — cf. AUBRY et RAU, § 330, 359. — TOULLIER, VII, § 437. — DALLOZ : Vente nos 1946, 1966. — LAURENT, XVIII, 497, 506.

## CHAPITRE VII

### De la prescription

#### ART. 431

*Malékites* : d'après une tradition du Prophète « Le droit d'un musulman ne peut s'éteindre » : TOUATI, II, 12; cependant, la prescription s'acquiesce peu à peu en droit *malékite* : prescription annale de l'action contre la succession du défunt : KHALIL, IV, 325, 532 et contre la succession de l'agent, dans le contrat du command : TOUATI, *ibid.*, IV, 532; de l'action en dommages : TOUATI, II, 345; TAOUZI, II, 345; prescription de un an de l'action en rescision pour lésion : *fatwa* d'IBN ACEM, 979; prescription d'une année pour l'exercice du droit de *chefaâ* (retrait de division) : TOUATI, Manuel des Notaires, p. 170; prescription de l'action contre le tuteur par vingt ans : EL MAZERI ap. ZARKANI, VIII, 203 ou dix ans, d'après d'autres : *ibid.*, cf. *Amalyat*, 214; prescription annale de l'action en dommages envers les voisins : Code tunisien de 1861, article 520; prescription de vingt ans pour les obligations sur titre écrit : *Amalyat*, p. 279 et pour toutes les obligations sans distinction : Code tunis. de 1861, art. 116; prescription générale de trente ans admise par MALEK : ZARKANI, VII, 223, ou de vingt ans (d'après EL MAZERI, *ibid.*), même lorsqu'il y a titre écrit. La jurisprudence actuelle admet la prescription par quinze ans : Tribunal d'Ouzara, nos 2434, 2301, 1064, 1691 et Tribunal de Tunis, 23 janv. 1888, C. d'Appel d'Alger, 10 janv. 1889 (*Journal*, 1889, p. 8); Tunis, 10 juill. 1893 (*Journal*, 1896, 589 et la note 2); Ouzara, 30 novembre 1896 (*ibid.* 1897, p. 34); Ouzara, 1<sup>er</sup> juillet 1897 (*ibid.*, 1897, 640); Tunis, 10 janv. 1897 (*ibid.*, 1897, 664); 25 février 1896 (*ibid.* 1896, 325); elle se fonde sur une présomption de paiement : KHALIL, IV, 532; ZARKANI, VIII, 223 et éteint l'action. Dans les actions réelles, la prescription se fonde sur une présomption de restitution : cf. TOUATI, Formulaire des Notaires, p. 185. Elle s'accomplit par dix ans : IBN FARUKAN, II, 60.

*Hanéfites* : l'Ecole hanéfite part aussi du principe « Le droit ne peut s'éteindre par le laps du temps » : NADJIM, I, 353; mais un jurisconsulte, IBN

#### ART. 431

La prescription, pendant le laps de temps fixé par la loi, éteint l'action naissant de l'obligation.

DIGESTE, XLVI, 8, 25 § 1; XLVI, 1, 37; II, 11, 10 pr.; XXXVI, 1, 59 pr.; III, 5, 8 pr.; XII, 2, 9 § 3. — cf. 2262, fr. — AUBRY et RAU, § 314, 775. — WINDSCHEID, § 112. — SAVIGNY, § 248.

Ans, admet une prescription générale de trente-trois ans, fondée sur une présomption de renonciation. On finit par admettre une prescription de quinze ans, établie par les décrets des Sultans, sauf pour les droits successifs et les fondations pieuses : HAMAOUÏ SUR IBN NADJIM, I, 353. IBN NADJIM la reconnaît formellement : (I, 369), car « la juridiction du juge peut être limitée, quant au temps ou à la matière : l'ordre des Sultans, de ne pas juger les affaires après quinze ans, est une limitation de ce genre, il doit être obéi ». C'est donc une extinction de l'action, « car le juge ne peut entendre l'affaire en tant que juge » : HAMAOUÏ, note 5, *ad loc.*; mais le droit n'est pas éteint : suppl. au *Radd-el-Mehtar*, VI, 453. Prescription de l'obligation d'aliments : IBN NADJIM, II, 249. Les aliments dûs par le mari à la femme sont imprescriptibles. Distinction très nette entre l'obligation et l'action : IBN NADJIM, II, 44. En général : *Medjella*, 1670; *Eddor-el-Mokhtar*, IV, 475, 476. Suppl. au *Radd-el-Mehtar*, VI, 453, 455

ART. 432

(1) *Medjella*, 1674; *Morched-el-Hairan*, 195; *Eddor-el-Mokhtar*, IV, 475, 476.

(2) *Medjella*, 1674; *Eddor-el-Mokhtar*, IV, 475, 476.

ART. 432

La prescription n'éteint pas l'action de plein droit; elle doit être invoquée par celui qui y a intérêt<sup>(1)</sup>.

Le juge ne peut suppléer d'office le moyen résultant de la prescription<sup>(2)</sup>.

God., VII, 39, 3. — cf. 2223, 2262 fr. — 2109 it. — AUBRY et RAU, § 314; cf. § 775. — WINDSCHEID, § 112.

ART. 433

On ne peut d'avance renoncer à la prescription. On peut renoncer à la prescription acquise.

Celui qui ne peut aliéner ne peut renoncer à la prescription acquise.

cf. 2222 fr. — 2108 it.

ART. 434

Le créancier, ou tout autre intéressé à opposer la prescription, peut s'en prévaloir encore que le débiteur principal y renonce.

ART. 435

Les parties ne peuvent, par des conventions particulières, proroger le délai de la prescription au delà des quinze ans fixés par la loi.

cf. 225 all.

ART. 436

La prescription éteint les actions relatives aux obligations accessoires en même temps que celle relative à l'obligation principale, alors même que le temps fixé pour la prescription des obligations accessoires ne serait pas encore écoulé.

Cod., IV, 32, 26 pr. — 224 all.

ART 437

Malékites : Le gage est un témoin de l'existence de la dette tant que le créancier le détient en pouvoir : IBN FARHOUN, II, 85 ; il empêche, par conséquent, la prescription de la

ART. 437

Cependant, la prescription d'une obligation garantie par un gage ou une hypothèque n'empêche pas le créancier de se payer sur la sûreté dont il est nanti. Lorsque l'obligation est garantie par une délégation de dette, le créancier n'est pas tenu de rétrocéder la délégation qui lui a été faite.

Contrà : AUBRY et RAU, § 434, n. 15 et § 438, n. 1 (la rétention du gage empêche la prescription de l'obligation). — cf. Tunis, 22 janvier 1890 (*Journ.* 91, 71).

ART 438

Eddor-el-Mokhtar, IV, 177.  
Le principe est reconnu en matière immobilière par les malékites : ZARKANI, VII, 226.

ART. 438

Aucune prescription n'a lieu :

- 1<sup>o</sup> entre époux pendant la durée du mariage ;
- 2<sup>o</sup> entre le père et le fils ou la fille pendant leur minorité, ou même après, s'ils continuent à rester soumis à l'autorité paternelle pour l'une des causes déterminées par la loi<sup>(2)</sup> ;
- 3<sup>o</sup> entre l'incapable et la personne morale, et le tuteur, curateur ou administrateur, tant que leur mandat n'a pas pris fin, et qu'ils n'ont pas définitivement rendu leurs comptes.

cf. 2119 it. — 2252, 2253 fr. — 204 all. — Tunis, 11 juin 1894 et la n. 2, p. 375 (*Journ.* 94, 373).

ART 439

(1) *Eddor-el-Mokhtar*, IV, 477; *Morched-el-Hairan*, 157; *Medjella*, 1663; HAMAOU, sur IBN NADJIM, I, 369, note 4.

TAOUDI, II, 256; TAOULI, II, 256, (jusqu'à la majorité). C. Tunis de 1861, art. 520.

(2) *Medjella*, 1667; *Morched-el-Hairan*, 258; *Eddor-el-Mokhtar*, IV, 476.

(3) *Medjella*, 667; *Morched-el-Hairan*, 258.

(4) cf. *Morched-el-Hairan*, 256; *Eddor-el-Mokhtar*, IV, 477; C. Tunis, de 1861, art. 520 (jusqu'au retour de l'absent).

(5) cf. HAMAOU, sur IBN NADJIM, I, 369, note 4; *Morched-el-Hairan*, 157.

(6) IBN FARHOUN, II, 91; cf. DIGESTE, XLII, 1, 6 § 3. (*Judicati actio perpetua est...*)

(7) C. Tunis de 1861, art 116.

ART. 439

La prescription ne court point :

1° contre les mineurs non émancipés et autres incapables, s'ils n'ont pas de tuteur, de conseil judiciaire ou de curateur, jusqu'à six mois après leur majorité, leur émancipation ou la nomination d'un représentant légal<sup>(4)</sup> ;

2° en ce qui concerne les droits conditionnels, jusqu'à ce que la condition arrive<sup>(5)</sup> ;

3° à l'égard d'une action en garantie, jusqu'à l'éviction accomplie ou à la réalisation du fait donnant lieu à la garantie ;

4° à l'égard de toute action dont l'exercice dépend d'un terme, jusqu'à ce que le terme soit échu<sup>(6)</sup> ;

5° contre les absents, jusqu'à six mois après la déclaration d'absence et la nomination du curateur<sup>(6)</sup> ;

6° à l'égard des droits qui dépendent d'une déclaration de l'ayant-droit, à partir du moment où la déclaration pouvait être faite valablement<sup>(6)</sup> ;

7° à l'égard des droits résultant d'un jugement passé en force de chose jugée<sup>(6)</sup> ;

8° lorsque le créancier s'est trouvé en fait dans l'impossibilité d'agir<sup>(7)</sup>, et, par exemple, dans le cas où, en raison de la vacance des tribunaux ou d'une autre cause indépendante de sa volonté, il n'a pu exercer son action dans les trois derniers mois du délai établi pour la prescription.

Cod., VII, 40, 1 § 1, 2; VII, 39, 7 § 4, 6. — DIGESTE, XV, 2, 1 § 2; XLV, 1, 48; IV, 6, 28 pr., 26 § 8. — Cod., VII, 71, 8; VII, 39, 3 § 1. — cf. 2120 it. — 203 all. — Tunis, 11 juin 1894 (*Journ.* 94, 373). — WINDSCHEID, § 104, § 109 n° 3.

ART. 440

Néanmoins, en matière de lettre de change, la prescription court même contre les mineurs et les incapables, sauf leur recours contre leurs tuteurs et curateurs.

Art. 63 du projet sur les lettres de change préparé par le Congrès de Bruxelles (1888). — 916 Com. it.

ART 441

cf. ZARKANI, v, 138 (déchéance de l'action ré-  
pitoire.)

ART. 441

Le temps pendant lequel la prescription est suspendue n'est pas compté dans le calcul du temps requis pour prescrire.

205 all.

ART 442

Code Tunisien de 1861, art. 116.  
cf. TAOUZI, II, 254, 256, 257; TASOULI, II, 267, 250.  
Madjella, 1666; Morched-el-Hairan, 159, 269.  
Exception pour l'acte extra judiciaire).  
Bador-el-Mokhtar, IV, 476.

ART. 442

La prescription est interrompue :

1° par toute demande judiciaire ou extrajudiciaire ayant date certaine qui constitue le débiteur en demeure d'exécuter son obligation, même lorsqu'elle est faite devant un juge incompétent ou que l'acte est déclaré nul pour vice de forme ;

2° par la demande d'admission de la créance à la faillite du débiteur ;

3° par un acte conservatoire ou d'exécution entrepris sur les biens du débiteur, ou par toute requête afin d'être autorisé à procéder à un acte de ce genre.

Cod., VII, 40, 2, 3 ; VII, 39, 7 pr. § 5 (le droit romain exige que le juge soit compétent) : Cod., VII, 21, 7. — cf. 2125 it. — 2244, 2245, 2246 fr. — *Contra* : 212, 216 all. . — cf. 209, ibid. — Tunis, 27 janv. 1896 (*Journ.* 96, 136).

ART. 443

L'interruption de la prescription, dans les cas énumérés en l'article précédent, est considérée comme non-avenue :

- 1° lorsque l'ayant-droit y a renoncé;
- 2° lorsqu'il a révoqué l'acte dont résulte l'interruption ;
- 3° lorsque celui-ci est déclaré nul ou non-recevable pour défaut de droit, par jugement passé en force de chose jugée.

ART. 444

cf. *Morched-el-Hairan*, 154.

ART. 444

La prescription est également interrompue par tout acte par lequel le débiteur reconnaît le droit de celui contre lequel il avait commencé à prescrire ; par exemple, s'il y a eu compte arrêté ; s'il paye un acompte, lorsque ce paiement résulte d'un acte ayant date certaine ; s'il demande un délai pour payer ; s'il fournit une caution ou autre garantie ; s'il oppose la compensation à la demande de paiement du créancier.

Cod., VII, 39, 7 pr., § 5 ; IV, 21, 19 ; VIII, 40, 5. — cf. 2248 fr. — 2129 it. — 208 all. — Tunis, 29 juin 1891 (*Journ.* 91, 307). — Cassation, 30 juillet 1879 (D. P. 79, 1, 424).

ART. 445

*Morched-el-Hairan*, 158.

ART. 445

Lorsque la prescription est valablement interrompue, le temps écoulé jusqu'à l'acte interruptif n'est pas compté aux effets de la prescription, et un nouveau délai de prescription commence à partir du moment où l'acte interruptif a cessé de produire son effet.

217 all.

ART. 446

L'interruption de la prescription contre l'héritier apparent et tout autre possesseur de la créance s'étend au véritable propriétaire.

ART. 447

*Medjella*, 1669, 1671; *Morched-el-Hairan*, 259.  
En matière de prescription acquisitive, les héritiers ajoutent à leur possession celle de leur auteur : IBN FARHOUN, II, 88.

ART. 447

L'interruption de la prescription peut être opposée aux héritiers et ayants-droit du créancier.

ART. 448

(1) cf. IBN FARHOUN, I, 140 (le *dies a quo* n'est pas calculé dans le délai judiciaire.)

ART. 448

La prescription se calcule par jours entiers et non par heures; le jour qui sert de point de départ à la prescription n'est point compté dans le calcul du temps requis pour prescrire<sup>(1)</sup>.

La prescription s'accomplit, lorsque le dernier jour du terme est expiré.

cf. 2260, 2261 fr. — 2133, 2134 it. — 188 all.

§ I. — *Du temps requis pour prescrire*

ART. 449

Voir note à l'art. 431.

ART. 449

Toutes les actions naissant d'une obligation sont prescrites par quinze ans, sauf les exceptions ci-après, et celles qui sont déterminées par la loi dans les cas particuliers.

917 Com. it. (dix ans). — 195 all. (30 ans). — Tunis, 7 décembre 1887 (*Journal*, 94, 435 et la note 2); 6 février 1888 (ib. 94, 437); 27 juin 1894 (ib. 94, 446); 15 juin 1891 (ib. 91, 261). — Alger, 1<sup>er</sup> mai 1893 (*Journ.* 93, 382.)

ART. 450

Se prescrivent par deux ans de trois cent soixante-cinq jours chacun :

1<sup>o</sup> l'action des marchands, fournisseurs, fabricants, à raison des fournitures par eux faites;

2<sup>o</sup> celle des agriculteurs et producteurs de matières premières pour les fournitures par eux faites, lorsqu'elles ont servi aux usages domestiques du débiteur;

3<sup>o</sup> celle des instituteurs, professeurs, maîtres de pension publics ou privés, pour les honoraires à eux dus par leurs élèves, ainsi que pour les fournitures faites à

ces derniers, à partir de l'échéance du terme fixé pour le paiement de leurs honoraires ;

4<sup>o</sup> celle des domestiques pour leurs gages, déboursés et autres prestations à eux dues, en vertu du louage des services, ainsi que celle des maîtres contre leurs serviteurs pour les avances faites à ceux-ci à ce même titre ;

5<sup>o</sup> celle des ouvriers, artisans, apprentis, pour leurs salaires, fournitures et journées, et pour les déboursés par eux faits, à raison de leur service, ainsi que celle de l'employeur ou patron pour les sommes avancées à ses ouvriers, aux mêmes titres ;

6<sup>o</sup> celle des hôteliers ou traiteurs, à raison du logement et de la nourriture qu'ils fournissent, et des déboursés faits pour leurs clients ;

7<sup>o</sup> celle des locateurs de meubles et choses mobilières, à raison du prix du louage de ces choses ;

8<sup>o</sup> celle des établissements publics ou privés destinés au traitement des maladies physiques ou mentales, ou à la garde des malades, à raison des soins par eux donnés auxdits malades et des fournitures et déboursés faits pour ces derniers.

196 all.

#### ART. 451

Se prescrivent également par deux ans de trois cent soixante-cinq jours chacun :

1<sup>o</sup> les actions des médecins, chirurgiens, accoucheurs, dentistes, vétérinaires, pour leurs visites et opérations, ainsi que pour leurs fournitures et déboursés, à partir de la dernière visite ou opération en cas de soins continus, et, pour des soins non continus, à partir de la période à l'expiration de laquelle les soins ont été interrompus ;

2<sup>o</sup> celle des pharmaciens pour les médicaments par eux fournis, à partir de la date de la fourniture ;

3<sup>o</sup> celles des notaires, pour leurs honoraires et

déboursés, à partir de la date des actes par eux dressés ;

4<sup>o</sup> celle des curateurs de successions et mandataires *ad litem* (*oukil*) pour leurs honoraires et déboursés, à partir du jugement définitif ou de l'arrangement qui a terminé l'affaire ou de la révocation du mandat à eux conféré ;

5<sup>o</sup> celle des huissiers, pour leurs déboursés et pour le salaire des actes qu'ils signifient, et des commissions qu'ils exécutent, à partir de la date des déboursés de la signification des actes, ou de leur confection, si aucune signification n'a été faite ;

6<sup>o</sup> celles des architectes, ingénieurs, experts, géomètres, pour leurs devis ou opérations, et les déboursés par eux faits à partir du jour où le devis a été remis, les opérations accomplies ou les déboursés effectués ;

7<sup>o</sup> celles des médiateurs, pour le paiement de leurs courtages, à partir de la conclusion de l'affaire ;

8<sup>o</sup> celles des parties contre les personnes ci-dessus dénommées, nos 4 à 8, à raison des sommes avancées par les parties auxdites personnes pour l'accomplissement des affaires dont ceux-ci sont chargés, à partir des mêmes dates établies pour chacune de ces catégories de personnes.

cf. 196 all.

#### ART. 452

Toutes les actions contre le commissionnaire de transport et le voiturier, à raison de la perte ou de l'avarie des marchandises, ou du retard dans le transport, sont prescrites après un an, à compter, pour les cas de perte ou de retard, du jour où le transport des marchandises aurait dû être effectué, et, pour les cas d'avarie, du jour où la remise des marchandises aura été faite, le tout, sauf les cas de fraude ou d'infidélité du voiturier ou commissionnaire.

Sont également prescrites par un an, les actions des

commissionnaires de transport et les voituriers, des courriers et messagers, à raison de leurs transports et des déboursés par eux faits, à compter du jour où le transport a été effectué.

108 Com. fr. — 464 suisse. — 196 all. — cf. 439, 419 Com. all.

#### ART. 453

Se prescrivent, dans le même délai d'un an, toutes les actions en faveur des entrepreneurs d'entrepôt et contre eux, à raison des obligations dérivant du contrat d'entrepôt.

En cas de perte totale de la chose, la prescription commence à partir du jour où l'entreposeur a donné avis de la perte au déposant.

cf. 423 all.

#### ART. 454

La prescription, dans les cas des articles 450, 451, 452 et 453 ci-dessus, a lieu, quoiqu'il y ait eu continuation de fourniture, livraisons, services et travaux.

#### ART. 455

Loi foncière du 1<sup>er</sup> juillet 1885, art. 85, (cinq ans.)

Décret beylical, 12 mars 1883, art. 43. (Prescription des créances contre l'Etat par cinq ans pour les créanciers domiciliés en Tunisie et par six ans pour ceux qui résident à l'étranger, à partir de l'ouverture de l'exercice auquel elles appartiennent.)

#### ART. 455

Les redevances, pensions, fermages, loyers, arrérages d'enzel, intérêts et, généralement, tout ce qui est payable par termes périodiques, se prescrivent contre toutes personnes, par cinq années de trois cent soixante-cinq jours chacune, à partir de l'échéance de chaque terme.

Cod., VII, 39, 7 § 6 ; I, 3, 49 § 9. — cf. 2277 fr. — (4 ans), 197 all. — cf. Tunis, 27 janv. 1888 (*Journal*, 94, 298) ; 20 mars 1893 (*Journ.* 94, 489).

ART. 456

proposé sous réserve.

ART. 456

La prescription de cinq ans, dont il est parlé ci-dessus, s'applique également aux impôts publics et à ceux dus aux administrations communales.

Art. 149, 150, loi 4 frimaire an VII. — Question controversée : pour l'affirmative : Tunis, 27 avril 1891 (*Journ.*, 91, 128); 17 juil. 1893 (*Journ.*, 93, 392 et jurispr. indiquée note 1); 29 juin 1894 (*Journ.*, 91, 307). — *Contra* : Alger, 26 juin 1893 (*Journ.*, 93, 388); Cassation req., 7 avril 1894 (*Journ.*, 94, 206); Cassation civ., 26 juil. 1894 (*Journ.* 94, 459). — Cod. VII, 39, 6.

ART. 457

Toutes actions entre les associés et entre ceux-ci et les tiers, à raison des obligations naissant du contrat de société, sont prescrites par cinq ans, à partir du jour où l'acte de dissolution de la société ou de renonciation de l'associé, a été publié et enregistré conformément à l'article

Lorsque le droit du créancier de la société échoit seulement après la date de l'inscription au registre, la prescription ne commence qu'à partir de l'échéance.

Il n'est pas dérogé aux prescriptions plus brèves établies par la loi en matière de société.

64 Com. fr. — 159, 206, 217, 236 Comm. all.

ART. 458

Se prescrivent par cinq ans les actions dérivant des lettres de change et des chèques, à partir du jour de l'échéance de l'obligation ou du dernier jour du délai établi pour la prescription des lettres tirées à vue.

919 Com. it. — 830 suisse (trois ans). — cf. 189 Com. fr. — Tunis, 7 novembre 1895 (*Journ.* 96, 83).

ART. 459

L'action en paiement d'un titre au porteur se prescrit, quant au capital, par quinze ans, à partir de l'échéance.

Le délai de prescription est de cinq ans pour les intérêts et dividendes échus, à partir de leur échéance, le tout, s'il n'est autrement expliqué dans le titre même par celui qui l'a souscrit.

ART. 460

Les greffiers et syndics ne répondent plus des livres de commerce et papiers à eux remis dans le cours de la procédure d'insolvabilité, trois ans après la clôture ou la cessation de la procédure.

921 Com. it. — Art. 9 de la loi sur la liquidation judiciaire (mars 1889).

CHAPITRE VIII

De la résiliation volontaire (distrat)

ART. 461

*Tohfat* d'IBN ACEM, 998, 1009; KHALIL, III, 370, 371; TASOULI, II, 196. Voir la formule de résiliation d'une vente : TOUATI, Formulaire, p. 259. *Medjella*, 163, 718, 1159; *Eddor-el-Mokhtar*, IV, 199, 201.

IBN NADJIM, II, 41 et note 10.

*Morched-el-Hairan*, 258, 1047

D'après les *hanéfites*, la résiliation ne serait pas permise dans le contrat de mariage lorsqu'il est parfait : IBN NADJIM, II, 195 et note 7.

Elle n'est pas permise, d'après les *malékites*, dans la transaction : *Tohfat* d'IBN ACEM, vers. 322.

ART. 461

Les obligations contractuelles s'éteignent lorsque, aussitôt après leur conclusion, les parties conviennent d'un commun accord de s'en départir, dans les cas où la résolution est permise par la loi.

Instit., III, 29 § 4. — DIGESTE, II, 14, 58; XVIII, 5, 3, 5 § 1; XVIII, 1, 6 § 2. — *of.* 1134, 1395, 1443 fr. — AUBRY et RAU, § 348, 369, 7°. — DEMOLOMBE, XXIV, 263 et suiv.; 590 et suiv.

ART. 462

*Medjella*, 192; *Radd-el-Mehtar*, IV, 199.  
IBN NADJIM, I, 323. (Il y a *distrat* ou résiliation dans le cas où, aussitôt après la vente conclue, le vendeur fait donation à l'acheteur de la chose vendue.)

ART. 463

(1) KHALIL, III, 373; *Medjella*, 191, 192, 193.  
(2) IBN NADJIM, I, 330; *Eddor-el-Mokhtar*, IV, 204 et 201.

ART. 464

(1) *Medjella*, 194, 195, 196; *Eddor-el-Mokhtar*, IV, 207.  
TASOULI, II, 148; TAOUZI, II, 148.  
*Tohfat d'IBN ACEM*, 1002, 1003.  
(2) *Tohfat d'IBN ACEM*, 1003.

ART. 465

(1) KHALIL, III, 371.  
*Medjella*, 1159; *Eddor-el-Mokhtar*, IV, 203.  
*Morched-el-Hairan*, 253.  
c. cep. : IBN NADJIM, II, 195, 196.  
(2) KHALIL, III, 372; TAOUZI, II, 146.  
*Tohfat d'IBN ACEM*, note 941, 942, et vers. 104.  
d. *Medjella*, 176, 193; *Eddor-el-Mokhtar*, IV, 203.

ART. 462

La résiliation peut être tacite; tel est le cas où, après une vente conclue, les parties se restituent réciproquement la chose et le prix.

Instit., III, 29 § 4.

ART. 463

La résiliation est soumise, quant à sa validité, aux règles générales des obligations contractuelles<sup>(1)</sup>.

Les tuteurs, administrateurs et autres personnes agissant au nom d'autrui ne peuvent résilier que dans les cas et avec les formalités requises, pour les aliénations, par le mandat en vertu duquel ils agissent<sup>(2)</sup>.

ART. 464

La résiliation ne peut avoir lieu :

1° si le corps certain qui a fait l'objet du contrat a péri, a été détérioré ou s'il a été dénaturé par le travail de l'homme<sup>(1)</sup>;

2° si les parties ne peuvent, pour toute autre cause, se restituer exactement ce qu'elles ont reçu l'une de l'autre, à moins, dans les deux cas précédents, que les parties ne conviennent de compenser la différence<sup>(2)</sup>.

cf. 352, 353 all.

ART. 465

La résiliation remet les parties dans la situation où elles se trouvaient au moment de la conclusion du contrat<sup>(1)</sup>.

Les parties doivent se restituer réciproquement ce qu'elles ont reçu l'une de l'autre en vertu de l'obligation résiliée, et se faire raison réciproquement des impenses nécessaires et utiles faites pour les choses qu'elles se restituent.

Toute modification apportée aux éléments du contrat primitif vicie la résiliation, et constitue un nouveau contrat<sup>(2)</sup>.

cf. 346 all.

ART. 466

La sous-location est-elle résolue si le contrat principal est résilié? Question très controversée en droit *hanéfite*. L'opinion dominante est pour l'affirmative : IBN NADJIM, II, 64 et note 3.

ART. 466

La résiliation amiable ne peut nuire aux tiers de bonne foi, qui ont acquis régulièrement, à titre onéreux, des droits sur les choses qui font l'objet de la résiliation.

cf. cependant AUBRY et RAU, § 220 bis, note 9; § 226, notes 22 et 23; § 302, note 89; § 356, note 36.

TITRE VII

*De la preuve des obligations et de celle de la libération*

CHAPITRE PREMIER

Dispositions générales

ART. 467

Principe général, établi par le prophète et répété par Omar dans ses instructions à Mouça Elachary : « La preuve incombe au demandeur, le serment au défendeur » : MAWARDI, 68.

Voir aussi : *Amalyat*, 445; KHALIL, III, 422; IV, 529, 643; IBN FARHOUN, I, 97. — *Tohfat d'IBN ACEM*, 24, 1250, 1251; ZARKANI, V, 37.

*Hanéfites*: *Medjella*, 8, 9, 77, 1613, 1621, 1627, 1629, 1818, 1822.

Il y a deux espèces d'actions (*dâoua*) :

1<sup>o</sup> l'action qui a pour but de constater judiciairement l'existence d'un fait, soit pour en conserver le souvenir, soit pour s'en prévaloir ultérieurement en justice; elle s'applique surtout aux questions d'état : c'est l'*actio præjudicialis* du droit romain : IBN NADJIM, I, 358, 359, 384, 386, 393; Cod., VII, 14, 5; III, 7, l. un.; Instit., 4, 6 § 13.

2<sup>o</sup> l'*action judiciaire* proprement dite : l'action « c'est l'affirmation juridiquement recevable, émise par devant un juge, et ayant pour but de réclamer un droit à l'encontre d'une autre personne » : *Eddor-el-Mokhtar*, VI, 370, 371; « c'est la demande (*petitio*) d'un droit faite à celui qui a pouvoir d'y donner suite » : *Radd-el-Mehtar*, VI, 377; cf. DIGESTE, L, 7, 51, et L, 16, 178 § 2.)

ART. 467

La preuve de l'obligation doit être faite par celui qui en demande l'exécution ou en affirme l'existence.

DIGESTE, XXII, 3, 2, 5 pr. — Cod., IV, 19, 1, 8, 10; V 36 , — 1315 fr. — 1312 it.

L'action n'est recevable qu'à certaines conditions :

- 1<sup>o</sup> elle doit être précise et déterminée, quant à son objet;
- 2<sup>o</sup> fondée sur une cause licite;
- 3<sup>o</sup> avoir pour but un intérêt sérieux;
- 4<sup>o</sup> être dirigée contre une personne capable de s'obliger : LAMIATE EZZAKKAKE, 21, 24; ZARKANI, VII, 135, 136; TAUDI, I, 29, 30; IBN FARHOUN, I, 100, 104; *Eddor-el-Mokhtar*, VI, 377, 382, 386; VII, 583, 585. On n'est pas tenu de préciser la chose ou valeur, lorsque l'action se fonde sur une obligation *ex delicto* ou dans les cas où il n'est pas possible de préciser : IBN NADJIM, I, 343, 344; cf. DIGESTE, XIII, 3, 1, 2.

Trois principes dominant cette matière :

- 1<sup>o</sup> nul ne peut être contraint à exercer une action en justice, « car le droit lui appartient » : *Eddor-el-Mokhtar*, IV, 580; *Eddor-el-Mokhtar*, VI, 373; Cod. III, 7, *ut nemo inuitus agere vel censare cogatur* : cf. DIGESTE, XLIV, 4, 5 § 6;
- 2<sup>o</sup> toute personne est présumée libre tant qu'on ne prouve pas qu'elle est obligée : IBN NADJIM, I, 89; TAUDI, I, 27;
- 3<sup>o</sup> celui qui affirme l'existence d'un fait doit le prouver, ce qu'on exprime, en droit musulman, par le brocard : « La non existence d'un fait est toujours présumée » : IBN NADJIM, I, 92, 93; HAOUZI, *ad loc.* et p. 94; *Tohfah* d'IBN ACEM, 20, et note 10; LAMIATE EZZAKKAKE, 20, 25.

De là deux définitions du demandeur :

- 1<sup>o</sup> est demandeur celui qui ne peut être forcé à intenter une action; est demandeur celui qui peut être contraint à venir en justice : *Eddor-el-Mokhtar*, IV, 580; VI, 372, 373.
- 2<sup>o</sup> est demandeur celui qui affirme un fait qui est confirmé par aucune présomption; est défendeur celui dont le dire est conforme à un principe de droit, à une présomption : (IBN FARHOUN, VII et DIGESTE, XXII, 3, 25 pr. Ainsi la présomption de droit est que tout homme est libre, « car la liberté est l'état naturel de l'homme, qu'il perd l'exception lorsqu'il est fait prisonnier à la guerre » : IBN FARHOUN, I, 99; Instit. I, 2 § 2; DIGESTE, I, 1 § 4. Par conséquent, celui qui est désigné comme esclave n'a rien à prouver, il a contre lui la présomption; c'est son adversaire qui doit faire la preuve : *Eddor-el-Mokhtar*, IV, 610; ZARKANI, VII, 137; TAUDI, I, 27. Celui qui nie l'existence d'une obligation à la charge de quelqu'un affirme l'exception, il doit prouver; celui qui la nie affirme la règle, il n'a aucune chose à faire : TAUDI, I, 27; IBN FARHOUN, I,

97; Cod. IV, 19, 8. De là la définition d'un jurisconsulte *malékite* : « Celui qui réclame quelque chose est toujours demandeur, celui qui se borne à nier est toujours défendeur » : OMAR BEN ABD EL BERR, ap. IBN FARHOUN, I, 97; DIGESTE, XXII, 3, 2 § 12, 19 pr., 25 § 2.

Décider laquelle des deux parties est demanderesse, c'est décider laquelle doit avoir le fardeau de la preuve: TAÛDI, I, 28; DIGESTE, XXII, 3, 2, 21.

Doit-on prouver un fait négatif? En principe, celui qui affirme un fait négatif ne peut être tenu à jurer (supplément au *Radd-el-Mehtar*, VI, 436); cependant, on peut être tenu, par exception, de faire la preuve d'un fait négatif, de prouver, par exemple, qu'on était absent tel jour d'un endroit déterminé, que tel événement dont dépend l'existence de l'obligation ne s'est pas réalisé : IBN NADJIM, I, 351, 352; *Radd-el-Mehtar*, IV, 537.

Lorsque les présomptions sont égales de part et d'autre, aucune des parties n'étant chargée de la preuve, l'objet en litige est partagé entre elles, après serments : TAÛDI, I, 28.

#### ART. 468

KHALIL, IV, 643; IBN FARHOUN, I, 97, 129, 250, 251.

cf. *Medjella*, 76, 1631, 1632; *Tohfât* d'IBN ACEM, 20, 22 et note 10; LAMIATE EZZAKAKE, p. 25, 26, 38.

IBN NADJIM, I, 88, 94; cf. 400; le même, I, 360.

« Nul n'est admis à opposer une exception, s'il n'est partie en cause, à moins que ce ne soit l'un des co-héritiers. » La dénégation doit être précise et formelle : IBN FARHOUN, I, 129, 130.

Le défendeur peut-il refuser de répondre et demander délai pour constituer un représentant? D'après l'opinion dominante chez les *malékites*, il doit d'abord répondre à son adversaire, en avouant ou en désavouant la demande; après quoi on peut lui accorder un délai : LAMIATE EZZAKAKE, 123, 124; ZARKANI, VII, 215, 216; formule de réponse du défendeur : TOUATI, Formul., p. 225.

« Le demandeur ayant proposé sa demande, le défendeur est tenu d'avouer ou de nier l'obligation; s'il nie, le demandeur est tenu de faire la preuve; dans le cas où le demandeur ne la fait pas, le défendeur est déchargé sur son serment » : IBN FARHOUN, I, 97; cf. pour les *handéfites* : *Eddor-el-Mohhtar*, IV, 582 et 585.

Lorsqu'il y a un commencement de preuve par écrit, le défendeur doit répondre sur-le-champ; il

#### ART. 468

Lorsque le demandeur a prouvé l'existence de l'obligation, celui qui affirme qu'elle est éteinte ou qu'elle ne lui est pas opposable doit le prouver.

cf. 1315 fr.— 1312 it.— Cod. VIII, 43, 25.— DIGESTE, XXII, 3, 12, 19 pr., 22. — Cod., IV, 19, 1; II, 1, 4. — AUBRY et RAU, § 749. — LAURENT, XIX, n. 91. — DEMOLOMBE, XXIX, n. 191.

ne peut obtenir un renvoi qu'en donnant une caution de comparution : ZARRANI, VII, 216. Le délai est remis à l'appréciation du juge ; il ne peut dépasser trente jours, divisés en quinze jours d'abord, puis huit, puis quatre, puis trois : BENNANI, VII, 215 ; IBN FARHOUN, I, 137, 138.

ART. 469

La distinction entre la *créance* et le *titre* qui le représente, et qui n'est qu'un *moyen de preuve*, est très nette : KHALIL, III, 507.

*Morched-el-Hairan*, 346, 347, 357.

Conclusion générale de la preuve :

IBN FARHOUN, I, 162.

En droit musulman, la règle *Solus consensus obligat*, est fondamentale : le consentement peut résulter d'une expression formelle, d'un fait d'exécution, d'un signe, d'un geste : un contrat bilatéral peut résulter d'un échange de prestations, sans échange préalable de consentements : ZARRANI, v, 3 ; cf. DIGESTE, XLIV, 7, 52 § 10 ; XXII, 21 pr. ; II, 2 § 1 ; WINDSCHEID, § 321, n. 10.

Les *hanéfites* n'admettent la validité des gestes et des signes que lorsque la partie ne peut pas s'exprimer par la parole ; tel est le cas du sourd-muet, du malade : IBN NADJIM, II, 124 et n. 11, 109 et n. 8 ; *Eddor-el-Mokhtar* v, 644, 645. Application au legs : *Eddor-el-Mokhtar*, v, 577. Cependant, lorsqu'une personne dit à une autre : « Voulez-vous me vendre cet objet ? » et que l'autre répond en faisant un signe affirmatif de la tête, si le proposant répond : « j'accepte » et prend livraison de la chose, le contrat est parfait : *Radd-el-Mokhtar*, IV, 13.

ART. 470

*Hanéfites* : Dans le mariage, la *forme* est essentielle à l'acte : un mariage fait sans témoins serait nul de nullité absolue : HAMAOUÏ sur IBN NADJIM, II, 194, n. 2. Il en est de même dans l'affranchissement (*emancipatio*), la remise de dette (*acceptilatio*), la répudiation : il est assez remarquable que ce sont là à peu près les actes formels énumérés dans la loi 77 de R. I. ; il y faut ajouter le contrat de *selem* (cf. IBN NADJIM, II, 320 et les notes 10 et 11) et la reconnaissance de dette (*ek-ar*, aveu), contrat purement formel, qui présente les plus grandes analogies avec la *stipulatio* romaine (V. IBN NADJIM, I, 155, 184, 183 ; II, 23 et HAMAOUÏ, *ad loc* ; *Medjella*, 81 ; *Eddor-el-Mokhtar*, IV, 631.)

ART. 469

Aucune forme spéciale n'est requise pour la preuve des obligations, si ce n'est dans les cas où la loi prescrit une forme déterminée.

931, 1108, 1134, 1135, 1160, 1250 fr. — TOULLIER, VI, 334 et suiv. ; VIII, 133, 267. — AUBRY et RAU, § 306, § 340, § 343, n° 3. — DEMOLOMBE, XXIV, 55, 60. — LAURENT, XIX, n. 202 (c'est là le dernier état du droit romain). — Cod., VIII, 38, 10. — cf. Institut., III, 15 § 1. — DIGESTE, XXII, 4, 4, 5. — Cod., IV, 21, 1.

ART. 470

Lorsque la loi prescrit une forme déterminée, la preuve de l'obligation ou de l'acte ne peut être faite d'aucune autre manière, sauf dans les cas spécialement exceptés par la loi.

cf. 9 suisse. — 125 all. — 1341 fr. et aussi 931, 1250, 1394, 2127 fr. — AUBRY et RAU, § 306.

*Malékites* : La forme est essentielle à l'acte 1° dans la société agricole (*mouçakat*); 2° dans la délégation; 3° dans le mariage; 4° le legs; 5° la reconnaissance de dette (*iksâr*); 6° la constitution des habous, etc. : IBN FARHOUN, I, 81; *Tohfat* d'IBN ACEM, 1398, 1401.

ART. 471

Lorsque la loi prescrit la forme écrite pour un contrat, la même forme est censée requise pour toutes les modifications de ce même contrat.

11 suisse.

ART. 472

*Hanéfites* : IBN NADJIM, II, 197; HAMAOUÏ, *ad loc.*, note 4.

*Malékites* : IBN FARHOUN, I, 299.

Lorsque les parties sont expressément convenues que le paiement ne pourra être prouvé que par acte authentique, le débiteur ne peut prouver la libération d'aucune autre manière : FATOUA du *moufti malékite* MOHAMED-CHALDY (*Archives*, dossier M, n° 1.)

ART. 472

Lorsque, dans un contrat non soumis à une forme particulière, les parties sont expressément convenues de ne tenir la convention comme définitive que lorsqu'elle aura été passée en une forme déterminée, l'obligation n'existe que si elle a revêtu la forme établie par les parties.

DIGESTE, XVIII, 1, 2 § 1. — Cod., IV, 21, 17. — Instit., III, 23 pr. — cf. 14 suisse. — DEMOLOMBE, XXIV, 36. — AUBRY et RAU, § 343. — WINDSCHEID, § 310, n° 2, § 312. — TOULLIER, VIII, 140. — DALLOZ, Oblig. 74. — LAURENT, XV, 449. — 154 all.

ART. 473

*Malékites* : ZARKANI, VII, 142; *Tohfat* d'IBN ACEM, 194, 195; IBN FARHOUN, I, 106, 109, 128; II, 63, 64; LAMIATE EZZAKKAKE, p. 42 (la question est cependant controversée, voir ib. 43).

*Hanéfites* : *Eddor-el-Mokhtar*, VI, 29 et *Radd-el-Mehtar*, *ad loc.*

ART. 473

La partie à laquelle on demande l'exécution d'une obligation et qui a commencé par en dénier l'existence, n'est plus reçue à faire la preuve qu'elle s'est libérée, s'il n'y a erreur excusable de sa part.

cf. NOVELL, XVIII, ch. 8 et la loi 25 pr. — DIGESTE, XXII, 3. — *Secus* : la doctrine moderne. — cf. AUBRY et RAU, § 769, p. 402. — LAURENT, XX, n, 154. — cf. Cassation, 2 juillet 1861 (D. P. 61, 1, 479). — Voir cependant : LAURENT, XX, n. 369. — AUBRY et RAU, § 442, p. 731. — TOULLIER, XI, n. 64.

ART. 474

IBN NADJIM, I, 358, 361; ib. II, 80. (La preuve  
 par un aveu fait par un incapable n'est pas recevable,  
 car l'incapable n'est pas obligé par son aveu.)  
 En droit musulman, le juge peut aussi repousser  
 de plano toute réclamation évidemment abusive  
 ou vexatoire, par exemple : l'accusation de  
 d'une chose sans valeur portée contre un  
 homme très considéré, la réclamation de paternité  
 faite par un tout jeune homme à l'encontre  
 d'un vieillard : IBN FARHOUN, II, 100, 103, 119;  
 obligation qu'on dit avoir été contractée par un  
 défunt : ib. I, 106.

ART. 475

cf. Koran, II, 282, 283.  
 cf. IBN NADJIM, I, 400.  
 Medjella, 77 : « La preuve sert à établir un état  
 contraire à ce qui est présumé et le serment à  
 confirmer la présomption. »  
 IBN FARHOUN, I, 162 : « La preuve (*baïna*) est  
 tout ce qui sert à démontrer (*baïana*) le droit et  
 à le rendre évident. » Elle comprend, par consé-  
 quent, les témoins, l'aveu, les preuves litté-  
 raies, etc. (cf. la définition du mot *instrumenta*  
*causae* : DIGESTE, XXII, 4, 1). Un moyen de preuve  
 très usité en droit musulman est la preuve par  
 renommée ou acte de notoriété, qui a  
 aussi un certain rôle dans notre pratique com-  
 merciale. (V. TAOUTI, *Form. des Notaires*, pp. 80,  
 82, 91, 92, 96 et DALLOZ, *Vo Lois*, n° 118.)

ART. 474

La preuve de l'obligation ne peut être faite :

- 1° lorsqu'elle tendrait à établir l'existence d'une obligation illicite ou pour laquelle la loi n'accorde aucune action;
- 2° lorsqu'elle tendrait à établir des faits non concluants.

*Frustra probatur, quod probatum non relevat* : cf. 34, 253, procéd. fr.— AUBRY et RAU, § 749.— LAURENT, XIX, n. 89.— Cassation, 22 mars 1852 (D. P. 52, 1, 282); 3 mai 1886 (D. P. 87, 1, 16); 29 décembre 1886 (D. P. 88, 1, 334); 15 mars 1882 (D. P. 83, 1, 374); 26 mars 1877 (D. P. 78, 1, 475); 12 mai 1886 (D. P. 86, 1, 452.)

ART. 475

Les moyens de preuve reconnus par la loi sont :

- 1° l'aveu de la partie;
- 2° l'aveu qui résulte de la *preuve littérale*;
- 3° la preuve testimoniale;
- 4° la présomption;
- 5° le serment.

SECTION PREMIÈRE

*De l'aveu de la partie*

ART. 476

KHALIL, IV, 266; IBN FARHOUN, II, 55.  
*Medjella*, 79, 1830. Voir aussi IBN NADJIM, I, 397 et note 9.

« L'aveu rend inutile toute autre preuve » : IBN NADJIM, II, 19; IBN FARHOUN, I, 127. Les énonciations émises dans les conclusions prises au cours de l'instance ne constituent pas un aveu, à moins qu'elles ne constituent une déclaration formelle de la partie : *Eddor-el-Mokhtar*, IV, 650.

IBN NADJIM, II, 20 et n. 3, 4. Art. 178. (Ainsi celui qui a pris à bail un héritage ne peut ensuite le revendiquer comme propriétaire : *ibid.* p. 24. Celui qui a soutenu qu'un héritage est habous, et qui l'achète ensuite est lié par son aveu antérieur : *Eddor-el-Mokhtar*, IV, 624, 625 (demande de délai, etc.)

IBN NADJIM, II, 35.

*Eddor-el-Mokhtar*, VII, 233; IV, 661.

*Malékites* : L'aveu peut être fait verbalement, par signes, par gestes. Le malade ou le muet auquel on demande : « Est-il vrai que tu dois 100 fr. à *Primus* ? » et qui fait signe affirmatif de la tête, est censé avouer : IBN FAROUHN, II, 155. Sur les différentes hypothèses qui peuvent se présenter en matière d'aveu extrajudiciaire : IBN FAROUHN, II, 56, 57.

ART. 477

ZARKANI, VII, 142; IBN FAROUHN, II, 155; I, 130.  
KHALIL, IV, 91; *Amalyat*, 499, 410; *Tohfat* d'IBN ACEM, 54, 55.

Code tun. de 1861, art. 150. Procès-verbal de la commission de 1274 (19 kaâda, dossier F, n° 9); LAMIATE EZZAKKAKE, p. 42 (le juge doit décider en faveur de l'autre partie, sans serment).

*Hanéfites* : *Medjella*, art. 67. cf. pourtant 1822.

IBN NADJIM, I, 188 (question controver.).

D'après quelques *malékites*, le juge doit, dans ce cas, avant de prononcer son jugement en faveur de la partie adverse, déférer le serment *supplétoire* à cette dernière (V. *Tohfat* d'IBN ACEM, 55); d'après d'autres, il doit décerner la con-

ART. 476

L'aveu est judiciaire ou extrajudiciaire. L'aveu judiciaire est la déclaration que fait en justice la partie ou son fondé de pouvoirs spécial. L'aveu fait devant un juge incompétent, ou émis au cours d'une autre instance, a les effets de l'aveu judiciaire.

DIGESTE, XLII, 2, 1, 6 pr. § 6. — Cod., VII, 59 l. un. — cf. Cod., I, 9, 1, 2. — cf. 1356 fr. — 1356 it. — (Question controversée : VOET, 42, 2 § 7. — MERLIN, Questions de droit V° Confession, § 1. — LAURENT, XX, n. 159 et suiv. — AUBRY et RAU, § 751. — DEMOLOMBE, XXX n. 492. — Cassation, 9 janvier 1889 (D. P. 90, 1, 125); Cassation (req), 14 mars 1883 (D. P. 84, 1, 24); 25 janvier 1893 (D. P. 93, 1, 82).

ART. 477

L'aveu judiciaire peut résulter du silence de la partie, lorsque, formellement invitée par le juge à s'expliquer sur la demande qui lui est opposée, elle persiste à ne pas répondre, et ne demande pas de délai pour ce faire.

cf. Cassation, 11 janvier 1827 (D. P. 27, 1, 115). — DALLOZ, Obligation, n° 4774. — LAURENT, XIX, n. 505. — DEMOLOMBE, XXX, n. 125 (il y aurait là un commencement de preuve par écrit). — Voir aussi LAURENT, XX, n. 157. — AUBRY et RAU, § 751.

plainte par corps contre la partie qui refuse de répondre et, si elle persiste malgré tout, rendre jugement en faveur de l'autre partie : *IBN FAROUH*, I, 244.

*Medjella*, 1578, 1579.

*IBN NADJIM*, II, 20, 31.

« L'incertitude, quant à la personne en faveur de laquelle l'aveu est émis, nuit à l'efficacité de l'aveu ; ainsi lorsqu'on dit : « Je dois à une personne la somme de 100 » ; mais l'aveu serait inefficace si l'on disait : « Je dois 100 à l'une de ces deux personnes » : *Eddor-el-Mokhtar*, IV, 621.

L'aveu sur le principal fait foi, quant aux accessoires : *Eddor-el-Mokhtar*, IV, 635.

#### ART. 478

L'aveu extrajudiciaire est celui que la partie ne fait pas devant le juge. Il peut résulter de tout fait qui est incompatible avec le droit que l'on réclame.

La simple demande de transaction sur une réclamation ne constitue pas aveu quant au fond du droit ; mais celui qui accepte une libération ou remise sur le fonds du droit est présumé avouer.

cf. 1357 it. — cf. Cassation, 7 février 1881 (D. P. 81, 1, 425).

#### ART. 479

L'aveu doit être fait en faveur d'une personne déterminée ; l'objet doit en être déterminé ou susceptible de détermination.

DIGESTE, XLII, 2, 6 pr., 8. — cf. 1356 fr. — 1360 it.

ART. 480

*Medjella*, 1575; IBN NADJIM, II, 21 (violence).  
*Eddor-el-Mokhtar*, VII, 197. Cependant, d'après les hanéfites, l'aveu ne peut être révoqué sous prétexte d'erreur : *Eddor-el-Mokhtar*, IV, 651.  
IBN FARHOUN, II, 156.

ART. 481

IBN FARHOUN, II, 156.  
KHALIL, IV, 206; Code Tunis. de 1861, art. 143  
KHALIL, IV, 267.  
TASOULI, II, 320, 321.  
KHALIL, IV, 253.  
HAMAOUÏ SUR IBN NADJIM, I, 367, note 8. (L'aveu du père ou tuteur doit être complété par la preuve faite par le demandeur, il n'oblige pas à lui tout seul.) Voir aussi IBN NADJIM, II, p. 24; *Medjella*, 1634. L'aveu de l'imbécile incapable d'administrer ses biens est-il valable? Oui d'après ABOU HANIFA; non d'après ses deux disciples ABOU YOUSOUF et MOHAMED. IBN NADJIM, II, 78, 80. *Sic Medjella*, 1573, 1576, 994.

ART. 482

(<sup>1</sup>) cf. Code Tunis. de 1861, art. 143.  
Les hanéfites accordent pleine foi à l'aveu de la femme mariée, et n'exigent aucune autorisation : *Eddor-el-Mokhtar*, VII, 177.

ART. 483

*Hanéfites* : *Eddor-el-Mokhtar*, VII, 85.  
IBN NADJIM, II, 24, 25.  
HAMAOUÏ SUR IBN NADJIM, I, 367, note 5.  
*Eddor-el-Mokhtar*, VII, 177, 178; IV, 645 (énumération des cas dans lesquels l'aveu fait foi contre les tiers).  
*Radd-el-Mehtar*, IV, 635 L'aveu ne fait foi que contre son auteur, non contre les tiers.  
LAMIATE EZZAKKAKE, 26, 27, 28. Est-il nécessaire que le Cadhi fasse prendre acte de l'aveu par des notaires, ou suffit-il que l'aveu soit fait en sa présence? L'opinion dominante exige qu'il soit pris acte de l'aveu, car le Juge ne peut juger d'après sa connaissance d'un fait.

ART. 480

L'aveu doit être libre et éclairé; les causes qui vicient le consentement vicient l'aveu.

DEMOLOMBE, XXX, 449, 539. — Cassation, 7 mai 1884 (D. P. 85, 1, 53.)

ART. 481

L'aveu ne peut être fait que par les parties maîtresses de leurs droits et capables de disposer de la chose qui en fait l'objet.

L'aveu du père pour son enfant mineur, celui des tuteurs, conseils judiciaires et administrateurs, ne fait foi contre ceux qu'ils représentent que dans le cas où ils pourraient valablement obliger celles-ci. Le mineur autorisé à exercer le commerce peut avouer.

(*Qui non potest dare, non potest confiteri*). DIGESTE, XLII, 2, 6 § 5. — cf. 1861 it. — AUBRY et RAU, § 335 § 751. — DEMOLOMBE, XXIX, n. 116; XXX, n. 463 et suivants. — LAURENT, XX, n. 169.

ART. 482

L'aveu de la femme mariée agissant sans l'autorisation de son mari n'engage que le tiers disponible de ses biens, lorsqu'il entraîne la reconnaissance d'une dette ou une diminution de patrimoine<sup>(2)</sup>.

L'aveu d'un malade en faveur de l'un de ses héritiers est régi par les principes établis en l'art. 401.

ART. 483

L'aveu judiciaire fait pleine foi contre son auteur, et contre les héritiers et ayants cause; il n'a d'effet contre les tiers que dans les cas exprimés par la loi.

LAURENT, XX, n. 180. — cf. Cassation, 16 mars 1868 (D. P. 72, 1, 137); 18 août 1884 (D. P. 85, 1, 207.)

ART. 484

KHALIL, IV, 253.

LAMIATE EZZAKKAKE, III, 112. L'aveu fait par le mandataire d'un tuteur ou curateur, même expressément autorisé, ne fait pas foi contre l'incapable, car le tuteur n'a pas lui-même pouvoir d'avouer ou d'aliéner (ib. p. 113.) L'aveu d'un vice rédhibitoire, fait par le mandataire chargé de vendre, n'oblige point le mandant (ib. 136.)

ART. 484

L'aveu du mandataire général muni de pleins pouvoirs fait foi contre le mandant ; l'aveu du mandataire spécial et de celui qui n'a qu'un pouvoir limité ne fait foi contre le mandant que si le mandataire est expressément autorisé à avouer.

LAURENT, XX, n. 171. — AUBRY et RAU, § 751. — DEMOLOMBE, XXX, n. 472.

ART. 485

Medjella, 1642.

HAMAOUÏ SUR IBN NADJIM, I, 367, note 8.

Eddor-el-Mokhtar, IV, 630. D'après d'autres, l'héritier qui avoue serait obligé pour toute la dette.

ART. 485

L'aveu d'un héritier ne fait pas foi contre les autres cohéritiers ; il n'oblige l'héritier que pour sa part.

ART. 486

(1) KHALIL, IV, 266.

Medjella, 79, 1587 ; IBN NADJIM, II, 24, 25, et HAMAOUÏ, I, 367, note 5.

En sens contraire : Eddor-el-Mokhtar, VII, 94 ; et Raâd-el-Mehtar, ad loc.

(2) Tohfât d'IBN ACEM, 122. « Suivant l'opinion admise, celui qui a entendu un aveu, sans avoir été pris à témoin, peut attester le fait en justice, à la condition toutefois qu'il ait entendu depuis le commencement jusqu'à la fin les paroles prononcées. »

Il est des cas où l'aveu passé à un tiers fait pleine foi : Primus se présente à Secundus, disant avoir mandat de toucher mille *dinars* que Secundus doit à Tertius ; Secundus avoue qu'il doit cette somme à Tertius, et promet de la payer à Primus ; sur ces entrefaites, Tertius arrive et déclare n'avoir jamais donné mandat à Primus de toucher pour lui ; l'obligation contractée par Secundus envers Primus est nulle, mais il reste obligé envers Tertius à raison de son aveu : SAHNOUN ap. IBN FARHOUN, II, 106.

ART. 486

L'aveu extrajudiciaire passé à la partie ou à son représentant fait pleine foi contre son auteur<sup>(1)</sup>, et contre ses héritiers et ayants cause.

Lorsque l'aveu extrajudiciaire est passé à un tiers, les effets en seront appréciés d'après les circonstances de l'affaire et la foi qui est due à celui qui l'atteste<sup>(2)</sup>.

DIGESTE, XLII, 2, 6 § 3. — cf. 1358 it. — cf. DEMOLOMBE, XXX, n. 503, 544 et suivants. — AUBRY et RAU, § 751. — LAURENT, XX, note 218 et suivants.

ART. 487

IBN FARHOUN, II, 155.  
TAOUDI, I, 212; TASOULI, II, 320.  
KHALIL, IV, 221 (théorie d'EL-MAZÉRY.)  
*Medjella*, 1607.

*Eddor-el-Mokhtar*, VII, 127. L'autorisation donnée à un notaire ou autre officier public de rédiger l'acte renfermant l'aveu constitue par elle-même un aveu (*Eddor-el-Mokhtar*, IV, 629.)

ART. 488

cf. *Amalyat*, 464.

IBN NADJIM, II, 80. La preuve par témoin d'un aveu fait par l'incapable n'est pas admise, car l'aveu de l'incapable ne l'oblige pas.

ART. 489

(1) Procès-verbaux de la commission de codification de 1274 (19 Kaada, doss. F. n° 9.)

Projet de Cod. de com. tunisien de 1279 (art. 14) (Archiv. doss. D. n° 8); KHALIL, III, 430, 431; IV, 221.

IBN FARHOUN, I, 282; *Amalyat*, 271, 274. cf. IBN NADJIM, I, 262, II, 23, 24 et HAMAOU, note 4. (Quest. cont.) Ibid. II, 164

*Radd-el-Mehtar*, VI, 18-19. *Eddor-el-Mokhtar*, VI, 20, 21, 22; IV, 635.

(2) *Eddor-el-Mokhtar*, IV, 504, 629.

(3) cf. *Eddor-el-Mokhtar*, IV, 636.

(4) *Medjella*, 1588; IBN NADJIM, II, 20 et note 5. Projet de Cod. de com. tunisien, art. 64 (archives dossier D. n° 8.)

Cependant l'aveu d'un associé commandité sur la quotité des bénéfices réalisés n'est pas révocable sous prétexte d'erreur : Ibid. p. 29.

(5) IBN NADJIM, II, 24 et note 3; *Eddor-el-Mokhtar*, VII, 196.

(6) IBN NADJIM, II, 43 et 248; HAMAOU, II, p. 8 note 1.

L'aveu peut-il être révoqué avant le prononcé du jugement ? La question est controversée dans l'école malékite : LAMIATE EZZAKKAKE, p. 27. Si la partie adverse demande qu'il soit pris acte de l'aveu, le juge doit faire droit à cette demande : LAMIATE EZZAKKAKE, I. c. 28.

« Celui qui reconnaît devoir une somme déterminée, mais en ajoutant une déclaration qui rend l'aveu sans effet, fait un aveu nul, à moins que la partie adverse ne prouve le contraire. Ainsi, celui

ART. 487

Néanmoins, le mandat donné par la partie à son représentant d'avouer une obligation fait pleine foi contre son auteur, même avant la déclaration du mandataire.

ART. 488

L'aveu extrajudiciaire ne peut être prouvé par les témoins toutes les fois qu'il s'agit d'une obligation pour laquelle la loi exige la preuve par écrit.

cf. 1359 it.

ART. 489

L'aveu judiciaire ou extrajudiciaire ne peut être divisé contre celui qui l'a fait<sup>(1)</sup> lorsqu'il est la seule preuve produite. Il peut être divisé :

1° lorsque l'un des faits est prouvé indépendamment de l'aveu<sup>(2)</sup> ;

2° lorsque l'aveu porte sur des faits distincts et séparés ;

3° lorsqu'une partie de l'aveu est reconnue fautive, ou contradictoire avec des faits déjà acquis<sup>(3)</sup>.

Il ne peut être révoqué, à moins qu'on ne justifie qu'il a été déterminé par une erreur de fait<sup>(4)</sup>.

L'erreur de droit ne suffit point pour autoriser la révocation d'un aveu, à moins qu'elle ne soit excusable<sup>(5)</sup>, ou causée pour le dol de l'autre partie.

L'aveu ne peut être révoqué, alors même que la partie adverse n'en aurait pas pris acte<sup>(6)</sup>.

cf. DIGESTE, XLII, 2, 2. — cf. 1356 fr. — 1340 it. — Cassation, 15 avril 1885 (D. P. 86, 1, 312); 12 décembre 1881 (D. P. 82, 1, 151); 18 février 1873 (D. P. 73, 1, 13); 11 avril 1877 (D. P. 77, 1, 343); 4 janvier 1892 (D. P. 92, 1, 84); 10 novembre 1879 (D. P. 80, 1, 390); 21 novembre 1890 (D. P. 91, 1, 174); 21 février 1882 (D. P. 82, 1, 127); 5 décembre 1881 (D. P. 83, 1, 206). — AUBRY et RAU, § 751. — LAURENT, XX, 168, 182 et suiv., 208 et suiv. — DEMOLOMBE, XXX, 510 et suiv. 540, 554. — cf. pour le droit malékite : ZEYS, Droit musulman, II, n. 434.

qui dit : Je dois mille à Primus, pour valeur de porc ou de vin, n'est pas obligé, à moins que le demandeur ne dise : non, les mille me sont dus pour valeur de soie, et qu'il ne fasse la preuve par serment. » IBN FARHOUN, II, 156.

ART. 490

- (1) KHALIL, IV, 297, 298.  
*Medjella*, 1577. cf. IBN NADJIM, I, 95, 97; II, 25.  
cf. HAMAOUÏ *ad loc*; *Eddor-el-Mokhtar*, VII, 197; IV, 650.
- (2) KHALIL, IV, 267.  
*Medjella*, 1580. cf. IBN NADJIM, I, 185; II, 19; HAMAOUÏ, II, 43 note 5, excepté dans les questions *Illat*, (liberté.)
- (3) KHALIL, IV, 268 et 298; IBN NADJIM, I, 358.  
car c'est une impossibilité juridique : *ibid.* II, 25,
- (4) IBN NADJIM, II, 80; *Eddor-el-Mokhtar*, IV, 35.
- (5) KHALIL, IV, 269, 303.  
cf. *Medjella*, 1598, 1600; IBN NADJIM, II, 25.
- (6) IBN NADJIM, II, 22, 23 et HAMAOUÏ, note 4.
- (7) IBN NADJIM, II, 23. Ainsi l'acheteur qui a obtenu que son vendeur était propriétaire ne perd pas son recours contre celui-ci, malgré son aveu, s'il a été jugé que l'évinçant est le véritable propriétaire de la chose.

ART. 490

- L'aveu ne peut faire foi :
- 1° lorsqu'il énonce un fait physiquement impossible, ou dont le contraire est démontré par des preuves irrécusables<sup>(1)</sup>;
  - 2° lorsque celui en faveur duquel il est fait y contredit formellement<sup>(2)</sup>;
  - 3° lorsqu'il tend à établir une obligation ou un fait contraire à la loi ou aux bonnes mœurs<sup>(3)</sup>, ou pour lequel la loi n'accorde aucune action<sup>(4)</sup>, ou à éluder une disposition positive de la loi, telle que la portion légitime établie en faveur de certains héritiers<sup>(5)</sup>;
  - 4° lorsqu'il porte sur un objet différent de celui réclamé par le créancier<sup>(6)</sup>;
  - 5° lorsqu'une chose jugée est intervenue établissant le contraire de ce qui résulte de l'aveu<sup>(7)</sup>;
  - 6° lorsqu'il tend à établir une obligation pour laquelle la loi exige une forme déterminée.

cf. 1335 fr. — DEMOLOMBE, XXX, n. 482, 528; LAURENT, XX, n. 176, 206 et suiv. — AUBRY et RAU, § 751. — Cassation, 17 avril 1877 (D. P. 78, 1, 133); 30 mars 1874 (D. P. 76, 5, 50.)

SECTION II

*De la preuve littéraire*

ART. 491

- cf. *Koran*, II, 282.  
*Amalyat*, 472; IBN FARHOUN, II, 55, 299.  
*Medjella*, 1536, 1606, 1674, 1736; IBN NADJIM, 197.
- même conception en droit romain : la reconnaissance de dette ou de libération n'est au fond

ART. 491

L'aveu de la partie peut résulter de preuves écrites ou littérales.

qu'un aveu contre soi-même, une confession extrajudiciaire : DIGESTE, XVI, 3, 26 § 2; Code IV, 30, 13, IV, 2, 5, 6; DIGESTE, XX, 3, 25 § 4, etc. cf. pour le droit moderne : WINDSCHEID, § 357, note 10, § 412 b. note 3.

ART. 492

IBN NADJIM, II, 196, 157 (correspondance), 198 (livres de commerce.)

ART. 492

La preuve littérale résulte d'un acte authentique ou d'une écriture sous seing privé. Elle peut résulter également de la correspondance, des télégrammes, et des livres des parties, des bordereaux des courtiers dûment signés par les parties, des factures acceptées, des notes et documents privés, et de toutes autres écritures, sauf au Tribunal à donner à chacun de ces moyens la valeur qu'il mérite, selon les cas, et, à moins que la loi ou les parties n'aient exigé expressément une forme spéciale.

cf. 109 com. fr. — 12 suisse. — Pour les lettres missives, cf. Cassation, 2 février 1892 (S. 92, 1, 511); 3 février 1873 (D. P. 73, 1, 468). — AUBRY et RAU, § 760<sup>ter</sup>. — DEMOLOMBE, XXIX, n. 663. — DALLOZ, Rép. V<sup>o</sup>. Lettres missives.

ART. 493

Les contre-lettres ou autres déclarations secrètes n'ont d'effet qu'entre les parties contractantes et leurs héritiers. Elles ne peuvent être opposées aux tiers, s'ils n'en ont obtenu connaissance; les ayants cause et successeurs à titre particulier sont considérés comme tiers, aux effets du présent article.

cf. 1321 fr. — 1319 it. — 405 all. — AUBRY et RAU, § 756<sup>bis</sup>. — DEMOLOMBE, XXIX, n. 308, 315 et suiv. — LAURENT, XIX, n. 188 et suiv. — Cassation, 3 janvier 1883 (D. P. 83, 1, 416); 8 mars 1893 (S. 93, 1, 193); 14 décembre 1886 (D. P. 88, 5, 511); 11 mars 1890 (D. P. 91, 1, 183.)

ART. 494

XLV, 2, II, 282 et le commentaire de  
II, 549.  
les règles très-minutieuses sur le notariat  
FARHOUN, I, 186, 192; le Manuel des no-  
par ET TOUATI p. 6, 8; LAMATE EZZAKAKE,  
et pour le droit moderne tunisien, les  
de 1306 dans CAUDEL, p. 215 et les décrets  
BOMPARD, 383. Code tunis. de 1864,  
et suivants et les indications dans le  
des *tribun. tunis.* 1896 p. 179 note 2.

§. I. *Du titre authentique.*

ART. 494

L'acte authentique est celui qui a été reçu avec les solennités requises par officiers publics ayant le droit d'instrumenter dans le lieu où l'acte a été rédigé.

cf. 1317 fr. — TOULLIER, VIII, 53 et suiv.

ART. 495

NADJIM, II, 196 (mariage).

ART. 495

L'acte est également authentique lorsque l'offre, d'une part, et l'acceptation, d'autre part, ont été reçues avec les solennités requises par officiers publics à ce autorisés dans le lieu où chacun des actes est passé.

cf. 128 all.

ART. 496

l'Algérie, l'authenticité des actes des  
est reconnue par deux arrêts : Cassat. 23  
bre 1858 (D. P. 59, 1, 130.) et 5 juillet 1858  
30, 1, 312).

ART. 496

Sont également authentiques :

1<sup>o</sup> les actes reçus par les cadhis en leur Tribunal conformément à la loi ;

2<sup>o</sup> les jugements rendus par les Tribunaux tunisiens et étrangers, en ce sens que ces derniers peuvent faire foi des faits qu'ils constatent, même avant d'avoir été rendus exécutoires.

Sic autor. citées par FUZIER-HERMANN, C. c. ann. art. 1351, n. 387 et suiv.

ART. 497

FARHOUN, I, 222.  
264 (vente authentique. Le simple  
de simulation ne suffit point pour la ré-  
); *ibid.*, 265 (autre cas analogue); *ibid.*,  
); *ibid.*, 271 (libération et décharge);  
nis. de 1861, art. 53. cf. *Medjella*, 1821.  
lément au *Radd-el-Mehar*, VI, 77 (la doc-  
érite a fini par reconnaître la foi due à  
authentique).  
LAMATE EZZAKAKE, p. 142 et suiv. La  
de la simulation peut être faite par tous  
mens.

ART. 497

L'acte authentique fait pleine foi, même à l'égard des tiers et jusqu'à inscription de faux, des faits et des conventions attestés par l'officier public qui l'a rédigé comme passés en sa présence (1).

Cependant lorsque l'acte est attaqué pour cause de violence, de fraude, de dol et de simulation ou d'erreur matérielle, la preuve peut en être faite par témoins, et même à l'aide de présomptions graves, précises et concordantes, sans recourir à l'inscription de faux (2).

Cette preuve peut être faite, tant par les parties que par les tiers ayant un intérêt légitime.

cf. 1317 it. — 1319 fr. — LAURENT, XIX, n. 141, 157, 172, 734. — DEMOLOMBE, XIX, n. 272 et suiv. — AUBRY et RAU, § 755, § 765. — Cassation, 8 janvier 1880 (D. P. 89, 1, 359); 28 mai 1879 (S. 80, 1, 157); 4 décembre 1888 (D. P. 89, 1, 130); 8 juin 1887 (D. P. 87, 1, 326); 4 décembre 1876 (D. P. 77, 1, 183); 14 janvier 1885 (D. P. 85, 1, 64); 12 janvier 1887; 21 février 1882 (ib. 82, 1, 127.)

ART. 498

IBN FARHOUN, II, 50 (jugement.)

LAMIATE EZZAKKAKE, p. 151, 153 (acte auth.), même principe pour les écritures sous seings privés (ibid., 153).

IBN NADJIM, I, 388, 397 et HAMAOUÏ, *ad loc.*, note 9.

Les énonciations relatives à la capacité des parties ne font pas foi, car les notaires ne font foi que de ce qui s'est passé en leur présence. Opinion dominante : LAMIATE EZZAKKAKE, 154.

ART. 498

L'acte authentique qui fait foi même de ce qui n'y est exprimé qu'en termes énonciatifs, pourvu que l'énonciation ait un rapport direct à la disposition. Les énonciations étrangères tant à la substance de l'acte qu'aux constatations que l'officier public est appelé à faire en vertu de ses fonctions, n'ont aucun effet.

cf. 1320 fr. — 1317 it.

ART. 499

En cas de plainte en faux principal, l'exécution de l'acte argué de faux sera suspendue par la mise en accusation ; tant que la mise en accusation n'a pas été prononcée, ou en cas d'inscription de faux faite incidemment, le Tribunal pourra, suivant les circonstances, suspendre provisoirement l'exécution de l'acte.

cf. 1319 fr. — 1317 it.

ART. 500

Procès-verbaux de la Commission de codification de 1274 (19 kaâda) archives, dossier F, n° 9.

ART. 500

L'acte authentique portant l'attestation dite « *témoignage de surprise* », est nul de plein droit et ne constitue même pas un commencement de preuve.

Est également nul et non avenu l'acte authentique portant une *réserve* ou *protestation secrète*, dit *walthi-kat-el-asterda*.

ART. 501

L'acte qui ne peut valoir comme authentique par suite de l'incompétence ou de l'incapacité de l'officier, ou d'un défaut de forme, vaut comme écriture privée, s'il a été signé des parties dont le consentement est nécessaire pour la validité de l'acte.

cf. 1318 fr. — 1316 it. — TOULLIER, VIII, n. 103. — AUBRY et RAU, § 755. — LAURENT, XIX, n. 119 et suiv. — Cassation, 26 janvier 1870 (D. P. 74, 1, 101); 6 mars 1889 (ib. 89, 1, 70.)

§ II. — De l'acte sous seing privé

ART. 502

*Amalyat*, 271, 472; IBN FARHOUN, I, 299, II, 55 (car elle constitue un aveu) et, en général, l'école *malékite*. La production d'un titre écrit légalisé par deux témoins, dispense de tout serment supplémentaire : LAMIATE EZZAKAKE, 93.

MAWARDI, 83.

*Hanéfites* : *Medjella*, 1658, 1736.

L'école *hanéfite* ne reconnaît pas, en principe, la foi due à l'écriture privée « car une écriture ressemble à une autre », et il est très facile de falsifier un acte; voilà pourquoi « l'écriture ne mérite aucune foi » : IBN NADJIM, I, 338; II, 198; *Radd-el-Mehtar*, III, 559.

Cependant la jurisprudence postérieure finit par se départir de cette rigueur, et par admettre que « l'écriture vaut la parole » c'est-à-dire l'aveu, « par égard pour la facilité des transactions » : HAMAOUÏ sur IBN NADJIM, I, 338, notes 3 à 6, 341 et IBN NADJIM, II, 197 et 198, note 3. L'influence du droit commercial est visible dans ce fait que les reçus de dépôt, signés par les banquiers ou changeurs, font pleine foi : IBN NADJIM, I, 340, de même que leurs registres : *Radd-el-Mehtar*, III, 329. Ainsi la lettre datée et signée par le débiteur et portant une reconnaissance de dette fait pleine preuve, lorsqu'elle n'est pas désavouée : IBN NADJIM, I, 196; *Eddor-el-Mokhtar*, VI, 77. De même le libellum répudié (ibid., II, 197). — Voir aussi ibidem, page 197, note 4 et, en général, une note intéressante dans le supplément au *Radd-el-Mehtar*, VI, 77, 78 et IV, 518, 519; IV, 490. « L'écriture du marchand, du banquier (*sarrâf-campsor*) et du

ART. 502

L'acte sous seing privé, reconnu par celui auquel on l'oppose, ou légalement tenu pour reconnu, fait la même foi que l'acte authentique, envers toutes personnes, des dispositions et énonciations qu'il renferme, dans les conditions énoncées aux articles 497 et 498 ci-dessus.

Cod. IV, 30, 13 (car il est un aveu). — 1322 fr. — 1320 it. — cf. WINDSCHEID, § 357, art. 10, § 412 bis, n. 3. — AUBRY et RAU, § 756. — DEMOLOMBE, XIX, n. 381. — LAURENT, XIX, n. 277.

courtier fait preuve, même si elle n'est pas au nom d'une personne déterminée.; il en est de même des écritures que les autres personnes échangent entre elles; elles doivent faire preuve, d'après la coutume. »

Le compte arrêté et liquidé entre les parties, et portant la libération de la somme restant due par l'une des parties, constitue une décharge définitive, qui ne peut être infirmée par aucun moyen, même par l'allégation d'erreur ou d'omission : *Fetoua* du muphti *hanéfite* MOHAMED BAIRANI, Archives, dossier M, n° 2.

ART. 503

(4) IBN FARHOUN, I, 296.

LAMIATE EZZAKAKE, p. 178. Formule de légalisation : TOUATI, Formulaire, p. 245 ; Décret 20 juillet 1896 (9 star 1314) *Journal Officiel* 21 juillet 1896.

ART. 503

Les actes sous seing-privé font foi de leur date, entre les parties et leurs héritiers, jusqu'à preuve du contraire.

Ils n'ont de date contre les tiers que :

1° du jour où ils ont été enregistrés, soit en Tunisie, soit à l'étranger ;

2° du jour où l'acte a été déposé dans les mains d'un officier public ;

3° si l'acte est souscrit, soit comme partie, soit comme témoin, par une personne décédée ou réduite à l'impossibilité physique d'écrire, du jour du décès ou de l'impossibilité reconnue ;

4° de l'acte du visa ou de la légalisation apposés sur l'acte par un officier public à ce autorisé ou par un magistrat (4), soit en Tunisie, soit à l'étranger ;

5° du jour où leur substance est constatée dans les actes dressés par des officiers publics à ce autorisés, soit en Tunisie, soit à l'étranger ;

6° lorsque la date résulte d'autres preuves équivalentes et absolument certaines.

Les ayants cause et successeurs à titre particulier sont considérés comme tiers, aux effets du présent article, lorsqu'ils n'agissent pas au nom de leur débiteur.

Tunis, 8 mars 1897 (*Journ.* 97, 202); Alger, 22 février 1893 (*Journ.* 93, 156). — Cassation, 7 mars 1893 (S. 93, 1, 291). — cf. Cassation, 29 octobre 1890 (D. P. 91, 1, 475) ; Alger, 18 février 1888 (S. 89, 2, 115) ; Caen, 28 mai 1879. — AUBRY et RAU, § 756. — DEMOLOMBE, XXIX, n. 382, 508, 521, 526 et suivants. — LAURENT, XIX, n. 281, 289, 296 et suivants.

ART. 504

La date des lettres de change et autres effets à l'ordre, ainsi que celle de leurs endossements, est présumée véritable jusqu'à preuve du contraire.

55 com. it. — Cassation, 7 mars 1849 (D. P. 49, 1, 77); 21 avril 1869 (D. P. 69, 1, 407).

ART. 505

cf. *Koran*, II, 282; RAZY, II, 550.  
*Medjella*, 1607, 1609.  
cf. HAMAOUÏ, II, 197 note 4.

ART. 505

L'acte sous seing-privé peut être écrit d'une autre main que celle de la partie, pourvu qu'il soit signé par elle.

*Secus* : 1325 it. — 1326 fr. — *Sic* : TOULLIER, VIII, n. 261. — LAURENT, XIX, n. 198.

ART. 506

Procès-verbaux de la commission de codification de 1274 (13 kaada, dossier F. n° 8.)

ART. 506

La signature doit être apposée de la propre main de la partie au bas de l'acte; un timbre ou cachet ne peuvent y suppléer et sont considérés comme non apposés.

AUBRY et RAU, § 756, n. 3, § 666. — LAURENT, XIX, n. 206. — VIVANTE, I, n. 107 et auteurs cités, n. 18.

ART. 507

*Koran*, II, 282.  
cf. IBN FARHOUN, I, 296 (légalisation d'écriture), art. 20, décret 13 Moharrem 1303 sur l'enzel des *habous* (BOMPARD, 205) art. 57 du décret sur les municipalités, 16 djoumad ettani 1302 (BOMPARD, p. 344); art. 27 du traité anglais de 1875 (BOMPARD, p. 470). Projet de C. com. tunis. 1279 art. 19. (Archives, dossier D, n° 8). Procès-verbaux de la commission de codification de 1274 (17 châban 1274), dossier F, nos 4 et 5.  
La formule de légalisation dans : TOUATI, Formulaire des Notaires, 245 (tr. fr.).

ART. 507

Les écritures sous seing-privé portant l'obligation de personnes illettrées devront être signées par deux témoins au moins et visées par un cadhi, un notaire ou un autre officier public, à ce autorisé, lequel sera tenu, avant de viser, de bien faire comprendre à la partie ce à quoi elle s'engage, et en fera mention dans son visa.

A défaut, la pièce ne pourra même servir de commencement de preuve par écrit.

cf. 13 suisse. — *Secus* : la doct. franç. : TOULLIER, VII, n. 135. DEMOLOMBE, XXIX, n. 112, 264. — LAURENT, XIX, n. 120, 201. — AUBRY et RAU, § 666 et § 756.

ART. 508

Le télégramme fait preuve comme écriture privée, lorsque l'original porte la signature de la personne au nom de laquelle il est expédié, ou s'il est prouvé que l'original a été remis au bureau du télégraphe par cette personne, bien qu'elle ne l'ait pas signé elle-même.

La date des télégrammes fait foi, jusqu'à preuve contraire, du jour et de l'heure auxquels ils ont été remis ou expédiés au bureau du télégraphe.

45 com. it. — cf. 12 suisse.

ART. 509

Le télégramme a date certaine lorsque l'expéditeur a eu soin de s'en faire délivrer copie certifiée par le bureau de départ, indiquant le jour et l'heure du dépôt.

ART. 510

En cas d'erreur, d'altération ou de retard dans la transcription d'un télégramme, on appliquera les principes généraux relatifs à la faute ; l'expéditeur d'un télégramme est présumé exempt de faute s'il a eu soin de faire collationner ou recommander le télégramme, selon les règlements télégraphiques.

46 com. it.

ART. 511

IBN FARHOUN, I, 299, 300; Code tunisien de 1861, art. 50.

Procès-verbaux de la commission de codification de 1274 (26 kaâda, dossier F., nos 2-27 (26 kaâda, ibid nos 11 et 11<sup>bis</sup>; IBN ACEM, 131, 132.

Medjella, 1610, 1611; HAMAOU, sur IBN NADJIM, I, 338, note 6.

ART. 511

Celui auquel on oppose un acte sous seing-privé est obligé de désavouer formellement son écriture ou sa signature, s'il ne veut la reconnaître ; faute de désaveu, l'écrit est tenu pour reconnu.

Les héritiers ou ayants cause peuvent se borner à déclarer qu'ils ne connaissent point l'écriture ou la signature de leur auteur.

cf. 1323 fr. — 1321 it. — 194, 199 procéd. fr. — TOULLIER, VIII, n. 229. — LAURENT, XIX, n. 268 et suiv. — AUBRY et RAU, § 756.

ART. 512

IBN FARHOUN, I, 299, 301 ; II, 151, 152 ; IBN ACEM, 439 ; *Amalyat*, 469, 470, 471, 472, 473, 475 ; cf. Code tunis. de 1861, art. 50 ; Projet de code com. tunis. de 1279, art. 21 (Archiv., doss. D, n° 8) ; BARKANI, VII, 183 et suiv. ; cf. *Medjella*, 1610, 1611, 1836, 1837, 1839 ; MAWARDI, 83. HAMAOUÏ SUR IBN NADJIM, I, 338, note 6 ; cf. II, 198, note 3. Tribunal de l'Ouzara, doss. n° 1966. En sens contraire : *Radd-el-Mehtar*, VII, 128 (qui n'attache aucune valeur à la vérification d'écriture).

ART. 513

Le système *chaféite* est conforme au nôtre ; voir MAWARDI, 83, 84. *Malékites* : cf. *Amalyat*, 472. (On ne peut opposer aucun moyen au titre reconnu.) Cependant la pratique admet que le souscripteur d'une obligation causée pour prêt puisse opposer le défaut de réception de la somme portée au titre : TASOULI, 80. cf. Cod., IV, 2, 5, 6 ; IV, 31, 6. *Hanéfites* : cf. *Medjella*, 1610, 1611. Le titre reconnu fait toujours preuve, et le débiteur ne peut opposer aucun moyen de défense. Voir cependant IBN NADJIM, I, 386 (exception d'usure) et II, 198. *Eddor-el-Mohhtar*, IV, 648 (exception d'usure) ; *Radd-el-Mehtar*, IV, 630 : « En avouant l'écriture, la partie dit seulement : c'est là mon écriture et je suis l'auteur (mais elle ne perd pas le droit de dire) cependant, je ne dois pas cette somme ». Voir aussi : *ibid.*, 518.

ART. 512

Dans le cas où la partie désavoue son écriture ou sa signature, et dans le cas où ses héritiers ou ayants cause déclarent ne les point connaître, la vérification en est ordonnée ; le Tribunal pourra y procéder lui-même ou y faire procéder par experts, en la forme édictée par le Code de procédure.

cf. Cod. IV, 21, 20, 1324 fr. — 195 procéd. fr. — 1322 it. — Cassation, 7 février 1882 (D. P. 82, 1, 367) ; 4 août 1884 (D. P. 85, 1, 209) ; 1<sup>er</sup> mai 1872 (D. P. 72, 1, 191). — LAURENT, XIX, n. 270. — AUBRY et RAU, § 756. — DEMOLOMBE, XXIX, n. 372.

ART. 513

La partie qui a avoué son écriture ou sa signature ne perd point le droit d'opposer à l'acte tous les autres moyens de fond et de forme qui peuvent lui appartenir.

Cod. IV, 22, 1, 2, 3, 4, 5 ; IV, 30, 2, 3, 5, 13 ; IV, 31, 6 ; IV, 2, 5, 6 ; VIII, 43, 13, 21, 23. — DIGESTE, XXII, 3, 25 § 4 ; XLVI, 4, 19 § 1. — cf. 1324 it.

§ III. — *Des autres écritures pouvant constituer une preuve littérale*

ART. 514

*Malékites* : Procès-verbaux de la commission de codification de 1274 (26 kaâda, doss. F, n° 2). Les registres des marchands ne font aucune foi, sauf entre commerçants (Projet de C. Comm. tun. de 1297, art. 81, doss. D. n° 8). Les livres des marchands ne font preuve que s'ils sont signés par le débiteur ou confirmés par témoins ou par d'autres circonstances ; voir également un parère des marchands tunisiens, 4 chaoual 1248 (Arch., doss. E. n° 3). Le parère du 4 djoumad 1296 (ibid., doss. E. n° 5) accorde une valeur probante au registre du marchand contre ce dernier, mais non en sa faveur.

cf. Code tunis. de 1861, art. 76 (qui n'admet pas les registres du demandeur dans les cas où la loi exige l'acte civil).

*Hanéfites* : IBN NADJIM, I, 339; II, 198; *Radd-el-Mehtar*, IV, 489, 490; *Radd-el-Mehtar*, VI, 77, 78 (les livres des marchands, banquiers, courtiers font pleine foi).

ART. 515

Projet de C. Com. tunis. de 1297, art. 81 (dossier D. n° 8) ; parères cités art. 514 ci-dessus.

ART. 516

cf. *Medjella*, 1609.

La doctrine *hanéfite* ne reconnaît pas ce qui est écrit par le commis dans les registres des marchands, lorsque les livres se trouvaient entre les mains du commis, et non chez le marchand lui-même : *Radd-el-Mehtar*, IV, 491.

ART. 514

Les livres de commerce régulièrement tenus peuvent, d'après les circonstances, faire preuve en faveur des commerçants et contre eux.

1329 fr. — cf. 12 com. fr. — 259, 375, 381, 384, 437, 439 procéd. all. — 1328 it. — GOLDSCHMIDT GRUNZ, § 31. — *Secus* : la doctrine française : AUBRY et RAU, § 727. — LAURENT, XIX, n. 339. — Cassation, 21 octobre 1890 (D. P. 91, 1, 174) (qui n'admettent les livres de commerce qu'entre commerçants et pour faits de commerce). — Voir cependant : TOULLIER, VIII, n. 369. — BÉDARRIDE, Dol et fraude, n. 733 et suiv.

ART. 515

Lorsque les livres des marchands portent l'annotation ou la reconnaissance écrite de l'autre partie, ou correspondent à un double qui se trouve entre les mains de cette dernière, ils constituent pleine preuve contre elle et en sa faveur.

cf. GOLDSCHMIDT, § 31, n° 4. — Anc. C. com. all., 294.

ART. 516

Les inscriptions faites sur les livres de commerce par le commis qui tient les écritures, ou qui est chargé de la comptabilité, ont la même foi que si elles étaient écrites par le commettant lui-même.

48 com. it. — DALLOZ, Oblig., n. 4204.

Art. 517

cf. *Medjella*, 1608.

ART. 517

Les livres que les commerçants sont obligés de tenir, et pour lesquels ils n'auront pas observé les formalités prescrites par la loi, ne pourront être représentés ni faire foi en justice au profit de ceux qui les auront tenus. Ils peuvent faire preuve contre eux de quelque manière qu'ils soient tenus. Mais celui qui veut en tirer avantage ne peut les diviser en ce qu'ils ont de contraire à ses prétentions ; on appliquera au demeurant les règles de l'article 489.

cf. 13 com. fr. — 50 com. it. — 1330 fr. — DIGESTE, XV, 1, 49 § 2; XXXIX, 5, 26. — GOLDSCHMIDT, § 31, n° 2.

Art. 518

Communication des livres pour affaires de société, coutume tunis. Lettre du prévôt des marchands, 19 rabia-el-achoual 1293 (doss. E. n° 9).

ART. 518

La communication à l'autre partie des livres et inventaires des commerçants et des livres domestiques ne peut être ordonnée en justice que dans les affaires dérivant d'un rapport de succession, communauté, société, et dans les autres cas où les livres sont communs aux deux parties, et en cas de faillite. Elle peut être ordonnée, soit d'office, soit à la requête de l'une des parties, au cours d'un litige, et même avant toute contestation, lorsqu'il est justifié d'un intérêt suffisant, et seulement dans la mesure où cet intérêt l'exige.

14 com. fr. — cf. 47 com. all. — 27 com. it. — 112-114. loi des faill. all. — cf. VIVANTE, I, 192 (le nie pour l'associé en participation). — LAURENT, XIX, n. 355. — AUBRY et RAU, § 749, § 758. — DEMOLOMBE, XXIX, n. 636-637. — TOULLIER, VIII, 404. — Toulouse, 9 juin 1877, sous Cassation, 9 janvier 1878 (D. P. 78, 1, 85); Rennes, 26 février 1879 (D. P. 80, 2, 91).

ART. 519

La communication a lieu de la manière établie entre les parties, et, si elles ne peuvent s'accorder, moyennant le dépôt au Greffe du Tribunal.

27 com. it.

ART. 520

*Contrà* : IBN NADJIM, I, 347 (le juge ne peut contraindre une partie à montrer ses livres).

ART. 520

Le tribunal peut, au cours d'une instance, ordonner d'office la représentation des livres de commerce prescrits par la loi et de tous autres, des lettres ou télégrammes de l'une des parties ou de toutes les deux, à l'effet, soit d'en extraire ce qui concerne le différend, soit d'en examiner la régularité. Il peut également ordonner aux mêmes effets la représentation du livre-journal du médiateur qui a traité l'affaire.

Dans le cas où la communication à l'autre partie est nécessaire, celle-ci ne pourra examiner que les annotations relatives au litige en la partie qui sera déterminée par le juge.

La représentation des livres pourra être faite, soit au tribunal, soit même au lieu où ils se trouvent, au juge lui-même, ou à un greffier ou notaire à ce commis.

15 com. fr. — 28, 34 com. it. — 102 com. all. — VIVANTE, I, n° 185, 187 note 43, 188 note 46 et 257. — LYON-CAEN et RENAULT, I, 299. — AUBRY et RAU, 760<sup>ter</sup>. — Cassation, 4 mai 1872 (D. P. 73, 1, 302); Cassation, 3 février 1873 (D. P. 73, 1, 468).

ART. 521

Lorsqu'il n'y a pas contestation sur la régularité des livres ou sur le document à examiner, l'extrait peut être fait soit par le greffier, soit par un notaire.

ART. 522

Si la partie, aux livres de laquelle on offre de faire foi, refuse de les représenter, le juge peut déférer le serment à l'autre partie.

51 com. it. — 17 com. fr. — Jurisprudence allemande : GOLDSCHMIDT, § 36, n° 3. — Cassation, 22 juillet 1872 (D. P. 73, 1, 110. — AUBRY et RAU, § 757. — LAURENT, XIX, n. 336. — DALLOZ, Rép. V<sup>o</sup> Commerçant, n. 266.

ART. 523

IBN NADJIM, I, 339; cf. HAMAOU *ad loc.*, note 7 (question controversée).

IBN NADJIM, II, 198 et la note 4 *ibid.*; *Radd-el-Mehtar*, IV, 490, 689 (font pleine foi).

ART. 523

Les livres des médiateurs relatifs aux affaires conclues par leur entremise et ceux des tiers non intéressés au litige ont la valeur d'un témoignage non suspect, s'ils sont bien et régulièrement tenus.

cf. 52 com. it. — 84 com. fr. — GOLDSCHMIDT, § 31, n. 3; § 38, n. 4, p. 120; § 39<sup>a</sup>, p. 126. — BEHREND, § 56, note 12 et 14.

ART. 524

(1) *Radd-el-Mehtar*, VII, 128; IV, 629.

(2) *Medjella*, 1612.

HAMAOU SUR IBN NADJIM, II, 197, note 4; *Radd-el-Mehtar*, IV, 491 : « Si on trouve chez quelqu'un (après sa mort), un sac d'argent sur lequel il est écrit ceci : ceci est un dépôt appartenant à un tel, cette mention fait foi... »

(3) *Radd-el-Mehtar*, VII, 128; IV, 629.

ART. 524

Les registres et papiers domestiques ne font pas foi en faveur de celui qui les a écrits. On peut cependant les invoquer afin de compléter une preuve résultant d'autres documents.

Ils font foi contre celui qui les a écrits :

1° dans tous les cas où ils énoncent formellement un paiement reçu par le créancier ou un autre mode de libération<sup>(1)</sup>;

2° lorsqu'ils contiennent la mention expresse que la note a été faite pour suppléer le défaut de titre en faveur de celui qui y est dénommé<sup>(2)</sup>.

On entend par papiers domestiques même des notes et des feuilles volantes, pourvu qu'elles soient écrites ou signées de la main de celui contre lequel on les invoque<sup>(3)</sup>.

Cod. IV, 19, 5-7. — cf. 1331 fr. — DEMOLOMBE, XXIX, n° 625 et suiv. — AUBRY et RAU, § 758. — LAURENT, XIX, n. 344 et suiv.

ART. 525

IBN FARHOUN, I, 299 (c'est le système de MALEK lui-même); C. tunis. de 1861, art. 446.

ART. 525

La mention de la libération apposée sur le titre par le créancier, bien que non signée ni datée, fait foi contre lui, sauf la preuve contraire.

DIGESTE, XXII, 3, 24. — cf. 1331 it. — 1332 fr. — Cassation, 20 janvier 1891 (D. P. 91, 5, 4, 26); Tunis, 22 octobre 1894 (*Journ.* 94, 568).

§ IV. — *Des copies de titres*

ART. 526

Les copies faites sur les originaux des titres authentiques ou des écritures privées ont la même valeur que les originaux lorsqu'elles sont certifiées par officiers publics à ce autorisés dans les pays où les copies ont été faites. La même règle s'applique aux photographies de pièces faites sur les originaux.

cf. 1333 it. — 1335 fr.

ART. 527

*Medjella*, 1737, 1738, 1739; *Radd-el-Mehtar*, IV, 428; *ibid.*, IV, 489 (la même foi serait due aux registres de l'État).

ART. 527

Les copies des actes privés ou publics existants dans les archives publiques, faites conformément aux règlements par l'archiviste qui les a en dépôt, font la même foi que les originaux. La même règle s'applique aux copies des actes transcrits sur les registres des cadhis, lorsqu'elles sont certifiées conformes par ces derniers.

cf. 1333 it.

ART. 528

(1) cf. *Amalyat*, 280, 281.

ART. 528

Dans les cas prévus aux articles précédents, les parties ne peuvent exiger la représentation au tribunal de l'acte original ou de la copie déposée aux archives; mais ils auront toujours le droit de demander la collation de la copie sur l'original, et à défaut, sur la copie déposée aux archives. Ils pourront aussi en demander à leurs frais une reproduction photographique.

A défaut de l'original et d'une copie déposée dans des archives publiques, les copies authentiques faites en conformité des articles 526 et 527 feront foi, si elles ne présentent ni ratures ni altérations, ni aucune autre circonstance suspecte<sup>(1)</sup>.

cf. 1335, 1336 it.

SECTION III

*Des livres des commerçants et du registre du commerce*

§ I. — *Des livres des commerçants*

ART. 529

Les *hanéfites* connaissent le livre de comptes: IBN NADJIM, I, 347 et le livre-journal, *ibid.*, II, 198.

Règle pour la tenue du livre-journal de l'Administration des Habous (décret 16 rabia-ettani 1291, art. 20 : BOMPARD, p. 196) et 16 rabia-ettani 1297, art. 7 (*ibid.*, 241); journal à tenir par l'Administration des Communes (art. 85, décret 16 djoumad-ettani 1302 : BOMPARD, p. 350).

Dans la pratique tunisienne, on connaît : 1<sup>o</sup> le brouillon ou main courante, où le marchand inscrit les opérations au fur et à mesure qu'il les fait ; 2<sup>o</sup> le grand livre ; 3<sup>o</sup> et le livre des comptes courants.

ART. 529

Tout commerçant est tenu d'avoir un livre-journal qui présente, en détail et par ordre de date, ses dettes actives et passives, ses opérations de commerce, ses négociations, acceptations ou endossements d'effets, et généralement tout ce qu'il reçoit et paie, à quelque titre que ce soit, civil ou commercial, et qui énonce, mois par mois, les sommes employées à la dépense de sa maison ; le tout indépendamment des autres livres usités dans le commerce, mais qui ne sont pas indispensables.

8 com. fr. — 21 com. it.

ART. 530

Il est tenu de mettre en liasse les lettres et télégrammes d'affaires qu'il reçoit, et de copier sur un registre ceux qu'il envoie.

8 com. fr. — 21 com. it.

ART. 531

KHALIL, I, 396, 397; Projet de C. Com. tunis. 1279, art. 6 (Archiv., doss. D. n<sup>o</sup> 8).

ART. 531

Il est tenu de faire, au commencement de son établissement, et de continuer tous les ans, à la fin de chaque exercice, un inventaire exact comprenant :

1<sup>o</sup> ses biens et effets mobiliers et immobiliers, avec indication de leur valeur à la date de l'inventaire ;

2<sup>o</sup> ses dettes actives et passives, de quelque nature et origine qu'elles soient.

Les créances douteuses y seront portées selon une évaluation raisonnable, les créances non recouvrables devront être détruites ; les marchandises, valeurs commerciales, monnaies étrangères, seront portées à leur

valeur moyenne de bourse ou de marché dans les quinze jours qui ont précédé l'inventaire.

Si le commerçant a plusieurs établissements, il portera également sur l'inventaire les valeurs actives et passives comprises dans chacun de ces établissements.

L'inventaire présente, à la fin, le bilan et le compte des profits et pertes et doit être transcrit, à la fin de chaque exercice, sur un livre à ce destiné, ou sur le livre journal. Il doit être signé par le commerçant. S'il y a plusieurs associés personnellement responsables, ils devront tous signer. La durée de chaque exercice ne peut être de plus de douze mois.

cf. 9 com. fr. — 22 com. it. — 39, 40, 41 com. all. — 877 suisse.

#### ART. 532

Des règles analogues sont édictées par la loi tunisienne pour la tenue des registres de l'Administration des Habous, art. 32 (décret du 16 rabia-ettani 1291 : BOMPARD, p. 498); pour les registres des notaires (art. 10 du décret du 30 kaâda 1291 : BOMPARD, p. 387); dans le projet du C. Com. tun. de 1279, art. 7 (Archiv., doss. D. n° 8).

#### ART. 532

Le livre-journal et le livre des inventaires doivent être reliés et ne pourront être employés s'ils n'ont été, au préalable, cotés par premier et dernier et paraphés sur chaque feuille par un juge du tribunal ou un juge de paix du lieu; à la dernière page, le juge énoncera le nombre de feuillets que le livre contient; cette déclaration sera datée et signée par le juge, le tout sans frais.

Le livre-journal et le livre des inventaires seront présentés une fois l'an au tribunal ou à la justice de paix, pour être visés sans frais immédiatement au-dessous de la dernière inscription; le juge ne peut exiger que le livre lui soit laissé en dépôt, mais doit le viser sur présentation.

Dans les lieux où il n'y a ni tribunal, ni justice de paix, le visa sera apposé, soit par un notaire à ce autorisé, soit par le président ou le vice-président de la municipalité.

cf. 23 com. it. — 10, 41 com. fr.

ART. 533

cf. l'art. 38 du décret du 30 rabia-ettani 1293 (tenue des registres des cadhis : BOMPARD, p. 282); l'art. 82 du décret du 16 djoumad-ettani 1302 (registre des Municipalités : BOMPARD, p. 350); l'art. 10 du décret du 3 kaâda 1292 (registres des notaires): BOMPARD, 387.

ART. 533

Les livres susdits seront tenus par ordre de dates, sans blancs, lacunes, ni transports en marge et sans interlignes. Lorsqu'il sera nécessaire de rayer ou de corriger quelques mots, la rature devra être faite de manière qu'on puisse reconnaître ce qui a été effacé.

cf. 10 com. fr. — 25 com. it.

ART. 534

Projet de C. Com. tunis. de 1279, art. 5 (Arch., doss. D. n° 8), sans limitation d'époque.

ART. 534

Les commerçants sont tenus de conserver pendant quinze ans, à compter de la dernière inscription, les livres qu'ils sont obligés de tenir, ainsi que les lettres et télégrammes d'affaires qu'ils ont reçus, et les copies de ceux qu'ils ont envoyés. En cas de cessation de commerce, le commerçant et ses héritiers et successeurs pourront faire le dépôt des livres et documents au greffe ou autre lieu public qui leur sera indiqué par le tribunal

26 com. it. — 11 com. fr. — 878 suisse. — 44 com. all.

ART. 535

Projet de C. Com. tunis. de 1279, art. 3 (Arch., doss. D. n° 8).

ART. 535

Les dispositions des articles 529 à 534 ne s'appliquent pas aux petits commerçants.

§ II. — *Du registre du commerce*

ART. 536

Il sera tenu au Greffe des Tribunaux, par les soins du greffier, un registre dit *Registre du commerce*; un juge sera commis au commencement de chaque année, afin de surveiller la tenue des registres et l'observation des formalités prescrites par la loi pour procéder à l'inscription.

ART. 537

Les inscriptions au registre du commerce devront être publiées par entier et sans délai dans le *Journal Officiel*, et dans la feuille des annonces judiciaires de chaque lieu.

ART. 538

Les inscriptions au registre du commerce n'ont effet vis-à-vis des tiers qu'à partir de la publication faite au *Journal Officiel* et dans la feuille des annonces judiciaires.

ART. 539

Lorsque la loi prescrit l'inscription au registre du commerce, l'autorité chargée de tenir le registre peut y procéder même d'office, en appliquant aux parties une amende qui peut varier de cinquante à cinq cents francs.

864 suisse. — 14 com. all. (300 marks).

ART. 540

Tous ceux qui ont la capacité de s'obliger peuvent aussi se faire inscrire au registre du commerce de leur domicile.

865 suisse.

ART. 541

Sont tenus de se faire inscrire au registre du commerce du lieu où ils ont leur principal établissement tous ceux qui exercent un négoce, qui exploitent une fabrique ou usine ou tout autre établissement de nature commerciale en leur propre nom, ou sous une raison de commerce. S'ils ont une succursale dans un autre lieu, ils sont tenus de s'y faire inscrire également, après avoir pris l'inscription au siège de l'établissement principal. La même disposition s'applique à ceux qui exercent le commerce ou exploitent un établissement commercial sous une raison sociale.

865 suisse.

ART. 542

Celui qui exploite un établissement de commerce ou fait un négoce ou trafic seul ou avec un associé en participation, ne peut inscrire comme raison de commerce, que son nom de famille.

Il ne peut rien ajouter à la raison de commerce qui indique un rapport de société ; mais il peut ajouter toutes indications servant à distinguer sa personne ou son établissement, pourvu qu'elles soient conformes à la vérité.

867 suisse. — § 18 com. all. — BEHREND, § 40, note 21. — VIVANTE, I, nos 101, 104, 332.

ART. 543

La raison sociale d'une société en nom collectif, quand elle n'énonce pas le nom de tous les associés, doit porter au moins le nom de l'un d'eux avec une indication établissant l'existence d'une société ; les noms des associés ou leurs raisons sociales peuvent seuls faire partie de la raison sociale.

869, 871 suisse. — § 19 com. all. — 21 com. fr.

ART. 544

La raison sociale d'une société en commandite doit indiquer le nom de l'un au moins des associés responsables sans limitation, et une indication établissant l'existence d'une société ; le nom des associés responsables et solidaires peut seul faire partie de la raison sociale.

870, 871 suisse. — § 19 com. all. — 23, 25 com. fr. — 77, 114 com. it.

ART. 545

L'inscription au registre du commerce et toute modification à cette inscription doit être requise personnellement par la partie ou les parties dont le nom doit figurer sur le registre, ou par mandataire spécialement autorisé en vertu d'un mandat légalisé par officier public.

Pour les sociétés qui constituent des personnes morales, l'inscription devra être faite par les administrateurs ou directeurs ayant le droit d'agir au nom de la société.

cf. § 33 com. all.

#### ART. 546

Le droit de faire usage du nom d'un marchand ou d'une raison de commerce inscrits au registre et publiés dans les journaux à ce autorisés, appartient exclusivement au propriétaire de ce nom ou de cette raison. Il ne peut être employé par aucun autre, même par celui qui a un nom de famille identique. Celui-ci doit, en constituant une raison de commerce, ajouter à son nom une autre indication qui le distingue nettement de la raison de commerce déjà existante.

Le cessionnaire ou acquéreur d'un fonds de commerce peut, s'il y est expressément autorisé, continuer à faire usage du même nom ou de la même raison de commerce, mais il est tenu d'y ajouter une indication précisant le fait de la succession ou de la cession. L'héritier est tenu de la même obligation.

cf. 22, 30 com. all. — 868, 874 suisse. — POUILLET, n° 552 et suiv. — LYON-CAEN et RENAULT, Traité, III, 256. — VIVANTE, I, nos 104, 106, 109.

#### ART. 547

Celui dont le nom figure sans son autorisation dans une raison sociale, peut contraindre celui qui en fait usage illégalement à la supprimer, sans préjudice de l'action en dommages-intérêts, s'il y échet.

#### ART. 548

Lorsqu'une personne, dont le nom fait partie de la raison sociale d'une société en nom collectif ou en commandite, cesse d'appartenir à la société, l'ancienne raison sociale ne peut continuer à exister sous la même forme, alors même que cette personne ou ses héritiers y consentiraient.

872 suisse. — 24 com. all.

ART. 549

Toute modification ou changement de la raison de commerce, du propriétaire de cette raison ou du siège de la raison de commerce ou de l'établissement principal doit être inscrite en la forme ci-dessus. Devra également être inscrite par les liquidateurs la liquidation volontaire de la société ou raison de commerce; l'inscription des noms des liquidateurs devra être faite par les administrateurs; tout changement de la personne des liquidateurs ou toute modification de leurs pouvoirs par les liquidateurs eux-mêmes.

31 com. all.

ART. 550

La déclaration de faillite, la révocation de cette déclaration, sa clôture devront être inscrites d'office sur le registre du commerce.

32 com. all.

ART. 551

Lorsque l'établissement ou raison de commerce inscrit au registre cesse d'exister ou est cédé à d'autres personnes, le titulaire ou ses héritiers devront faire rayer l'inscription; à défaut, le Tribunal ordonne la radiation d'office.

866 suisse. — 31 com, all.

ART. 552

Le registre de commerce est public, et chacun peut le consulter, s'en faire délivrer un extrait certifié conforme par le greffier du tribunal, ou prendre copie lui-même, sans frais, des indications ou inscriptions qui y sont portées.

Le greffier est tenu également, s'il en est requis, de délivrer certificat qu'il n'existe point d'inscription ou que l'inscription existante a été rayée.

Comp. 9 com. all.

ART. 553

Il n'est rien innové aux dispositions de la loi du 3 juin 1889 sur le dépôt des marques de fabrique.

SECTION IV

*De la preuve testimoniale*

ART. 554

*Koran*, II, 282.

cf. Cod. tunis. de 1861, art. 71. « Le témoignage est une relation de faits qui astreint le juge à juger d'après ce qui lui est dit, si celui qui rapporte les faits est digne de foi, si le nombre légal est acquis ou si le demandeur le confirme par un mandant » : BENNANI, VII, 157.

Importance de la preuve testimoniale, en droit musulman : IBN FARHOUN, I, 173. Le témoignage constitue un devoir religieux : ZARKANI, VII, 190; IBN FARHOUN, I, 165, et il est entouré de précautions rigoureuses destinées à en assurer la sincérité; voir, en droit *malékite* : IBN FARHOUN, I, 173, 175, 182, 286; ZARKANI, VII, 158 et suiv., et en droit *hanéfite* : *Eddor-el-Mokhtar*, IV, 524, 528, 530; *Radd-el-Mehtar*, VI, 105, 129, 144, 145. Les art. 152 à 172 du Code tunisien de 1861 résumement assez exactement le système *malékite*, en cette matière. En général, un seul témoin ne suffit pas (*testis unus, testis nullus*) : IBN FARHOUN, I, 217; IBN NADJIM, I, 354, 286; cf. Cassation, 20 juin 1864 (D. P. 64, 1, 391) et doit être corroboré par un serment. Les témoins se divisent en deux catégories principales : ceux qui ont une réputation sans tache, et dont on peut recevoir le témoignage sans enquête préalable; ceux qui n'ont pas la même notoriété et ne peuvent être admis sans enquête : cf. IBN FARHOUN, I, 169, 286; *Tohfat* d'IBN ACEM, 164 et suiv. Le droit romain distingue aussi entre les *testis honestiores, integræ opinionis* : Cod. IV, 20, 9, 18 et les *testes viliores*. Ce n'est pas le nombre des témoins, mais leur poids et la valeur rationnelle des arguments produits de part et d'autre, qui doit décider le juge, telle est la règle *hanéfite* et *chaféite* : *Eddor-el-Mokhtar*, VII, 37 et IV, 609; *Radd-el-Mehtar*, *ad loc.* Voir aussi pour les *malékites* : ZARKANI, VII, 209. Il peut être récusé, s'il a un intérêt dans l'affaire, s'il est à certain degré

ART. 554

Les conventions ou autres faits juridiques ayant pour but de créer, de transférer, de modifier ou d'éteindre des obligations ou des droits, et excédant la somme ou valeur de trois mille francs, ne peuvent être prouvées par témoins; il doit en être passé acte devant notaire ou sous seing privé.

cf. 1341, 1834 fr. — 1341 it. — 311 all. — AUBRY et RAU, § 762. — LAURENT, XIX, n. 405 et suiv. — DEMOLOMBE, XXX, n. 13, 27, 32, 146, 179. — Cassation, 31 mars 1874 (D. P. 75, 1, 229); 17 juin 1872 (D. P. 72, 1, 464); 5 janvier 1874 (D. P. 74, 1, 12); 19 janvier 1870 (D. P. 70, 1, 302).

parent des parties en cause, s'il est débiteur de celui pour lequel il dépose, s'il est ennemi : ZARKANI, VII, 160, 161, 164, 169, 170; *Eddor-el-Mokhtar*, IV, 526, 527. Le courtier peut être entendu comme témoin, lorsque son courtage est déterminé en une somme fixe et ne doit pas varier selon le résultat de l'affaire : ZARKANI, 160. Le témoin ne prête pas serment, car « ou bien il est digne de foi, et son honorabilité suffit, ou il ne l'est pas, et le serment est inutile » : IBN FARRHOUN, II, 159. *Séus* : les *hanéfites*, du moins d'après la jurisprudence la plus récente : *Radd-el-Mehtar*, VI, 73; *Medjella*, 1727; mais voir, en sens contraire : *Eddor-el-Mokhtar*, IV, 586.

Cependant la preuve testimoniale a subi, en Tunisie, d'importantes restrictions : ainsi le créancier qui ne peut présenter qu'une preuve testimoniale n'est pas admis à produire aux faillites. (Lettre du syndic des marchands, 23 djoumad-el-oual 1292 : aux Archives, doss. G, nos 4 et 5.). Lorsque l'obligation est établie par une preuve écrite, la libération ne peut être prouvée que de la même manière (projet de Cod. de com. tunis. de 1279, art. 10 : Archives, doss. D, n° 8), voir aussi art. 153. Dans ce sens : Tribunal de l'Ouzara (doss. n° 1216) : cf. Cod. 4, 20, 18; NOVELL, 90, 2.

Ce même projet (art. 19) établit qu'aucune obligation résultant d'une convention, ne peut être prouvée que par écrit. Le tribunal de commerce tunisien n'admet jamais la preuve testimoniale, car il n'est pas compétent pour décider sur l'honorabilité des témoins (Prévôt des marchands, 2 hidjé 1289 : Archives, doss. E, n° 44); dans les cas où une preuve testimoniale est produite, il renvoie les parties devant le tribunal du cadhi.

#### ART. 555

Il n'est reçu entre les parties aucune preuve par témoins contre et outre le contenu aux actes, et encore qu'il s'agisse d'une somme ou valeur inférieure à trois mille francs.

Cette règle reçoit exception au cas où il s'agit de prouver des faits de nature à établir le sens des clauses obscures ou ambiguës d'un acte, à en déterminer la portée ou en constater l'exécution.

LAURENT, XIX, n. 478, 483. — AUBRY et RAU, § 763. — Cassation; 3 mai 1887 (D. P. 88, 1, 40).

ART. 556

Celui qui a formé une demande excédant trois mille francs ne peut plus être admis à la preuve testimoniale, même en restreignant sa demande primitive, s'il ne justifie que cette demande a été majorée par erreur.

cf. 1343 fr. — 1343 it. — AUBRY et RAU, § 762. — DEMOLOMBE, XXX, n. 45. — LAURENT, XIX, n. 451.

ART. 557

La preuve testimoniale sur la demande d'une somme même moindre de trois mille francs ne peut être admise, lorsque cette somme est déclarée faire partie d'une créance plus forte qui n'est point prouvée par écrit.

cf. 1344 fr. — 1344 it. — DEMOLOMBE, XXX, n. 56.

ART. 558

Si, dans la même instance, une partie fait plusieurs demandes dont il n'y ait point de titre par écrit, et que, jointes ensemble, elles excèdent la somme de trois mille francs, la preuve par témoins n'en peut être admise encore que la partie allègue que ses créances proviennent de différentes causes et qu'elles se sont formées en différents temps, si ce n'était que ses droits procédassent par succession, donation, ou autrement, de personnes différentes.

1345 fr. — 1345 it.

ART. 559

Les règles ci-dessus reçoivent exception lorsqu'il existe un commencement de preuve par écrit. On appelle ainsi tout écrit qui rend vraisemblable le fait allégué, et qui est émané de celui auquel on l'oppose, de son auteur, ou de celui qui le représente. Est réputé émané de la partie tout acte dressé à sa requête par un officier public compétent, dans la forme voulue pour faire

foi, ainsi que les dires des parties consignés dans un acte ou décision judiciaire réguliers en la forme.

cf. 1347 fr. — 1347 it. — Cassation, 23 novembre 1869 (D. P. 70, 1, 24); 13 juin 1883 (D. P. 84, 1, 38); 13 juin 1881 (D. P. 82, 1, 474); 6 août 1873 (D. P. 75, 1, 260); 9 juillet 1870 (D. P. 91, 1, 27). — cf. 16 mars 1881 (ibid., 82, 1, 371); 29 décembre 1879 (D. P. 80, 1, 375); 26 juin 1889 (D. P. 90, 1, 129); 16 juin 1890 (D. P. 91, 1, 97); 9 juillet 1890 (D. P. 91, 1, 452). — DEMOLOMBE, XXX, n. 111, 113 et suiv. — LAURENT, XIX, n. 488 et suiv. — AUBRY et RAU, § 764.

#### ART. 560

(1) cf. LAMIATE EZZAKKAKE, 39.

On peut recourir au serment, et il n'est pas nécessaire de produire deux témoins, lorsqu'il s'agit d'établir un quasi-délit, par exemple, un meurtre involontaire.

#### ART. 560

Elles reçoivent encore exception :

1<sup>o</sup> toutes les fois que la partie a perdu le titre qui constituait la preuve littérale de l'obligation ou de la libération en conséquence d'un cas fortuit, d'une force majeure, d'une soustraction frauduleuse. Le cas des billets des banques et titres au porteur est soumis à des règles spéciales;

2<sup>o</sup> lorsqu'il n'a pas été possible au créancier de se procurer une preuve littérale de l'obligation; tel est le cas des obligations provenant des quasi-contrats et des délits ou quasi-délits<sup>(1)</sup> et celui où il s'agit d'établir une erreur matérielle commise dans la rédaction de l'acte, ou des faits de violence, simulation, fraude ou dol dont l'acte est entaché.

L'appréciation des cas où il n'a pas été possible au créancier de se procurer une preuve écrite est remise à la prudence du tribunal.

cf. 1348, 1353 fr. — 1348 it. — Cod. IV, 21, 1, 5, 8, 10. — DEMOLOMBE, XXX, n<sup>o</sup> 451 et suiv. — LAURENT, XIX, n<sup>o</sup> 544 et suiv. — AUBRY et RAU, § 765. — Cassation, 6 août 1889 (D. P. 91, 1, 120); 25 juin 1877 (D. P. 78, 1, 27); 20 mai 1889 (D. P. 90, 1, 127); 19 janvier 1870 (D. P. 70, 1, 362); 18 août 1873 (D. P. 74, 1, 20); 9 novembre 1875 (D. P. 76, 1, 443).

ART. 561

Les règles relatives à la preuve testimoniale reçoivent également exception dans les obligations entre commerçants pour actes de commerce; le tribunal pourra, dans les cas où il le croira utile, admettre la preuve testimoniale, quel que soit le taux de la demande et même contre et outre ce qui est dit aux actes, pour établir soit l'existence, soit la modification, soit l'extinction de l'obligation, tant entre les parties qu'à l'encontre des tiers.

Toutefois, dans les cas où la loi exige expressément un acte écrit, le tribunal ne pourra admettre que les preuves littérales.

cf. 44 com. it. — 1341 fr. — 1341 it. — AUDRY et RAU, 763 bis. — Cassation, 9 août 1880 (D. P. 81, 1, 214); 11 juillet 1892 (D. P. 92, 1, 463).

SECTION V

*Des présomptions*

ART. 562

IBN FARHOUN, I, 162; II, 61.

KHALIL, III, 428, 429, 432; IV, 196, 499, 530.

« La vraisemblance d'une allégation, dit ELLAKMI, équivaut à un témoignage. » Présomption en droit pénal : ZARKANI, VIII, 50; *Tohfat* d'IBN ACEM, vers 1553 et suiv.

*Hanéfites* : définition : *Medjella*, art. 68, cf. 75.

ART. 563

(1) Lorsque les parties ont produit toutes leurs preuves, le juge leur adresse une interpellation finale, à l'effet de savoir si elles ont quelque chose à ajouter, c'est ce qu'on appelle le *taadjiz* : IBN FARHOUN, I, 67, 132, 141; *Tohfat* d'IBN ACEM, 98, 100 et les formules de jugements dans TOUATI, Formul. 73, 76, 79, 115 tr. fr. — cf. Cod. III, 1, 9 : *Judex oportet... utramque partem... interrogare num quid novi addere desiderat*. Si elles déclarent qu'elles n'ont plus rien à dire, le juge prononce son jugement.

Le jugement est la suite nécessaire des preuves fournies au juge : IBN FARHOUN, I, 81; les faits une fois prouvés, le jugement en découle (ib., 90).

ART. 562

Les présomptions sont des conséquences que la loi ou le juge tirent d'un fait connu à un fait inconnu.

cf. 1349 fr. — 1349 it.

§ I. — *Des présomptions établies par la loi*

ART. 563

La présomption légale est celle qui est attachée par la loi à certains actes ou à certains faits. Tels sont :

1° les actes que la loi déclare nuls d'après leurs seules qualités comme présumés faits en fraude de ses dispositions, tels que les actes prévus aux art. et ;

2° les cas dans lesquels la loi déclare que l'obligation ou la libération résulte de certaines circonstances déterminées, telles que la prescription ;

3° l'autorité que la loi attribue à la chose jugée. (1)

cf. 1350 fr. — 1350 it.

Le juge ne peut pas juger d'après sa science personnelle, il doit juger d'après les preuves qui lui ont été soumises : ZARKANI, VII, 150; IBN FARHOUN, I, 201, II, 47; *Eddor-el-Mokhtar*, IV, 493, 513; IBN NADJIM, I, 353, 360, 400. Le jugement crée, en faveur de celui qui l'a obtenu, un nouveau titre, il n'a plus qu'à invoquer le jugement : HAMAOUÏ, II, 42; DIGESTE, XLII, 1, 457; XV, 1, 3, 511. La volonté du juge remplace celle de la partie condamnée « en vertu de l'autorité générale (*wilâya-potestas*) dont le juge est investi. » : HAMAOUÏ, II, 42. C'est ce qui fait la force obligatoire du jugement; la partie condamnée est présumée s'y être obligée elle-même, en tant qu'elle est représentée par le juge. « Le jugement déclare le droit, et ne le constitue point. » : *Eddor-el-Mokhtar*, IV, 475; *Radd-el-Mehtar*, IV, 476, 412; cf. IBN FARHOUN, I, 81, 85; DIGESTE, XLVI, 1, 8 § 3, XX, 1, 13 § 4, et le juge n'est, en le prononçant, que l'instrument, l'organe de la Loi, qu'il est tenu d'appliquer : IBN FARHOUN, I, 191.

Jusqu'ici, les deux écoles sont généralement d'accord : elles se séparent sur le principe de la chose jugée.

1<sup>o</sup> *Malékites* : Le principe de la chose jugée n'est pas assez net chez les *malékites*; ils n'admettent, ainsi qu'on l'a dit, que « le principe de la chose bien jugée » : ZEYS. Il n'y a chose jugée que lorsque le juge a décidé un point de droit d'après la doctrine reçue. Il peut revenir sur sa décision : 1<sup>o</sup> lorsqu'il s'agit d'un point controversé ou sur lequel il n'y a pas de texte formel : théorie d'IBN ROCHD; ZARKANI, VII, 147, 148. *Sécus* : SAHNOUN et autres; 2<sup>o</sup> lorsque le jugement se fonde sur une erreur évidente de droit ou de fait (Instr. d'OMAR à MOUÇA ELACHARI MAOUARDI, p. 68). Le jugement peut toujours être réformé : 1<sup>o</sup> s'il est injuste; 2<sup>o</sup> s'il est contraire à une jurisprudence arrêtée et unanime. En général, le jugement ne vaut que ce que vaut le cadhi lui-même : cf. IBN FARHOUN, II, 48, 49, 55, 62, 63; ZARKANI, VII, 144, 146;

2<sup>o</sup> *Hanéfites* : Le principe de la chose jugée est mieux établi chez les *hanéfites* : le juge est désaisi après le prononcé du jugement : *Eddor-el-Mokhtar*, IV, 478, VII, 647; IBN NADJIM, I, 378; DIGESTE, XLII, 1, 53. Le jugement est, par définition « ce qui met fin à la controverse » : IBN NADJIM, I, 346; DIGESTE, XLII, 1, 1. Il est irrévocable et constitue un titre définitif : IBN NADJIM, I, 141, 346, 349, 353, 378, 395; *Radd-el-Mehtar*, VI, 26, 105. Le jugement éteint l'action, non la créance :

IBN NADJIM, II, 44. Cependant, il faut distinguer le jugement *déclaratif* ou *constitutif* (*kadhâ-el-zâm*) du jugement *négalif*; le premier est celui qui reconnaît un droit à une partie, il le dénie, par conséquent, à l'autre et s'oppose à toute action nouvelle : HAMAOUÏ, I, 350, cf. DIGESTE, III, 3, 40 § 2, XLIV, 2, 30 § 1. Le jugement *négalif* est celui qui dénie un droit à une partie; il n'empêche pas l'autre de le réclamer. Le juge qui dit : « La propriété n'appartient pas à Primus, » ne dit pas qu'elle n'appartient pas à Secundus : IBN NADJIM, II, 30; DIGESTE, XLIV, 2, 15.

ART. 564

(1) Les énonciations du jugement qui ont un rapport direct avec la disposition font pleine foi : IBN FARHOUN, II, 48.

*Hanéfites* : à défaut de textes exprès, le juge n'est point lié par sa décision antérieure. Il peut changer de jurisprudence, si un cas semblable se présente : IBN NADJIM, I, 141.

Le jugement ne s'applique qu'au point décidé par le juge et qui a été soumis à ce dernier : *Radd-el-Mehtar*, IV, 454, 456.

Le jugement ne s'applique pas aux accroissements de la chose, si le juge n'en a pas fait mention : *Radd-el-Mehtar*, IV, 270, 271, à moins que les accroissements ne soient compris dans la demande soumise au juge : *Eddor-el-Mokhtar*, IV, 271.

(2) *Radd-el-Mehtar*, IV, 479, 272, 274, 621.

(3) *Medjella*, 1587, 1837, 1840.

IBN FARHOUN, I, 71, 72.

Code tunis. de 1861, art. 25.

IBN NADJIM, I, 148, 160, 360. Il n'y a pas chose jugée, lorsque la cause invoquée est différente : *Radd-el-Mehtar*, VI, 26.

(4) HAMAOUÏ sur IBN NADJIM, I, 360, note 5; IBN NADJIM, I, 344; *Tohfât* d'IBN ACEM, 1448 et n. 1336.

Le jugement ne fait état qu'entre les parties et leurs héritiers; par exception, il peut faire état contre les tiers. Voir les cas énumérés par *Eddor-el-Mokhtar*, IV, 467; *Radd-el-Mehtar*, *ibid.*, 467, 670. Ainsi le jugement rendu contre la caution fait état contre le débiteur absent : *ibid.* et IBN NADJIM, I, 375. Le jugement rendu contre un héritier et en sa faveur, a effet contre les autres : *Radd-el-Mehtar*, III, 561; VI, 37, 377; mais, d'après d'autres, il faut distinguer l'action réelle de l'action personnelle. L'action réelle se divise entre les héritiers et elle ne constitue chose jugée contre tous que si l'héritier était seul détenteur de la

ART. 564

L'autorité de la chose jugée ne s'attache qu'au dispositif du jugement, et n'a lieu qu'à l'égard de ce qui en fait l'objet<sup>(1)</sup> ou de ce qui en est une conséquence nécessaire et directe<sup>(2)</sup>. Il faut :

1° que la chose demandée soit la même ;

2° que la demande soit fondée sur la même cause<sup>(3)</sup> ;

3° que la demande soit entre les mêmes parties et formée par elles et contre elles en la même qualité<sup>(4)</sup>.

Sont considérés comme parties les héritiers et ayants cause des parties qui ont figuré à l'instance, lorsqu'ils exercent les droits de leurs auteurs, sauf le cas de dol et de collusion.

DIGESTE, XLIV, 2, 3, 5, 7, 12, 13, 14, 19, 22, 26 § 1. — Cod. VII, 56, 2. — cf. 1351 fr. — 1351 it. — WINDSCHEID, § 127, 129, 130. — TOULLIER, VIII, 30 et suiv.; X, 214. — AUBRY et RAU, § 769. — LAURENT, XX, note 29 et suiv. — DEMOLOMBE, XXX, note 291 et suiv. — Cassation, 10 février 1891 (D. P. 91, 1, 206); 22 mars 1882 (D. P. 82, 1, 285). — cf. 23 mars 1885 (D. P. 86, 1, 108); 3 mai 1880 (D. P. 81, 1, 76); 4 février 1889 (D. P. 89, 1, 313); 17 mars 1890 (D. P. 91, 1, 316); 26 juin 1893 (S. 94, 1, 175).

chose revendiquée contre la succession; au contraire, le jugement rendu sur une action personnelle, fait état contre tous : *ibid.*, VI, 37, 377, car, dans les actions personnelles, chacun des héritiers représente tous les autres, tandis que, dans les actions réelles, il ne les représente que s'il est seul possesseur de la chose revendiquée : *ibid.* 38, *Morched-el-Hairun*, 499.

Le jugement fait état *erga omnes* dans les questions d'état, c'est-à-dire lorsqu'il s'agit de la liberté, de la parenté, du mariage, du patronat : *Eddor-el-Mokhtar*, IV, 268; *Radd-el-Mehtar*, IV, 413. Fait-il état *erga omnes*, en matière de habous? L'opinion dominante est pour la négative : *ibid.*

*Malékites* : le jugement rendu contre un héritier, en cette qualité, n'a pas effet en faveur ni contre les autres, s'il n'avait pas mandat d'agir pour eux : IBN FARHOUN, I, 114. La chose jugée contre un communiste et en sa faveur, ne fait pas état contre les autres : *ibid.* 115.

Le jugement rendu sur une *actio popularis* empêche-t-il que l'action puisse être reproduite par un autre représentant de la communauté musulmane? Question controversée : *ibid.* 115. Voir aussi p. 142 : « L'un des communistes a introduit « une action et il a été jugé contre lui, un autre « communiste vient ensuite et exerce la même « action; si la demande est la même que celle « formée par le communiste qui a été déjà dé- « bouté, on devra juger de même et débouter « aussi le second; celui-ci ne sera reçu à faire « aucune preuve; si la demande est différente, il « y aura lieu à un nouveau jugement. La même « règle doit s'appliquer à celui qui réclame un « droit public. »

ART. 565

(1) KHALIL, I 367, cf. *Amalyat*, 437.

IBN FARHOUN, I, 71, 72, 75.

IBN NADJIM, II, 80 et n. 8 (jugement prononçant l'interdiction).

(2) IBN FARHOUN, I, 71, 72, 75.

(3) IBN NADJIM, I, 141, 142 et HAMAOUÏ, *ad loc.* cf. *ibid.*, I, 378, note 2 et 395, note 11.

cf. IBN FARHOUN, I, 72, 75, 81, 85.

Formule de jugement : TOUATI, Manuel des Notaires, p. 71 et 72 (trad. fr.).

(4) Le jugement contraire à une loi ou à une jurisprudence non contestée est nul, d'après les *hanéfites* : *Eddor-el-Mokhtar*, IV, 457, 458, et les

ART. 565

L'autorité de la chose jugée ne s'attache pas :

1<sup>o</sup> aux jugements des tribunaux en matière de juridiction volontaire<sup>(1)</sup>;

2<sup>o</sup> aux ordonnances et jugements interlocutoires, préparatoires et provisoires<sup>(2)</sup>, lorsqu'ils ne contiennent aucune disposition définitive sur les questions soulevées par les parties;

3<sup>o</sup> aux ordonnances et jugements de validation par lesquels les cadhis homologuent un acte qui leur a été soumis<sup>(3)</sup>, encore qu'une instance simulée ait été enga-

*malékites* : IBN FARHOUN, I, 55. Il n'y a pas chose jugée, et la question peut toujours être reprise, selon les *malékites*, lorsqu'il s'agit de droits auxquels on ne peut renoncer, ce sont : 1<sup>o</sup> la constitution de fondation pieuse; 2<sup>o</sup> l'affranchissement; 3<sup>o</sup> les questions d'état, tels que ceux de filiation; 4<sup>o</sup> le divorce; 5<sup>o</sup> les routes publiques. Dans tous ces cas, celui qui ne peut faire la preuve de son action a le droit de la faire même après, dès qu'il peut la produire : ZARKANI, VII, 141, 142; BEN-NANI, VII, 142.

(5) *Séus* les *malékites* : le juge musulman ne peut donner exécution à un jugement rendu par une autorité non musulmane : IBN FARHOUN, II, 92, 93.

gée devant eux par les intéressés afin de donner à l'homologation l'apparence d'un jugement;

4<sup>o</sup> aux jugements frappés d'appel ou d'opposition<sup>(4)</sup>;

5<sup>o</sup> aux jugements des tribunaux étrangers tant qu'ils n'ont pas été rendus exécutoires<sup>(5)</sup>.

Cassation, 7 juillet 1890 (D. P. 90, 1, 301); 20 juillet 1882 (D. P. 83, 1, 161); 19 novembre 1888 (D. P. 89, 1, 22); 18 décembre 1889 (D. P. 90, 1, 373); 25 novembre 1873 (D. P. 74, 1, 76); 5 nov. 1890 (D. P. 91, 1, 149); 13 août 1889 (D. P. 90, 1, 309); 1<sup>er</sup> avril 1879 (D. P. 79, 1, 353); 28 juin 1892 (D. P. 1, 530). — AUBRY et RAU, § 769. — DEMOLOMBE, XXX, n. 288. — LAURENT, XX, n. 5, 17 et suiv. — FUZIER-HERMANN, Rép. général de Droit fr. V<sup>o</sup> Appel, n. 1204 et suiv.

#### ART. 566

L'exception de la chose jugée doit être opposée par la partie qui a intérêt à l'invoquer; elle ne peut être suppléée d'office par le juge.

TOULLIER, X, n. 74 et suiv. — AUBRY et RAU, § 769, p. 403. — LAURENT, XX, n. 137.

#### ART. 567

(1) cf. *Medjella*, art. 80, 1729, 1751, 1820, 1837; *Radd-el-Mehtar*, VI, 26, IV, 451, 452; Code tunis. de 1861, art. 166. D'après les *malékites*, la fausseté des témoignages sur lesquels se fonde le jugement donne droit d'en demander la révocation, si le jugement n'a pas encore été exécuté; s'il l'a été, on n'a plus droit qu'aux dommages : ZARKANI, VII, 196, 197.

(2) IBN FARHOUN, I, 56; IBN NADJIM, I, 359, 378; *Radd-el-Mehtar*, IV, 452 (même une erreur de droit).

(3) IBN NADJIM, I, 350 et HAMAOUÏ, n. 3; *ibid.*, I, 395, II, 159.

« Ce qui s'éteint à la suite du jugement, c'est l'action et non la créance » : IBN NADJIM, II, 44; par conséquent, le débiteur a la répétition d'indû pour recouvrer ce qu'il a payé en exécution d'un jugement, si le créancier lui déclare qu'en réalité il ne doit rien.

(4) Corruption du juge : *Eddor-el-Mokhtar*, IV, 421, 422. En droit *hanéfite*, le cadhi qui juge d'après un autre rite que le sien rend un jugement nul : *Eddor-el-Mokhtar*, IV, 464, 465. Est

#### ART. 567

L'autorité de la chose jugée peut être infirmée :

1<sup>o</sup> par la preuve de la fausseté des titres ou autres preuves qui ont déterminé le jugement, lorsque ces titres ou ces preuves en ont été la cause unique ou principale<sup>(1)</sup>;

2<sup>o</sup> par la preuve de l'erreur matérielle sur laquelle se fonde le jugement, lorsque cette erreur en est la cause unique ou principale<sup>(2)</sup>;

3<sup>o</sup> par tout acte de la partie qui l'a obtenu, impliquant clairement la volonté de renoncer au droit créé en sa faveur par le jugement<sup>(3)</sup>;

4<sup>o</sup> dans le cas où le juge peut être pris à partie aux termes de la loi pénale<sup>(4)</sup>.

cf. DIGESTE, XXXVI, 1, 65 § 2. — 480, 492, proc. fr. — Sur le n<sup>o</sup> 2, cf. Cassation, 9 juillet 1884 (D. P. 85, 1, 392). — Sur le n<sup>o</sup> 3, cf. LAURENT, XX, n. 135, 136. — AUBRY et RAU, § 769. — DEMOLOMBE, XXX, n. 389, 390. — *Ibid.*, n. 383. — FUZIER-HERMANN, Rép. génér. du Droit fr. V<sup>o</sup> Chose jugée, n. 766 et suiv.

nul également le jugement du cadhi qui a acheté ses fonctions en donnant de l'argent au prince ou à ses ministres : *ibid.*, IV, 421, 422.

ART. 568

*Amalyat*, 415, 416.

*Medjella*, 1751, 1820 (serment), 1837.

*Morched-el-Hairan*, 499 (jugement sur revendication).

IBN NADJIM, I, 349; *Eddor-el-Mokhtar*, IV, 610, 613; IBN NADJIM, I, 353 : « Le jugement a pour lui une présomption de validité, et ne peut être infirmé sur de simples doutes. »

ART. 568

La présomption légale dispense de toute preuve celui au profit duquel elle existe.

Nulle preuve n'est admise contre la présomption de la loi lorsque, sur le fondement de cette présomption, elle annule certains actes, ou dénie l'action en justice, à moins qu'elle n'ait réservé la preuve contraire.

DIGESTE, L, 17, 207; I, 6, 25; XXXVIII, 2, 12 § 3; I, 5, 25 XX, 6, 13; XXV, 3, 3 pr. — cf. 1352 fr. — 1353 it.

§ II. Des présomptions qui ne sont pas établies par la loi.

ART. 569

(1) cf. Code tunis. de 1861, art. 177, 181.

(2) *Tolifat* d'IBN ACEM, 152 et 866 : « Celui-là est cru dont la prétention est conforme à l'état normal. ». Ex. de présomptions : TASOULI, II, 349, 350; LAMIATE EZZAKKAKE, p. 20; ZARKANI, V, 136. *Amalyat*, 464; Code tunis. de 1861, art. 177, 180. KHALIL, III, 429, 431; IV, 196, 499, 643.

Dans le conflit de présomptions également vraisemblables, les *malékites* accordent à certaines parties une situation privilégiée. Ainsi, dans la vente, on décide, en cas de doute, pour le vendeur : KHALIL, III, 427, 435, 437; dans le louage de choses, pour le bailleur : *ibid.*, 432, cf. 1716 C. civ. français; dans le contrat de *command (hirâdh)*, si aucune opération n'est encore engagée, en faveur du bailleur de fonds : *ibid.*, IV, 499; il en est de même, après le contrat engagé, pour les contestations relatives à la répartition des bénéfices : *ibid.*, IV, 530.

*Hanéfites* : *Medjella*, 74, 75, 1740, 1741; IBN NADJIM, I, 348, 349, 400; *Radd-el-Mehtar*, IV, 413, 414; cf. aussi MAWARDI, 86 et suiv. (système *chaféite*). On trouve dans le supplément du *Radd-el-Mehtar*, VI, 169, 175, un résumé très complet des différentes présomptions admises en cas de doute, par les jurisconsultes *hanéfites*.

ART. 569

Les présomptions qui ne sont pas établies par la loi sont remises à la religion et à la prudence du tribunal<sup>(1)</sup>; il ne doit admettre que des présomptions graves, précises et concordantes<sup>(2)</sup>; la preuve contraire sera de droit, et elle pourra être faite par tous moyens.

DIGESTE, XXII, 5, 3 § 5. — cf. 1353 fr. — 1354 it. — WINDSCHEID, § 133, notes 10, 11. — AUBRY et RAU, § 750. — DEMOLOMBE, XXX, n. 260, 267, 268.

ART. 570

LAMIATE EZZAKKAKE, 92.

*Tohfat* d'IBN ACEM, 146, 152. Applications, voir par exemple, 862. « On s'en rapporte au dire de l'acheteur, confirmé par serment, relativement au paiement du prix des choses qu'il est d'usage de vendre au comptant, et au dire du vendeur... pour celles dont la vente n'est pas d'ordinaire faite au comptant. » Ibid., 1073, dans le bail : « Pour tout différend sur la nature du prix ou le fait du paiement, on ajoute foi à la déclaration faite avec serment, de celui en faveur de qui témoignent les circonstances. »

ART. 571

*Malékites :*

La possession n'est pas une preuve de propriété, mais elle la fait présumer : TAoudi, II, 255; IBN FARHOUN, II, 85, 90; *Tohfat* d'IBN ACEM, 149, 202; LAMIATE EZZAKKAKE, 88 (à égalité de preuves, il faut juger pour le possesseur, à charge de serment); TASOULI, II, 254, 266, 354, *ibid.*, I, 26; TAoudi, II, 254, 266, 267; IBN FARHOUN, I, 172; II, 66, 87, 90; *Amalyat*, 287, 288, 411; ZARKANI, VII, 209.

*Tohfat* d'IBN ACEM, 1250, 1251. « Celui qui agit pour revendiquer une chose doit fournir la preuve de sa réclamation sans qu'on contraigne celui qui la possède à titre de propriétaire, à dire de quelle façon il l'est devenu. » : LAMIATE EZZAKKAKE, 83.

IBN FARHOUN, II, 84, 86 (conditions de la possession de bonne foi en fait d'immeubles). Voir aussi BENNANI, VII, 188; ZARKANI, VII, 210, 211 et BENNANI, *ad loc.* La possession doit être paisible, publique, non équivoque, à titre de propriétaire, et avoir duré au moins dix mois, et d'après d'autres, un an.

Pour les meubles, la possession doit avoir les mêmes conditions; ils se prescrivent par un terme assez court, un, deux ou trois ans, selon les auteurs : cf. IBN FARHOUN, II, 86, 87; TASOULI, II, 254. Les actes d'aliénation faits par le possesseur sont également validés après ce délai : *ibid.*, 87.

*Hanéfites :*

*Medjella*, 1754; *Eddor-el-Mokhtar*, III, 354, 355.

En matière immobilière, le possesseur est également préféré, si l'autre partie ne peut faire la preuve de son action : *Eddor-el-Mokhtar*, VII, 647.

ART. 570

Les présomptions même graves, précises et concordantes, ne seront admises que si elles sont confirmées par serment de la partie qui les invoque.

ART. 571

Celui qui de bonne foi a reçu une chose mobilière ou un ensemble de meubles, et qui en a la possession, est présumé avoir acquis sur cette chose le droit qui faisait l'objet de l'obligation, sauf à celui qui allègue la mauvaise foi à le prouver; il n'est pas dérogé à ce qui est établi en l'art. , quant à la revendication des choses perdues ou volées, et en l'art. quant aux billets de banque et titres au porteur.

N'est pas de bonne foi celui qui savait ou devait savoir, au moment où il a reçu la chose, que celui dont il l'a reçue n'avait pas le droit d'en disposer.

DIGESTE, IV, 17, 136. — cf. 2279 tr. — 687, 701, 707 it. — 332, com. it. — 932 all. — 336, com. all. — 205 suisse. — 74, loi de change allemande. — LAURENT, XXXII, n. 561, 601. — AUBRY et RAU, § 183, note 18, 236 § 750, p. 166. — DE FOLLEVILLE, n. 30. — GOLDSCHMIDT, § 80, n. 19. — VIVANTE, II, n. 800 et note 8. — Cassation, 20 juin 1881 (D. P. 82, 1, 111).

ART. 572

KHALIL, IV, 255; cf. *Eddor-el-Mokhtar*, VII, 19, 21. *Medjella*, 1758, 1759, 1761; HAMAOUÏ SUR IBN NADJIM, I, 299, n. 11.

*Tohfât d'IBN ACEM*, 149 : « On considère comme l'équivalent d'un témoignage, la possession d'un bien litigieux... lorsque, des deux parts, les preuves sont égales. »

ZARKANI, VII, 210, 214 et BENNANI *ad loc.*

ART. 573

*Eddor-el-Mokhtar*, V, 442; IV, 607.

(1) Supplément au *Radd-el-Mehtar*, VI, 173; VII, 19, 21, 28, 31.

*Medjella*, 1759; *Morched-el-Hairan*, 948.

*Sécus les malékites* : KHALIL, IV, 256; *Tohfât d'IBN ACEM*, 200, 201 : « Quand deux personnes revendiquent à la fois la même chose, que ni l'une ni l'autre ne possède, et qu'elles n'ont pas de témoins, on partage entre les parties la chose en litige, après leur avoir fait prêter serment. » Voir aussi ZARKANI, VII, 212, 213 et BENNANI *ad loc.*

Lorsque la chose est entre les mains d'un tiers détenteur, on préfère, dans le doute, la partie pour laquelle le tiers détenteur déclare posséder : ZARKANI, VII, 212. Cependant, d'après ELLAKHMI, celui dont le titre a une date antérieure doit être préféré : BENNANI, VII, 209.

(2) ZARKANI, VII, 208, 209 et BENNANI *ad loc.*

« Lorsque les témoins produits par une partie peuvent assigner une date précise à la possession, tandis que les témoins de l'autre partie ne le peuvent pas, on préfère les premiers. »

ART. 572

Entre deux parties qui sont également de bonne foi, celle qui est en possession doit être préférée, si elle était de bonne foi au moment où elle a acquis la possession, et encore que son titre soit postérieur en date.

DIGESTE, IV, 17, 128; XV, 1, 52 pr.; XLII, 1, 19 pr. — cf. 1141 fr. — 1126 it. — DE FOLLEVILLE, *Possession des meubles*, n. 44. — LAURENT, XVI, 363 sq. — AUBRY et RAU, § 183, § 349 et notes 9 et 10. — VIVANTE, II, note 778.

ART. 573

A défaut de possession et à égalité de titres, celui dont le titre a une date antérieure doit être préféré<sup>(1)</sup>.

Lorsque l'une des parties ne peut préciser la date du titre, on préférera celle dont le titre a une date certaine<sup>(2)</sup>.

ART. 574

Lorsque les choses sont représentées par des certificats de dépôt, des lettres de voiture ou autres titres analogues, celui qui a la possession des choses est préféré à celui qui est nanti du titre, si les deux parties étaient également de bonne foi au moment où elles ont acquis la possession.

cf. VIVANTE, II, n. 788, note 41. — GOLDSCHMIDT, *Hdb.* § 74, notes 19, 24.

SECTION VI

*Du serment*

ART. 575

*Malékites* : les *malékites* distinguent quatre espèces de serments : le serment déféré lorsqu'il y a des présomptions graves, celui qui est déféré par le juge, celui déféré au défendeur qui nie, celui déféré lorsqu'il y a un commencement de preuve : cf. *Tohfat* d'IBN ACEM, 213; IBN FARHOUN, I, 147. Ces divisions se ramènent assez facilement à nos deux catégories de serment.

Le serment doit toujours être prêté à la requête de l'autre partie ou du juge; celui que la partie prêterait sans en être requise n'aurait aucune valeur : ZARKANI, VII, 217; IBN FARHOUN, I, 154; DIGESTE, XII, 2, 3 pr.

*Hanéfites* : *Medjella*, 1746.

ART. 576

BENNANI, VII, 215.

KHALIL, IV, 221; *Tohfat* d'IBN ACEM, 229.

ZARKANI, VII, 192.

*Medjella*, 1745.

« Nul ne doit jurer, afin qu'un autre en ait l'avantage » : LAMIATE EZZAKKAKE, 39, cf. DIGESTE, XII, 3, 4 pr. Par conséquent, lorsque le demandeur est un mineur, le serment supplétoire ne peut être déféré à son tuteur. D'après une jurisprudence, on adjugé dans ce cas les conclusions du mineur, et on réserve le serment jusqu'à sa majorité : LAMIATE EZZAKKAKE, 96. Le mandataire qui a conclu une affaire est tenu de prêter serment sur les faits qui lui sont personnels : LAMIATE EZZAKKAKE, 133. De même le tuteur qui fait le commerce pour le compte du mineur : *ibid.* Voir aussi ZARKANI, VII, 192. Solutions analogues en droit *hanéfite* : *Eddor-el-Mohhtar*, IV, 588.

ART. 575

Le serment est de deux espèces :

1<sup>o</sup> celui qu'une partie défère à l'autre pour en faire dépendre la décision de la cause. Il est appelé décisoire ;

2<sup>o</sup> celui qui est déféré d'office par les juges à l'une ou à l'autre des parties. Il est appelé supplétoire.

DIGESTE, XII, 2, 1, 3 pr. — cf. 1357 fr. — 1363 it.

ART. 576

Le serment doit toujours être prêté personnellement et non par procureur.

DIGESTE, XII, 3, 4 pr. 7. — 1362 it. — 121 procéd. fr. — DEMOLOMBE, XXX, note 646.

ART. 577

(1) cf. *Amalyat*, 502 ; *Tohfat* 223 et suiv. ; TAOUDI, I, 166, 167 (questions controversées en droit *malékite*). On peut déférer un serment à un majeur, à raison d'un fait délictueux commis pendant sa minorité (opinion dominante : LAMIATE EZZAKKAKE, 63, 64).

(2) LAMIATE EZZAKKAKE, 107.

(3) IBN NADJIM, II, 145 et art. 6 (question controversée).

ART. 577

Pour prêter et déférer le serment décisoire, il faut avoir la capacité d'aliéner ; le père, le tuteur, le conseil judiciaire et l'administrateur ne peuvent déférer serment que dans les formes établies par la loi pour les aliénations des biens des mineurs et des incapables<sup>(1)</sup> ; ils ne peuvent le prêter que lorsqu'il s'agit d'un fait qui leur est personnel<sup>(2)</sup> ; le mineur autorisé à exercer le commerce peut prêter serment et le déférer<sup>(3)</sup>.

DIGESTE, XII, 2, 17 § 1. — cf. *ibid.*, § 2, 3 et II, 18, 27, 35 § 1. 513, procéd. civ. fr. — AUBRY et RAU, § 753. — LAURENT, XX, n. 234, 237. — TOULLIER, X, n. 375 et suiv.

ART. 578

ZARKANI, VII, 218 ; IBN FARHOUN, 147, 149.

(1) TAOUDI, I, 153 ; *Tohfat* d'IBN ACEM, 207.

cf. *Amalyat*, 492, 494, 495 ; TOUATI, Formul. 188, 190 et la formule de jugement : *ibid.*, 187.

Procès-verbaux de la Commission de codification de 1274 (20 kaada, Archiv., doss. F, n° 1).

Code tunis. de 1861, art. 194, 195.

Le serment doit toujours être prêté en présence de l'autre partie : BENNANI, VII, 217 ; IBN FARHOUN, I, 154 ; *Medjella*, 1744.

(2) Sur la manière dont le serment doit être prêté par les musulmans : *Eddor-el-Mokhtar*, VI, 424 et *Radd-el-Mehtar*, *ad loc.* ; TAOUDI, I, 155 et TASOULI, *ad loc.* ; *Tohfat* d'IBN ACEM, 206, 211 ; ZARKANI, VII, 217, 218 ; KHALIL, III, 427, par les juifs ; TAOUDI, I, 156, par les chrétiens ; *ibid.*, 156, 157 et TASOULI, *ad loc.* ; *Tohfat* d'IBN ACEM, 210 ; *Eddor-el-Mokhtar*, VI, 427.

Pour les femmes d'un certain rang, le serment est prêté à domicile devant un huissier délégué par le cadhi et deux recors : IBN NADJIM, II, 175 ; *Tohfat* d'IBN ACEM, 205 et note 129 ; ZARKANI, VII, 219 ; DIGESTE, XII, 2, 15. En cas d'infirmité ou d'impotence dûment constatée, la partie peut être admise à prêter serment dans le lieu où elle se trouve : LAMIATE EZZAKKAKE, p. 51. Il en est de même lorsque celui qui doit prêter serment est à une distance de trois, ou selon d'autres, de dix milles de la mosquée la plus proche : *ibid.*, 52.

ART. 578

Le serment doit toujours être prêté soit en justice, soit dans le lieu et en la forme qui sera indiquée par le juge ou par la partie qui le défère<sup>(1)</sup> et conformément au culte de la partie<sup>(2)</sup>.

DIGESTE, XII, 2, 3 *in fine* 4, 5, 33. — Cod. IV, 1 12 § 5. — *Secus* : Tunis, 4 décembre 1893 (*Journ.* 94, 73) et, dans ce sens, Justice de paix Alger, 12 février 1896 (*Journ.* 196, 302 et note 1). — cf. Alger, 21 décembre 1892 (*Journ.* 1893, 73). — Voir en sens divers : AUBRY et RAU, § 753. — DEMOLOMBE, XXX, n. 655. — TOULLIER, X, n. 342 et suiv. — DALLOZ, Rép., V° *Serment*, n. 28.

ART. 579

TAOUDI, I, 153; TASOULI, I, 153; ZARKANI, VII, 218, cf. LAMIATE EZZAKKAKE, p. 63. (La partie qui jure ailleurs qu'à la mosquée est tenue de répéter le serment, si l'autre partie l'exige.)

Le serment est nul, s'il est prêté devant un autre que le cadhi, même si les deux parties sont d'accord pour en reconnaître la validité, « car le serment est un droit du juge » : *Eddor-el-Mohhtar*, VI, 404; IV, 586.

ART. 579

La partie qui refuse de prêter serment dans le lieu indiqué par l'autre partie ou par le juge, est censée avoir refusé le serment.

ART. 580

Lorsque la partie à laquelle le serment a été déféré vient à mourir avant de l'avoir prêté, la délation de serment est considérée comme non avenue.

AUBRY et RAU, § 767. — LAURENT, XX, 274, 295.

§ I. — *Du serment décisoire*

ART. 581

IBN FARHOUN, I, 160, 171, 273.

*Tohfat* d'IBN ACEM, 25; LAMIATE EZZAKKAKE, 179, 180; TOUATI, Formulaire des Notaires, p. 188 et la formule, p. 190 (c'est le système d'IBN LOBABA et de la jurisprudence postérieure, et le système des écoles de Tunis, d'Égypte et de Syrie : BENNANI, VII, 137. D'après d'autres, le serment ne peut être déféré s'il n'y a un commencement de preuve ou des présomptions graves résultant de rapports d'affaires antérieurs : IBN FARHOUN, I, 157, 159, 161, 273; ZARKANI, VII, 137; LAMIATE EZZAKKAKE, p. 38, 39 et 40. cf. Code tunisien de 1864, art. 196.

Le serment ne peut être déféré contre une créance constatée par un écrit légalement tenu pour reconnu : cf. *Tohfat* d'IBN ACEM, 132, ni pour prouver une prétendue erreur dans un compte régulièrement arrêté et liquidé et portant une décharge définitive : LAMIATE EZZAKKAKE, p. 44, 45, 131. Lorsque la demande ne peut être prouvée que par deux témoins, comme dans les cas d'affranchissement, de divorce, de mariage, le défendeur ne peut être tenu à jurer sur le simple énoncé de l'action et à défaut de la preuve légale : ZARKANI, VII, 142.

*Medjella*, 1742; IBN NADJIM, I, 190, 343 et HAMAOUI, notes 7, 8.

MAWARDI, 85 (système *chaféite*); *Itadd-el-Meh-tar*, VI, 401. « Le cadhi doit d'abord questionner

ART. 581

Le serment décisoire peut être déféré sur quelque espèce de contestation que ce soit et en tout état de l'instance, et encore qu'il n'existe aucun commencement de preuve de la demande ou de l'exception sur laquelle il est déféré.

DIGESTE, XII, 2, 34 § 6. — Cod. VI, 30, 22 § 10. — DIGESTE, XII, 2, 35 pr. — cf. 1358, 1360 fr. — 1364, 1366 it. — AUBRY et RAU, § 753.

mandeur, après le déni du défendeur, pour  
r s'il n'y a point de preuves, après quoi il  
droit de déférer le serment, car le Prophète  
à un demandeur : « As-tu des preuves ?  
on, » répondit le demandeur. « Alors tu as le  
de le faire jurer. » (Les *hanéfites* contestent  
tradition : *Eddor-el-Mokhtar*, IV, 586.)

ART. 582

IBN NADJIM, II, 257. Le mandataire chargé de  
pro n'est tenu, en cas de réhabilitation, que de  
qu'il ne connaissait pas le vice.  
*al-Jella*, 1748.

fat d'IBN ACEM, vers 1446 et note 1335 (ser-  
tendant à établir l'indigence du débiteur).  
aussi : LAMIATE ELZAKKAKE, p. 39. Peut-il  
déféré sur un fait non précisé, par exemple,  
absence de dol en général ? Sur l'existence  
dette dont on ne précise pas le montant ?  
question est controversée : IBN NADJIM, I, 343.  
Tribunal de l'Ouzara, n° 4801 ; ZARKANI, VII,  
IBN FARHOUN, I, 243. « Le serment sur le  
l'autrui ne peut porter que sur la connais-  
qu'on en a » : *Eddor-el-Mokhtar*, IV, 589 ;  
fat d'IBN ACEM, 222. « Si l'on nie un fait  
cernant un tiers, il suffit de déclarer qu'on  
ore » : *Eddor-el-Mokhtar*, VI, 417, 419 et  
ément au *Radd-el-Mehtar*, *ibid.*

ART. 583

*al-yat*, 504, 505.  
ZARKANI, VII, 173 (trad. du Prophète).

ART. 584

Dans ce sens, l'École espagnole, contraire-  
à la théorie dominante chez les *malékites* :  
ALI, II, 164, 254 et l'École africaine : IBN FAR-  
I, 157, 273, 275.

Procès-verbal de la commission de 1274  
kaâda, doss. F, n. 1 ; 26 kaâda, *ibid.*, n. 2).  
IBN NADJIM, I, 392. « Point de serment, lors-  
la preuve est complète. »

Règle générale : HAMAOUÏ, II, p. 48, note 3 ;  
II, 87, note 6 et 88, note 2 (de même dans  
du mineur interdit : *ibid.*, II, 147).

ART. 582

Il ne peut être déféré que sur un fait personnel à la  
partie à laquelle on le défère, ou sur la connaissance d'un  
fait<sup>(1)</sup>.

Les héritiers ne peuvent être astreints à prêter ser-  
ment que sur la connaissance d'un fait<sup>(2)</sup>.

DIGESTE, XXV, 2, 11 § 2. — cf. 1359, 2275 fr. — 1365 it. —  
189, com. fr. — Voir en sens divers : AUBRY et RAU, § 753. —  
TOULLIER, X, n. 372. — LAURENT, XX, n. 249. — DEMOLOMBE,  
XXX, n. 606, 607. — Cassation, 17 juillet 1876 (D. P. 77, 1, 276).

ART. 583

Le serment ne peut être déféré par un fils à son père  
ou à sa mère, mais il peut être référé par le fils, si le père  
ou la mère lui défèrent le serment.

ART. 584

Il ne peut être déféré :

1° sur un fait criminel<sup>(1)</sup>, à celui qu'on accuse d'en être  
l'auteur ;

2° sur une convention pour laquelle la loi exige l'acte  
authentique ou la transcription<sup>(2)</sup> ;

3° contre un fait qu'un acte authentique déclare avoir  
eu lieu en présence de l'officier public qui l'a reçu<sup>(3)</sup>,  
sauf les cas prévus en l'art. 497 ;

4° pour établir une obligation à laquelle la loi refuse  
l'action en justice pour des raisons d'ordre public ou  
de morale<sup>(4)</sup> ;

5<sup>o</sup> sur un fait qui a été déjà écarté par un jugement passé en force de chose jugée;

6<sup>o</sup> dans le cas où le serment aurait, d'après les circonstances, un caractère évidemment vexatoire ou inutile.

cf. 1364 it. — Cassation, 22 juillet 1884 (D. P. 85, 1, 253); 31 octobre 1893 (D. P. 94, 1, 108); 7 novembre 1893 (D. P. 94, 1, 15). — cf. AUBRY et RAU, § 753 et § 755. — LAURENT, XX, n. 243 et suiv. — DEMOLOMBE, XXX, n. 608.

ART. 585

TAOUDI, I, 163; TASOULI, I, 163.  
IBN FARHOUN, I, 155; *Tohfat* d'IBN ACEM, 220.

ART. 585

LAMIATE EZZAKKAKE, p. 98, 99 (question controver., dans ce sens : IBN EL KATER et LAKKANI).

ART. 587

cf. *Amalyat*, 489.

ART. 588

(1) KHALIL, III, 559, 560; IV, 562; *Tohfat* d'IBN ACEM vers 150, 438, 565; IBN FARHOUN, II, 99 (le refus est un aveu présumé); II, p. 145, n. 6 (même lorsque celui qui refuse le serment est un mineur autorisé); Code tunis. de 1861, art. 54, 72. *Medjella*, 1751; IBN NADJIM, I, 400; HAMAOUÏ sur IBN NADJIM, I, 350, n. 6; II, p. 4, note 2; *Eddor-el-Mokhtar*, IV, 587.

L'école *malékite* donne gain de cause à l'autre partie, mais elle exige un serment supplétoire : ZARKANI, VII, 222; IBN FARHOUN, I, 153, 242, 243, 245; DIGESTE, XII, 2, 34 § 4; XXII, 2, 25 § 3. Tandis que les *hanéfites* se bornent à constater le refus de serment et donnent gain de cause à l'autre partie.

(2) IBN NADJIM, II, 147.

ART. 585

Le serment peut être référé par la partie à laquelle il a été délégué.

ART. 586

La partie à laquelle a été délégué le serment ne peut le référer après avoir déclaré qu'elle était disposée à le prêter.

1368 it.

ART. 587

Le serment ne peut être référé lorsque le fait qui en est l'objet n'est pas commun aux deux parties, mais purement personnel à celui à qui il a été délégué.

cf. DIGESTE, XXV, 2, 11 § 2.

ART. 588

Celui auquel le serment est délégué qui le refuse ou ne consent pas à le référer à son adversaire, ou l'adversaire à qui il a été référé et qui le refuse, doit succomber dans sa demande ou dans son exception<sup>(1)</sup>.

Le refus de serment par celui qui n'a pas capacité de le prêter n'a aucun effet<sup>(2)</sup>.

DIGESTE, XII, 2; 34 § 2, § 6, § 7, § 9, 38. — Cod. IV, 1, 9, 12 § 1, 2. — cf. 1361 fr. — 1367 it.

N'est pas considéré comme refus de serment, le simple silence gardé par la partie à laquelle il a été déféré ou la demande d'un délai, afin de délibérer si elle doit prêter le serment ou le refuser : ZARKANI, VII, 223. Celui qui a refusé le serment ne peut plus se rétracter : *ibid.* On fait exception pour le défendeur : *ibid.*

ART. 589

LAMIATE EZZAKKAKE, 99; IBN FARHOUN, I, 155; TOUATI, Formulaire des Notaires, p. 176, trad. fr.

Lorsque les deux parties refusent le serment, la demande est déclarée irrecevable : *Tohfat d'IBN ACEM*, 151.

ART. 590

*Amalyat*, 489. Procès-verbal de la Commission de codification de 1274 (28 kaada 1274 : Archiv., doss. F, n. 1).

cf. cependant : IBN FARHOUN, I, 220, 230, 231; ZARKANI, VII, 138; on peut faire la preuve même contre un serment, car, dit OMAR, « une bonne preuve vaut mieux qu'un mauvais serment » (*sic*) : LAMIATE EZZAKKAKE, p. 99 et les *hanéfites* : *Eddor-el-Mokhtar*, IV, 587. La partie qui affirme avoir déjà prêté serment peut-elle être contrainte à justifier son affirmation par un autre serment? Question controversée : LAMIATE EZZAKKAKE, p. 64.

ART. 591

cf. LAMIATE EZZAKKAKE, 99 (on peut se faire restituer contre le serment, lorsqu'on trouve des preuves décisives et qu'on avait omis de produire par erreur ou oubli).

ART. 589

La partie qui a déféré ou référé le serment ne peut plus se rétracter, lorsque l'adversaire a déclaré qu'il est prêt à faire ce serment.

cf. 1364 fr. — 1372 it.

ART. 590

La délation du serment par la partie suppose la renonciation à tout autre moyen. Aucune preuve ne peut être admise contre le serment, sauf l'action du ministère public en cas de faux serment.

cf. 1363 fr.— DIGESTE, XII, 2, 2, 7, 9 pr. — Cod. IV, 1, 1, 8. — DIGESTE, XLIV, 5, 1 pr.; IV, 3, 21. — LAURENT, XX, n. 275. — AUBRY et RAU, § 753.

ART. 591

Néanmoins, on peut se faire restituer contre le serment, lorsqu'on justifie que c'est par la violence ou le dol de l'autre partie qu'on a été amené à le lui déférer ou à le prêter.

AUBRY et RAU, § 753. — DEMOLOMBE, XXX, n. 638, 664.

ART. 592

(1) cf. *Amalyat*, 505, 506.

(2) Question controversée en droit *malékite* : LAMIATE EZZAKKAKE, 120, 121; ZARRANI, VII, 219.

En matière de habous, le serment prêté par un certain nombre d'intéressés vaut en faveur des autres : ZARRANI, VII, 193; BENNANI, *ad loc.*

ART. 592

Le serment prêté ou refusé ne forme preuve qu'au profit de celui qui l'a déféré ou contre lui<sup>(1)</sup>, et au profit de ses héritiers ou ayants cause, ou contre eux; mais le serment prêté ou refusé par l'un des héritiers ne peut être opposé aux autres<sup>(2)</sup>.

DIGESTE, XII, 2, 7, 10. — cf. 1373 it. — 1365 fr. — LAURENT, XX, n. 276.

§ II. — *Du serment déféré d'office*

ART. 593

(1) *Malékites* :

cf. *Amalyat*, 465; Tribunal de l'Ouzara, n. 4201.

L'école *malékite* admet qu'on défère le serment aux deux parties. Si elles le prêtent également, les deux serments s'entre-détruisent, et la convention est considérée comme inexistante : cf. DIGESTE, XII, 2, 34 § 4; XXII, 3, 25 § 3; KHALIL, III, 423 et suiv. et 435; IBN FARHOUN, I, 248, 250; *Tohfat* d'IBN ACEM, 1064, 1068, 1069 (cf. aussi par les *hanéfites* : IBN NADJIM, I, 139 et II, 195, note 6; HAMAOU, *ibid.*, 389, n. 2). Cependant, toutes les fois que le demandeur produit un témoin en sa faveur et prête serment, le serment ne peut être déféré à la partie adverse : KHALIL, III, 559; le créancier est appelé le premier à jurer : *ibid.*, 566.

Les *hanéfites* (théorie d'ABOU YOUSOUF) limitent le serment déféré d'office à quatre cas énumérés : *Medjella*, 1746; IBN NADJIM, I, 393 et HAMAOU sur IBN NADJIM, I, 393. (Vices réhibitoires, chefâa, revendication, demande d'aliments de la femme). Le demandeur doit jurer, dans ces cas, qu'il n'a pas renoncé à son droit. Mais la jurisprudence postérieure tend à s'éloigner de ce principe et à étendre le serment à tous les cas. Voir IBN NADJIM, I, 370; HAMAOU, *ibid.*, 369, 370, note 6. (Le serment peut être déféré par le juge, dans tous les cas où il croit nécessaire d'éclairer sa religion.)

(2) LAMIATE EZZAKKAKE, p. 91, 92 (le serment peut être déféré aux héritiers sur leur connaissance d'un fait).

ART. 593

Le juge peut déférer le serment à l'une des parties ou même à toutes les deux pour en faire dépendre la décision de la cause, ou seulement pour déterminer le montant de la condamnation<sup>(1)</sup>. Le serment supplétoire peut être déféré, soit sur un fait qui est personnel à la partie, soit sur la connaissance d'un fait<sup>(2)</sup>.

DIGESTE, XII, 2, 1. — Cod, IV, 1, 3. — cf. 1367 fr. — 1374 it. — Cassation, 19 novembre 1878 (D. P. 80, 1, 63). — DEMOLOMBE, XXX, n. 705, 716. — AUBRY et RAU, § 767. — *Contrà* : LAURENT, XX, n. 291. — TOULLIER, X, n. 424 et suiv.

ART. 594

*Tohfat* d'IBN ACEM, 214. Le serment déferé par le juge, lorsqu'il y a présomption grave, ne peut être référé : LAMIATE EZZAKKAKE, p. 63.

ART. 595

LAMIATE EZZAKKAKE, p. 91 et 92.  
*Amalyat*, 220, 288 (théorie d'IBN SALMOUN) : *Tohfat* d'IBN ACEM, 215 ; TAOUDI, I, 158, 160 ; TASOULI, I, 158 ; IBN FARHOUN, I, 222, 224 ; ZARKANI, VII, 154, cf. *Medjella*, 1746 ; IBN NADJIM, I, 392 et HAMAOUI, n. 9 ; *Eddor-el-Mokhtar*, VII, 84 ; *Radd-el-Mehtar*, IV, 618.

Si le créancier refuse de prêter serment, la dette n'est pas déduite de l'actif et les héritiers peuvent procéder au partage comme si elle n'existait pas : *Tohfat* d'IBN ACEM, 1382 et n. 1293. Le tuteur qui paie le créancier sans exiger le serment supplétoire répond envers le mineur : LAMIATE EZZAKKAKE, 93. Le serment est de rigueur dès qu'il y a des mineurs parmi les héritiers, alors même que les héritiers majeurs seraient disposés à en dispenser le créancier : *ibid.* Si tous les héritiers sont majeurs et ne contestent pas la dette, peut-on dispenser le créancier du serment ? L'opinion dominante est pour la négative : *ibid.* L'absent est celui qui est à une grande distance du lieu où le procès est intenté, par exemple, celui qui est à la Mecque ou en Perse, tandis que le procès est engagé en Afrique ou en Espagne : ZARKANI, VII, 153, 154.

ART. 596

(1) *Amalyat*, 488.  
Voir, cependant, IBN NADJIM, I, 389.

ART. 594

Le serment déferé d'office par le juge à l'une des parties ne peut être référé à l'autre.

cf. 1368 fr.

ART. 595

Lorsque l'action est dirigée contre un absent, contre la succession du débiteur, contre un mineur ou autre incapable, contre une fondation pieuse, le juge doit toujours déferer le serment au demandeur, à peine de nullité du jugement.

Tribunal de l'Ouzara, 27 février 1896 (*Journ.* 1896, 165).

ART. 596

Chacune des parties a le droit de démontrer la fausseté du serment déferé d'office à son adversaire<sup>(1)</sup> ; elle perd ce droit :

1<sup>o</sup> lorsqu'un jugement passé en force de chose jugée est intervenu sur ce serment ;

2<sup>o</sup> si elle a formellement acquiescé au jugement qui a ordonné la prestation du serment ; le simple défaut de protestation ou de réserve ne vaut pas l'acquiescement.

TOULLIER, X, n. 425. — AUBRY et RAU, § 767. — LAURENT, XX, n. 297.

ART. 597

En droit *malékite*, lorsque le demandeur prouve l'existence de sa créance, mais sans pouvoir en préciser le chiffre, il y a deux systèmes : 1<sup>o</sup> le demandeur est débouté, à charge par le défendeur de prêter serment; 2<sup>o</sup> le serment est déféré au défendeur sur le montant de la dette et, sur son refus, le serment est déféré au demandeur : cf. *Tohfât d'IBN ACEM*, 187, 192.

Dans le cas des délits et quasi-délits, les *malékites* défèrent au défendeur le serment sur la valeur de la chose : *IBN FARIHOUN*, II, 123; mais les écoles africaines repoussent ce système et défèrent le serment au demandeur : *TASOULI*, II, 349, 351; *Amalyat*, 279; *TAOUDI*, II, 349, 352; Code tunis. de 1861, art. 406, 243; cf. *KHALIL*, IV, 387.

Les *hanéfites* n'admettent le serment *in litem* que dans six cas : 1<sup>o</sup> dans l'action dirigée contre le tuteur par son pupille; 2<sup>o</sup> dans l'action dirigée contre l'administration d'un habous; 3<sup>o</sup> lorsqu'il s'agit de déterminer la valeur d'un gage; 4<sup>o</sup> en cas de vol; 5<sup>o</sup> de violence; 6<sup>o</sup> de détournement de dépôt : *Eddor-el-Mokhtar*, VII, 86, 87. Dans les cas de délit, c'est le dire du défendeur qui fait foi : *Medjella*, note 8; *IBN NADJIM*, I, 89, 343, 344, « car, en principe, le défendeur ne doit que la valeur normale; c'est donc à celui qui soutient qu'il doit davantage qu'incombe la preuve. ». Voir, cependant, *IBN NADJIM*, I, 389 et note 2 (serment déféré au demandeur).

N. B. — Ces règles de droit n'ont été insérées ici qu'afin de faire saisir la conformité des principes généraux du droit musulman avec ceux de notre législation, et de faciliter ainsi le travail de la Commission; il y aura peut être lieu de les éliminer dans la rédaction définitive.

ART. 598

*Hanéfites* : *Medjella*, art. 12, 13, 14; *IBN NADJIM*, I, 160.

*HAMAOUÏ* sur *IBN NADJIM*, I, 274, 305.

ART. 597

Le serment sur la valeur de la chose demandée ne peut être déféré par le juge au demandeur que lorsqu'il est d'ailleurs impossible de constater autrement cette valeur. Le juge reste libre d'apprécier les effets du serment, et de réduire la somme, si elle lui paraît exagérée.

cf. *DIGESTE*, XII, 3, 2 § 1, 4 § 1, 2, 3, 5 § 1, 2, 9. — cf. 1369 fr. — 1377 it.

CHAPITRE II

De l'interprétation des déclarations de volonté et de quelques règles générales de droit

§ I. — De l'interprétation des déclarations de volonté et notamment des conventions

ART. 598

Lorsque les termes de l'acte sont formels, il n'y a pas lieu à rechercher quelle a été la volonté de son auteur.

Cod. IV, 28, 3. — *DIGESTE*, XXXII, 25 § 1. — *LAURENT*, XVI, 179, 502. — *DEMOLOMBE*, XXV, 4. — Cassation, 6 mars 1876 (D. P. 76, 1, 193); 15 avril 1872 (D. P. 72, 1, 176).

ART. 599

HAMAOUÏ SUR IBN NAJJIM, I, 274.

ART. 599

Il y a lieu à interprétation :

1<sup>o</sup> lorsque les termes employés ne sont pas concilia-  
bles avec la nature de l'acte et l'intention évidente des  
parties;

2<sup>o</sup> lorsque les termes employés ne sont pas clairs par  
eux-mêmes, ou expriment incomplètement la volonté de  
leur auteur;

3<sup>o</sup> lorsque l'incertitude résulte du rapprochement des  
différentes clauses de l'acte, qui fait naître des doutes  
sur la portée de ces clauses.

LAURENT, XVI, 180 et suiv. — AUBRY et RAU, § 346. — Cassa-  
tion, 25 juillet 1888 (D. P. 89, 1, 418); 29 mai 1876 (D. P. 76, 1,  
361); 28 février 1877 (D. P. 78, 1, 78); 22 novembre 1865 (D. P.  
66, 1, 108).

ART. 600

*Malékites* : KHALIL, I, 120; III, 454. Application  
à la transaction, lorsqu'elle couvre une vente ou  
une donation : id. IV, 88. Louage : TASOULI, II,  
181. Bail à champart : id. 207.

Règle générale d'IBN YOUNÈS : « L'inexactitude  
« des expressions employées n'a aucune impor-  
« tance, si la commune volonté des contractants  
« est certaine. » TASOULI, II, 207.

*Hanéfites* : *Medjella*, 2, 3, 61, 637; *Morched-el-  
Hairan*, 314; IBN NAJJIM, I, 321 : « Ce qui est  
essentiel, c'est le sens et non l'expression. » HA-  
MAOUI, II, p. 36, n. 2 : « L'intention des contrac-  
tants est celle qui détermine la nature des con-  
ventions. »

cf. KHAN BAHADOUR, p. 141 : 1<sup>o</sup> il faut que l'in-  
terprétation soit conforme aux règles de la gram-  
maire et de la langue ou à l'usage; 2<sup>o</sup> lorsque le  
mot n'est pas usité dans un certain sens, il faut  
qu'il soit démontré que c'est dans ce sens spécial  
qu'on a voulu l'employer; 3<sup>o</sup> lorsque l'interpréta-  
tion se fait par analogie, il faut que l'analogie soit  
évidente.

Application à la vente au louage, à la transac-  
tion, au gage, etc. : IBN NAJJIM, I, 321, 322 et  
HAMAOUÏ, *ad loc*; *Radd-el-Mehtar*, VII, 209; *Eddor-  
el-Mokhtar*, V, 440 et *Radd-el-Mehtar*, *ad loc*.

ART. 600

Lorsqu'il y a lieu à interprétation, on doit rechercher  
quelle a été la volonté des parties, sans s'arrêter au sens  
littéral des termes, et à la qualification qui a été donnée  
à l'acte.

cf. DIGESTE, XXXII, 69 pr. — cf. 1156 fr. — 1131 it. — 133 all.  
— DEMOLOMBE, XXV, 5. — AUBRY et RAU, § 347. — TOULLIER, VI,  
n. 305 et suiv. — LAURENT, XV, 442. — DALLOZ, Rép. V<sup>o</sup> Obl., 67.

ART. 601

IBN FARHOUN, II, 67, 68, 70; LAMIATE EZZAKRAKE, 181. Projet de Code com. tunis. de 1279, art. 13 (Archiv., doss. D, n° 8). Application au dépôt : KHALIL, IV, 337; au command (*Kiradh*) : *ibid.* IV, 497, 505; au louage : Code tunis. de 1861, art. 546, 556.

*Medjella*, 37, 43, 44, 45, 230, 233, 554, 555; *Radd-el-Mehtar*, VI, 310; *Eddor-el-Mokhtar*, IV, 251; TASOULI, II.

ART. 602

« Aucun homme raisonnable n'est présumé se contredire » : HAMAOU, II, p. 42, n. 6.

*Eddor-el-Mokhtar*, V, 584; IBN NADJIM, I, 180 (lorsque dans un acte il y a deux clauses contradictoires, la dernière dans l'ordre de l'écriture, annule la première).

ART. 603

*Malékites* : KHALIL, III, 433, 459; IV, 566.

TASOULI, II, 199; BENNANI, VIII, 143.

*Hanéfites* : *Medjella*, 60, cf. 461, 462, 542, 543; IBN NADJIM, I, 168, 170, 171, 321; II, 210 et 211.

ART. 604

(1) *Malékites* :

IBN YOUNÈS, ap. BENNANI, VIII, 143.

IBN FARHOUN, II, 71, 73, 67, 68.

*Hanéfites* :

*Medjella*, art. 40; IBN NADJIM, I, 100, 169, 180, *Radd-el-Mehtar*, III, 5, 576.

(2) IBN FARHOUN, II, 68, 69; LAMIATE EZZAKRAKE, 181.

ART. 601

On doit suppléer les clauses qui sont d'usage dans le lieu où l'acte a été fait ou qui résultent de sa nature.

1159, 1161 fr.

ART. 602

Les clauses des actes doivent être interprétées les unes par les autres, en donnant à chacune le sens qui résulte de l'acte entier; lorsque les clauses sont inconciliables entr'elles, on s'en tient à la dernière dans l'ordre de l'écriture.

DIGESTE, XL, 5, 24 § 17; XXX, 12 § 3; XXXV, 1, 87, 90. — cf. 1161 fr. — 1136 it.

ART. 603

Lorsqu'une expression ou une clause est susceptible de deux sens, on doit plutôt l'entendre dans celui avec lequel elle peut avoir quelque effet, que dans le sens avec lequel elle n'en aurait aucun.

DIGESTE, XXXIV, 5, 21; XLV, 1, 80; L, 17, 67. — cf. 1157 fr. — 1312 it. — DEMOLOMBE, XXV, 14.

ART. 604

Les termes employés doivent être entendus selon leur sens propre et leur acception usuelle dans le lieu où l'acte a été fait, à moins qu'il ne soit justifié qu'on a voulu les employer dans une acception particulière<sup>(1)</sup>. Lorsqu'un mot a une acception technique usuelle, c'est dans cette signification qu'on est censé l'avoir employé<sup>(2)</sup>.

DIGESTE, XXX, 50 § 3; XXXII, 69 § 1, 65 § 7; XXXIII, 10, 7 § 2; L, 17, 34; XXXIII, 7, 18 § 3. — cf. 1159 fr.

ART. 605

(1) Règle *chaféte*.

IBN NADJIM, I, 315; *Eddor-el-Mokhtar*, 599.

Les *hanéfites* appliquent toujours la qualification au dernier nommé : HAMAOUÏ, I, 315; *Eddor-el-Mokhtar*, III, 599; *Radd-el-Mehtar*, III, 598, 599. Ainsi dans cette phrase : « Mes fils et mes filles pauvres, » l'adjectif s'applique aux filles.

Chez les *malékites*, la question est controversée : LAMIATE EZZAKKAKE, p. 127, 128.

(2) *Radd-el-Mehtar*, VI, 31; *Eddor-el-Mokhtar*, III, 599.

ART. 606

IBN NADJIM, II, 317.

HAMAOUÏ SUR IBN NADJIM, II, 77, note 2; *ibid.*, 124, note 2; 145, note 5.

ART. 607

KHALIL, IV, 439.

IBN NADJIM, I, 101; HAMAOUÏ, II, p. 42, notes 6 et 7; *Hidaya*, p. 562.

Applications : le père ou le tuteur qui achète une maison pour un mineur ne renonce pas au droit de *chafaâ* qui lui compète personnellement : IBN NADJIM, II, 84, n. 2.

La partie qui ne peut agir faute de juge, n'est pas présumée renoncer à son droit de *chafaâ* : *ibid.*, p. 86, n. 4.

ART. 608

(1) IBN NADJIM, II, 42, notes 6 et 7; *ibid.*, II, 96, note 8. Celui qui a été dépossédé d'une chose par violence peut intenter son action contre l'auteur de la violence, après l'avoir exercée contre celui qui a enlevé la chose à ce dernier. *Ibid.*, 116 deux actions *ex delicto*, dont l'une pénale et l'autre pécuniaire, ne s'absorbent pas l'une l'autre.

(2) *Ibid.*, 89, art. 2 : celui qui a le droit d'exercer la *chafaâ* et qui a aussi une action en revendication, perd le droit de revendiquer s'il exerce la *chafaâ*, et réciproquement, à moins qu'il n'ait réservé expressément son droit.

ART. 605

La qualification venant à la suite d'une énumération s'applique à tout ce qui précède, à moins qu'il en résulte clairement qu'elle ne peut s'appliquer qu'à ce qui précède immédiatement l'attribut (1).

La condition exprimée à la suite d'une énumération s'applique à tout ce qui précède (2).

ART. 606

Un acte de libéralité doit être interprété moins rigoureusement qu'un acte à titre onéreux.

DIGESTE, I, 4, 3.

ART. 607

Les renonciations à un droit doivent être interprétées strictement et n'ont jamais que la portée qui résulte des termes employés par leur auteur, ou de l'acte sur lequel on se fonde pour en induire la renonciation.

784, 1273, 1286, 2048, 2049 fr. — MERLIN, Rép. V<sup>o</sup> Renonciation, § 3. — AUBRY et RAU, § 223 A.

ART. 608

Lorsque deux actions sont ouvertes à une personne à raison de la même cause, le choix de l'une de ces actions ne saurait être considéré comme une renonciation à l'autre (1), si le contraire n'est exprimé par la loi, ou ne résulte de la nature même de l'action (2).

DIGESTE, L, 17, 130; XLIV, 7, 41. — AUBRY et RAU, § 323 A, § 356, note 50. — TOULLIER, X, n. 170 et suiv.

ART. 609

cf. *Eddor-el-Mokhtar*, III, 467.

ART. 609

Lorsque, dans un acte, on a exprimé un cas pour l'explication de l'obligation, on n'est pas censé avoir voulu par là restreindre l'étendue que l'engagement reçoit de droit aux cas non exprimés.

cf. 1164 fr. — 1139 it. — LAURENT, XVI, 513.

ART. 610

*Medjella*, art. 63.  
IBN NADJIM, I, 195.

ART. 610

Lorsqu'il s'agit de choses indivisibles, la mention de la partie équivaut à la mention du tout.

ART. 611

cf. KHALIL, IV, 288 (deux tiers).

ART. 611

Lorsque, dans une obligation, la somme, mesure ou quantité, est indiquée approximativement par les mots : « environ, à peu près » et autres équivalents, il faut entendre la tolérance admise par l'usage du commerce ou du lieu, et, à défaut, il faut entendre que la valeur ou quantité est de quatre cinquièmes au moins du chiffre exprimé.

(En droit fr. « environ » signifie le 20<sup>e</sup>). — AUBRY et RAU, § 354, n. 33. — DURANTON, XVI, 225 et 562 com. it. — (Le 10<sup>o</sup>/<sub>o</sub> au plus, d'après la jurispr. it.). — VIVANTE, II, n. 773, note 47 (mais varie suivant les marchandises). — DELAMARRE et LE POTTEVIN, V, 205. — GOLDSCHMIDT, 263.

ART. 612

Lorsque la somme ou quantité est écrite en toutes lettres et en chiffres, il faut, en cas de différence, s'en tenir à la somme écrite en toutes lettres, si l'on ne prouve avec précision de quel côté est l'erreur.

Cette règle s'applique aussi aux lettres de change.

Loi anglaise sur les lettres de change, 9 § 2. — Loi de ch. all., 5. — cf. 291 com. it. (la somme la moins forte).

ART. 613

cf. IBN NADJIM, I, 92 et 345; II, 31 (aveu).

ART. 613

Lorsque la somme ou quantité est écrite plusieurs fois en toutes lettres, l'acte vaut, en cas de différence, pour la somme ou quantité la moins forte, si l'on ne prouve avec précision de quel côté est l'erreur.

DIGESTE, L, 17, 34. — cf. 723 suisse. — 1327 fr. — 1326 it.

ART. 614

*École hanéfite* : Medjella, 8, 77, 1266; *Eddor-el-Mokhtar*, IV, 594, 595, 597; IBN NADJIM, I, 49, 93, 94, 348; HAMAOUÏ, 274.

*École malékite* : Application de la règle aux vices rédhibitoires : KHALIL, III, 340, 341, 359; aux contestations sur l'existence de la vente : id., III, 423; sur l'époque du paiement du prix : id., III, 428; sur le lieu de livraison de la marchandise : id., III, 437; sur l'époque de restitution du prêt : id., 499.

Dans le doute, si une chose a été acquise à titre de gage ou à titre de dépôt, on décide pour le dépôt : id., 557; *Amalyat*, 174.

En général, la parole d'un débiteur fait foi : KHALIL, III, 558; en cas de contestation sur la valeur du gage : id., 561; TAOUÏ, I, 184. Dans le doute, s'il s'agit d'un prêt, d'un mandat de recouvrer ou d'une délégation, le dire du débiteur fait foi lorsqu'il affirme qu'il s'agit d'une délégation : KHALIL, IV, 121; application au cautionnement : id., IV, 128, 160; TAOUÏ, I, 196; entre associés, lorsque l'un des associés serait responsable de la perte d'une chose sociale : KHALIL, IV, 174.

Le dire du mandataire et du dépositaire fait foi lorsqu'ils affirment sous serment avoir remis au mandant ou au déposant les choses qu'ils ont reçues pour le compte de ce dernier : KHALIL, IV, 254; IBN FARHOUN, I, 274.

Les déclarations du possesseur de mauvaise foi, quant à la valeur de la chose ou à ses qualités, sont accueillies sur la foi du serment et préférées à celles du propriétaire, parce qu'il est constitué débiteur responsable : id., IV, 387; IBN NADJIM, I, 89, 343, 344.

Lorsqu'il y a deux obligations identiques par la date, la somme et la cause, on décide en faveur du débiteur, s'il soutient qu'il n'y a là que deux exemplaires du même titre, et qu'il ne doit payer qu'une seule fois : TAOUÏ, II, 325; TASOULI, II,

ART. 614

Dans le doute l'obligation s'interprète dans le sens le plus favorable à l'obligé, mais à la charge par celui-ci de prêter serment à l'appui de ses déclarations.

DIGESTE, L, 17, 125; XLII, 1, 38 pr.; XXXIV, 5, 26; II, 14, 39; XLIV, 7, 47; XLV, 1, 99. — 1162 fr. — 1137 it. — LAURENT, XVI, 500.

325. La règle générale est énoncée par IBN FARHOUN, I, 98; II, 62.

En droit pénal, le doute s'interprète en faveur du prévenu, d'après les deux écoles : ZARKANI, VIII, 105; IBN NADJIM, I, 161, 164.

ART. 615

*Medjella*, 64.

IBN NADJIM, I, 101 (aveu).

ART. 615

Quelques généraux que soient les termes dans lesquels un acte est conçu, il ne comprend que les choses sur lesquelles il paraît que les parties se sont proposé de contracter, ou de s'obliger.

cf. 1163 fr. — 1138 it. — Cassation, 20 novembre 1877 (D. P. 78, 1, 309).

ART. 616

*Medjella*, 62.

IBN NADJIM, I, 168 et HAMAOUÏ, *ad loc.*, p. 305.

ART. 616

Lorsqu'aucune interprétation ne donne un sens raisonnable et conforme à la loi, l'acte ou la clause sont nuls comme ayant un objet impossible.

DIGESTE, L, 17, 188; XXVIII, 7, 16. — LAROMBIÈRE sur l'art. 1161, n. 5.

§ II. — *De quelques règles générales de droit*

ART. 617

*Housoul el Mamoul* par le KHAN BAHADOUR, p. 141.

IBN NADJIM, I, p. 100.

ART. 617

En appliquant la loi, on ne doit lui donner d'autre sens que celui qui résulte de ses expressions, d'après leur ordre grammatical, leur signification usuelle, et l'intention du législateur.

DIGESTE, XIV, 1, 1 § 20; XXXII, 69; I, 3, 7; XXVII, 1, 13 § 2.

ART. 618

*Housoul el Mamoul* par le KHAN BAHADOUR, p. 88, 103, 106, 130.

HAMAOUÏ sur IBN NADJIM, II, p. 91, note 2.

ART. 618

Lorsque la loi s'exprime en termes généraux, c'est dans le même sens qu'il faut l'entendre.

*(Verba generalia, generaliter sunt intelligenda.)*

ART. 619

KHAN BAHADOUR, p. 109.

ART. 620

Instruction du kalife OMAR à ABOU MOUÇA ELACHARI: IBN FARHOUN, I, 21.

KHAN BAHADOUR, p. 141, 161, 174.

KORAFI, p. 165.

*Dorr-el-Mokhtar*, III, 467. Ce qu'on déduit par analogie légitime a la même valeur que ce qui est exprimé.

IBN NADJIM, II, 269, 270.

ART. 621

KHAN BAHADOUR, p. 85.

ART. 622

*Medjella*, 23.

KHAN BAHADOUR, 85, 128.

IBN NADJIM, I, 119.

ART. 623

IBN NADJIM, II, 164.

ART. 624

KHAN BAHADOUR, 86, 87, 90, 91. Les *hanéfites* font ici de nombreuses distinctions, analogues à celles de nos canonistes, entre la prohibition *ratione substantiæ* et la prohibition *ratione circumstantiarum*.

ART. 619

Lorsque la loi réserve un cas déterminé, elle s'applique à tous les autres cas qui ne sont pas expressément exceptés.

DIGESTE, L, 47, 147; XXII, 5, 18.

ART. 620

Lorsqu'un cas ne peut être décidé par une disposition précise de la loi, on aura égard aux dispositions qui régissent les cas semblables ou des matières analogues; si la solution est encore douteuse, on décidera d'après les règles générales de droit.

DIGESTE, I, 3, 12, 13, 17, 32 pr. — Cod. I, 17, 2 § 18, art. 3 dispos. prélim., C. civ. it.

ART. 621

Ce que la loi prescrit en vue d'un motif déterminé doit s'appliquer toutes les fois que le même motif existe.

DIGESTE, I, 3, 27, 13.

ART. 622

Ce que la loi permet en vue d'un motif déterminé cesse d'être permis lorsque ce motif n'existe plus.

DIGESTE, L, 17, 68. — cf. I, 3, 22.

ART. 623

Ce que la loi défend pour un motif déterminé cesse d'être défendu lorsque ce motif n'existe plus.

ART. 624

Lorsque la loi défend formellement une chose déterminée, ce qui est fait contrairement à la loi ne peut avoir aucun effet.

Cod. I, 14, 5. — DIGESTE, L, 17, 121; XIV, 3, 29, 30. — 134, all.

ART. 625

*Medjella*, 15.  
KHAN BAHADOUR, p. 85.  
IBN NADJIM, I, 119.

ART. 625

Les lois restrictives et celles qui font exception aux lois générales ou à d'autres lois, ne doivent pas être étendues au delà du temps et des cas qu'elles expriment.

DIGESTE, I, 3, 14, 16; L, 17, 42, 141; L, 16, 1 § 1; XLIII, 20, 1 § 43.

ART. 626

Arg. *Koran*, II, 181.  
*Medjella*, 17, 18.  
IBN NADJIM, I, p. 105 et 161.

ART. 626

L'interprétation peut, en cas de nécessité, modérer la rigueur de la loi; elle ne doit jamais l'aggraver.

DIGESTE, XLVIII, 19, 42; I, 3, 18, 25; L, 17, 56, 168 pr., 192 § 1.

ART. 627

KHAN BAHADOUR, p. 147, 157.  
KORAFI, p. 132.  
cf. IBN NADJIM, I, 144, 152 (dans le conflit de deux lois dont l'une est permissive, l'autre restrictive, c'est la dernière qui doit être suivie).

ART. 627

Les lois ne sont abrogées que par des lois postérieures, lorsque celles-ci l'expriment formellement, ou lorsque la nouvelle loi est incompatible avec celle établie antérieurement, ou qu'elle règle toute la matière réglée par la loi antérieure.

ART. 628

Tribunal de l'Ouzara, n. 2911.  
*Eddor-el-Mokhtar*, IV, 251; *Radd-el-Mokhtar*, *ad loc* et 170.

ART. 628

La coutume et l'usage ne sauraient prévaloir contre la loi, lorsqu'elle est formelle.

ART. 629

*Radd-el-Mokhtar*, IV, 19.

ART. 629

L'usage ne peut être invoqué que s'il est constant, général, s'il n'a rien de contraire à l'ordre public et aux bonnes mœurs, si l'existence en est justifiée par celui qui l'invoque.

cf. AUBRY et RAU, § 749. — LYON-CAEN et RENAULT, *Traité I*, p. 80.

ART. 630

KHALIL, IV, 555.  
Ainsi, il y aurait non seulement faute, mais faute lourde, à prêter de l'argent à quelqu'un sans requérir des témoins ou se faire donner une reconnaissance : IBN NADJIM, II, 268; Arg., *Koran*, II, 282.

ART. 630

La loi ne protège pas les parties contre les suites de leur imprudence ou de leur incurie.

DIGESTE, XLII, 8, 24; IV, 6, 16; L, 17, 203.

ART. 631

KHALIL, III, 542.  
TASOULI, II, 74, 75.  
cf. IBN NADJIM, I, 161, 163; *ibid.*, II, 89 (elle serait excusable, si le point était controversé et si on avait consulté un jurisconsulte; cependant cette solution n'est pas généralement admise); cf. note 3, *ibid.*

ART. 631

L'ignorance de la loi n'excuse pas lorsqu'il s'agit d'un fait illicite ou de ce qui est notoire même aux plus illettrés.

DIGESTE, IV, 4, 37.

ART. 632

KHALIL, IV, 530.  
IBN NADJIM, I, 125.

ART. 632

Dans le doute, celui qui cherche à éviter un dommage doit être préféré à celui qui essaie d'obtenir un avantage.

DIGESTE, L, 17, 33, 126, 41 § 1.

ART. 633

IBN NADJIM, I, 152.  
cf. *Medjella*, 46.

ART. 633

A égalité de droits, celui qui s'oppose à toute innovation doit être préféré.

(*In re communi, potior est conditio prohibentis*) C. 56, de R. I. in 6°. — DIGESTE, X, 3, 28.

ART. 634

(1) IBN NADJIM, I, 370, 372. Application au cas d'éviction.

HAMAOUÏ, 370, note 4, *ad loc.* Exception dans IBN NADJIM, I, 371, 373.

*Medjella*, 100, 1658, 1227.

*Eddor-el-Mokhtar*, III, 572.

*Radd-el-Mehtar*, VI, 15.

(Sur la règle : *quem de evictione tenet actio...* : IBN NADJIM, I, 332, 372 et HAMAOUÏ sur IBN NADJIM, I, 194.

(2) Deux exceptions, l'une en matière de vente, l'autre en matière d'affranchissement : *Radd-el-Mehtar*, VI, 15.

ART. 634

Nul ne peut venir contre son fait<sup>(1)</sup> si la loi ne le permet expressément<sup>(2)</sup>.

cf. AUBRY et RAU, § 355, note 4. (Application au cas d'éviction : *quem de evictione, etc.*)

ART. 635

KHALIL, III, 538; IBN FARHOUN, I, 282.  
*Medjella*, 1704; IBN NADJIM, I, 391; cf. HAMAOUÏ, note 4, *ad loc.*

ART. 635

Nul ne peut se constituer un titre à soi-même.

Cod. IV, 19, 5, 6, 9; X, 2, 5.

ART. 636

HAMAOU, II, 129, note 4.  
IBN NADJIM, II, 122.  
cf. HAMAOU SUR IBN NADJIM, II, p. 10.

ART. 637

IBN NADJIM, II, p. 10. Application : HAMAOU, II, 130, note 2 (qui peut donner à titre gratuit peut prêter) et IBN NADJIM, II, 226.

ART. 638

ZARKANI, V, 120; BENNANI, V, 120.  
cf. IBN NADJIM, II, 57 et note 3; *ibid.*, II, 147, note 8, II, 208 (le commodataire ne peut louer).  
*Eddor-el-Mokhtar*, IV, 175 (le mandataire ne peut avoir plus de pouvoirs que le mandant lui-même).

ART. 639

KHALIL, III, 540.

ART. 640

KHALIL, IV, 489.  
ZARKANI, VIII, 178, 203, 204, 205; V, 119, 120;  
*Eddor-el-Mokhtar*, IV, 472; IBN NADJIM, II, 204, 215; *Radd-el-Mehtar*, VII, 248.  
« Il n'y a d'hérédité qu'après le paiement des dettes » : TASOULI, I, 234.

ART. 641

Tradition du Prophète :  
KHALIL, III, 546; IV, 404, 495, 498, 499, 513, 514, 515, 566; TAoudi, II, 355; BENNANI, V, 134; ZARKANI, V, 93; *Tohfat d'IBN ACEM*, 1291.  
*Medjella*, 85, 87; *Eddor-el-Mokhtar*, III, 434; IBN NADJIM, I, 182; II, 203.

ART. 636

Nul ne peut user des pouvoirs qu'il a pour autrui afin d'autoriser un acte dans lequel il est intéressé lui-même.

*(Nemo potest auctor esse in rem suam.)*

ART. 637

Celui qui peut le plus peut le moins.

DIGESTE, L, 17, 21, 110, pr. 113.

ART. 638

Nul ne peut confier à autrui plus de droits qu'il n'en a lui-même.

DIGESTE, L, 17, 54, 175 § 1, 177. — 954, 2077, 2124, 2125, 2182, fr. — AUBRY et RAU, § 359.

ART. 639

Nul ne peut donner gratuitement s'il n'est libéré.

*(Nemo liberalis, nisi liberatus.)*

ART. 640

Le créancier passe avant l'héritier, et il n'y a d'hérédité qu'après l'acquittement des dettes.

DIGESTE, L, 16, 39; XLIX, 14, 11; XXXV, 2, 69. — Cod. V, 61, 8.

ART. 641

Celui qui a les avantages doit avoir les charges et les risques. Celui qui a les charges et les risques doit avoir les avantages.

DIGESTE, XXXVI, 1, 33; XIII, 6 § 13 § 1; XVII, 1, 40 § 1; XIX, 1, 3 § 1; XVII, 1, 10 § 8; XVII, 2, 55, 67 § 1; L, 17, 10. — Cod. VI, 2, 22 § 3. — Instit. III, 24 § 3.

ART. 642

Tradition du Prophète :  
IBN NADJIM, I, 118; *Medjella*, 19, 921.  
*Amalyat*, 245.

ART. 643

*Medjella*, 20, 31, 1200.  
IBN NADJIM, I, 118, 120.

ART. 644

*Medjella*, art. 7.  
*Radd-el-Mehtar*, IV, 305.

ART. 645

IBN NADJIM, I, 122, 123, 124.  
*Medjella*, art. 27, 28, 29.

ART. 646

IBN NADJIM, I, 121.  
*Medjella*, art. 26.

ART. 647

HAMAOU, II, 166, note 6.

ART. 648

*Amalyat*, 386.  
*Eddor-el-Mokhtar*, III, 357; VII, 48.  
HAMAOU sur IBN NADJIM, I, 355, note 2.  
En matière pénale : MAWARDI, 208; BENNANI,  
VIII, 86.  
« En matière de diffamation, tout homme est  
présumé honorable, jusqu'à preuve du contraire. »

ART. 642

Nul n'est autorisé, par un dommage subit, à causer du  
dommage à autrui.

ART. 643

L'office du juge est de faire cesser tout dommage in-  
juste.

cf. DIGESTE, L, 17, 206.

ART. 644

L'ancienneté ne peut consacrer un dommage injuste.

ART. 645

Entre deux inconvénients, il faut choisir le moindre.

DIGESTE, L, 17, 200.

ART. 646

Entre l'intérêt général et l'intérêt particulier, il faut  
préférer l'intérêt général, s'il n'y a aucun moyen de les  
concilier.

ART. 647

Dans le doute, si une chose est permise ou défendue,  
il faut s'abstenir.

(*A contractu qui videtur non legitimus, abstinendum*), Cap. 6,  
de R. I, in-6°.

ART. 648

La bonne foi se présume toujours, tant que le con-  
traire n'est pas prouvé.

(*Quisq; præsimitur bonus, donec probetur malus*). — cf. 1116,  
2268, fr. — 702 it.

ART. 649

KHALIL, III, 433, 434, 436; IV, 531, 555; IBN FARHOUN, II, 74; I, 101.

TAOUDI, II, 91, 92; TASSOULI, II, 92; 101.

*Eddor-el-Mokhtar*, VII, 266; IV, 536.

IBN NADJIM, I, 71, 88, 89, 94, 252 et HAMAOU, *ad loc.*

HAMAOU SUR IBN NADJIM, I, 325.

IBN NADJIM, I, 353, 354 et HAMAOU, note 10 (appl. à la chose jugée); *ibid.*, II, 38, contrat de command (*Kiradh*); II, 66 (louage); *ibid.*, I, 368 (violence); *ibid.*, I, 319 (nullité); *Radd-el-Mehtar*, IV, 536 et 537; *Tohfah* d'IBN ACEM, 1335 (capacité), 866 (vente), 871 (capacité); LAMIATE EZZAKKAKE, 81 (disposition de dernière volonté); supplément au *Radd-el-Mehtar*, VI, 163 (capacité, validité); *ibid.*, VI, 166 (validité).

ART. 650

*Medjella*, 8; IBN NADJIM, I, 89.

ART. 651

KHALIL, III, 422, 431, 433, 557; TAOUDI, II, 90. *Tohfah* d'IBN ACEM, 866 et note 819.

*Medjella*, 5, 1647, *in fine*, 1658, 1765.

IBN NADJIM, I, 94, 301 (vente 333 et HAMAOU, *ad loc.*, command), 398 (terme).

*Radd-el-Mehtar*, IV, 595; *Eddor-el-Mokhtar*, IV, 594, 597.

ART. 652

*Medjella*, art. 10.

KHALIL, III, 422, 429.

*Tohfah* d'IBN ACEM, vers 611.

IBN NADJIM, I, 87 : « Car, dit HAMAOU (*ad loc.*), l'existence est de l'essence des choses, la négation est un accident. » cf. *ibid.*, 104; *Eddor-el-Mokhtar*, IV, 612; *Radd-el-Mehtar*, VI, 32.

Application à l'interdiction : IBN NADJIM, II, 81, note 3; au mandat *ad litem* : LAMIATE EZZAKKAKE, p. 114; à la possession : *Eddor-el-Mokhtar*, VII, 63 « la preuve qu'un état de fait a existé à un moment donné fait présumer que cet état a continué, si l'on ne prouve qu'il a cessé d'exister... » Celui qui a commencé à posséder à titre de loca-

ART. 649

Tout rapport de droit est présumé valable et conforme à la loi; jusqu'à preuve du contraire.

DIGESTE, L, 17, 88. — 123, 124 all. — AUBRY et RAU, § 343 bis.

ART. 650

En principe, chacun est présumé libre de toute obligation jusqu'à preuve du contraire.

AUBRY et RAU, § 749. — LAURENT, XIX, n. 91.

ART. 651

Toute obligation est présumée pure et simple et celui qui soutient le contraire doit le prouver.

AUBRY et RAU, IV, § 302, note 9. — MERLIN, Répert., Vo Acte sous seing privé, § 2.

ART. 652

Tout état de droit ou de fait est présumé persévérer le même qu'à l'origine, et celui qui soutient qu'il a été modifié doit le prouver.

AUBRY et RAU, § 749. — LAURENT, XIX, n. 90, 93. — DEMOLOMBE, XXIX, n. 187 et suiv. — BAUDRY-LACANTINERIE, II, n. 1174, 1176. — Cassation; 26 mars 1879 (D. P. 81, 1, 83); 9 novembre 1886 (D. P. 87, 1, 123); 14 mars 1876 (D. P. 78, 1, 68); 27 janvier 1873 D. P. 73. 1, 147).

taire, d'emprunteur, par violence, ne peut changer le titre de sa possession, s'il ne prouve l'existence d'un nouveau titre d'acquisition : IBN FARHOUN, II, 91.

ART. 653

*Medjella*, 51, 1227.

IBN NADJIM, II, 31 et note 9; *ibid.*, 164; HAMAOU, II, 87, note 3.

Il en est autrement, lorsque l'extinction n'est pas définitive; ainsi l'usufruit accordé au mari revit, s'il reprend sa femme : *Tohfat* d'IBN ACEM, vers 556; mais cette question est controversée. cf. *ibid.*) vers 559, 560, note 438. Le droit de garde revit lorsque l'incapacité qui y a mis fin cesse : *Tohfat* d'IBN ACEM, 664.

ART. 654

*Tohfat* d'IBN ACEM, 810, 811, 818, 820; TAOUDI, II, 68, 70; TASOULI, II, 68, 70; ZARKANI, V, 19; LAMIATE EZZARKAKE, 175.

KHALIL, IV, 91, 164; IBN FARHOUN, II, 55, 56, 99.

*Medjella*, 62, 276, 438, 971, 1659; *Eddor-el-Mokhtar*, IV, 390; cf. IBN NADJIM, I, 184, 187. Mais voir aussi : HAMAOU, I, 369, note 6; IBN NADJIM, II, 60; supplément au *Radd-el-Mehtar*, VII, 110; VI, 454.

ART. 655

*Medjella*, 48, 49.

IBN NADJIM, I, 154, 319 (la règle ne s'applique pas au cas de possession injuste, qui est un simple état de fait, non de droit); cf. IBN NADJIM, II, 206; HAMAOU, *ad loc.*, I, 319.

ART. 656

IBN NADJIM, I, 22, car « la règle de droit n'a pas le même caractère que la règle de grammaire et les principes logiques; elle exprime ce qui arrive le plus souvent »; *ibid.*, II, p. 104, note 1 : « la nécessité fait exception à la règle. »

*Eddor-el-Mokhtar*, III, 388; *Medjella*, 39.

TASOULI, II, 61, 188, 189, 190, 195, 204.

*Amalyat*, p. 7; IBN FARHOUN, II, 105. Voir aussi un important passage du *Koran*; *ibid.*, II, 117, 118.

ART. 653

Un droit éteint ne peut revivre.

(*Actio semel extincta non reviviscit.*) — (*In perpetuum sublata obligatio restitui non posset.*) — DIGESTE, XLVI, 3, 98 § 8. — Confusion : 1299 fr. — Condition défaillie : TOULLIER, VI, 642. — Novation : AUBRY et RAU, § 324 et note 47. — TOULLIER, VII, 300, — DEMOLOMBE, XXV, 354. — AUBRY et RAU, § 302.

ART. 654

Celui qui se tait, sans empêchement ni motif légitime, lorsqu'il est tenu de s'expliquer, est présumé acquiescer.

DIGESTE, XIV, 6, 14, 16; XXXIX, 3, 19; I, 75; XX, 6, 8 § 15; L, 17, 142. — Cod. VIII, 26, 6, C. 43, 44 de R. I, in-6°. — cf. DALLOZ, *Contr. judic.*, 12; *Oblig.*, 108. — DEMOLOMBE, XXIV, 57 et suiv. — AUBRY et RAU, § 343 et note 20.

ART. 655

Dans tout état fondé en droit, l'accessoire suit le principal.

DIGESTE, L, 17, 178. — (cf. XLI, 3, 19 inf. *Partium non esse partem rei furtivæ.*)

ART. 656

Les règles de droit ne sont pas absolues, et changent avec les circonstances qui les ont fait naître et l'utilité qui en est la cause.

DIGESTE, L, 17, 1, 202; I, 3, 13; I, 4, 2.

ART. 657

*Koran*, III, 70; IV, 25, 61; V, 1, 11; VI, 153; XVII, 36, 37; XXIII, 8; XXVI, 183; LXX, 32; LXXXIII, 1, 4.

GHAZALI : *Ehia Eddine*, II, 61, 63, 68.

*Amalyat*, 334 (le musulman doit tenir ce qu'il a promis).

TASOULI, II, 265.

IBN NADJIM, II, 109 (la violation d'une promesse est un péché).

HAMAQUI SUR IBN NADJIM, II, p. 109, note 8.

ART. 657

La seule règle qui ne doit jamais fléchir est celle de la bonne foi et de la loyauté.

7

# TABLE DES MATIÈRES

## LIVRE I

	Pages
TITRE I. — <i>Des obligations en général</i> .....	1
TITRE II. — <i>Des causes des obligations</i> .....	2
CHAP. I. — Des obligations qui dérivent des conventions et autres déclarations de volonté.....	2
Section I. — Des éléments nécessaires à la validité des obligations qui dérivent d'une convention ou autre déclaration de volonté.....	2
Section II. — De la capacité.....	3
Section III. — De la déclaration de volonté.....	9
§ 1. — De la déclaration unilatérale.....	9
§ 2. — Des conventions.....	12
§ 3. — Des vices du consentement.....	21
Section IV. — De l'objet des obligations contractuelles.....	33
Section V. — De la cause des obligations contractuelles.....	36
CHAP. II. — Des obligations résultant des quasi-contrats.....	37
CHAP. III. — Des obligations provenant de délits et quasi-délits.....	43
TITRE III. — <i>Des modifications de l'obligation</i> .....	73
CHAP. I. — De la condition.....	73
CHAP. II. — Du terme.....	82
CHAP. III. — De l'obligation alternative.....	87
CHAP. IV. — Des obligations solidaires.....	90
§ 1. — De la solidarité entre les créanciers.....	90
§ 2. — De la solidarité entre les débiteurs.....	94
CHAP. V. — Des obligations divisibles et indivisibles.....	99
§ 1. — Des obligations indivisibles.....	99
§ 2. — Des obligations divisibles.....	101
TITRE IV. — <i>Transport des obligations</i> .....	103
CHAP. I. — Du transport en général.....	103
§ 1. — Du transfert d'un ensemble de droits ou d'un patrimoine.....	111

	Pages
CHAP. II. — De la subrogation.....	114
CHAP. III. — De la délégation.....	116
TITRE V. — <i>Des effets des obligations</i> .....	120
CHAP. I. ....	120
Section I. — De l'effet des obligations en général.....	120
Section II. — De l'exécution de l'obligation.....	125
Section III. — De l'inexécution de l'obligation et de ses effets.....	131
§ 1. — De la demeure du débiteur.....	131
§ 2. — De la force majeure et du cas fortuit.....	137
§ 3. — De la demeure du créancier.....	138
§ 4. — Des offres d'exécution et de la consignation.....	140
CHAP. II. — De quelques moyens d'assurer l'exécution des obligations.....	145
Section I. — De la clause pénale.....	145
Section II. — Des arrhes.....	149
Section III. — De l'action révocatoire et subrogatoire.....	150
Section IV. — Du droit de rétention.....	154
TITRE VI. — <i>De la nullité et de la rescision des obligations</i> .....	159
CHAP. I. — De la nullité des obligations.....	159
CHAP. II. — De la rescision des obligations.....	161
TITRE VII. — <i>De l'extinction des obligations</i> .....	164
CHAP. I. — Du paiement.....	165
§ 1. — De l'imputation des paiements.....	166
CHAP. II. — De l'impossibilité de l'exécution.....	167
CHAP. III. — De la remise de l'obligation.....	168
CHAP. IV. — De la novation.....	171
CHAP. V. — De la compensation.....	175
CHAP. VI. — De la confusion.....	180
CHAP. VII. — De la prescription.....	181
§ 1. — Du temps requis pour prescrire.....	187
CHAP. VIII. — De la résiliation volontaire ( <i>distral</i> ).....	192
TITRE VIII. — <i>De la preuve des obligations et de celle de la libération</i> .....	194
CHAP. I. — Dispositions générales.....	194
Section I. — De l'aveu de la partie.....	200
Section II. — De la preuve littérale.....	205
§ 1. — Du titre authentique.....	207
§ 2. — De l'acte sous seings privés.....	209
§ 3. — Des autres écritures pouvant constituer une preuve littérale.....	214

	§ 4. — Des copies de titres.....	218
Section III. — Des livres des commerçants et du registre du commerce.....		219
	§ 1. — Des livres des commerçants .....	219
	§ 2. — Du registre du commerce .....	221
Section IV. — De la preuve testimoniale.....		226
Section V. — Des présomptions.....		230
	§ 1. — Des présomptions établies par la loi .....	230
	§ 2. — Des présomptions qui ne sont pas établies par la loi.....	235
Section VI. — Du serment.....		238
	§ 1. — Du serment décisoire...	240
	§ 2. — Du serment déferé d'office .....	244
CHAP. II. — De l'interprétation des déclarations de volonté et de quelques règles générales de droit.....		246
	§ 1. — De l'interprétation des déclarations de volonté et notamment des conventions.....	246
	§ 2. — De quelques règles générales de droit.....	252