CHAFIK CHEHATA

THÉORIE GÉNÉRALE DE L'OBLIGATION EN DROIT MUSULMAN HANÉFITE

Les sujets de l'obligation

ÉDITIONS SIREY 1969

ESSAI D'UNE THEORIE GENERALE D
L'OBLIGATION EN DROIT MUSULMA

TRANSCRIPTION DES LETTRES ARABES.

TABLE

ء = " ou '	ص = s'	و = w, û, u
ب = b	ض = d'	ي = ī, î, y
ت = t	ط = t'	لا = lâ
ث = th	ظ = z'	ـّـ = 2 lettres
ج = g	ع = '	التنوين = n
ح = h'	غ = gh	المد = û, â, î
خ = kh	ف = f	بَ = ba
د = d	ق = q	بِ = bi
ذ = dh	ك = k	بُ = bu
ر = r	ل = l	بْ = bay
ز = z	م = m	بَوْ = baw.
س = s	ن = n	
ش = ch	ه = h	

Ainsi, محمد بن الحسن الشيبانى = *Muh'ammad b. al-H'asan ach-Chaybânî;* كتاب بدائع الصنائع فى ترتيب الشرائع = *Kitâb Badâï' as'-s'anâï' fî tartîb ach-charâï'.*

BIBLIOGRAPHIE

I. — Droit Musulman

A. — SOURCES

1. — Droit Hanéfite

Abû-H'anîfa (mort en 150 de l'Hégire). — "Musnad", recueil de "h'adîth", Le Caire, 1327 H. ; Les Indes, 1309 H. L'attribution de ce recueil à **Abû-H'anîfa** est sérieusement contestée.

Abû-Yûsuf (183). — "al-Kharâg", Le Caire, 1302. Cet ouvrage intéresse surtout le droit public.

Muh'ammad b. al-H'asan ach-Chaybâni (189). — "al-Mabsût", manuscrit 200 de la Bibliothèque Egyptienne (Qawala). C'est le manuscrit le mieux conservé. (=Muh.). Il existe aussi d'autres fragments, le ms. 33 en 2 vol. ; le ms. 623 en 2 vol. ; le ms. 34 en 1 vol. ; les mss. 382 et 491. Ces deux derniers mss. sont mentionnés à tort dans le catalogue de la B.E. comme étant les "Nawâdir" de **Muh'ammad.** A la Bibliothèque de l'Azhar se trouve encore un fragment sub n° 4280.

Du même auteur. — "al-Gâmi' as'-s'aghir", Le Caire, 1302 (=Muh. Sagh.).

Du même auteur. — "al-Gâmi' al-kabîr", ms. 740 B.E. (=Muh. Kab.) ; et un commentaire de cet ouvrage dont l'auteur est inconnu. Il s'intitulerait "at-Taysir", ms. 112 B.E. (=Tay.).

Du même auteur. — "al-Makhârig fil-h'iyal", édit. Schacht, Leipzig, 1930. Un exemplaire identique ms. se trouve à la B.E. attribué à **Abû-Yûsuf,** 550 B.E.

Du même auteur. — "al-H'ugaj", édit. des Indes, d'authenticité douteuse.

Du même auteur. — "al-Athâr", ms. 43 B.E., recueil de "h'adîth".

al-Khas's'âf (261). — "al-H'iyal wal-makhârig", éd. Schacht, Hanovre, 1923. Deux exemplaires mss. se trouvent à la B.E. sub nos 154 et 1017. Un troisième à la Bibliothèque Municipale d'Alexandrie sub n° 3639. Les renvois seront faits à l'édit. Schacht (=Khas. Hiy.) à moins d'indication contraire.

as-Samarqandi, Sa'id b. 'Ali (?). — "Gannat al-ah'kâm wa gunnat al-khus's'âm fil-h'iyal wal-makhârig", ms. 34 B.E.

at'-T'ah'âwi (321). — "Mukhtas'ar", ms. 958 B. Azhar (=Tah.).

Du même auteur. — "Adhkâr al-h'uqûq war-ruhûn", extr. d'"al-Gâmi' al-kabîr fich-churût' ", édit. Schacht, Heidelberg, 1927 (=Tah. Ad.).

al-Karkhi (340). — "Risâla fil-us'ûl", Le Caire (sans date).

al-Gas's'âs' (370). — "Charh' al-Gâmi' al-kabîr", ms. 745 B.E., en 2 vol. ; un autre fragment se trouve sub n° 746, en 1 vol. (=Gass., ms. 745 ou 746).

as-Samarqandi, Abûl-Layth (375). — "an-Nawâzil", ms. 565 B.E. (=Samarq.).

al-H'âkim ach-Chahid (circ. 400). — "al-Kâfi", un fragment, ms. 400 B.E.

al-Qudûri (428). — "Mukhtas'ar", Istambul, 1310 (=Qud.).

as-Sarakhsi, Abû-Bakr (438). — "al-Mabsût'", Le Caire, 1324, 30 tomes en 15 vol. C'est un résumé d'al-H'âkim ach-Chahid, "al-Kâfi", qui est lui-même un commentaire des ouvrages de Muh'ammad. (=Sarakh.).

Du même auteur. — "Charh' al-Gâmi' al-kabîr", ms. 107 B.E. C'est un fragment dont l'authenticité est douteuse.

as-Sughdi (461). — "an-Nutaf", ms. 287 B.E. Il est aussi attribué à ad-Dimirdâh'i.

as'-S'adr ach-Chahid (536). — "Charh' an-Nafaqât" d'al-Khas's'âf, Haiderabad, 1349.

Du même auteur. — "Charh' Adab al-qâd'î" d'al-Khas's'âf, ms. 21 B.E.

Mah'mûd b. Ah'mad b. 'Abd al-'Aziz surnommé Burhân ad-din (circ. 540). — "Dhakhîrat al-fatâwâ" ou "adh-Dhakhîra al-burhâniyya", ms. 191 B.E., en 5 vol. (=Burh. Dhakh.).

Du même auteur. — "al-Muh'it' ", ms. 481 en 4 vol. ; ms. 482, 2 vol. ; ms. 774, 5 vol. Le contenu est identique à celui de Rad'iy ad-din as-Sarakhsi, "al-Muh'it' " qui sera le plus souvent cité.

an-Nasafi, Nigm ad-din Abû-H'afs' 'Umar (537). — "T'alibat al'-t'alaba." (Vocabulaire juridique de droit hanéfite). Le Caire, 1311.

Iftikhâr ad-din T'âhir b. Ah'mad (542). — "al-Khulâs'a", ms. 195 B.E. en 2 vol. (=Iftikh. Khul.).

Rad'iy ad-din as-Sarakhsi (544). — "al-Muh'it' ", mss. 384, 381, 613, 614, 615 B.E. (=Radiy). Un exemplaire se trouve aussi à l'Azhar, ms. 32 en 6 vol. auquel il sera encore renvoyé.

al-Karâbisi (570). — "al-Furûq", ms. 292 B.E.

al-'Attâbi (586). — "Gâmi' al-fiqh" ou "al-Fatâwâ al-'attâbiyya", ms. 193 B.E. (=Attabi).

Du même auteur. — "Charh' az-Ziyâdât" de Muh'ammad b. al-H'asan, ms. 264 B.E. On a ainsi par ce moyen le texte de Muh'ammad, "az-Ziyâdât".

al-Kâsâni (587). — "Badaï' as'-s'anâï' ", Le Caire, 1328, 7 tomes en 3 vol. (=Kas.).

Qâd'i-Khân (592). — "Fatâwâ", en marge d'"al-Fatâwâ al-hindiyya", Le Caire, 1310, 3 vol. (=Khan).

Du même auteur. — "Charh' az-Ziyâdât" de Muh'ammad b. al-H'asan, ms. 380 B.E.

Du même auteur. — "Charh' al-Gâmi' as'-s'aghîr" de Muh'ammad b. al-H'asan, frag. en 2 vol., ms. 743 B.E.

al-Marghinâni (593). — "al-Hidâya", Le Caire, édit. al-Maymaniyya en 9 vol. ; et édit. Boulaq en 8 vol., 1316. Il sera renvoyé surtout à l'édit. al-Maymaniyya (=Marghi.).

Burhân ach-Charî'a al-Mah'bûbi (circ. 600). — "Wiqâya", ms. 2 de la Bibl. de l'Azhar.

'Abd al-Mut't'alib b. al-Fad'l al-Hâchimi (616). — "Charh' al-Gâmi' al-kabîr" de **Muh'ammad**, frag. ms. 102 B.E.

Z'ahir ad-din Abû-Bakr (619). — "al-Fatâwâ az'-z'ahiriyya", ms. 319 B.E., en 2 vol. (=Zahir).

'Âlim b. 'Alâ' al-Ghazzi (?). — "al-Fatâwâ at-tatârkhâniyya", ms. 852 B.E., en 5 vol. (=Tatar).

al-H'usayn b. Muh'ammad as-Sam'âni (?). — "Khizânat al-muftîn", ms. 43 m. B.E. (=Khiz).

al-H'as'iri (636). — "at-Tah'rîr fî charh' al-Gâmi' al-kabîr" de **Muh'ammad**, ms. 97 B.E., en 5 vol., incomplet. (=Has).

S'adr ad-din Sulaymân (677). — "az-Ziyâdât" de **Muh'ammad**, ms. 1242 B.E.

an-Nasafi, H'âfiz' ad-din (710). — "al-Wâfi", ms. 68 Bibl. Azhar.

Du même auteur. — "Kanz ad-daqâîq", en marge d'**Ibn Nugaym**, "al-Bah'r", en 8 vol., Le Caire, 1334 (=Kanz).

az-Zayla'i (743). — "Tabyîn al-h'aqâîq", commentaire d'**an Nasafi**, "Kanz", Le Caire, 1314, en 6 vol. (=Zay.).

at'-T'arsûsi (758). — "Anfa' al-wasâil ilâ tah'rîr al-masâil", Le Caire, 1344.

al-Bâbarti (786). — "Charh' al-'inâya", commentaire d'**al-Marghinâni**, "al-Hidâya". Il est imprimé en marge de cet ouvrage Le Caire, édit. al-Maymaniyya, 9 vol. (=Bab.).

al-H'addâdi (800). — "al-Gawhara an-nayyira", commentaire de **Qudûri**, "Mukhtas'ar", Istambul, 1301, en 2 vol. (=Hadd.).

al-'Ayni (circ. 818). — Commentaire d'**an-Nasafi**, "al-Kanz", Le Caire, 1285, 2 vol.

Ibn Qâd'i Simâwna (823). — "Gâmi' al-fus'ûlayn", 1ère édit., Le Caire, 1300, 2 vol. Il sera aussi renvoyé à l'édition de Bulaq (=Simaw.).

Ibn al-Bazzâz al-Kardari (827). — "al-Fatâwâ al-bazzâziyya", en marge d'"al-Fatâwâ al-hindiyya", vols. 4, 5, 6; 2me édit., Le Caire, 1310 (=Bazzaz).

Munlâ Khusraw (855). — "Durar al-h'ukkâm fî charh' ghurar al-ah'kâm", Le Caire, 1304, 2 vol.

Munlâ Miskin (circ. 850). — Commentaire d'"al-Kanz", en marge d'**Abû as-Su'ûd**, "Fath' allâh al-mu'în", Le Caire (?), 3 vol.

Ibn al-Humâm (861). — "Fath' al-qadîr", commentaire de la "Hidâya" d'**al-Marghinâni**, imprimé en marge de cet ouvrage (v. supra). Il a été complété (vols. 7, 8, 9) par **Qâd'i-Zâda** (988), "Natâîg al-afkâr". (=Hum).

Qâsim b. Qut'lûbughâ (879). — "Muwgibât al-ah'kâm", ms. 1714 B.E.

Ibn ach-Chih'na (921). — "adh-Dhakhâîr al-achrafiyya fî alghâz al-h'anafiyya", ms. 1738, Bibl. Municip. Alex.

al-Birgandi (circ. 930). — "Charh' an-Niqâya", commentaire de la "Wiqâya" (v. supra **al-Mah'bûbi**), ms. 990 B.E.

Sa'di Chalabi (945). — "H'âchiya", glose sur "al-'Inaya" et la "Hidâya" (v. supra), imprimé en marge de ce dernier ouvrage. (=Sa'di).

Ibrâhim al-H'alabi (956). — "Multaqâ al-abh'ur", Istambul, 1319.

Ibn Nugaym al-Mas'ri (970). — "al-Achbâh wan-naz'âîr", Le Caire, 1290, 2 tomes et suppléments en un seul vol. (=Nug.).

Du même auteur. — "al-Bah'r ar-râîq", commentaire d'"al-Kanz" (v. supra), Le Caire, 1311, en 8 vol. Le huitième n'est pas d'**Ibn Nugaym** mais d'**at'-T'ûri**. (=Nug. Bahr).

al-H'amawi (?). — "Ghamz 'uyûn al-bas'âîr", commentaire d'**Ibn Nugaym**, "al-Achbâh", imprimé en marge de cet ouvrage (v. supra).

at-Tâgi (de l'époque du sultan **Sâlim Khân**). — "at-Tah'qîq al-bâhir", autre commentaire d'**Ibn Nugaym**, ms. 1914 Azhar (ar-Râfi'i), en 5 vol.

al-Ghazzî (995?). — "Tanwîr al-abs'âr", en marge d'**Ibn 'Abidîn**, "Radd al-muh'târ", Le Caire, 1260. (=Ghazzî).

al-Khawârizmî (d'après **Ibn Qut'lûbughâ**, ce serait plutôt **Mah'mûd b. 'Abdallâh b. Mah'mûd Tâg ach-Chari'a** du VIII[e] siècle). — "al-Kifâya", commentaire de la "Hidâya", imprimé en même temps que cet ouvrage dans l'édition al-Maymaniyya (v. supra). (=Kifâya).

ach-Chalabî (circ. 1000). — "H'âchiya", glose sur **az-Zayla'î**, "Tabyîn", (v. supra), Le Caire, 1314, 6 vol. (=Chalabi).

Nachângi-Zâda (1031). — "Nûr al-'ayn fi is'lâh' Gâmi' al-fus'ûlayn", résumé d'**Ibn Qâd'i Simâwna**, avec corrections, ms. 365 Bibl. Azhar.

"al-Fatâwâ al-hindiyya" ou "'âlamkiriyya" (circ. 1070). Recueil composé par des savants hindous, Le Caire, 1310, 2[e] édit., 6 vol. (=Hind.).

Chaykh-Zâda (1087). — "Magma' al-anhur", commentaire du "Multaqâ al-abh'ur", (v. supra), Istambul, 1319.

al-H'as'kafî (1088). — "ad-Durr al-mukhtâr", imprimé en marge d'**Ibn 'Abidîn**, "Radd al-muh'târ", Le Caire, 1260. (=Hask.).

Muh'ammad b. al-H'usayn (Chaykh al-Islâm) (1098). — "al-Fatâwâ al-anqarawiyya", Le Caire, 1281, en 2 vol. (=Anq.).

at'-T'ah't'âwi (?). — "H'âchiya", glose sur **al-H'as'kafi**, "ad-Durr" (v. supra), 3ème édit., Le Caire, 1282, 4 vol.

ach-Churunbulâli (1069). — "Ghuniat dhawi al-ah'kâm fi bughyat durar al-ah'kâm", commentaire de **Munlâ Khusraw** (v. supra), Le Caire, 1304, en 2 vol.

Abû as-Su'ûd (circ. 1160). — "Fath' allâh al-mu'în", commentaire de **Munlâ Miskin** (v. supra), Le Caire (?), en 3 vol.

Ibn 'Abidîn (1252). — "Radd al-muh'târ", commentaire d'"ad-Durr al-mukhtâr" (v. supra), Le Caire, 3e édit., achevée en 1299. (=Abdin).

Du même auteur. — "Minh'at al-khâliq", commentaire d'**Ibn Nugaym**, "al-Bah'r", (v. supra), imprimé en marge de cet ouvrage, Le Caire, 1334, 8 vol.

Du même auteur. — "Magmû'at rasâ'il", recueil d'études sur diverses questions, Istambul (?), 1325.

as-Sindî (1257). — "T'awâli' al-anwâr", commentaire d'"ad-Durr al-mukhtâr" (v. supra), ms. 1987 B. Azhar Râfi'î, 16 vol. (=Sindî).

Muh'ammad Abû al-Fath' (1294). — "Ith'âf al-abs'âr wal-bas'âir". C'est une classification d'"al-Achbâh" d'**Ibn Nugaym**, Alexandrie, 1289.

Muh'ammad 'Alâ' ad-din 'Abidîn (1306). — "Qurrat 'uyûn al-akhbâr", complément de "Radd al-muh'târ", (v. supra), Le Caire, 1299, 2 vol. (=Qurr.).

'Alâ' ad-din at'-T'arâbulsi, Qâd'î de Jérusalem. — "Mu'în al-h'ukkâm", 1ère édit., Le Caire, 1300.

al-Baghdâdi (?). — "Magma' ad'-d'amânât", Le Caire, 1308. C'est un recueil des cas de responsabilité contractuelle et délictuelle. (=Baghd.).

DROIT PRATIQUE

(A) NOTARIAT :

al-Kâkulli. — "al-Amthila ach-churût'iyya fi tah'rîr al-wathâ'iq ach-char'iyya", mss. 38 et 1716 B.E. (=Kak.).

Darwich Muh'ammad b. Aflât'ûn. — "as'-S'ukûk ach-char'iyya", ms. 1059 B.E.

Ah'mad b. 'Abd al-Ghaffâr (circ. 1050). — "S'ukûk char'iyya", ms. 689 B.E. (Taymûr).

(B) RESPONSA :

Sirâg ad-din al-Hindî (773). — "al-Fatâwâ as-sirâgiyya", ms. 3755 B.M.A.

Dâûd b. Yûsuf al-Khat'ib. — "al-Fatâwâ al-ghiyâthiyya", Le Caire, 1322.

Ibn Nugaym (970). — "Fatâwâ", en marge de l'ouvrage ci-dessus.

al-H'ânûti al-Mas'ri (1010). — "al-Fatâwâ al-h'ânûtiyya", ms. 294 B.E.

Khayr ad-din ar-Ramli (1081). — "al-Fatâwâ al-khayriyya", 2e édit., Le Caire, 1300, 2 tomes en un seul vol.

Qadri Effendi (1107). — "Wâqi'ât al-muftîn", 1ère édit., Le Caire, 1300.

As'ad ni-Madani (1116). — "al-Fatâwâ al-as'adiyya", édit. al-Khayriyya, 1309, 2 vol.

al-Kawâkibi, mufti d'Alep (1137). — "Fatâwâ", ms. 3132 B.M.A.

'Abdallâh As'ad. — "'Uddat arbâb al-fatwâ", Le Caire, 1304.

Ibn 'Abidin (1252). — "al-'Uqûd ad-durriyya fi tanqih' al-Fatâwâ al-h'âmidiyya", 2e édit., Le Caire, 1300, 2 tomes en un seul vol.

Muh'ammad al-'Abbâsi, mufti d'Egypte (1315). — "al-Fatâwâ al-mahdiyya", Le Caire, 1301, 7 vol.

Muh'ammad Kâmil at'-T'arâbulsi, mufti de Tripolitaine (1320). — "al-Fatâwâ al-kâmiliyya fil-h'awâdith at'-t'arâbulsiyya", Le Caire, 1313.

2. — Droit Malékite

Mâlik b. Anas, le fondateur de l'école. — "al-Mudawwana al-kubrâ", version de **Sah'nûn**, 1e édit., Le Caire, 1223, 16 tomes en 8 vol.

Muh'ammad b. al-H'asan ach-Chaybâni. — "al-Muwat't'â", édit. al-Yûsufi, 1332. C'est un recueil de Mâlik rapporté par Muh'ammad, qui donne la clef des rapports entre les deux écoles malékite et hanéfite.

al-Mahdi Ibn T'ûmart (524). — "Muwat't'â", résumé du "Muwat't'â", de Mâlik, Alger, 1323, 2 tomes en un seul vol.

Ibn Ruchd, Juge de Cordoue (520). — "al-Muqaddimât", Le Caire, 1325, 2 vol.

al-Qarâfi (684). — "al-Furûq", Le Caire, 1344, 4 tomes en 2 vol.

Ibn ach-Châ' (723). — "Adrâr ach-churûq", commentaire de l'ouvrage précédent, imprimé avec lui.

Ibn Guzay' (741). — "al-Qawânin al-fiqhiyya", Tunis, 1344.

al-Qafs'i (736). — "Lubâb al-lubâb", Tunis, 1346.

ach-Chât'ibi (790). — "al-Muwâfeqât", Tunis, 1302.

Ibn 'As'im (829). — "Tuh'fa", Le Caire, 1344, 2 vol.

at-Tâûdi. — Commentaire de la "Tuh'fa", imprimé en marge de cet ouvrage.

at-Tasûli. — "al-Bahga", autre commentaire, dans la même édition.

Muh'ammad b. Farh'ûn. — "Tabs'irat al-h'ukkâm", Le Caire, 1302, 2 vol.

al-Kinâni. — "al-'Iqd", en marge de l'ouvrage précédent.

ad-Dardir. — "ach-Charh' as'-s'aghir", en marge d'as'-S'âwi (v. infra), Le Caire, 1310, 2 vol.

Du même auteur. — "ach-Charh' al-kabir", en marge de **'Arafa ad-Disûqi**, Le Caire, 1309, 4 vol.

as'-S'âwi. — "Bulghat as-sâlik", commentaire d'ad-Dardir, "ach-Charh' as'-s'aghir" (v. supra).

'Arafa ad-Disûqi, commentaire d'ad-Dardir, "ach-Charh' al-kabir" (v. supra).

az-Zurqâni, Muh'ammad. — Commentaire du "Muwat't'â" de Mâlik, Le Caire, 1310, 4 vol.

az-Zurqâni, 'Abd al-Bâqi. — Commentaire de Sidi-Khalil, "Mukhtas'ar", Le Caire, 1307, 8 vol.

al-Bannâni. — Commentaire de l'ouvrage précédent, imprimé en marge de cet ouvrage.

al-Khirchi (1101). — Commentaire de Khalil, "Mukhtas'ar", 2e édit., Le Caire, 1317, 8 tomes en 4 vol.

al-'Adawi. — Glose sur l'ouvrage précédent.

Ah'mad b. Muh'ammad al-Malluwi (circ. 1200). — "Tuh'fat al-qud'ât bi ba'd' masâïl ar-ru'ât", Paris, 1909 C.

al-Wâncharisi. — "al-Mi'yâr", Fez, 1315, 12 vol.

as-Sigilmâsi. — "Nawâzil", Fez, 1318.

as-Sigilmâsi, 'Abdallâh (circ. 1200). — "Fath' al-galil" ou "al-'Amaliyyât al-'âmma", Tunis, 1290.

'Alich, Muh'ammad (1299). — "Fath' al-'aliy al-mâlik", Le Caire, 1300, 2 vol.

Du même auteur. — "Charh' minah' al-galil", commentaire de Khalil, "Mukhtas'ar", Le Caire, 1294, 4 vol.

3. — Droit Chaféite

ach-Châfi'i, le fondateur de l'école. — "al-Umm", Le Caire, 1321, 7 tomes, en 4 vol.

Du même auteur. — "Musnad", Le Caire, 1327.

al-Muzani. — "Mukhtas'ar", en marge d'"al-Umm" (v. supra).

al-Ghazâli. — "al-Wagiz", Le Caire, 1317, 2 vol.

ach-Chirâzi (476). — "al-Muhazzab", Le Caire, 1343, 2 tomes en un seul vol.

Bâ'alawi (542). — "Bughyat al-mustarchidin", Le Caire, 1309.

Du même auteur. — "Ghâyat talkhis' al-murâd", en marge de l'ouvrage précédent.

al-Burzâli (739). — "Ma'rifat ach-churût' al-mutadâwila bayn an-nâs", ms. 475 B.E. (Taymûr).

Ibn H'âbib al-H'alabi (779). — "Kachf al-murût' 'an mah'âsin ach-churût'", ms. 699 B.E. (Taymûr).

as-Suyût'i (911). — "al-Achbâh wan-naz'âïr fil furû'", La Mecque, 1331.

Ibn H'agar (974). — "al-Fatâwâ al-kubrâ", Le Caire, 1308, 4 vol.

Du même auteur. — "Tuh'fat al-muh'tâg", commentaire d'"al-Minhâg", Le Caire, 1304, 8 vol.

ar-Ramli (1004). — "Fatâwâ", en marge d'Ibn H'agar, "al-Fatâwâ al-kubrâ", (v. supra).

Du même auteur. — "Nihâyat al-muh'tâg", commentaire d'"al-Minhâg", Le Caire, 1304, 8 tomes, en 5 vol.

ar-Rachidi. — Glose sur l'ouvrage précédent, en marge de cet ouvrage.

"H'udûd fiqhiyya". D'auteur inconnu, définitions extraites d'ar-Ramli, commentaire du "Minhâg", ms. 744, Bibl. de Zaki Pacha.

'Ali Bâs'iri (1260). — "Ithmid al-'aynayn", en marge de **Bâ'alawi**, (v. supra).

'Izz ad-din b. 'Abd as-Salâm. — "Qawâ'id al-ah'kâm fi mas'alih' al-anâm", ms. 1 Ch. B.E., vient d'être imprimé.

al-Birmâwi. — "H'âchiya", glose sur **Ibn Qâsim al-Ghazzi**, "Charh' al-Ghâya", commentaire d'**Abû-Chugâ'**, Le Caire, 1319

al-Bigirmi. — "at-Tagrid", 3e édit., Le Caire, 1309, 4 vol.

as-Saqqâf. — "Tarchih' al-mustafidin", Le Caire, 1330.

ach-Charqâwi. — "H'achiya", glose sur "at-Tah'rir" d'al Ans'ârî, Le Caire, 1305, 2 vol.

al-Qazwini. — "al-H'iyal fil fiqh", édit. Schacht, Hanovre, 1924.

al-Ghazâli. — "al-Mustas'fâ", ouvrage de "us'ûl", Le Caire, 1322, 2 vol.

4. — Droit Hanbalite

Ah'mad b. H'anbal, le fondateur de l'école. — "Musnad", Le Caire, 1313, 6 vol.

Ibn Qudâma (630). — "al-Mughni", 2e édit., Le Caire, 1347, 12 vol.

al-Maqdisi (682). — "ach-Charh' al-kabir", Le Caire, 12 vol. imprimé avec l'ouvrage précédent.

Ibn Taymiyya (728). — "Fatâwâ", Le Caire, 1328, 5 vol.

Du même auteur. — "al-Qiyâs", Le Caire, 1346.

Du même auteur. — "as-Siyâsa ach-char'iyya", Le Caire, 1322.

Ibn Qayyim al-Gawziyya (751). — "I'lâm al-muwaqqi'in", Le Caire, 1325, 3 vol. Il existe encore une nouvelle édition, 4 tomes en 2 vol.

Du même auteur. — "at'-T'uruq al-h'ukmiyya fis-siyâsa ach-char'iyya", Le Caire, 1317.

Abû 'Abdallâh Muh'ammad (763). — "al-Furû'", Le Caire, 1339, 3 vol.

Ibn Ragab (795). — "al-Qawâ'id al-fiqhiyya", ms. 11 de l'Azhar. A la B.E. on trouve d'autres exemplaires sub nos. 711, 712 "Usul", et une photographie du ms. de l'Azhar. Cet ouvrage très important vient d'être imprimé.

Mans'ûr b. Idris. — "Kachchâf al-qinâ'", Le Caire, 1319 4 tomes, en 3 vol.

'Abd al-Qâdir ach-Chaybâni (circ. 1100). — "Nayl al-maârib", Le Caire, 1288, 2 tomes, en un seul vol.

5. — Droits Chiites

(A) IMAMITE :

al-'Amili (1226). — "Miftâh' al-karâma", Le Caire, 1323-1326. L'impression en est encore inachevée.

Abû al-Ma'âli. — "Rasâ'il", 1317.

Asad Allâh. — "Maqâbis al-anwâr", édit. des Indes, 1322.

an-Nagafi. — "Gawâhir al-kalâm fi bâb al 'uqûd", 1322.

as'-S'aymari. — "Gawâhir al-kalimât fil 'uqûd wal iqâ'ât", ms. 6 B. Azhar.

(B) ZAIDITE :

Abû al-H'usayn Zayd b. 'Ali. — "Magmû' al-fiqh", édit. Griffini, Milan, 1919 C.

'Abdallâh b. Miftâh' (877). — "al-Muntaza' al-mukhtâr", Le Caire, 1332, 4 vol.

6. — Droit Ibâdite

Muh'ammad At'fich. — "Charh' an-Nil wa chifâ al-'alil", Le Caire, 1343, 10 vol.

D'iyâ ad-din 'Abd al-'Aziz (1223). — "an-Nil", en marge de l'ouvrage précédent.

as-Sâlimi. — "Gawhar an-niz'âm fi 'ilmay al-adyân wal ah'kâm", Le Caire, 1344.

7. — Ecoles Comparées

ad-Dabbûsi (430). — "Ta'sis an-naz'ar", Le Caire (?)

Ibn Hubayra (560). — "al-Ifs'âh' ", Alep, 1347. Cet ouvrage quoique hanbalite renseigne sur les quatre écoles à la fois.

ach-Cha'râni (973). — "al-Mizân al-kubrâ", 2e édit., Le Caire, 1317, 2 vol.

ad-Dimachqi. — "Rah'mat al-umma", en marge de l'ouvrage précédent.

at'-T'abari (310). — "Ikhtilâf al-fuqahâ", édit. Kern, Le Caire, 1902 C. ; et édit. Schacht, Le Caire, 1933 C.

8. — Sciences Auxiliaires

(A) US'UL OU PRINCIPIOLOGIE :

as-Sarakhsi. — "Us'ûl", ms. 20 B.E.

al-Bazdawi. — "Us'ûl", Istambul (?), 1307, 4 tomes, en 2 vol.

'Abd al-'Aziz al-Bukhâri. — "Kachf al-asrâr", commentaire de l'ouvrage précédent, imprimé en marge de cet ouvrage.

Les ouvrages de Usul appartenant aux écoles non-hanéfites ont été mentionnés avec les ouvrages de droit (supra).

(B) FARAID' OU DROIT SUCCESSORAL :

al-'Abbâsi (1300). — "al-Furât al-fâïd' ", Le Caire, 1303.

(C) H'ADITH OU TRADITIONS :

al-Bukhâri. — "S'ah'ih' ", Le Caire, 9 vol.

al-Qast'allâni. — "Irchâd", Le Caire, 1307, 10 vol.

al-Muttaqi al-Hindi. — "Muntakhab Kanz al-'ummâl", Le Caire, 1313, 6 vol.

as'-S'an'âni (1182). — "Subul as-salâm", Le Caire, 4 tomes, en 2 vol.

ach-Chûkâni (1255). — "Nayl al-awt'âr", 2e édit., Le Caire, 1344.

(D) TAFSIR OU INTERPRETATION CORANIQUE :

al-Alûsi. — "Roh' al-ma'âni", Le Caire, 1301, 9 vol.

ar-Râzi. — "Mafâtih' al-ghayb", Le Caire, 1308, 8 vol.

(E) KALAM, MANT'IQ (THEOLOGIE, LOGIQUE) :

Ibn al-H'âg (737). — "al-Madkhal", Le Caire, 1320.

Abû al-Baqâ. — "al-Kulliyât", Le Caire, 1281.

Du même auteur. — "D'awâbit' al-fiqh", ms. 1040 B.E.

'Ali b. Muh'ammad al-Gurgâni. — Commentaire d'al-Igi, "al Mawâqif", Le Caire, 1266.

at-Taftâzâni. — "Charh' 'alâ matn Maqâs'id at'-t'alibîn", Istambul, 1277.

Abû-H'anifa. — "al-Fiqh al-akbar fil tawh'id", 2e édit., Le Caire, 1324.

Du même auteur. — "Was'iyya li Abî-Yûsuf", ms. 684 B.E.

9. — Biographies (T'abaqât). Bibliographies

Ibn an-Nadim (385). — "Fihrist", Le Caire, 1348.

Ibn Qut'lûbughâ (879). — "Tâg at-tarâgim fi t'abaqât al-h'anafiyya", Edit. Flügel, Leipzig, 1862.

al-Fayrûzabâdi (817). — "T'abaqât al-h'anafiyya", ms. 1417 B.E. (Taymûr).

T'âch Kubrâ Zâda (962). — "Miftâh' as-sa'âda", Haiderabad, 1329, 2 vol.

Qanâli Zâda. — "Risâla fi t'abaqât masâïl mazhab Abî-H'anîfa", ms. 146 m. B.E.

at-Tamimi (1005). — "at'-T'abaqât", ms. 540 B.E. (Taymûr) 4 vol.

Ibn Kamâl Pacha. — "T'abaqât al-h'anafiyya", ms. 1512 B.E. (Taymûr).

al-Laknawi al-Hindi (circ. 1300). — "al-Fawâïd al-bahiyya", Le Caire, 1324.

Mullâ Kâtib Chalabi. — "Kachf az'-z'unûn", Istambul, 1311, 2 vol.

10. — Histoire. Droit Public

Ibn Khaldûn. — "Muqaddima", Le Caire, 1322 .

Ibn Qutayba. — "'Uyûn al-akhbâr", Le Caire, 1925 C.

al-Baghdâdi (463). — "Târikh Baghdâd", 1349, 14 vol.

al-Kindi. — "al-Qud'ât", Edit. Gottheil, Paris, 1908 C.

al-Mâwardi. — "al-Ah'kâm as-sult'âniyya", Le Caire, 1298.

al-Maqrizi. — "an-Nuqûd al-islâmiyya", Istambul, 1298.

al-Qalqachandi. — "S'ubh' al-a'châ", Le Caire, 1913 C., 14 vol.

B. — LITTERATURE MODERNE

1. — Codifications modernes et leurs commentaires. Manuels

"al-Magalla", 2e édit., Istambul, 1298.

Nagib bey **Hawâwini.** — "al-Magalla aw Gâmi' al-adilla", Liban, 1905 C.

Salim b. Rustam **Bâz.** — "Charh' al-Magalla", 2e édit., Beyrouth, 1898 C.

Mas'ûd eff. et **Yûsuf As'âf.** — "Mir'ât al-Magalla", Le Caire, 1894 C., 2 vol.

'Ali H'aydar. — "Durar al-h'ukkâm", trad. **Fahmi al-H'usayni**, Ghazza, 1351, 12 vol.

al-Mah'âsini. — "Charh' al-Magalla", Damas, 1927 C.

al-Ghazzi. — "al-Adilla", Damas (?), 1919 C.

as-Suwaydi. — "Kitâb ach-charika", Bagdad, 1922 C.

Du même auteur. — "al-Wakâla", Bagdad, 1923 C.

Mikhâil 'Id **al-Bustâni.** — "Margi' at'-t'ullâb", Beyrouth, 1914 C.

Muh'ammad **Qadri Pacha.** — "Murchid al-h'ayrân", 2e édit., 1891 C. ; et articles supplémentaires, 1909 C. ; et 3e édit., 1909 C. ; Le Caire.

Muh'ammad **H'âfiz' S'abri.** — "al-Muqâranât wal muçâbalât", (droits musulman et hébraïque comparés), Le Caire, 1902 C.

Sa'îd **'Abd al-Ghaffâr.** — "Asrâr al-mu'âmalât fi ach-chari'a wal qawânin al-mis'riyya", Le Caire, 1327, 2 vol.

Muh'ammad **Zayd al-Ibyâni** bey et Muh'ammad **Salâma.** — "Charh' Murchid al-h'ayrân", t. I, seul paru, Le Caire, 1908 C.

Abû al-Fath' bey. — "al-Mu'âmalât", 2e édit., Le Caire, 1923 C., 2 vol.

Du même auteur. — "Mukhtas'ar", Le Caire, 1916 C.

Ah'mad Ibrâhim Bey. — "Mudhakkirât fi al-mu'âmalât", Le Caire, 1909 C.

Du même auteur. — "T'uruq al-qad'â", Le Caire, 1347.

Du même auteur. — "Ah'kâm al-ah'wâl ach-chakhs'iyya", t. I, 1e édit., Le Caire, 1925 C.

Muh'ammad Zayd al-Ibyâni Bey. — "Mabâh'ith al-waqf", 3e édit., Le Caire, 1924 C.

Du même auteur. — "Charh' al-ah'kâm ach-char'iyya", 4e édit., Le Caire, 1924 C., 3 vol.

Du même auteur. — "al-Walâya", cours de doctorat 1929-1930, à la Faculté de Droit.

Du même auteur. — "Mukhtas'ar al-murâfa'ât ach-char'iyya", Le Caire, 1925 C.

2. — Monographies

Ah'mad 'Afifi. — "al-Mabâh'ith al-galila fi ah'kâm al-mudda at'-t'awila", Le Caire, 1307.

Ah'mad Ibrâhim Bey. — "Takhâluf al-qad'â wad diyâna", Revue "Magallat Kulliat al-h'uqûq", 3e année, n° 1, p. 4-10.

Du même auteur. — "Madâ Isti'mâl al-h'aq", même revue, 2e année, n° 3, p. 3-9 ; "de la lésion", 3e année, n° 2, p. 110-117 ; "de la limitation de la compétence des magistrats", 2e année, n° 2, p. 3-11 ; "sur le mariage civil", 2e année, n° 1, p. 6-9 ; "sur une législation à base d'écoles comparées", 1re année, n° 1, p. 1-5 ; "Iltizâm at-tabarru'ât", Revue "al-Qânûn wal Iqtis'âd", 2me et 3me années, et tous les autres articles parus dans cette revue.

3. — Autres ouvrages modernes

al-Khud'ari. — "Us'ûl al-fiqh", Le Caire, 1329.

Abû al-Fath' Bey. — "al-Mukhtârât al-fath'iyya", 4e édit., Le Caire, 1924 C.

Muh'ammad H'asanayn Makhlûf. — "Bulûgh as-su'l fi madkhal 'ilm al-us'ûl", Le Caire, 1352.

Ah'mad Ibrâhim Bey. — "Mas'âdir al-fiqh", Revue al-Qânûn, 1re année, n° 2, p. 185-213.

al-Khud'âri. — "Târikh at-tachri'", 2e édit., Le Caire, 1926 C.

'Ali Badawi. — "Fî târikh ach-charâï'", Revue al-Qânûn, p. 323-352 ; du même auteur, "Makânat ach-chari'a", même revue, 1re année, p. 731-739.

Ignaz Goldziher, trad. H'usayn Fu'âd. — "al-Mabâdi at-tachri'iyya", Revue "Magaliat Kulliat al-h'uqûq", 2e année, p. 9-14 ; et réponse d'Ah'mad Ibrâhim Bey, p. 14-21.

P. H. Lammens. — "al-Fiqh al-Islâmi", Revue "al-Machriq", 31me année (1933), n°s 1, 2, 3, 5.

Du même auteur. — "al-H'iyal wal-makhârig", même revue, 1931, p. 641-645.

"Kitâb al-fiqh 'alâ al-mazâhib al-arba'a. al-'Ibâdât", Le Caire, 1931 C.

'Ali 'Abd ar-Râziq. — "al-Islâm wa us'ûl al-h'ukm", Le Caire, 1925 C. ; Réponse des "Ulemas" à cet ouvrage.

Muh'ammad 'Abdu. — "Risâlat at-tawh'îd", 1e édit., Le Caire, 1315.

Muh'ammad S'âlih'. — "al-Fikr al-iqtis'âdî al-'arabî", Revue al-Qânûn, 2me année, p. 385-410, et 3me année, n° 3.

C. — LITTERATURE OCCIDENTALE

1. — L'Islam en général : Institutions, Histoire

A. J. Wensinck. — "The Muslim Creed", Cambridge, 1932.

H. Lammens S. J. — "L'Islam. Croyances et Institutions", Beyrouth, 1926.

E. J. Bolus. — "The influence of Islam", London, 1932.

I. Goldziher. — "Le dogme et la loi de l'Islam", Trad. F. Arin, Paris, 1920.

G. H. Bousquet. — "Observations générales sur l'Islam", Revue Algérienne, 48me année, Janv.-Fév. 1932, p. 20-29.

Gaudefroy-Demombynes. — "Les institutions musulmanes", nouvelle édition, Paris, 1931.

E. Lévy-Provençal. — "L'Espagne musulmane au Xe Siècle. Institutions et Vie sociale", Paris, 1932.

Louis Halphen. — "Des grandes invasions aux conquêtes turques du XIe siècle", Paris, 1926.

Cl. Huart. — "Histoire des Arabes", Paris, 1912, 2 vol.

P. Arminjon. — "L'enseignement, la doctrine et la vie dans les universités musulmanes d'Egypte", Paris, 1907.

Ahmad Ibrahim et Ali Badawi. — "Les relations ethnologiques et historiques des Religions et du Droit", Revue Al-Qanoun, IIème année, p. 197-214.

"Encyclopédie de l'Islam", Leyde.

2. — Généralités sur le droit musulman

Asaf A. A. Fyzee. — "An introduction to the study of Mahomedan Law", Oxford, 1931.

M. Morand. — "Introduction à l'étude du droit musulman algérien", Alger, 1921.

C. Snouck-Hurgronje. — "Le droit musulman", Revue d'Histoire des Religions, t. XXXVII, n° 1, p. 1-22 ; n° 2, p. 174-203.

E. Lambert. — "La fonction du droit civil comparé", t. I, Paris, 1903.

Savvas Pacha. — "Etude sur la théorie du droit musulman", t. I, Paris, 1892 ; t. II, 1898.

Du même auteur. — "Le droit musulman expliqué", (Réponse à M. Goldziher), Paris, 1896.

Du même auteur. — "Le Tribunal musulman", Paris, 1902.

Mirza Kazem Beg. — "Notice sur la marche et le progrès de la jurisprudence parmi les sectes orthodoxes musulmanes", Journal Asiatique, t. XV, Févr.-Mars 1850, p. 158-214.

R. K. Wilson. — "An introduction to the study of Anglo-Muhammedan Law", London, 1894.

Abdessalam Ben Choaib. — "L'esprit de la philosophie du droit musulman", Tlemcen, 1901.

Riad Ghali. — "De la tradition considérée comme source du droit musulman", Paris, 1909.

E. Piola Caselli. — "Notice bibliographique sur un ouvrage du **Prof. Evaristo Carusi**", (sur les rapports entre le droit romain et le droit musulman), Revue L'Egypte Contemporaine, n° 19, Mai 1914, p. 439-442.

Santillana. — "Law and society" in **Th. Arnold** and **Alfred Guillaume** (editors), "The legacy of Islam", Oxford, 1931.

L. Milliot. — "Le mouvement des études juridiques musulmanes en France", Revue Algérienne, 1922-1923, p. 103-110.

L. Milliot et autres. — "Marcel Morand", in Revue Algérienne, 48e année, 1932, p. 1-19.

D. B. Macdonald. — "Development of Muslim Theology, Jurisprudence and Constitutional theory", New-York, 1926.

P. Huvelin. — "Les travaux récents sur l'histoire de la lettre de change", Annales de Droit commercial, 1901, p. 1-30.

O. Pesle. — "Le réalisme du droit musulman", Revue Algérienne, Oct. 1934.

3. — Bibliographies

Hugues. — "Dictionnary of Islam". On y trouvera au v° "Fiqh" une intéressante bibliographie de droit musulman.

Pfannmüller. — "Handbuch der Islam Literatur", Berlin, 1923.

J. Schacht. — "Aus Orientalischen Bibliotheken", III, Berlin, 1931.

Brockelmann. — "Arabische Grammatik", Berlin, 1925.

J. Huguet. — "Sur le kitab an-nil", Bulletins et Mémoires de la Société d'Anthropologie, Paris, t. IV, 5e série, p. 381-391, année 1903.

Eugenio Griffini Bey. — "Catalogo dei libri a stampa ed elenco sommario dei mss. dal Dr. Griffini legati alla Biblioteca Ambrosiana", composé par **A. Cordozzi**, Milan, 1926.

Dozy. — "Catalogus Codicum Orientalium bibliothecae academiæ Lugduno Batavïæ", Vol. IV, par **Long** et **De Goeje**.

De Slane. — "Catalogue des Mss. Arabes de la Bibliothèque Nationale", 3 fasc., Paris, 1883-1895.

Ch. Rieu. — "Supplement to the Catalogue of the Arabic Manuscripts in the British Museum", London, 1894.

N. Ahlwardt. — "Die Handchriften-Verzeichnisse der Königlichen Bibliothek zu Berlin", VII Buch, Jurisprudenz.

E. Van Dyck et al-Bibläwi. — "Iktifä' al-qanû'" (en arabe), Le Caire, 1896.

4. — Ouvrages de droit

(A) DROIT HANEFITE :

Syed Ameer Ali. — "Mahommedan Law", 2e édit., Calcutta, 1892, 2 vol.

Abdur-Rahman. — "Institutes of Mussalman Law. A treatise on Personal Law", Calcutta, 1907. C'est une traduction du "Statut Personnel" de **Qadri Pacha**.

M. Du Caurroy. — "Législation Musulmane sunnite. Rite hanéfi", Paris, 1848.

N. B. E. Baillie. — "A Digest of Moohummudan Law", 2e édit., London, 1875.

(B) DROIT MALEKITE :

E. Zeys. — "Traité élémentaire de droit musulman algérien", Alger, 1885, 2 vol.

F. H. Ruxton. — "Maliki Law", London, 1916.

V. Meysonnasse. — "Code Civil Musulman", Paris, 1896.

M. Morand. — "Cours de droit musulman", (dactylographie).

(C) DROIT CHAFEITE :

Th. W. Juynboll. — "Manuale di diritto Musulmano secondo la dottrina della scuola sciafeita", Milan, 1916.

(D) DROIT CHIITE :

A. Querry. — "Droit Musulman", Paris, 1871, 2 vol.

N. B. E. Baillie. — "A digest of Moohummudan Law", Part. II, containing the doctrines of the Imamea Code, London, 1887.

N. de Tornauw. — "Le droit musulman exposé d'après les sources", trad. Eschbach, Paris, 1860.

(E) ECOLES COMPAREES :

'Abdu 'R-Rahim. — "I principi della giurisprudenza musulmana secondo le scuole hanafita, malekita, sciafeita e hanbalita", trad. Guido Cimino, Rome, 1922.

L. W. C. Van den Berg. — "Principes du droit musulman selon les rites d'Abou Hanifah et de Chafii", trad. France de Tersant et M. D'Amiens, Alger, 1896.

D. Santillana. — "Istituzioni di diritto musulmano Malichita con riguardo anche al sistema Sciafiita", Vol. I, Rome, 1926.

Seymour Vesey-Fitzgerald. — "Muhammadan Law. An abridgement according to its various schools", Oxford, 1931.

Standish Grove Grady. — "A manual of the Mahommedan Law of inheritance and contract, containing the doctrines of the soonee and sheea schools", London, 1869.

Ch. Gillotte. — "Traité de droit musulman", 2e édit., Constantine, 1860. (C'est malékite et hanéfite).

(F) ECOLE INDETERMINEE :

A. Sabatery. — "Eléments de droit musulman", Alger, 1867.

Lorenzo Biasi. — "Istituzioni di Diritto Musulmano", Città di Castello, 1914.

L. Langlard. — "Leçons de droit musulman", Pondichéry, 1887.

V. Sadagopah Charloo. — "A Manual of Mohamadan Civil Law", 2e édit., Madras, 1861.

W. H. Macnaghten. — "Principles of Hindu and Mohammadan Law", 9e édit., London, 1885.

R. K. Wilson. — "A digest of Anglo Muhammadan Law", London, 1895.

J. Pharaon et T. Dulau. — "Droit Musulman", Paris, 1839

5. — Droit coutumier et jurisprudentiel Droit appliqué

L. J. Bresnier. — "Chrestomathie arabe", 2e édit., Alger, 1871.

G. Marcy. — "Des obligations en droit coutumier zemmour", Rev. Algérienne, 48e année, 1932, p. 141-158 et nos. suivants.

P. Antonin Jaussen. — "Coutumes des Arabes au pays de Moab", Paris, 1908.

Salze (?). — "Variétés : Jurisprudence, coutumes et usages des Egyptiens modernes", in "Courrier de l'Egypte" (Journal de l'expédition de Bonaparte), le 30 Floréal, IXème année de la République, nos. 114, 115, 116. A la Citadelle du Caire, de l'Imprimerie Nationale.

"Description de l'Egypte", par un groupe de savants français lors de l'expédition de Bonaparte.

L. Milliot. — "Recueil de Jurisprudence chérifienne", Paris 1920-1924, 3 vol.

Ch. Cardahi. — "Le droit des pays sous mandat français en Orient", Bulletin de la Soc. de Lég. Comp., 1925, nos. 7-8-9, p. 265-285.

E. Clavel. — "Revue Internationale de législation et de jurisprudence musulmane", 1e année, Paris, 1895-1896 (seule parue).

6. — Papyrologie arabe

Adolf Grohmann. — "Arabic Papyri in the Egyptian Library. Protocols and legal texts", 3 vol., Cairo, 1932 (photographie). (=Grohmann).

"Arabische Urkunden aus den Koeniglichen Museen zu Berlin". (=Arabische).

Adolf Grohmann. — "Aperçu de papyrologie arabe", in "Etudes de papyrologie", Bulletin de la Société Royale Egyptienne de Papyrologie, t. I, Le Caire, 1932, p. 23-95.

P. Casanova. — "Note sur les papyrus arabes du Musée Egyptien", Annales du Service des Antiquités de l'Egypte, t. IX, Le Caire, 1908, 3e fasc., 193-203.

7. — Codifications

M. Morand. — "Avant-projet de Code présenté à la Commission de Codification du Droit Musulman algérien", Alger, 1916.

"Codes et lois en vigueur dans le Protectorat français du Maroc", t. I, Paris, 1914.

8. — Monographies de droit musulman

M. Morand. — "Etudes de droit musulman algérien", Alger, 1910.

Du même auteur. — "Etudes de droit musulman et de droit coutumier Berbère", Alger, 1931.

Sim. Toledo. — "Analyse de la théorie des contrats et obligations en droit civil ottoman", thèse, Paris, 1915.

G. C. C. Van den Berg. — "Diritto Musulmano. De contratti "do ut des", trad. de Gatteschi, Alexandrie, 1877.

M. Morand. — "De quelques particularités du droit musulman des obligations", Bulletin de la Soc. Lég. Comp., 1929, nos. 4-5-6, p. 360-378.

A. Chéron et M. Sadek Fahmy Bey. — "Le transport de dette dans les législations européennes et en droit musulman", Rev. Egypte Contemporaine, t. XXII, p. 37-66 et 137-190, Le Caire, 1931.

Ch. Cardahi. — "Le projet de code des obligations du Liban, (ses attaches avec le passé...)", Bulletin de la Soc. Lég. Comp., 60e année, 1931, p. 611-684.

Benali Fekar. — "L'usure en droit musulman et ses conséquences pratiques", Paris, 1908.

Z. A. Rifai. — "Le consentement et les vices du consentement en droit musulman hanafite", thèse, Nancy, 1933.

O. Peele. — "Le contrat de Safqa au Maroc", Rabat, 1932.

E. Tyan. — Le système de la responsabilité délictuelle en droit musulman", thèse, Lyon, 1926, imprimée à Beyrouth, 1926.

M. Fathy. — "La doctrine musulmane de l'abus des droits", Paris, 1913.

F. M. Goadby. — "Notes on the law of Delicts in the Mejelle", Rev. Egypte Contemporaine, 1924, nos. 81-82, p. 493-503.

Abdel Hamid Moustapha Bey. — "De la faute objective comme fondement de la responsabilité civile et de sa preuve", Rev. Egypte Contemporaine, 1913, n° 16, p. 535-560.

Abdel Hamid Badawi Bey — "Du principe qu'en droit musulman la succession n'est ouverte qu'après acquittement des dettes", Rev. Egypte Contemporaine, 1914, n° 17, p. 14-51.

Ch. Cardahi. — "La copropriété", Revue critique de Législation et de Jurisp., t. 59e, 1930, p. 304-339 ; "Théorie générale des actions en droit musulman", Bull. de Lég. Comp., 1929, p. 379-399 ;

"Les sûretés réelles et la vente forcée", même revue, 1929, p. 563-594 ; "La possession en droit ottoman", Rev. Crit., 1926, p. 201-238 ; "Le droit civil des pays sous mandat français... dans ses rapports avec la législation religieuse", Revue de droit international privé, 1933, p. 443-463.

F. Marneur. — "Essai d'une théorie de la preuve en droit musulman", Paris, 1910.

Du même auteur. — "La Chefa", Paris, 1910.

Mohamed Abdel Gawad. — "L'exécution testamentaire en droit musulman", Paris, 1926.

Mohamed Sadek Fahmy. — "Traité théorique et pratique des preuves en Droit civil comparé", Paris, 1924.

N. P. Aghnides. — "Mohammedan Theories of Finance with an introduction to Mohammedan law and a Bibliography", New-York, 1916.

W. Heffening. — "Das islamische Fremdenrecht bis zu den islamisch-frankischen Staatsverträgen", Hanovre, 1925.

C. A. Nallino. — "Delle assicurazioni in diritto musulmano hanafita", Extr. Rev. Oriente Moderno, Roma, 1927.

Y. L. de Bellefonds. — "Des donations en droit musulman", Le Caire, 1935.

9. — Traductions

(A) OUVRAGES HANEFITES :

Iwan Dimitroff. — "Al-Gami as-saghir, Abu Abdallah Muhammad Ibn Al-Hasan Asch-Schaibani und sein corpus juris "al-gami as-sagir", Berlin, 1908 (thèse).

Ch. Hamilton. — "The Hedaya or Guide", London, 1791, 2 vol.

H. Sauvaire. — "Le Moultaqa El Abheur, avec commentaire abrégé du Madjma el anheur", Marseille, 1882.

G. Young. — "Corps de droit Ottoman", Oxford, 1905, 7 vol. Le vol. VI comprend la traduction de la Magalla.

Aristarchi Bey. — "Législation Ottomane", Constantinople, 1873, 6 vol. Le tome VI (1881) contient une traduction incomplète de la Magalla.

Abdul Aziz Kahil Bey. — "Statut Réel" de Mohammad Kadri Pacha, Le Caire, 1893.

(B) MALEKITES :

Houdas et Martel. — "La Tohfat d'Ebn Acem", Alger, 1882.

Merad Ben Ali Ould Abdel Kader. — "La lamia ou Zaqqaqia du jurisconsulte marocain Zaqqaq", Revue Alg., 1925 et 1926.

Perron. — "Précis de Jurisprudence musulmane suivant le rite malékite", Paris, 1854, 6 vol. et une table.

N. Seignette. — "Code Musulman par Khalil", nouvelle édition, Paris, 1911.

Francis Guay. — "Formulaire des actes juridiques de Sidi Mohammed Ben Ahmed Ben Hamdoun dit Feraoun", Rev. Alg., 1932 et 1933.

D. Santillana. — "Il Muhtasar o sommario del diritto malechita di Halil ibn Ishaq", Vol. II, Diritto civile, Milan, 1919.

(C) CHAFEITES :

L. W. C. Van den Berg. — "Minhadj at-talibin. Le guide des zélés croyants", Batavia, 1882, 3 vol.

S. Keijzer. — "Précis de jurisprudence musulmane selon le rite chaféite par Abou Chodja", Leyde, 1859.

E. Sachau. — "Muhammedanisches Recht Nach Schafiitischer Lehr. Arabischer Texte des Abu-Suga'", Berlin, 1897.

Juynboll. — "Jus Shafiiticum. At-tanbih, auctore Abu Isha'k As-Shirazi", Lugduni Batavorum, 1879.

(D) ECOLES COMPAREES ; H'ADITH ; DROIT PUBLIC

Perron. — "El Charani. Balance de la Loi Musulmane", Alger, 1898.

F. Peltier. — "Le livre des ventes du Çahih d'El Bokhari", Alger, 1910.

Du même auteur. — "Le livre des testaments du Çahih d'El-Bokhari", Alger, 1909.

Le Cte. Leon Ostrorog. — "El Ahkam as-Sultaniya d'Aboul Hasan Ali Ibn Mohammad al Mawardi", Paris, 1900, 2 vol., trad. incomplète.

E. Fagnan. — "Les Statuts gouvernementaux d'Abul Hasan Ali Mawerdi", Alger, 1915.

II. — Droit Comparé

1. — Droits anté-islamiques et post-islamiques des pays d'Orient

E. Revillout. — "La créance et le droit commercial dans l'antiquité", Paris, 1897.

Dr. Israel-Michel Rabbinowicz. — "Législation civile du Thalmud", Paris, 1880, 5 vol.

"Code Rabbinique Eben Haezer", trad. E. Sautayra et M. Charleville, avec des notes comparatives de droit musulman, Alger, 1868-1869, 2 vol.

H. R. Hall. — "Two coptic acknowledgments of loans" in Proceedings of the Society of Biblical Archeology, 1911, p. 254-258, London, 1911.

Kabis. — "Communication sur quelques papyrus coptes du Musée de Boulaq", Bull. de l'Institut Egyptien, Deux. série, 1880, n° 1, p. 24-35.

Grunfell and Hunt. — "The Oxyrhynchus Papiri".

E. Breccia. — "Causerie papyrologique", Bull. de la Soc. Arch. Alex., n° 9, nouvelle série, t. II, 1er fasc., p. 203-223, 1907.

Nallino (C. A.). — "Il diritto musulmano nel nomo-canone siriaco cristiano di Barhebreo", extr. Rivista degli studi orientali di Roma, vol. IX, p. 512-580.

A. Esmein. — "Mélanges d'histoire du Droit et de Critique", Paris, 1886.

B. R. Sanguinetti. — "Ahkam al-'atiqa ou les Préceptes de l'Ancien Testament", Paris, 1860.

Ibn al 'Assâl (XIIIe s. C.). — "al-Magmû' as'-s'afawî", 1re édit., Le Caire, 1624.

J. Tixeront. — "Précis de patrologie", Paris, 1927.

Ibrahim Aouad. — "Le Droit privé des Maronites au temps des Emirs Chihab (1697-1841)", thèse, Lyon, 1933.

2. — Droits occidentaux

(A) DROIT ROMAIN :

P. F. Girard. — "Manuel élémentaire de droit romain", 5e édit., Paris, 1911. (=Girard).

F. Savigny. — "Le droit des obligations", trad. G. Gerardin et P. Jozon, 2e édit., Paris, 1873, 2 vol. (=Savigny).

R. Ihering. — "L'esprit du droit romain", trad. Meulenaere, Paris, 1877, sur la 3e édit.

Du même auteur. — "Etudes complémentaires", Paris, 1902.

P. Collinet. — "Histoire de l'Ecole de Droit de Beyrouth", Paris, 1925.

Vincenzo Arangio Ruiz. — "Rome et Beyrouth dans la théorie de la responsabilité contractuelle", l'Egypte Judiciaire, 1re année, n° 20.

Gérardin. — "Etude sur la solidarité", Nouvelle Rev. Hist., 8e année, 1884, p. 237-266.

Hauriou. — "Origine de la corréalité", même revue, 1882, p. 219-240.

W. W. Buckland. — "Les limites de l'obligation du fidejussor", Rev. Hist., 1933, p. 116-129.

E. Cuq. — "Cautionnement mutuel et solidarité", Mélanges Cornil, t. I, p. 155-180, Gand et Paris, 1926.

(B) DROIT FRANÇAIS :

Esmein. — "Etude sur les contrats dans le très ancien droit français", Nlle. Rev. Hist., 1882, p. 35-75.

Pothier. — "Traités sur différentes matières de droit civil", 2e édit., Paris, 1781.

Esmein. — "Cours élémentaire d'Histoire du Droit Français", 10e édit., Paris, 1910, 2 vol.

H. Capitant. — "Introduction à l'Etude du Droit civil", 2e édit., Paris, 1904.

Colin et Capitant. — "Cours élémentaire de droit civil français", 5e édit., Paris, 1929 (= Col. Capit.).

C. Demolombe. — "Cours de Code Napoléon", XXVI, Paris, 1870 (= Demol.).

M. L. Larombière. — "Théorie et pratique des obligations", nlle. édit., Paris, 1885.

Aubry et Rau. — "Cours de droit civil français", 5e édit., Paris, t. II, 1897 ; t. IV, 1902, en 12 vol.

Baudry-Lacantinnerie et Barde. — "Traité théorique et pratique de droit civil" (29 vol.), Des obligations (4 vol., XII-XV), 3e édit., Paris, 1906.

Bonnecase. — "Supplément au Traité de Baudry", précité, 5 vol. parus, Paris, 1930.

Planiol et Ripert. — "Traité pratique de Droit Civil français", t. VI, VII : Obligations, Paris, 1930-1931.

Josserand. — "Cours de droit civil positif français", 2e édit., Paris, 1932-1933.

R. Demogue. — "Traité des obligations en général", 7 vol. parus, Paris, 1923-1933.

C. Bufnoir. — "Propriété et contrat", 2e édit., Paris, 1924.

R. Saleilles. — "De la déclaration de volonté", nouveau tirage, Paris, 1929.

J. Maury. — "Essai sur le rôle de la notion d'équivalence en droit civil français", Paris, 1920, en 2 vol.

R. Demogue. — "Les notions fondamentales du droit privé", Paris, 1911.

Du même auteur. — "De la classification des sources des obligations", (Extr. dal vol. I degli scritti in onore di **G. R. Chironi**), 1920.

L. Mazeaud. — "Obligation in solidum et solidarité entre codébiteurs délictuels", Rev. Crit., 1930, p. 141-176.

Lyon-Caen et Renault. — "Manuel de droit commercial", 14e édit., Paris, 1924.

(C) DROIT EGYPTIEN MODERNE :

E. De Hults. — "Eléments d'un répertoire alphabétique de droit civil égyptien", Chambéry, 1911, 4 vol.

Ahmad Fathi Zaghloul. — "Commentaire du Droit Civil", (en arabe), Le Caire, 1913.

Mohammad Hilmi Issa Pacha. — "De la vente en droit égyptien, français et musulman", (en arabe), Le Caire, 1916.

Al-Hilali Bey. — "Les contrats, t. I, La vente, la cession de créance et l'échange", (en arabe), Le Caire, 1925.

Mohammad Kamel Moursy Bey. — "Les sûretés", (en arabe), Le Caire, 1927.

Du même auteur. — "Les biens", (en arabe), 2e édit., Le Caire, 1928.

As-Sanhoury. — "Les obligations", (en arabe), t. I, "Théorie des contrats", Le Caire, 1934.

Mohammed Sadek Fahmy Bey. — "Notes sur les obligations", (en arabe).

Abd El Salam Zohny Bey. — "Les obligations", (en arabe), Le Caire (?).

Mohammad Saleh. — "Les obligations", (en arabe), 3e édit., Le Caire, 1931.

(D) AUTRES DROITS OCCIDENTAUX :

R. Saleilles. — "Etude sur la théorie générale de l'obligation d'après le premier projet de Code Civil pour l'Empire Allemand", 3e édit., nouveau tirage, Paris, 1925 (=Saleilles).

Bufnoir et autres. — "Code Civil Allemand avec annotations", Paris, 1904.

H. Lévy-Ullmann. — "Eléments d'introduction générale à l'étude des sciences juridiques. II Le système juridique de l'Angleterre. T. I Le système traditionnel", Paris, 1928.

G. C. Cheshire et autres. — "Commentaire de **Stephen** sur le droit de l'Angleterre. T. III Le droit des contrats et des torts", trad. **Mlle. Mitchell**, Paris, 1931.

H. Lévy-Ullmann — "Etude du projet franco-italien du code des obligations", cours de doctorat, Paris, 1925-1926.

Eljachevitch et autres. — "Traité de droit civil et commercial des soviets. T. II Les obligations, les sociétés", Paris, 1930.

(E) PHILOSOPHIE DU DROIT ; CONCEPTS :

A. Ménard. — "Essai d'une critique objective de la technique juridique en matière d'obligation", Paris, 1926 (=Ménard).

F. Carnelutti. — "Obbligo del debitore e diritto del creditore", Milan, 1927, Ext. de la Rivista del diritto commerciale.

M. Chauveau. — "Classification nouvelle des droits réels et personnels", Rev. Crit., 1931, p. 539-570.

G. Ripert. — "Abus ou relativité des droits", Ext. Rev. Crit., Paris, 1929.

F. Gény. — "Science et technique en droit privé positif", Paris, 1914.

G. Davy. — "Le problème de l'obligation chez **Duguit** et chez **Kelsen**", Archives de Philosophie du Droit, 1933, p. 7-36, Cahiers 1-2.

Berthélemy et autres. — "Les méthodes juridiques", Paris, 1911.

G. Tarde. — "Les transformations du droit", 8e édit., Paris, 1922.

Beudant et autres. — "L'œuvre juridique de **Raymond Saleilles**", Paris, 1914.

C. Ionescu. — "La notion de droit subjectif dans le droit privé", thèse, Paris, 1931.

P. Rehoud. — "Précis d'Economie Politique", 2e édit., Paris, 1927.

Archives du Tribunal Char'î du Caire.

TABLE DES ABREVIATIONS

Abdin.	= Ibn 'Abidin. — "Radd al-muh'târ".
Anq.	= Muh'ammad b. al-H'Ousayn. — "al-Fatâwâ al-anqarawiyya".
Attabi.	= al-'Attâbi. — "Gâmi' al-fiqh".
Arabischer.	= "Arabischer Urkunden..., zu Berlin".
Bab.	= al-Bâbarti. — "'Inâya".
Baghd.	= al-Baghdâdi. — "Maǧma'".
Bazzaz.	= Ibn al-Bazzâz. — "al-Fatâwâ".
Burh. Dhakh.	= Burhân ad-dîn. — "adh-Dhakhîra".
Chalabi.	= ach-Chalabi. — "H'âchiya".
Col. et Cap.	= Colin et Capitant. — "Cours", 5e édit.
Demol.	= Demolombe. — "Cours de Code Napoléon".
Gass.	= al-Gas's'âs'. — "Charh' al-Gâmi' al-kabîr".
Ghazzi.	= al-Ghazzi. — "Tanwîr".
Girard.	= Girard. — "Manuel".
Grohmann.	= Adolf Grohmann. — "Arabic papyri".
Hadd.	= al-H'addâdi. — "al-Gawhara".
Has.	= al-H'as'îri. — "at-Tah'rîr".
Hask.	= al-H'as'kafi. — "ad-Durr".
Hind.	= "al-Fatâwâ al-hindiyya".
Hum.	= Ibn al-Humâm. — "Fath' ".
Iftikh. Khul.	= Iftikhâr ad-dîn. — "al-Khulâs'a".
Kak.	= al-Kâkulli. — "al-Amthila".
Kanz.	= an-Nasafi. — "Kanz".
Kas.	= al-Kâsâni. — "Badâ'i'".
Khan.	= Qâd'i-Khân. — "Fatâwâ".
Khas.	= al-Khas's'âf. — "al-H'iyal".
Khiz.	= al-H'usayn. — "Khizânat al-muftîn".
Kifaya.	= al-Khawârizmi. — "al-Kifâya".
Marghi.	= al-Marghinâni. — "Hidâya".
Ménard.	= Ménard. — "Essai d'une critique objective".
Muh.	= Muh'ammad. — "al-Mabsût' ".
Muh. sagh.	= Muh'ammad. — "al-Gâmi' as'-s'aghîr".
Muh. kab.	= Muh'ammad. — "al-Gâmi' al-kabîr".

Nug.	= Ibn Nugaym. — "al-Achbâh".
Nug. Bahr.	= Ibn Nugaym. — "al-Bah'r".
Qud.	= al-Qudûri. — "Mukhtas'ar".
Qurr.	= Muh'. b. 'Alâ ad-din 'Abidin. — "Qurrat".
Radiy.	= Rad'iy ad-din as-Sarakhsi. — "al-Muh'it' ".
Sa'di.	= Sa'di Chalabi. — "H'âchiya".
Saleilles.	= Saleilles. — "Etude sur la théorie de l'obligation".
Samarq.	= as-Samarqandi. — "Nawâzil".
Simaw.	= Qâd'i-Simâwna. — "Gâmi' al-fus'ûlayn".
Sarakh.	= Abû Bakr as-Sarakhsi. — "al-Mabsût".
Savigny.	= Savigny. — "Droit des obligations".
Sindi.	= as-Sindi. — "T'awâli".
Tah.	= at'-T'ah'âwi. — "Mukhtas'ar".
Tah. ad.	= at'-T'ah'âwi. — "Adhkâr al-h'uqûq".
Tatar.	= 'Alim b. 'Alâ. — "at-Tatârkhâniyya".
Tay.	= Auteur inconnu. — "at-Taysir, charh' al-Gâmi' al-kabir".
Zahir.	= Z'ahir ad-din. — "az'-Z'ahiriyya".
Zai.	= az-Zayla'i. — "Tabyin".

INTRODUCTION

I. - Méthode — II. - Tableau général

1. — La notion d'obligation est à la base du Droit. Dans le droit privé, elle apparaît comme une catégorie fondamentale opposée au droit réel.

Les règles qui régissent les divers cas d'obligation ont été dégagées dans le système juridique romain et les systèmes qui en sont tributaires.

Elles y forment la théorie générale de l'obligation considérée unanimement comme le chef-d'œuvre du génie juridique de Rome. Cette théorie groupe les principes généraux qui gouvernent la variété infinie des situations créées par la libre volonté ainsi que tous les rapports obligatoires auxquels divers faits peuvent donner naissance. Elle trace les effets de ce lien de droit, en expose les modalités, fixe ses sources et ses modes d'extinction.

2. — Ces principes généraux n'ont jamais été dégagés en droit musulman. Dans ce système, les juristes se sont toujours attachés à la solution des cas sans se préoccuper des règles générales.

Le droit musulman constitue cependant une mine inépuisable de « valeurs » juridiques. Démontrer l'intérêt d'un travail de synthèse dans ce domaine, est superflu.

Il ne s'agit de rien moins que de créer une science du droit musulman, puisque la science se définit comme la connaissance des phénomènes par leurs principes premiers.

3. — Le droit musulman constitue par ailleurs, le résultat de l'activité juridique de plusieurs siècles — activité soutenue par des lignées de juristes dispersés sur plus d'un point du vaste empire arabe.

La civilisation qui eut tant d'éclat dans tous les domaines des sciences et des arts, a aussi laissé son empreinte dans le domaine du droit.

La pensée juridique a pris alors une de ses formes les plus originales et la masse compacte de littérature juridique arabe est encore l'une des richesses les plus précieuses du patrimoine intellectuel de l'Orient.

4. — Cette œuvre gigantesque ne saurait donc être laissée inachevée. Partout, la synthèse a succédé à l'analyse des cas. Il est temps de renouer le fil interrompu de cette activité juridique multiséculaire. Seule une étude scientifique menée avec méthode et probité permettra une connaissance exacte et systématique du droit musulman. Ainsi, une renaissance des études de droit musulman pourra déclancher une nouvelle « réception » de ce droit dans les pays qui l'ont vu naître — et où il doit répondre aux aspirations les plus profondes de la conscience juridique, en tant qu'il est un pur produit du génie national.

5. — Le moment est d'autant plus opportun que la valeur du droit musulman comme source du droit comparé vient d'être solennellement reconnue par le Congrès International de Droit Comparé tenu à La Haye. (Session 1932).

I. METHODE

1. - La méthode objective

6. — Pour entreprendre un travail de cette envergure, la question de méthode est capitale. Jusqu'ici les méthodes suivies ont été peu scientifiques. D'une part, il a manqué aux auteurs occidentaux — qui, pour la plupart, ignoraient la langue même des textes — une parfaite compréhension de l'esprit de ces textes. Quant aux orientalistes arabisants, ils se trouvent être rarement des juristes et ne sont ainsi guère retenus par le phénomène purement juridique. D'un autre côté, les auteurs orientaux ne sont pas, en général, rompus aux méthodes scientifiques. L'ouvrage de Savvas Pacha donne un exemple frappant. D'autres ouvrages ou thèses à succès retentissant, reflètent aussi une fausse image du droit musulman parce que leurs auteurs, stimulés par un enthousiasme puéril, ont voulu absolument découvrir dans le droit musulman, les théories les plus « avancées » des jurisprudences modernes.

Contre les uns et les autres, il faut établir une méthode objective et historique. Le droit musulman est ce qu'il est et non ce qu'on veut qu'il soit.

7. — La base de cette méthode: les cas. On sait que le droit musulman est essentiellement empirique. Pour le saisir donc dans sa réalité vraie, il faut s'attaquer aux solutions qu'il donne aux cas. Tout devra être tiré de là. Pour le reste, un travail d'élimination s'impose.

8. — Et d'abord, élimination des explications théoriques données avec profusion par les auteurs — même classiques.

En effet, ces explications sont données après coup : elles ne peuvent prévaloir sur les solutions elles-mêmes.

Ainsi, si l'on arrive à déduire de ces solutions un principe général : il sera considéré comme tel, même s'il vient en contradiction avec l'explication indiquée par les auteurs.

Ces explications ne procèdent d'ailleurs pas d'idées générales applicables au système dans toutes ses parties. Elles visent plutôt à fournir une justification, parfois verbeuse, en tout cas fondée sur une idée admise comme juste, ou simplement appliquée dans tels cas. Mais cette même idée peut n'être pas appliquée dans maints et maints autres cas. Son application au cas examiné ne saurait, on le conçoit, être suffisamment justifiée, si on n'indique pas en même temps les raisons pour lesquelles, écartée dans d'autres cas, la solution préconisée doit néanmoins être admise. Ces raisons dernières qui constituent, en fait, la justification véritable — font en général défaut. Il faut donc les découvrir et remplacer par elles les explications théoriques écartées.

9. — Il arrive aussi très souvent que, pour accumuler les preuves — on fournisse deux argumentations à l'appui d'une seule solution. Ce cumul d'arguments est admissible si, fondés sur une seule et même idée, les divers arguments se complètent les uns les autres et aboutissent à une conception unique impliquant la solution discutée.

Mais, en fait, comme il s'agit de justifications immédiates, les preuves accumulées proviennent de tous côtés, et l'on est ainsi mis en présence non point de plusieurs arguments mais de plusieurs argumentations à bases différentes parfois même contradictoires.

Il faudra donc, dans une saine méthode, parvenir — grâce à une étude minutieuse de tout le système et de l'esprit général du droit — à écarter l'une des deux conceptions considérées comme bases. La conception conservée devra être maintenue à travers tout le système. Si, dans un autre cas déterminé, l'on a besoin de considérer la conception rejetée plutôt que l'autre, on ne le fera pas. Le cas en question sera réputé être une exception, puisqu'une conception différente a prévalu dans une majorité d'autres cas. Il pourra être considéré comme l'indice d'une évolution.

10. — La construction juridique elle-même ne répond pas chez les juristes musulmans à la condition d'unité. Il est possible que la complexité même du phénomène juridique le rende réfractaire à une figuration unie.

Mais alors il faudra rechercher l'élément prédominant dans sa structure interne, quitte à exposer pourquoi et comment l'institution échappe par certains côtés seulement, à cette construction. C'est ce qu'on fera si on n'a pas réussi à découvrir dans le système même du droit musulman une conception qui s'adapte parfaitement à l'institution étudiée et sur laquelle, elle puisse s'édifier toute entière.

11. — Si donc une fidélité scrupuleuse doit être observée dans l'étude même des cas, une certaine liberté sera néanmoins accordée dans le domaine de la théorie. L'on ne peut craindre alors de fausser l'économie du système puisque cette économie réside dans les solutions et non dans les explications théoriques.

Le danger serait d'imposer au système musulman des notions et catégories qui lui sont étrangères. Chaque sys-

tème peut avoir, en effet, sa technique propre et la technique peut admettre l'existence de certaines notions en raison seulement de ses besoins propres.

C'est pourquoi, il faudra faire abstraction de toute technique déterminée et partir à la recherche des notions « métaphysiquement » possibles sous tous climats et dans tous les temps. Et même alors, on ne pourra considérer les termes sous lesquels ces notions apparaissent que dans leurs acceptions techniques dans le système étudié.

Cependant, on pourra utiliser provisoirement les cadres du droit romain, quitte à s'en débarrasser s'ils ne concordent pas exactement avec les notions étudiées. Ces cadres ont en effet déjà fait leur preuve. Ils constituent, en quelque sorte, l'alphabet du droit selon l'expression d'Ihering. Et Ihering ne s'est pas refusé à leur application au droit germanique quand il a fallu penser à en faire une science. « Par le droit romain, déclarait-il, mais outre et au delà du droit romain». (*Oeuvres Complémentaires*, IV, 45).

12. — On ne saurait, à plus forte raison, faire état dans la méthode préconisée, des adages et maximes juridiques qu'on rencontre très souvent dans les ouvrages. Ils répondent très rarement à la réalité des faits. Ce sont des principes de logique ou de justice: ce ne sont point les principes généraux du droit.

Il faut ici faire mention de certains ouvrages qui s'assignent comme tâche de rechercher les similitudes et les dissemblances existant entre diverses solutions. Leurs auteurs s'y élèvent rarement au principe général qui explique ces similitudes ou détermine ces dissemblances.

13. — La science connue sous le nom de *Us'ûl* ou

Principiologie du droit, est aussi d'une utilité secondaire. Son caractère abstrait n'a rien de juridique. Elle a d'ailleurs été cultivée par les *mutakallimîn* ou théologiens.

Si les hanéfites ont tendu à la rapprocher des cas, elle est restée sans utilité pour une étude du droit *positif* musulman. al-H'amawi, (*Ghamz*, I, 245), déclare nettement qu'en cas de conflit entre une règle établie par cette science et une solution donnée, la solution doit prévaloir.

14. — La théorie des sources ne peut elle-même être d'un grand intérêt pour la méthode objective.

Et d'abord, la source coranique n'existe pour ainsi dire pas, en matière d'obligations. Les quelques préceptes que l'on y rencontre sont autant de recommandations ou de règles morales.

Les *h'adîth* ou traditions sont aussi en nombre très restreint en matière d'obligations. Une méthode objective en fera état en tant qu'ils donnent des solutions précises. Ce sont autant de textes. Il est d'ailleurs communément admis que bon nombre de *h'adîth* ont été inventés pour appuyer une solution donnée ou pour l'écarter. Par contre, des *h'adîth* qui ne concordaient point avec certaines solutions admises étaient attaqués comme falsifiés.

Il faut donc partir toujours du cas et de sa solution. Une preuve éclatante en est donnée en matière de vente où des *h'adîth* conçus dans des termes prohibitifs identiques n'entraînent cependant nullité que dans certains cas. Dans les autres cas, la vente est seulement déconseillée.

15. — L'on peut donc affirmer — pour ce qui est de la matière des obligations — que le droit musulman perd

complètement son caractère religieux. Elle est construite de toutes pièces par les jurisconsultes.

Mais, abstraction faite de sa source, peut-on ne pas considérer le droit musulman comme un droit religieux? Il faut considérer ici sa structure même.

Si la règle normative possède les caractères communs aux règles de droit, on sera en présence d'un *Jus* musulman et non d'un *Fas*. Or ces caractères existent. L'on y relève en effet, la « réalisabilité formelle » dont parle IHERING. La règle ne dépend jamais de la recherche des motifs psychologiques de l'acte. Ainsi, elle s'attache au fait externe, aux présomptions. D'autre part, dans sa sanction même, la règle revêt un caractère proprement juridique et est distinguée, en fait, des règles de morale qui entraînent des sanctions purement religieuses.

16. — Il reste à parler des autres sources du droit. Le *Qiyâs* sera considéré dans une méthode objective, ce qu'il est en fait, le raisonnement en tant qu'il s'applique à la solution des cas par la voie déductive. Grâce à ce raisonnement, on a pu établir des définitions, des classifications. Il n'est donc pas autre chose qu'une opération de la raison dont aucune science ne peut se passer. Avec SNOUCK-HURGRONJE, disons donc qu'il est à tort considéré comme une source du droit.

17. — Ce raisonnement opérant dans un domaine donné ne peut que créer des catégories, établir des définitions, des classifications. En vertu de sa logique interne propre, il peut aboutir à des solutions que des *h'adîth* précis contredisent. Il peut même aboutir à des solutions qui choquent le sentiment de l'équité.

On aura alors recours à ce que l'on appelle l'*Istih'sân*. Cet *Istih'sân* corrigera la rigidité du raisonnement à l'aide d'un texte de *h'adîth* ou du sentiment de justice ou d'équité.

Une méthode objective considérera les cas résolus par voie d'*Istih'sân* comme autant d'exceptions justifiées par une idée d'équité ou autre.

18. — Le *consensus omnium* ou *Igmâ'* peut passer dans le droit par voie d'*Istih'sân*. Il viendra parfois préciser un *qiyâs*. La méthode objective le considérera ainsi que la coutume - *'Ada* ou *'Urf* - comme un facteur d'évolution, si, en fait, il a influencé la doctrine à travers les siècles. Mais c'est le problème de la naissance et de l'évolution du droit musulman.

2. - La méthode historique

19. — Sur le problème des origines du droit musulman qui a fait couler tant d'encre, on croit que le moyen direct de le résoudre, c'est encore l'étude objective des institutions. Il est en effet certain que les ressemblances entre certaines idées ne peuvent dénoter des emprunts ou un fonds commun que lorsque les deux points de comparaison sont connus chacun dans l'organisme auquel il appartient.

Une théorie générale de l'obligation montrera mieux que toutes les argumentations, en découvrant les plis les plus secrets de l'économie du droit musulman, si originalité il y a. D'autre part, elle décèlera plus facilement les influences s'il y en a eu.

Jusqu'ici la controverse sur l'influence romaine n'a donné, en fait, aucun résultat décisif. L'échec de la tentative de CARUSI a été relevé par NALLINO. Tout récem-

ment, une thèse italienne — Emilio Bussi, *Ricerche intorno alle relazioni fra retratto bizantino e musulmano*, Milano, 1933 — a cru découvrir encore certaines ressemblances. Une critique avisée a aussitôt mis à jour la fragilité de la construction. (Roussier, *Rev. Historique*, 1934, p. 323).

D'ores et déjà, l'on peut toujours dire que s'il est intéressant « de savoir où le maçon a pris la chaux et le ciment... il est encore plus important de connaître... la façon dont il a résolu les divers problèmes statiques et artistiques qui lui avaient été posés ». (*Le Mois*, Août 1933, p. 149).

20. — Le fait est, cependant, que l'on n'a aucun document juridique qui soit antérieur à l'époque abbasside. Sur le droit préislamite, quelques allusions sporadiques dans des documents postérieurs, de même pour l'époque des premiers khalifes et des khalifes ommayades, quelques solutions de cas soumis au jugement de certains dignitaires — mais sur toute l'étendue de cette époque, rien ne nous dit qu'il a existé un corps de droit qui eût inspiré ces solutions disparates et insignifiantes. Il semble plutôt que le droit de cette époque ne fut pas autre chose que les coutumes locales soit d'Arabie, soit des pays conquis et que les jugements ne furent pas autre chose que l'expression de ces coutumes, avec depuis l'Islam, une tendance à les réformer dans le sens de la nouvelle morale.

21. — Puis, d'un coup, au début de l'ère abbasside, on est mis brutalement en présence d'un corps constitué de droit. C'est le mystère de la naissance du droit musulman.

Ainsi, le droit musulman proprement dit, commence

pour l'histoire avec Abu-H'anifa dont les opinions sont rapportées sur toutes les questions avec celles d'Abu-Yusuf, par son autre disciple Muh'ammad, (mort en 189). Le premier monument proprement juridique se trouve être en même temps un monument complet. Ce sont les compilations de Muh'ammad.

S'il est fait état dans ces compilations de l'opinion de certains maîtres et prédécesseurs d'Abu-H'anifa, ce n'est pas le cas le plus fréquent.

22. — Dans ces compilations, l'on a donc un exposé complet de l'état du droit selon Abu-H'anifa. Dans ces mêmes compilations, cet état du droit est marqué de l'empreinte d'une doctrine plus équitable représentée par Abu-Yusuf. Ce droit avec ses tendances s'est transmis tel quel aux générations de jurisconsultes grâce aux compilations de Muh'ammad. Si, au temps d'as-Samarqandi (375 H.), on a pu résoudre des cas nouveaux appelés *Nawâzil*, ce ne fut jamais qu'à titre de complément. Le corps du droit était constitué. Les jurisconsultes n'avaient plus à l'époque même de l'« effort », qu'à appliquer par analogie les solutions admises, ou à opter pour l'une ou l'autre des solutions controversées. Les auteurs d'ailleurs n'ont jamais hésité en fait à procéder dans ce sens, même après ce que l'on a appelé « la fermeture de la porte de l'effort ».

23. — L'apport des siècles fut néanmoins dérisoire. Les cas déclarés résolus par voie de *consensus omnium* ou de coutume se trouvent eux-mêmes pour la plupart dans les compilations. On est arrivé cependant à assouplir certaines règles en précisant surtout au moyen de la coutume, la portée de ces règles. Mais les cadres sont restés inamovibles jusqu'à Ibn 'Abidin (1252).

24. — Il faut faire observer que si certains cas sont absents de la compilation de Muh'ammad, on les attribue généralement à des versions non-accréditées comme ayant toujours été résolus par Abu-H'anifa lui-même ou ses disciples.

Les ouvrages d'Ibn Sama'a, d'Ibn Rustam, qui sont censés avoir rapporté cette version, ne nous sont jamais parvenus. Cette version n'est donc connue que par la voie de certains auteurs de l'époque classique qui ont intégré d'ailleurs les solutions qu'elle donne dans le corps de leur exposé.

25. — Pour notre travail nous avons consulté d'abord et avant tout, les compilations de Muh'ammad. Nous avons ainsi rompu avec une routine paresseuse qui se contente d'étudier le droit musulman dans un manuel quelconque choisi d'ailleurs arbitrairement. Le *Mabsût'* de Muh'ammad étant la source, il était tout indiqué de puiser dans le *Mabsût'* d'abord. Il est vrai que c'est une entreprise malaisée, l'ouvrage n'étant guère imprimé. Les manuscrits de la Bibliothèque Egyptienne ainsi que ceux d'*Al-Azhar* sont fragmentaires. Cependant, un exemplaire bien conservé appartenant au fonds *Qawala*, vient d'enrichir la Bibliothèque Egyptienne.

Le second des six ouvrages qui forment la compilation — *al-Gâmi' as'-s'aghîr* — est imprimé, mais constitue un simple résumé.

Par contre, l'*al-Gâmi' al-kabîr* se trouve en fragment très réduit à la Bibliothèque Egyptienne. Il peut cependant être reconstitué d'après ses commentaires qui sont en nombre. Il diffère sensiblement du *Mabsût'*. Les explications théoriques qui font défaut au *Mabsût'* — y abondent.

Enfin, le quatrième ouvrage composé de cas surajoutés *Ziyâdât* peut être reconstitué à travers les commentaires soit d'al-'Attabi, soit de Qad'i-Khan.

Les cinquième et sixième ouvrages concernent le droit de guerre.

26. — Muni de cette base, on a pu suivre les auteurs dans l'ordre chronologique depuis al-Khas's'af (261) jusqu'à as-Sindi (1257).

On n'a pas craint d'aborder les vieux manuscrits. Ainsi, on a pu compulser des ouvrages importants qui n'ont pas encore été divulgués. Citons entre autres: at'-T'ah'awi (321), *Mukhtas'ar;* Rad'iy ad-din as-Sarakhsi (544), *al-Muh'it'*. Ce dernier ouvrage contient en même temps la version non accréditée et les *Nawâzil:* chaque groupe de cas sous une rubrique propre. Citons encore: Burhan ad-din, *adh-Dhakhira* et Iftikhar ad-din, *al-Khulâs'a*. La Bibliographie qui précède cette introduction donne les plus amples renseignements.

De l'époque que nous appelons classique et qui s'étend depuis les compilations jusqu'à Qad'i-Khan, on peut signaler les ouvrages suivants: as-Sarakhsi, *al-Mabsût'* qui est un commentaire développé d'un résumé des ouvrages de Muh'ammad; al-'Attabi, *Gâmi' al-fiqh*, recueil de cas dont l'intérêt dépasse celui des cas communément rapportés. al-Kasani, *Badâi'* reste, sans conteste, le chef-d'œuvre de toute cette littérature. Aussi a-t-il été particulièrement mis à contribution. Il se distingue tant par sa clarté que par sa classification propre. Il fait figure à part.

Dans la période qui a suivi et que nous appelons époque des commentateurs et glossateurs, on doit signaler *al-Hidâya* dont les commentaires constituent toute une bibliothèque. Signalons aussi le groupe des commentateurs d'*al-Kanz*, puis ceux d'*ad-Durr al-mukhtâr*.

Au bout de la lignée se trouve Ibn 'Abidin qui vient, dans un ouvrage à caractère encyclopédique, représenter au XIII[e] siècle de l'Hégire, l'école des glossateurs. Il a été suivi d'as-Sindi (1257) qui, dans un ouvrage encore manuscrit, commente avec de larges développements le même *ad-Durr al-mukhtâr*.

Il faut considérer, dans cette littérature, une catégorie spéciale d'ouvrages qui se contentent de rapporter les solutions sans s'embarrasser de théorie. Ils sont appelés *Fatâwâ* ou *Responsa* sans qu'ils soient à proprement parler des consultations. Il faut citer surtout *az'-Z'ahîriyya*, *at-Tatârkhâniyya*, *al-Hindiyya*.

Mention spéciale doit être faite de certains ouvrages qui ont failli s'élever au principe général, en recherchant les similitudes et les différences. Citons al-Karabisi, *al-Furûq*, encore manuscrit; et le fameux Ibn Nugaym, *al-Achbâh*, avec un commentaire encore inédit d'at-Tagi.

D'autres ouvrages revêtent aussi un cachet spécial en ce qu'ils envisagent surtout l'action en justice. Le plus important c'est *Gâmi' al-fus'ûlayn* de Qad'i-Simawna et son commentaire: *Nûr al-'ayn*.

27. — On ne pourra jamais dire combien les recherches dans ces ouvrages sont difficiles. Quiconque a travaillé le droit musulman sait que l'effort de documentation est centuplé par suite du défaut de composition. Les titres ne disent pas souvent exactement de quoi il sera traité en

fait. Les cas sont — pour la plupart des notions — dispersés à travers les chapitres sans raison aucune. C'est pourquoi, l'on ne peut jamais affirmer catégoriquement que tel cas ne se trouve point dans tel ouvrage. Il faut avoir lu tout l'ouvrage et avec une grande attention. Aussi les auteurs se contentent de citer les uns sur la foi des autres. Telle version se trouve-t-elle dans *al-Mabsût'*, l'auteur qui l'affirme ne s'en est jamais rendu compte par lui-même.

C'est pourquoi il a fallu étudier des corps entiers d'ouvrages et compulser tous les autres pour noter tout ce qui peut intéresser de près ou de loin la théorie de l'obligation.

28. — Les divisions de ces ouvrages ne suivent elles-mêmes pas toujours le même ordre. Les intitulés sont cependant presque toujours identiques. Le *Mabsût'* de Muh'ammad est particulièrement désordonné. L'ordre qui a été donné au *Gâmi' as'-s'aghîr* n'est pas de Muh'ammad. C'est l'ordre suivi par la majorité des auteurs. On ne peut d'ailleurs attacher une importance quelconque à ces divisions. Elles sont arbitraires. Les raisons parfois données sont fallacieuses. Le contrat de louage vient dans le *Badaï'* avant le contrat de vente: or le même al-Kasani au livre du louage, renvoie pour la plupart des règles au livre de la vente.

29. — *Observations quant au fond.* — Les auteurs négligent trop le côté « exécution » des questions traitées. Ils n'envisagent point en termes nets comment les principes par eux établis doivent jouer dans la pratique. Ils semblent s'en désintéresser.

Il ne faut cependant pas admettre la théorie «dualiste»

de certains orientalistes, d'après laquelle le droit musulman ne serait qu'un « système de devoirs », une sorte de programme idéal de conduite qui n'a jamais, en fait, été mis en pratique. Cette thèse est erronée. En matière d'obligations, il nous a été loisible de constater par l'étude de certains papyrus, et de vieux arrêts du Tribunal Char'î du Caire, que le droit musulman a toujours été en vigueur. Il n'est pas permis de croire que d'autres règles que celles du droit musulman étaient appliquées. Si, dans certains endroits, des transgressions sont ostensiblement fréquentes, l'on ne saurait en déduire autre chose que ce phénomène courant dans la science du droit: la souplesse de la vie crée partout un droit vivant à côté du droit rigide.

30. — C'est ainsi — et c'est la preuve de la vitalité pratique du droit musulman — que toute une littérature existe en vue d'indiquer des subterfuges, des moyens détournés, des formules, pourrait-on dire, pour parer à la rigidité des règles. Ce sont les *h'iyal*. En ce sens, il faut admettre le dualisme.

Ces moyens détournés, ces fictions s'intègrent d'ailleurs parfaitement dans le droit dont ils ne méconnaissent point les principes. Ils consistent en actes simulés ou apparents auxquels ne s'appliquent pas les règles applicables aux actes réels. La simulation permettra d'échapper à ces règles. Ces moyens sont facilités grâce à la conception spéciale de la notion de simulation, et à la théorie générale de la preuve en droit musulman.

Il faut donc les étudier comme le côté vivant du droit dont ils forment partie intégrante. Ils ont d'ailleurs fait l'objet d'un soin particulier de la part de Muh'ammad lui-même.

31. — Le côté pratique du droit apparaît aussi à travers les formulaires d'actes. On rencontre ces formules déjà dans les compilations de Muh'ammad. Cette branche du droit a ensuite été cultivée par des auteurs spécialisés, tel Abu-Zayd ach-Churut'i. On doit signaler surtout d'at'-T'ah'awi, *Adhkar al-h'uqûq*. On se rendra compte, à la lecture de ces formules que le droit était bien vivant. Elles tendent généralement à prémunir contre toutes les éventualités. A l'instar de nos formulaires modernes, l'on y retrouve la redondance du langage judiciaire dans des termes qui rappellent ceux aujourd'hui en usage.

32. — Ce sont enfin les *responsa* proprement dits qui s'échelonnent de 1100 à nos jours. Les jurisconsultes répondent aux questions qui leur sont posées en faisant une application fidèle des principes du droit. C'est en vain que l'on y chercherait une innovation quelconque.

33. — Il faut surtout relever à la charge des auteurs, la minutie du détail, la subtilité raffinée dans l'hypothèse. Si cette subtilité a contribué à doter le droit musulman d'une grande richesse de notions, elle a cependant nui, par son exagération, au génie juridique lui-même. Ce génie, en effet, ne répugne pas moins à la casuistique, et à la précision mathématique. L'on voit ainsi les auteurs, se lancer dans des calculs poussés. Dans la période décadente, l'on relève enfin des traces de byzantinisme. L'on discute sur des mots et l'on exagère alors le raisonnement sur des bases purement logiques.

34. — *Esprit général de la doctrine musulmane.* Trois tendances prédominantes se dégagent des divers ouvrages.

1° L'individualisme. La conception individualiste est, en effet, prépondérante quoi qu'on ait dit. Il est naturellement toujours facile d'opposer des solutions où le point de vue social prédomine. Ce serait mal comprendre l'individualisme. Aucune législation ne peut être absolument individualiste ou absolument socialiste. Il faut envisager le point de vue prédominant. Et malgré tous les efforts des juristes socialisants on ne pourra jamais renoncer à considérer l'individu ou mieux la personne comme la fin dernière de toute législation.

2° Une préoccupation constante de maintenir la justice entre les contractants au moyen d'une parfaite égalité. C'est la justice commutative qui se traduit dans le domaine des obligations par la notion d'équivalence. Elle a été cependant poussée jusqu'à ses dernières limites et a donné naissance à la théorie de l'usure.

3° Créer une sécurité statique à l'abri de tout aléa, de toute éventualité inquiétante. Il faut éviter les litiges en évitant l'indétermination. On verra que cette tendance a aussi été poussée jusqu'à ses limites extrêmes.

35. — Il nous reste à parler des codifications du XIX^{e} siècle. Il faut rattacher encore à l'influence exercée par la codification napoléonienne, le besoin qui s'est fait sentir de codifier le droit musulman. Dans l'empire ottoman, cette œuvre a été entreprise par un comité de jurisconsultes. La *Magalla* qui a régi l'empire ottoman et qui continue encore à régir certains pays, renferme cependant des défauts. Elle a accumulé les définitions. Elle n'a fait ensuite que transposer les cas en leur infligeant des numéros. Aucun effort synthétique n'a été tenté.

Plus tard, en Egypte, Qadri Pacha, a voulu aller

plus loin. Il a essayé d'une théorie de l'obligation et du contrat à l'instar des codes égyptiens. Sa théorie de l'obligation est cependant bien maigre. Rien n'y a trait aux effets. Les modes d'extinction et les modalités y sont seuls développés. Nous montrerons au cours de ce travail que sur ces points, sa tentative a aussi échoué. Sa théorie du contrat n'est que la théorie du contrat de vente avec laquelle elle fait double emploi.

36. — *Droit comparé.* — La méthode ainsi tracée, le droit musulman pourra être capté dans sa réalité intime. Faudra-t-il aussi le comparer aux autres systèmes juridiques, pour le situer? La mode est aux études comparatistes. Cependant nous croyons qu'il est plus profitable pour le moment de s'attacher à mettre d'abord sur pied le système musulman des obligations. Le travail de comparaison pourra facilement être entrepris plus tard sur la base des notions acquises. Si néanmoins, l'on n'a pas fait *ex professo* du droit comparé, il va sans dire que les diverses questions sont étudiées à la lumière de ce droit commun législatif dont parle M. Lambert. Un travail latent de comparaison pourra être lu entre les lignes.

Il est surtout vain de vouloir comparer le droit musulman pour en apprécier la valeur. Le droit, phénomène social, doit être considéré dans son temps et son milieu, dans sa logique interne. Des subtilités, des conventions peuvent choquer un profane. Tout juriste comprendra. Elles seront pour lui autant d'indices révélateurs de la conscience juridique universelle qui, partout et toujours, a traversé les mêmes angoisses et subi les mêmes tourments pour enfanter la "Vérité Juridique".

37. — *Ecoles comparées.* — On a même délibéré-

ment écarté, mais provisoirement, la comparaison avec les écoles non-hanéfites. En effet, l'étude qui va suivre immédiatement se borne à l'étude du droit hanéfite. C'est que nous considérons que ce droit représente le droit musulman à l'état le plus pur, le plus proprement musulman. Contrairement à l'opinion courante, si l'école hanéfite apparaît comme la plus tolérante en matière rituelle, elle est, en fait, la plus éloignée des conceptions juridiques occidentales. La division classique des écoles en écoles libérales et écoles exégétiques, n'a aucun sens. Toutes les écoles, tant malékite que chaféite que hanbalite ont recours au raisonnement. On sait, par exemple, que la théorie des « intérêts libres » en droit malékite, de l'*Istis'h'âb* en droit chaféite, donnent les mêmes résultats que l'*Istih'sân* du droit hanéfite. En fait, cette division répond à la distinction qui a toujours existé, tant qu'il s'est agi d'une science d'autorité, entre l'interprétation extensive et l'interprétation restrictive: le laxisme et le rigorisme.

Nous constatons dans la matière des obligations une adaptation aux faits plus grande chez les docteurs des écoles non-hanéfites quoiqu'ils se targuent davantage des *h'adîth*. Les hanéfites semblent avoir tendu à créer un corps de droit bien construit, ce qui n'est pas allé sans rigidité. L'école malékite connaît ainsi les notions les plus adéquates aux besoins de la pratique, l'école chaféite est restée à mi-chemin, tandis que l'école hanbalite s'est laissée aller à un éclectisme de tout repos. Les écoles chiites elles-mêmes sont plus près de l'école chaféite.

On conçoit que dans ces conditions, il y a tout intérêt à isoler le droit hanéfite dont la technique elle-même diffère de celle des autres écoles. Chaque école possède en fait une terminologie, un esprit qui sont siens. Et l'on

peut, sans exagération, soutenir l'existence de plusieurs droits musulmans.

Dans ces écoles, quelques auteurs ont pu dégager certains principes généraux du droit. Ainsi AL-QARAFI, pour le droit malékite, AL-'IZZ B. 'ABD AS-SALAM pour le droit chaféite, IBN RAGAB pour le droit hanbalite. L'école malékite connaît aussi une littérature propre, celle des « *'amal* » ou jurisprudence.

Signalons enfin dans l'école chiite zaïdite, l'ouvrage découvert par GRIFFINI et considéré par lui comme le plus vieux document de droit musulman.

Une littérature spéciale s'est consacrée à l'étude des divergences entre les écoles. C'est la science des *Khilâfiyyât*. On peut signaler: AT'-T'ABARI, ACH-CHA'RANI. Cette science n'a qu'un intérêt secondaire dans une méthode objective qui veut considérer le cas dans son système, sans s'embarrasser d'une simple juxtaposition des solutions des autres systèmes ou d'un rapprochement à base mystique, tel que l'a envisagé ACH-CHA'RANI.

38. — Il va sans dire que dans cette méthode toute la littérature des *t'abaqât* ou biographies des auteurs, est à exploiter. Elle permettra de suivre l'évolution historique dans l'ordre chronologique. L'histoire du droit, de la magistrature, l'histoire générale, les textes juridiques rencontrés dans les ouvrages littéraires, les papyrus seront d'un secours très précieux. Nous renvoyons à la Bibliographie.

II. TABLEAU GENERAL DE LA THEORIE DE L'OBLIGATION EN DROIT MUSULMAN.

39. — Un tableau général de la théorie de l'obligation en droit musulman permettra de suivre le travail de fond en possession des notions essentielles.

Il constituera en même temps une synthèse provisoire pour laquelle les cadres de nos conceptions modernes seront utilisés.

Dans une première section, l'obligation sera étudiée en elle-même: dans ses divers éléments (sujets, objet, cause), dans ses effets, dans ses modes d'extinction. La seconde sera consacrée à l'étude des sources de l'obligation.

On terminera par l'étude de la notion même d'obligation telle qu'elle aura pu se dégager.

PREMIERE SECTION.

L'obligation en elle-même.

1. - Eléments de l'obligation.

40. — 1°) *Sujets.* — L'étude des sujets fait l'objet du présent travail. On y lira donc l'exposé des institutions auxquelles a donné lieu la pluralité de créanciers et de débiteurs.

41. — 2°) *Objet de l'obligation.* — L'étude objective des cas nous montre qu'une personne peut se trouver

devoir procurer à une autre soit la propriété d'un bien, soit la jouissance temporaire de ce bien. Nous rangerons ces cas sous l'appellation de « dations ». Elle doit dans d'autres cas effectuer la livraison d'une chose, telle l'obligation du vendeur. Ce sont les traditions. Il importe peu que l'obligation une fois née soit aussitôt exécutée dans les dations de corps certains et que l'obligation du vendeur ne doive jamais être à terme.

Les autres obligations de faire ont généralement pour objet soit de conserver une chose, soit de la transformer ou de l'ouvrer, soit un travail quelconque tel celui d'un domestique.

L'obligation prend une consistance particulière lorsqu'elle a pour objet la dation d'une somme d'argent ou d'autres biens fongibles. C'est alors seulement qu'on parle de « dette ».

42. — *Contenu de l'objet.* — L'obligation, qu'elle soit une dation, une tradition ou un *opus*, ne peut avoir pour objet qu'une chose constituant un bien. Ainsi, l'air, l'homme libre ne sont pas des biens. La chose n'est pas un bien si, en raison de certaines considérations, l'utilité qu'elle présente est illicite. Ainsi en est-il des services que peut rendre une cantatrice. Le jeu et pari sont illicites en principe. Il est fait cependant exception s'ils sont propres à exercer au fait des armes. Il faut d'ailleurs que l'enjeu soit à charge d'un seul des joueurs.

L'objet doit toujours présenter une utilité quelconque. S'il est futile, l'objet n'existe pas. Ainsi, vendre un morceau de pain d'une valeur minime.

La chose doit aussi être possible. Il faut qu'elle soit matériellement existante. Aussi, les droits incorporels ne

sont pas des biens. La jouissance d'une chose n'est elle-même pas un bien, en principe.

Il faut encore qu'elle soit actuellement existante. Aussi, les choses futures ne peuvent en principe être vendues.

Le principe est appliqué avec rigueur, et c'est son application qui permet de rompre les liens entachés d'erreur. Malgré quelques tempéraments, il a conduit aussi à des solutions rigides. Il n'est cependant pas d'une application générale dans tous les contrats. C'est la crainte de l'aléa dans les contrats commutatifs qui explique cette rigueur.

La chose doit enfin être déterminée. Cette condition est exigée en vue d'éviter les contestations. Aussi est-elle longuement analysée. Il suffit de dire ici que l'indétermination peut être grave ou légère. Elle est grave si le genre lui-même auquel la chose appartient — n'est pas indiqué.

En principe, il faut déterminer le genre, l'espèce, la qualité et la quantité. L'indétermination n'a cependant pas de conséquence s'il s'agit de libéralités.

Il faut remarquer en dernier lieu que la chose d'autrui ne peut faire l'objet d'une obligation valable à moins qu'il ne s'agisse de gestion d'affaires.

43. — *Multiplicité d'objets.* — L'obligation peut avoir plusieurs objets à la fois. L'objet de l'obligation peut aussi être l'un seulement de plusieurs objets *in obligatione*. C'est l'obligation alternative. On la rencontre en matière de vente sous la forme d'une option. En principe on aurait dû considérer ici l'indétermination, mais les besoins de la pratique font passer outre le principe. Ces besoins sont

cependant réputés satisfaits si le choix peut s'exercer sur trois objets. Aussi le principe reprendra-t-il son empire si plus de trois objets sont *in obligatione*.

L'option peut appartenir soit à l'un soit à l'autre des deux sujets de l'obligation. En cas de perte de l'un de ces objets, la concentration se fera sur l'autre. Il en sera de même s'il est détérioré. Mais la concentration se fera sur l'objet qui a péri si la perte est survenue entre les mains de l'acheteur.

Il faut faire observer que le contrat affecté de cette option n'engendre qu'un lien très lâche. Le contractant peut renoncer entièrement au contrat en refusant et l'une et l'autre des choses qui font l'objet de l'option.

Le contrat sera alors, en fait, affecté d'une condition potestative tacite. D'après certains jurisconsultes, il n'est point nécessaire avec cela, de fixer un délai d'option.

Le débiteur dans une obligation alternative ne peut toujours pas exercer son option de manière à livrer la moitié d'une chose à l'un des créanciers et la moitié d'une autre à l'autre. Le choix une fois fait, la concentration s'opère et l'obligation n'a plus qu'un objet.

44. — *Choses de genre. Quantités.* — Si l'objet de l'obligation doit parfois être déterminé dans son individualité: dans beaucoup d'autres cas, cette individualité est sans conséquence. Aussi, la détermination se fera alors au moyen du nombre, du poids ou de la mesure. L'individualité sera cependant à considérer s'il n'existe plus d'objets similaires dans le commerce. Par contre, les divers objets qui ne se comptent ni se mesurent sont biens fongibles du moment qu'il en existe de pareils dans le commerce.

Sont biens non fongibles: les animaux, les constructions, les arbres et les habits.

45. — *L'or et l'argent.* — De toutes ces quantités, l'or et l'argent jouent le rôle le plus important. Ces métaux frappés constituent la monnaie. D'autres métaux peuvent aussi servir de monnaie auxiliaire: ce sont les « *fulûs* ». Mais ces derniers ne sont considérés comme monnaie que d'une manière intermittente. Ils sont ainsi parfois traités comme de simples choses fongibles.

Plusieurs systèmes monétaires peuvent co-exister. Ainsi la monnaie *nîsâbûriyya* et *fath'iyya*. C'est la monnaie en cours qui sera la seule considérée. Elle n'est d'ailleurs jamais tout à fait saine.

En principe, le *dînar* est au *dirham*, dans le rapport de dix à un. Le *dînâr* est d'or, le *dirham*, d'argent. En général, on dit que le *dirham* doit peser « sept », ce qui veut dire que dix *dirham* pèsent sept *mithqâl* d'argent, soit un franc français d'avant-guerre. Par rapport aux « *fulûs* », le *dirham* est dit valoir trois *fulûs* et demi.

Mais les fluctuations de la monnaie sont un phénomène courant. Aussi, l'on spécifie que le *dînâr* stipulé dans la convention est de la valeur de tant. Les *fulûs* aussi peuvent subir une baisse de leur valeur ou même ne plus avoir cours.

En dehors de ces fluctuations, la monnaie est parfois fausse « *zuyûf* », du moins en majeure partie « *sattûqa* ». Si elle est généralement refusée par les commerçants, elle est dite « *nabahraga* ». Cette nomenclature qu'on rencontre chez les auteurs, n'a pas pour tous les mêmes acceptions. Il semble que ces appellations ont fini par s'obscurcir avec le temps. Aussi les textes en parlent mais les

auteurs s'essaient généralement à une adaptation aux temps et lieu. Pour certains, le *zuyûf* serait préférable à la *nabahraga* et à la *sattûqa*.

46. — 3°) *La cause.* — Une théorie de la cause n'existe point. En fait cependant, la cause est un élément de l'obligation. Les auteurs entendent généralement par le terme « cause », la source de l'obligation. Ainsi, les formulaires prennent soin de mentionner la « cause » de l'obligation dans une reconnaissance de dette. De même, l'on exige l'indication de la « cause » dans l'action en justice.

Cependant, la cause véritable de l'obligation de l'acheteur n'est point le contrat de vente, mais le fait que la propriété d'une chose lui a été transférée. Il doit payer parce qu'il ne peut pas réunir entre ses mains et la chose et son prix. Le prix c'est l'équivalent de la chose. Ne pas payer le prix, c'est rompre l'équilibre que tout contrat doit assurer. Or cet équilibre n'est que l'équivalence parfaite des prestations, ainsi que l'exige la justice commutative.

La théorie de la cause se réduit ainsi à une théorie de l'équivalence. L'égalité est le but des contractants, disent expressément les textes. Aussi, si la chose vient à périr avant la livraison, l'acheteur ne doit plus le prix. Le prix n'a plus en effet d'équivalent. De même, si l'acheteur vient à être évincé, il pourra se faire rembourser le prix. Enfin, le vendeur ne sera pas tenu de livrer la chose tant que le prix n'a pas été payé.

Mais ce n'est point la chose même que le co-contractant s'est engagé de procurer qui constitue la cause. C'est seulement son obligation. Ainsi, l'ouvrier qui était tenu avec un autre de travailler peut exiger le salaire même s'il

n'a pas travaillé en fait. En cas de société, l'associé a droit au bénéfice s'il a été stipulé à sa charge un travail quelconque. Il n'est pas nécessaire qu'il y ait eu alors apport effectif. Dans le louage de choses, la simple prise de possession est une cause suffisante: il importe peu que le preneur ait joui en fait. Mais s'il en a été empêché contre sa volonté, son obligation de payer les loyers perd sa cause.

Pour les libéralités, l'idée d'équivalence apparaît encore nettement puisque toute libéralité est présumée consentie contre une charge. L'équivalent peut cependant être d'ordre moral. S'il est d'ordre patrimonial, son absence entraînera révocation.

C'est encore l'idée d'équivalence qui, dans un contrat unilatéral tel que le dépôt, oblige le dépositaire à restituer la chose déposée. Il ne peut en effet conserver par devers lui la chose d'autrui sans qu'il y ait d'équivalent.

Par application de cette même idée, l'on ne peut être tenu de rémunérer un service déjà dû avant toute convention. L'obligation de rémunérer n'a alors point de cause ou d'équivalent. Ainsi, la femme ne peut convenir d'un salaire pour allaiter son petit. Le mari qui s'est engagé ne sera point pour cela tenu de payer.

Il est donc constant que l'on ne peut s'obliger sans qu'il existe un équivalent considéré. Mais le contrat sera toujours interprété de manière à ce que les prestations soient considérées comme l'équivalent l'une de l'autre.

L'idée d'équivalence apparaît aussi en dehors du domaine contractuel. Dans le délit, le fait du dommage est la cause de l'obligation de réparer. La réparation est l'équivalent exact du dommage et son paiement rétablit l'équi-

libre rompu. Aussi sera-t-elle due même par le mineur ou l'incapable.

C'est en raison enfin de la même idée que l'on pourra toujours répéter l'indû. L'acheteur qui savait que le vendeur n'était pas propriétaire pourra quand même répéter le prix en cas d'éviction.

بيع العينة

47. — Si, avant le paiement du prix, le vendeur rachète à son acheteur, la chose vendue moyennant un prix supérieur à celui que ce dernier devait payer: l'acheteur se trouvera avoir acquis un excédent sans équivalent. Le profit n'est possible que s'il y a eu considération au moins apparente des deux intérêts en conflit. Ainsi en est-il en matière de vente. Si l'inégalité est criante: le contrat sera vicié et c'est toute la théorie de l'usure.

En effet, comment peut-on considérer que les prestations sont équivalentes si dans un contrat à titre onéreux — échange de deux biens fongibles qui se pèsent ou se mesurent, appartenant tous les deux au même *genus* — l'un des contractants obtient une quantité plus grande que l'autre? L'excédent est ici manifestement sans cause. De même en est-il si un bien fongible est promis à terme contre un autre bien fongible du même *genus* livré immédiatement. L'un des contractants profite ici du bien livré, sans équivalent, pendant tout le laps de temps que dure le terme. De même aussi, si l'on a promis un bien quelconque, même non fongible, contre un bien de genre identique livré immédiatement. C'est toujours le bénéfice tiré du terme — sans cause. Ce sera enfin aussi le cas si un bien fongible a été promis contre un autre bien de *genus* différent mais toujours fongible et livré immédiate-

ment. Dans ces quatre cas limitativement énumérés par un *h'adîth*, l'inégalité des prestations a été considérée comme manifeste. Cependant, une réaction très forte a tendu à annihiler cette manière de voir. L'excédent peut en effet correspondre à un équivalent réel quoique non-apparent. Aussi les moyens détournés abondent: ils prennent la voie de la commandite, de la vente à réméré, de la vente à bénéfice. Des ouvrages récents font même état d'une législation laïque approuvant dans une certaine mesure cette inégalité.

Cette théorie de l'usure plane néanmoins sur toute la théorie de l'obligation et retentit en plus d'un endroit.

48. — Telle est la véritable théorie de la cause en droit musulman. D'aucuns ont cru la découvrir à travers la notion d'utilité: l'utilité envisagée par les parties contractantes ou l'utilité sociale finale du contrat.

En fait, cette idée d'utilité se rattache à la théorie de l'objet. Quant à l'utilité sociale du contrat, elle a été puisée maladroitement dans le contrat de louage. Si l'on ne peut louer une chose dans un but différent de celui que le législateur a envisagé — ainsi en est-il du cheval loué pour la simple parade — ce n'est point parce que le motif est illicite, c'est simplement parce que le contrat de louage n'est possible que s'il revêt l'une des formes légitimées par l'usage, comme il sera expliqué à propos de l'autonomie de la volonté.

Le motif est si peu pris en considération qu'il est nettement admis que la vente d'un objet est toujours valable même si elle a été consentie pour des fins illicites.

2. - Effets de l'obligation.

49. — 1°) *L'obligation de donner.* — La propriété de la chose est transférée aussitôt le contrat conclu — de plein droit. Le simple consentement est donc translatif de propriété. Le droit musulman ne connaît pas le formalisme du droit romain ni celui du droit hébraïque. Le principe est nettement formulé et appliqué. Ainsi, la plus-value survenue avant la livraison appartient à l'acheteur.

Cependant, malgré tout, la propriété transférée n'est point parfaite, tant qu'il n'y a pas eu prise de possession. Ainsi, les risques sont mis à la charge du vendeur jusqu'à la livraison; avant la livraison, l'acheteur ne pourra disposer du bien acheté s'il est meuble. Cette dernière disposition révèle l'importance encore accordée à la tradition, mais les auteurs l'expliquent différemment. Il faut enfin remarquer que l'obligation de livrer ne peut point être à terme.

La propriété en matière de donation n'est transférée que lors de la livraison. Dans le louage de choses, le droit du preneur se réalise au fur et à mesure de la jouissance.

50. — 2°) *Obligations de faire.* — Le principe, c'est l'exécution directe. L'ouvrier sera contraint de travailler. Cependant, comment cette exécution pourra-t-elle être obtenue si le débiteur n'obtempère pas à l'injonction du juge?

S'il s'agit de livrer une chose, l'on pourra avoir recours à des autorités plus fortes que le juge, telles que la Cour de Redressement des abus (*Dâr al-Maz'âlim*) ou le *Muh'tasib*. (V. AL-MAWARDI). Mais ce sont là des moyens administratifs et l'exécution forcée peut n'être pas possible matériellement.

Le créancier pourra donc recourir au juge pour lui permettre de faire exécuter l'obligation aux dépens du récalcitrant. Sa créance sera ainsi convertie en somme d'argent. Il peut aussi demander au juge la condamnation du débiteur à la prison. La contrainte par corps est donc une mesure d'astreinte tendant à acculer le débiteur à s'exécuter. Elle est ainsi admise pour forcer la caution à livrer le débiteur principal, le dépositaire à livrer la chose reçue.

Cette contrainte par corps laissera cependant l'obligation inexécutée si la carence du débiteur est persistante.

51 — *Rupture du contrat.* — Le contrat sera du fait de l'inexécution rompu. Ainsi, en matière de dépôt, si le dépositaire néglige la conservation de la chose déposée. De même, en cas de colonat partiaire, de mandat. Ainsi aussi si la nourrice n'a pas allaité l'enfant: le contrat tombe.

Mais le créancier n'aura pas droit à des dommages-intérêts en raison du préjudice subi du fait de l'inexécution. Une indemnité n'est jamais due en raison d'un bénéfice manqué ou pour un préjudice considéré subjectivement. Elle sera due si un préjudice concret, objectif, a été subi. Ce sera la valeur de la chose qui a péri.

Si donc, dans les cas d'obligations de faire, la chose qui devait être livrée ou ouvrée, est endommagée ou a péri, alors seulement il sera question de dommages-intérêts. Il n'est pas nécessaire d'ailleurs qu'il y ait eu mise en demeure. En droit musulman, *dies interpellat pro homine.*

52. — *Théorie de la faute contractuelle.* — Il n'est même pas nécessaire que la perte de la chose soit le résultat de la faute du débiteur. En effet, comme on le verra dans la théorie de la responsabilité, le fait de l'inexécution, met le débiteur dans ce que nous appellerons un « état délictueux ». Cette faute initiale — l'inexécution — le rendra responsable de la perte survenue même sans sa faute.

Mais il est nécessaire que l'inexécution elle-même soit fautive. Et il y a inexécution si l'on contrevient aux clauses expresses du contrat ou si l'on ne s'exécute pas dans les limites tracées par les usages. C'est l'usage qui donnera la mesure de la diligence requise, en principe. Il n'y a pas intérêt cependant à considérer comme inexécution le fait d'avoir contrevenu à une clause expresse mais dans un sens moins onéreux au créancier.

Exemples de contraventions contractuelles: ne pas livrer la chose louée à l'expiration du bail; ne pas garder par soi-même la chose déposée; faire transporter sur la bête de somme louée des marchandises pour le transport desquelles elle n'a pas été louée; charger une bête de marchandises quand elle a été louée pour être montée.

53. — *Force majeure et cas fortuit.* — Il y a faute tant que l'inexécution n'est pas due à une force majeure ou un cas fortuit. C'est pourquoi, nous adopterons dans la théorie de la responsabilité, le terme de « fait » au lieu de celui de « faute ».

C'est d'ailleurs au débiteur de prouver la force majeure ou le cas fortuit. Il est donc toujours présumé en faute. Mais la notion de force majeure est très étendue. Ce n'est pas seulement le fait du ciel (*âfa samâwiyya*), le fait du prince (*amr as-sult'ân*): c'est toute nécessité (*d'arûra*) ou excuse (*'udhr*), toute violence ou menace qui a pour objet sa vie, son corps ou ses biens.

Il faut cependant qu'il y ait impossibilité réelle d'e-

xécution. Ainsi, il faut que l'incendie entoure de tous côtés sa demeure pour qu'il puisse remettre le bien déposé à un tiers.

Il faut aussi que le fait majeur n'ait pu être empêché. Ainsi, s'il pouvait abattre les sauterelles qui ont envahi la culture, il est en faute.

Mais, il est déjà excusé si, pour sauver le bien du créancier, il aurait dû perdre un bien qui lui est propre.

54. — La notion d'« excuse » a été démesurément élargie en matière de louage, métayage ou amodiation. Il suffit alors que l'exécution du contrat puisse porter un préjudice quelconque au débiteur pour qu'il soit exonéré. Il faut cependant, dans ces cas, que la résolution soit prononcée en justice. Exemples: le preneur d'un magasin tombe en faillite: il n'a plus besoin du magasin; une personne change de profession: elle n'a plus besoin du local loué. Le bailleur endetté n'a plus que le local loué qu'il doit vendre pour rembourser ses créanciers. Dans tous ces cas, le contrat pourra être résolu parce que son exécution engendrera un préjudice au débiteur. Aussi, un bailleur ne pourra résilier un bail pour pouvoir louer le local à de meilleures conditions. Il ne cherche pas ici, en effet, à éviter un préjudice, mais à réaliser un bénéfice. De même, il ne pourra résilier le bail pour habiter lui-même la maison louée. Par contre, le salarié a une excuse suffisante dans le fait d'être malade, ou de ce que la nature du travail entraîne pour lui une déchéance dans son milieu social.

Dans le louage de services, l'on considère aussi comme une excuse, la disparition du besoin pour lequel on a contracté. Ainsi, si le mal de dent vient à cesser, l'on n'est pas quand même tenu de se faire soigner par le dentiste con-

voqué. Mais ici, on peut dire que le contrat cesse d'avoir un objet.

La théorie des « excuses » rappelle, à certains égards, la théorie moderne de l'imprévision.

55. — *Calcul des dommages-intérêts.* — Comme on le verra, le principe fondamental édicte que le débiteur devra la valeur exacte de la chose si elle n'est pas fongible ou une chose semblable si elle est fongible.

Il ne devra plus que cette réparation. Toute somme due en vertu du contrat de louage ne pourra plus être exigée. Le contrat, en effet, n'existe plus. C'est ce que les jurisconsultes expriment en disant: réparation et loyers ne peuvent se cumuler. Ces loyers d'ailleurs ne seront plus dus même s'il n'y a pas eu perte de la chose, du moment que le contrat est résolu.

56. — 3°) *Obligations ayant pour objet des sommes d'argent.* — Le principe ici encore, c'est l'exécution directe ou forcée. Mais les biens fongibles, étant, par définition, interchangeables, l'exécution en nature sera toujours possible.

Le juge fera vendre les biens du débiteur et le créancier sera payé sur le prix provenant de la vente.

L'exécution peut cependant être rendue difficile: le débiteur n'ayant pas de biens apparents. On aura alors recours à la contrainte par corps. Aussi, le débiteur est-il présumé récalcitrant si la dette est née d'un contrat impliquant un état de solvabilité ou un enrichissement, tel que la vente, le prêt, le cautionnement ou le mariage.

Le juge peut d'ailleurs toujours accorder des délais de grâce.

Si le débiteur paie après un retard, le créancier n'a pas droit à des dommages-intérêts moratoires.

57. — L'emprunteur de biens fongibles n'est libéré que s'il restitue des biens appartenant au même *genus*. S'il n'en existe plus, son obligation n'est pas résolue. Le créancier n'a qu'à attendre. L'acheteur qui ne paie pas le prix à l'échéance sera tenu sur ses biens et contraint par corps. Rien ici n'exige la résolution du contrat, s'il n'y a pas de clause résolutoire expresse.

58. — Les obligations délictuelles rentrent pour la plupart, sous cette catégorie. Parfois, cependant, la réparation directe du préjudice est exigée. Ainsi, l'on doit remettre la naite décomposée dans l'état où elle se trouvait.

59. — C'est le patrimoine du débiteur qui répond donc de toutes ces obligations, en dernière analyse. Tous les créanciers ont un droit égal sur ce patrimoine à moins que les uns ne se soient assurés un sort privilégié en stipulant un gage — ou qu'ils soient privilégiés de plein droit par rétention de la chose.

60. — Le débiteur peut cependant être déclaré en faillite, il sera alors fait masse de ses biens et tous les créanciers concourront par contribution. Est assimilé à la faillite, le décès du débiteur. Durant sa dernière maladie, il ne pourra favoriser quelques créanciers au détriment des autres. Ces derniers pourront annuler les actes qui leur sont préjudiciables. Mais les créanciers ne pourront jamais, en principe, exercer les droits de leur débiteur à sa place.

61. — *Procédure*. (a) *Contrainte par corps*. — Le

débiteur emprisonné n'est point réputé en faillite. Il peut toujours disposer de ses biens comme bon lui semble. La contrainte par corps n'est possible que si la dette est exigible et sur la demande du créancier. Elle n'est pas une peine, mais un moyen de contrainte: aussi le débiteur indigent n'y est pas soumis. Il pourra cependant être surveillé de près par ses créanciers. C'est le droit de *mulâzama*. Ainsi tout ce qu'il aura acquis sera aussitôt partagé entre eux.

L'emprisonnement ne pourra excéder la durée de trois mois. Si le débiteur résiste tous ces mois, il sera présumé réellement indigent. Il pourra donc être surveillé quoique libéré de la prison.

Le tuteur pourra être lui-même emprisonné pour une dette délictuelle à charge du mineur si celui-ci a des biens que le tuteur détient pour lui.

62. — (b) *Expropriation*. — Si le débiteur ne paie pas, il ne sera condamné, on l'a vu, à la contrainte par corps que s'il est solvable. Mais le créancier peut toujours alors demander au juge d'ordonner la vente de ses biens. C'est le juge qui procèdera à la vente. Cependant, le créancier gagiste pourra lui-même procéder à la vente du gage si le débiteur lui en a donné mandat exprès. Les formules de contrats de gage contiennent toujours mandat de vendre avec clause d'irrévocabilité. Mais le pacte commissoire est toujours nul. Le gage ne pourra jamais être la propriété du créancier à l'échéance, même si le contrat a revêtu la forme d'une vente à réméré.

63. — Si les biens du débiteur consistent en sommes liquides, le juge en ordonnera la remise au créancier et le

créancier lui-même pourra s'en saisir sans autorisation. Ce vestige de la justice privée prouve que l'exécution directe en nature est de principe. Cette solution est d'ailleurs admise dans l'enseignement même d'Abu-H'anifa qui cependant rejette l'expropriation comme moyen d'exécution.

64. — *Droits des créanciers.* — En principe, tous les créanciers ont un droit égal sur le patrimoine du débiteur. Le créancier gagiste a cependant en outre un droit de préférence sur le prix de la chose reçue en gage. Il a aussi le droit de la retenir.

Le droit de rétention peut encore exister de plein droit: (1) Au profit de l'artisan qui a ouvré la chose. Toutefois, il faut que son travail ait matériellement affecté la chose. Ainsi le voiturier n'aura pas le droit de retenir la chose transportée. (2) Le vendeur peut retenir la chose vendue si le prix n'a pas été payé et il peut la retenir malgré la déclaration en faillite ou le décès de l'acheteur. (3) Le mandataire, s'il a payé de ses deniers le prix, peut retenir la chose achetée au nom du mandant. (4) Le voisin qui a reconstruit l'étage inférieur peut empêcher son propriétaire de l'habiter jusqu'à paiement de ses impenses. Il pourra d'ailleurs lui-même le louer avec l'autorisation du juge et rentrer ainsi dans ses droits. (5) L'inventeur d'un objet perdu peut le retenir jusqu'à paiement de son indemnité.

En vertu du droit de rétention le créancier peut garder la chose tant qu'il n'est pas désintéressé. Il peut aussi la faire vendre et se faire payer par préférence sur le prix. Le restant rentrera dans le patrimoine du débiteur.

65. — (c) *Faillite.* — Les créanciers peuvent demander la déclaration de la faillite du débiteur. Il suffit qu'il ait des biens et qu'il soit endetté pour que la déclaration soit possible. Le juge déclare la faillite. Elle a pour but d'empêcher le débiteur de dilapider ses biens ou de favoriser l'un des créanciers au détriment de l'autre.

Le débiteur ne pourra pas en effet après la déclaration disposer de ses biens au préjudice des créanciers. Il ne pourra plus consentir des donations ou vendre avec lésion. Ses dispositions seront inefficaces. Cependant cette inefficacité est relative. Aussitôt les créanciers acquittés, la personne au profit de laquelle une disposition a été consentie, pourra s'en prévaloir.

Il faut remarquer que seuls les biens existants au jour de la déclaration sont ainsi frappés. Ces biens seront vendus par les soins du juge et la distribution du produit de la vente sera faite par contribution. Le vendeur non-payé n'aura point de privilège sur le prix de l'objet vendu.

Une pension alimentaire sera accordée au failli sur ses biens.

66. — Le débiteur durant sa dernière maladie est assimilé au débiteur failli en ce qu'il ne peut plus disposer de ses biens au préjudice des créanciers ni favoriser les uns au détriment des autres. Ainsi, s'il loue les services d'un ouvrier, le salaire payé sera restitué pour être distribué contributoirement entre les créanciers. Il ne peut aussi désintéresser l'un des créanciers à moins qu'il ne s'agisse d'un prêt contracté durant la maladie, ou du prix d'une chose achetée aussi durant la maladie. S'il reconnaît des dettes durant sa maladie, elles ne seront acquittées qu'après libération des autres créanciers à moins qu'elles n'aient des causes certaines.

67. — Le décès du débiteur concentrera son passif dans le patrimoine laissé qui constituera ainsi une masse semblable à celle des biens du failli. Ces biens seront vendus par le juge et la distribution se fera entre les créanciers contributoirement. Mais il faut que le passif du *de cujus* dépasse son actif.

Les dispositions des héritiers seront donc inefficaces. Ils ne peuvent même pas recevoir la chose déposée, ni la somme que devait une personne à leur auteur. Ils peuvent néanmoins désintéresser les créanciers et disposer ensuite des biens hérités en vrais propriétaires.

3. - Modalités: le terme et la condition.

68. — 1°) *Le terme.* (a) *Dations.* — En principe, les obligations de donner ne peuvent être affectées d'un terme. L'on ne peut promettre de vendre dans un an. Cependant le louage d'une chose peut être suspendu à un terme: le créancier ne pourra jouir de la chose, que, par exemple, dans un an.

(b) *Traditions.* — De même, les obligations de livrer des corps certains ne peuvent être affectées d'un terme. L'obligation de livrer est toujours exigible.

(c) *Sommes d'argent.* — Les dettes d'argent peuvent être affectées d'un terme, en principe. Cependant, le prêt est toujours exigible. De même, la restitution du prix après révocation du contrat par consentement mutuel.

L'obligation de donner, affectée d'un terme, est viciée elle-même. De même, l'obligation de livrer. Le créancier ne pourra même plus exiger immédiatement la chose promise.

L'obligation de payer une somme d'argent n'est pas

viciée si elle est affectée d'un terme dans les cas où il n'est pas admis. Elle est seulement exigible.

69. — Le terme, quand il est possible, est toujours présumé dans l'intérêt du débiteur. Aussi le débiteur peut-il renoncer au bénéfice du terme quand bon lui semble. Le créancier est tenu de recevoir le paiement anticipé et le débiteur ne peut plus le répéter.

Si, dans le contrat de vente, le prix a été majoré en fait, en considération du terme accordé, le paiement anticipé doit être diminué d'autant. Mais l'on ne peut renoncer à une partie de la créance pour obtenir un paiement anticipé.

70. — L'obligation à terme existe. Une action pourra être intentée aux fins de l'établir. La seule exécution est prorogée. La concession d'un terme est considérée comme une libéralité, en règle générale.

Le terme peut être déterminé ou indéterminé. L'indétermination elle-même peut être grave ou légère. Si je dois vous payer à la récolte prochaine, l'indétermination est légère; si je dois vous payer lorsque le temps sera à la pluie, à la mort de tel: l'indétermination est grave. L'indétermination du terme, grave ou légère, vicie le contrat. Cependant s'il s'agit d'un contrat de cautionnement ou d'une prorogation de terme en général, l'indétermination ne viciera point le contrat. Le terme sera lui-même nul si l'indétermination est grave.

71. — Le *dies ad quem* n'entre pas dans le calcul du délai. Le terme est donc expiré à l'échéance du dernier jour et non pas à l'expiration de ce jour.

Le décès du débiteur entraîne déchéance du terme. Ce principe est général et fondé sur l'intransmissibilité passive des obligations *mortis causa*. Le décès du créancier n'entraîne point, par contre, déchéance.

72. — *Droit pratique.* — Contre les prohibitions des termes, le droit pratique a réagi. Il a tendu surtout à légitimer le terme accordé à l'emprunteur. Le papyrus de Berlin N° 8007 Fayum, de l'an 404 H., démontre que le terme était accordé dans des cas de dette d'argent ayant pour source un fait délictuel — contrairement à l'opinion de Zufar. (V. *Arabischer*, p. 31).

73. — *Explication théorique.* — C'est l'idée d'équivalence qui explique ces prohibitions des termes. Un terme constitue, en effet, un bénéfice sans équivalent. Ainsi, dans les dations et les traditions. L'emprunteur aussi, étant tenu de rendre exactement ce qu'il a reçu et jamais davantage, ne pourra bénéficier légitimement d'un terme. On a vu qu'en cas de vente, le prix est majoré en considération du terme accordé.

74. — 2°) *La condition.* — On entend ici par condition tout événement futur et incertain auquel se trouve suspendue la formation de l'obligation ou son extinction. Aussi peut-elle être suspensive ou résolutoire.

Il faut néanmoins que l'événement soit du domaine du possible.

Les obligations découlant de contrats translatifs de droits réels ne pourront jamais être conditionnelles, car la condition insérée dans ces contrats, les vicie. Dans la cession de dette, le cautionnement, l'obligation pourra être suspendue à une condition pourvu que cette condition soit

en harmonie avec la nature du contrat. Je puis, par exemple, suspendre mon cautionnement à l'éviction du bien vendu par le débiteur principal. Cependant, en cas de mandat, le contrat restera valide: seule la condition n'aura pas d'effet, si elle n'est pas en harmonie avec le contrat.

En principe aussi, la condition résolutoire n'est guère possible dans les contrats translatifs. Cependant, le vendeur peut stipuler qu'à défaut de paiement dans les trois jours, le contrat sera résolu. C'est la résolution qui est suspendue ici à une condition, dit expressément un texte.

75. — La répugnance à valider les obligations conditionnelles s'explique par la tendance prononcée dans tout le système à écarter tout élément aléatoire.

Cependant, par exception, une condition suspensive purement potestative pourra être insérée dans tous les contrats qui sont de leur nature irrévocables.

Elle permettra aux contractants de réfléchir pendant un certain laps de temps avant de s'engager définitivement dans les liens du contrat. C'est le *jus poenitendi* ou faculté de dédit.

Cette condition, dont les effets affectent profondément le lien contractuel, doit être stipulée soit dans le contrat, soit immédiatement après sa conclusion.

76. — *Effets pendente conditione.* — La condition purement potestative, insérée dans un contrat, ne suspend sa formation que relativement au contractant qui l'a stipulée. Le contrat devient ainsi boiteux: tirant à effet par rapport à l'un, sans effet par rapport à l'autre. Aucun effet n'est possible, si les contractants ont, tous les deux, stipulé la condition.

Le contrat, avant l'accomplissement de la condition est donc, en principe, sans effet. Ainsi, le vendeur ne pourra exiger le prix, si l'acheteur s'est engagé sous condition. L'acheteur ne pourra pas exiger la délivrance de la chose, si le vendeur s'est engagé sous condition. Le vendeur, qui s'est engagé sous condition, demeure en effet le propriétaire de la chose, tant que la condition ne s'est pas réalisée. Mais il peut réclamer le prix à l'acheteur qui s'est engagé purement et simplement. Par contre, l'acheteur qui s'est engagé sous condition, est propriétaire de la chose sans devoir le prix.

Abu-H'anifa n'a pas voulu admettre ce résultat, inique puisque l'acheteur réunit ainsi entre ses mains et la chose et le prix. Aussi enseigne-t-il que la chose sortie des mains du vendeur ne sera pas pour cela réputée la propriété de l'acheteur. A qui donc appartiendrait-elle?

Une version non-accréditée rapporte que le vendeur ne saurait être obligé de lui livrer la chose. S'il la livre, l'acheteur pourra être contraint de payer le prix malgré la condition.

La difficulté provient ici de ce que l'on a voulu considérer un contrat, formé avec une seule volonté certaine. Cette considération a détruit l'équivalence entre les contractants. Ainsi aussi, l'acheteur qui a payé le prix au vendeur sous condition, peut réclamer l'objet vendu. Si le vendeur s'y refuse, l'acheteur peut se faire restituer le prix.

La préemption ne pourra être exercée par qui de droit, tant que la condition potestative stipulée par le vendeur ne s'est pas accomplie. Elle pourra, par contre, être exercée si la condition potestative est stipulée par l'acheteur.

L'acheteur de la chose vendue sous condition ne peut en jouir puisqu'elle est demeurée la propriété du vendeur. Il en est de même en cas de louage.

Si la chose périt entre les mains de l'acheteur qui l'avait reçue malgré la condition stipulée par le vendeur, elle périt à la charge de l'acheteur en vertu de la théorie générale des risques. Il n'en devra donc pas le prix.

Si la condition avait été stipulée par l'acheteur, les risques seront mis à sa charge en tant que propriétaire. Il peut toujours d'ailleurs, malgré la condition, payer le prix. Mais il n'y sera pas obligé, en principe.

77. — *Effets à l'arrivée de la condition.* — C'est alors seulement que le contrat tire à effet. Mais ces effets rétroagiront au jour même où le contrat a été conclu. Ainsi, l'acquéreur sera réputé propriétaire de l'objet depuis le jour du contrat. Aussi, la plus value survenue *pendente conditione,* lui appartiendra. L'exercice du droit de préemption déchoit s'il n'a pas été fait de déclaration au moment du contrat et sans attendre la réalisation de la condition.

Il n'est pas nécessaire d'ailleurs que la chose au moment de l'accomplissement de la condition soit encore existante, si elle existait au moment du contrat.

Si la condition avait été stipulée par l'acheteur, son accomplissement permettra au vendeur d'exiger le prix. Mais le délai imparti pour le paiement du prix ne commencera à courir que depuis l'événement de la condition.

Si par contre, la condition défaillit, au cas où elle a été stipulée par le vendeur, celui-ci restera propriétaire comme il l'a toujours été. S'il a reçu le prix, il devra le restituer. Au cas où la condition avait été stipulée par

l'acheteur, il ne paiera toujours pas le prix, et la propriété de la chose revient au vendeur comme si elle n'avait jamais cessé de lui appartenir.

78. — *Comment se réalise la condition?* — La condition est accomplie si le débiteur ne manifeste pas en présence du créancier — dans un délai fixé qui ne doit pas dépasser (sauf pour certains contrats tels que le cautionnement, la cession de dette) trois jours — sa volonté de se dédire.

S'il manifeste cette volonté, la condition est réputée défaillie — sans besoin de recourir à la justice. Et le contrat continuera à ne pas avoir d'effet. Il n'aura jamais existé.

Par contre, il suffira de ne pas manifester cette volonté pour que la condition soit réputée réalisée. Il n'est donc pas nécessaire de confirmer expressément le contrat. La simple expiration du délai vaudra confirmation. De même, le simple décès du débiteur sans manifestation de volonté. Il va sans dire qu'une confirmation expresse dans le délai doit être considérée comme un accomplissement de la condition. De même, une confirmation tacite telle que disposer de la chose en faveur d'autrui, en jouir. Les droits des tiers sont ainsi protégés.

La perte de la chose, sa détérioration ou sa transformation auront le même effet qu'une confirmation.

4. - Extinction de l'obligation.

79. — I. *Le paiement.* — Le paiement est le mode normal de libération du débiteur et par conséquent de dissolution du lien obligatoire. Il a été analysé par les auteurs d'une manière originale. Il apparaît ainsi sous la

forme d'un contrat. Le *solvens* est considéré comme ayant vendu ce qu'il a livré en fait, contre ce qu'il devait. Cette analyse ne vaut que pour les biens fongibles qui se remplacent les uns les autres. Ce que le débiteur doit est une somme abstraite, ce qu'il paie est une somme concrète. Aussi, poussant à l'extrême leur analyse, les auteurs ont dit que le paiement dans ces cas n'éteint point la dette elle-même puisqu'elle n'a point été elle-même « payée ». Il s'opère seulement une compensation qui arrête les poursuites. La *schuld* reste, la *haftung* disparaît. Elle disparaît parce que si le créancier réclame alors sa créance, il pourra être poursuivi à son tour en restitution de ce qu'il a reçu et ainsi il est sans intérêt de réclamer. De même en est-il du débiteur *solvens*. Il n'a aucun intérêt à réclamer ce qu'il a payé.

Cette analyse subtile ne laisse pas d'avoir des conséquences pratiques. Ainsi, un créancier peut faire remise malgré le paiement qu'il a reçu. Le paiement n'a donc pas éteint l'obligation. Si c'est un tiers qui a payé, il pourra recourir en répétition de l'indu.

80. — 1°) *Sujets du paiement.* — On peut payer pour autrui, mais on ne pourra exercer de recours contre le débiteur. Le paiement sera libératoire malgré le refus du débiteur, mais le créancier ne saurait être contraint d'accepter.

Il n'est pas nécessaire d'ailleurs que le *solvens* soit capable. Le pupille peut payer. Le paiement doit s'effectuer entre les mains du créancier. Tout paiement effectué entre les mains d'un tiers n'est guère libératoire à moins qu'il ne s'agisse d'un mandataire. Le paiement devra être fait au mandataire, même si le débiteur prétend

avoir déjà désintéressé le créancier. Il recourra ensuite contre ce dernier.

Le paiement entre les mains d'un incapable n'est point libératoire à moins qu'il ne lui ait profité.

81. — 2°) *Objet du paiement.* — Il faut que ce soit la chose même due. Le créancier ne peut exiger autre chose ou la valeur de la chose due. Le débiteur ne peut aussi lui imposer autre chose, à moins que cette chose ne soit de qualité supérieure à celle de l'objet dû. On doit payer la totalité de ce qui est dû à moins que, le débiteur étant insolvable, on ne dût se contenter d'une partie.

S'il s'agit de sommes d'argent, le paiement doit s'effectuer dans la monnaie la plus usitée, au cas où plusieurs monnaies ont cours. Si les *fulûs* ont subi des fluctuations — hausse ou baisse — le débiteur ne devra jamais autre chose que les espèces et la quantité indiquées au contrat. On n'aura nullement égard à la valeur réelle des espèces payées. Cependant, si la monnaie stipulée a perdu toute valeur, le paiement ne pourra être effectué avec cette monnaie. On considérera la valeur de la somme stipulée.

82. — 3°) *Epoque et lieu du paiement. Frais.* — Malgré le terme, le débiteur peut toujours anticiper le paiement. On peut, par ailleurs, stipuler que le non-paiement d'un terme à l'échéance entraînera exigibilité de toute la somme.

En principe, le lieu du paiement c'est le lieu du contrat, dans la doctrine des deux disciples. Mais il faut qu'il s'agisse d'objets dont le transport est onéreux. Dans le cas contraire, le lieu du paiement devient indifférent et le paiement pourra s'effectuer n'importe où.

Le lieu de paiement pour l'emprunteur est l'endroit où la somme lui a été remise. Cependant, l'obligation de restituer du dépositaire est quérable.

On ne peut stipuler la livraison du corps certain dans un endroit déterminé. Cette prohibition se rattache à celle du terme dans les traditions. Cependant, par voie d'*Istih'sân*, on admet que la chose certaine puisse être stipulée portable au domicile du créancier, si ce domicile se trouve dans la même contrée que celui du débiteur.

On peut toujours par contre convenir d'un lieu pour le paiement du prix, tant qu'il y a intérêt à le faire. En cas de prêt, une telle clause n'est pas valable à moins qu'il ne s'agisse de *suftuga*.

Les frais du paiement sont à la charge du débiteur.

83. — 4°) *Imputation des paiements.* — C'est le débiteur qui impute, en principe, soit au moment du paiement, soit plus tard. Cependant, le créancier peut, au moment du paiement, rejeter son imputation. Elle se fera alors proportionnellement aux montants des diverses dettes. Ainsi en est-il s'il devait cent en vertu d'un contrat de vente et cent en vertu d'un cautionnement.

L'imputation du débiteur n'aura aussi aucune efficacité si les deux dettes sont de même nature. Le paiement sera alors imputé proportionnellement sur les deux dettes.

84. — II. *La dation en paiement.* — Le créancier peut accepter à la place de sa créance une chose différente. L'opération sera analysée en vente, louage, selon les cas. Elle peut même revêtir la forme d'un contrat de mariage. Le nouvel objet peut ainsi être une obligation quelconque et non seulement un corps certain. (Comp. en droit allemand).

S'il accepte un corps certain à la place d'une somme d'argent, la créance représentera le prix, et le corps certain, l'objet de la vente.

L'extinction dans tous ces cas résultera de la compensation qui s'opère entre les deux dettes.

Cependant, elle diffère de la compensation proprement dite en ce que la nouvelle dette est toute fictive.

85. — Cette analyse de la dation en paiement entraîne les conséquences suivantes. Si la dette tombe pour défaut de cause ou fictivité, la vente sera toujours acquise. S'il n'y avait eu qu'un simple paiement, il aurait été annulé.

Par contre, si la vente vient à être résolue en justice pour vice rédhibitoire, la dette renaîtra avec le terme dont elle était affectée.

Le mandataire du créancier ne peut accepter une chose en dation.

86. — III. *La compensation. Nature.* — La compensation a été analysée par certains auteurs comme une remise de dette contre équivalent. D'autres ont parlé de « quasi-contrat » (*Chibh 'aqd*), mais la plupart y voient un paiement fictif.

Ce n'est pas cependant un double paiement extinctif, mais un seul. Le créancier dont le titre est antérieur en date sera réputé avoir été libéré par la cession de la créance correspondante. Le créancier dont le titre est postérieur ne pourra plus rien réclamer puisqu'il a cédé son droit. Cette explication n'est pas purement théorique. Elle s'est traduite dans divers endroits par des solutions pratiques.

87. — *Conditions.* — La compensation a lieu de plein

droit. Elle est légale. Ce principe est nettement admis dans les solutions d'espèces. Il semble que la possibilité d'une compensation légale n'a pas rencontré de difficultés. Ainsi qu'on l'a vu, le créancier a toujours le droit de s'emparer du bien de son débiteur — s'il appartient au même *genus* que celui qui est dû.

La compensation légale ne peut se produire que si:

1°) Les deux dettes ont pour objet des choses appartenant au même *genus* et d'une seule et même qualité. Ainsi, si l'un devait des objets semblables mais de qualité supérieure, la compensation ne pourra s'opérer de plein droit. Le refus du créancier qui a droit à la chose inférieure en qualité, n'est cependant pas à considérer. On a vu, en effet, que le débiteur peut imposer au créancier un paiement effectué avec des objets de qualité supérieure.

2°) Les deux dettes doivent être de force égale. Ainsi, la dette alimentaire est réputée dette faible. Elle se prescrit au bout d'un court laps de temps. Elle ne pourra donc se compenser avec une dette ordinaire. Cependant, ici encore, le refus du créancier de la pension alimentaire n'est pas à considérer.

3°) Il faut que les deux dettes soient exigibles.

88. — Dans deux cas, la compensation ne se produira pas de plein droit, malgré la réunion de toutes ces conditions.

(a) Si le dépositaire est créancier du déposant, il ne peut s'approprier le bien déposé malgré qu'il fût de la même espèce et qualité que l'objet de sa créance.

(b) Si le possesseur sans titre est créancier du propriétaire.

Dans tous les cas où la compensation légale ne peut s'opérer, une convention peut éteindre les deux dettes par compensation, réserve faite des cas où il faut éviter l'usure. Cependant, l'on exige dans les cas du dépositaire ou du possesseur, que la chose fût entre ses mains au moment de la compensation conventionnelle.

89. — IV. *La confusion.* — Si le créancier meurt laissant comme unique héritier le débiteur, ce dernier — recueillant la succession du créancier en toute propriété — deviendra son propre créancier.

Les qualités de créancier et de débiteur se sont réunies sur sa tête. La dette s'éteint par confusion, car il devient oiseux de parler d'une obligation de payer à lui-même.

Ainsi en est-il, si la caution est héritière unique du créancier ou si le cessionnaire de la dette est l'héritier du cédé.

90. — Mais la confusion n'opère pas si c'est le débiteur qui meurt laissant comme héritier le créancier. Elle se heurte ici, en effet, au principe de l'intransmissibilité passive des obligations. L'héritier ne deviendra pas débiteur en même temps que créancier du seul fait du décès de son auteur. La succession seule répondra des dettes y comprise la dette de l'héritier. Aussi, en cas d'insuffisance d'actif, l'héritier concourra avec les autres créanciers contributoirement. Sa créance ne s'est donc pas éteinte par confusion.

91. — Cependant, la confusion peut s'opérer dans la personne du créancier s'il recueille tout le patrimoine du débiteur et continue, en fait, sa personne. Ainsi, si le créancier devient le propriétaire de l'esclave débiteur, la

dette de l'esclave ne peut que s'éteindre par confusion. Elle ne renaît même pas au cas où la donation translative de propriété vient à être révoquée.

Il va sans dire que la confusion n'éteindra qu'une partie de la dette en cas de pluralité d'héritiers.

92. — V. *La remise de dette. Sa nature.* — C'est en principe, déclare-t-on, un acte unilatéral. L'acceptation du débiteur n'est point exigée. Il semble cependant qu'elle est toujours présumée. Aussi, la remise tombe si le débiteur déclare nettement la refuser. S'il a explicitement accepté, soit préalablement, soit subséquemment, le refus n'est plus possible.

Cependant, et par exception, la caution, le cessionnaire de la dette ne peuvent jamais refuser la remise de dette. La remise est si bien considérée comme une convention qu'elle est assimilée à un contrat translatif de propriété en ce qu'elle ne peut être consentie sous condition suspensive. La clause qui lui sera adjointe n'aura aussi aucune efficacité si elle n'est point en harmonie avec la nature même de la remise.

93. — La remise peut revêtir la forme d'une transaction ou d'une donation. La transaction n'apparaît, en effet, que comme une remise partielle de la dette si la chose reçue est de même nature que la chose due; ou comme dation en paiement, si elle est de nature différente. Dans les deux cas cependant, elle implique renonciation à une partie du droit.

La donation d'une dette, elle, n'est jamais possible que si elle est consentie au débiteur. Elle s'analyse alors en effet, en remise de dette. Aussi, l'acceptation explicite

du débiteur ne sera pas exigée dans la doctrine qui a prévalu.

Il faut enfin relever que la remise de dette concerne spécialement les dettes d'argent ou de biens fongibles. S'il s'agit de corps certains, l'on ne peut parler de remise.

La renonciation (*isqât'*) à certaines facultés ne saurait aussi être assimilée à la remise de dette.

94. — *Condition.* — La remise de dette n'est valable que si la dette existe. Mais il suffit qu'il y ait dette éventuelle. Ainsi, la caution peut faire remise au débiteur principal avant même qu'elle n'ait désintéressé le créancier. De même, le bailleur peut faire remise des loyers à devoir si la jouissance s'effectue. Mais on ne peut renoncer par anticipation à une dette encore à naître.

95. — *Effets.* — La remise de dette opère libération, soit extinction de la dette. Lorsqu'on parle de libération (*barâ'a*), il faut présumer qu'elle est résultée d'un paiement. La remise à titre gratuit ne se présume pas.

L'on trouve un exemple de libération résultant d'un paiement satisfactoire dans le papyrus 8011 Fayum de l'an 382 H. On y lit textuellement: « براءة قبض واستيفاء ». (V. *Arabischer*, p. 25-26).

96. — VI. *La prescription.* — La prescription (*taqâdum* ou *mud'iy az-zaman*), n'éteint pas, en principe, les obligations. Si l'on a pu accorder au temps un effet extinctif en matière pénale, la pérennité du droit est restée un principe intangible en matière d'obligations.

Telle est la pure doctrine. Aussi, la responsabilité civile survit-elle à la prescription de la peine.

Cependant, la pension alimentaire ne peut être réclamée s'il s'est écoulé « quelques mois » depuis son échéance. Encore est-il qu'il faut poursuivre immédiatement si un jugement n'a pas été rendu ou si une convention n'est pas intervenue entre les parties. Les auteurs expliquent cette exception en disant que la dette alimentaire est une obligation « faible ». Elle ne naît véritablement que si elle est étayée par une décision judiciaire ou une convention. La pension n'est due, en effet, que pour la subsistance et donc pour un besoin pressant, non pour un temps passé. Le cas de la pension alimentaire n'infirme ainsi que faiblement le principe posé.

97. — A une époque toute récente, les Sultans de Turquie ont, par des mesures d'ordre plutôt réglementaire signifié leur volonté — en vue d'éviter les fraudes — que les magistrats n'aient plus à connaître des procès où le droit invoqué était déjà exigible quinze ans avant l'instance. Une institution bizarre a ainsi vu le jour. Les auteurs n'ont cessé de proclamer les obligations imprescriptibles. Ils ont été acculés à distinguer entre le droit et l'action.

Mais, en fait, l'action elle-même ne peut être réputée éteinte par prescription. Le juge conserve en effet toujours le pouvoir de connaître de l'affaire si, dans le cas de l'espèce soumise, aucune fraude ne lui apparaît. C'est si bien une simple mesure réglementaire que d'aucuns se demandent s'il n'incombe pas à chaque nouveau sultan de renouveler expressément la défense faite par son prédécesseur.

98. — En droit, cependant, une quasi-prescription se trouve avoir été forgée de toutes pièces. Le débiteur aura selon cette institution le droit d'opposer une sorte

d'*exceptio doli* chaque fois que l'action aura été intentée après un délai de quinze ans. Le débiteur pourra toutefois renoncer à cette faculté en reconnaissant la dette.

Les auteurs ont développé que le délai ne courra point *contra non valentam agere*, soit contre les interdits, les absents et tous ceux qui étaient dans l'impossibilité d'agir. On a admis aussi qu'une poursuite en cours de délai interrompra la prescription, mais on exige qu'elle soit faite en justice.

99. — VII. *Autres modes d'extinction.* — L'obligation peut s'éteindre aussi par la perte de la chose. Ainsi en est-il en cas de société, de louage. De même, le terme extinctif vient mettre fin à l'obligation du bailleur, du commanditaire.

Le décès du débiteur insolvable éteint enfin définitivement la dette qui ne passe pas aux héritiers.

Dans la théorie de la preuve, certains faits tels que la dénégation (*guh'ûd*) emportent aussi extinction de l'obligation.

100. — La novation n'existe pas comme mode d'extinction. Il va sans dire que les parties peuvent toujours révoquer par *mutuus dissensus* le contrat, puis en conclure un autre. Il y aura eu extinction puis naissance d'une nouvelle obligation. Mais c'est une pure application des principes généraux. Le terme *Istibdâl*, si fréquent, ne veut pas dire autre chose que dation en paiement.

5. - Transmission de l'obligation.

101. — Il faut examiner la transmission d'abord du point de vue actif, ensuite du point de vue passif. On verra

que les règles sont diamétralement opposées. L'obligation est intransmissible activement entre vifs, transmissible à cause de mort. Elle est, par contre, transmissible passivement entre vifs, intransmissible à cause de mort.

102. — I. *La transmission active.* 1°) *Entre vifs.* La transmissibilité des créances n'a jamais été admise en droit musulman. Cette intransmissibilité n'est pas cependant fondée sur l'idée de personnalité du lien obligatoire (*intuitus personae*). Elle tient à une toute autre raison. La créance, droit incorporel disent les auteurs, ne peut faire l'objet d'une aliénation quelconque.

Ce principe, dont l'importance pratique est considérable, est d'application générale. Ainsi, l'on ne peut vendre son droit à la rétribution que verse la Caisse publique sous le nom de *Gâmkiyya*. On ne peut aussi partager les créances entre les héritiers. L'obligation de livrer les choses fongibles ne peut enfin être cédée.

Cependant, l'on admet que la créance puisse être cédée au débiteur. Ce sera en fait une remise de dette ou une dation en paiement, selon les cas. Ce ne sera donc pas une cession de créance proprement dite. Toute cession de créance est sinon nulle du moins irrémédiablement viciée.

103. — La pratique a cependant réagi contre un principe aussi inconciliable avec ses besoins.

Ainsi, le créancier pourra donner mandat de recevoir, et consentir en même temps donation de la dette à une tierce personne. Celle-ci pourra en vertu du mandat recouvrer la créance puis s'en attribuer l'émolûment en vertu de la donation. Mais ce moyen n'opère pas transmission de la créance. Le mandataire reste d'ailleurs toujours menacé d'une révocation tant qu'il n'a pas reçu paiement.

On a imaginé d'autres moyens. Le créancier peut ainsi déclarer devant témoins qu'il n'est qu'un simple prête-nom. Il donnera ensuite mandat au véritable titulaire du droit. Sa déclaration n'est guère efficace à l'égard du débiteur s'il n'y a pas eu mandat. Cependant dans la théorie de l'action, si le débiteur nie complètement toute dette, le cessionnaire pourra être admis à établir à son encontre le fait de la déclaration et le contraindre ainsi à payer entre ses mains.

Dans les formulaires, on remarque que les auteurs conseillent toujours d'écrire dans les titres de créance que le débiteur devra payer à la personne qui poursuivra. Cette clause facilitera le mandat de recevoir, car avec cette acceptation le débiteur ne pourra plus s'opposer à la représentation en justice du mandataire. On sait en effet que dans l'enseignement d'Abu-H'anifa, on ne peut sans motif légitime se faire représenter en justice.

Cette formule est d'ailleurs bien entrée dans la pratique puisque nous la découvrons dans un papyrus daté de l'an 233 H. relevé par Grohmann (t. II, p. 98) et contenant une reconnaissance de dette (*mahr*).

104. — *Subrogation.* — La succession à la créance d'autrui n'est même pas possible par voie de subrogation.

Ainsi, l'on ne peut stipuler en payant pour autrui que ce paiement est fait contre cession des droits du créancier. Cette solution a cependant été contestée.

Légalement, la subrogation n'a pas lieu au profit du mandataire de payer. Il est en effet unanimement admis que celui-ci ne peut recourir que pour ses débours. Cependant, la subrogation légale a été admise dans deux cas:

(a) le paiement de la caution, (b) le paiement du cessionnaire de la dette.

105. — 2°) *A cause de mort.* — Les créances se transmettent aux héritiers. Du côté actif, les héritiers continuent en effet la personne du *de cujus*. La créance se transmet donc avec toutes ses modalités. Elle reste à terme. La résolution pourra être poursuivie contre l'héritier.

Cependant, la transmission n'a pas lieu si la succession est insolvable. La succession est alors réputée demeurer grâce à une fiction de survie — la propriété du *de cujus*. Chacun des héritiers pourra poursuivre en qualité de représentant du *de cujus* pour toute la créance, mais le paiement devra s'effectuer entre les mains de tous les héritiers, chacun pour sa part.

106. — II. *La transmission passive.* 1°). *Entre vifs.* — Le caractère objectif de la notion d'obligation, ainsi qu'on le verra, a permis d'envisager la possibilité d'une transmission passive. C'est l'institution de la *h'awâla*. Institution vraiment originale « assez souple pour remplir à la fois, le rôle de la délégation, de la cession de créance, du mandat de recevoir, de payer, de l'ouverture de crédit ». (Huvelin, *Annales de droit commercial*, 1901, p. 1 et s.).

Elle est envisagée par les auteurs surtout comme une sûreté, à l'instar du cautionnement. Elle apparaît cependant, en fait, comme un moyen de règlement de la dette. Elle rappelle la lettre de change. Ainsi, l'on peut y retrouver l'idée de provision. Dans la *h'awâla* aussi, le créancier exerce un recours contre le débiteur primitif en cas d'insolvabilité du nouveau débiteur. Il est d'ailleurs

suggestif qu'elle soit rapprochée de la *suftaga* ou contrat de change (*cambium trajectitium*) par tous les auteurs. On peut, à son occasion, relever l'une des traces de l'influence incontestable du droit musulman sur le droit commercial européen du Moyen Age. (Cf. Le mot aval est une déformation du mot *h'awâla*. HUVELIN, *loc. cit.*).

107. — Ici, elle nous intéresse comme moyen de transmission de la dette. La transmissibilité n'a d'ailleurs pas été acceptée sans difficulté. L'on a voulu tourner la difficulté en disant que la seule *haftung* est transmise tandis que la dette reste à charge du débiteur primitif. Mais c'est là une pure distinction théorique. En fait, la dette est bien transmise au nouveau débiteur.

108. — *Conditions.* — (a) Pour que la cession de dette puisse avoir lieu, on exige le consentement du créancier et celui du nouveau débiteur. Le consentement du débiteur primitif n'est point nécessaire. Mais il ne pourra subir le recours du *solvens* s'il n'a pas donné son consentement.

(b) Il faut qu'une dette existe à la charge du cédant. S'il n'existe pas de dette, la *h'awâla* sera un simple mandat de recevoir. Par contre, l'existence d'un lien de droit entre le cédant et le cessionnaire n'est point exigée. S'il y en a un, le bien détenu ou la dette due constitue une provision pouvant être affectée à la cession de dette. Si l'affectation a eu lieu, la cession tombera au cas où le bien vient à périr ou la dette est déclarée inexistante. La provision n'est cependant point considérée comme la propriété du créancier quoique le cédant ne puisse plus rien réclamer de la chose affectée.

109. — *Effets entre créancier et débiteur primitif.* Le débiteur primitif ou cédant est complètement libéré, lui et ses cautions. La dette cependant renaît à sa charge si le cessionnaire meurt insolvable ou s'il dénie la dette sans que le créancier ait les moyens de la prouver.

Si c'est le cédant qui meurt, le créancier pourra concourir sur sa succession avec les autres créanciers. Sa succession comprendra le bien affecté.

110. — *Effets entre créancier et cessionnaire.* — C'est le cessionnaire qui sera débiteur. C'est à lui qu'il sera fait remise valable. Il sera tenu dans les mêmes conditions que le débiteur primitif. Ainsi, si la dette de ce dernier était à terme, le nouveau débiteur en bénéficiera. Le gage consenti par le premier débiteur ne garantira cependant pas la dette du nouveau débiteur. Le nouveau débiteur ne pourra enfin opposer des exceptions afférant à la dette cédée. Ainsi, s'il s'agit d'illicéité.

111. — *Effets entre cédant et cessionnaire.* — Le cessionnaire aura un recours contre le cédant après paiement, à moins que la compensation ne se soit effectuée avec la chose affectée ou qu'il n'y ait pas eu consentement du cédant.

Le recours aura pour objet la créance même acquittée, en vertu de la subrogation.

112. — *Rôle pratique.* — On peut dire que la cession de dette a suppléé en fait au rôle que devait jouer la cession de créance. L'on remarque en effet dans les formulaires, que l'acceptation du débiteur est toujours stipulée, pour le cas où le créancier voudrait affecter ce qu'on lui doit à une

cession de dette. On aboutit ainsi au même résultat pratique qu'avec la cession de créance.

D'ailleurs, la cession de dette est préconisée comme un moyen détourné d'aboutir à la cession de créance. Ainsi, si l'un des héritiers veut céder son droit de créance à son cohéritier, il peut vendre une chose dérisoire contre la créance et consentir ensuite une cession de dette. (V. un jugement où il est question de cession de dette dans *Archives du Tribunal Char'i du Caire*, Reg. 84, sub n° 743. — Jugement rendu en l'an 934 H.).

113. — 2°) *A cause de mort.* — La transmissibilité se heurte ici à l'un des principes les plus incontestables du droit musulman. Les dettes ne sont jamais dues par les héritiers ni sur leurs personnes ni sur leurs biens. Seule la succession du *de cujus* en répond. Les héritiers ne continuent donc pas la personne de leur auteur du point de vue passif. C'est pourquoi toutes ces dettes deviennent exigibles. Cependant, les héritiers peuvent toujours désintéresser les créanciers afin de s'approprier les biens de la succession. Il faut remarquer aussi que la remise à eux consentie est valable.

DEUXIÈME SECTION.

Sources de l'obligation.

114. — Il est vain de chercher une classification quelconque des sources de l'obligation dans les textes. En fait, l'obligation naît soit d'un acte juridique: accord de volontés ou volonté unilatérale, soit d'un fait juridique: dommage ou enrichissement injuste. La loi peut parfois être une source directe de certaines autres obligations, comme aussi parfois la naissance de l'obligation peut être retardée jusqu'au jour du jugement. Nous parlerons: 1°) de l'acte juridique, 2°) du fait dommageable, 3°) du fait de l'enrichissement injuste.

I. — DE L'ACTE JURIDIQUE. THEORIE GENERALE DU CONTRAT ET DE LA DECLARATION UNILATERALE.

1. - Notions générales. Classifications.

115. — Le contrat implique essentiellement une offre et une acceptation, donc un accord de volontés. La définition classique du contrat ne dit pas que c'est un accord de volontés *créateur d'obligations*. Comme tout a été envisagé sous un jour objectif, le contrat n'est aperçu qu'à travers ses résultats ultimes. Le contrat est ainsi défini "un accord de volontés créateur d'un nouvel état de choses". (A rapprocher de la définition du contrat anglais d'après Pollock).

Certains auteurs considèrent que le contrat ne peut exister comme tel, que s'il est destiné à créer un nouvel état de choses dans un temps futur. Si cet état est réalisé aussitôt le contrat conclu, il est oiseux de parler de contrat. Tel est le cas de la vente par tradition.

Il est unanimement reconnu par ailleurs qu'il n'y a contrat que s'il y a intention de s'obliger, *negotii contrahendi causa*. Ainsi la simple tolérance ou *Ibâh'a* ne lie pas. De même en est-il des simples promesses ou *'Idât*. Les promesses et les tolérances n'ont aucune efficacité: ce ne sont point des contrats.

116. — *Théorie de l'unité du contrat.* — Le contrat est considéré comme un tout indivisible. Cette conception se trouve avoir des répercussions éloignées dans la pratique. Ainsi, s'il apparaît que l'un des deux esclaves vendus était libre, le contrat tombe pour le tout. C'est en vertu de cette même idée que l'on ne peut accepter l'offre pour une partie, même s'il s'agit de deux choses distinctes. De même l'offre adressée à plusieurs ne peut être acceptée par l'un, refusée par l'autre, et l'offre adressée par plusieurs ne peut être acceptée pour la part de l'un d'eux seulement.

Mais il ne suffit pas que le contrat soit considéré comme un tout. Il faut que dans sa construction, il réponde, en fait, à cette idée d'unité. Unité de l'acte: ainsi un seul et même contrat ne peut englober deux *negotia* à la fois. Unité de temps: le contrat doit être conclu dans une seule séance de temps. Unité de lieu: le contrat en principe doit être conclu dans un seul et même lieu. Si l'un des contractants se déplace, l'autre doit aussitôt le suivre, dit un adage. En somme, le phénomène contractuel doit se dérouler sous le signe des « trois unités ».

Cependant, des modifications peuvent toujours être introduites dans le contrat. Elles s'y insèrent pour en faire partie intégrante. Ainsi, l'acheteur peut, d'accord avec le vendeur, augmenter le prix, le diminuer, obtenir un terme.

Il faut faire observer qu'il n'y a jamais un seul tout qu'autant que le contrat a été conclu par une seule déclaration. En effet, si plusieurs déclarations ont été émises, il y aura autant de contrats que de déclarations.

Il en est de même si un prix spécial a été stipulé pour chacun des objets vendus par une seule et même déclaration. Cette solution est cependant controversée.

Dans les actes de la pratique, l'expression « *s'afqa*

wâh'ida » ou « un seul tout » est très souvent insérée. (V. Papyrus Fayum, N° 20, 8057, *Arabischer*, p. 52). On entend par là que le contrat a été accepté en bloc et ne saurait être fractionné.

117. — *Le problème de la liberté contractuelle.* — Les contrats sont énumérés dans les ouvrages suivant un ordre arbitraire et d'ailleurs variable. Les auteurs consacrent un livre à l'étude de chaque contrat, mais on ne trouve nulle part une théorie générale du contrat. Est-ce à dire que l'accord des volontés doit être moulé dans l'une des formes consacrées? En d'autres termes, que vaut le contrat innommé?

Nous remarquons que l'étude de chaque contrat nommé commence généralement par un préambule où l'on prend soin de déclarer que le contrat est possible en vertu soit de tel texte, soit de l'usage, soit de l'*omnium consensus* ou même simplement en raison de son utilité pratique.

En fait, tout accord de volontés est efficace pourvu qu'il ne déroge pas aux principes établis. Si, d'après les normes admises, le contrat a un objet possible, des sujets capables et qualifiés pour agir, le droit ne peut que naître. (AL-KASANI, V, 259). Ces règles et normes pourront même être transgressées si l'usage ou l'*omnium consensus* ont créé des formes de contrats qui leur sont contraires. Ainsi, le louage et la *locatio operis* sont valides malgré l'absence d'une condition considérée comme essentielle, à savoir l'existence certaine et actuelle de l'objet. Mais ces contrats ne seront valides que dans la mesure exacte où ces formes ont été légitimées par l'usage. Pour les autres formes possibles, les règles reprendront leur empire absolu. Ainsi, louer des arbres pour y suspendre la lessive, louer des habits pour les

étaler, sont des formes de contrat de louage que la pratique n'a pas légitimées. Elles ne seront donc pas valides.

Les usages, cependant, pas plus que les accords particuliers ne pourront jamais contrevenir aux règles édictées non pas dans l'intérêt des particuliers, mais dans l'intérêt de la société.

On parle dans ces cas de « droit de Dieu » ou « droit de la législation » (*h'aq ach-char'*). Ainsi en est-il de la défense d'usure. La transaction ne peut, pour cette raison, avoir pour objet les pénalités, les témoignages. L'usage ne pourra aussi jamais légitimer les contrats dont l'objet est déclaré illicite par la morale ou la religion.

Mais les accords de volonté doivent, en outre, obéir aux règles de fond établies pour les contrats. Ainsi, leur objet doit toujours avoir une existence actuelle, être parfaitement déterminé, certain, non aléatoire. C'est pourquoi, le contrat d'entreprise n'est pas possible. L'engagement de chacun des contractants doit aussi avoir son équivalent dans l'engagement correspondant. C'est pourquoi, le prêt ne pourra jamais être consenti avec terme.

Ces règles de fond ou règles impératives englobent aussi celles qui constituent les éléments essentiels d'un contrat nommé déterminé. Le contrat ne saurait conserver sa nature, si elles sont méconnues. Ainsi en est-il de la vente sans détermination du prix, de la donation irrévocable. Les règles tracées pour la répartition des risques ne sauraient elles aussi être modifiées par les parties. Ainsi, l'on ne peut stipuler que le mandataire devra répondre de la perte fortuite de la chose.

C'est ainsi que le champ des prescriptions impératives se trouvant démesurément étendu, la liberté contractuelle est, en conséquence, réduite à des limites étroites.

L'on peut, cependant, disposer d'un droit accordé dans l'intérêt particulier de celui qui dispose. Ainsi, l'on peut renoncer au droit de résolution pour vice rédhibitoire. Les conventions qui ne méconnaissent pas des règles essentielles sont aussi efficaces. Ainsi, si les fruits pendants à l'arbre appartiennent au vendeur, une convention peut en attribuer la propriété à l'acheteur.

Si d'ailleurs un accord quelconque ne peut être adapté à l'une des formes connues, il sera cependant validé s'il obéit aux règles essentielles d'un autre contrat nommé. On peut même le décomposer afin de le valider selon les deux contrats à la fois.

On verra plus loin, que pour la plupart des cas, ces accords de volontés inefficaces en eux-mêmes, donnent néanmoins ouverture à des actions *in rem verso* s'il y a eu exécution. Ce sont des contrats viciés.

118. — *Théorie de la clause adjointe.* — La liberté contractuelle est encore restreinte par suite de l'inefficacité des clauses adjointes au contrat. En principe, les clauses adjointes *in continenti* n'ont aucune efficacité, qu'il s'agisse de contrats à titre onéreux ou désintéressés. Cependant, les contrats à titre gratuit restent valides, tandis que les contrats à titre onéreux sont eux-mêmes viciés par l'insertion de la clause. Dans la première catégorie, on rencontre la donation, le prêt, le gage, le cautionnement, le mandat, la société, la cession de dette et le testament. Dans la seconde, la vente, le louage, le métayage, l'amodiation, le partage et la transaction.

119. — La clause ne sera nulle et ne viciera le contrat que si elle n'est pas impliquée par la nature du contrat

ou si elle ne s'intègre pas harmonieusement dans sa structure.

Elle n'est donc considérée comme clause adjointe que si elle est tout à fait étrangère au contrat. Elle est alors appelée « vicieuse » par les auteurs. Mais ici encore, l'usage peut venir battre en brèche cette règle cependant impérative.

Cette répugnance à l'adjonction des clauses répond à l'idée d'unité et de simplicité à laquelle le contrat doit, ainsi qu'on l'a vu, obéir. En d'autres termes, il ne faut pas qu'il y ait un contrat dans le contrat. On peut dire aussi qu'elle rompt l'équilibre du contrat. C'est pourquoi d'ailleurs la clause n'est considérée vicieuse que si elle comporte pour l'un des contractants ou pour un tiers un profit quelconque.

Ainsi, le vendeur ne peut stipuler qu'il conservera la jouissance de la chose vendue pendant un certain laps de temps; l'acheteur ne peut stipuler que le vendeur devra confectionner l'étoffe achetée. C'est en vertu de cette même idée que la vente ne pourra être conclue pour un temps limité, ou avec une clause d'inaliénabilité. C'est pourquoi aussi l'obligation de livrer la chose ne peut être à terme.

Si la clause ne comporte pas d'intérêt, elle est complètement nulle et ne saurait vicier le contrat. Ainsi en est-il si le vendeur stipule que l'acheteur ne pourra jouir de la chose vendue, ou qu'elle devra être brûlée ou détruite.

120. — Les clauses *essentialia* et *naturalia* sont par contre valides tout autant que les clauses légitimées par l'usage. Ainsi, stipuler expressément l'obligation de payer le prix, le droit de rétention de la chose vendue, c'est stipuler des clauses *essentialia* que le contrat implique nécessairement avant toute stipulation.

De même, la stipulation d'un gage ou d'un cautionnement est une clause qui ne fait qu'assurer l'exécution du contrat. Elle s'y intègre donc harmonieusement. Nous l'appellerons *naturalia*.

Si l'on a stipulé un terme pour le paiement du prix, si un cordonnier s'engage en outre à ressemeler les chaussures pendant un an, le contrat sera affecté d'autant de clauses *accidentalia* qui ne seront valides qu'en raison du seul usage. Il en est de même de la faculté de dédit.

121. — Il faut remarquer que si la clause est immorale, elle est nulle et ne peut que vicier le contrat. L'on ne peut ainsi stipuler que l'esclave devra être cantatrice. Il en est de même de la clause qui fait pénétrer l'aléa dans le contrat.

122. — Dans le droit pratique, on peut relever une réaction contre les difficultés opposées à la liberté contractuelle. C'est ainsi que l'on prend toujours soin de déclarer que cette clause ne fait pas partie du contrat, qu'elle a été stipulée *ex intervallo*. Dans les formules de contrat, on déclare aussi toujours que le contrat a été conclu libre de toute clause. (V. Papyrus N° 61, Grohmann, III, 165).

123. — *Verbalisme.* — En principe, tout formalisme est absent. Les contrats sont conclus et engendrent des obligations sans besoin de solennité quelconque: gestes, rituels, etc. C'est là l'une des caractéristiques fondamentales du droit musulman. Le contrat de mariage seul n'est parfait que s'il a été conclu devant témoins. Est-ce à dire que *consensus solus obligat?*

Il est à remarquer que pour chaque contrat, les auteurs énumèrent les termes qui peuvent servir à exprimer la

volonté des contractants. On prend, il est vrai, toujours soin de dire que ce ne sont là que des termes possibles, que le contractant peut en employer d'autres, pourvu qu'ils expriment le sens voulu. La dénomination donnée ne sera d'ailleurs pas considérée, si, en fait, le contrat, dans sa teneur, répond à une autre dénomination. Ainsi, si l'on déclare accepter le cautionnement d'une personne tout en libérant le débiteur principal, on n'aura en fait qu'accepté une cession de dette.

124. — Cependant, tout ce qui précède n'empêche point que le contrat n'est guère conclu que si certains mots sont prononcés. Il existe donc un formalisme spécial que nous appellerons « verbalisme ». C'est un vestige de la vieille puissance magique du verbe, du mot rituel qui lie. C'est la *s'îgha*. Cette *s'îgha* peut prendre diverses formes ou *s'ûra* mais il faut qu'elle existe. La volonté qui s'exprime par d'autres moyens, ainsi un signe de tête, ne saurait lier, à moins qu'il ne s'agisse d'un muet. L'écrit lui-même ne saurait lier que si les paroles n'ont pu être prononcées en raison d'une circonstance spéciale.

125. — C'est pourquoi la simple tradition a donné lieu à beaucoup de difficultés. Il semble qu'elle n'a d'abord été admise à suppléer aux mots qu'en ce qui concerne les *res viles*. Dans une certaine doctrine, il faut qu'il y ait eu exécution des deux côtés, soit, dans la vente, paiement du prix et remise de la chose. Pour d'autres, il suffit mais il faut qu'il y ait eu livraison de la chose. Si donc l'on a fini par admettre la possibilité de contracter sans échanger des « mots », il a toujours fallu les remplacer par un acte extérieur « *fi'l* », tout comme le mot qui est, lui aussi, disent certains auteurs, un acte extérieur.

126. — Le principe est cependant resté qu'une parole doit être prononcée. Cette parole devra même remplir certaines conditions de forme. Elle devra exprimer l'obligation que le contrat doit créer au moyen d'un verbe mis à un temps passé ou au temps présent. Tout autre mot exprimant la perfection de l'action est aussi valable. Cette condition n'est cependant exigée que pour la pollicitation. Si donc on s'est exprimé au futur, l'on ne sera guère obligé même si l'on a entendu en fait s'obliger. Par contre, disent les textes, le temps passé oblige sans qu'il y ait lieu de rechercher l'intention du contractant. Cette intention est cependant à rechercher si l'on a employé le temps présent.

127. — Le contrat est donc en principe *verbis*. Le *nudus consensus*, n'étant qu'un principe de morale, doit rester étranger à la computation juridique qui ne table que sur des éléments objectifs. (AS'-S'AN'ANI, *Subul as-salâm*, IV, 213).

Remarquons, en dernier lieu, que l'écrit joue un rôle très secondaire en droit musulman, même comme moyen de preuve. L'écrit, en effet, qui constate un *negotium* ne constitue une preuve de la conclusion du *negotium* que si des témoins ont assisté à sa conclusion.

128. — *Contrats réels*. — Cependant certains contrats ne sont parfaits que s'il y a eu remise matérielle de la chose. Il ne suffira donc pas ici d'échanger des déclarations de volonté. Ce sont les contrats de prêt, de commodat, de gage, de donation.

Est-ce à dire que le contrat lui-même n'est pas formé tant que la remise ne s'est pas effectuée? Les textes con-

sidèrent la tradition comme une condition de validité du contrat déjà formé par le simple accord.

En fait, cependant, le contrat n'est pas seulement vicié, il est dénué de toute efficacité avant la livraison. Ainsi, dans le gage, le débiteur gagiste est, tant qu'il n'a pas remis l'objet du gage, délié de tout lien. Le créancier ne peut le contraindre à lui en faire livraison. De même, le donateur ne peut être obligé de livrer la chose donnée. Il peut se dégager du lien sans qu'il y ait lieu à révocation. Le lien qui existe est ainsi purement illusoire. On peut donc dire que le contrat n'existe que depuis la remise effective de la chose. On peut même dire, en s'appuyant sur des textes, que les obligations ne naissent point ici du contrat, mais de la remise elle-même.

Il en est autrement dans les contrats de change (*s'arf*) et de vente à terme (*salam*), où la remise actuelle est exigée pour écarter la suspicion d'usure. Le contrat dans ces cas existe, mais il sera vicié.

129. — *Classifications des contrats.* — Les contrats de caractère patrimonial sont étudiés par AS-SARAKHSI (438 H.) dans l'ordre suivant, mais séparés parfois les uns des autres par des chapitres étrangers aux contrats: (1) le dépôt, (2) le commodat, (3) la société, (4) la donation, (5) la vente, (6) le louage, (7) le mandat, (8) le cautionnement, (9) le transport de dette, (10) la transaction, (11) le gage, (12) la commandite, (13) le métayage, (14) le testament.

Dans AL-MARGHINANI (593 H.) et tous les commentateurs: (1) la société, (2) la vente, (3) le cautionnement, (4) le transport de dette, (5) le mandat, (6) la transaction, (7) la commandite, (8) le dépôt, (9) le commodat, (10) la donation, (11) le louage, (12) l'amodiation des arbres et le métayage, (13) le gage, (14) le testament.

AL-KASANI (586 H.) suit un ordre différent: (1) le louage, (2) la *locatio operis* ou vente à livrer, (3) la vente, (4) le cautionnement, (5) le transport de dette, (6) le mandat, (7) la transaction, (8) la société, (9) la commandite, (10) la donation, (11) le gage, (12) l'amodiation et le métayage, (13) le dépôt, (14) le commodat, (15) le prêt, (16) le testament.

AL-QUDURI (428 H.) dans un manuel élémentaire a suivi, nous semble-t-il, l'ordre le plus rationnel: (1) la vente, (2) le gage, (3) le louage, (4) la société, (5) le mandat, (6) le cautionnement, (7) le transport de dette, (8) la transaction, (9) la donation, (10) le dépôt, (11) le commodat, (12) l'amodiation et le métayage, (13) le testament.

La vente est, en effet, le contrat type. Il importe de l'étudier en premier lieu. On remarquera qu'AL-KASANI a consacré un chapitre spécial au prêt, ainsi qu'à la vente à livrer. Ces deux contrats sont généralement traités avec la vente par les autres auteurs.

130. — Diverses classifications ont été envisagées par les auteurs. Ainsi parlent-ils des contrats à titre onéreux ou *mu'âwad'ât*. Il s'agit alors surtout de la vente, du louage, de la transaction, soit exactement des contrats qui opèrent une translation réciproque de biens.

Les libéralités ou *tabarru'ât* sont: la donation, le testament, le commodat et la remise de dette.

Les semi-libéralités ou *tabarru'ât ibtidâ'an*, sont le prêt, le cautionnement, le transport de dette.

On rencontre encore d'autres groupements. Ainsi, les

dépôts qui sont: le dépôt proprement dit, le commodat, le gage, la société; les mandats qui sont: le mandat proprement dit, la société, la commandite; les sûretés: le cautionnement, le transport de dette; les permissions: le commodat, le mandat, la commandite; les renonciations telles que la remise de dette.

La parenté entre vente et louage est très sensible, de même entre le dépôt et le commodat; le cautionnement et le transport de dette.

131. — On divisera simplement tous les contrats en trois groupes. (1) Les contrats à titre onéreux qui correspondent à peu près aux *mu'âwad'ât*. Ce sont: la vente, le louage, la transaction, la société, la commandite, l'amodiation des arbres, le métayage. (2) Les contrats désintéressés qui correspondent aux *tabarru'ât ibtidâ'an:* le prêt, le commodat, le dépôt, le gage, le mandat, le cautionnement, le transport de dette. (3) Les contrats à titre gratuit qui correspondent aux *tabarru'ât:* la donation, le testament.

132. — Il faut enfin relever qu'on rencontre au chapitre de la vente des formes spéciales de ce contrat dont les plus importantes sont le *salam* ou vente à terme, le *s'arf* ou contrat de change, la *murâbah'a* ou vente à bénéfice dans laquelle le vendeur est tenu de déclarer le prix d'achat de la chose qu'il désire vendre, la *tawliya* ou vente à prix réduit. Dans une forme de la commandite, le *ibd'â'*, le commandité n'a pas part aux bénéfices: c'est un simple mandataire.

On a vu que le jeu et le pari ne sont admis que dans des limites très étroites. C'est d'ailleurs la seule forme possible de contrat aléatoire.

On relèvera le caractère contractuel particulier de la donation, du commodat et du cautionnement à propos de la déclaration unilatérale.

2. - La volonté déclarée.

133. — On a vu que la simple volition interne ne suffit pas pour la formation du contrat. Il faut que la volonté soit déclarée.

Le contrat sera formé une fois que l'échange de déclarations de volonté a lieu. On n'aura alors à considérer que ces déclarations, abstraction faite de la volonté réelle du contractant dont elles peuvent être la traduction plus ou moins exacte. Ce sont les paroles par lesquelles s'expriment et l'offre et l'acceptation qui font le contrat.

C'est pourquoi, le silence ne peut, en principe, valoir acceptation. Le louage peut cependant se renouveler par tacite reconduction et le mandataire en exécutant le mandat est présumé accepter. Mais, en règle générale, le silence n'a point d'effet, à moins qu'il ne s'agisse de renonciations.

La déclaration de volonté émanant d'une personne démente n'a point d'efficacité. Le contrat sera, pour cette raison, nul. De même, la déclaration exprimée par jeu sans qu'il y ait volonté sérieuse de s'engager.

134. — *Théorie de la simulation.* — La déclaration n'aura aucun effet si elle n'est pas sérieuse. Il en est ainsi si elle est purement apparente ou émise par jeu. Mais la déclaration ne pourra être détruite par la recherche de la volonté réelle. Il faut pour qu'elle soit nulle qu'une contre-déclaration antérieure ou concomitante soit venue la détruire.

Le contrat apparent n'aura donc pas d'effet. La

propriété ne sera pas transférée si la vente est simplement simulée, même si la chose a été remise. Dans une certaine doctrine, cependant, le contrat ne sera que vicié. En fait, une confirmation des deux parties peut ici donner au contrat nul, toute son efficacité.

135. — D'après une version non-accréditée, seule la déclaration apparente aura efficacité, malgré la contre-déclaration. Cette doctrine n'a pu prévaloir. Cependant, la qualité des espèces avec lesquelles le prix devra être payé sera celle du contrat apparent, non celle indiquée par la clause secrète. Cette exception est due à l'idée d'unité du contrat.

136. — La simulation ou *hazl* est parfois nécessitée par la crainte d'une prépotence. Elle sera alors appelée *talgi'a*. En fait, les textes ont fini par identifier les deux notions. La preuve de la contre-déclaration peut toujours être fournie par l'une des deux parties contractantes, sauf dans la doctrine de la version non-accréditée. Mais la simulation ne saurait être présumée.

137. — Les actes apparents ont pu, grâce à la théorie de la simulation, être préconisés comme moyens détournés ou *h'iyal*, dans le droit pratique. Tant qu'ils n'ont pas été accompagnés de contre-déclaration, ils tirent en effet toute leur efficacité. Par ailleurs, la contre-déclaration reste toujours inconnue des tiers. Il faut ajouter que dans la théorie de l'action suivant Abu-H'anifa, l'on n'est pas admis à faire la preuve d'un fait contraire à sa propre déclaration. Malgré le fait contraire patent, l'aveu se suffit ainsi à lui-même. C'est pourquoi, le prête-nom peut toujours pour son propre compte, se déclarer après le contrat et transférer ainsi le bénéfice de l'acte au titulaire réel. Cependant, cette déclaration n'aura aucun effet à l'égard de l'autre partie contractante.

138. — La simulation est répudiée en matière de mariage, de divorce et d'affranchissement. (Comp. Demogue, *Des Oblig.*, t. I, p. 267, n° 164). L'acte apparent liera ici malgré la contre-déclaration.

Par contre, la déclaration de volonté est parfois réputée simulée de plein droit sans contre-déclaration. Elle sera de plein droit annulée ou réduite à ses limites véritables. Ainsi, le mandataire ne pourra vendre à ses proches parents, le bien dont la vente lui a été confiée. De même, une personne ne peut vendre, dans sa dernière maladie, ses biens à l'un de ses héritiers, et ne peut consentir à un étranger une donation au delà de la quotité disponible. En vertu de la même idée, on ne pourra se reconnaître débiteur envers sa femme après l'avoir répudiée durant la dernière maladie. La dette sera, dans ce cas, réduite à la part successorale.

139. — *L'offre et l'acceptation.* — Les deux déclarations de volonté sont appelées *Igâb* (offre) et *Qabûl* (acceptation). La première en date c'est l'offre, la seconde, c'est l'acceptation.

Il va sans dire que le contrat n'existe qu'en tant qu'il y a conformité absolue entre l'offre et l'acceptation.

La déclaration de l'offre ne lie pas à elle seule le déclarant, en principe, réserve faite des cas de déclaration unilatérale. Aussi le pollicitant pourra-t-il toujours retirer son offre tant qu'elle n'a pas été acceptée par l'autre partie.

140. — *Théorie de la séance contractuelle.* — L'offre du pollicitant tombe si la séance contractuelle est levée

avant l'acceptation. La théorie de la séance contractuelle impartit ainsi un délai, après lequel la pollicitation tombe, de plein droit. Par contre, le cocontractant peut toujours accepter tant que la séance n'est pas levée. Il n'est pas tenu d'accepter immédiatement.

On entend par séance contractuelle, tout le temps que dure la rencontre des deux contractants aux fins de conclure le contrat. La séance est levée dès qu'ils se séparent, ou même si, avant de se séparer, il n'est plus question entre eux du contrat. Les auteurs ont poussé le formalisme de cette théorie à des limites impossibles. Ainsi, le contractant qui se lève ou qui marche a aussitôt rompu la séance. Il en sera de même s'il vaque à une autre occupation. Si les deux contractants se sont levés à la fois pour se mettre en marche, la séance est levée. S'ils étaient déjà en marche, les déclarations devront nécessairement être concomitantes. Autrement, disent les auteurs, l'acceptation aura eu lieu après que l'acceptant aura bougé.

141. — L'explication de cette conception se résume à dire que l'acceptation doit suivre immédiatement l'offre pour qu'un lien puisse se nouer. Cette condition étant difficile à réaliser, on a eu recours à la fiction de la séance contractuelle qui fait de cette séance une unité de temps et de lieu.

Le testament fait cependant exception puisque l'acceptation du légataire doit avoir lieu après le décès du testateur.

On relèvera enfin dans un papyrus de l'an 423 H. (Grohmann, III, p. 165, n° 61) une allusion à cette théorie :

« وتفرقا بابدانهما بعد تمام البيع ».

Elle semble cependant se rattacher à la conception cha-

féite. Grohmann a dû lire تعرفا pour traduire « and they both know each other by their persons ».

142. — *Entre absents.* — Cependant, le contrat entre absents est possible. La déclaration du pollicitant pourra être, dans ce cas seulement, écrite. A la réception de la missive, la séance contractuelle sera réputée tenue. La personne, à qui elle s'adresse, devra alors accepter, avant la levée de la séance. Le pollicitant pourra aussi envoyer un messager qui proférera à sa place les termes requis. L'acceptation devra alors avoir lieu à la réception du message.

L'acceptant pourra aussi déclarer son acceptation par écrit. Le pollicitant qui a envoyé son offre par correspondance peut la retirer avant l'acceptation, tout comme pour la pollicitation verbale.

143. — Le problème du contrat par correspondance est ainsi résolu dans le sens de la théorie de l'émission. En règle générale d'ailleurs, le contrat n'est formé que si la déclaration du pollicitant a été entendue de l'autre partie. La seule déclaration ne suffit donc pas, il faut qu'elle soit parvenue à la connaissance de l'autre partie. Mais il n'est pas nécessaire que l'acceptation soit à son tour parvenue à la connaissance du pollicitant. Le contrat existe dès le moment où l'acceptation a été prononcée.

144. — Il ne suffit toujours pas que la pollicitation parvienne à la connaissance de l'autre partie par hasard. Il faut qu'il y ait eu message écrit ou verbal.

3. - La volonté réelle.

145. — Quoique ce soit la volonté déclarée et non

la volonté réelle qui forme le contrat, il n'est pas moins vrai que si la volonté réelle est différente de la volonté déclarée, le contrat se trouvera invalidé.

La déclaration a été voulue, mais l'effet du contrat n'a pas été voulu. Le contrat existera donc, mais ses effets seront incomplets.

On passera en revue les cas où la volonté déclarée ne correspond pas à la volonté réelle. Ce sont: (1) la violence, (2) le dol, (3) la lésion, (4) l'erreur, (5) l'incapacité.

146. — I. *La violence.* — C'est le vice fondamental en droit musulman. Aussi les auteurs lui consacrent-ils tout un livre (*Kitâb al-ikrâh*). Il ne s'agit, en fait, que de violence morale. Est violenté celui qui, s'exposant à un mal s'il ne s'oblige pas, opte pour l'obligation. Les textes relèvent que le violenté, en optant, fait un acte de volonté: *coactus voluit, sed voluit.*

La violence consiste en menaces. Elle est de deux sortes, disent les auteurs: la violence parfaite et la violence imparfaite. Il y a violence parfaite, si le contractant est menacé dans sa vie ou s'il risque de perdre un organe. Elle est imparfaite, s'il est menacé dans sa liberté, s'il risque ainsi d'être incarcéré ou ligoté, ou si, menacé de coups, il ne risque cependant pas la perte d'un organe ou la vie. Cette distinction est ici purement académique. Les deux formes de violence vicient également le contrat.

147. — Il faut que la personne qui menace soit de taille à mettre à exécution sa menace. D'un autre côté, il faut que le menacé ait cru que très probablement la menace sera exécutée. L'appréciation de la violence a donc une base purement subjective. Dans chaque cas, il faudra

considérer la force du menaçant et l'impression qu'il a faite sur la conscience du menacé.

La menace ne peut jamais avoir pour objet, ainsi qu'on le voit, qu'un mal matériel que la personne violentée doit subir dans son corps.

148. — Le vice engendré par la violence présente des particularités qui seront développées dans la théorie des nullités. Ainsi, le violenté pourra toujours revendiquer, lui ou ses héritiers, la chose aliénée par violence, même si elle a passé entre les mains de tierces personnes.

149. — Les actes de la pratique judiciaire font ressortir le danger du vice engendré par la violence. Aussi prend-on soin toujours de déclarer avec force redondance que le contrat a été conclu sans violence ni crainte et avec plein consentement. (V. Papyrus 7515, Fayum N° 11. Il date de l'an 267 de l'Hégire. *Arabischer*, p. 21-24). Il s'agit d'un contrat de vente entre chrétiens d'Egypte qui déclarent suivre la loi de l'Islam pour leur contrat:

« وذلك على بيع الاسلام وعهدته وشريطته ».

150. — II. *Le dol.* — Si la déclaration de volonté a été obtenue grâce à un mensonge ou à une manœuvre de tromperie, le déclarant n'a pu vouloir véritablement l'effet du contrat. Aussi le contrat ne sera pas valide.

Ainsi, le commerçant qui attribue une fausse qualité à sa marchandise, qui vante avec une exagération outrée cette marchandise; l'acheteur qui déprécie exagérément la valeur de la chose pour l'obtenir à vil prix — commettent un dol « par parole ».

Si le marchand emploie des moyens fallacieux pour faire accroire que l'animal est apte à rendre tel service, il

commet le dol « par action ». Le cas type est celui de la vache qu'on fait passer pour laitière. Ce cas est rapporté par un *h'adîth*, que l'école hanéfite n'a cependant pas voulu admettre pour tout ce qu'il édicte.

151. — Pour que le dol affecte le lien contractuel il faut:—

1°) Qu'il ait été commis par l'un des contractants ou par le courtier qui s'est entremis. Si c'est l'œuvre d'un tiers, il n'aura pas d'effet.

2°) Qu'il ait eu pour effet d'occasionner à la victime une lésion excessive s'il n'a pas été accompagné de manœuvres; ou simplement légère s'il a été accompagné de manœuvres frauduleuses.

Cependant, dans le cas de la vache laitière, malgré le texte du *h'adîth*, Abu-H'anifa n'admet pas la résolution. L'acheteur n'aura qu'une action en diminution du prix.

152. — Dans le cas de vente à bénéfice, si le vendeur déclare faussement qu'il a acheté la chose à un prix supérieur, le contrat pourra être résolu.

Le fait d'avoir trompé la confiance d'autrui, connu sous le nom de *ghurûr*, est d'ailleurs générateur d'une obligation délictuelle.

153. — Le droit de résolution pour dol ne se transmet pas aux héritiers de la victime du dol.

154. — III. *La lésion*. — En principe, il semble que la lésion n'est pas un vice. C'est du moins la doctrine attribuée à la version accréditée. D'ailleurs, le simple mandataire peut, d'après Abu-H'anifa, vendre avec lésion même excessive. Le propriétaire peut donc à plus forte

raison céder son bien, même s'il est lésé dans le prix d'une manière excessive.

Cependant, dans Muh'ammad, *al-Gâmi' as'-s'aghîr*, la transaction conclue entre le propriétaire de la chose et son usurpateur pourra être réduite, si elle contient lésion excessive à l'avantage du propriétaire. Il est encore question de lésion sous un terme propre (*gâïr*) à propos du partage.

155. — On a fini néanmoins par l'admettre en matière de vente. Pour certains auteurs, elle constitue à elle seule un vice du contrat. Il faut cependant, disent certains, que le contrat ait été accepté en ignorance de cause. La doctrine qui a prévalu n'admet le vice de lésion que sous deux conditions:

1°) Qu'elle fût excessive. La lésion est excessive si elle est de plus de 1/20ème. D'après certains auteurs, elle est excessive si elle est de plus de 1/5ème pour les immeubles, de 1/10ème pour les animaux et de 1/20ème pour les denrées du commerce. Si ces derniers objets ont une valeur connue, toute différence sera alors considérée comme lésion.

D'aucuns se contentent de dire qu'il y a lésion excessive si la somme stipulée se trouve être inférieure ou supérieure à celles indiquées par plusieurs experts.

Cependant, le contrat conclu par un représentant, un failli ou une personne dans sa dernière maladie, pourra être dans certains cas annulé par le représenté, les créanciers ou les héritiers s'il y a lésion même non-excessive — à moins que le supplément du prix ne leur soit payé.

On va même jusqu'à exiger de la part du représentant du mineur, dans certains cas, que le contrat soit conclu non

seulement sans lésion, mais avec un excédent au profit du mineur. Ainsi en est-il si le tuteur contracte avec lui-même.

2°) Qu'elle fût accompagnée de dol. La simple lésion ne suffit donc pas pour annuler le contrat. Cette doctrine, longuement développée par Ibn ʿAbidin, a fini par triompher. La lésion apparaît ainsi comme n'ayant pas d'existence autonome. En fait, l'on ne doit parler que de dol lésionnaire. La lésion n'est pas un vice dans la pure doctrine, ainsi qu'on l'a vu. Cependant, Ibn-ʿAbidin lui-même ne parle pas de dol, si une personne a contracté sous la contrainte d'un état de nécessité. De même, s'il s'agit d'un contrat conclu par un mineur, une fondation (*waqf*) ou la Caisse Publique (*Bayt al-mâl*). Le contrat, dans tous ces cas, sera vicié, même s'il n'y a pas eu dol.

156. — La lésion dolosive donne ouverture à une action en résolution. Elle pourra être exercée par l'acheteur, même s'il a disposé de la chose. Il aura alors à rendre compte de sa valeur réelle et demander la restitution du prix.

157. — IV. *L'erreur.* — Si la déclaration de volonté porte sur un objet déterminé par cette même déclaration, elle n'aura pas d'objet au cas où la chose ne répond pas dans sa substance à cette détermination. Ainsi, déclarer acheter une pierre précieuse et la pierre est de verre. Le contrat sera nul dans ce cas.

Si l'objet envisagé par le déclarant existe mais présente en fait des qualités autres, le contrat est formé mais pourra être résolu. Est-ce parce qu'il y a eu erreur sur la chose? Les textes ne le disent pas. En fait, cependant, acheter un objet comme présentant telle qualité qui lui fait

défaut: c'est commettre une erreur. Pour les auteurs, c'est inexécuter une condition du contrat et le contrat peut être résolu. Ainsi, une personne achète un topaze noir pendant la nuit: si le topaze est vert, l'acheteur pourra résoudre. De même, une personne achète un animal comme mâle: si l'animal est en fait femelle, l'acheteur pourra résoudre.

Le contrat est même franchement vicié, si la qualité qui fait défaut est vraiment importante. Ainsi, déclarer acheter une maison construite en pierre et elle est de brique.

158. — On se rend compte qu'une théorie de l'erreur est, dans tous les cas qui précèdent, superflue. La théorie de l'objet rend le contrat nul au cas où l'erreur porte sur des qualités substantielles et l'inexécution du contrat le rend annulable au cas où l'erreur porte sur des qualités accidentelles.

C'est pourquoi, l'on n'a pas à rechercher dans le second cas si oui ou non la qualité est propulsive ou déterminante pour le contractant. Elle est sûrement telle puisqu'elle a été expressément stipulée dans le contrat.

Il reste donc qu'en l'absence d'une condition expresse dans le contrat, l'annulation ne pourra être obtenue pour cause d'erreur sur les qualités accidentelles. Ainsi, si le contractant a envisagé, *in mente retenta*, une qualité déterminée, son erreur ne pourra être considérée comme un vice du consentement. En pratique, prouver cette erreur est une entreprise difficile et l'on retombe, ainsi que l'a fait la jurisprudence française, dans la nécessité d'exiger une condition expresse. On éloigne d'ailleurs ainsi un grand danger pour la solidité des contrats.

159. — En résumé, l'on peut dire que l'erreur sur la substance de la chose considérée objectivement dans son espèce, annule le contrat; tandis que l'erreur sur une qualité accidentelle même déterminante n'invalide le contrat que si la qualité a été stipulée comme une condition du contrat.

L'erreur comme notion autonome doit donc porter sur la substance même (*error in substantia*).

Parfois cependant, l'erreur sur la personne donne droit à une action en résolution. Ainsi, une personne traite avec un mandataire. S'il apparaît que ce mandataire est mineur, le mandant sera seul responsable, ainsi qu'on le verra. Ce résultat peut n'être pas dans l'intérêt de la personne qui a contracté avec le mineur en ignorance de cause. C'est pourquoi, elle pourra résoudre.

160. — L'erreur (*khat'a'*) est mentionnée comme vice du consentement à propos du louage et du testament. Elle est aussi dite ne pas être une cause d'annulation du divorce. D'autre part, les théories des vices rédhibitoires et de l'option de vue s'apparentent de très près à la notion d'erreur.

161. — Il est aussi question d'erreur (*ghalat'*) à propos du partage. Mais il s'agit là d'erreur matérielle dans l'opération du partage qui pourra, pour cette raison, être révisée.

Cependant, l'erreur matérielle dans le calcul du prix ou dans le nombre des objets vendus n'invalide pas le contrat. Il ne pourra même pas être rectifié. C'est le chiffre porté au contrat qui s'imposera aux parties. Ainsi, l'acheteur ne devra que le prix mentionné dans l'acte, même si les éléments du calcul donnent comme total une somme supérieure.

162. — V. *L'incapacité.* — L'idée d'incapacité se

ramène, en fait, au concept de vice du consentement. (Josserand). L'étude de l'incapacité sort pourtant des cadres d'une théorie de l'obligation.

Il suffira de dire que l'absence complète de volonté chez l'*infans* et le fou annulera leurs contrats. Cependant, ils pourront être tenus de réparer le dommage occasionné par leur fait.

L'absence partielle de volonté chez le pupille, l'imbécile et le simple, invalidera seulement les contrats qui ne rendent la condition ni pire ni meilleure. Elle annulera cependant les contrats qui rendent la condition pire.

L'absence de volonté saine chez le prodigue invalidera aussi ses contrats de la même manière, sauf pour le testament.

Le débiteur en état de faillite, une personne dans sa dernière maladie sont aussi frappés d'incapacité par égard aux droits des héritiers et des créanciers. Aussi, les contrats préjudiciables aux créanciers ou consentis par le malade au delà de la quotité disponible seront invalidés.

La nature de cette invalidité sera exposée plus loin.

Il est à remarquer que la théorie de l'incapacité ne se trouve pas développée dans les ouvrages de droit mais dans ceux qui traitent de la principiologie du droit ou *us'ûl*.

4. - Théorie des nullités.

163. — Le lien contractuel n'est pas formé s'il lui manque un élément constitutif. On dit alors qu'il est inexistant ou *bât'il*.

Le lien contractuel déjà formé peut être affecté d'un vice quelconque. Il est alors vicié ou *fâsid*.

Il ne faut pas croire d'ailleurs que les auteurs observent à cet égard une précision absolue. Il leur arrive très souvent de confondre les deux notions ou d'employer l'un de ces deux termes pour l'autre.

Cette distinction importante est purement hanéfite. Elle ne correspond d'ailleurs nullement à la distinction que fait le droit occidental entre nullité absolue et nullité relative.

Dans les deux cas, le contrat est nul, puisqu'il n'engendre point d'obligations par lui-même. Cependant, dans le contrat *fâsid*, certains droits peuvent naître, ainsi qu'on le verra, s'il y a exécution.

La nullité dans les deux cas peut être invoquée par chacun des contractants et par les tiers quels qu'ils soient. Le vice qui entraîne nullité du contrat est donc toujours d'ordre public. Elle n'est jamais édictée dans le seul intérêt des contractants.

On passera en revue les cas de nullité pour inexistence. On étudiera ensuite la nature de cette nullité. Puis, on examinera les cas de nullité pour vice avec les conséquences de cette seconde forme de nullité. On terminera par l'étude de certaines formes particulières de nullité, à savoir les sanctions des vices du consentement.

164. — I. *Le contrat inexistant ou « bât'il ».* 1°) *Cas.* — Le contrat est inexistant si l'un des éléments constitutifs fait défaut. On entend par éléments constitutifs, les conditions de formation du contrat en général ou les conditions de formation de chaque contrat en particulier.

Ainsi, le contrat est inexistant si l'objet fait défaut. L'objet fait défaut s'il est hors du commerce, s'il n'est pas un bien, ou si c'est un bien non susceptible de propriété.

Il en est de même si l'un des sujets du contrat fait défaut. Ainsi en est-il si l'on a contracté avec soi-même, ou si l'un des sujets est fou ou dénué de toute intelligence, tel l'*infans*.

Il est encore de même s'il y a défaut dans la forme de la déclaration de volonté. Ainsi en est-il si le déclarant a employé le temps futur, si les déclarations ne concordent pas entre elles ou si la concordance n'a pas lieu dans une unité de temps, soit dans la séance contractuelle.

Les jurisconsultes n'ont pas envisagé la cause comme un élément constitutif. Mais, ainsi qu'on l'a vu, l'obligation tombe si elle n'a pas de cause, en dehors des cas d'usure.

165. — Ces règles s'appliquent à tous les contrats. Ainsi, dans le louage de services, le contrat est nul si l'obligation du maître est sans cause, le service étant déjà dû par la personne engagée. Le contrat de gage est nul s'il est consenti en garantie d'une dette immorale, telle que la rémunération d'une cantatrice. La transaction aussi est nulle si elle a pour objet la renonciation à la faculté de dédit.

L'engagement de la personne qui se porte caution pour le cas de perte de la chose déposée est nul, car le dépositaire n'est point responsable de cette perte. De même, le cautionnement du mandataire est nul pour défaut de cause, car il est déjà tenu de la dette du prix envers son mandant. Le contrat de société enfin est nul s'il a pour objet des *res nullius*.

166. — 2°) *Effets de la nullité du contrat inexistant.* — Il va sans dire que le contrat inexistant ne saurait avoir un effet quelconque. La nullité ici fait du contrat un « néant juridique ». Dans la vente, la propriété n'est

point transférée même si, en fait, la chose a été remise à l'acheteur. Dans le gage, le créancier ne pourra retenir la chose. Le locataire ne saurait être tenu de payer les loyers, si le contrat de louage est nul.

En cas d'exécution, la restitution s'impose. Ainsi, dans la transaction, la somme payée pourra être réclamée par le *solvens*. La chose pourra être, en cas de vente, réclamée par son propriétaire, si même elle a été aliénée au profit d'un tiers ou constituée en bien *waqf*.

Une confirmation ne saurait avoir lieu, parce qu'on ne confirme pas un néant.

167. — Cependant, une question de risques se pose. Si la chose remise vient à périr, périra-t-elle aux risques du propriétaire véritable?

Logiquement, cette solution s'impose. Cependant, suivant une certaine doctrine, les risques seront à la charge de l'acheteur malgré la nullité du contrat. En effet, tout comme le futur acheteur dans la phase précontractuelle supporte les risques de la chose s'il l'a reçue de son propriétaire — de même, dit-on, l'acheteur devra ici supporter les risques de la chose qu'il détient dans son intérêt propre.

168. — II. *Le contrat vicié ou « fâsid »*. 1°) *Cas*. — Les conditions essentielles remplies, d'autres conditions exigées par la loi peuvent faire défaut. Le contrat sera alors vicié. La nullité est ici la sanction de toutes les prescriptions du droit, qu'il s'agisse de conditions générales à tous les contrats ou des conditions spéciales à un contrat déterminé. L'on peut donc dire qu'elle est la sanction normale de toute illégalité, si cette illégalité n'affecte pas l'essence même du contrat, de manière à le rendre inexistant.

Ainsi, le contrat sera nul si un vice affecte le contrat dans son unité, dans son objet (indétermination, aléa) ou dans sa cause (contrats usuraires). C'est donc cette sorte de nullité qui fait échec à la liberté contractuelle. Elle a, en effet, un champ beaucoup plus vaste que celui de la nullité pour inexistence. Sont *fâsid*, les contrats munis de clauses, les contrats entachés d'usure ou simplement suspects d'usure, les coutrats dont l'objet est indéterminé et ceux qui sont affectés d'un terme incertain.

L'indétermination en général, qu'elle affecte un élément essentiel du contrat ou une clause quelconque, n'entraîne jamais inexistence. Ainsi en est-il dans la vente, de l'indétermination du prix, dans la société, de l'indétermination des bénéfices.

Le prix n'est pas un élément essentiel du contrat de vente. Aussi pour certains, si un prix n'a pas été stipulé, le contrat n'est pas vicié. De même, si le prix n'est pas un bien dans le commerce.

Dans la vente des biens meubles, la possession du vendeur est une condition du contrat. Aussi la revente avant livraison sera-t-elle viciée.

En somme, toute condition spéciale à un contrat, si elle fait défaut, le contrat est vicié. Les cas surabondent en matière de métayage, de change.

Il en est ainsi de toute prescription. Ainsi, si la faculté de dédit est stipulée pour plus de trois jours, le contrat sera vicié.

169. — 2°) *Effets*. (a) *Entre les parties*. — Le contrat est nul. Il ne produit donc pas d'effet. Dans la vente, la chose ne sera pas la propriété de l'acheteur. Dans

le gage, en principe, le créancier n'aura pas le droit de retenir la chose. Dans la société, les bénéfices effectués seront répartis entre les associés en proportion de leurs apports malgré toute clause contraire, comme toute société de fait. Le métayer ne saurait être contraint de travailler en vertu d'un contrat de métayage vicié.

Les contractants n'ont pas besoin de recourir à la justice pour faire prononcer la nullité du contrat. La nullité peut d'ailleurs être invoquée indifféremment par l'un ou l'autre des contractants. Le juge lui-même peut la déclarer d'office. L'un ou l'autre des contractants ne saurait d'ailleurs jamais confirmer le contrat. L'illégalité est ainsi toujours d'ordre public. Elle ne saurait être couverte. Cependant, si elle est due à l'adjonction d'une clause, à l'indétermination du terme accordé, la suppression de la clause, la renonciation au terme valideront le contrat. De même en est-il s'il a pu être remédié à l'indétermination du prix durant la séance contractuelle.

L'exécution elle-même ne saurait couvrir la nullité. Ainsi, la caution qui paie en vertu d'un contrat de cautionnement vicié, pourra répéter ce qu'elle a payé. Le débiteur peut reprendre le bien donné en gage si le contrat de gage est vicié.

170. — Dans la vente, le vendeur pourra se faire restituer la chose qu'il a remise. Les auteurs disent, cependant, que la remise transfère la propriété. En fait, croyons-nous, il s'agit là d'une simple fiction. Comme disent les jurisconsultes d'Iraq, l'acheteur n'a aucun pouvoir réel sur la chose. En effet, il ne peut en jouir, ni, à plus forte raison, la consommer. La fiction de propriété a été adoptée pour la protection des tiers et dans la mesure où leurs droits

peuvent, grâce à elle, être sauvegardés. Ainsi, la préemption ne pourra être exercée par qui de droit malgré la remise.

171. — Si la chose périt entre les mains de l'acheteur ou si elle subit des transformations qui la rendent autre, l'acheteur sera tenu de dédommager le vendeur. Aussi, ne lui devra-t-il pas le prix, mais la valeur de la chose. Cette valeur sera appréciée au jour de la détérioration, dans l'opinion de Muh'ammad.

De même, si le locataire a joui, en fait, de la chose louée en vertu d'un contrat vicié, le propriétaire aura contre lui une *actio de in rem verso*. Elle aura pour objet la valeur locative moyenne du bien loué et non la somme stipulée comme loyers dans le contrat. Cette valeur locative ne devra pas néanmoins dépasser cette somme. Ainsi aussi, dans le louage de services, le métayage, l'ouvrier qui a travaillé n'aura pas son salaire stipulé, mais il aura droit à un salaire moyen. Il n'est pas nécessaire d'ailleurs que son travail ait enrichi effectivement le maître de l'ouvrage. De même, le commandité n'aura pas droit aux bénéfices stipulés, mais il pourra réclamer un salaire moyen.

172. — (b) *A l'égard des tiers.* — Les tiers, ici, sont les ayants-cause de l'acheteur. La nullité du contrat pourra-t-elle leur être opposée? En d'autres termes, le propriétaire de la chose pourra-t-il la revendiquer entre les mains des tiers? Ce serait exposer les relations contractuelles à une grande fragilité. Les tiers ne pourront jamais être sûrs — si l'on tient compte du nombre infini des cas de nullité — de posséder tranquillement le bien acheté. Il faut surtout se rappeler qu'il n'existe point de mesures de publicité: les vices resteront donc inconnus des tiers. Con-

tre ce danger il existe une règle de portée générale: l'aliénation vaut purge.

Mais comment admettre que l'on puisse jamais transférer plus de droits qu'on n'en a. La personne qui aliène sera donc pour cette raison réputée propriétaire de la chose à elle remise. Si elle ne peut jouir de la chose, elle pourra cependant la vendre, en faire donation, la donner en gage. Elle ne pourra toutefois pas la louer.

Dans tous ces cas, le propriétaire ne saurait revendiquer la chose aux tiers. Il pourra seulement réclamer des dommages-intérêts représentant la valeur de la chose.

173. — La fiction de propriété qui fait le fond de toute la théorie du contrat vicié, est proprement hanéfite. Elle a en vue la protection des relations contractuelles. Elle n'a cependant pas été étendue aux cas de nullité pour inexistence.

174. — III. *Nullité spéciale. Sanctions des vices du consentement.* — Il n'existe pas une théorie générale des vices du consentement. Seule la violence est envisagée sous cet angle. Les autres vices sont atteints par des voies indirectes. Il importe néanmoins de grouper ici les sanctions.

175. — 1°) *La violence.* — Le contrat entaché de violence est vicié. Cependant, le vice est considéré, ici, d'ordre privé. Il intéresse d'abord la victime de la violence. Aussi la nullité pourra-t-elle être couverte par la confirmation, après disparition de la violence. La confirmation aura d'ailleurs un effet rétroactif.

D'autre part, la nullité ne pourra être invoquée que par la victime, si la chose est entre les mains de l'acheteur.

La fiction de propriété joue ici encore un rôle, mais bien limité. En effet, le violenté pourra toujours reprendre sa chose des mains des ayants-cause, à moins qu'elle n'ait été constituée en *waqf*.

Ce que la victime détient est aux risques et périls du propriétaire, mais la chose détenue par l'autre contractant périt à ses risques. Il devra réparation au violenté.

176. — 2°) *Le dol.* — Le dol entraîne pour la victime le droit de résoudre le contrat. Mais, avant la résolution, le dol n'opère pas nullité. Le contrat tirera son plein et entier effet jusqu'à la résolution. La résolution mettra le contrat à néant tout comme la nullité pour inexistence du lien. Mais les tiers seront protégés par la règle: aliénation vaut purge.

177. — 3°) *La lésion.* — La lésion vicie le contrat dans le cas du mineur, du contrat consenti par une fondation pieuse (*waqf*). Il en est de même du cas de partage. Il ne faut tenir aucun compte des textes qui parlent d'inexistence pour ces cas.

178. — 4°) *L'erreur.* — L'erreur *in substantia* rend le contrat nul. C'est la théorie de l'objet qui permet de prononcer ici la nullité pour inexistence.

S'il s'agit de qualités accidentelles, la victime et la victime seule aura un droit de résolution, semblable à celui qui est octroyé à la victime du dol.

179. — 5°) *L'incapacité.* — L'incapacité a divers effets. S'il s'agit d'incapacité absolue, telle l'incapacité du fou ou de l'*infans*, il y aura nullité pour inexistence.

S'il s'agit d'incapacité partielle, tel le cas du pupille, de l'imbécile ou du simple, il y aura aussi nullité au cas où le contrat doit rendre la condition pire.

Quant aux contrats qui ne rendent sa condition ni meilleure ni pire, ils sont simplement inefficaces, tant que le tuteur n'a pas donné son autorisation. Le refus de l'*auctoritas* les rendra nuls ou inexistants.

Les contrats du débiteur failli ou de la personne en état de dernière maladie, sont aussi inefficaces à l'égard des créanciers ou héritiers.

5. - Effets généraux des contrats.

180. — Le contrat lie les parties, en principe. Aussi les parties ne pourront-elles pas se dégager de ce lien à moins d'un commun accord sur sa révocation. La seule volonté de l'un des contractants ne peut détruire le contrat ni le modifier.

La force obligatoire du lien contractuel, expressément admise en principe, reçoit en fait des exceptions nombreuses. La plupart des contrats sont en effet essentiellement révocables. Il semble que l'idée avait de la peine à se faire admettre. Il est d'ailleurs toujours recommandé d'acquiescer à la demande de révocation de l'un des contractants.

181. — Les contrats révocables sont: (1) Le mandat. Le mandant ne peut contraindre le mandataire à agir. De son côté, le mandant peut révoquer quand il veut. Cependant, dans la pratique, on a réagi contre la révocabilité du mandat au moyen de ce qu'on a appelé le « mandat périodique ».

(2) Le commodat. Le commodant peut se faire restituer la chose, même avant le terme stipulé. De même, pour le dépôt. (3) Le contrat de société est essentiellement révocable de la part de chacun des associés. De même, la commandite. (4) Le cautionnement ainsi que le gage peuvent toujours être révoqués par le créancier. (5) Le métayage peut être révoqué par la partie qui fournit la semence. (6) La vente à livrer de l'artisan est révocable tant que la chose n'a pas été fabriquée et soumise au maître. Elle est révocable par le maître, même après. (7) La théorie des excuses (voir *supra*) infirme considérablement la force obligatoire du contrat de louage de choses et de services. (8) La donation est aussi révocable, tant que l'une des sept conditions prévues par la loi ne s'est pas réalisée. (9) Le compromis est toujours révocable, tant qu'une sentence n'a pas été rendue. (10) Il est inutile d'ajouter que le testament est révocable, tant que le testateur est en vie.

182. — Il faut, en règle générale, que la révocation soit portée à la connaissance de l'autre partie. Cependant, en matière de donation, il faut recourir à la justice.

Avant la révocation, le contrat tire son plein et entier effet.

183. — *L'interprétation des contrats.* — L'interprétation doit se faire sur la base de la volonté déclarée, non de la volonté réelle. AS-SARAKHSI déclare expressément qu'il faut avoir égard aux termes du contrat plutôt qu'à l'intention des parties contractantes. Cependant, au cas où les termes peuvent avoir plus d'une acception, on aura recours à l'intention des contractants. Il faut d'ailleurs toujours qu'elle puisse être déduite des termes employés.

L'interprétation se fera dans le sens le plus favorable à l'obligé. Il est toujours présumé s'obliger pour le moins ou ne pas vouloir s'obliger.

On observera enfin que dans les contrats commutatifs tels que la vente, les parties cherchent à tirer le plus de profit l'une de l'autre, à la différence des contrats où une intention libérale anime les contractants, telle la transaction.

184. — *Effets des contrats à l'égard des ayants-cause.* — En principe, on ne peut transférer plus de droits qu'on n'en a. Cependant, si le droit du vendeur était affecté d'un vice quelconque, l'aliénation viendra dans la plupart des cas, le purger.

Ainsi, l'aliénation du donataire purge le droit de révocation appartenant au donateur. De même, si le bien vendu par le débiteur durant sa dernière maladie a été aliéné — les créanciers ne peuvent annuler la vente.

185. — *Théorie de l'inefficacité.* — Le contrat ne peut nuire aux tiers. Aussi, si le vendeur est un *non-dominus*, le contrat est *res inter alios acta*. On dit qu'il est inefficace. Est-ce à dire qu'il est nul? En fait, il l'est à tous égards sauf qu'il est susceptible d'être ratifié par le tiers. La nullité, alors, disparaît rétroactivement. (Comp. avec art. 108 C.C. allemand, et l'inefficacité de la vente de la chose d'autrui en droit allemand. V. Saleilles, p. 163, n° 152).

186. — 1°) *Cas.* — Toutes les fois que le contrat affecte les droits d'un tiers, il est inefficace. Ainsi en est-il de l'aliénation de la chose d'autrui. Il faut faire observer qu'il s'agit ici de l'aliénation du gérant d'affaires,

c'est-à-dire d'une aliénation consentie dans l'intérêt du propriétaire. La vente de la chose d'autrui, en dehors de ce cas, est absolument nulle et la nullité ne pourra jamais alors être couverte, même si le vendeur devient par la suite propriétaire.

Il en est de même du louage de la chose d'autrui. La vente d'une chose louée ou donnée en gage est aussi inefficace. De même, le louage d'un bien donné en gage.

La vente consentie par une personne dans sa dernière maladie, au profit de l'un des héritiers, de même que les aliénations consenties par le débiteur au détriment des créanciers, sont inefficaces.

Le mandataire enfin qui dépasse ses pouvoirs, agit sans efficacité. Il en est de même du mineur qui conclut sans l'autorisation de son tuteur une vente ou un contrat quelconque ne rendant point sa condition pire ni meilleure.

187. — 2°) *Effets.* (a) *Entre les parties contractantes.* — Le contrat n'a pas d'effet entre les parties contractantes. Ainsi, la propriété n'est point transférée. Le vendeur peut même se dégager expressément du lien du contrat. De même, l'acheteur.

(b) *A l'égard du « verus dominus » ou du titulaire du droit.* — Le contrat n'a encore pas d'effet. Le *verus dominus* peut refuser expressément de le ratifier. De même, le locataire, d'après la version d'At'-T'ah'awi.

Le titulaire du droit peut cependant ratifier: le contrat tirera alors son plein et entier effet, comme si le *non-dominus* avait agi en vertu d'un mandat. *Ratihabitio mandato oequiparatur.* Aussi, les « droits du contrat » (v. théorie de la représentation, *infra*) appartiendront au contractant.

La ratification rétroagira au jour du contrat. Ainsi, la plus-value appartiendra à l'acheteur. Ainsi aussi, l'on exige l'existence de l'objet au moment de la conclusion du contrat.

Est assimilée à une ratification, l'expiration de la durée du bail sans manifestation de volonté de la part du locataire. Aussi, l'acheteur ne pourra plus se dégager. De même, à la levée de la faillite, le contrat tirera son plein effet.

La ratification ne peut cependant avoir lieu si les contractants se sont dégagés du lien, si l'un d'eux est mort ou si la chose a péri.

(c) *A l'égard des tiers.* — Si la chose a été vendue par l'acheteur et qu'elle ait passé ainsi en diverses mains, le *verus dominus* pourra toujours la revendiquer. La règle « aliénation vaut purge » ne joue donc pas ici. La nullité est, en effet, absolue : elle ne résulte pas d'un vice du contrat.

188. — La règle que le contrat ne peut nuire aux tiers est d'application générale. Ainsi, l'on ne peut stipuler le prix à charge d'une autre personne que l'acheteur. De même, stipuler que telle personne étrangère au contrat devra prêter tant au vendeur, est sans effet à l'égard de cette personne. Il est tout aussi peu efficace de stipuler qu'une autre personne que le vendeur aura à livrer l'objet vendu.

189. — Il ne semble pas, par contre, que l'on ne puisse jamais stipuler au profit d'autrui. Dans divers cas, l'on rencontre des clauses stipulées au profit de personnes étrangères au contrat. Une personne pourra même confier

à une autre le soin de payer après sa mort une somme à autrui, en déclarant que cette somme appartient à ce tiers.

190. — *Théorie de la représentation.* — La représentation permet de conclure un contrat dans l'intérêt d'une personne absente. Le contractant peut ainsi agir, soit en vertu d'un mandat, soit sans mandat, comme gérant d'affaires. Si les résultats du contrat se produisent immédiatement pour ou contre le mandant ou le maître de l'affaire, on dit qu'il y a représentation parfaite.

Le principe de la représentation est franchement admis en droit musulman. Le contrat conclu par le mandataire *alieno nomine* produit ses effets immédiatement sur la tête du mandant. Le contrat conclu par le gérant d'affaires produit aussi, s'il est ratifié, ses effets, rétroactivement sur la tête du maître de l'affaire.

191. — Ce principe de la représentation parfaite auquel Rome est laborieusement parvenue et qui était encore inconnu dans l'ancien droit français — a été même poussé jusqu'à des limites extrêmes.

En effet, lorsqu'il s'agit de contrats à titre onéreux, soit : vente, louage, transaction, le transfert de propriété a lieu immédiatement dans le patrimoine du mandant, même si le mandataire a agi *proprio nomine*, soit comme prête-nom. De même, le mandataire du donateur, commodant, prêteur a beau agir *proprio nomine*, c'est le mandant qui sera tenu de remettre la chose. Dans ces derniers cas, c'est la remise de la chose qui fait le contrat. Or, la chose appartient au mandant, c'est donc lui qu'il importe de poursuivre, comme contractant véritable. Mais, dans les contrats à titre onéreux déjà énumérés, si le mandant est considéré aussitôt

propriétaire ou vendeur réel, ce mandant reste inconnu des parties qui ont figuré au contrat. Aussi, tant qu'il s'agira non du transfert de propriété ou du droit de jouissance, mais des obligations qui naissent du contrat, à savoir l'obligation de livrer la chose, de payer le prix, de poursuivre en résolution pour vice de la chose ou éviction — c'est le mandataire prête-nom et non le mandant qui devra répondre s'il est débiteur, agir s'il est créancier.

Le contractant est ainsi assuré, quant à l'exécution du contrat, de n'avoir affaire qu'avec la personne figurant au contrat. Cependant et malgré tout, une obligation imparfaite peut naître au profit du mandant. En effet, le paiement effectué entre ses mains est libératoire, quoique le *solvens* n'y fût pas tenu.

192. — Cette situation bizarre d'un propriétaire qui ne peut exiger livraison de la chose, d'un vendeur qui ne peut réclamer le paiement du prix, a été expliquée à l'aide de la distinction classique entre la *schuld* et la *haftung*. Le droit nu appartient à une personne, la dette nue est à charge d'une personne tandis que l'*obligatio* lie une personne différente. Les obligations qui peuvent ainsi être accrochées à la personne du contractant, ont été appelées par les auteurs « droits du contrat ». Elles sont l'apanage du contractant, abstraction faite du véritable titulaire du droit.

Elles sont si bien l'apanage du contractant que le titulaire du droit ne peut l'en priver. Ainsi, le mandant ne peut jamais par sa révocation empêcher le mandataire de poursuivre en paiement du prix. Par contre, le mandataire peut confier par un mandat exprès le soin de cette poursuite au titulaire réel du droit.

193. — La représentation est donc, en principe, parfaite, si le représentant agit *alieno nomine*. Elle existe aussi mais partiellement s'il agit *proprio nomine*.

Il nous faut maintenant étudier les conditions et les effets de la représentation.

194. — 1°) *Conditions*. — L'on ne peut parler de représentation que si la personne qui s'interpose a une volonté propre. Ainsi, le *nuntius* (*rasûl*) ou messager n'est pas un représentant. Ce n'est qu'un porte-parole. Le contractant, c'est la personne qui adresse le message.

Le représentant peut toujours être un incapable. Mais si l'incapable a agi *proprio nomine*, les droits du contrat seront dévolus au représenté. L'intervention du mineur rend ainsi la représentation ici encore parfaite. C'est pourquoi, si le tiers contractant ignorait l'incapacité du représentant, le contrat pourra être résolu: l'obligation change en effet, de ce fait, de débiteur.

L'intention de représenter autrui est nécessaire pour qu'il y ait représentation. Elle est apparente lorsque le mandataire agit *alieno nomine*. S'il a agi *proprio nomine* mais dans cette intention, on a vu que la représentation ne pouvait être que partielle. La *contemplatio domini* est aussi par définition, nécessaire, en cas de gestion d'affaires.

Il faut enfin que le représentant ait le pouvoir de représenter. Ce pouvoir, il le détient soit du représenté — ainsi en est-il en cas de mandat — soit de la loi ou du juge — ainsi en est-il du père et du tuteur, représentants du mineur.

Lorsque la représentation est volontaire, la révocation doit parvenir à la connaissance du représentant. Les contrats conclus par le représentant, avant qu'il n'ait eu connaissance

de la révocation, restent valables. La révocation ne peut jamais avoir lieu d'ailleurs au préjudice des droits des tiers.

195. — *Dépassement de pouvoirs.* — Le représentant qui dépasse ses pouvoirs est aussitôt assimilé à un gérant d'affaires. Ses contrats devront alors être ratifiés, mais la ratification rétroagira et vaudra mandat. Pour que la ratification soit valable, il faut: (1) que le représenté ait existé au moment du contrat, (2) que les contractants existent encore au moment de la ratification, (3) que l'objet du contrat soit encore existant.

196. — 2°) *Effets de la représentation.* (a) *Pour le représenté.* — On a vu qu'il devenait propriétaire dans tous les cas. C'est lui le créancier ou le débiteur si le représentant a agi *alieno nomine*. Toutes les conséquences du contrat se produisent donc dans son patrimoine.

Si le représentant est un gérant d'affaires, les conséquences se produiront au jour du contrat dans le patrimoine du géré, s'il ratifie. S'il s'agit d'un contrat à titre onéreux, la propriété seule fera partie du patrimoine géré. Les autres créances ou obligations seront l'apanage du gérant d'affaires qui a, en effet, agi *proprio nomine*. La ratification ultérieure ne fait que transformer le gérant en véritable mandataire.

197. — (b) *Pour le représentant.* — Le représentant qui agit *alieno nomine* n'encourt aucune responsabilité du fait du contrat. Le contrat ne lui confère, d'autre part, aucun droit contre le tiers contractant. Ce dernier ne pourra donc le poursuivre, comme il ne pourra lui-même pousuivre l'exécution du contrat. On a vu qu'il en est différemment s'il a agi *proprio nomine*. La responsabilité

sera alors à sa charge et il poursuivra lui-même l'exécution du contrat.

Cependant, il faut, ici, relever deux exceptions: (1) Si le gérant d'affaires fait un achat, la chose entre dans son patrimoine propre. La ratification subséquente du géré n'aura aucune efficacité. Il lui faut procéder à une revente pour que la chose puisse entrer dans le patrimoine du représenté. Ainsi, le gérant d'affaires qui ne déclare pas expressément acheter pour autrui, risque de voir la chose rester à sa charge.

(2) Le mandataire de l'emprunteur sera toujours personnellement tenu envers le tiers contractant, même s'il a agi *alieno nomine*. La représentation, ici, n'est pas admise.

Il faut enfin faire observer que, dans les contrats à titre onéreux, les obligations qui incombent au représentant ne sont jamais transférées sur la tête du représenté, même en cas de décès du représentant. Dans ce dernier cas, l'exécuteur testamentaire du représentant en répondra.

198. — (c) *Pour le tiers contractant.* — Le tiers contractant n'a affaire qu'avec le représenté, si le représentant a agi *alieno nomine*. Mais le représentant lui-même devra répondre à la poursuite du tiers contractant, s'il a agi *proprio nomine*.

Le représentant aura alors son action contre le représenté pour régler sa situation. Il pourra à cette fin retenir la chose qu'il a achetée pour le mandant, même s'il n'a pas lui-même encore versé le prix.

199. — *Contrat avec soi-même. Selbstkontrakt.* — L'idée de représentation poussée jusqu'à la possibilité pour une seule et même personne de jouer le rôle

des deux parties — n'a pu, cependant, être admise. La pluralité des contractants est une condition de formation du contrat. Aussi, le contrat sera inexistant s'il a été conclu par un mandataire des deux parties à la fois.

Des exceptions existent néanmoins en faveur du père, du tuteur testamentaire, du tuteur nommé par le juge.

Le *nuntius*, n'étant pas un représentant, peut être commis par les deux parties à la fois, pour prononcer les paroles créatrices du contrat.

6. - Dissolution des contrats.

200. — Le contrat prend fin à la mort de l'un des contractants en cas de louage, de commandite, de mandat, de société, de colonat partiaire et d'amodiation.

Le contrat prend fin aussi si les parties conviennent de le révoquer, ou s'il vient à être résolu pour une cause ou pour une autre. Nous parlerons de la révocation mutuelle ou *mutuus dissensus*, puis de la résolution.

201. — I. *Mutuus dissensus*. — Les parties peuvent toujours s'entendre pour révoquer le contrat. Cette révocation, connue sous le nom de *Iqâla*, est longuement étudiée par les auteurs.

202. — *Effets inter partes*. — Cette révocation opère entre les parties comme une résolution. Elle ne constitue donc point une convention nouvelle. Ainsi, la propriété de la chose vendue ne sera pas considérée comme retransférée au vendeur. La chose sera réputée n'avoir jamais cessé de lui appartenir. Le *mutuus dissensus* rétroagit donc au jour du contrat. Cependant, la chose qui fait l'objet de la vente doit encore exister au moment de la révocation.

Comme pour tous les accords de volonté, l'unité de temps est aussi exigée, ainsi que la concordance des déclarations.

203. — *A l'égard des tiers*. — Pour protéger les tiers, la révocation sera considérée comme une convention nouvelle. C'est ainsi que la révocation qui émane d'une personne durant sa dernière maladie, ne doit pas excéder la quotité disponible. C'est ainsi aussi que le gage devra être restitué au débiteur pour que la révocation soit parfaite. Il en est de même au cas où un contrat de change est révoqué: la restitution actuelle de l'argent est nécessaire. Dans tous ces cas, en effet, il s'agit de protéger les droits des tiers ou de respecter des prescriptions d'ordre public. L'ordre public est un tiers, disent, à cette occasion, les auteurs.

La propriété à l'égard des tiers est considérée comme retransférée par la révocation. Cependant, ce nouveau transfert ne sera pas vicié par l'adjonction d'une clause non-avenue, contrairement à la règle générale.

204. — II. *Résolution des contrats*. — Si l'une des parties n'exécute pas son obligation, l'autre partie pourra-t-elle résoudre le contrat?

S'il s'agit d'une obligation de faire, on l'a vu (*supra*), le débiteur ne pouvant être contraint par la force matérielle, son obligation tombe et avec elle tout le contrat. Ainsi s'il s'agit de livrer une chose, sa perte fait tomber l'obligation correspondante du prix.

On peut donc admettre comme principe que l'impossibilité d'exécution de l'une des obligations, qu'elle soit fautive ou non, entraîne résolution du contrat. L'autre obligation, est, en effet, devenue sans cause. Les risques

sont, en conséquence de ce principe, fatalement mis à la charge du débiteur dans tous les cas sans aucune exception. Ainsi, le locataire qui a été empêché de jouir de la chose ne doit plus le prix.

La résolution dans ces cas a lieu de plein droit.

205. — Si l'obligation découle d'une clause expresse valablement adjointe au contrat, son inexécution donnera lieu aussi à résolution. Ainsi, si l'acheteur s'est engagé de donner une chose en gage, le contrat de vente sera résolu au cas où l'objet du gage n'a pas été remis.

Ainsi en est-il aussi si l'acheteur découvre un vice dans la chose vendue. C'est que la vente est toujours conclue sous la condition tacite que le vendeur livrera un objet exempt de tout vice. Il en est de même du louage. La résolution pour éviction peut se rattacher à la même idée.

La conception du vice rédhibitoire est, en fait, très large. Elle englobe tout vice antérieur à la livraison. Par vice, l'on entend le défaut qui entraîne une diminution quelconque de la valeur de la chose ou qui lui fait perdre l'une de ses destinations possibles. (Comp. avec droit allemand. V. Saleilles, p. 231 et s.).

Il y a lieu aussi à résolution si la chose vient à être fractionnée ou à changer d'état avant la livraison. De même, si l'acheteur découvre un défaut de contenance.

206. — La résolution peut, d'autre part, avoir lieu au cas où le consentement a été vicié par un dol lésionnaire ou par une erreur.

C'est en vertu de cette idée que l'acheteur qui a acheté sans avoir vu la chose, peut toujours résoudre le contrat. On présume ainsi qu'une erreur a pu se produire.

De même, si l'achat a été fait d'après une mesure indéterminée, la résolution pourra avoir lieu après vérification de la mesure.

Dans tous ces cas, la résolution n'a pas lieu de plein droit.

207. — S'il s'agit d'une obligation d'argent, l'exécution directe étant toujours possible, le non-paiement du prix ne saurait donner lieu à la résolution du contrat.

Cependant, une clause résolutoire expresse peut alors être stipulée. Ainsi, le vendeur peut stipuler que le contrat sera résolu, si le prix n'est pas payé dans un délai déterminé qui ne doit d'ailleurs pas dépasser trois jours.

208. — *Nature et effets.* — Dans tous les cas où la résolution est envisagée comme sanction d'une condition expresse ou tacite ou d'un vice du consentement, elle n'a pas lieu de plein droit. Elle est connue alors sous le terme générique de *khiyâr*. La résolution pour défaut de cause ou *faskh* est, en fait, un cas de nullité. La résolution apparaîtrait ainsi toujours comme la sanction d'un consentement vicié ou faussé. En effet, dans les cas d'inexécution, le consentement n'a été donné qu'en raison de la condition expresse ou tacite inexécutée.

La résolution n'a cependant pas besoin d'être prononcée en justice, à moins qu'il ne s'agisse de vice rédhibitoire si la chose a déjà été livrée à l'acheteur.

Il faut, par contre, que la résolution parvienne à la connaissance de l'autre partie.

La résolution n'est jamais possible, si la chose a péri ou subi des transformations entre les mains de l'acheteur.

209. — *Inter partes.* — Le contrat avant la résolu-

tion tire son plein et entier effet. La propriété dans le cas d'une vente est à l'acheteur.

La confirmation peut toujours avoir lieu, même tacitement. Elle empêchera un exercice ultérieur du droit de résolution.

Il va sans dire que seule la partie lésée peut résoudre.

La résolution une fois prononcée, le contrat est anéanti. Il est réputé n'avoir jamais existé. La résolution a donc un effet rétroactif. Ainsi, la préemption ne pourra être exercée par qui de droit.

210. — *A l'égard des tiers.* — L'aliénation de la chose au profit d'une tierce personne la purge du droit de résolution. L'acheteur ne pourra lui-même résoudre s'il a aliéné la chose. Il en est ainsi, même s'il l'a aliénée en ignorance du vice qui l'affectait.

APPENDICE.

La déclaration unilatérale de volonté.

211. — En principe, la volonté unilatérale n'engendre point d'obligation. Dans certains cas, cependant, l'obligation naît de la seule pollicitation, avant toute acceptation de la part du créancier.

Ce sont généralement des contrats de bienfaisance où l'acceptation du créancier ne peut qu'être présumée. Ainsi en est-il du testament dans la doctrine de ZUFAR, de la donation, du prêt, du commodat ainsi que du cautionnement dans une version attribuée à ABU-YUSUF. Aussi, dans tous ces cas, le refus de l'offre fera tomber la pollicitation.

212. — Il est d'ailleurs communément admis que l'on ne peut être rendu créancier malgré soi, et que la pollicitation, à elle seule, n'oblige pas: le pollicitant pouvant toujours se rétracter avant l'acceptation.

Cette règle d'application générale ne reçoit d'exception qu'en matière de statut personnel, en cas de fondations ou de vœux.

C'est pourquoi d'ailleurs, l'on n'a pu admettre sans difficulté la validité du cautionnement consenti par les héritiers en l'absence des créanciers.

213. — Les auteurs ont même examiné le cas de la promesse de récompense. Elle est déclarée nulle si elle est adressée au public, soit à une personne indéterminée. Si la personne qui rapporte l'objet a, quand même, droit à une indemnité: ce ne sera jamais en vertu du contrat. Aussi n'a-t-elle pas droit à la somme stipulée, mais seulement à une indemnité, et cette indemnité ne sera due que si l'objet est effectivement retrouvé.

II. — LE FAIT DOMMAGEABLE OU LA THEORIE DU DELIT.

214. — L'obligation ne naît pas seulement du contrat. Certains faits qui n'impliquent, en aucune manière, accord de volontés, peuvent lui donner naissance. Lorsque ces faits occasionnent un dommage, une obligation de réparer naît aussitôt pour rétablir l'équilibre rompu. C'est la théorie du fait dommageable ou du délit.

215. — Qu'est-ce que le délit? Le délit, c'est tout fait qui cause à autrui un dommage. Le droit musulman, obéissant à sa tendance objectiviste, n'envisage point, en principe, le fait délictuel sous l'angle de la faute. Le dom-

mage et la réparation, tels sont les deux pôles du rapport juridique engendré par le délit. La notion de faute n'apparaît qu'au second plan. (Comp. MENARD, *Technique de l'obligation*).

Il serait donc plus approprié de parler de garantie, à l'instar de SAINCTELETTE. Le mot *d'amân*, par lequel l'idée s'exprime en droit musulman, est une traduction exacte de ce terme. En effet, si l'on écarte l'idée de faute comme élément essentiel, le tout se réduit à une répartition de risques.

Nous ne croyons pas d'ailleurs qu'il faille distinguer entre la responsabilité contractuelle et la responsabilité délictuelle, bien qu'apparemment, on rencontre souvent, dans les textes, le *d'amân* résultant du contrat opposé à celui qui résulte d'un fait (*d'amân 'aqd* et *d'amân itlâf*).

Nous examinerons de front tous les faits qui peuvent donner naissance à un dommage, que les parties soient ou non liées par un lien contractuel.

1. - Le fait.

216. — Ces faits peuvent être groupés sous trois notions: l'illicéité, l'état délictueux et le risque.

217. — I. *L'illicéité*. — Il y a fait illicite chaque fois que l'on commet un acte non permis (*ghayr ma'dhûn*) par la loi ou le contrat. Il importe peu qu'il y ait eu faute ou non dans l'accomplissement de l'acte illicite. Ainsi, celui qui détruit le bien d'autrui, le croyant sien, est responsable. L'acte posé, la responsabilité en découle fatalement. Ainsi aussi, si le costume prêté s'est déchiré par suite d'un usage qui a été prohibé dans le commodat. Il n'y a pas à rechercher si l'auteur du fait a été plus ou moins diligent. Les textes parlent de son fait et non de sa faute (*s'un'*, *'amal*, *fi'l*).

L'élément subjectif (*khat'a'*) a été analysé à propos de l'homicide. Mais il s'agit alors, en fait, de l'*animus nocendi*. Or l'on sait que la faute peut exister en l'absence de toute intention de nuire. On rencontre aussi, il est vrai, les termes *ta'addî* et *taqs'îr*. Ces termes sont employés, en fait, pour dire que l'acte est illicite. La licéité de l'acte peut, en effet, ne pas apparaître des dispositions de la loi ou du contrat. On aura recours alors aux usages courants. Ces usages fixeront les limites de la licéité. Au delà ou en deçà, il y aura *ta'addî* et *taqs'îr*. Ainsi en est-il du locataire qui utilise des rênes inusitées pour conduire la monture, ou de celui qui a tiré les rênes plus fort qu'il n'est d'usage. C'est pourquoi aussi, le peseur ne sera pas responsable du dommage subi par suite d'un défaut affectant sa balance, si ce défaut est courant. Le maître enfin qui bat son élève sur l'ordre de son père, n'est responsable que s'il dépasse la mesure ordinaire.

218. — L'élément subjectif arrive cependant parfois à percer. Ainsi, dans les contrats de commodat et de dépôt, on exige du dépositaire et du commodataire, pour la *custodia*, un soin égal à celui dont bénéficient leurs biens propres.

L'artisan est encore responsable, même si la chose a péri par mégarde, sans qu'il y ait eu acte illicite ou *ta'addî*. En effet, dit un texte, il est tenu à de la diligence et de l'adresse (*h'adhâqa, mahâra*).

219. — II. *L'état délictueux*. — Un fait illicite peut exister, en même temps qu'un dommage, sans qu'un

lien de causalité ne vienne les unir. L'auteur du fait sera cependant rendu responsable du dommage. Il se trouve, pourrait-on dire, dans un « état délictueux ».

Le cas type est celui de la possession indue ou *ghas'b* d'un bien meuble. Il importe peu que le possesseur sache ou non qu'il n'est pas propriétaire. Le seul fait de détenir le bien d'autrui malgré lui est générateur de cet état délictueux.

Le fait illicite n'engendre point ici par lui-même une obligation de réparer. L'usurpateur n'est tenu, en principe, que de restituer. Mais si la chose vient à périr, sans son fait, il devra sa valeur: « بفعله أو بغير فعله ». Ainsi, si l'on utilise l'esclave ou la bête d'autrui sans son assentiment, on devra répondre de la mort même naturelle de l'esclave ou de la bête.

220. — Le fait illicite peut consister ici encore dans l'inexécution du contrat. Il suffit de contrevenir à une obligation contractuelle pour se mettre dans un état délictueux. La perte de la chose sera alors mise à la charge du contrevenant, même si elle survient sans son fait. Ainsi, il a été stipulé dans un contrat de louage que la bête ne doit porter qu'une seule personne. Si deux personnes sont montées sur la bête, la responsabilité est engagée, même en cas de mort naturelle.

221. — III. *Le risque.* — Le fait qui crée le risque n'a rien d'illicite. Il rend cependant l'agent responsable. Ainsi en est-il du fait de la possession ou détention du bien d'autrui. Cette possession ou détention peut avoir lieu en vertu d'un juste titre, elle rendra cependant le possesseur ou le détenteur responsable de la perte de la chose. Ainsi en est-il du dépositaire ou commodataire de la chose usurpée; du dépositaire d'un bien déposé entre les mains d'un autre; de l'acheteur d'un bien acquis par un autre en vertu d'un contrat vicié pour violence; de l'acheteur du bien déposé.

Dans tous ces cas, le dernier détenteur n'a point commis un acte illicite. Il pâtit cependant du fait du premier détenteur.

C'est en vertu de la même idée que la personne qui monte avec le locataire sur la bête louée, sera responsable de sa perte, tout comme le locataire.

222. — L'élément délictuel peut même complètement disparaître. Ainsi, le donataire d'une part indivise dans un bien divisible, sans être propriétaire du bien donné, est responsable de sa perte fortuite, s'il en a pris possession. Il en est de même de l'acheteur en vertu d'un contrat radicalement nul. Il est encore de même de la personne qui reçoit la chose qu'elle compte acheter. Sa responsabilité est cependant limitée au montant du prix. Le créancier

l'auteur du détenteur, ce dernier a recours contre lui, sauf s'il est commodataire. Ce recours a pour base ce qu'on a appelé le *ghurûr* ou le fait d'avoir trompé la confiance du détenteur.

224. — Cependant, la détention du dépositaire direct, du commodataire, du mandataire n'engendre point de risque. Dans ces cas, un contrat existe entre le propriétaire et le détenteur. L'inexécution du contrat entraînera seule la responsabilité.

2. - Les conditions et les effets de la responsabilité.

225. — I. *Le rapport de causalité.* — Cette condition n'est exigée qu'en cas d'illicéité. Les auteurs se sont beaucoup étendus sur le lien de causalité. Le fait est-il une cause prochaine ou éloignée du dommage? S'il est une cause éloignée, l'agent, disent-ils, n'en sera responsable que s'il y a illicéité. Nous croyons pouvoir nous dispenser de cette distinction. En fait, comme on l'a vu, le fait doit toujours être illicite dans le sens tracé.

La distinction n'est même pas utile lorsque la cause prochaine étant le fait d'une tierce personne, l'auteur de la cause éloignée est exonéré. Cette exonération tient, en fait, au principe que le dommage doit avoir été occasionné *corpore corpori*.

226. — Le dommage doit avoir été causé *corpore corpori*. Ainsi, la personne qui ouvre la cage d'un oiseau, n'est pas responsable de la perte de l'oiseau. De même en est-il de la personne qui dénoue les liens d'un esclave. La personne qui a incité le chien à mordre n'encourt aussi aucune responsabilité.

Cependant, ce principe subit de larges entorses. Ainsi, creuser un puits dans une rue publique entraîne responsabilité si un passant y tombe. L'on est aussi responsable si l'on a détruit un bien par l'intermédiaire d'une autre personne qu'on a contrainte à ce faire.

227. — *Force majeure et cas fortuit.* — Si le dommage n'est pas le résultat du fait de la personne poursuivie, mais d'une force majeure telle que le fait du prince, de la nature, de l'animal, il n'y a pas responsabilité. En effet, l'on est responsable de son fait, mais l'on n'est responsable que de *son* fait.

Aussi, si le dommage est le résultat du fait de la victime, il n'y aura point de responsabilité. Ainsi, si une personne remet de l'argent à une autre dans une bourse usée, le dépositaire ne sera pas responsable de sa perte.

Au cas où la contrainte est parfaite, la personne contrainte sera considérée comme l'instrument du délit. Elle ne sera donc pas responsable. Ainsi aussi de tout fait irrésistible auquel la personne poursuivie est restée étrangère, tel que l'incendie, le naufrage d'un navire.

Cependant, dans les cas d'état délictueux ou de risque, l'on est responsable même s'il y a fait du tiers ou fait de la nature, telle la mort de l'esclave.

228. — *Capacité délictuelle.* — Le fait de l'incapable est toujours un fait. Il sera donc générateur d'obligation dans les cas prévus par la loi. L'élément subjectif n'entrant pas dans l'appréciation de la responsabilité, rien n'empêche que le mineur ou le fou puissent être rendus responsables.

Cependant, si la perte de la chose est survenue après

un contrat soit de dépôt, soit de prêt, l'incapable ne sera pas responsable. C'est comme si, en effet, le propriétaire avait permis à une personne de détruire son bien. La responsabilité ne peut alors être retenue, disent les textes.

229. — II. *Le dommage.* — Toute la théorie de la responsabilité délictuelle a été envisagée dans les ouvrages sous l'angle du dommage. C'est ainsi qu'elle est traitée dans un chapitre intitulé *al-Itlâf,* soit détérioration ou destruction de la chose.

Il y aura donc dommage chaque fois qu'une chose matérielle a été détruite ou détériorée. Il n'est pas nécessaire d'ailleurs que la destruction soit complète, du moment que l'utilité de la chose a diminué. Mais si la chose n'a en droit aucune valeur, sa destruction n'entraîne point de responsabilité. Ainsi en est-il des biens hors du commerce.

230. — De même, le bien incorporel lui-même ne peut faire l'objet d'un dommage. Ainsi en est-il du droit de préemption. De même, la perception indue des fruits ne donnera pas lieu à une réparation. C'est, en effet, le droit incorporel de jouir qui a été atteint. Ainsi en est-il si l'on a employé l'esclave d'autrui pendant un certain temps. Le propriétaire privé des services de l'esclave ne peut rien réclamer.

231. — Il faut cependant qu'il y ait eu préjudice réel. Si, après avoir enlevé une dent à une personne, une autre a poussé à sa place, il n'y aura pas responsabilité. Si, par suite d'un faux témoignage, une chose a été réputée vendue pour un prix normal, aucune réparation n'est due. Les coups qui n'ont pas laissé de trace n'engendrent point

d'obligation. La douleur physique n'est un dommage que si elle nécessite des frais de médication.

232. — Le dommage moral doit à plus forte raison être écarté du domaine de la responsabilité. Si une personne est injuriée, il ne lui sera rien dû pour cette injure. On ne sera tenu de réparer que si la calomnie auprès des autorités a entraîné pour la victime, le paiement d'une amende.

233. — III. *La réparation.* — La réparation consiste à rétablir l'équilibre entre les deux patrimoines, en rendant au patrimoine lésé ce qui lui a été enlevé. Aussi, l'agent du délit devra exactement la chose qu'il a détruite. S'il s'agit de biens fongibles, d'autres biens fongibles du même genre feront l'objet de l'obligation de réparer. Mais s'il s'agit de biens non-fongibles, l'auteur du délit devra la valeur exacte du bien détruit.

Cette valeur sera appréciée objectivement. Il ne s'agit pas de réparer tout ce que cette perte a entraîné de dommage au propriétaire, mais de rembourser seulement ce que cette chose valait au jour du délit.

234. — Si le dommage est né par suite d'un manquement partiel à une obligation contractuelle, la réparation ne sera due que dans la mesure de ce manquement. Ainsi, une personne monte avec le locataire de la monture, ce dernier ne devra que la moitié de la valeur de la monture, si elle périt.

Par contre, dans certains cas, on doit réparer les conséquences dommageables même lointaines de l'acte. Ainsi, l'on pourra prouver que la bourse déposée contenait plus d'argent qu'il n'apparaissait. Cependant, si l'âne

dont la selle a été volée par suite d'une imprudence, vient à périr de froid à cause de l'absence de la selle, le dépositaire n'est responsable que de la perte de cette selle.

235. — Toutes les fois qu'une réparation est due, le dédommagement vaudra déplacement de propriété. La chose qui a péri est considérée comme devenue la propriété de l'auteur du délit depuis le jour du délit. Le transfert de propriété a lieu au moment de la poursuite, ou lors du paiement disent certains auteurs. De toute façon, il rétroagit au jour du délit. Ainsi, la somme payée comme indemnité est assimilée à un prix de vente.

Cette règle — dictée par cette considération que la propriété de la chose et sa valeur ne peuvent être réunies entre les mêmes mains — a été appliquée avec une extrême rigueur. Elle a abouti à des résultats assez bizarres. Ainsi, le voleur qui a payé la valeur de la chose ne peut plus subir la peine. Il est devenu propriétaire. La chose même retrouvée ne peut plus être revendiquée par le propriétaire volé s'il a été déjà dédommagé.

236. — Le délit peut parfois être réparé d'une manière indirecte, par l'abandon noxal. Ainsi, le maître de l'esclave délinquant peut le livrer à la victime du délit. Mais si l'esclave est aliéné, le maître n'est plus tenu qu'à une obligation pécuniaire.

3. - Cas spéciaux de responsabilité.

237. — I. — Le patron est parfois responsable du fait de son préposé, mais le fait du préposé est présumé alors être son propre fait. Ainsi, l'apprenti d'un artisan qui occasionne la perte de la chose confiée à ses soins, ne

répond pas de son fait. Il en répondrait s'il avait lui-même commis un fait illicite. Mais dans le premier cas, l'illicéité est le fait du patron. Le patron donc devra en répondre sans pouvoir exercer un recours contre son préposé.

De même, le père, qui a ordonné à son fils de faire du feu, sera seul responsable si le feu atteint la propriété voisine.

En règle générale d'ailleurs, le violenté est considéré comme un simple instrument du fait du contraignant.

238. — II. — Le fait de l'animal n'entraîne point de responsabilité, à moins que ce ne soit au fond le fait de son conducteur ou gardien. Les auteurs se sont longuement étendus sur les accidents de circulation. Des cas nombreux qu'ils ont examinés, on peut déduire que le fait de circuler dans la rue sur une monture est un fait licite tant qu'il se déroule d'une manière normale. Si un dommage anormal a lieu, on présume que le droit de circuler a été exercé d'une manière non permise. Le fait aura donc été illicite.

D'autre part, l'on n'a pas le droit de s'arrêter avec sa monture dans la rue. Ce simple fait est illicite. Tout accident, survenu à la suite de ce fait, sera donc générateur de responsabilité.

239. — III. — Le propriétaire a commis un fait illicite si le mur qui menace ruine tombe après avertissement. Il en est de même, si, dès sa construction, il menaçait ruine ou si sans menacer ruine, le mur ou la construction faisaient saillie sur la propriété d'autrui.

Le propriétaire sera dans ces cas toujours responsable des accidents survenus par suite du fait illicite.

240. — *Clauses modificatives de la responsabilité.* — On ne peut stipuler par convention que le commodataire ou le dépositaire seront responsables, même si la perte survient sans leur fait. De même, l'on ne peut stipuler que l'artisan sera responsable en cas de force majeure.

Par contre, l'on ne peut stipuler que le créancier gagiste ne sera pas responsable de la perte fortuite de la chose. De même, l'on ne peut exonérer conventionnellement le vendeur de son obligation de garantie pour éviction.

On ne peut même pas, sauf controverse, stipuler par convention une somme supérieure à la valeur exacte de la chose comme dommages-intérêts. Il y aurait alors usure.

Les règles concernant la responsabilité sont donc, en général, impératives. Cependant, le possesseur sans titre peut être valablement exonéré des risques de la perte fortuite.

APPENDICE

L'abus du droit.

241. — En principe, *nemo damnum facit qui suo jure utitur:* « الجواز الشرعى ينافى الضمان ».

Le fait ne peut être illicite s'il constitue l'exercice d'un droit. D'autre part, le droit de propriété permet de disposer de la chose comme bon semble au propriétaire. Ainsi, les principes sont nettement individualistes.

242. — Cependant, une tendance, manifestée chez les auteurs récents, permet de poursuivre en responsabilité celui qui, en exerçant son droit, occasionne à autrui un

préjudice exorbitant. Le propriétaire est ainsi responsable, si l'exercice de son droit de propriété entraîne l'écroulement de la propriété voisine, ou si cet exercice la prive de certains avantages essentiels.

D'autre part, il ne doit pas se dégager de sa propriété une fumée en quantités anormales, ou des bruits continuels. Elle ne peut ainsi être affectée à un *h'ammâm*. La mesure consiste à ne pas dépasser les inconvénients habituels du voisinage.

III. — LE FAIT DE L'ENRICHISSEMENT OU LA THEORIE DE L'ENRICHISSEMENT INJUSTE.

243. — A la différence du fait dommageable, c'est ici le fait du créancier qui engendre l'obligation et non celui du débiteur. L'obligation naît cependant toujours en vue de rétablir l'équilibre entre les deux patrimoines. La théorie de l'enrichissement repose sur la notion d'équivalence.

Elle n'est cependant pas d'application générale. Les cas peuvent être groupés sous trois rubriques: répétition de l'indu, *actio de in rem verso*, gestion d'affaires.

1. - La répétition de l'indu.

244. — Celui qui, se croyant débiteur, paie une somme à une personne, a le droit de répéter cette somme contre la personne qui s'est ainsi enrichie sans cause.

Les textes sont explicites, s'il y a erreur. Il en est ainsi aussi, s'il a payé à une personne qui se prétendait mandataire du créancier. Le recours pourra être exercé contre elle, s'il s'est agi d'une imposture.

De même enfin, le débiteur principal qui paie la caution, avant que celle-ci ait désintéressé le créancier — pourra répéter contre elle le paiement, s'il est contraint de payer à nouveau au créancier.

2. - L'actio de in rem verso.

245. — Le détenteur ou possesseur peut poursuivre le propriétaire qui a opté pour la conservation des constructions ou plantations effectuées sur le terrain détenu. Il aura recours par une action *de in rem verso*. Ainsi en est-il du locataire, du commodataire et même du possesseur de mauvaise foi.

Il en est encore de même, si la chose restituée s'était accrue d'une plus-value. Ainsi, si l'artisan a teint la chose à lui remise.

246. — Les auteurs expliquent que, dans tous ces cas, le propriétaire ne saurait s'approprier les constructions, plantations ou autres, sans équivalent. Aussi en devra-t-il la valeur. Il ne sera pas tenu compte des frais déboursés en fait par l'enrichisseur. La valeur elle-même de la chose entrée dans le patrimoine, devra être calculée comme matière brute. Ainsi, quand il s'agit de constructions ou plantations, on calcule ce que serait leur valeur si elles sont extirpées ou détruites.

247. — La première condition de l'*actio de in rem verso* consiste donc en ce qu'une valeur est entrée dans le patrimoine de l'enrichi. Aussi, si l'enrichissement a simplement consisté à fournir un travail ou la jouissance d'une chose, aucune indemnité ne sera due. Des exceptions exis-

tent cependant au profit de l'orphelin et de la Caisse Publique.

La seconde condition veut que l'enrichissement ait eu lieu sans cause. Il va en effet sans dire qu'il peut arriver dans les transactions qu'un patrimoine s'enrichisse aux dépens d'un autre. Il y aura alors cependant une cause pour légitimer l'enrichissement.

248. — Il faut faire place ici à des cas spéciaux d'*actio in rem verso*, où un appauvrissement est seulement exigé. En effet, dans les cas de contrats viciés, la cause n'existe pas, puisqu'il s'agit d'une véritable nullité, ainsi qu'on l'a vu. Aussi, celui qui, malgré cette nullité, fournit un travail, livre la chose, a droit à une indemnité, même si le travail n'a pas donné lieu à un enrichissement effectif de l'autre patrimoine.

L'indemnité sera calculée sur une base objective. Ce sera la valeur locative d'une chose semblable ou le salaire moyen dans des cas semblables (*agr al-mithl*). Elle ne devra jamais dépasser néanmoins la somme stipulée au contrat.

249. — Relevons enfin que le mineur ou l'incapable pourra être poursuivi pour son enrichissement, malgré la nullité du contrat.

3. - La gestion d'affaires.

250. — Si une personne gère l'affaire d'autrui en son absence, elle n'a, en principe, aucun droit au recours en indemnité, pour l'enrichissement qu'elle lui a procuré. Elle est présumée animée d'une intention libérale. Ainsi, payer la dette d'autrui à l'insu du débiteur ne crée point de recours contre ce débiteur. Si même le *solvens* était chargé

de payer, il n'aura de recours que s'il l'a stipulé expressément dans les cas où le mandant n'était pas obligatoirement tenu de payer. De même aussi, le créancier gagiste qui fait des dépenses pour la conservation du gage, le locataire, le commodataire n'ont aucun droit contre le propriétaire.

251. — Cette intention libérale disparaît cependant, si, en fait, un état de nécessité a exigé l'intervention dans les affaires d'autrui. Aussi, une *actio de in rem verso* sera alors accordée. Ainsi en est-il si le commodant a dû payer la dette du commodataire pour faire lever le gage. De même, si le co-acheteur a dû payer la totalité du prix afin de pouvoir prendre livraison de la chose retenue par le vendeur.

Le copropriétaire d'un mur mitoyen peut recourir pour la moitié de sa valeur, s'il l'a reconstruit à ses propres frais. De même, le propriétaire de l'étage supérieur peut recourir, s'il a dû reconstruire l'étage inférieur. Il en est enfin de même de tout copropriétaire, en général, qui a été contraint de gérer l'affaire de son copropriétaire.

252. — Dans tous ces cas, l'évaluation se fera sur la base de l'enrichissement effectué, au jour de l'enrichissement disent les uns, au jour de la demande en justice, disent les autres.

De toute manière, on ne prend pas en considération les frais effectivement déboursés par le gérant, à moins qu'ayant obtenu une autorisation préalable du juge, il ne soit considéré comme un véritable représentant.

253. — Dans un cas précis, l'indemnité a été légalement fixée. C'est celui de l'esclave fugitif. La personne qui le ramène d'une distance de trois jours de marche ou davantage a droit à quarante *dirham*. Une somme inférieure sera accordée, si la distance est moindre. De toute façon, la somme due ne doit pas dépasser sa valeur moins un *dirham*. Elle sera due par le créancier gagiste, si l'esclave était l'objet d'un gage.

TROISIÈME SECTION.

La notion musulmane d'obligation.

1. - Terminologie.

254. — Le droit subjectif en général est exprimé par le terme *al-h'aqq*. Il comprend, dans son acception la plus large, tous les droits patrimoniaux et extra-patrimoniaux, réels et personnels. Dans un sens spécial, il veut dire: droit de servitude. Cependant, les obligations résultant du contrat, telles que la livraison de la chose, le paiement du prix, sont appelées aussi des droits. Ce sont les « droits du contrat ».

Le terme *h'aqq* exprime même, parfois, seulement les cas d'obligations ayant pour objet des sommes d'argent. Les droits sont les créances, dans la terminologie d'AT'-T'AWI.

Le droit, comme pouvoir de commandement, s'exprime par le terme *walâya*.

255. — L'idée d'obligation se trouve exprimée surtout par le terme *wâgib* ou *wugûb*. Ainsi, l'obligé c'est: « من عليه الواجب ». On entend généralement par là des obligations de faire. Mais les dettes d'argent rentrent aussi parfois sous cette dénomination générique. Ainsi, l'on

parle à propos de cession de dette, du transfert du devoir ou de l'obligation.

D'après Ibn 'Abidin, le *wâgib*, c'est tout ce qui est exigé par la loi ou les usages.

256. — Le *wâgib* qui veut dire littéralement « devoir », n'évoque pas l'idée de lien ou de « vinculation ». Pour exprimer cette idée, on se sert du terme « *luzûm* », mais ce terme exprime surtout l'irrévocabilité et ne concerne que les contrats.

De même, le terme *iltizâm* ne concerne que les obligations contractuelles, et encore exprime-t-il surtout l'action de s'obliger soi-même. C'est l'auto-obligation. Aussi appelle-t-on les déclarations unilatérales de volonté, des *iltizâmât*. Cependant, dans un sens plus large, il exprime toutes les obligations nées de la volonté de l'obligé, soit les déclarations unilatérales et les obligations contractuelles. Ainsi, le locataire s'oblige à conserver la chose. Dans ce sens aussi, l'on lit dans Ar-Razi, *Tafsîr* (III, 349), que le contrat est un *iltizâm*.

Le mot *'aqd* ou contrat exprime le mieux et le plus littéralement l'idée de vinculation ou lien.

257. — L'obligation délictuelle reste, cependant, en dehors de toutes ces acceptions. Elle est exprimée surtout par le terme *d'amân*. Ce terme veut dire responsabilité. Aussi s'étend-il en même temps au domaine du contrat. Dans un sens large, il exprime l'idée même d'obligation, (al-Kasani, VI, 142: . « نعنى بالمضمون أن يكون واجب التسليم ») qu'il s'agisse d'obligations ayant pour objet des sommes d'argent ou d'obligations de faire..

258. — Le côté actif ou passif du lien obligatoire, le lien lui-même, n'ont jamais, ainsi qu'on le voit, été nettement entrevus. Aussi, aucun terme compréhensif ne vient synthétiser la notion d'obligation, de manière à exclure toute idée étrangère.

La notion d'obligation a été, cependant, étudiée dans son objet, comme tous les phénomènes juridiques du droit musulman. C'est là que nous l'étudierons pour pouvoir dégager le concept d'obligation en droit musulman.

2. - La notion d'obligation.

259. — Lorsque l'obligation a pour contenu une somme d'argent ou d'autres biens fongibles, elle porte le nom de « *dayn* ». Elle apparaît ainsi avec une consistance propre et c'est elle surtout qu'on gratifie de règles et de solutions.

Lorsqu'elle a pour objet des corps certains, c'est « *'ayn* » qu'elle s'appelle. Il faut alors la distinguer soigneusement du droit réel. Comme droit personnel, elle a un intérêt secondaire, les obligations de corps certains ne pouvant être à terme.

Les obligations de donner, de livrer, même de faire seront soit des obligations *'ayn*, soit des obligations *dayn*. Si l'obligation de faire a pour objet un travail quelconque, tel celui d'un domestique, on parlera de « *'amal* ». Le travail pourra, être fourni soit par n importe quelle personne, soit par une personne déterminée. S'il s'agit de la jouissance d'une chose, l'obligation peut avoir pour objet, soit une chose déterminée, soit les services que peut rendre toute autre chose semblable, telle une bête de somme. Dans ce dernier cas, on dit « *má fidh-dhimma* ».

260. — I. *Le « dayn »*. — Le mot veut dire littéralement « dette ». Il exprime aussi l'idée de créance. Mais il ne s'agit jamais que de créances ou de dettes d'argent. Parfois cependant, le mot *dayn* s'applique aussi à l'obligation de livrer. Cette extension, encore timide, semble annoncer une évolution, dans le sens des mots *creditor* et *debitor* du droit romain.

Il y a donc « *dayn* », tant qu'il s'agit de monnaie: *dirham, dînâr, fulûs;* de choses qui se pèsent, se mesurent, se comptent. Les habits feront l'objet d'un *dayn,* s'ils sont dus à terme. L'animal peut aussi, par voie d'exception, faire l'objet d'un *dayn,* si l'on peut livrer un animal quelconque répondant aux indications du contrat. Cette exception est admise dans le seul cas du *mahr.*

261. — L'obligation *dayn* peut naître, soit d'un contrat: prêt, vente, cautionnement, transaction, mariage; soit d'un fait dommageable: réparation.

Il n'est pas nécessaire pour qu'il y ait *dayn* que l'obligation soit à terme. Ainsi en est-il en cas de prêt.

L'obligation *dayn* a été définie par les auteurs comme étant un bien incorporel (*mâl h'ukmî*) appartenant au créancier et se trouvant dans le patrimoine du débiteur. Mais, comme il s'agit de biens essentiellement *incerta,* leur existence ne peut avoir lieu que dans une *dhimma,* soit dans la personne du débiteur. C'est son action (*fi'l*) qui permettra la concrétisation du droit. Une définition célèbre fait ressortir en même temps l'idée de lien (*al-mut'âlaba*).

262. — Les deux éléments de l'obligation *dayn,* à savoir le *debitum* et l'*obligatio,* ont été nettement distingués par les auteurs, en plus d'une occasion: en matière de cautionnement, de cession de dette, de remise de dette et de

concession de terme. Ainsi dit-on, le terme empêche la *mut'âlaba,* de même que la remise éteint la *mut'âlaba* non la dette. Cette distinction n'a d'ailleurs pas grand intérêt.

263. — La notion de *dayn* repose, en fait, sur celle de *dhimma.* Ce mot a parfois une portée très large. C'est la capacité d'être un sujet de droit. Il a pris néanmoins une consistance objective et c'est, en fait, l'assiette des obligations *dayn* avec lesquelles la *dhimma* finit par se confondre. Toute personne possède en elle-même cette « virtualité » de s'obliger. Elle ne disparaît qu'avec sa mort. Le patrimoine seul répondra alors des dettes. Mais, tant que la personne est en vie, patrimoine et *dhimma* se confondent. (Dans le droit pratique, V. Papyrus N° 8054, de l'an 458, *Arabischer,* p. 28).

264. — II. *Le « 'ayn »*. — Les obligations ayant pour objet des choses déterminées dans leur individualité, tels que les immeubles, les animaux, les esclaves etc., sont des obligations « *'ayn* ». Le débiteur serait tenu, soit de les donner, soit de les livrer.

Il faut remarquer que les biens fongibles peuvent être conventionnellement déterminés dans leur individualité. Ils feront l'objet d'obligations *'ayn.*

En principe, ces obligations ne peuvent être à terme. C'est, peut-être, un vestige des difficultés rencontrées à la naissance du concept d'obligation. L'on sait, en effet, que dans les systèmes primitifs, le contrat ne pouvait contenir des promesses. Il devait recevoir exécution immédiate. Cependant, par exception, dans la vente à livrer, l'artisan peut s'engager à livrer à terme la chose vendue.

265. — L'obligation peut naître, soit d'un contrat de

vente, ainsi celle de livrer la chose vendue; soit d'un dépôt, ainsi celle de restituer l'objet déposé. Elle peut aussi naître du commodat, de la commandite, du louage, du gage. La caution peut garantir une obligation de transporter, de livrer. Le vendeur peut, en garantie de son obligation de livrer, consentir un gage.

Pour les obligations *'ayn*, on ne parle pas de *dhimma*. Déterminé dans son individualité, l'objet d'une obligation *'ayn* est toujours *certum*. Si le débiteur refuse de livrer, ce n'est pas son patrimoine qui en répondra. Comme pour toute obligation de faire, la seule inexécution ne donne pas droit à des dommages-intérêts.

266. — III. *Le « 'amal »*. — L'obligation ayant pour objet le *'amal* apparaît sous un jour objectif. Il semble qu'à l'origine, toute obligation ne devait s'étendre qu'aux choses. L'obligation à des prestations de service en est ainsi toujours obscurcie. Elle existe cependant incontestablement.

Néanmoins, sous sa forme négative, elle est presque imperceptible. On ne parle d'obligation de ne pas faire qu'incidemment. Ainsi, le dépositaire n'est pas tenu de restituer la chose, mais seulement de ne pas faire obstacle à sa restitution. Il semble que le fait de l'abstention n'est pas assez matérialisé pour faire l'objet d'une obligation.

3. - Droit réel et droit de créance.

267. — Telle qu'elle a été délimitée, l'obligation s'oppose à la notion de droit réel. Là, en effet, il ne s'agit plus d'exiger une prestation quelconque d'une personne déterminée. Le droit repose sur une chose directement (*h'aqq fil 'ayn, h'aqq thâbit fil mah'h'al*).

Nous passerons en revue les différents droits réels du droit musulman. En déterminant leurs caractères propres, on arrivera par opposition à situer les droits personnels ou obligations.

268. — 1°) *Le droit de propriété*. — Dans la définition classique du *milk*, on ne parle pas de droit sur une chose. On fait ressortir surtout l'élément de puissance, la faculté de disposer. Aussi, le terme *milk* a-t-il une étendue très grande. Il s'applique, non seulement au droit de propriété ou *dominium plenum*, mais aussi aux divers démembrements de la propriété: *usus* et *fructus*. On l'envisagera, ici, dans son sens spécial de *dominium plenum*.

269. — 2°) *Le droit de jouissance ou d'usufruit*. — Les divers éléments de la propriété constituent, d'ailleurs, autant de droits réels. Le droit d'usage peut être séparé ou réuni au *fructus* selon Abu-H'anifa.

Le droit de jouissance, en général, naît, soit d'un contrat entre vifs: louage, commodat; soit d'un testament.

Le droit du locataire est, en effet, un droit réel, tout aussi bien que celui du légataire du droit de jouissance. Le locataire, le légataire d'usufruit peuvent opposer leur droit, qui est identique, à toute aliénation. L'aliénation du propriétaire n'est guère efficace, on l'a vu, au cas où le bien est grevé d'un droit de louage.

270. — Ainsi, le locataire, à l'instar du propriétaire, jouit d'un véritable droit de suite. Ce droit est d'une énergie particulière. Il empêche le contrat de produire ses effets, même *inter partes*. Le droit du locataire rendra aussi inefficace un nouveau louage. S'il ratifie, c'est lui le bailleur: les loyers devront être versés entre ses mains.

De même, le bien grevé d'un droit d'habitation ne saurait faire l'objet d'une aliénation efficace sans l'assentiment du titulaire du droit. De même encore, l'héritier ne saurait aliéner le bien dont l'usufruit a été légué à une tierce personne.

En cas de succession, le locataire opposera son droit sur la chose à tous les créanciers, à condition qu'il ait intégralement payé les loyers.

Le locataire peut d'ailleurs céder son droit à un tiers. Il en est de même du commodataire, si l'usage du bien peut être indifféremment confié à toute personne.

271. — 3°) *Les droits de servitude.* — Les droits d'irrigation, de passage etc., sont des droits réels.

Les servitudes ne peuvent jamais être que légales. La constitution de servitude par contrat pourra toujours être révoquée. Ce sera, en fait, un commodat.

La notion de servitude n'apparaît pas sous la forme de droits stipulés au profit d'un fonds. Néanmoins, c'est toujours un fonds qui est grevé, et le droit durera malgré les aliénations successives. C'est par là que l'on reconnait leur caractère réel.

Il faut enfin remarquer que ces droits ne peuvent jamais faire l'objet d'aliénations qu'accessoirement au fonds.

272. — Se rattachent au droit de jouissance et à l'idée de servitude, certains droits spéciaux connus sous l'étiquette de *h'aqq al-qarâr*. Ce sont: le droit de *h'ikr* ou emphytéose, le droit du propriétaire de l'étage supérieur sur l'étage inférieur, le droit de mettre à permanence ses effets dans une boutique.

273. — 4°) *Le droit de gage.* — Le droit de gage

est aussi un droit réel. Il s'exerce, en effet, directement sur la chose et peut être opposé à tout acquéreur du bien. Il rend toute aliénation inefficace. Si le créancier gagiste ratifie la vente, le prix fera l'objet du gage, à la place de la chose. S'il ratifie le louage, le gage tombe.

Le droit de gage rendra même un commodat inefficace.

274. — Le créancier gagiste a, de plus, un droit de préférence sur le prix de la chose. Ce droit de préférence ne peut cependant jouer entre plusieurs créanciers gagistes. Le cumul de gages n'est, en effet, jamais possible que s'ils sont consentis dans un seul et même contrat.

275. — 5°) *Le droit de rétention.* — Le droit de rétention proprement dit est aussi un droit réel. Il confère à son titulaire le droit de l'opposer *erga omnes*. Il lui confère aussi un droit de préférence sur le prix de la chose. Ainsi, celui qui ramène un esclave fugitif peut retenir l'esclave, s'il n'est pas payé. Il a, en outre, un droit de préférence, si l'esclave est vendu. Ainsi aussi, le droit de rétention du vendeur non payé peut être opposé à tous les créanciers.

276. — On peut donc dire que le caractère commun à tous ces droits se trouve être la subordination du droit à la chose qui forme son objet. Il la suit partout et arrive ainsi à prévaloir contre tous autres droits contraires.

Le droit réel n'est pas un droit, si l'on entend par droit, tout lien qui met en rapport deux personnes nommément désignées. C'est le cas du droit personnel ou obligation.

277. — *Les droits semi-réels.* — On rencontre aussi toute une catégorie de droits ayant une certaine « réalité », sans être, à proprement parler, des droits réels. Nous les

avons appelés les droits semi-réels. (*H'aqq an yatamallak*): Tels sont: le droit de préemption, le droit au butin, le droit de la victime sur l'esclave délinquant.

Dans tous ces cas, le bien est grevé d'un droit semi-réel, en ce sens que, sans être la propriété de son titulaire, celui-ci peut néanmoins le revendiquer. Il peut même parfois le suivre. Ainsi en est-il en cas de préemption. Dans les autres cas, l'aliénation vaut purge.

277 bis. — Un droit semi-réel existe aussi au profit des créanciers sur la succession du débiteur. Une sorte d'hypothèque légale leur permet, en effet, de suivre le bien du *de cujus*. On appelle parfois cette sorte de droit: *h'aqq qawî* ou *h'aqq muta'akkid*.

4. - Concept d'obligation en droit musulman.

278. — Si l'on veut réduire l'obligation musulmane à un concept unitaire, il faut dire que le *dayn* est un bien comme les autres. En raison de son indétermination foncière, il nécessite cependant une « action » du débiteur.

On aura ainsi, en dernière analyse, la définition donnée par Abu-H'anifa, que le *dayn* est, au fond, une action: l'action de transférer la propriété et de livrer un bien fongible. Le *'ayn* sera également une action. En effet, le corps certain ne peut faire l'objet d'un droit personnel, qu'en tant qu'il s'agit de le donner ou de le livrer.

279. — L'obligation est donc essentiellement une action exigée d'une personne déterminée. Cette réclamation s'appelle *al-mut'âlaba* et constitue le lien obligatoire qui mettra en présence deux personnes: *at'-t'âlib* et *al-mat'lûb*, le demandeur et le demandé. C'est ce lien qui distingue le

rapport obligationnel du droit réel ou *'ayn stricto sensu*. En droit réel, en effet, il n'y a pas lieu à *mut'âlaba*, aucune personne ne venant s'interposer entre la chose et le titulaire du droit. Ce dernier exerce directement son droit sur la chose *erga omnes:* d'où droits de suite et de préférence. Par ailleurs, il ne peut jamais renoncer à son droit. Ce droit n'existe pas, en effet, à la charge d'une personne à qui la renonciation pourra être consentie. Le droit existe sur une chose. Tant que cette chose existe, elle constituera le droit. Le droit réel s'identifie donc avec la chose, en dernière analyse.

280. — Le rapport obligationnel est néanmoins conçu sous l'angle de l'objectivité. Et ce n'est pas, quoi qu'en ait dit Santillana (T. I, p. 247), parce que l'on a envisagé surtout le sujet du droit, que les juristes musulmans ont perdu de vue l'importance de la distinction à faire entre droit réel et droit personnel.

En fait, ces juristes ont toujours et partout envisagé l'objet du droit, plutôt que ses sujets. Tout comme dans la philosophie scolastique du Moyen-Age européen, l'élément décisif de la relation juridique, c'est l'objet. Il en est le terme unifiant et spécificateur. (Cf. St. Thomas D'Aquin, *La Somme. La justice*. Edit. Rev. des Jeunes, p. 231-232).

C'est parce que l'objet conditionne le droit que le point de vue de l'interposition d'une tierce personne a passé presque inaperçu. C'est parce que le corps certain dû fait en même temps l'objet d'un droit réel que cette face du rapport obligationnel a été presque complètement perdue de vue. C'est parce que l'obligation de faire se réduit, dans une analyse objective, à livrer une chose, à fabriquer une chose ou à jouir d'une chose — que la chose a primé aussi

dans cette autre face du rapport obligationnel, là où cependant l'action est plus que jamais perceptible.

Dans le *dayn* lui-même enfin, l'on a envisagé l'obligation comme une chose et véritablement comme en Angleterre, une « *chose in action* ». C'est pourquoi, dans leurs classifications des biens, les auteurs opposent deux groupes: le *dayn* et le *'ayn*. Et c'est ainsi que la notion d'obligation a fini par s'éclipser totalement.

281. — On peut donc dire que les auteurs qui ont envisagé l'obligation musulmane comme un lien éminemment personnel se sont manifestement trompés. (V. Morand et Badawi Pacha). Ils ont construit leur idée sur ce fait que le lien obligatoire s'exécute en contrainte corporelle. Or, l'on a vu que la contrainte corporelle n'est qu'un système d'astreintes, en droit musulman. L'obligation s'exécute directement dans le patrimoine du débiteur, en principe. La contrainte par corps est là pour forcer à l'exécution directe, au cas où elle est difficilement réalisable. On est loin du système romain où le débiteur, tenu sur sa personne, était rendu, à l'origine, l'esclave du créancier.

282. — L'obligation est si bien envisagée objectivement que l'on retrouvera, à travers tout le système, les conséquences de cette objectivité. Conséquences que les théories modernes les plus avancées tentent de faire adopter, en partant précisément d'une conception objective de l'obligation.

Nous citerons ainsi la cession de dette. L'existence de cette institution prouve que la dette est conçue comme valeur patrimoniale. Si la cession de créance n'est pas admise, ce n'est pas en raison de la personnalité du lien, on l'a vu. Nous citerons encore dans ce même ordre d'idées

la distinction entre la *schuld* et la *haftung*, soit entre le *dayn* et la *mut'âlaba*. A la lumière de cette distinction, le *dayn* apparaît comme une valeur, abstraction faite de toute vinculation entre deux personnes. Nous citerons enfin la déclaration unilatérale de volonté qui existe comme source d'obligation, dans une mesure très restreinte, il est vrai, mais suffisante pour démontrer que la notion de personne passe au second plan.

283. — Cet objectivisme transparaît enfin à travers toutes les institutions auxquelles a donné lieu la théorie de l'obligation, ainsi qu'on a pu le constater tout au long de cet exposé.

Ainsi en est-il de la théorie de la volonté déclarée, du fait dommageable. L'on ne recherche point la réalité du consentement ni l'existence de la faute: autant d'éléments subjectifs. L'on s'attache plutôt à la forme du consentement, au fait externe qui a occasionné le dommage.

C'est aussi de l'objectivisme que cette méfiance à l'égard du pouvoir de la volonté. L'objectivisme règne enfin dans l'interprétation des contrats, l'évaluation du dommage.

On constatera enfin que si toute solennité ou formalisme fait défaut, les droits des tiers sont néanmoins amplement protégés.

284. — L'on doit donc, en guise de conclusion, adopter cette assertion de Menard (*Essai*, p. 369): « la méthode objective a pour avantages de restaurer la personne juridique dans sa plénitude vivante qui n'est pas celle d'une entité douée de conscience et de liberté toujours la même, mais l'intérêt, le patrimoine; et l'obligation sera constituée par le double rapport de responsabilité et de

sanctions à raison de faits prohibés ou de formes posées par la loi ».

285. — *Appréciation générale.* — L'on ne peut s'empêcher de remarquer que, sur bien des points, la théorie musulmane de l'obligation rejoint les théories allemandes, qui sont elles-mêmes objectives. Ainsi en est-il de la théorie de l'inefficacité, qui offre des ressemblances frappantes. Elle rejoint aussi, d'une manière non moins frappante, un autre système objectif, le droit anglais. Ainsi surtout de la théorie de l'inexécution du contrat.

En général, l'on peut dire que la théorie musulmane de l'obligation apparaît bien différente, comme conception et comme système, de la théorie romaine et de celle des systèmes qui en sont tributaires. Si l'on peut relever des ressemblances avec le droit romain sur des points précis, tels que les actes des incapables, une nette avance sur des points fondamentaux saute aux yeux. Ainsi en est-il de l'effet translatif des conventions, du principe de la représentation, de l'autonomie de la volonté. Par contre, la théorie musulmane marque des retards, en matière de transmission active, de force obligatoire des contrats. C'est surtout l'absence des notions de bien incorporel, de dommage moral, qui la prive d'un certain souffle de spiritualité.

La théorie du délit se rapproche de celle du droit hébraïque, mais la théorie du contrat ne rappelle en rien ce droit.

Il est donc vain de parler d'influences. La théorie présente, quant à la valeur intrinsèque des institutions, des hauts et des bas. Elle apparaît fortement évoluée sur plus d'un point, nettement retardataire sur plus d'un autre. Elle est cependant homogène et se trouve dominée par le grand principe de l'équivalence.

Si beaucoup d'opinions admises ou simplement évoquées rappellent des notions connues du droit comparé — que ce soit le droit des peuples primitifs ou le droit des peuples les plus civilisés — c'est que l'humanité a, partout et toujours, suivi les mêmes voies pour enfanter la Vérité Juridique.

THEORIE GENERALE DE L'OBLIGATION

EN

DROIT MUSULMAN

PREMIERE SECTION

L'obligation en elle-même

CHAPITRE PREMIER

LES SUJETS DE L'OBLIGATION

§ 1. - Pluralité de créanciers.

I. LA REGLE. — OBLIGATIONS SIMPLEMENT CONJOINTES *

286. — Les sujets de l'obligation peuvent être multiples. Si une personne se trouve obligée envers plusieurs autres à la fois: il y a pluralité active.

---

*La multiplicité ne peut se produire, en effet, que de deux manières, soit conjointement, soit disjointement.

Pour l'obligation disjointe, il suffit de dire que, dans le cas du testament, elle a donné lieu à une controverse entre les fondateurs de l'école. Si je fais un legs au profit de l'une de deux personnes déterminées, l'héritier aura-t-il la faculté de payer le tout à celle des deux qu'il choisira? MUH'AMMAD répond par l'affirmative. Dans la doctrine d'ABU-YUSUF, chaque légataire aura droit à la moitié. L'obligation ainsi se diviserait tout comme si elle était conjointe. Pour ABU-H'ANIFA,

1o. - DATIONS

287. — Les acheteurs (1), les donataires (2), les légataires (2) sont de plein droit propriétaires, pour parts égales, de la chose vendue, donnée ou léguée. Les parts pourront, d'ailleurs, si les parties en conviennent, être inégales (3). Mais, le droit de propriété ne pourra jamais être

---

le testament est considéré nul dans ce cas. V. Kas., VII, 342, l. 16 et s.: « لو أوصى لأحد هذين الرجلين لا يصح فى قول أبى حنيفة وعندهما يصح غير أنه عند أبى يوسف الوصية تكون بينهما نصفين وعند محمد الخيار الى الوارث يعطى أيهما شاء . »

Comp. LAROMBIÈRE, III, p. 355, n° 5: « L'exécution de dispositions semblables avait soulevé de grandes controverses parmi les jurisconsultes romains. JUSTINIEN trancha toutes ces difficultés, en décidant que la particule disjonctive devait être prise pour une particule conjonctive. L. 4, C. *De verb. et rer. signific.* ». Et Demol., XXVI, 78-80, nos 101-104.

(1) Kas., Ventes, V, 283 *in fine* et 284, l. 1: « لما اشتريا العبد جملة واحدة كان كل واحد منهما مشتريا نصفه . »

V. aussi la note suivante.

(2) *Id.*, VI, Société, 56, l. 16-17: «أن يشتريا شيئا أو يوهب لهما أو يوصى لهما أو يتصدق عليهما فيقبلا... فيصير المشترى والموهوب والموصى به والمتصدق به مشتركا بينهما شركة ملك . »

en rapprocher *id.*, VI, 81, l. 11: « البين كلمة قسمة والقسمة تقتضى المساواة اذا لم يبين فيها قدر معلوم . »

(3) *Id.*, V, Ventes, 226, l. 21-25. V. aussi la note précédente. V. encore Sarakh., XI, Société, 165, l. 9: « هذا الشرط معتبر لمقتضى مطلق السبب . »

transféré — au profit de plusieurs personnes — que divisé (4).

Les obligations ayant pour objet le transfert d'un droit de propriété se divisent donc, de plein droit, entre les créanciers.

288. — Ce principe a pu, cependant, être contesté. Il est rapporté qu'ABU-YUSUF et MUH'AMMAD, ont, à propos de la donation, soutenu une thèse opposée (5). Le bien donné appartiendrait en totalité à chacun des deux donataires (6). S'il est néanmoins partagé par moitié: c'est en raison d'une nécessité de fait (7). La contestation est restée, d'ailleurs, sans conséquence. La division de la créance entre les deux donataires est si bien affirmée par le chef de l'école hanéfite que, pour lui, la donation doit être ici considérée comme si elle avait eu lieu en vertu de deux actes juridiques

---

(4) Sarakh., XII, Donation, 68, l. 9-10: « موجب العقد الملك ولا يتأتى اثباته بكماله لكل واحد منهما . »

et Nug., II, 202, l. 5: « اجتماع الملكين فى محل واحد محال . »

(5) Kas., VI, Donation, 121, l. 28-34 et 122, l. 1-23. On y trouvera toute la controverse.

(6) *Id.*, 122, l. 18-19: « قولهما ان موجب تبرت الملك فى كل الدار لكل واحد منهما على الكمال . »

(7) *Id.*, 122, l. 1-4: « النصف عند الاقسام ضرورة المزاحمة واستوائهما فى الاستحقاق ... كالاخوين فى الميراث عند الاستواء فى الدرجة أن الميراث يكون بينهما نصفين وان كان سبب الاستحقاق فى حق كل واحد منهما على الكمال . »

et l. 7-8: « فلم يكن الاقسام على التناصف موجب الصيغة بل لتضايق المحل . »

distincts et pour moitié à chacun (8).

289. — Les preneurs, également, acquièrent le droit de jouir de la chose louée pour parts égales (9).

290. — Exception: le droit de gage ne se divise pas entre les deux créanciers gagistes (10).

2o. - TRADITIONS*

291. — L'obligation de livrer se divise-t-elle en cas de pluralité active?

---

(8) *Id.*, l. 17: « كأنه افرد لكل واحد منهما العقد فى النصف . »
V. aussi Sarakh., XII, Donation, 67, l. 17: « كما لو وهب النصف من كل واحد منهما بعقد على حدة . »

(9) Kas., IV, Louage, 188, l. 17: « تفرق ملكيهما فى المنفعة وانه يوجب قسمة المنفعة بالتهايؤ . »
V. aussi l. 18: « ولو مات احد المستأجرين حتى انتقضت الاجارة فى حصته بقيت فى حصة الحى كما كانت . »

(10) Sarakh., XXI, Gage, 165, l. 2: « ثبوت حق الحبس لكل واحد منهما فى جميع الرهن . »
et Kas., IV, Louage, 188, l. 19-20: « ويجوز رهن الواحد من اثنين ... لان الرهن شرع وثيقة بالدين فجميع الرهن يكون وثيقة لكل واحد من المرتهنين ألا ترى انه لوقضى الراهن دين احدهما لم يكن له ان يأخذ بعض الرهن . »

*Pour les autres *obligations de faire*, la pluralité des créanciers ne semble pas avoir donné lieu à des solutions. Le principe de la division ressort, cependant, d'un texte concernant le travail d'un domestique. L'un des deux patrons pourra, dit le texte, en l'absence de l'autre, employer l'esclave, *pour sa part*. V. Bagdad., 286: « الخادم اذا

Il ressort de certains textes, concernant le droit de rétention du vendeur, que chacun des deux acheteurs peut exiger la délivrance de sa part (11). Le texte d'*al-Gâmi' as'-s'aghîr* (12) suppose le cas de vente d'un esclave: chose in-

---

كان مشتركا وأحدهما غائب كان للاخر ان يستخدم الخادم بحصته . »
Mais Nug., I, 246, considère que le droit au travail de l'esclave est indivisible: « الاستخدام فى المملوك مما لا يتجزى فيثبت لكل من الولين على الكمال . »

Comparer avec Savigny, I, 369: « Doivent, au contraire, être regardées comme divisibles les *faciendi obligationes* dans les cas suivants: ...un travail manuel ordinaire ».

L'indivisibilité n'a d'ailleurs pas été envisagée — sous le point de vue de la pluralité active — dans des cas concrets d'obligations de faire.

(11) Kas., V, Ventes, 250, l. 22-23: « استحق قبض نصيبه من المبيع بتسليم حصته من الثمن . »
et l. 12: « اذا نقد أحدهما نصف الثمن يأخذ نصف المبيع . »

(12) Muh. sagh., Ventes, 87, l. 6-15: « رجلان اشتريا عبدا... لم يقبض الا نصيبه . »
V. aussi Abdin, IV, 301, l. 3: « أى اشتريا عبدا صفقة واحدة كما عبر فى الجامع الصغير . »
et l. 6-7: « الظاهر أن هذا لو المبيع غير مثلى أما المثلى كالبر ونحوه مما يمكن قسمته فلا يجبر على دفع الكل ولذا صوروا المسألة بالبيد . »

Ce dernier passage semble établir une distinction entre les choses divisibles et les choses indivisibles. Il n'infirme cependant pas la solution donnée dans le texte. En effet, la notion de rétention est à la base du cas analysé. Si le co-acheteur est présent ou s'il a payé sa part dans le prix, il ne sera pas question de livraison du tout à l'un des acheteurs. V. pour cela, *ibid.*, l. 4-6: « لو كان حاضرا ... يمكنه أن يخاصمه الى القاضى فى أن ينقد حصته ليقبض نصيبه . »
et l. 10-11: « بخلاف أحد المستأجرين ... اذ ليس للمؤجر حبس الدار . »

divisible (13); les textes ultérieurs sont plutôt conçus dans des termes généraux (14).

Quelques auteurs ont précisé, d'ailleurs, que le partage serait provisionnel (15).

292. — Il ressort aussi d'une controverse sur la donation du bien indivis que la délivrance pourra s'effectuer entre les mains de chacun des donataires pour sa seule part (16).

293. — Cependant, l'un des déposants ne pourra exiger du dépositaire sa seule part en l'absence des co-déposants (17). Le concours de tous est toujours exigé par Abu-H'anifa (18). L'inconvénient qu'il y a à considérer nécessaire la réunion de tous les déposants a été néanmoins entrevu (19).

---

et Nug. Bahr, VI, 176, l. 4-5: « لأنه لو كان حاضرا لا يقبضه [الكل] اتفاقا . »

(13) Kas., VI, 239, l. 14: « ... ما لايحتمل القسمة كالدابة والعبد ونحوهما . »

Cf. Muh. kab., f. 88 b: « الشاهد منهما حضر يدفع اليه نصف الجارية ويترك النصف الباقي في يدي المشترى . »

Has., Société, باب شركة الرجلين : « ولا يمتنع الدفع بغيبة الشريك . »

(14) Kas., V, v. note 11 *supra*; Hask., IV, 301, l. 1: « وان اشترى اثنان شيئا ... »

(15) Zai., IV, 129, l. 8: « لا يأخذ الا نصيبه بطريق المهايأة . »

V. encore Hum., VI, Ventes, 253, l. 29: « لا يقبض الا نصيبه على وجه المهايأة . »

et Simaw., I, 51, l. 22: « وأجمعوا على أنه لا يدفع الى الحاضر الا نصيبه مشاعا غير مقسوم . »

et *id.*, le texte cité à la note 23 *infra*.

(16) Hadd., II, Donation, 13, l. 22-23: « ولو قسم وسلم الى كل واحد منهما حصته جاز . »

---

(17) Il ne s'agit pas ici de l'absence prolongée. V. Qurr., I, 458, n° 4: « أطلق في الغائب فشمل ما اذا كان بعيدا معروفا يتعذر الوصول اليه أو قريبا . »

et Simaw., I, 53, l. 19: « سواء كان غائبا عن المجلس حاضرا في البلد أو غائبا عن البلد . »

(18) Muh., ms. 33 B.E., II, Dépôt, f. 199 b, l. 2-7: « قلت أرأيت رجلين استودعا دراهم أودنانير أو ثيابا أو دوابا [كذا] أو عبيدا فجاء احدهما والآخر غائب فقال للمستودع ادفع الي حصتي فأبا ذلك عليه فتقدما الى القاضي فقضا القضية اينبغي للقاضي أن يأمر المستودع أن يدفع الى صاحبه حصته بغير محضر من الآخر قال لا حتى يجتمع هو وصاحبه جميعا قلت لم قال ألا ترى ان المستودع ليس بوكيل فكيف يستطيع أن يقسم المال وهذا قول أبي حنيفة وقال أبو يوسف ومحمد يقسم ذلك فيدفع اليه حصته ولا يكون قسمة جائزة على الغائب . »

et V. texte identique dans ms. 382, Dépôt, p. 8e de ce livre: ms. faussement appelé *an-Nawâdir* dans le catalogue de la B.E. (p. 456). C'est, en fait, une copie du *Mabsût* datant du 8e s. H.

(19) Sarakh., XI, 124, l. 2-3: « والحاضر وان كان يتضرر بهذا فقد رضي بالتزام هذا الضرر حين ساعد شريكه على الايداع قبل القسمة . »

Le dépositaire est cependant libre, s'il le veut, de diviser son obligation sans encourir de responsabilité. C'est l'action du déposant qui est irrecevable. V. Muh., *loc. cit.*: « ... فأبا عليه ذلك ... أينبغي للقاضي أن يأمر . »

et dans le même sens, Sarakh., *loc. cit.*; Tah., f. 31 a: « لم يكن عليه أن يعطيه منها شيئا . »

V. aussi Kas., VI, 210, l. 19-20 et enfin Abdin, IV, 687, l. 27-28: « أشار بقوله لم يدفع الى أنه لا يجوز له ذلك حتى لا يأمره القاضي بدفع نصيبه اليه . »

Cette solution est dite contraire au *qiyâs*: elle a cependant prévalu.

Pour les deux disciples, l'un des déposants pourra exiger la restitution de sa part dans la chose déposée si elle est divisible (20).

V. Hask., IV, 687, *in fine* et 688: « ولو دفع هل يضمن ... فى البحر الاستحسان لا فكان هو المختار . »

Le droit pratique (*h'iyal*) reflète de son côté la tendance à écarter l'inconvénient de la poursuite collective. V. Hind., IV, Dépôt, 355, l. 20-25. On y envisage le cas où le concours des codéposants est stipulé dans la convention et l'on indique au dépositaire un moyen de défense pour échapper à la responsabilité: « ثلاثة أودعوا رجلا مالا وقالوا لا تدفع المال الى أحد منا حتى نجتمع فندفع نصيب أحدهم ... فان أراد المودع أن يخرج عن الضمان فالحيلة له فى ذلك أن يقول للحاضر الذى يطالبه بعد ما دفع الى الأول احضر خصمك حتى أدفعه اليكما ولا يقر بالدفع اليه . »

(20) Telle, du moins, apparait leur opinion à travers quelques textes et déjà chez AT'-T'AH'AWI. V. Tah., *loc. cit.*: «دراهم أو ما سواها تما يقسم . »

et Marghi., VII, 458, l. 6: « فى المكيل والموزون . »

et, dans le même sens, Hadd., II, 38, l. 30; Zai., V, 80, l. 1-4: « والخلاف فى ذوات الأمثال . »

et QAD'I-KHAN, *Charh' al-Gâmi' as'-s'aghir*, d'après Chalabi, V, 80.

Contra: le texte de Muh., *loc. cit.*: « دراهم أو دنانير أوثيابا أو دوابا [كذا] أو عبيدا . »

mais dans *al-Gâmi' as'-s'aghir:* « ثلاثة استودعوا رجلا الفا . »

Sarakh., XI, 123, l. 11-12; Qud., 72; mais Kas., *loc. cit.*, ne cite comme exemples que des choses divisibles. V. aussi *contra* Hask., IV, 687, *in fine:* « لو أودعا شيئا مثليا أو قيميا . »

et QAD'I-ZADA, *Natâig*, VII, 458, l. 25-26.

Sur ces hésitations, V. encore Abdin, IV, 688, l. 1-6.

D'après la seconde interprétation, chacun des co-déposants pourra exiger sa seule part dans la chose déposée même si elle est indivisible.

Mais, ce qu'il a reçu ne lui est pas acquis définitivement. Un recours contributif est ouvert contre lui si la part laissée entre les mains du dépositaire vient à périr (21).

294. — Le créancier gagiste, aussi, ne peut pas, dans la théorie de l'action suivant ABU-H'ANIFA, obtenir une condamnation en l'absence du co-stipulant (22).

295. — Ainsi, même en cas d'indivisibilité, le co-stipulant ne semble pas pouvoir exiger, à lui tout seul, la délivrance du tout.

Cependant, dans la théorie d'ABU-YUSUF, le jugement obtenu sur les poursuites de l'un des acheteurs pourra profiter au co-stipulant absent. La condamnation portera sur le tout et la part de l'absent sera remise à un tiers comme dépositaire (23).

---

(21) Kas., VI, 210, l. 21-22: « لو هلك الباقى فى يد المودع ثم جاء الغائب له أن يشارك صاحبه فى المقبوض . »

et les renvois ci-dessus.

Les deux disciples déduisent cette solution par analogie avec le cas de créance conjointe (V. *infra*). Cependant, ABU-H'ANIFA le fait déjà remarquer, il s'agit ici d'une obligation de livrer, tandis que dans la créance conjointe le débiteur paie de ses propres deniers. Kas., VI, 210, l. 29-30: « القياس على الدين المشترك غير سديد ... هنا يدفع مال الغائب . » C'est pourquoi ABU-H'ANIFA lui-même admet la division des poursuites au cas où l'obligation du dépositaire se résout en dommages-intérêts. V. Kas., Dépôt, VI, 213, l. 12-13: « لو أودعه رجلان كل واحد منهما الف درهم فخلط المودع المالين خلطا لا يتميز فلا سبيل لهما على أخذ الدراهم ويضمن المودع لكل واحد منهما الفا ويكون المخلوط له وهذا قول أبى حنيفة . »

(22) Simaw., I, 62, l. 8-11.

(23) Simaw., I, 48, *in fine* et 49, l. 1-3: « برهن عليه أنى وفلان

3o. - OBLIGATIONS DE SOMMES D'ARGENT OU AUTRES BIENS FONGIBLES

296. — L'obligation qui a pour objet une somme d'argent, un bien fongible se divise-t-elle entre les créanciers?

Avant d'exposer les règles spéciales auxquelles obéit ici la pluralité active, il est nécessaire de distinguer, avec netteté, la créance conjointe des créances non-conjointes (24).

الغائب اشترينا هذا منه بكذا وقبضنا ثمنه ... فعلى قياس قول أبي يوسف يحكم بكل للحاضر والغائب ويدفع الى الحاضر نصفه ويودع الباقي عند ثقة ولا يقسم حتى يحضر الغائب . »

Il faut remarquer que s'il s'agit de cohéritiers, la condamnation pourra toujours être obtenue pour le tout dans la doctrine même d'ABU-H'ANIFA et de MUH'AMMAD. V. Simaw., I, 81, l. 2-4: « اذا آل الأمر الى المطالبة بالتسليم لا بد من بيان حصته . »

Autre exception: le co-acheteur qui paie tout le prix peut, en l'absence du co-stipulant, obtenir livraison du tout, afin de retenir la part de l'absent. Ce droit lui est accordé, contrairement à l'opinion d'ABU-YUSUF, par ABU-H'ANIFA et MUH'AMMAD.

Il lui est refusé d'un commun accord si la chose est divisible. V. les notes 11-15 ci-dessus. V. aussi QAD'I KHAN, commentaire d'*al-Gâmi' as'-s'aghir*, ms. 743 B.E., II, Ventes, Chapitre: Questions diverses.

(24) Cette distinction, en effet, prend ici seulement de l'importance, mais il va sans dire que tout le problème de la pluralité ne se pose que s'il y a conjonction. Les auteurs, en FRANCE, n'ont pas attaché grande importance à cette distinction parce qu'elle est toujours, dans le système juridique français, d'un intérêt minime. V. Col. et Cap., II, 176, où l'expression « conjointe » est critiquée, et sur cette critique: PLANIOL et RIPERT, VII, 362, n° 1055.

DEMOLOMBE (XXVI, 81-89) s'est, cependant, étendu sur le sujet. Pour lui, la créance conjointe implique identité de la chose et du titre (V. n° 109). L'intérêt de la distinction y est exposé aux n°s 113-114 et 584. V. aussi LAROMBIÈRE, III, 359, n° 9.

A. Définition de la Conjonction.

297. — Qu'est-ce qu'une créance conjointe? Les textes répondent que les créances sont conjointes lorsqu'elles ont une seule et même cause (25).

Il va donc sans dire que, si les deux créanciers ne sont unis par aucun lien commun, il ne peut exister à leur profit de créance conjointe (26). Il en est ainsi s'ils vendent cha-

---

(25) Radiy, VI, ms. 613, Société. باب قبض أحد ربي الدين نصيبه « أصله ان الدين متى وجب لاثنين على واحد بسبب واحد فانه يكون مشتركا بينهما . » vers la page 69:

Tay., Société, باب شركة الرجلين يكون بينهما الجارية : « لأن سبب وجوب الدين متحد . »

et plus loin, dans « انما يكون الدين : باب رجوع أحد الشريكين على صاحبه مشتركا اذا وجب بسبب واحد حقيقة وحكما . »

et au même chapitre: « مداره اتحاد السبب ... الاشتراك في الدين ... يعتمد اتحاد السبب . »

Has., ms. 97, V, Société, mêmes chap.; Sarakh., XXI, Transaction, 41, l. 19; Kas., VI, Société, 65, l. 26; Zai., V, Transaction, 45; Nug., II, 212, l. 4-5; Hask., IV, Transaction, 662, l. 34; Hind., II, 336, l. 11, d'après *al-Muh'it'*.

Comp. Col. et Cap., II, 177: « les créances dites conjointes ...sont nées d'un seul et même fait juridique ».

(26) IBN-'ABIDIN, *al-'Uqûd ad-durriya*, un cas pratique sous forme de « réponse », II, 222: « سئل فيما اذا كان لزيد بذمة جماعة مبلغ دين من الدراهم ولعمرو بذمتهم دين أيضا فأخذ زيد منهم قدرا من دينه الخاص به ويريد عمرو مشاركته في ذلك بلا كفالة من زيد لذلك ولا وجه شرعي فهل ليس لعمرو ذلك الجواب نعم . »

Le lien commun existe nécessairement en cas de succession. La pluralité des héritiers crée un cas de créance conjointe. Elle est d'ailleurs née d'un seul et même fait juridique. V. Muh., f. 315 a: « اذا كان لرجل وامرأة على رجل ألف درهم بينهما الرجل الثلثان والمرأة الثلث من ميراث

cun séparément son bien et la créance est toujours non-conjointe même si le bien vendu appartenait à tous deux par indivis (27).

Les auteurs distinguent d'ailleurs nettement l'acte juridique ou *negotium* de l'*instrumentum* ou titre. Ainsi, même si l'écrit stipule une somme unique à la charge de l'acheteur, la créance ne sera pas conjointe au cas où la vente a été conclue séparément par chacun des deux vendeurs et contre un prix déterminé pour chaque part (28).

Il en est de même du prêt (29).

ورثاه ... كان لشريكه أن يشركه . »

« أو ورثا دينا لرجل واحد . »

Kas., VI, 65, l. 25 :

Il en est de même en cas de testament. Abdin, IV, 662 :

« دين موروث أو كان موصى به لهما . »

(27) Tay., باب شركة الرجلين : « عبد بين اثنين باع كل واحد نصيبه في صفقة على حدة . »

et باب رجوع أحد الشريكين : « لو باعا العبد المشترك صفقتين لا يشتركان في البدل . »

(28) Muh., ms. 200, f. 385 a, باب اختلاف الشراء والصلح : « اذا كان خادم بين رجلين فباع أحدهما حصته بخمس مائة من رجل وباع الآخر حصته من ذلك الرجل بخمس مائة وكتبا عليه صكا بألف درهم جميعا ... الصفقة مختلفة » .

Sarakh., XXI, 41, l. 10 et s. : « لأن نصيب كل واحد منهما وجب على المطلوب بسبب آخر فلا تثبت الشركة بينهما باتحاد الصك . »

Abdin, IV, 662, l. 28 et s.

(29) Muh., *ibid.* : « وكذلك لو أقرضه كل واحد منهما خمس مائة وكتبا عليه بها صكا واحدا . »

Sarakh., XXI, 41, l. 13-14 : « كما لو أقرضه كل واحد منهما خمسمائة وكتبا بالألف صكا واحدا . »

Les textes distinguent aussi le contrat une fois conclu sous réserve d'option de l'acte de ratification. Celui-ci peut ne pas s'effectuer en une seule fois sans infirmer l'unité première du contrat. On admet cependant que si le paiement a lieu après la ratification d'un seul créancier, la pluralité survenue par suite d'une nouvelle ratification ne saurait affecter ce paiement (30). Il en est ainsi encore en cas de vente de la chose d'autrui (31).

298. — Il faut faire observer, d'autre part, que le

---

(30) Muh. kab., ms. 740, f. 97 b : « اذا باع الرجلان من رجل عبدا بألف درهم على أن البائعين بالخيار ثلاثة أيام ... ثم ان أحدهما أجاز البيع فالبيع جائز في حصته وقد وجب له نصف الثمن على المشترى فان لم يقبضه حتى أجاز البيع الآخر البيع فقد جاز البيع في العبد كله فان قبض واحد من البيعين من الثمن شيئا شركه فيه صاحبه ولا يلتفت الى ما وجب لأحدهما قبل صاحبه لأنه لم يقبض شيئا حتى صارا مشتركين ولو أن الأول قبض نصف الثمن قبل أن يجيز صاحبه ثم ان صاحبه أجاز البيع بعد ذلك لم يشرك الذى قبض نصف الثمن فى قليل ولا كثير لأنه قبض نصف الثمن وهو له خاصة لا شركة لأحد فيه . »

Hind., II, 346, d'après *al-Muh'it'*.

(31) Muh. kab., f. 96b-97a : « واذا اغتصب الرجلان من الرجل عبدا فباعاه ... ثم ان ... المولى لقى أحد الغاصبين فضمنه نصف العبد ... فان البيع قد تم ... ولا يلتفت فى هذا الى وجوب الثمن لأحدهما قبل صاحبه لأن البيع كان أصله واحدا ... ولو كان الغاصب الذى ضمن أولا قبض نصف الثمن ثم ان المولى لقى الغاصب الآخر فضمنه ... لا شركة ... قبض ذلك قبل أن تقع الشركة سلم له ذلك . »

Attabi, f. 132 ; Has., V, باب رجوع أحد الشريكين : « السبب هو البيع والبيع متحد ووجوب الثمن يستند الى البيع لأن النفاذ يستند الى البيع لأنه صفة البيع ... وان اختلف وقت النفاذ » « حين نفذ البيع الثانى كان نصيب كل واحد منهما ممتازا عن نصيب الآخر صفة لأن نصيب الأول حين نفذ بيع الثانى كان عينا ونصيب الآخر كان دينا فى ذمة المشترى والنفاذ حكم الابتداء . »

contrat ne répond pas à la condition d'unité s'il est susceptible de fractionnement, c'est à dire, si l'un des co-contractants peut repousser l'offre faite à tous sans détruire le contrat (32).

Ainsi, la créance des vendeurs n'est conjointe que s'ils ont vendu ensemble pour un prix global (33).

---

(32) Has., *ibid.*, باب شركة الرجلين : « وفقه ... العقد منهما واحد فكل واحد منهما فى التصرف كشطر العلة وبشطر العلة لا يثبت شىء من الحكم ... اذا كان البيع صفقة واحدة كان تمام البيع بكلامهما ولهذا لو قبل البيع فى نصيب أحدهما دون الآخر لا يجوز فكان علة وجوب الثمن عقدهما وكان مشتركا بينهما . »

Abdin, IV, 25-26: « مطلب فى بيان ما يوجب اتحاد الصفقة وتفريقها . »

(33) Que ce soit un bien commun:

Muh., f. 385 a: « ان باعا جميعا الجارية صفقة واحدة بثمن واحد حالا أو الى أجل . »

Muh. kab., f. 95 a; Kas., VI, 65, l. 24; Marghi., VII, Transaction, 402; Hask., IV, 662; Abdin, IV, 662; Hind., II, 366 et 343, citant *al-Kâfi*.

Ainsi en est-il aussi, en cas de bail: Muh. kab., f. 95 b: « اذا كانت الدار بين رجلين فأجراها من رجل بمائة درهم . »

Tay., باب رجوع أحد الشريكين على صاحبه : « باعا منفعة مشتركة بينهما صفقة واحدة . »

Hind., II, 343, d'après *al-Kâfi;* ABU AS-SU'UD, *Fath' allâh al-mu'în*, Transaction, III, 184.

Ou deux choses différentes:

Muh. kab., f. 95 a: « رجلان لأحدهما عبد وللآخر امة ثمنهما سواء باعاهما من رجل صفقة واحدة بألف درهم . »

Has., V, باب شركة الرجلين : « كرجلين أسلما عشرة دراهم الى رجل فى كر حنطة صفقة واحدة والعشرة غير مشتركة بينهما بأن كانت الخمسة ملك أحدهما والخمسة ملك الآخر . »

Zai., V, 45: « ان كان لكل واحد منهما عين على حدة ... وباعا الكل صفقة

Le contrat sera, en effet, fragmenté en autant de parts, enseignent ABU-YUSUF et MUH'AMMAD, si le prix n'a pas été fixé d'une manière globale (34). Aussi, il y aura deux créances séparées au lieu d'une créance conjointe s'il a été stipulé une somme de tant pour chacun des deux vendeurs (35)

واحدة من غير تفصيل ثمن نصيب كل واحد منهما . »

Abdin, IV, 662, citant AZ-ZAYLA'I.

(34) Tay., باب رجوع أحد الشريكين : « لو سمى كل واحد لنصيبه ثمنا لم يشركه الآخر فيما قبض لاختلاف سبب الوجوب ولهذا لو قبل نصيب أحدهما صح بخلاف ما اذا لم يسم وهذا ظاهر الرواية وعلى ما روى عن أبى حنيفة لا تتفرق الصفقة بهذا . »

Abdin, IV, 25 et 375; Kas., V, 145.

(35) Muh., f. 385 a: « ولو باعا صفقة واحدة على أن نصيب فلان منها مائة درهم وعلى أن نصيب فلان الف درهم ... فهذا بمنزلة صفقتين . »

Muh. kab., f. 95a: « ولو كانا عينا باعا سويا ان ثمن كل واحد منهما خمس مائة درهم فقبض أحدهما حصته ... لم يشاركه . »

Contra, pour avoir, semble-t-il, suivi l'opinion d'ABU-H'ANIFA: Qurr., II, 238: « بعناك هذا العبد بألف لكل خمسمائة فقبل كان صفقة واحدة . »

mais les auteurs classiques sont pour: Sarakh., XXI, 41, l. 14 et s.: « لو باعاه صفقة واحدة على أن نصيب فلان منه مائة لأن تفرق التسمية فى حق البائعين كتفرق الصفقة بدليل أن للمشترى أن لا يقبل البيع فى نصيب أحدهما . »

Zai., V, 45: « تفصيل ثمن نصيب كل واحد منهما . »

Hind., II, 337.

Rappr. avec DEMOLOMBE, XXVI, 83, n° 109, qui distingue le cas où dans l'acte on a promis de prêter dix mille francs à Paul et dix mille francs à Pierre, et celui où l'on a promis dans l'acte en une seule fois de prêter dix mille francs à Paul et à Pierre. Il n'y a obligation conjointe, déclare-t-il, que dans le second cas. Et LAROMBIÈRE, III, 307: « Je vous vends un pré tant, un bois tant et une terre tant par un seul et même acte il y a là trois obligations simples absolument indépendantes les unes des autres ».

ou si le prix stipulé par l'un diffère en nature (36) ou en qualité (37) de celui stipulé par l'autre.

Ce fractionnement de l'acte juridique porte ses conséquences même en cas de résolution. Ainsi, le recours des acheteurs en restitution du prix versé pour vice de la chose ou éviction, ne constitue pas une créance conjointe, si, dans le contrat, le prix n'a pas été fixé d'une manière globale (38).

299. — En raison de cette même idée, le recours des cautions contre le débiteur ne sera pas considéré comme une créance conjointe. En effet, le recours de la caution a sa

---

(36) Muh., f. 385a : « لو اشترط أحدهما أن ثمن نصيبه كر حنطة جيد وثمن حصة الآخر كر من شعير جيد . »

Sarakh., XXI, Gage, 164, l. 21-23 : « لرجلين على رجل دين هما فيه شريكان أو لأحدهما دنانير وللاخر دراهم أو حنطة أوغيرهما . »

(37) Muh., *ibid.* : « وكذلك لو اشترط أحدهما أن نصيبه خمس مائة بيضا وشرط الاخر خمس مائة سود . »

Sarakh., XXI, 41, l. 16-17.

(38) Attabi, f. 132 : « لو اشتريا صفقتين ثرداه بعيب أو استحق نقبض أحدهما حصته فلا شركة وان نقدا من مال مشترك . فى رواية ابن سماعة يشركه اذا كان النقد من مال مشترك . »

Zahir., II, 35b-36a : « رجلان اشتريا من رجل جارية اشترى أحدهما نصفها بألف درهم واشترى الاخر نصفها بألف درهم ثم وجدا بها عيبا ورداها ثم قبض أحدهما حصته من الثمن لا يشاركه صاحبه فيما قبض دفعا الثمن مختلطا فى الابتداء أو دفع كل واحد منهما الثمن على حدة لأنه صفقتان وكذلك ان استحقت الجارية . وروى عن أبى يوسف انه رجع عن قوله فى فصل الرد . »

Hind., II, 340, d'après *al-Muntaqâ*, citant Abu-Yusuf.

base juridique dans le contrat lui-même (39) et le contrat de cautionnement ne forme pas un seul tout en cas de pluralité de cautions (40). Telle est la doctrine enseignée par Abu-Yusuf (41) et à laquelle Muh'ammad s'est rallié (42). Il en est de même du recours des mandataires contre le mandant en remboursement du prix s'ils ont conclu pour lui un achat (43).

Cependant, la créance des prêteurs est conjointe si la somme prêtée provenait de deniers communs (44). Or, le

---

(39) Has., V, « بنفس الكفالة وجب الدين للطالب : باب رجوع أحد الشريكين على الكفيل والكفيل على الأصيل الا أن ما وجب له على الغريم مؤجل الى وقت القضاء . »

(40) *Id.* : « ان كفالتهما وان اتحدت حقيقة لأنهما كفلا عن الغريم بألف درهم جملة واحدة لكن اختلف حكما لأن كفالة كل واحد منهما صحتها غير منوطة ومتعلقة بكفالة الاخر فان الطالب لو قبل كفالة أحدهما دون الاخر صح . »

(41) *Id.* : « اذا ثبت أن وجوب المال عليهما بسبب الالتزام والتزامهما متفرق فان كفالة هذا والتزامه غير كفالة ذاك والتزامه فكان السبب مختلفا وهذا لأنه وجب الدين لهذا على المطلوب وعليهما للطالب بسببين مختلفين . »

(42) Muh. kab., f. 95 a : « وهذا عند محمد بن الحسن أحسن من القول الأول ونال ورجعت اليه . »

C'est cependant la première opinion de Muh'ammad qui a été rapportée dans Hind., II, 337, d'après Khiz. et Zahir., et qui, par suite, a été adoptée dans les codifications : *al-Magalla*, art. 1097 et *Murchid*, art. 171.

(43) Muh. kab., f. 95 a ; Has., V : « رجوعهما عليه ... بحكم الأمر ... ولهذا يملكان الرجوع قبل الأداء وأمر أحدهما بالشرى غير أمر الاخر الا ترى أنه لو قبل أحدهما الوكالة دون الاخر صح . »

Hind., II, 337, d'après *al-Muh'it*.

(44) Muh., f. 385 a : « أو دراهم اقرضاها اياه . »

prêt consenti par les deux prêteurs à la fois ne forme pas un seul tout (45). En fait, la conjonction est ici imposée par la nature même des choses: c'est parce que la somme remboursée est l'équivalent exact de la somme commune avancée qu'elle sera nécessairement la propriété commune des deux prêteurs. Aussi, si la communauté fait défaut, la conjonction disparaît aussitôt (46). Il en est de même si deux personnes ont payé la dette d'une troisième sur l'ordre de celle-ci. Leur créance sera conjointe si le paiement s'est effectué avec des deniers communs (47). En fait, le paiement

---

« الف بينهما أقرضاه اياه . »
Zai., V, 45:

« بدل القرض من المال المشترك بينهما . »
Zai., V, 45:
Abdin, IV, 662, l. 31; Hind., II, 336.

(45) Has., V, « صحة الاقراض من مال : باب رجوع أحد الشريكين كل واحد منهما غير متعلق بصحة الاقراض من مال الآخر ولهذا لو استقرض من رجلين شيئا فاقرضه أحدهما صح . »

et plus loin: « والاقراض ان وجد منهما جملة حقيقة الا أنه اختلف حكما ... حتى ان رجلين لو أقرضا ألفا مشتركا بينهما من رجل فقبض المستقرض من نصيب أحدهما دون الآخر صح . »

(46) Has., *ibid.*: « حق المشاركة هنا فى المقبوض ما ثبت لمكان الشركة فى الدين وانما يثبت بسبب آخر وهو أن ما قبضه القابض من المستقرض ان كان غير المقبوض حقيقة فهو عين المقبوض حكما . »

et plus loin: « اذا أدياه لا من مال مشترك بينهما [يكون] القابض قبض الخمس مائة التى هى عين ماله حكما ولو قبض الخمس مائة التى هى عين ماله حقيقة لا يكون للآخر أن يشاركه فيه فكذا اذا قبض عين ماله حكما . »

(47) Muh. kab., f. 94 a: « ان كان اديا المال عن الغريم جميعا من مال مختلط بينهما فلكل واحد منهما أن يرجع على صاحبه ... لأنهما كانا شريكين فى المال الذى

s'analyse ici en prêt (48).

300. — Le *dommage* subi par deux personnes dans leur bien commun crée à leur profit, une créance conjointe (49). Il en est de même du dommage subi dans la personne

---

أدياه فان كانا أديا المال جميعا معا من مال متفرق ... لم يشاركه وان كان الغريم قد أمرهما جميعا أمرا واحدا . »

Hind., II, 343, d'après *al-Muh'it'*, citant: MUH'AMMAD, *al-Gâmi'*.

(48) Has., V: « لأن الأداء منهما بمنزلة الاقراض من الغريم . »
C'est pourquoi, peut-on dire, si deux personnes sont « subrogées » de plein droit, leur créance contre le débiteur ne sera jamais conjointe.

Muh. kab., f. 95 b-96 a: « اذا شهد الرجلان على رجل أنه كاتب عبدا له ... وكذلك لو شهد شاهدان على رجل أنه باع عبده . »

Tay.: « اذا ضمن الشاهدين فلان أقامهما مقامه وملكهما بدل الكتابة لأنه ان لم يكن المكاتب قابلا للنقل بالضمان فبدله قابل له قصدا بأن باعه من المكاتب أو حكما بالارث ... كغاصب المدبر اذا قتل فى يده خطأ وضمن المولى الغاصب فللغاصب تضمين عاقلة القاتل أو تضمين القاتل ان لم يكن له عاقلة لقيام المولى فى حق استحقاق قيمة المدبر . »

Has., V, « لا غرما القيمة ملكا مثل ذلك فى ذمة : باب رجوع أحد الشريكين المكاتب والمشترى بطريق القيام مقام المولى والبائع فيما على المكاتب والمشترى من غير تصوير عقد بينهما . »

Hind., II, 343.

(49) Muh., f. 389 a: « باب الصلح فى الغصب بين اثنين . واذا اغتصب رجل عبدا بين اثنين فاستهلكه ... يشركه الاخر فيما أخذ . »

Muh. kab., f. 88 a: « جارية بين رجلين ... [يقضى] بالغير بينهما نصفين . »

et f. 96 a: « ان اختار ضمان الغاصبين الأولين رجع الغاصبان الأولان على الغاصب الاخر بقيمته يوم غصبه منهما ... فأراد شريكه أن يشركه فيما كان له [ذلك] . »

Kas., VI, 65, l. 24-25: « أو استهلك الرجل عليهما شيئا قيمته ألف درهم . »

Marghi., VII, 403: « قيمة المستهلك المشترك . »

Zai., V, 45: « قيمة العين المشتركة المستهلكة . »

Hask., IV, 662 *in fine*; Hind., II, 336: « استهلك لهما ثوبا . »

de leur auteur commun (50). Il n'y a donc pas conjonction si le dommage atteint des biens appartenant distinctement à plusieurs personnes. L'unité de source fait, alors, défaut (51).

« العقر وقيمة الولد مشترك بينهما نصفين لأنه دين وجب لهما بسبب واحد . » Has., V, باب شركة الرجلين :

Rappr. avec Col. et Cap., II, 177: « On rencontre des créances mettant en jeu plusieurs co-stipulants... un des co-héritiers a, pendant l'indivision, recueilli seul les fruits et intérêts produits par les choses indivises; il devient débiteur de chacun des co-héritiers ».

(50) Muh. kab., f. 89 b-90 a: « اذا كاتب الرجل عبده فجنا جناية فقتل رجلا خطأ وللمقتول وليان ... يقضى لهما عليه بالقيمة [ويشتركان] . »

et f. 90 b: « ان دفع نصف العبد أو فداه بنصف الدية ثم حضر الشريك الاخر فله أن يرجع فيأخذ من شريكه نصف ما أخذه . »

et plus loin: « اذا جنا المدبر جناية فقتل رجلا خطأ وله وليان فعلى مولاه قيمته بينهما نصفين . »

Kas., VII, Délits, 242, l. 24-25.

(51) Ainsi, pour le dommage atteignant la personne, les auteurs parlent de deux délits et non d'un seul dans les textes suivants:

Muh. kab., f. 90 a: « اذا قتل المكاتب رجلين خطأ لكل واحد منهما ولي ... لم يشركه فيه صاحبه لأن الجنايتين كانتا مختلفتين ولم يكونا شريكين فى أصل الجناية فاذا كانت الجنايتان مختلفتين فان قضى القاضى بالقيمة جميعا أو متفرقا فهو سواء وما أخذ واحد منهما لم يشركه فيه صاحبه . »

Has., V, باب شركة الرجلين : « لا يمكن القول باتحاد الحق لأن أصل الحق الذى تقابله القيمة غير مشترك بينهما فكان كل نصف من القيمة مقابلا بنفس على حدة فمتى لم يكن المبدل مشتركا بينهما لا يكون البدل مشتركا وكذلك سبب الوجوب مختلف أيضا وهو الجناية . »

et plus loin: « لأن الجنايتين اذا اختلفتا صار لهما موجبان مختلفان والمحل غير مشترك أيضا . »

Le dommage n'est pas, dans certains cas, par lui-même générateur d'obligation. Si celle-ci naît seulement le jour du jugement, c'est le jugement qui doit répondre à la condition d'unité. Il y aura donc deux créances séparées, s'il y a deux condamnations successives, dans les cas spéciaux où la naissance de l'obligation est retardée jusqu'au jour du jugement (52).

301. — Le recours des deux acheteurs en répétition du prix versé en vertu d'un contrat radicalement nul, cons-

---

(52) Muh. kab.:

1° cas, f. 88 b-89 a: « جارية بين رجلين ... لا شركة بينهما فى قيمة الولد الا أن يقضى بها لهما جميعا ... [لأنه] يصير الولد مالا يوم يقضى بقيمته . »

2° cas, f. 89 b-90 a: « كاتب الرجل عبده فجنا جناية فقتل رجلا خطأ وللمقتول وليان ... ان كان القاضى قضى بالدم وأحدهما غائب وقضا للحاضر منهما بنصف القيمة ... ثم حضر الغائب فلا سبيل له على شريكه لأن نصيبه لم يصر مالا ... لأن الجناية انما صارت مالا بعد القضا فوجب المال لهما متفرقا فلما وجب متفرقا كان ما أخذ أحدهما له خاصة . »

et f. 90 b: « المكاتب لا تكون جنايته مالا حتى يقضى بها والمدبر جنايته مال حين يجنى وان لم يقض له بها . »

Has., V, باب شركة الرجلين : « اذا كان سبب وجوب القيمة [قيمة الولد] المنع وانه يتحقق عند القضا ينظر الى القضا فان وقع دفعة واحدة كانت القيمة مشتركة لاتحاد السبب وان وقع متفرقا لم يكن مشتركا لاختلاف السبب . »

et plus loin: « جناية المكاتب ... تصير دينا فى ذمته يأخذ [ال] أشياء [ال] أربعة ... قبل أحد هذه الأشياء يخير المولى بين الدفع أو الفداء ... فاذا كان حاله موقوفا لا تصير جنايته مالا الا بالقضا . »

Hind., II, 344-345.

V. aussi un troisième cas où le dommage présuppose cependant un contrat, mais n'engendre d'obligation qu'au jour du jugement:

Muh. kab., f. 89 b: « لو كان المشتريان رجلين ... وأقام رجل البينة ان الدار داره فقضا عليهما بنقض البنا ... وقضا [لأحد المشترين] بنصف قيمة البنا فان قبض

titue lui aussi, une créance conjointe s'ils ont payé des deniers communs (53).

B. Effets de la Conjonction.

(a) RAPPORTS DES CREANCIERS AVEC LE DEBITEUR

302. — Chacun des créanciers peut demander sa part dans la créance (54). Il est aussi maître d'en disposer (55).

الأول أو الآخر من البائع شيئا من حصته من قيمة البنا لم يشركه فيه صاحبه لأن القضا كان فى ذلك مختلفا ... فانما يجب لهما المال يوم يقضيا لهما به . »

Has., V, باب شركة الرجلين : « يسلم الى البائع ويرجع عليه بقيمته مبنيا لأنه لما باع منه فقد ضمن له بقية البنا الى الأبد فاذا لم يسلم له ذلك صار مغرورا من جهته فكان له أن يرجع عليه بقيمة البنا ... [و] البنا انما صار مالا باختيارهما وقضا القاضى لأن لا حق لهما فى القيمة قبل ذلك وانما كان حقهما فى البنا فانما ينتقل الى القيمة بالقضا . »

et cf. avec ce cas rapporté par Attabi, f. 132 : « اذا اشتريا عبدا فوجدا به عيبا فرجع أحدهما بنقصان العيب بحصته لم يشركه الآخر وان قضى لهما بالرجوع يشتركان . »

(53) Zahir., II, 35 b-36 a : « ان وجدت الجارية حرة وقد دفعا الثمن مختلطا كان للاخر أن يشارك القابض فيما قبض . »

et Attabi, f. 132 : « ولو وجد العبد حرا يشركه فيما يقبض لأنه لم يملكه البائع . »
Hind., II, 340, d'après *al-Muntaqâ*, citant ABU-YUSUF.

(54) Gass., III, Témoignages, f. 382 a : « انه متى طالب به [أى بنصيبه] أجبره القاضى عليه . »

Kas., VI, Dépôt, 210, l. 24-25 : « اذا كان لرجلين دين مشترك على رجل فجاء أحدهما وطلب حصته من الدين فانه يدفع اليه حصته . »

Simaw., I, 50, l. 5-6 : « عليه دين لهما فطلب أحدهم حظه بقية البقية يجبر المديون على الدفع . »

Il peut ainsi faire remise (56) ou donation (57) de sa part au débiteur, transiger avec lui (58), accepter en paiement

---

Hind., II, 341 : « اذا كان لثلاثة دين مشترك على انسان فغاب اثنان منهم وحضر الثالث فطلب حصته يجبر المديون على الدفع . عن الصغرى . »

AT'-T'ARABULSI, *al-Fatâwâ*, 53 : « سئلت عن ورثة لهم دين على زيد ورثوه عن أبيهم فطلب أحدهم حصته منه حال غيبة سائر الورثة هل له ذلك الجواب نعم له ذلك . نقل الكفوى ما نصه ولأحد الشريكين أو لأحد الورثة أن يطلب نصيبه من الدين المشترك بسبب واحد حال غيبة الباقين اه ممزيا للقنية . »

(55) Kas., VI, Société, 66, l. 32 : « ان نصيبه ملكه فيملك التصرف فيه . »

(56) Muh., Transaction, f. 385 b : « اذا كان لرجلين على رجل ألف درهم ... فأبرأه منها أو حلله . »

Sarakh., XXI, Transaction, 38 : « ابرأ عن نصيبه كان صحيحا . »

Attabi, f. 132 b : « ولو ابرأه أحدهما عن نصيبه جاز . »

Kas., VI, 66 : « ابرأ الغريم من حصته جازت البراءة . »

(57) Muh., 385 b : « اذا كان لرجلين على رجل ألف درهم فوهب أحدهما حصته للمطلوب . »

La donation exigerait l'acceptation du débiteur, à la différence de la remise. L'opinion qui a prévalu assimile cependant complètement la donation de la dette à sa remise. L'acceptation du débiteur ne sera donc pas exigée dans les deux cas. V. sur ce point: DAUD AL-KHAT'IB, *al-Fatâwâ al-ghiyâthiyya*, 137 et Sindi, IX, f. 4 a.

(58) Muh., f. 384b : « لرجلين على رجل الف درهم ... فصالحه أحدهما من حصته على عبد وقبضه فهو جائز . »

f. 385a : « اذا كان لرجلين على رجل كر حنطة قرض فصالحه أحدهما على عشرة دراهم على ان ابرأه من حصته من ذلك فهو جائز . »

et encore : « اذا كان لرجلين على رجل كر حنطة جيد ... لو كان صالح منه على كر شعير وقبضه كان جائزا . »

et f. 389a-389b : « اذا اغتصب رجل رجلين طعاما فغيبه عنهما ثم صالح أحدهما على

un objet autre que celui de l'obligation (59).

Il peut aussi stipuler des sûretés (60), consentir à un

دراهم أو دنانير أو شيء مما يكال أو ثمر أو شيء مما يوزن زيت أو سمن ... فان الخيار في ذلك الى المصالح ان شاء أدخله فيما قبض وان شاء أعطاه ربع الكر النصف . »

Gass., 382b: « ان أحدهما اذا صالح من نصيبه على ثوب جاز . »

Kas., VI, 66.

Transiger, c'est, ici, accepter à la place de l'objet de l'obligation, une chose différente de moindre valeur. V. Muh., f. 389a:

« صالحه على ثوب ... كذلك كل عرض ... أو حيوان ... ما خلا الدنانير والدراهم . »

et Zai., V, 46: « المصالح عليه ... خلاف جنس الدين . »

(59) L'opération a pu revêtir la forme d'une vente:

Muh., f. 384b: « لو اشترى بحصته عبدا وقبضه كان جائزا . »

f. 385a: « [لرجلين على رجل كر حنطة] لو كان باع حصته من الطعام بعشرة دراهم . »

Qud., Transaction, 67: « اشترى أحدهما بنصيبه من الدين سلعة . »

d'un louage de choses:

Muh., f. 385b: « اذا كان لرجلين على رجل خمس مائة درهم فاستأجر أحدهما بحصته منها دارا من الغريم سنة وسكنها فهذا بمنزلة القبض . »

d'un louage de services:

Muh., f. 385b: « اذا كان لرجلين على رجل مائة درهم فصالحه أحدهما من حصته على خدمة عبد سنة أو خدمته شهرا وعلى أن يزرع أرضا في سنة نزرعها فهو جائز . »

d'un contrat de mariage:

Muh., f. 385b: « اذا كان لرجلين على امرأة الف درهم وزن سبعة فتزوجها أحدهما على حصته منها فهو جائز . »

d'un contrat de divorce *khul'*:

Muh., f. 385b: « كذلك لو كان لامرأتين على زوج احداهما الف درهم فاختلعت امرأته بحصتها منه . »

(60) Soit un cautionnement:

Abdin, IV, Cautionnement, 375; Burh. Dhakh., II, f. 580b: « لو ان المطلوب أعطى أحد الشريكين كفيلا بحصته ... فللآخر أن يشاركه فيه . »

transport de dette (61).

Sa part peut, d'ailleurs, s'éteindre en tout (62) ou en partie (63) par compensation avec ce qu'il doit au débiteur

---

Hind., II, 340: « لو ان المطلوب أعطى أحد الشريكين كفيلا بحصته ... عن الذخيرة . »

soit un gage:

Burh. Dhakh., II, 581a: « لو ان المطلوب أعطى أحدهما رهنا بحصته . »

Radiy, ms. 613 B.E., VI, Société, f. 70b: « لو ارتهن أحدهما بحصته ... »

(61) Sarakh., XXI, 38: « قبل الحوالة بنصيبه على انسان كان صحيحا . »

Burh. Dhakh., II, 580b: « لو ان المطلوب ... أحاله ... »

Attabi, 132b: « لو أحالهما الغريم ... لو كانت الحوالة متفرقة . »

Has., III, Témoignages, p. 32e du livre: « لو ... قبل الحوالة بنصيبه على انسان كان صحيحا لما انه يتصرف في خالص نصيبه . »

Hind., II, 340: « احاله بذلك على رجل . »

Dans Attabi, 132b, il semble même pouvoir affecter sa part à une cession de dette: « لو استقرضه انسان فأحال بنصيبه على الغريم . »

Cette part peut même être aliénée par le moyen de l'aveu:

Sindi, XII, 474b: « لو أقر بنصيبه من الدين لانسان صح اقراره وصار ملكا المقر له . »

et Zai., V, 48.

(62) Muh., 385b: « اذا كان لرجلين على رجل الف درهم الى سنة وقد استقرض أحدهما منه خمس مائة قبل ذلك ثم حل المال لهما عليه تصارت قصاصا . »

f. 385a: « اذا كان لرجلين على رجل الف درهم من ثمن بيع فأقر أحدهما انه قد كان للمطلوب عليه خمس مائة درهم قبل دينهما فقد برىء المطلوب من حصته . »

385b: « لو كانت الف درهم لهما عليه ثم باع أحدهما متاعا بخمس مائة الى سنة ثم حلت تصارت قصاصا فهو قصاص . »

385a: « أفسد له متاعا يكون قيمته خمس مائة فانه توى من حصته . »

385b: « اذا كان لرجلين على رجل الف درهم فاغتصبه أحدهما خمس مائة فأكلها والألف حالة فهي قصاص . »

(63) ACH-CHURUNBULALI, *Ghuniat*, II, 402: « أو قاصصه عن نصفه

(64).

303. — L'un des créanciers pourra-t-il concéder un terme, pour sa part? Dans l'enseignement d'Abu-Yusuf et de Muh'ammad (65), l'affirmative est soutenue (66). Le

---

بدينه . »

(64) Si le débiteur meurt laissant comme héritier l'un des créanciers conjoints, la créance s'éteindra-t-elle, pour la part de l'héritier, par confusion? La négative ne peut faire l'objet d'un doute puisque l'héritier ne répond pas des dettes du *de cujus*. La question se serait cependant posée à Abu-Yusuf. Aussi, la version non accréditée rapporte que l'héritier pourra concourir avec son co-créancier en cas d'insuffisance d'actif successoral. Cette version se trouve dans Kas., VI, 67 : « وذكر على بن الجعد عن أبي يوسف انه لو مات المطلوب وأحد الشريكين وارثه وترك مالا ليس فيه وفاء اشتركا بالحصص لأن الدين يمنع انتقال الملك الى الورثة لقوله تعالى من بعد وصية يوصى بها أو دين ترتب الميراث على الدين فلم ينتقل الملك الى الوارث فلا يسقط دينه وكان دين الوارث والأجنبي سواء . »

Hind., II, 341, reproduit le texte de Kas.

(65) Ainsi, dans Muh., 384b-385a; Sarakh., XXI, 37; Kas., VI, 66. Cependant Marghi., VII, 404, a écrit que c'est là l'enseignement du seul Abu-Yusuf. La doctrine de Muh'ammad serait celle d'Abu-H'anifa : « لو أخر أحدهما عن نصيبه صح عند أبي يوسف اعتبارا بالابراء المطلق ولا يصح عندهما . »

Depuis cette date, les auteurs rapportent tous que l'enseignement de Muh'ammad concorde avec celui d'Abu-Yusuf d'après une version, ne concorde pas d'après une autre. Zai., V, 47 : « لو أخر أحدهما نصيبه لم يجز عند أبي حنيفة وعند أبي يوسف يجوز ومحمد معه في رواية ومع أبي حنيفة في أخرى . »

Bab., VII, 404-405 : « قال صاحب النهاية ما ذكره من صفة الاختلاف مخالف لما ذكر في عامة الكتب حيث ذكر قول محمد مع قول أبي يوسف وذلك سهل لجواز أن يكون المصنف قد اطلع على رواية لمحمد مع أبي حنيفة . »

créancier qui a le pouvoir de faire remise de sa part a, à plus forte raison, celui d'accorder un simple délai (67).

La doctrine d'Abu-H'anifa (68) n'accorde pas au créancier cette faculté parce que son exercice affecte inévi-

---

Chalabi, V, 47, attribue cette hésitation sur l'opinion de Muh'ammad à ce que ce dernier aurait opté pour l'enseignement d'Abu-Yusuf dans le livre de la Transaction (passage rapporté *infra* n° 66, d'après le ms. de Qawala, B.E. n° 200), et pour celui d'Abu-H'anifa, dans le livre de la Société du même ouvrage : « قال الاتقاني اعلم أن ذكر الخلاف على هذا الوجه فيه نظر لأن قول محمد مع أبي يوسف في سائر الكتب لا مع أبي حنيفة ثم قال بعد كلام طويل فعلى هذا يكون ما ذكره صاحب الهداية بناء على اختلاف روايتي الكتابين كتاب الشركة وكتاب الصلح ففي كتاب الشركة قول محمد مع أبي حنيفة وفي كتاب الصلح مع أبي يوسف اه قوله وكتاب الصلح أي من الأصل لمحمد رحمه الله وكتب ما نصه قال في معراج الدراية ما ذكره الشيخ من الاختلاف مخالف لعامة روايات الكتب من المبسوط والاسرار والايضاح وغيرها حيث ذكر فيها قول محمد مع أبي يوسف . »

La version non-accréditée rapporte, nous dit Burh. Dhakh., II, 580b que Muh'ammad est pour la validité du terme. Il n'y est cependant pas question de l'opinion d'Abu-Yusuf : « في شركة المنتقى ابن سماعة عن محمد . رجلان لهما على رجل الف درهم من ثمن عبد أو غير ذلك فأخر أحدهما حصته من ذلك لم يجز في قول أبي حنيفة وجائز في قول محمد . »

(66) Muh., 385a : « وقال أبو يوسف ومحمد ... اذا أخر حصته فتأخيره جائز في حصته . »

(67) Sarakh., XXI, 37 : « وجه قولهما ان المؤخر تصرف في خالص نصيبه . »
Kas., VI, 66 : « وجه قولهما ان نصيبه ملكه فيملك التصرف فيه ولهذا ملك التصرف فيه اسقاطا بالابراء فالتأخير اولى لأنه دونه . »

(68) Muh., 385a : « قال أبو حنيفة اذا كان الدين بين رجلين فأخر أحدهما حصته لم يجز ذلك . »

tablement les parts des co-créanciers (69).

Il arrive cependant que la créance soit à terme pour une part, exigible pour une autre (70). Elle aura même pu naître ainsi (71).

---

(69) Sarakh., XXI, 38: « والدليل على أن تأجيله يصادف بعض نصيب شريكه ان الآخر اذا قبض نصيبه ثم حل الأجل كان للمؤخر أن يشاركه فى القبوض ويكون ما بقى مشتركا بينهما والباقى هو ما كان مؤجلا . »

Has., III, Témoignages, 32e: « ولا يمكن أن يجعل تأجيله مصادفا لنصيبه خاصة . »

Zai., V, 48: « فيه تفويت غرضه بمنعه عن وصول حقه له فى الحال وهذا ضرر ظاهر لايخفى على أحد . »

Ainsi, le co-créancier n'aura définitivement recouvré sa part qu'à l'échéance du terme.

(70) Dans la doctrine même d'ABU-H'ANIFA, en effet, l'un des créanciers peut valablement concéder un terme si son co-créancier y consent. ACH-CHURUNBULALI, *H'âchiya*, II, 402: « وقال فى البرهان تأجيل نصيبه موقوف على رضى شريكه عند أبى حنيفة . »

Au cas aussi où l'un des créanciers déclare que la créance conjointe est née à terme pour le tout. Dans l'opinion d'ABU-H'ANIFA, cette déclaration laissera la part du co-créancier exigible, mais la part du déclarant sera à terme. Muh., 385a: « قال أبو حنيفة ان أقر أحد الشريكين فى هذا ان الدين كان الى سنة وقال الآخر كان حالا فان حصة الذى أقر بالأجل الى ذلك الأجل وحصة الآخر حالة . »

V. enfin le cas rapporté par Attabi, 133a: « ان رده بعيب بقضا عاد الأجل على الغريم و [ان] كان بغير قضا بقى نصيبه على الغريم حالا والنصف الى أجل . »

(71) Puisque l'un des créanciers peut déclarer que sa part dans la créance est née à terme. Sarakh., XXI, 39: « أقر أحدهما ان نصيبه مؤجل . »

Cette déclaration, il est vrai, n'aura pas d'effet dans la doctrine d'ABU-H'ANIFA. L'existence du terme pourrait néanmoins être établie autrement qu'au moyen de l'aveu. Elle pourrait même n'être pas contestée du tout.

304. — Chacun des créanciers ne peut exiger que sa seule part. Il ne peut poursuivre le débiteur pour le tout (72). Cependant, dans la théorie de l'action suivant ABU-YUSUF et MUH'AMMAD (73), le créancier poursuivant pourra obtenir une condamnation pour le tout (74). Le jugement

---

(72) Has., III, Témoignages, 37e: « القاضى ... لا يأمره بدفع الكل ولا بالزيادة على النصف . »

Simaw., I, 50, l. 3-5: « دعوى الدين . برهن ان له ولفلان الغائب على هذا الشئ فحكم له بنصفه فقدم الغائب فلا يأخذ من الغريم شيئا الا أن يبرهن . »

(73) Khan, II, 369-370: « لو ان رجلين لهما على رجل الف درهم هما شريكان فيه والمديون يجحد الدين فحضر أحدهما فأقام البينة على دينهما والشريك الآخر غائب ذكر فى المنتقى ان على قول أبى حنيفة يقضى للحاضر بخمسمائة واذا حضر الغائب كلف اعادة البينة ولا يجعل الحاضر خصما عن الغائب فى وجه من الوجوه ... وقال أبو يوسف أى الشريكين حضر فهو خصم عن الآخر ... وقال محمد القياس ما قال أبو حنيفة والاستحسان ما قال ابو يوسف . »

D'après Simaw., I, 50, il existe beaucoup d'hésitations sur cette question: « كان عن أبى حنيفة روايتان ... وكذا عن أبى يوسف ومحمد روايتان ان محمدا ذكر هذه المسائل فى المبسوط على نمط واحد ان عند أبى حنيفة الحكم للحاضر وعلى الحاضر يقتصر عليه . »

et 51: « ذكر ... ما يدل على رجوع أبى يوسف الى قول أبى حنيفة وذكر أن محمدا مع أبى حنيفة فى ظاهر الرواية » « والحاصل ... محمد مع أبى يوسف . »

Il se dégage cependant de toutes ces fluctuations qu'une tendance d'équité ou d'*Istih'sân*, représentée par ABU-YUSUF, a voulu faire admettre le principe de la représentation pour tous les cas de créance conjointe.

Il faut faire remarquer que ces divergences n'existent pas s'il s'agit de cohéritiers. D'un commun accord, l'héritier peut obtenir condamnation pour le tout, mais ne reçoit, lui aussi, que sa part. V. Khan, 370: « الا أن يكون الألف ميراثا بينهما من شخص واحد . »

Simaw., I, 51: « والحاصل ان أحد شريكى الدين خصم عن الآخر فى الارث وفاقا . »

(74) Simaw., I, 51: « قال أبو يوسف يقضى بنصيبهما . »

intervenu profite aux co-créanciers du poursuivant dans ce sens qu'ils n'auront plus à faire la preuve de leur droit. Mais le créancier poursuivant ne pourra jamais recevoir lui-même paiement de la part de son co-créancier, part pour laquelle le débiteur a été cependant condamné (75).

Le débiteur qui verse entre les mains de l'un des créanciers tout le montant de la dette, aura donc mal payé pour tout ce qui excède la part de l'*accipiens*. Les autres créanciers conservent, malgré ce paiement, tous leurs droits contre le débiteur (76), et ce dernier peut répéter ce que l'*accipiens* a indûment reçu (77).

(b) RAPPORTS DES CO-CREANCIERS ENTRE EUX

305. — 1. *Le recours.* — L'*accipiens* subira le recours de son co-créancier. Il sera tenu de partager ce qu'il a reçu

---

(75) Simaw., I, 51 : « فلا حاجة الى اعادة البينة لو حضر . »
et Has. : « للقاضي أن يقضي بخصومة الواحد الا أن الحاضر لا يقبض ... الا حقه . »

(76) Kas., VI, 70, l. 13-15 : « من استوفى كل الدين المشترك بغير اذن شريكه كان لشريكه أن يرجع على الغريم بحصته . »

(77) Kas., *ibid.* : « ويرجع الغريم على القابض بما قبضه لأنه انما سلم اليه ليملك ما في ذمته بما سلم ولم يملك فكان له أن يرجع . »
Has., V, Société : « لو قبض أحد الشريكين بنفسه جميع الدين ثم ان الآخر رجع بحصته على الغريم كان للغريم أن يرجع بذلك على القابض . »
Il pourra subir aussi le recours du co-créancier :
Kas., VI, 70, l. 16 : « ان أحد الشريكين اذا استوفى الدين المشترك كله كان للشريك الآخر أن يرجع عليه بنصيبه . »
Les textes prévoient assez souvent ce cas. V. Attabi, 133a :
« لو اشترى من الغريم بجميع الدين صار مستوفيا كله وضمن النصف لشريكه . »

(78) alors même qu'il n'a reçu qu'une partie de son droit (79).

Mais il est nécessaire qu'un paiement ou un mode équivalent ait eu lieu de sorte que le patrimoine du créancier s'est trouvé accru d'une nouvelle valeur (80).

Il n'y aura donc pas lieu à recours si le créancier fait remise ou donation de sa part (81).

---

(78) Marghi., VII, 402 : « اذا قبض أحدهما شيئا فلصاحبه أن يتاركه في المقبوض . »
Hind., II, 336 : « قبض أحدهما نصيبه... فللآخر أن يشركه. عن السراج الوهاج . »

(79) Qud., 67 : « اذا استوفى [أحدهما] نصف نصيبه من الدين كان لشريكه أن يشاركه فيما قبض . »
Marghi., *Bidâya*, VII, 403, même texte. Hind., II, 336 : « قبض أحدهما نصيبه أو بعضه فللآخر أن يشركه . عن السراج الوهاج . »

(80) Kas., VI, 67 : « اذا لم يكن مستوفيا للدين لم يكن له المشاركة اذ المشاركة تثبت في القدر المستوفى » « من شرط وجوب الضمان عليه أن يسلم له ما يحتمل المشاركة . »
Ce qui n'est pas susceptible de partage est, ici, ce qui n'est pas un « bien ». V. Sarakh., XXI, 42 : « ليس بمال متقوم ولا يكون مضمونا على أحد فلا يقبل الشركة . »
et 40 : « مستوفيا شيئا مضمونا أو شيئا قابلا للشركة . »
et Radiy, VI, 70b : « اذا لم يحصل له عين مال ينتفع به صار وجود ما سلم له وعدمه سواء . »
et 70a : « مال عين [أو] عين له حكم المال . »

(81) Muh., 385b : « اذا كان لرجلين على رجل الف درهم فوهب أحدهما حصته للمطلوب أو ابرأه منها أو حلله لم يكن لشريكه عليه ضمان في ذلك . »
Radiy, VI, 69b : « لو وهب أحدهما نصيبه من الغريم أو ابرأه منه لم يضمن لشريكه شيئا لأن الابراء اسقاط وليس بقبض لنصيبه . »

Si la remise est partielle, la somme reçue sera partagée suivant la nouvelle proportion des parts (82).

306. — Et il n'y aura recours en cas de dation en paiement que si la satisfaction obtenue est d'ordre patrimonial. La satisfaction est telle si l'opération a revêtu la forme d'une vente (83), d'un louage de choses ou de services (84).

« ولا يضمن لشريكه شيئا لأنه لم يقبض شيئا من الدين بل أتلف حصته لا غير . » Kas., VI, 66:

Marghi., VII, 404.

Cependant Attabi, 132b, rapporte qu'ABU-YUSUF aurait admis le recours dans ce cas: « لو ابرأه أحدهما عن نصيبه جاز وضمن لشريكه عند أبي يوسف . »

Cette opinion ne peut reposer sur les principes établis en la matière. Elle est d'ailleurs ignorée par les auteurs.

(82) Muh., 385a: « لو صالحه على مائة درهم على ابراء مما بقي من حصته بعد قبض المائة أو قبل قبضها كان جائزا ولشريكه أن يرجع عليه بخمسة أسداس المائة من قبل ان له على المطلوب خمس مائة وليس لشريكه الا مائة . »

Radiy, VI, 96b: « لو ابرأه أحدهما عن مائة والدين الف ثم خرج شيء من الدين اقتسماه بينهما على قدر حقهما على الغريم وذلك تسعة للساكت خمسة وللمبرىء أربعة لأن الحق عاد الى هذا القدر وكذلك ان ابراه بعد القبض قبل القسمة . »

Attabi, 132b; Kas., VI, 66; Marghi., VII, 404.

(83) Muh., 384b: « قال أبو يوسف ومحمد لو اشترى بحصته عبدا وقبضه كان جائزا وكان لشريكه عليه مايتا درهم وخمسون درهما . »

385a: « [لرجلين على رجل كر حنطة قرض] لو كان باع حصته من الطعام بعشرة دراهم كان لشريكه أن يضمنه ربع الكر . »

Sarakh., XXI, 41: « فيصير هو بطريق البيع كالمستوفي بجميع نصيبه لشريكه نصفه . »

Qud., 67: « اذا اشترى أحدهما بنصيبه من الدين سلعة كان لشريكه أن يضمنه ربع الدين . »

(84) Muh., 385b: « اذا كان لرجلين على رجل خمس مائة درهم فاستأجر أحدهما

Par contre, la satisfaction est d'ordre extra-patrimonial si

بحصته منها دارا من الغريم سنة وسكنها فهذا بمنزلة القبض وعليه خمسون ومايتا درهم لصاحبه » « من حصته على ... خدمته شهرا وعلى أن يزرع أرضا في سنة فزرعها فهو جائز وهذا بمنزلة القبض يضمن لشريكه ... لأن هذا منفعة ولا يشبه القصاص والنكاح . »

Sarakh., XXI, 43: « استأجر بنصيبه عبدا للخدمة أو أرضا للزراعة . »

Radiy, VI, 71a: « لو استأجر أحدهما بنصيبه دارا فلشريكه أن يأخذ ربع الدين . »

Kas., VI, 67: « لو استأجر أحد الشريكين الغريم بنصيبه فان شريكه يرجع عليه في قولهم جميعا لأن الأجرة في مقابلتها بدل مضمون بالعقد فأشبه البيع . »

Marghi., VII, 406: « الاستئجار بنصيبه قبض . »

Hind., II, 339: « استأجر ... بنصيبه ... يرجع عليه في قولهم . عن السراج الوهاج . »

Dans la version non accréditée, il est rapporté que MUH'AMMAD a enseigné une opinion différente. La contrevaleur dans le contrat de louage ne constituerait pas un bien: et le recours ainsi ne serait pas possible. V. Sarakh., XXI, 43: « روى ابن سماعة عن محمد انه قال ... اذا استأجر حصته من الدين لم يكن للآخر أن يرجع عليه بشيء وجعل هذا بمنزلة النكاح لأن المنفعة ليست بمال مطلق فاذا كان بدل نصيبه المنفعة لا يضمن باعتباره مالا مطلقا لشريكه . »

Attabi, 132b: « لم يضمن لشريكه عند محمد . »

Has., V, Société: « ابن سماعة عن محمد في رجلين لهما على امرأة الف درهم ثم ان أحدهما تزوجها على حصته منها أو استأجرها أو استأجر منها شيئا فان شريكه لا يشركه في شيء . »

Cette opinion n'a pas prévalu. V. Sarakh., XXI, 43:

« المنافع مال في حكم العقد وهي بالاستيفاء تدخل في ضمان المستأجر بمنزلة المشترى . »

Kas., VI, 67: « الذي سلم له وهو المنفعة قابل للشركة » « الأجرة في مقابلتها بدل مضمون بالعقد فأشبه البيع . »

Kifaya, VII, 406: « ما عدا منافع البضع من المنافع جعل مالا من كل وجه عند ورود العقد عليها . »

l'opération a revêtu la forme d'un contrat de mariage (85), d'un contrat de divorce *khul'* (86) ou d'une composition pécuniaire (87).

307. — En cas de transaction, le créancier reçoit un objet de valeur moindre. Son co-créancier exercera son recours sur cette valeur (88) et ce recours vaudra ratification

---

(85) Muh., 385b: « اذا كان لرجلين على امرأة الف درهم وزن سبعة فتزوجها أحدهما على حصته منها فهو جائز ولا يرجع صاحبه عليه بشيء لأنه لم يقبض شيئا . »
Sarakh., XXI, 42: « لأنه لم يقبض بحصته شيئا مضمونا يقبل الشركة ... ليس بمال متقوم ولا يكون مضمونا على أحد فلا يقبل الشركة . »
Kas., VI, 67: « ان من شرط وجوب الضمان عليه لشريكه أن يسلم له ما يحتمل المشاركة ولم يوجد فلا يضمن لشريكه كما لو ابرأها عن نصيبه . »
Marghi., VII, 406: « التزوج به اتلاف . »
Zai., V, 47; ACH-CHURUNBULALI, II, 402.

(86) Muh., 385b: « وكذلك لو كان لامرأتين على زوج احداهما الف درهم فاختلعت امرأته بحصتها منه فان شريكها لا يرجع عليها بشيء لأنها لم تقبض شيئا . »
Sarakh., XXI, 43.

(87) Muh., 385b: « لو صالح من جرح عمد فيه قصاص على نصيبه منه كان جائزا ولا يكون هذا بمنزلة القبض لأنه لم يقبض شيئا وهذا بمنزلة النكاح ولا [رجوع] لشريكه عليه . »
Sarakh., XXI, 40; Kas., VI, 67: « روى بشر عن أبي يوسف ان أحد الطالبين اذا شج المطلوب موضحة عمدا فصالحه على حصته لا يلزمه شيء لشريكه لأنه لم يسلم له ما تمكن المشاركة فيه لأن الصلح عن جناية عمد ليس في مقابلته بدل مضمون فلم يسلم ما تصح المشاركة فيه فلا يلزمه شيء . »
Marghi., VII, 406: « وكذا [أي يعتبر اتلافا] الصلح عليه من جناية العمد . »
Zai., V, 47: « لأنه لم يملك شيئا قابلا للشركة بمقابلته . »

(88) Muh., 384b: « اذا كان لرجلين على رجل الف درهم ... فصالحه

ou la transaction (89).

Sa part sera réduite dans la même proportion que celle de l'*accipiens* et il aura ainsi participé à la libéralité (90). Il pourra, cependant, exiger sa part dans la somme, objet de la transaction, si l'*accipiens* préfère conserver la chose

---

أحدهما من حصته على عبد ... تدفع اليه نصف العبد فان قبله كان بينهما نصفين ... وان لم يقبل فلا شيء له غير ذلك . »
385a: « اذا كان لرجلين على رجل كر حنطة قرض فصالحه أحدهما على عشرة دراهم ... دفع اليه خمسة دراهم . » « اذا كان لرجلين على رجل كر حنطة جيد ... لو كان صالح منه على كر شعير وقبضه كان جائزا ... ولشريكه أن يشركه فأخذ منه نصف الكر الشعير . »
389a: « ان صالحه على ثوب ... دفع نصف الثوب الى شريكه ... وكذلك كل عرض صالحه عليه أو حيوان . » « أدخله معه فيما قبض وان أبى ذلك الآخر لم يكن له شيء . »
389a-389b: « اذا اغتصب رجل رجلين طعاما بينهما فغيبه عنهما ثم صالح أحدهما ... أدخله فيما قبض . »
Qud., 67: « اذا صالح أحدهما من نصيبه على ثوب فشريكه ... ان شاء أخذ نصف الثوب . »
Attabi, 132b: « ان صالح الغريم عن نصيبه ... أعطاه نصف المقبوض . »
Marghi., *Bidâya*, VII, 401-402: « اذا كان الدين بين شريكين فصالح أحدهما من نصيبه على ثوب ... أخذ نصف الثوب . »

(89) Sarakh., XXI, 41: « مشاركته لا تكون الا بعد رضاه بقبضه . »
QAD'I-ZADA, *Natâig*, VII, 403: « أخذه النصف دلالة على اجازة العقد . »

(90) Sarakh., XXI, 41: « ان مبنى الصلح على الاغماض والتجوز بدون الحق فمن حجة المصالح ... أن يقول انما توصلت الى نصيبي لأني تجوزت بدون حقي فان أردت أن تشاركني بما تجوزت به لأدفع اليك نصف ما قبضت . »
MUNLA KHUSRAW, *Durar*, II, 402: « اذا ألزمناه دفع ربع الدين تضرر به للصالح لأنه لم يستوف تمام نصف الدين فلذا خيرناه . »

reçue (91).

308. — En cas de compensation, il n'y aura recours que si la créance du débiteur est née postérieurement à la créance conjointe (92).

---

(91) Muh., 384b: « ان شئت أن تدفع اليه مائتي درهم وخمسين درهما فعلت ويسلم لك العبد . »

385a: « أذا كان لرجلين على رجل كر حنطة قرض فصالحه أحدهما على عشرة دراهم ... فان شاء دفع الى شريكه ربع كر . » « اذا كان لرجلين على رجل كر حنطة جيد ... لو كان صالح منه على كر شعير وقبضه كان جائزا ... ولشريكه أن يشركه فأخذ منه نصف الكر الشعير الا أن يعطيه ربع كر حنطة جيد . »

389a: « اذا اغتصب رجل عبدا بين اثنين ... ثم صالح أحدهما من نصيبه على ... ثوب ان شاء أعطاه ربع قيمة العبد . »

389a-389b: « اذا اغتصب رجل رجلين طعاما ... ان شاء أدخله فيما قبض وان شاء أعطاه ربع الكر الغصب . »

Qud., 67: « ان شاء أخذ نصف الثوب الا أن يضمن له شريكه ربع الدين . »

Attabi, 132b: « ان صالح الغريم عن نصيبه ... رجع عليه بنصفه وان شاء أعطاه نصف القبوض أو نصيبه من الدين . »

Kas., VI, 66: « له أن يقول أنا أعطيك نصف حقك من الدين لأنه لا حق لك فيما زاد على ذلك . »

Une opinion, représentée par ZUFAR, permet dans tous les cas au co-créancier d'exiger sa part proportionnelle, intégralement. Il ne participera donc pas à la libéralité. Chalabi, V, 46: « وعند زفر يلزمه أن يؤدي اليه ربع الدين بلا خيار كما لو اشترى لأنه صار به قابضا . »

(92) Elle a pu naître d'un contrat de vente:

Muh., 385b: « لو كانت الف درهم لهما عليه ثم باع أحدهما متاعا بخمس مائة الى سنة ثم حلت تصارت قصاصا فهو قصاص وهو ضامن لمائتي درهم وخمسين درهما لشريكه لأنه صار مقبضها أولا وليس بقاض . »

d'un contrat de prêt:

Kas., VI, 67: « اذا ... اقترض [أحد الطالبين] منه [أي من المطلوب] شيئا بقدر

En effet, le créancier conjoint n'aura rien acquis, si

نصيبه من الدين فلشريكه أن يرجع عليه لأن قدر القرض ... صار قصاصا بدينه والاقتصاص استيفاء الدين من حيث المعنى فصار كأنه استوفى حقه . »

Bazzaz, VI, 34: « لو استقرض أحدهما أو اشترى بعد ثبوت الدين لهما يشاركه الآخر . »

d'un contrat de louage:

Sarakh., XXI, 43: « اذا استأجر أحدهما بخمسمائة ثم أصاب قصاصا بنصيبه . »

Radiy, VI, 71b: « لو ... استأجر بخمسمائة مرسلة فلشريكه أن يأخذ منه نصف حقه . »

Attabi, 132b: « لو أطلق ... الاجارة بكذا ثم قاصها بنصيبه ضمن لشريكه لأنه استوفى بالمقاصة . »

Kas., VI, 67: « استأجر الغريم بخمسمائة مرسلة . »

Has., V, Société: « لو ... استأجر منها دارا ثم جعل تلك الخمس مائة قصاصا فان صاحبه يشاركه . »

d'une composition pécuniaire:

Kas., VI, 67: « ذكر ابن سماعة في نوادره عن محمد لو ان أحد الغريمين اللذين لهما المال قتل عبد المطلوب فوجب عليه القصاص فصالحه المطلوب على خمسمائة درهم كان ذلك جائزا ويبرىء من حصة القاتل من الدين وكان لشريك القاتل أن يشركه فيأخذ منه نصف الخمسمائة . »

d'un contrat de mariage:

Muh., 385b: « لو كان تزوجها الأول على خمسمائة درهم ثم قاصها بحصته من الألف أو لم يقاصها كان لشريكه عليه مائتا درهم وخمسون درهما . »

Sarakh., XXI, 43: « لأنه صار مستوفيا نصيبه بطريق المقاصة . »

Radiy, VI, 71b: « لو تزوجها على خمس مائة مرسلة ... فلشريكه أن يأخذ منه نصف حقه ... فقد وجب لها على الزوج بالنكاح مثل ما له عليها فالتقيا قصاصا فصار الزوج مقتضيا نصيبه من الدين . »

Attabi, 132b: « لو أطلق ... النكاح بكذا ثم قاصها بنصيبه ضمن لشريكه لأنه استوفى بالمقاصة . »

Kas., VI, 67; Zai., V, 47.

D'après la version non-accréditée, il y aura aussi compensation — et non pas dation en paiement — quoique le contrat ait désigné

la créance du débiteur est antérieure. Il aura simplement payé sa dette (93).

---

comme « *mahr* » la part du créancier, non une somme déterminée. V. Sarakh., XXI, 42: « روى بشر عن أبي يوسف ان للآخر أن يشاركه فيضمنه نصف نصيبه من الدين لأن النكاح انما ينعقد بمثل تلك الخسائة ... ويكون مالا متقوما ثم يصير الزوج مستوفيا لنصيبه من الدين بطريق المقاصة لأن آخر الدينين دين المرأة فتصير هي قاضية به نصيب الزوج من الدين . »

Attabi, 132b: « لم يضمن لشريكه عند محمد خلاف أبي يوسف . »

Kas., VI, 67: « روى بشر عن أبي يوسف ان لشريكه أن يرجع ... وروى بشر عنه أيضا انه لا يرجع وهو رواية محمد عن أبي يوسف. وجه الرواية الأولى ان النكاح أوجب المهر في ذمته وله في ذمتها مثله فصار قصاصا بدينه . »

Kifaya, VII, 406: « قوله في ظاهر الرواية احتراز عما روى بشر عن أبي يوسف ... وان كان به لفظا لكن بمثله معنى فصار كتزوجها بخمسمائة . »

Il a été répondu que le contrat n'a pas engendré dans ce cas un droit de créance qui puisse être compensé avec la part du mari. La part du mari a été elle-même cédée et la débitrice l'a acquise en toute propriété comme *mahr*. V. Radiy, VI, 71b: « ان النكاح متى أضيف الى دين في ذمتها تعلق بعين الدين المضاف اليه فصار ذلك الدين ملكا لها بالنكاح فسقط عنها فلم يصر الزوج مقتضيا للدين . »

Kifaya, VII, 406: « لأن النكاح متى أضيف الى دين في الذمة يتعلق بعين المضاف اليه وصار ذلك ملكا لها بالنكاح ... فكان بمنزلة الهبة والابراء . »

Zai., V, 47; ACH-CHURUNBULALI, II, 402: « والصحيح الأول . »

(93) Muh., 385b: « اذا كان لرجلين على رجل الف درهم الى سنة وقد استقرض أحدهما منه خمس مائة قبل ذلك ثم حل المال لهما عليه فصارت قصاصا فان شريكه لا يرجع عليه بشيء لأنه لم يقبض شيئا انما قضى الذي عليه . »

et encore en cas de créance délictuelle: « اذا أفسد شيئا قبل أن يكون لهما عليه دين فاقبض منه حصته فانما قضا ولم يقبض . »

Kas., VI, 67: « لو كان وجب للمطلوب على أحد الطالبين دين بسبب قبل أن يجب لهما عليه الدين فصار ما عليه قصاصا بما لأحد الطالبين فلا ضمان على الذي سقط عنه

Il n'aura rien acquis aussi si la créance du débiteur a pris sa source dans un contrat à titre gratuit, tel le cautionnement (94).

De même en est-il, si elle a pris naissance dans un délit commis sur la personne (95) du débiteur ou sur une chose

---

الدين لشريكه لأنه ما استوفى الدين بل قضى دينا كان عليه . »

Marghi., VII, 404.

C'est que la compensation s'analyse dans la théorie musulmane en paiement et non en double paiement. Lorsque deux créances coexistent et remplissent les conditions de la compensation: celle qui a pris naissance avant l'autre s'éteint. La seconde fournit l'émolument du paiement libérateur. Le créancier dont le droit est antérieur en date ne pourra plus rien réclamer parce qu'il est présumé avoir reçu un paiement. Le créancier dont le droit est postérieur ne peut plus rien réclamer parce qu'il est présumé avoir cédé son droit. V. Kas., VI, 67: « الاقتصاص استيفاء الدين من حيث المعنى فصار كأنه استوفى حقه . »

Sarakh., XXI, 40: « ان آخر الدينين قضاء من أولهما لأن القضاء لا يسبق الوجوب . »

Kas., VI, 67: « الأصل في الدينين اذا التقيا قصاصا أن يصير الأول مقضيا بالثاني لأنه كان واجب القضاء قبل الثاني . »

(94) Burh. Dhakh., II, 580b: « وفيه [أي في شركة المنتقى] ابن سماعة عن أبي يوسف في الأمالي ... وكذلك لو ضمن أحد الطالبين للمطلوب مالا عن رجل صارت حصته قصاصا فلا شيء لشريكه عليه فان قبض من المكفول عنه ذلك لذلك [؟] لم يكن لشريكه أيضا أن يشاركه في ذلك . »

Hind., II, 340: « في المنتقى عن أبي يوسف لو ضمن أحد الطالبين للمطلوب مالا عن رجل صارت حصته قصاصا به ولا شيء لشريكه عليه فان اقتضى من المكفول عنه ذلك المال لم يكن لشريكه أن يرجع عليه أيضا فيشاركه في ذلك . كذا في المحيط . »

(95) Muh., 38: « [لا رجوع] لو جنى عليه جناية عمدا دون النفس يكون ارشها خمس مائة . »

Sarakh., XXI, 40; Radiy, VI, 70a: « لو جنى عليه جناية يكون ارشها خمس

lui appartenant (96).

Il en est ainsi alors même que la responsabilité du

مائة لا يكون لشريكه شيء لأنه وجب للمطلوب على الجاني مثل ما عليه فالتقيا قصاصا فبرىء المطلوب عن حصة الجاني ولا شيء لشريكه عليه لأن الجاني وان صار مقتضيا نصيبه من الدين لأنه صاحب أول الدينين الا انه لم يستفد بهذا الاقتضاء مال عين ولا عين له حكم المال انما ملك ارشا واجب دينا في ذمة المطلوب . »

Bazzaz, VI, 34: « لو ... جنى عليه جناية موجبة للأرش حتى سقط الدين لم يكن لشريكه الرجوع . »

(96) Muh., 385a: « [لارجوع لو] أفسد له متاعا يكون قيمته خمس مائة فانه توى من حصته ولا يضمن لشريكه شيئا لأنه لم يقبض . » « متاعا أحرقه بالنار لم ينتفع منه بشيء . »

Sarakh., XXI, 40: « قال أبو يوسف لا يرجع عليه بشيء لأنه متلف لنصيبه بما صنع لا قابض والاحراق اتلاف فيكون هذا نظير الجناية . »

Burh. Dhakh., II, 580b: « في شركة المتفق ... ابن سماعة عن أبي يوسف في الأموال رجلان لهما على رجل الف درهم فأفسد أحد الرجلين على المطلوب متاعا ... فليس لشريكه أن يرجع عليه بشيء . »

Radiy, VI 70a: « لو أتلف عليه متاعا بأن رمى بالنار على ثوبه لا يرجع شريكه عليه بشيء في رواية أبي سليمان . »

C'est la version ci-dessus rapportée d'après le ms. 200.

Zai., V, 47: « او أحرق أحدهما متاع المطلوب بالنار لا يكون قبضا عند أبي يوسف ... لأن الضمان حصل بالقبض فيستند اليه ... بخلاف ما اذا أحرقه في يد مالكه من غير قبض . »

Nug. Bahr, VII, 260: « اتلاف أحدهما متاع المطلوب . »

Hind., II, 339.

MUH'AMMAD, d'après une autre recension, aurait admis ici le recours. Il s'attacherait à l'effet translatif incontestable de tout dédommagement. V. Sarakh., XXI, 40: « في قول محمد لأنه بالاحراق صار قابضا متلفا للمال ويكون ذلك مضمونا فيكون كالغصب . »

Radiy, VI, 70a: « وفي رواية أبي حفص ان عند ... محمد يرجع عليه بربع الدين . »

Marghi., VII, 406: « وكذا [أي يعتبر قبضا] الاحراق عند محمد خلافا لأبي

créancier répond à une simple idée de risque (97).

Si, cependant, le dédommagement a entraîné un transfert de valeur, le recours devient possible (98).

يوسف . »

Zai., V, 47: « وعند محمد هو قبض ... وجب عليه الضمان فصار دينا فالتقيا قصاصا . »

Kifaya, VII, 406: « صورة المسألة ... ما اذا رمى بالنار على ثوب المديون فأحرقه وأما اذا أخذ الثوب ثم أحرقه فان للشريك أن يتبع المحرق بالاجماع لأنه حينئذ يكون الاستهلاك بعد الغصب . »

Bazzaz, IV, 34.

(97) Attabi, 132b: « لو غصب أحدهما من الغريم عبدا فذهب عينه ثم رده ... ولم يضمن لشريكه . »

Kas., VI, 68: « لو ذهبت احدى عيني العبد بآفة سماوية في ضمان الغاصب فرده لم يرجع شريكه عليه بشيء لأنه لم يسلم له ما يمكن المشاركة فيه لأنه لم يملك المضمون فلا يضمن لشريكه شيئا بخلاف نفس العبد لأنه ملكها بالضمان فسلم له ما يمكن المشاركة فيه فيضمن لشريكه . » « لو اشترى أحد الشريكين من الغريم عبدا بيعا فاسدا وقبضه ... لو ذهبت عينه بآفة سماوية فرده لم يضمن لشريكه شيئا ويجب ذلك عليه من حصته من الدين خاصة . » « وكذلك العبد المرهون اذا ذهبت احدى عينيه بآفة سماوية . »

Hind., II, 339: « لو ذهبت احدى العينين بآفة سماوية في ضمان الغصب أو في يد المشترى بشراء فاسد أو في يد المرتهن لم يضمن . كذا في الظهيرية . »

(98) Muh., 385b: « اذا كان لرجلين على رجل الف درهم فاغتصبه أحدهما خمس مائة فأكلها والألف حالة فهي قصاص ويرجع شريكه بمائتين وخمسين . »

Kas., VI, 67: « اذا استهلك أحد الطالبين على المطلوب مالا فصارت قيمته قصاصا بدينه ... فلشريكه أن يرجع عليه . »

Sarakh., XXI, 40: « لو غصب أحد الشريكين من المديون ما يساوي خمسمائة فهلك في يده فللآخر أن يرجع عليه بمائتين وخمسين لأنه صار قابضا بنصيبه مالا مضمونا وضمان الغصب يوجب الملك في المضمون فكأنه استوفى نصيبه » « لأن المديون يكون قابضا لنصيبه بطريق المقاصة لأن دينه يكون آخر الدينين . »

Kas., VI, 67-68: « لو غصب أحد الشريكين من المطلوب عبدا فات عنده فلشريكه أن يضمنه لأنه صار ضامنا لقيمة العبد من وقت الغصب فملك المغصوب من ذلك الوقت

309. — 2. *Objet du recours.* — Le recours a pour objet une part proportionnelle dans la somme reçue. Il porte sur les espèces mêmes versées entre les mains du créancier poursuivant. Ce dernier ne peut remettre des espèces autres, même si elles sont semblables aux espèces versées (99). Son co-créancier ne peut, lui aussi, que réclamer sa part dans les

---

بطريق الظهور والاستناد . »

Marghi., VII, 404; Zai., V, 47.

Et Radiy, VI, 70b: « وكذلك لو قبض شراء فاسدا فباعه أو أعتقه أو هلك عبده. »

Marghi., VII, 404: « أو اشتراه شراء فاسدا وهلك فى يده فهو قبض . »

Zai., V, 47.

Et en cas de gage: Radiy, VI, 70b: « لو ارتهن أحدهما بحصته فهلك عنده فلشريكه أن يضمنه لأن الرهن استيفاء حكما . »

Attabi, 132b: « وكذا لو ارتهن أحدهما بنصيبه وهلك . »

Kas., VI, 67: « لو أعطى المطلوب لأحدهما رهنا بحصته فهلك الرهن عنده فلشريكه أن يضمنه لأن قبض الرهن قبض استيفاء وبهلاك الرهن يصير مستوفيا للدين حكما فكان كالاستيفاء حقيقة . »

(99) Gass., III, 382b: « كان له حق الشركة فيه بعينه . »

Radiy, VI, 68b: « كل دين مشترك بين رجلين فاذا قبض أحدهما شيئا منه فللآخر ان يشاركه فى المقبوض بعينه . »

Kas., VI, 65: « كان له ان يأخذ نصف ما قبضه صاحبه بعينه ليس للقابض ان يمنعه عنه بأن يقول انا اعطيك مثل نصف الدين . »

Has., III, Témoignages, 36e: « ان اختار المشاركة مع القابض يأخذ منه نصف ذلك بعينه وليس للقابض ان يعطيه مثلها ولا ان يعطيه مثل ما لهما على المديون . »

L'intérêt de la question apparaît si l'on se rappelle qu'en droit musulman, le débiteur peut se libérer valablement en livrant une chose de qualité inférieure ou supérieure, pourvu qu'elle appartienne au même genre que la chose due. Il ne faut pas oublier aussi le caractère compliqué du système monétaire visé par ce droit.

espèces certaines remises (100).

310. — En cas de transaction, le recours aura pour objet une part dans la chose reçue. L'*accipiens* peut cependant éviter le partage de la chose en payant à son co-créancier sa part proportionnelle. Il ne peut être question ici d'espèces certaines (101). De même en est-il en cas de compensation (102) ou de dation en paiement (103).

Dans ce dernier cas, en effet, le recours ne peut, en aucune façon, porter sur la chose donnée qui reste la propriété exclusive de l'*accipiens* (104). Le créancier qui accep-

---

(100) Has., III, Témoignages, 36e: « ولا لما كت ان يطالبه بمثل الدين ويترك المقبوض عليه . »

Hind., II, 336: « وكذلك لو اراد الساكت ان يأخذ من القابض مثلها لا يكون له ذلك الا برضى القابض . كذا فى الذخيرة . »

S'il y a commun accord, des espèces semblables pourront toujours être remises. V. Has.: « الا بالتراضى . »
Hind., *loc. cit.*

(101) Radiy, VI, 71a: « المصالح بالخيار ان شاء اعطاه مثل نصف حقه . »

(102) Muh., 385b: « لو كانت الف درهم لهما عليه ثم باع احدهما متاعا بخمس مائة الى سنة ثم حلت فصارت قصاصا فهو قصاص وهو ضامن لما بقى درهم وخمسين درهما لشريكه . »

(103) Muh., 384b: « لو اشترى بحصته عبدا وقبضه كان جائزا وكان لشريكه عليه مائتا درهم وخمسون درهما . »

(104) Radiy, VI, 71a: « لا سبيل له على الثوب . »

Kas., VI, 66: « انه انما اشترى الثوب بثمن فى ذمة الغريم لا بما له فى ذمة الغريم ... فصار ما فى ذمته قصاصا بدينه فصار كأنه قبض نصف الدين فلا يكون له على الثوب سبيل . »

te cette dation ne peut, de son côté, l'imposer à son co-créancier. Cette faculté n'a de raison d'être qu'en cas de libéralité (105). Rien ne s'oppose, d'ailleurs, à ce que, d'un commun accord, une partie de la chose soit cédée (106).

311. — Si l'*accipiens* a aliéné ce qu'il a reçu — soit qu'il l'ait donné en paiement, soit qu'il l'ait vendu, donné ou prêté — le recours aura pour objet une somme semblable (107). Il en est de même s'il l'a consommé (108).

« لا سبيل للشريك على الثوب فى البيع لأنه ملكه بعقده والاستيفاء بالمقاصة بين ثمنه وبين الدين . » Marghi., VII, 403:

« البيع يقتضى ثبوت الثمن فى ذمة المشترى والاضافة الى ما على الغريم من نصيبه عند العقد ان تحققت لا تنافى ذلك لأن النقود عينا كانت او دينا لا تتعين فى العقود . » Bab., VII, 404:

Cependant Attabi, 132b, rapporte une opinion différente:

« لو اشترى احدهما من الغريم شيئا بنصيبه فان شاء الآخر يشاركه فيما اشترى . »

(105) Radiy, VI, 71a: « بخلاف الشرى لأن مبناه على المماكسة فالظاهر انه بالشرى استوفى نصف الدين بكماله بالمقاصة . »

(106) Radiy, VI, 71a: « الا ان يجتمعا على الشركة فى الثوب فيصير كأنه باع منه نصف الثوب . »

« فان اجتمعا جميعا على الشركة فى الثوب فهو جائز ... صار كأنه باع نصف الثوب منه . » Kas., VI, 66:

(107) Gass., III, 383a: « ان قضاها شريكه رجلا من دين كان له عليه او وهبها لرجل وقبضها ... يرجع على شريكه بمثل نصف ما قبض . »

« يضمن القابض مثل نصفه . » Radiy, VI, 69b:

« لو قبض احدهما نصيبه واقرضه غيره لم يشارك الآخر المستقرض وفى الوكالة انه له ان يضمن الشريك القابض نصفه . » Attabi, 132b:

312. — 3. *Parties du recours.* — Tout créancier conjoint peut exercer le recours. Cependant, le créancier qui a payé à son co-créancier sa part à la place du débiteur, n'aura pas de recours (109). Il va sans dire aussi que s'il a reçu sa part, il n'a rien à demander à son co-créancier, alors même que le paiement s'est effectué pour ce dernier dans des conditions plus avantageuses (110).

S'il a accordé un terme, suivant la doctrine d'Abu-

« فان اخرجه القابض عن يده بأن وهبه او باعه او قضى دينا عليه ... فللشريك ان يضمنه نصف ما قبض . » Kas., VI, 66:

(108) Attabi, 132b: « وان استهلك ما قبض لشريكه نصفه . »

« استهلكه بوجه من الوجوه فللشريك ان يضمنه نصف ما قبض لأنه اتلف عليه ما قبضه من نصيبه فكان له ان يضمنه . » Kas., VI, 66:

Si la perte est fortuite, le recours n'est pas possible, semble-t-il:

« لو هلك فى يده قبل المشاركة كان الهلاك على القابض . » Has., III, Témoignages, 27e:

« ان هلك ما قبض الشريك فلا ضمان عليه ويكون مستوفيا وما بقي على الغريم لشريكه . كذا فى القنية . » Hind., II, 337:

(109) Gass., III, 381a: « قال محمد ... قضى شريكه نصيبه ... صح القضا وان نوى ما على الغريم لم يرجع على شريكه بشىء ... » « ولم يكن له أن يأخذ منه شيئا مما قضاه . »

Hind., II, 341.

(110) Muh., 385a: « اذا كان لرجلين على رجل الف درهم بخيه فاقبض أحدهما منه خمس مائة زيوف لو أخذ الآخر خمس مائة درهم بخيه لم يشرك واحد منهما صاحبه فى شىء . »

Attabi, 132b: « لهما على رجل رطب تقضى لاحدهما بقيمة نصيبه لانقطاعه يشاركه الآخر ... فان شاء الشريك أعطاه نصف ما قبض من القيمة أو أعطاه ربع الرطب ولو قبض الثانى نصيبه من الغريم فى الرطب قبل قبض الاول لم يشاركه الاول فى الرطب . »

Yusuf et de Muh'ammad, il ne pourra plus exercer de recours qu'à l'échéance (111). Ainsi l'*accipiens*, dont la part est cependant exigible, se verra contraint de poursuivre à nouveau le débiteur après l'échéance (112).

313. — Le créancier conjoint peut renoncer à son recours pour poursuivre directement le débiteur. Sa renonciation est irrévocable (113).

Elle n'est d'ailleurs possible que si son droit est né, c'est à dire, s'il y a déjà eu paiement. Toute renonciation anticipée est inefficace (114).

---

(111) Sarakh., XXI, 37: « يأخذ الآخر حصته ولا يشاركه المؤخر فى القبوض حتى يمضى الاجل فحينئذ يكون له أن يشارك القابض فى المقبوض . »

Kas., VI, 67: « اذا قبض الشريك الذى لم يؤخر نصيبه لم يكن للذى أخر أن يشركه فيما قبض حتى يحل دينه . »

(112) Sarakh., XXI, 38: « والدليل على أن تأجيله يصادف بعض نصيب شريكه ان الآخر اذا قبض نصيبه ثم حل الاجل كان للمؤخر أن يشاركه فى المقبوض ويكون ما بقى مشتركا بينهما والباقى هو ما كان مؤجلا . »

(113) Gass., III, 381a: « [اذا قبض الغريم] فسلم الآخر فيه لم يكن له مع التسليم حق الشركة . »

Radiy, VI, 69a: « وان شاء الساكت سلم المقبوض للقابض واتبع الغريم بنصيبه واذا اتبع الغريم بنصيبه لا يرجع على شريكه بنصف ما قبض . »

Has., V, Société, 42e: « اذا سلم المقبوض للقابض فقد أبطل حقه فى المشاركة وله ذلك فلو أراد أن يرجع على شريكه بعد ما سلم لم يكن له ذلك . »

et III, Témoignages, 36e: « ان سلم للقابض ثم أراد أن يشاركه فيه ليس له ذلك لأن الخيار بين شيئين اذا اختار أحدهما تعين عليه ذلك . »

Marghi., VII, 404: « له أن لا يشاركه . »

(114) Gass., III, 381a: « البراءة من الحقوق لا يصح الا على أحد وجهين

L'insolvabilité du débiteur (115) rend aussi la renonciation caduque (116).

Le nouveau recours aura cependant pour objet non plus les espèces certaines reçues mais une somme semblable (117).

اما أن يكون بعد وجوب الحق أو فى العقد الموجب له . »

Khas., 29: « لم يأمن أن يسلم ذلك له قبل القبض فاذا قبض شاركه فيما يقبض . »

(115) L'insolvabilité, c'est, d'après la doctrine d'Abu-Yusuf et de Muh'ammad, l'état d'un débiteur déclaré en faillite. Abu-H'anifa ne parle d'insolvabilité que si le débiteur meurt en état de déconfiture. Has., V, Société, 42e: « التوى أن يموت الغريم مفلسا عند أبى حنيفة لا غير وعندهما هذا وان يفلسه القاضى ويحجر عن التصرف . »

Kas., VI, 66: « توى الذى على الغريم . »

Chaykh-Zada, *Magma'*, II, 250: « ثم توى نصيبه بأن مات المديون مفلسا . »
Dans ce dernier sens aussi, Nug. Bahr, VII, 260.

(116) Gass., III, 382a: « سلمه بعد ذلك على شرط سلامة النصف الآخر له فمتى لم يسلم له ما على الشريك عاد حقه الواجب له بقبض الشريك . »

385a: « تسليمه انما وقع على شرط سلامة ما على الغريم له . »

Radiy, VI, 69a: « اذا سلم المقبوض للقابض فقد أبطل حقه فى المشاركة الا أن يتوى ما بقى على الغريم . »

Attabi, 132b: « ان سلم على الشريك ما قبض ثم توى نصيبه على الغريم له أن يرجع على التسليم . »

Kas., VI, 66: « يسلم به الشريك المقبوض للقابض ليسلم له ما فى ذمة الغريم فاذا لم يسلم بقى حقه فى المقبوض كما كان . »

Marghi., VII, 404: « لو سلم له ما قبض ثم توى ما على الغريم له أن يشارك القابض لانه رضى بالتسليم ليسلم له ما فى ذمة الغريم ولم يسلم . »

Zai., V, 46: « التسليم مقيد بشرط سلامة الباقى له . »

(117) Gass., III, 384b-385a: « لو أن أحد الشريكين اقتضى نصيبه أجود من دراهمه فسلم ذلك له صاحبه ... فان توى ما على الغريم كان له أن يرجع عليه بمثل نصف ما أخذ ليس له غير ذلك وان كانت الدراهم قائمة بعينها . »

314. — Le recours sera exercé contre l'*accipiens*.

Il ne pourra être exercé contre la personne qui a acheté à l'*accipiens* ce qu'il a reçu ou contre la personne à qui il l'a prêté ou donné ou payé (118).

315. — 4. *Effets du recours*. — Le recours enlève à l'*accipiens* une partie de ce qu'il a reçu. Il pourra donc poursuivre, à nouveau, le débiteur pour se faire rembourser

---

« ليس له فى هذا الوجه أن يرجع الى عين تلك الدراهم لأنه اسقط حقه Kas., VI, 66:
عن عينها بالتسليم حيث أجاز تملك القابض لها فسقط حقه عن عينها وانما تجدد له ضمان
آخر بتواء ماله فثبت ذلك فى ذمة القابض كسائر الديون . »

« اذا أراد أن يأخذ من يد صاحبه بعد ما قبض من الدراهم بعينها لم يكن له ذلك ولصاحبه
أن يمنعه عنها ويعطيه مثلها . »

On relèvera ici les notions de *jus in re* et de *jus ad rem*. Le droit du co-créancier est devenu personnel de réel qu'il était. Has., III, Témoignages, 39e:

« ان توى والدراهم بعينها قائمة فى يد القابض لم يكن له
أن يرجع بعينها لكن القابض بالخيار ... ألا ترى انه لو أقرض . »

Zai., V, 46: « عين تلك الدراهم ... حقه فيها قد سقط ... يعود الى ذمته فى مثلها . »

Qurr., II, 239: « حقه فيها قد سقط بالتسليم فيرجع بمثله ويكون ما قبضه أخيرا صرفا
عما فى الذمة . »

(118) Gass., III, 383a: « ان قضاها شريكه رجلا من دين كان له عليه
أو وهبها لرجل وقبضها فأراد الشريك الذى لم يقبض أن يرجع بنصفها على الموهوب له
أو على الذى قبضها فليس له ذلك ولكنه يرجع على شريكه بمثل نصف ما قبض . »

et 383a-383b: « لم يكن للشريك ... ابطال تصرف القابض فى المقبوض . »

Radiy, VI, 69a: « ليس للساكت أن يأخذ ممن فى يده . »

Attabi, 132b: « لو قبض أحدهما نصيبه وأقرضه غيره لم يشارك الآخر المستقرض . »

Has., III, Témoig., 37e: « اذا تصرف القابض فيه بأن قضى به دينا عليه أو وهبه
لرجل فلا سبيل له عليه لأنه تصرف فى ملكه . »

ce que le recours lui a enlevé (119).

Le créancier, d'autre part, qui a exercé le recours ne pourra plus poursuivre le débiteur que pour le restant de sa part (120).

Ce que l'un ou l'autre aura, cette fois encore, recouvré, devra être à son tour partagé entre eux sauf à poursuivre le débiteur à nouveau (121). La part détenue par l'un des créanciers ne lui est donc jamais assurée (122) — le débiteur restera ainsi menacé d'une poursuite nouvelle tant que ses co-créanciers n'ont pas été entièrement désintéressés.

316. — 5. *Incidences du recours*. — Par le fait du recours, une fraction de part aura été réalisée par l'*accipiens* au profit de son co-créancier (123). Ainsi, le co-créancier

---

(119) Radiy, VI, 69b: « اذا قبض منه الساكت كان للقابض أن يرجع به
على الغريم . »

Kas., VI, 66: « ما قبض الشريك من شريكه يكون قدر ذلك للقابض دينا على الغريم . »

Bab., VII, 407: « الدين المشترك اذا استوفى أحدهما نصفه فاذا شاركه صاحبه فى
النصف رجع المصالح بذلك على الغريم . »

(120) Kanz, V, 46: « رجعا بالباقى على الغريم . »

Kifaya, VII, 402: « ان الشريك اذا ضمن له نصف المقبوض لا يبقى له ولاية الرجوع
بنصف الدين بل يرجع بربعه . »

(121) Bab., VII, 403: « لا اشتركا فى المقبوض لا بد من بقاء الباقى على
ما كان من الشركة . »

(122) Sauf le cas de renonciation au recours. Kas., VI, 66:
« بالتسليم ... أجاز تملك القابض لها . »

(123) Marghi., VII, 402: « اذا قبض أحدهما شيئا من فلصاحبه أن يشاركه
فى المقبوض . »

et V. *supra*, n° 305.

318. — Ce que le créancier a reçu lui appartient donc en propre (134).

Cependant, son co-créancier a un droit incontestable sur la chose reçue (135). Ce droit lui permet d'évincer l'*acci-*

حكما فكان له أن يرجع فى عينها . »

(134) Gass., III, 382a: « المقبوض هو نصيب القابض . . »

et 383a: « الملك حصل له فى المقبوض بتسليط من الدافع . »

Radiy, VI, 69a: « المقبوض كان ملكا للقابض لأنه خالص ملك الغريم وقد ملكه من القابض قضاء لحقه . »

Marghi., VII, 402: « قبل المشاركة باق على ملك القابض . »

404: « القابض استوفى نصيبه حقيقة . »

Has., V, Société, 41-42: « المقبوض ملك القابض لأنه كان خالص ملك المديون وقد قضاه . »

et III, Témoig., 37e: « قبض ملك نفسه ألا ترى أن القاضى يأمر الغريم بدفع النصف اليه ولو لم يكن ملكا له لما أمره به . »

Bab., VII, 402: « المقبوض قبل أن يختار الشريك مشاركة القابض فيه باق على ملك القابض . »

C'est pourquoi, la part réelle du co-créancier demeure à charge du débiteur. V. Zai., V, 46: « ان شاء رجع على الغريم لأن حقه عليه فى الحقيقة . »

Munla Khusraw, II, 402: « أخذ الشريك الآخر نصف الدين من غريمه لأنه كان عليه ولم يستوفه فبقى فى ذمته . »

et surtout Marghi., VII, 403: « له أن يتبع الذى عليه الأصل لأن نصيبه باق فى ذمته لأن القابض قبض نصيبه . »

(135) Gass., III, 382a: « للآخر فيه حق الشركة . »

Radiy, VI, 69a: « الساكت فيه حق المشاركة . »

'Abd al-H'alim, *H'âchiya*, II, 320: « حسن قوله فله « حق » المشاركة فى المقبوض أشار به الى أنه ليس له حقيقة المشاركة . »

piens (136) mais ne lui permet pas de suivre la chose (137). En cas d'aliénation, en effet, le co-créancier ne peut qu'exiger un simple dédommagement (138).

De nature hybride, ce droit semi-réel n'est pas un droit de propriété, mais un droit à la propriété (139). Il n'est d'ail-

---

Qad'i-Zada, VII, 402: (il s'agit de Sa'di Chalabi, VII, 401) « قال بعض الفضلاء الظاهر اسقاط لفظ الحق فان المتحقق فى الولد والثمرة حقيقتها لاحقها انتهى أقول بل الحق اقام لفظ الحق لأن الضمير فى وله عائد الى صاحب الشريك القابض فى الدين المشترك لا الى احد الشريكين فى كل شىء وليس له حقيقة المشاركة فى المقبوض ... وانما له حق المشاركة فيه . »

et V. Qurr., II, 239: « ولاية المشاركة . »

(136) Gass., III, 382b: « له حق الشركة فيه بعينه . »

Chalabi, V, 45: « كان لشريكه أن يأخذ نصف المقبوض بعينه . »

et V. Radiy, VI, 69b: « اذا قبض منه الساكت كان للقابض أن يرجع به على الغريم لأنه استحق نصف المقبوض منه . »

et *supra*, n° 309.

(137) V. *supra*, n° 314.

(138) Gass., III, 384a: « انما قلنا انه يرجع على القابض بمثل نصف المقبوض أذا تصرف فيه ولا يرجع بمثل دينه من قبل ان المقبوض بعينه هو الذى صار مضمونا على القابض ... فاذا استهلكه رجع عليه . »

Radiy, VI, 69b: « يضمن القابض مثل نصفه لأنه أبطل حقه المتعلق به . »

Kas., VI, 66: « لأنه أتلف عليه ما قبضه من نصيبه فكان له أن يضمنه . »

(139) Le co-créancier peut renoncer à son droit, or la renonciation à la propriété d'une chose n'est pas admise en droit musulman. V. Sarakh., XI, 107: « الابراء اسقاط والعين ليست بمحل له ولا يسقط ملك المالك واضافة التصرف الى غير محله لغو . »

Kas., V, 203, l. 14-15: « لا يجوز الابراء عن المبيع لأنه عين والابراء اسقاط واسقاط الأعيان لا يعقل . »

leurs pas sans exemple (140).

C. Nature juridique et Valeur pratique de l'institution.

319. — *Caractère juridique de l'institution.* — La créance conjointe apparaît, dans les textes, sous la forme de

---

(140) Ainsi : (a) Le droit de la victime du délit sur l'esclave délinquant. Par l'abandon noxal, l'esclave devient la propriété de la victime du délit. S'il a été aliéné par son patron, la victime ne peut plus qu'exiger des dommages-intérêts. V. Kas., VII, 264 : « الحكم الأصلي لهذه الجناية هو لزوم الدفع ... فيبقى العبد واجب الدفع . »
et 260 : « صيرورته ملكا لهم بالدفع اليهم . »
et 266 : « ولو باعه بيعا باتا وهو لا يعلم بالجناية » «فعليه الأقل من قيمة العبد ومن الدية . »
(b) Le droit au butin. V. Hum., V, 223-224 : « الحق [في الغنائم] يثبت عندنا بنفس الأخذ ويتأكد بالاحراز وبملك بالقسمة وقبل الاحراز الحق ضعيف ... فلا ضمان لما أتلف من الغنيمة قبل الاحراز بخلاف ما بعده فكان حقا ضعيفا كحق كل مسلم في بيت المال . »
et Gass., III, 383a : « ان وقع في سهمه عبد قد أسره المشركون من رجل من المسلمين كان ملكا له ولولاه الأول أخذه بالقيمة فان تصرف فيه الذي وقع في قسمه جاز تصرفه ولم يكن للمولى فسخه وكذلك ما وصفنا والمعنى الجامع بينهما ان حق المولى لا يثبت في العبد المأسور الا بقبض المسلمين له وحيازتهم اياه في دار الاسلام كما لا يثبت حق الشريك في المقبوض الا بقبضه فلم يكن للشريك أيضا ابطال تصرف القابض في المقبوض . »

Dans le domaine du droit public, on peut mentionner aussi le droit au « *Zakât* ». V. AD-DIMACHQI, *Rah'mat*, I, 103 : « تتعلق الزكاة بالعين ... ولا يزول ملكه عن شيء من المال الا بالدفع الى المستحق . »

Sur ce caractère hybride, voir, quoique malékite, AL-QARAFI, *al-Furûq*, III, 20-22 : « من جرى له سبب يقتضي المطالبة بالتمليك هل يعطى حكم من ملك . »

Il ne faut pas oublier, par ailleurs, que l'aliénation ou la perte de la chose entraîne souvent, en droit musulman, purge du droit

la copropriété. Elle est considérée comme une chose appartenant par indivis aux co-créanciers (141).

Elle n'est cependant pas une chose, mais une abstraction (142). C'est pourquoi, elle est essentiellement indivisible

---

d'annulation ou de révocation. Les droits des tiers acquéreurs se trouvent, de la sorte, protégés. V. Gass., III, 386b : « المريض يقر لوارثه بعبد أو يهبه له ثم يموت فيتصرف الوارث فيه قبل قبض الهبة جاز تصرفه لأنا نرجع منه الى بدل تضمنه وهو القيمة وكذلك الشريك اذا أبطلنا حقه من الدين رجع الى ضمان المثل . »
et 383a : « كالموهوب له انه مالك الهبة والواهب فيه حق الفسخ . »
Radiy, VI, 69b : « كالمبيع في البيع الفاسد اذا ملكه المشتري من غيره لا ينقض البائع تصرفه ولكنه يضمنه مثله . »

(141) Kas., VI, 65 : « شركة الأملاك ... سواء كانت الشركة في العين أو الدين . »
Abdin, III, 514 : « قال في الفتح ان بعضهم ذكر من شركة الأملاك الشركة في الدين فقبل مجاز لأن الدين وصف شرعي لا يملك وقد يقال بل يملك شرعا ولذا جاز هبته ممن عليه وقد يقال ان الهبة مجاز عن الاسقاط ولذا لم تجز من غير من عليه والحق ما ذكروا من ملكه . »

On remarquera ici combien la notion de bien incorporel a de la peine à se dégager pour le droit de créance. On verra qu'elle est nettement répudiée quand il s'agit d'aliénation.

(142) La créance est une entité juridique :
Kas., VI, 67 : « هو [أي الدين] اسم للفعل أو للمال حكمي في الذمة . »
VII, 196 : « الدين اسم لفعل واجب وهو فعل تسليم المال والمال حكمي في الذمة وكل ذلك عدم حقيقة الا انه أعطي له حكم الوجود لحاجة الناس لأن كل واحد لا يملك ما يدفع به حاجته من الأعيان القائمة فيحتاج الى الاستقراض والشراء بثمن دين فأعطي له حكم الوجود لهذه الحاجة . »
Has., III, Témoig., 27e : « الدين معدوم لأنه عبارة عن حق المطالبة فالحق بالأموال باعتبار الحاجة لحاجة الناس فان كل واحد لا يجد ما يشتري به كل ما يحتاج اليه ولو وجد لا يتعين بالاشارة بل لا بد من ايجابه في الذمة . »

(143).

« انه [أى الدين] وصف شرعى ثابت فى الذمة . » Bab., VII, 405 :

« الدين حكمى . » Abdin, IV, 375 :

« الدين وصف شرعى فى الذمة يظهر اثره عند المطالبة . » Kifaya, VII, 405 :

« مالية الدين باعتبار عاقبة القبض . » et voir Marghi., VII, 402 :

(143) « القسمة انما هى افراز الحقوق وتمييزها وتمييزها فى الذمة وافرازه لا يصح ... لأن القسمة لا تتم الا بالقبض وقبض ما فى الذمة غير ممكن . » Gass., III, 380b :

« لأن معنى القسمة وهو التمييز لا يتحقق فيما فى الذمة فلا يتصور فيه القسمة . » Kas., VI, 65 :

« العدم لا يحتمل القسمة . » et VII, 196 :

« القسمة افراز أحد النصيبين عن الآخر وجمعه فى مكان آخر على وجه يمتاز أحدهما عن الآخر وهذا لا يتحقق فى الدين قبل القبض لأن كله مجتمع فى ذمة المديون فكيف يتحقق الافراز والامتياز . » « القسمة شرعت لاكمال المنفعة ولا يتصور الانتفاع بالدين ما دام فى ذمة المديون . » Has., III, Témoig., 26e :

« تميز بعض الدين عن بعض غير متصور فلا قسمة فى الدين . » Qad'i-Zada, VII, 405 :

« القسمة عبارة عن الافراز والحيازة وهو أن يصير حق كل واحد منهما فى حيز على جهة وذا لا يتصور فى غير العين لأن الفعل الحسى يستدعى محلا حسيا والدين حكمى . » Abdin, IV, 375 :

Juridiquement, le partage s'analyse en échange de parts. Or, la créance est intransmissible, parce qu'une chose incorporelle ne peut faire l'objet d'une aliénation. C'est pourquoi, en droit, le partage n'est pas possible. Sarakh., XXI, 38 :

« فى القسمة تمليك كل واحد منهما نصف نصيبه شريكه عوضا عما يتملكه عليه وتمليك الدين من غير من عليه الدين لا يجوز . » Kas., VI, 65 :

« لأن القسمة فيها معنى التمليك لأن ما من جزأين الا واحدهما ملكه والآخر ملك صاحبه فكان نصيب كل واحد منهما بعد القسمة بعض ملكه وبعضه عوضا عن ملكه فكان قسمة الدين تمليك الدين من غير من عليه الدين وانه غير جائز . » Kifaya, VII, 405 :

« لأن فى القسمة تمليك كل واحد منهما نصف نصيبه من شريكه عوضا عما يتملكه عليه وتمليك الدين من غير من عليه الدين لا يجوز لأن فى ذلك تملا

للوصف من محل الى آخر قصدا والانتقال على الأوصاف محال . »

Quelques auteurs ont cependant fait observer qu'un partage implicite a lieu lorsque la part de l'un des créanciers vient à s'éteindre.

« اذا سقط حق أحدهما فجائز أن ينفرد حق الآخر خاليا من حق الغير . » Gass., III, 381b :

Ainsi, en cas de remise de dette. V. Sa'di, VII, 405 :

« الابراء عن نصيبه يستلزم تميز الدين فى ذمته قبل الابراء والا فكيف تعلق الابراء بنصيبه خاصة . » et dans Bab., VII, 405 : « [القسمة] هى رفع الاشتراك أو الاتحاد أو ما شئت فسمه وذلك عدمى فلا ... تقتضى وجود النصيبين . »

Il a été répondu qu'il est vain de parler de partage dans ce cas. V. Bab., VII, 405 :

« أجيب بأن القسمة تقتضى وجود النصيبين وليس ذلك فى صورة الابراء بموجود فلا قسمة . » « القسمة افراز أحد النصيبين لتكميل المنفعة بما لا يشاركه فيه الآخر وذلك يقتضى وجودهما لا محالة وارتفاع الشركة من لوازمه والاعتبار للموضوعات الأصلية . »

Cependant, le partage n'en existe pas moins comme un fait.

En cas, aussi, de compensation avec une dette antérieure. V. Qad'i-Zada, VII, 404-405 :

« أقول فيه شىء وهو انه يلزم فى هذه المقاصة قسمة الدين قبل القبض وذا لا يجوز وليس ههنا عقد حتى تجوز فى ضمنه كما قالوا فى صورة البيع المبهم الا أن تجعل نفس المقاصة نوع عقد أو شبيه عقد وتجوز قسمة الدين قبل القبض فى ضمنها . »

En cas même de dation en paiement ou de transaction, d'après certains auteurs, l'on est en présence d'un partage implicite : Zai., V, 47 :

« وهنا وقعت القسمة فى ضمن صحة الشراء أو صحة المصالحة وكم من شىء يصح ضمنا ولا يصح قصدا . »

Cependant, Qad'i-Zada, VII, 404, le fait remarquer, il ne peut être question ici de partage, puisque le co-créancier peut exercer son recours :

« لا احتياج عندى ههنا الى التثبت بجواز القسمة قبل القبض ضمنا اذ لا وجه للتوهم المذكور أصلا ... فالمسلك الصحيح أن لا يسلم لزوم قسمة الدين قبل القبض فيما نحن فيه لا قصدا ولا ضمنا . » « حيث كان له أن يضمنه نصفه وهو ربع الدين فلا مجال لتوهم قسمة الدين قبل القبض ضرورة أن لا سبيل لأحد الشريكين على شىء مما استوفاه الآخر بعد وقوع القسمة . »

Le partage implicite a lieu, aussi, en cas de simple paiement entre les mains de l'un des créanciers. Celui-ci, en effet, ne peut plus exercer le recours. La part de l'autre se trouvera, toute seule, entre les mains du débiteur. Has., III, Témoig., 35e :

« اذا استوفى أحدهما لأن

De là, le recours (144).

Indivisible dans son essence, elle ne l'est point en tant

القسمة هناك باعتبار اختلاف المحال فنصيب المستوفى لم يبق فى ذمة المديون . »

Il a lieu, enfin, en cas de renonciation au recours. L'*accipiens*, en effet, s'assure ici définitivement la part reçue et la part du renonçant reste, toute entière, à charge du débiteur. Has., V, Société, 41 : « اذا سلم ... صار ذلك بمنزلة قسمة الدين لتعين نصيب أحدهما وبقاء نصيب الآخر دينا ودخل فيه معنى المعاوضة لأن قضية الشركة أن يكون ما قبض مشتركا بينهما وما بقى مشتركا . »

Ce sont là autant d'exceptions au principe de l'indivisibilité de la créance conjointe, adopté par la construction exposée dans le texte. Elles diminuent la valeur de cette construction. Elles n'ont pas lieu si on la rejette, comme on le verra plus loin. V. note 146.

Peut-on aussi parler de partage au cas où l'un des créanciers accorde un terme? V. de longues discussions dans Bab., VII, 402 : Qan'[illegible] Zafa, VII, 405 ; Sindi, XII, 474a-474b. Mais si le recours est possible [illegible] se retrouve, il [illegible]

que lien (145). Aussi, les poursuites auront lieu séparément.

Cette construction, on l'a vu, ne saurait se concilier avec les solutions admises (146).

« المقبوض خير من الدين . » Zai., V, 45 :

« فلصاحبه أن يشاركه فى المقبوض وهو الدراهم أو الدنانير أو غيرها لأن الدين ازداد خيرا بالقبض . » Bab., VII, 402 :

(145) C'est pourquoi, lorsque, dans la doctrine d'ABU-YUSUF et MUH'AMMAD, on a voulu justifier la validité du terme octroyé par l'un des créanciers, on a rappelé que le terme n'affectait que la poursuite tandis que la créance restait indivisible. Kas., VI, 67 : « قسمة الدين تصرف فى الدين والتأخير ليس تصرفا فى الدين بل فى المطالبة بالاسقاط . » « الأجل يمنع ثبوت المطالبة . »

Cette distinction entre la dette (*dayn*) et [illegible]

320. — La créance conjointe, ayant pour objet une somme d'argent ou autres biens fongibles, se divise entre les créanciers. La division n'est cependant pas absolue, car l'institution du recours crée entre les co-créanciers, un lien d'une nature spéciale.

Ce lien conduit, en fait, à la poursuite collective. Le créancier, en effet, ne peut jamais s'assurer un paiement définitif que si tous les autres créanciers sont, en même temps et à la fois, désintéressés (147).

321. — *Valeur de l'institution.* — L'institution présente l'avantage de mettre les créanciers conjoints sur un pied d'égalité. Le paiement n'est pas le prix de la course. L'insolvabilité du débiteur sera, dans tous les cas, supportée par tous (148).

---

l'un d'eux reçoit est sujet au recours. La part restant due ne peut être considérée comme la propriété exclusive du cocréancier que si un échange a eu lieu. Or, nous savons qu'on ne peut transférer la propriété d'une créance. Aucune difficulté ne se présente, par contre, si l'on considère la part reçue par l'un comme sa propriété exclusive dans tous les cas.

(147) A rapprocher avec le *Landrecht* prussien. V. Salcilles, 108, n° 113 et Savigny, I, 320. La poursuite collective y est exigée. « Le droit contre le débiteur, dit SAVIGNY, ne doit être exercé que par tous les créanciers en commun, comme s'il s'agissait d'une propriété commune ».

(148) A comparer avec le système latin. En cas de créance conjointe, écrit DEMOLOMBE, XXVI, 85, n° 111: « si le débiteur devient insolvable, après avoir payé à un ou plusieurs créanciers leur part, son insolvabilité est supportée par les créanciers non-payés, sans que les autres soient tenus de leur rien communiquer de ce qu'ils ont reçu ». Dans le même sens, BAUDRY-LACANTINERIE et BARDE, II, 246, n° 1112, 5e.

Par contre, elle offre de réels inconvénients (149). Le créancier n'est jamais sûr de garder pour lui ce qu'il a reçu. La poursuite collective est elle-même une entreprise assez malaisée (150).

Ces inconvénients ne sont cependant pas sans remède. Au moyen d'actes simulés, la division effective sera obtenue. Ce remède, d'ordre artificiel, s'intègre néanmoins dans l'institution (151).

---

(149) TOLEDO, *Analyse de la théorie des contrats et obligations en droit civil ottoman*, p. 152-158, range l'institution de la créance conjointe parmi les « lacunes » du Code Civil Ottoman (*Mecalla*).

(150) Il semble même que le créancier a tout intérêt à laisser agir son cocréancier. C'est ainsi qu'un texte prévoit que s'il est loisible à l'un des créanciers d'accorder un terme pour sa part, il en abusera. Après avoir exercé son recours, à l'échéance, il concédera un nouveau terme quitte à exercer de nouveau le recours et ainsi de suite. Son cocréancier aura, en fin de compte, avancé les frais de la poursuite pour la totalité de la créance. V. Sarakh., XXI, 39: « يؤخر نصيبه حتى يستوفى الآخر نصيبه فاذا حل الأجل شاركه فى المقبوض ثم يؤخر نصيبه مما بقى حتى يستوفى الآخر نصيبه فاذا أجل شاركه فى المقبوض فلا يزال يفعل هكذا حتى تكون مؤنة المطالبة فى جميع الدين على شريكه وفيه من الضرر ما لا يخفى . »

Radiy, VI, 70b: « وعليه يحكم الشركة مؤنة التقاضى فى النصف لا فى الكل . »

Kifaya, VII, 406: « يجعل مؤنة المطالبة بجميع الدين على شريكه . »

Il faut considérer surtout que le recours entraîne la multiplication des poursuites. Ces poursuites successives de l'un des créanciers n'aboutiront d'ailleurs jamais au recouvrement intégral de la créance. Il y aura toujours un résidu que seule pourra atteindre une poursuite collective.

(151) Les moyens artificiels ou *h'iyal* font partie intégrante du droit. Comme l'a relevé IHERING, *Esprit du droit romain*, IV, c'est là une loi d'économie juridique commune à tous les systèmes. V. p. 235: « Cette loi porte que la jurisprudence ne doit pas créer des moyens

322. — *Droit pratique* (152). — Les créanciers peuvent déclarer dans un écrit, établi à cette fin, que la créance est née, pour chacun d'eux, d'une source distincte. Cette déclaration tiendra lieu de renonciation anticipée au recours. La créance conjointe sera, pour le coup, divisée (153).

---

et des principes nouveaux pour produire ce qu'elle peut réaliser à l'aide des moyens et des principes dont elle est maîtresse ». Et p. 251-252 : « A côté des inconvénients qu'entraîne pour la vie, l'application rigoureuse des théorèmes scientifiques, ils ont toujours soin de placer les moyens qui doivent servir à les éviter ».

(152) Ces voies détournées forment, en effet, la partie vivante du droit. Destinées à corriger la rigueur des principes, elles constituent, en droit musulman, une sorte de droit prétorien. Elles ne vont cependant jamais contre les principes établis, elles tendent plutôt à les esquiver au moyen d'actes apparents qui permettent d'échapper à leur domaine d'application. Elles ont fourni matière à une abondante littérature. Les monuments de cette littérature sont contemporains des premiers monuments connus du droit dogmatique. V. MUH'AMMAD, *al-Makhârig fil-h'iyal*, édit. SCHACHT. Ce même ouvrage se trouve en manuscrit à la B.E. *sub* n° 550, mais attribué à ABU-YUSUF. AL-KHAS'-S'AF, mort en 261, *al-H'iyal wal-makhârig*, édit. SCHACHT. SA'ID B. 'ALI AS-SAMARQANDI (date de décès ?), *Gannat al-ah'kâm* (V. *Kachf az-z'unûn*), ms. 34 m. B.E. L'attribution d'un ouvrage sur les *h'iyal* à MUH'AMMAD a cependant été contestée. V. Sarakh., XXX, 209.

On entend donc par droit pratique le droit qui envisage, d'une manière pratique, l'application des principes aux besoins du commerce juridique. Il peut, néanmoins, être l'œuvre des jurisconsultes.

(153) Khas., 30 : « ان أراد كل واحد منهما أن ينفرد بحقه فان قبض واحد منهما من هذا المال شيئا لم يشركه الآخر فى ذلك قال يكتبان كتابا بينهما يقران فيه ان كل واحد منهما باع من فلان حصته من العبد أو من الملق الذى كان بينهما مفردا فى صفقة على حدته وانهما لم يبيعا ذلك الملق من فلان فى صفقة واحدة وان مال كل واحد وحصته وجبت على فلان مفردة دون حصة صاحبه ويؤكد الكتاب بذلك فان قبض أحدهما شيئا لم يشركه الآخر . »

Mais si les créanciers ne sont pas d'accord, comment éviter le recours? Le créancier se fera consentir une donation, puis fera remise au débiteur de sa dette. Le recours, on le sait, n'est pas possible en cas de remise de dette. Le paiement, déguisé sous forme de donation, restera à l'abri du recours (154).

Après cette déclaration le recours ne sera pas recevable. Si un seul des créanciers doit renoncer à son droit au recours par anticipation, il procédera de la même manière. V. *id.*, 29-30 : « سأل أحدهما صاحبه أن يسلم له ما قبض من هذا المال حتى يستوفى حصته من ذلك المال ولم يأمن أن يسلم ذلك له قبل القبض فاذا قبض شاركه فيما يقبض فأراد حيلة حتى يوثق من شريكه فلا يكون له أن يشركه بعد ما يقبض قال الحيلة فى ذلك أن يقر المسلم لشريكه ان شريكه فلان باع من فلان حصته من الملق الذى كان بينهما مفردا فى غير الصفقة التى باع هو فلانا حصته وانه ليس له أن يشركه فيما يقبض من فلان من المال الذى باسمها على فلان وهو كذا وأن حصة فلان من هذا المال وجبت له على فلان مفردة دون حصته فاذا فعل ذلك لم يكن له أن يشركه فيما يقبض . »

Cette simulation d'une créance non-conjointe peut avoir lieu au moment de la naissance de l'obligation. V. MUH'AMMAD, *al-Makhârig*, 60 : « قلت وكذلك لو باع رجلان عبدا بينهما من رجل فباع هذا نصيبه بثمن مسمى وباع الآخر نصيبه بثمن مسمى فقبل المشترى ذلك فى كلة واحدة ثم قبض أحدهما من المشترى شيئا لم يشركه الآخر فيما قبض قال نعم . »

Le même texte se trouve dans le ms. 550 B.E., *al-Makhârig fil h'iyal*, attribué à ABU-YUSUF. V. f. 61.

Il se retrouve dans AL-KHAS'S'AF, édit. SCHACHT, p. 180, avec des lacunes.

(154) Khas., 29 : « ان وهب زيد لعبد الله خمسين دينارا وقبضها عبد الله منه ولم يجعلاها قضاء ثم ان عبد الله ابرأ زيدا من حصته من المال الذى بينه وبين محمد هل يشرك محمد عبد الله قال لا . »

Dans Khas. aussi, il est dit qu'une déclaration de la part du créancier, attestant que le débiteur ne lui devait rien, que son obligation était fictive — peut tenir lieu de remise de dette. *Id.*, 29 :

Le même résultat s'obtient si le paiement est déguisé sous la forme d'une vente. Le créancier peut céder une cho-

« يقر عبد الله ان الذى عليه الدين وهو زيد كان أقر له ولمحمد بكذا وكذا دينارا وان ذلك انما كان منه على سبيل الالجاء ولم يكن له على زيد من هذا المال شيء وانه قد ضمن لزيد جميع ما يدركه من قبله وأسبابه ويؤكد ذلك فاذا فعل ذلك لم يكن لمحمد أن يشركه فى شيء من ذلك . »

La remise de dette a été cependant considérée comme un moyen plus simple. *Id.*: « قلت فما تقول ان لم يقل هذا ولكنه قال قد ابرأت زيدا مما كان أقر لى به من المال الذى باسمى واسم محمد عليه فقد ابرأته من حصتى من ذلك وهو خمسون دينارا قال براءته جائزة . »

Il semble aussi que, pour rendre la simulation moins apparente, la donation pourra être consentie au profit de l'esclave ou du fils du créancier. *Id.*, 29: « قال يهب زيد وهو الذى عليه المال لعبد الله ومحمد فيهب لابن عبد الله أو لمملوك له مقدار حصة عبد الله من المال الذى عليه وذلك خمسون دينارا ويقبل ذلك الموهوب له ثم يقر عبد الله ان الذى عليه الدين وهو زيد ... »

Le moyen de la donation pure et simple suivie d'une remise de dette a été rapporté par tous les auteurs: AS-SAMARQANDI, *an-Nawâzil*, f. 255b: « وسئل نصير عن رجلين لهما على رجل الف درهم فأراد أحدهما أن يأخذ حصته ولا يكون لشريكه عليه سبيل فالحيلة فيه قال يهب الغريم له مقدار حصته ويقبض ثم يبرىء الغريم من حصته . »

Zai., V, 46: « ولو أراد القابض أن يختص به ولا يرجع عليه شريكه فيما قبض فالحيلة فيه أن يهبه الغريم قدر دينه وهو يبرئه عن دينه . »

Hask., IV, 663: « وحيلة اختصاصه بما قبض أن يهبه الغريم قدر دينه ثم يبرئه . »

Sindi, IX, 3b-4a: « يهبه المديون قدر حصته ويهبه رب الدين حصته كما لو كان جميع الدين لهما أربعين فيهب المديون عشرين لرجل منهما ثم يهبه الموهوب له العشرين حصته من الدين فيقول ابرأتك عن العشرين التى لى عليك فعلى هذا لا تبقى للشريك الآخر مطالبة الآخذ فيما أخذه من المديون لأنه لم يقبض منه الا على سبيل الهبة . »

V. aussi Qurr., II, 240; Hind., II, 338, d'après QAD'I-KHAN, *al-Fatâwâ*.

Ce moyen peut aussi être utile au cas où la dation en paiement revêt la forme d'un contrat de mariage, si l'on adopte l'enseignement attribué à ABU-YUSUF par la version non-accréditée. (V. *supra* note

se quelconque — de valeur dérisoire — contre une somme égale à sa part dans la créance, puis faire remise (155).

92). Le cas se trouve déjà mentionné dans Muh., f. 514a; et dans MUH'AMMAD, *al-Makhârig*, 62: « قلت ارأيت رجلين لهما على امرأة مال وهما شريكان فتزوجها أحدهما على نصيبه من المال الذى عليها هل يشاركه صاحبه فيضمنه نصف ما سمى لها من المهر قال لا ولست آمن عليه أن يضمنه غيرنا قلت فكيف الحيلة حتى لا يضمن الزوج لشريكه من الدين شيئا فى قول جميع الناس قال يهب الشريك الذى يريد أن يتزوج هذه المرأة للمرأة نصيبه مما عليها ثم يتزوجها على عشرة دراهم وتهب المرأة العشرة التى تزوجها الزوج عليها . »

On le retrouve dans AL-KHAS'S'AF, 183.

La donation a lieu, ici, subséquemment à la remise de dette.

(155) Samarq., 279b: « سئل أبو بكر عن رجلين لهما على رجل مايتى درهم فأراد أحدهما أن يأخذ نصيبه ولا يشاركه فى ذلك كيف يصنع قال الوجه فى ذلك أن يبيع من المطلوب كفا من الزيب بمائة درهم ويسلم اليه الزيب ثم يبرئه من نصف دينه القديم ويطالبه بثمن الزيب ولا يكون لشريكه فى ذلك شيء . »

Zai., V, 46: « يبيع الطالب كفا من زيب أو نحوه بقدر نصيبه من الدين ثم يبرئه عن الدين ويأخذ ثمن الزيب . »

Bazzaz, VI, 34: « يبيع الداثن من المديون كذا من زيب بمقدار ما يخصه من الدين ثم يبرئه عن نصف الدين القديم ويأخذ منه ثمن الزيب فلا يشاركه فيه لعدم الشركة فيه . »

Nug. Bahr, VII, 260: « يبيعه الطالب شيئا يسيرا بقدر نصيبه ثم يبرئه عن الدين ويأخذ ثمن المبيع . »

Hask., IV, 663: « أو يبيعه به كفا من تمر مثلا ثم يبرئه . »

Hind., d'après *al-Muh'it*, II, 338: « رجلان لهما على آخر الف درهم أراد أحدهما أن يأخذ نصيبه ولا شركة للآخر فيه قال نصير يهب ... وقال أبو بكر يبيع من الغريم كفا من زيب مثلا بمثل ما له عليه ويسلم اليه الزيب ثم يبرئه مما كان له عليه ثم يطالبه بثمن الزيب لا بالدين . »

Sindi, IX, 4a: « وقد ذكر الحوى تبعا للخير الرملى حيلة أحسن منها وهى أن يبيع من المطلوب كفا من زيب بمائة درهم ويسلم اليه الزيب ثم يبرئه من نصف دينه القديم ويطالبه بثمن الزيب فلا يكون لشريكه فيه شيء . كما فى نوازل أبى الليث . »

AL-KHAS'S'AF propose d'utiliser la compensation qui, comme la remise, ne donne pas lieu à recours. Il semble perdre de vue que la créance compensée doit être antérieure en date à la créance conjointe (156).

« يعني يجعل ثمن التمر بقدر نصيبه فلم يكن مقتضيا للدين بل آخذا ثمن المبيع ثم يبرئه بايع التمر وهو الطالب من دينه . » et XII, 476b:

« يبيعه شيئا يسيرا ولو كفا من زبيب . » Qurr., II, 240:

(156) Il procède par un long détour. Une personne, en fait, s'interpose entre le débiteur et le créancier. La somme versée par cette personne est réputée prêtée au créancier et empruntée au débiteur. Cette personne devient donc créancière du créancier et débitrice du débiteur. Si ce dernier obtient mandat de recouvrer la créance de cette personne contre son créancier, avec l'autorisation expresse d'opposer la compensation du chef de cette créance, la créance conjointe s'éteint par compensation sans qu'un recours puisse avoir lieu. Mais, en fait, la créance de cette tierce personne est née postérieurement à la créance conjointe, la compensation ne peut priver ici le cocréancier de son recours, quoi qu'en dise AL-KHAS'S'AF. V. *id.*, 28: « رجلان بينهما مال على رجل من ثمن شيء باعاه اياه فأراد أحدهما أن يقبض حصته من هذا المال ولا يشركه فيه صاحبه ما الحيلة فى ذلك وهما عبد الله ومحمد قال الحيلة فى ذلك أن يستقرض عبد الله من رجل خمسين دينارا ثم يقرض الذى عليه المال لعبد الله ومحمد وهو زيد هذا للرجل الذى أقرض عبد الله هذه الخمسين دينارا خمسين دينارا فقد صار لزيد على هذا الرجل خمسون دينارا وصار لهذا الرجل على عبد الله خمسون دينارا ثم يقول هذا الرجل لزيد قد وكلتك بأن تقبض من عبد الله الخمسين دينارا التى لى عليه وأجزت أمرك فى ذلك وجعلت لك أن تجعلها قصاصا بالخمسين دينارا التى لعبد الله عليك فيقبل زيد الوكالة ثم يقول زيد بعد ذلك جعلت الخمسين دينارا التى لعبد الله على قصاصا بالخمسين دينارا التى للرجل الذى وكلنى وهو فلان على عبد الله فيكون ذلك قصاصا ولا يشترك محمد وعبد الله من قبل ان زيدا انما هو مقتضى الخمسين دينارا وليس بقاض لما عليه فلذلك لم يشترك محمد وعبد الله . »

Le mandat peut d'ailleurs être accordé par le créancier à la personne qui s'est interposée. Dans ce cas, la créance conjointe s'éteint par compensation avec ce que cette personne doit au débiteur. On peut faire ici la même objection. V. *id.*, 28-29: « قلت فما تقول ان قال عبد الله

323. — *Applications.* — Les recueils de *fatâwâ* ou *responsa* renferment quelques cas de créances conjointes. Les solutions données ne s'écartent pas des principes établis. Les cas soumis sont d'ailleurs simples (157).

للرجل الذى أقرضه الخمسين دينارا لك علي خمسون دينارا ولى على زيد خمسون دينارا فقد وكلتك بقبض ما لى على زيد وأجزت أمرك فيه وجعلت لك أن تجعل الخمسين دينارا التى لى على زيد قصاصا بالخمسين دينارا التى لزيد عليك فقال الرجل قد قبلت هذه الوكالة وقد جعلت ذلك قصاصا قال يكون قصاصا ويكون الرجل هو المقتضى [واجب الى أن يكون زيد هو المقتضى] ولا يكون قاضيا ولا يكون لمحمد أن يشرك عبد الله فى شيء من ذلك . »

Les crochets se trouvent dans le texte. La pensée est, en effet, assez trouble. Malgré quelques variantes, le texte est cependant authentique. La vérification a été faite sur un ms. du Vème siècle (496 H.) exposé au Musée de la B.E., *sub* n° 154 (V. f. 20a-20b) et sur un ms. du VIème siècle conservé à la Bibliothèque Municipale d'Alexandrie, *sub.* n° 3639 g. V. aussi le ms. 1017 de la B.E. (50, 51, sans numérotage). Le cas ne se retrouve d'ailleurs pas chez les auteurs. Il est cependant rapporté par SA'ID B. 'ALI AS-SAMARQANDI, *Gannat al-ah'kâm*, f. 350b, Livre de la Société.

(157) Un cas particulièrement intéressant fait application des principes exposés plus haut (V. n° 297 et s.) afin de reconnaître si la créance est conjointe ou non. La somme due aux héritiers de la victime d'un homicide involontaire, est considérée, par la *fatwâ*, comme une créance conjointe parce qu'elle est due en raison d'une cause unique: le fait de l'homicide. Par contre, la créance sera considérée non-conjointe, dit la *fatwâ*, s'il s'agit d'un homicide volontaire. En effet, si l'homicide est volontaire, il ne naît pas du fait de cet homicide une obligation pécuniaire, mais un droit à la vengeance. Le droit à une réparation pécuniaire peut naître d'une composition subséquente. En l'espèce, la composition a été consentie par l'un des héritiers. Si le délinquant ne doit plus à l'autre héritier qu'une somme, ce n'est pas en vertu de la composition, mais de la loi. La cause n'est donc pas une et la créance sera, en conséquence, non-conjointe. V. AT'-T'ARABULSI, *al-Fatâwâ al-kâmiliyya*, 157: « سئلت عن ولدين قتل أبوهما عمدا فصالح

أحدهما القاتل على الف هل يجوز هـذا الصلح وهل يشاركه الآخر فى الألف فالجواب نعم يجوز هذا الصلح ولا يشاركه الآخر فى الألف وان كان القتل خطأ يشاركه فى الألف لأن الدية وجبت لهما بسبب متحد فصارت مشتركة بينهما وأحد صاحبي الدين اذا صالح عن بعض كان للآخر أن يشاركه فيما قبض فأما المال فى القصاص فوجب بعقد المصالحة واذا انقلب عن الآخر مالا بعد عقد الصلح اه من المحيط . »

al-Muh'it' a dû le puiser dans *al-Gâmi' al-kabîr*, V. ms. 740, باب شركة الرجلين .

Un autre cas rapporté dans le même recueil fait ressortir aussi l'unité du *negotium* qui donne naissance à la créance conjointe. *Id.*, 53 :

« سئلت عن شريكين فى فرس باعاه معا صفقة واحدة لزيد بثمن معين قبض أحدهما نصف الدين هل للآخر مشاركته فيما قبض فالجواب نعم قال فى الدر المختار الدين المشترك بسبب متحد ... »

Par contre, on ne précise pas dans le cas suivant si l'acte juridique est un. La propriété du bien vendu ne peut, on le sait (V. *supra*, n° 297), rendre, à elle seule, la créance des vendeurs, conjointe. V. IBN 'ABIDIN, *al-'Uqûd ad-durriya fî tanqîh' al-fatâwâ al-h'âmidiyya*, II, 222 :

« سئل فيما اذا كان لزيد وعمرو بذمة بكر دراهم معلومة ثمن غنم مشترك بينهما قبض زيد من بكر المشترى نصف الثمن ويريد عمرو مشاركته فيما قبض فهل له ذلك الجواب الدين المشترك اذا قبض أحدهما شيئا منه شاركه الآخر فيـه ان شاء أو اتبع الغريم كما فى صلح التنوير فيـوخ لعمر ذلك . »

Un cas encore plus vague est rapporté dans AT'-T'ARABULSI, 53 :

« سئلت فى رجلين لهما دين على زيد فقبض منه أحدهما جانبا فهل للآخر مقاسمته فيما قبض فالجواب نعم له أن يشاركه فيما قبض كما فى فتول الكفوى عن الخانية . »

Dans AS'AD AL-MADANI AL-H'USAYNI, *al-Fatâwâ al-as'adiyya*, II, 238, un cas pris sur le vif démontre combien le recours peut être utile :

« سؤال فى رجل استدان من رجلين دينا ثم هرب عن البلد وسافر ثم ان الرجلين أرسلا خلفه من يأتيهما به والرسول عبد أحد الدائنين وجعلا للعبد جعلا والكراء وكل ما يحتاج اليه دفعاه له فذهب العبد ووجد الرجل وأخذ منه ما وجده عنده ولم يأت به والمال ان معه كتبا من حكام البلد فلما جاء به ادعى سيد العبد أن جميع ما جاء به عبده يكون له من جملة دينه وينفرد به فهل يكون كله [له] أم يكون بين الرجلين على قدر دينهما أم كيف الحكم افتونا الجواب ليس له أن ينفرد به بل يقتسمانه على قدر دينهما كما صرح فى البحر الرائق . »

Enfin, une *fatwâ*, rapportée dans AT'-T'ARABULSI, décide nettement que chacun des créanciers peut poursuivre pour sa part, en l'absence

D'un autre côté, les formulaires d'actes (158) témoignent aussi d'une fidélité à ces mêmes principes (159).

324. — *Textes.* — Les textes, concernant la créance

---

des cocréanciers. Il s'agit de cohéritiers. V. p. 53 : « سئلت عن ورثة لهم دين على زيد وديونه من أبيهم فطلب أحدهم حصته منه حال غيبة سائر الورثة هل له ذلك فالجواب نعم له ذلك نقل الكفوى ما نصه ولأحد الشريكين أو لأحد الورثة أن يطلب نصيبه من الدين المشترك بسبب واحد حال غيبة الباقين . »

Il est bien entendu, décide une autre *fatwâ*, que le recours est ouvert contre l'*accipiens*. IBN-'ABIDIN, *al-'Uqûd*, II, 63 : « سئل فيما اذا كان لورثة رجل دين موروث لهم عنه بذمة زيد فقبض بعضهم قدرا منـه ويريد الباقى مشاركة القابض فيه فهل لهم ذلك الجواب اذا قبض أحدهم شيئا منه شاركه الآخر فيـه ان شاء أو اتبع الغريم . كما فى التنوير من الصلح . »

(158) Cette branche du droit a été cultivée par les premiers auteurs connus. V. MUH'AMMAD, *al-Mabsût'*, un exemple au livre de la commandite, ms. 200 Q ; AT'-T'AH'AWI, *al-Gâmi' al-kabir fich-churût'*, extrait édit. SCHACHT ; AS-SARAKHSI, *al-Mabsût'*, XXX, 167.

Elle a donné naissance à une science particulière (*'Ilm ach-churût'*). Des juristes s'y sont illustrés sous le nom de *As'h'âb ach-churût'*, tels que ABU-ZAYD ACH-CHURUT'I et HILAL B. YAH'YA. (V. Tah. ad., 41). V. aussi *al-Fatâwâ al-hindiyya*, t. VI, p. 248 ; AL-KAKULLI, *al-Amthila ach-churût'iyya*, ms. 38 B.E.

(159) Ainsi, Sarakh., XXX, 184 : « ان اشترى دارا من ثلاثة نفر لأحدهم نصفها وللآخرين النصف كتب بعد ذكر الحدود اشترى منهم هذه الدار المحدودة فى كتابنا هذا من فلان كذا ومن فلان كذا لأن الأنصباء قد تفاوت والحكم يختلف باختلاف ذلك يعنى فيما يستوجب كل واحد منهم من الثمن . »

et 174-175 : « ان كان المشترى منـه رجلين ... أهل الشروط يقولون يزيد فى هذا الكتاب اشترى منهما صفقة واحدة لأن حكم العقد يختلف بالشراء من رجلين فى اتحاد الصفقة واختلاف الصفقة . »

Hind., VI, 295 : « شراء الدار المروثة من الورثة البائعين ... ثم يبيعون ذلك كله من هذا المشترى صفقة واحدة بالثمن المذكور فيه على أن الثمن بينهم على هذه السهام . »

conjointe, se trouvent dans les compilations de MUH'AMMAD (160), aux livres de la transaction, de la société et des témoignages. A l'origine de cette institution, il n'existe pas de texte sacré.

---

(160) MUH'AMMAD a exposé tout l'enseignement d'ABU-H'ANIFA, d'ABU-YUSUF et le sien propre dans six ouvrages considérés comme les sources premières de l'école hanéfite. Ils ont été consultés directement dans les mss. de la B.E.

Sur la matière de la créance conjointe, rien n'a été trouvé dans *al-Gâmi' as'-s'aghir*. Elle a été puisée dans *al-Mabsût'*, au livre de la transaction et dans *al-Gâmi' al-kabir*, aux livres de la société et des témoignages. Mais les cas d'*al-Mabsût'* sont autres que ceux d'*al-Gâmi' al-kabir*. Les premiers concernent surtout les effets de la créance conjointe. Certains, il est vrai, donnent des exemples de créances conjointes: ce sont les cas simples rapportés par les auteurs classiques. Par contre, les cas d'*al-Gâmi' al-kabir*, groupés au livre de la société, sont tous des exemples de créances conjointes, d'ailleurs compliqués. Ces exemples ne se retrouvent pas au chapitre de la société, ni dans celui de la transaction des ouvrages classiques, tels que ceux d'AS-SARAKHSI, AL-KASANI, AL-MARGHINANI. Le recueil *al-Fatâwâ al-hindiyya* les puise dans *adh-Dhakhira*, *as'-Z'ahiriyya*, *Khizânat al-muftîn* et surtout dans *al-Muh'it'*, ouvrage qui rapporte toujours les cas d'*al-Gâmi' al-kabir* sous une rubrique spéciale après ceux d'*al-Mabsût'*. (V. ms. 613 B.E.). Il en est de même des cas donnés au livre des témoignages et qui concernent, eux, quelques effets secondaires de la créance conjointe. Les auteurs classiques ont donc plutôt suivi *al-Mabsût'*. Les cas d'*al-Gâmi' al-kabir* sont les suivants: (a) le recours des deux cautions. V. note 42; (b) le recours des deux mandataires. V. note 43; (c) le recours des deux délégués au paiement. V. note 47; (d) la créance des deux bailleurs. V. note 33; (e) la créance de dommages-intérêts née au jour du jugement. V. note 52; (f) le cas de ratification d'un contrat conclu sous réserve d'option. V. notes 30 et 31; (g) le cas de paiement effectué par le cocréancier à la place du débiteur. V. note 109; (h) la composition pécuniaire consentie par l'un des héritiers au délinquant. V. note 157.

Ces compilations donnent la plupart des cas (161) rapportés dans les ouvrages postérieurs (162). Les autres cas (163) sont puisés dans les versions non-accréditées des opi-

---

(161) Dans les textes cités ci-dessus en notes, l'on peut compter plus de quarante cas pris chez MUH'AMMAD. Ceux rapportés par AL-KASANI, au chapitre de la créance conjointe, n'atteignent pas ce chiffre. AS-SARAKHSI, deux siècles après MUH'AMMAD, ne rapporte aucun cas nouveau, si ce n'est une version nouvelle. AL-MARGHINANI, *Hidâya* (593) n'ajoute rien à AL-KASANI. De même, IBN-'ABIDIN (XIIIe s.).

(162) Les ouvrages classiques traitent de la créance conjointe, tantôt au chapitre de la transaction à l'instar du *Mabsût'* de MUH'AMMAD (V. AL-QUDURI, 428; AS-SARAKHSI, 438; QAD'I-KHAN, 592; AL-MARGHINANI, 593; AN-NASAFI, 710; IBN AL-BAZZAZ, 827; AL-H'ALABI, *Multaqâ*, 956; AL-GHAZZI, *Tanwîr*, 995), tantôt au chapitre de la société à l'instar d'*al-Gâmi' al-kabir* de MUH'AMMAD (V. AL-KHAS'S'AF, 261; RAD'IY AD-DIN AS-SARAKHSI, 544; AL-'ATTABI, 586; AL-KASANI, 587; *al-Fatâwâ al-hindiyya*, 1070; *al-Fatâwâ al-mahdiyya*, 1315).

Il est clair que ces derniers auteurs ont mieux fait d'enlever à la transaction une matière qui lui est étrangère. Certains (AL-MARGHINANI) lui ont consacré dans ce chapitre une division spéciale. Mais la plupart passent à l'étude de l'institution à l'occasion du cas de la transaction consentie par l'un des créanciers conjoints au débiteur. C'est la méthode suivie par MUH'AMMAD lui-même.

(163) Ces cas sont: (a) le recours des acheteurs en restitution du prix versé, pour vice de la chose ou éviction. V. note 38; (b) le recours des acheteurs en répétition du prix versé en vertu d'un contrat radicalement nul. V. note 53; (c) celui de la confusion. V. note 64; (d) celui du paiement anticipé. V. note 125; (e) celui de la compensation qui a lieu après une composition pécuniaire. V. note 92; (f) celui de la compensation qui a lieu à cause d'un cautionnement. V. note 94.

La version non-accréditée a rapporté aussi, sur des cas connus, des solutions contraires. Ainsi: (a) le cas de la dation en paiement qui a revêtu la forme du louage. V. note 84; (b) le cas de la dation en paiement qui a revêtu la forme d'un contrat de mariage. V. note 92.

Une solution contraire est rapportée — non par la version non-

de poser des principes généraux dans *al-Mabsût'*, les solutions données les présupposent. D'ailleurs, dans son autre ouvrage, *al-Gâmi' al-kabîr*, l'on trouve des explications théoriques.

L'institution n'a donc pas évolué dans le temps. Elle a cependant donné lieu à des divergences entre les fondateurs mêmes de l'école. Ces divergences concernent des points de détail qui laissent intacts les principes directeurs. De ces divergences se dégage nettement la tendance pratique de la doctrine d'ABU-YUSUF (166).

---

dans AL-'ATTABI (586), AL-KASANI (587) et *al-Fatâwâ al-hindiyya* d'après Z'AHIR AD-DIN (619), *az-Z'ahiriyya* (ouvrage qui, d'après *Kachf az-z'unûn*, II, 166, rapporte les cas surgis postérieurement à la compilation de MUH'AMMAD). V. note 97; (e) le cas de perte de l'esclave, acheté en vertu d'un contrat vicié, se trouve dans RAD'IY AD-DIN (544), AL-'ATTABI, AL-KASANI, AL-MARGHINANI (593), AZ-ZAYLA'I (743). V. note 98; (f) le cas de perte de ce que le créancier a reçu, est rapporté dans AL-'ATTABI, AL-KASANI; et si la perte est fortuite, par AL-H'AS'IRI (636) au cours d'une explication et par *al-Fatâwâ al-hindiyya* d'après *al-Qunia*. V. note 108; (g) le cas de l'action estimatoire, par le seul AL-'ATTABI. V. note 52 *in fine*.

La *théorie* de l'institution s'est, elle, développée au cours des temps, à travers les discussions des commentateurs (167). D'autre part, certains cas, semble-t-il, ont, avec le

---

recours que si la somme représentant le *mahr* est expressément stipulée. ABU-YUSUF se prononce contre ce formalisme et considère que le mariage conclu contre « la part » du créancier comme *mahr* — donne lieu à compensation tout comme si une somme avait été expressément stipulée. V. note 92. Pour ces deux derniers cas, il n'y a divergence d'opinions que si l'on tient compte de la version non-accréditée; (e) le recours, si le créancier conjoint brûle un bien appartenant au débiteur. D'après ABU-YUSUF, il n'y a pas eu enrichissement, le recours n'est donc pas possible. MUH'AMMAD, on l'a vu, applique avec rigueur les principes. V. note 96. Cette divergence aussi n'existe que d'après la recension d'ABU-H'AFS'.

En matière de créance conjointe, on ne rencontre pas d'autres opinions que celles des trois plus grands fondateurs. Une opinion rigide à ZUFAR apparaît cependant à propos du recours en cas de transaction. V. note 91. Elle est rapportée par ACH-CHALABI (Xe siècle), *H'âchiya*, qui ne mentionne pas de source.

Il sied de faire remarquer enfin que pour le cas du recours des deux cautions contre le débiteur (V. note 42), il est question, dans *al-Gâmi' al-kabîr*, de divergence entre ABU-YUSUF et MUH'AMMAD. Le même *al-Gâmi' al-kabîr* rapporte que cette divergence a cessé d'[illegible]

temps, perdu de leur importance (168).

---

et les notes; sur la nature du droit de recours et la nature juridique de la créance conjointe, les développements d'AL-GAS'S'AS', d'AL-KASANI, d'AL-BABARTI, de QAD'I-ZADA. V. notes 129, 130, 131, 134, 135, 142, 143; sur la nature de la renonciation au recours, AL-GAS'S'AS', et les auteurs postérieurs. V. notes 113, 116, 117. D'autre part, les règles sont posées nettement chez ces derniers auteurs. Ainsi, pour définir une créance conjointe. V. *supra*, note 25; pour établir que l'enrichissement du patrimoine du créancier est une condition du recours. V. note 80; que le recours a pour objet la chose même reçue. V. notes 99-100.

(168) Ainsi, dans AL-KASANI (587), il n'est pas fait mention de la donation à côté de la remise de dette. V. note 57, *supra* et Kas., VI, 66 cité *supra*, note 56. On n'y énumère pas certaines formes de quittance pour les distinguer de la remise à titre gratuit. V. en effet, dans MUH'AMMAD, *al-Mabsût'*, f. 385b: « اذا كان لرجلين على رجل الف درهم فوهب أحدهما حصته للمطلوب أو ابرأه منها أو حاله لم يكن لشريكه عليه ضمان فى ذلك ولو قال قد برئت الىّ من خمسمائة كان هذا اقرارا بالقبض وكان لشريكه عليه مائتا درهم وخمسون درهما وكذلك اذا كتب له برآة لفلان من خمسمائة درهم فهو مثل قوله قد قبضتها . » .

On n'y rapporte plus le cas de fractionnement du contrat de vente qui résulte de la stipulation de deux espèces de monnaie différentes — une espèce pour chacun des vendeurs. V. *supra*, note 37.

Cependant, RAD'IY AD-DIN AS-SARAKHSI (544) parle encore de la donation de la part du créancier conjoint. V. Radiy, VI, 69b; AL-BABARTI (786) rapporte à nouveau le cas du fractionnement négligé par AL-KASANI. V. Bab., VII, 403; et IBN 'ABIDIN (XIIIe s.) distingue encore entre la remise à titre gratuit et la remise à titre onéreux. V. Abdin, IV, 233: « الابراء ... نوعان براءة قبض واستيفاء وبراءة اسقاط فاذا أطلقت تحمل على الأول لأنه أقل فكأنه قال ابرأتك براءة قبض واستيفاء . »

APPENDICE I

TERMINOLOGIE

(1) La créance conjointe est appelée dans les textes: *Dayn Muchtarak*. Le terme « *Dayn* » ou dette est employé aussi pour signifier créance. (Rappr. avec l'emploi du mot « obligation » dans le langage juridique français). Ainsi, AL-KASANI, VI, 70, l. 6: « دين لهما اداه . » et IBN 'ABIDIN, *al-'Uqûd*, II, 222: « فأخذ زيد منهم قدرا من دينه الخاص به . »

Cette prédominance du point de vue passif se remarque aussi à propos du terme *Gharîm* ou débiteur. En effet, il est, lui aussi, parfois employé dans le sens de créancier. Kas., VI, 67: « ان أحد الغريمين للذين لهما المال . »

MUH'AMMAD évite généralement les termes créancier et débiteur. Il s'exprime de la manière suivante: « لرجلين على رجل . » (V. *al-Mabsût'*, f. 385b), soit: une personne doit à deux personnes. Cependant, on rencontre parfois le terme *Gharîm* pour débiteur. V. f. 385b dans Muh.: « استأجر احدهما بحصته منها دارا من الغريم . » et f. 94a dans Muh. kab.: « أديا المال عن الغريم . »

AL-KASANI emploie les termes « *at'-T'âlib* » et « *al-Mat'lûb* », le demandeur et le demandé. V. Kas., VI, 67: « أحد الطالبين اذا شج المطلوب . »

Ces termes se retrouvent fréquemment sous sa plume. V. toujours la page 67 du t. VI. On retrouve d'ailleurs le terme *at'-T'âlib* chez AL-H'AS'IRI (636), V, Société; AZ-ZAYLA'I (743), V, 46; IBN NUGAYM (970), VII, 260; AS-SINDI (XIIIe s.), XII, 476b. Et le terme *al-Mat'lûb* chez AS-SAMARQANDI (375), f. 279b; AS-SARAKHSI (438), XXI, 41, l. 10; RAD'IY AD-DIN (544), VI, 70a. Le terme « *ad-Dâin* » est rarement employé. On le rencontre surtout chez les modernes. V. IBN AL-BAZZAZ (827), VI, 34; AS'AD AL-MADANI (1116), II, 238; AS-SINDI (XIIIe), IX, 3b.

Par contre, le terme « *al-Madyûn* » est fréquemment employé. V. AS-SARAKHSI (438), XXI, 40; QAD'I-KHAN (592), II, 369; IBN QAD'I SIMAWNA (823), I, 50, l. 6; IBN AL-BAZZAZ (827), VI, 34; AL-KHAWARIZMI, *al-Kifâya*, VII, 406; AS-SINDI (1257), IX, 3b; 'ALA' AD-DIN 'ABIDIN (1306), II, 240.

Le terme *al-Gharîm* dans le sens de débiteur est encore très usité. V. AS-SAMARQANDI, f. 255b; RAD'IY AD-DIN AS-SARAKHSI (544), VI, 69a;

AL-'ATTABI (586), f. 132b; AL-H'AS'IRI (636), V, Société; IBN 'ABIDIN (XIIIe), *al-'Uqûd*, II, 223. Et pour le créancier, c'est surtout le terme *at'-T'âlib* qui est usité, comme on l'a vu.

Parfois, cependant, on rencontre d'autres expressions telles que « *Rabb ad-Dayn* ». V. AS-SINDI (1257), IX, 3b; ou « *S'âh'ib ad-Dayn* ». V. AT'-T'ARABULSI (1308), 157.

Il importe de faire remarquer, pour l'étude de la terminologie juridique musulmane, que les citations ne conservent pas toujours les termes mêmes dans lesquels l'idée a été exprimée par son auteur. Ainsi, dans *al-Fatâwâ al-hindiyya* d'après *al-Muh'it'*, II, 238: « قال أبو بكر يبيع من الغريم . »

Or, dans la source première de ce texte, AS-SAMARQANDI, *an-Nawâzil*, f. 279b, on lit: « سئل أبو بكر ... قال ... يبيع من المطلوب . »

Par contre, dans AS-SINDI, IX, 4a d'après AL-H'AMAWI: « يبيع من المطلوب ... كما في نوازل أبي الليث . »

(2) Pour parler du cocréancier qui n'a pas poursuivi, les textes se servent parfois du terme « *as-Sâkit* ». V. RAD'IY AD-DIN, VI, 69a; AL-H'AS'IRI, III, Témoig., 36e; ACH-CHALABI, V, 45; QAD'I-ZADA, VII, 404. On trouve dans MUH'AMMAD, *al-Gâmi' al-kabîr*, f. 88a, l'expression opposée « *ach-Châhid* ». On emploie dans le même sens les termes « *al-H'âd'ir* », « *al-Ghâib* ». V. MUH'AMMAD, *al-Gâmi' al-kabîr*, f. 89b-90a.

(3) Le recours du cocréancier, c'est le plus souvent, le « *Rugû'* ». V. Muh. kab., 90b et Muh., 385a; Gass., III, 383a; Sarakh., XXI, 40; Radiy, VI, 70a; Kas., VI, 68; Zai., V, 46. C'est le verbe « *raga'a* » qui est employé.

On rencontre encore souvent le verbe « *d'amina* » et le terme « *D'amân* » pour exprimer le recours. V. Muh., 385b: « لم يكن لشريكه عليه ضمان في ذلك . »

385a: « لا يضمن لشريكه شيئا لأنه لم يقبض . »

Kas., VI, 67: « من شرط وجوب الضمان عليه أن يسلم له ما يحتمل المشاركة . »

Qud., 67. Mais le recours n'a pas généralement, dans ces cas, pour objet, le corps certain reçu.

Les textes emploient enfin, pour exprimer la renonciation au recours, le terme « *al-Taslim* ». V. Gass., III, 381a; Marghi., VII, 404; Zai., V, 46. Le renonçant est appelé « *al-Musallim* » par AL-KHAS'S'AF, p. 29-30.

APPENDICE II

OBSERVATIONS SUR LES CODIFICATIONS

(A) *al-Magalla* ou le *Medjellé* (1286-1293 H.).

La matière de la créance conjointe vient dans cette codification au Livre X: Des Sociétés. Elle forme le chapitre III du Titre Ier consacré à la copropriété. Le chapitre est constitué de 22 articles (1091-1112).

Le premier article définit la créance conjointe. A la suite de cette définition, des cas de créances conjointes sont énumérés dans les art. 1092-1098. Ce ne sont pas tous les cas rapportés par les auteurs. Mais on reprocherait plutôt à cette codification d'avoir multiplié les exemples. A l'art. 1099, on retrouve une autre définition, celle de la créance non-conjointe. Les art. 1100-1102 édictent enfin des règles générales. Il faudrait leur rattacher les art. 1105-1106 perdus parmi les cas qui illustrent ces règles. En effet, les art. 1103-1104 rapportent les divers cas où le recours est ou n'est pas accordé. On a, semble-t-il, délibérément écarté les cas du mariage et de la composition pécuniaire.

Remarques, quant au fond. — (1) L'art. 1100 déclare que « si l'un des créanciers, en l'absence des autres, s'adresse au juge pour demander sa part, le juge ordonne au débiteur de payer ». On ne voit pas l'utilité de cette disposition, puisque l'alinéa précédent décide que « chaque créancier peut réclamer sa part au débiteur ». La nécessité d'une intervention du juge ne se conçoit pas parce que, si le débiteur paie sans cette intervention, le cocréancier ne pourra jamais venir lui réclamer plus que sa part qui se trouve encore par devers lui. D'autre part, recourir contre le cocréancier est un droit qui ne peut être enlevé au créancier conjoint même si l'intervention du juge a eu lieu. Le commentaire d'AL-MAH'ASINI sur la *Magalla*, t. III, 24 n'est guère convainquant.

(2) L'art. 1105 est particulièrement mal rédigé. Il y est question de ratifier (« *agâza* » « *'adam igâza* ») les actes de disposition du cocréancier. Or, tous les textes, sur lesquels repose cet article, parlent de renonciation ou « *taslîm* ».

Le terme « *halaka ad-dayn* » est encore mal venu: il remplace celui de « *tawâ* » employé par les textes. Mais c'est surtout pour ne pas

avoir dit que le second recours n'aura plus pour objet la chose même reçue que cet article pèche.

(3) L'art. 1111, au sujet de la compensation, induit en erreur. En effet, le recours n'est pas possible dans tous les cas de dommage occasionné aux biens du débiteur. S'il n'y a pas eu transfert de valeur, on sait que le recours n'est pas recevable. (V. notes 96 et 97). L'article a peut-être adopté l'opinion de MUH'AMMAD rapportée par la recension d'ABU-H'AFS'. Mais alors, pourquoi ne pas parler du dommage subi par la personne du débiteur?

(4) Une lacune en cette matière est encore à relever. L'art. 1101 a omis une règle importante. Le recours, on l'a vu, doit avoir pour objet les choses certaines reçues. Si l'exemple donné à l'art. 1102, la suppose, nulle part cette règle n'est énoncée.

(5) Le cas donné par l'art. 1106, semble discutable. Il a été rapporté par AL-H'AS'IRI et *al-Fatâwâ al-hindiyya*. V. note 108. Aucun texte n'est d'ailleurs nettement contraire. La difficulté qu'il suscite a arrêté AS-SUWAYDI, *ach-Charika* (commentaire de la *Magalla*), Bagdad, 1922, p. 47.

(6) Remarquons enfin que l'art. 1097 adopte au sujet du cautionnement l'opinion de MUH'AMMAD malgré son ralliement à l'opinion d'ABU-YUSUF. V. note 42; que l'art. 1112 opte pour l'opinion d'ABU-H'ANIFA au sujet du terme à concéder au débiteur, mais néglige de préciser que cette faculté est refusée au créancier conjoint, même pour sa part.

(B) *Murchid al-h'ayrân* ou le *Statut Réel*.

Cette codification, rédigée par QADRI PACHA et imprimée par les soins du Ministère de l'Instruction Publique en 1891, n'a aucun caractère officiel.

La matière de la créance conjointe ne figure pas dans cette édition. Elle fait partie d'une série d'articles dont le manuscrit fut remis par les héritiers de QADRI PACHA au Ministère après la publication de la première édition.

La traduction française en a paru la première, intégrée dans le *Statut Réel*. Le texte arabe de ces articles ne fut publié qu'en 1909. V. QADRI PACHA, *Mawâd Mukamilla* (Articles complémentaires).

Ils portent actuellement les numéros 168-189 de cette codification, et forment le premier chapitre du Livre des Obligations.

(1) L'article 169 définit la créance conjointe et réunit les exemples de créances conjointes, à l'énumération desquels la *Magalla* a consacré quatre articles (1092-1095). Cependant l'art. 171 donne encore un cas de créance conjointe. Il aurait dû lui aussi être rattaché aux autres.

Par contre, un cas important est omis: celui de la vente de deux choses non-communes. Cette omission est une lacune parce que la vente d'un bien commun est donnée comme exemple de créance conjointe. Comme d'autre part, les autres exemples exigent la communauté de biens, une fausse opinion se forme dans l'esprit sur la cause de la conjonction.

(2) Le rédacteur du *Murchid* semble ne pas perdre de vue *al-Magalla*. On sent, en effet, son influence à la lecture de l'art. 173 qui correspond à l'art. 1100, et appelle les mêmes observations. (V. cependant ABU AL-FATH', *al-Mu'âmalât*, commentaire du *Murchid*, p. 119-121). Il en est de même des art. 176 et 177 qui correspondent aux art. 1106 et 1111. Le *Murchid* est, cependant, plus près des textes et corrige parfois la *Magalla*. Ainsi, l'art. 174 -- qui, avec raison, réunit ensemble les dispositions des deux articles correspondants de la *Magalla* (1101 et 1105) — déclare nettement que l'objet du recours doit être la chose même reçue et en cas d'insolvabilité, une chose semblable. Le terme « renoncer » y remplace celui de «ratifier». Remarquons, enfin, qu'il opte expressément pour l'opinion d'ABU-H'ANIFA au sujet de l'insolvabilité. Il faut, d'après cet article, que le débiteur soit décédé en état de déconfiture pour que le cocréancier puisse recouvrer son recours.

L'art. 175 corrige aussi l'art. 1102. Ce dernier article avait, en effet, omis le cas de l'aliénation de la chose reçue, important cependant pour déterminer la nature du droit de recours.

Les cas rapportés par le *Murchid* sont, en fait, plus nombreux que ceux de la *Magalla*, mais présentés en nombre plus restreint d'articles. Ainsi, on peut y trouver le cas de la remise partielle et surtout celui du cautionnement (art. 179).

(3) Le *Murchid* fait cependant erreur, lorsqu'il l'article 187 — après avoir opté pour l'opinion des deux disciples au sujet de la concession du terme — il borne la règle au cas de la succession. Il fait erreur aussi, lorsqu'à l'art. 176, il parle de compensation, au cas où la chose déjà reçue par le créancier et devenue sa propriété, périt entre ses mains.

(4) On peut aussi reprocher au *Murchid* des répétitions inutiles. Ainsi, pourquoi consacrer un article (170) à la définition de la créance

non-conjointe quand elle résulte *a contrario* de l'art. 169. Ainsi en est-il aussi de l'art. 172. De même, pourquoi redire, à l'art. 182, que le créancier a le droit de poursuivre le débiteur quand ce principe général a déjà été formulé à l'art. 174.

(5) Les articles 186, 188, 189 sont de trop dans le chapitre de la créance conjointe. Le premier, parce que la conjonction y résulte d'une simple circonstance de fait: insuffisance de l'actif successoral. Quant aux deux derniers, ils donnent des solutions toutes spéciales au contrat de société (188) et de prêt (189).

En somme, tant pour la *Magalla* que pour le *Murchid*, on peut dire que l'effort de codification a échoué. Les deux recueils n'ont fait que transposer les textes classiques les plus connus pour les présenter sous forme d'articles. Les cas sont restés des cas: on n'a pas essayé de les plier à une règle, de les intégrer en une synthèse. Ils sont énumérés sans lien et sans ordre. La *Magalla* a ajouté à ces cas, des explications. L'on sait qu'une codification doit éviter tout autant les cas spéciaux que les explications.

Remarques sur les traductions. — La créance conjointe est appelée dans le *Statut Réel:* « commune ». (V. p. 45 et s.). Dans le recueil YOUNG, *Corps de droit ottoman*, elle est appelée: « commune ou conjointe ».

La traduction du *Murchid* connue sous le nom de *Statut Réel* est très peu sûre. Dans le seul chapitre de la créance conjointe, on a pu relever des fautes de conséquence, en nombre. Ainsi: (a) à l'art. 170, les mots « ce bien » doivent être remplacés par « le prix »; (b) à l'art. 175, « égale » par « proportionnelle »; (c) à l'art. 177 *in fine*, il faut supprimer « dans la créance »; (d) les mots « par exemple » sont aussi de trop dans l'art. 174; (e) par contre à l'art. 176, un membre de phrase est resté sans traduction. Signalons enfin les traductions défectueuses des art. 179 2ème, 3ème et 4ème alinéas; 186, 174 et 182.

Pour la traduction de la *Magalla* (Edit. YOUNG), relevons qu'il faut ajouter à l'art. 1100, 2nd alinéa, après le mot créancier, ces mots: « en l'absence des autres ».

Autres codifications. — Le Code Tunisien (1906) et le Code Marocain (1913) des Obligations et des Contrats ont, sous le titre de « Solidarité entre les créanciers », essayé une adaptation de la théorie de la créance conjointe. V. art. 163-173 du Code Tunisien et les art. correspondants identiques (153-163) du Code Marocain.

Cette institution est à peine reconnaissable dans ces textes, où elle est, d'ailleurs, délibérément déformée. On en retrouve cependant

les traces. Ainsi, les art. 163/153, 165/155 dernier alinéa, 171/161 reflètent des solutions du droit musulman. L'art. 172/162 est nettement inspiré de ce droit. Il est ainsi conçu: « 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. 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 ». Il en est de même de l'art. 173/163.

Les notes en marge de la codification marocaine (V. *Codes et Lois en vigueur dans le Protectorat français du Maroc*, T. I, Paris, 1914) renvoient à des passages d'*ad-Durr*, IBN NUGAYM, *al-Hindiyya*, *al-Magalla*, *Murchid*. Tous ces passages concernent les créances conjointes.

APPENDICE III
ESSAI D'UNE CODIFICATION

On se propose ici de grouper les règles générales de la matière telles qu'on a pu les déduire dans l'exposé de l'institution. Elles tiendraient en quelque sorte lieu d'une codification fidèle aux textes et en même temps rationnelle. Le nombre restreint d'articles qui vont suivre gouvernent, en fait, tous les cas rapportés par les textes.

Art. 1. — La créance est conjointe entre plusieurs créanciers lorsqu'elle résulte d'un seul et même fait juridique. L'acte juridique n'est pas un, s'il est susceptible de fractionnement. La conjonction peut parfois résulter aussi de la nature des choses.

Art. 2. — Chacun des créanciers conjoints peut demander le paiement de sa part au débiteur. Il peut aussi disposer de la créance conjointe jusqu'à concurrence de sa part.

Art. 3. — L'un des créanciers conjoints pourra concéder un terme au débiteur jusqu'à concurrence de cette même part.

Art. 4. — La poursuite du débiteur pourra être exercée par l'un des créanciers conjoints pour le tout, mais le paiement devra toujours s'effectuer entre les mains des créanciers chacun pour sa part.

Art. 5. — Le créancier qui reçoit paiement de sa part, en tout ou en partie, pourra subir le recours des co-créanciers, chacun pour sa part proportionnelle dans l'objet même reçu.

Art. 6. — Le recours est aussi recevable si un mode équivalent au paiement a pu avoir lieu, de sorte que le patrimoine du créancier s'est trouvé enrichi.

Dans les cas où l'objet lui-même dû, n'a pas été reçu, le recours aura pour objet une chose semblable.

Art. 7. — Si le créancier a accepté, en paiement de sa part, une chose de valeur moindre, le recours ne portera que sur cette chose, a moins qu'il ne veuille la conserver.

Art. 8. — Au cas où la chose reçue a été consommée ou aliénée, le recours aura pour objet une chose semblable. Mais si la perte ne résulte pas du fait de l'*accipiens*, le recours n'est pas recevable.

Art. 9. — Le créancier conjoint peut renoncer à son recours contre son co-créancier. Cette renonciation est définitive. Cependant, si le débiteur devient insolvable, le renonçant peut recourir contre son cocréancier en dédommagement.

Art. 10. — Le créancier qui a subi le recours pourra toujours poursuivre le débiteur pour se faire rembourser ce que le recours lui a enlevé.

II. L'EXCEPTION. — OBLIGATIONS SOLIDAIREMENT CONJOINTES

325. — L'obligation se rencontre dans certains cas avec des sujets actifs multiples unis par un lien de solidarité.

1o. - CAS DE SOLIDARITÉ ACTIVE

326. — A. — Les associés dans une société universelle (169) sont solidaires tant qu'il s'agit d'actes de commerce (170).

Ainsi, s'ils vendent un bien de la société, ils sont créanciers solidaires du prix (171). Ils le sont des loyers ou du

---

(169) La société universelle est celle par laquelle les parties mettent en commun tout l'argent qu'elles possèdent. Les bénéfices doivent être partagés par parts égales, comme les apports doivent être égaux. V. Kas., VI, 58 et s.

(170) Sarakh., XI, 174: « فيما هو من صنيع التجار . »
Kas., VI, 73, l. 27: « فى أحكام التجارة . »
Ainsi, acheter des aliments pour les besoins de ses parents ne constitue pas un acte de commerce. V. Radiy, VI, 47a: « اذا اشترى أحدهما طعاما لأهله ليس لشريكه قبضه كذا اذا استعار أحدهما لنفسه خاصة لا يكون شريكه وكيلا فى قبض المستعار . »
On accorde aussi le caractère commercial à l'obligation de réparer le dommage subi par la société dans ses biens. V. Kas., VI, 73, l. 4 et s.: « أما الغصب فلان ضمانه فى معنى ضمان التجارة . »

(171) Kas., VI, 73, l. 18 et s.: « لو باع أحدهما شيئا من مال الشركة ... يطالب غير البائع منهما المشترى بتسليم الثمن ويجب عليه تسليمه كالبائع . »

salaire s'ils ont contracté un louage de choses (172) ou de services (173).

L'obligation de livrer est aussi solidaire du côté actif au cas où les associés ont acheté une chose (174). Le recours en restitution du prix aura le même caractère s'ils ont pu être évincés (175).

L'obligation peut enfin ne pas naître d'un contrat. Ainsi en est-il en cas d'usurpation d'un bien de la société (176).

Il n'est pas nécessaire, d'ailleurs, que les associés aient tous figuré au contrat (177). Le contractant est présumé représenter aussi ses co-associés (178).

327. — B. — Les associés dans une société ouvrière

---

(172) Muh., 248b: « لو ان أحد المتفاوضين أجر عبدا من تجارتهما من رجل أو دابة كان للآخر أن يأخذه بالأجر . »

(173) Radiy, VI, 49a: « لو أجر أحدهما نفسه ... يكون بينهما . »
Kas., VI, 75, l. 13: « لو آجر أحدهما نفسه فى الخياطة أو عمل من الأعمال فالأجر بينهما نصفان وان آجر نفسه للخدمة فالأجر له خاصة . »

(174) Muh. kab., 94a: « لشريكه أن يقبض العبد من البائع اذا نقد الثمن كله كما للمشترى أن يقبضه . »
Kas., VI, 73, l. 20: « وله أن يقبض المبيع كما للمشترى . »

(175) Kas., VI, 73, l. 21: « وله الرجوع بالثمن عند الاستحقاق كما للمشترى . »

(176) Radiy, VI, 50b: « أو ما وجب لهما على رجل من ضمان غصب . »
Kas., VI, 74, l. 13.

(177) Radiy, VI, 50b: « لكل واحد أن يقبض ما اداناه أو ادانه صاحبه . »
Kas., VI, 74, l. 12-13.

(178) Radiy, VI, 50b: « لأن كل واحد منهما وكيل عن صاحبه فيما يتولاه . »

particulière sont créanciers solidaires du salaire à eux dû (179). Ici encore, le contrat peut avoir été conclu par l'un des associés (180).

328. — La solidarité existe, comme on le voit, en vertu du contrat de société qui lie les créanciers. C'est pourquoi, elle disparaît si la société est dissoute par la volonté de l'une des parties, à cause de son décès ou autrement (181).

---

(179) Burh. Dhakh., II, 576a: « لكل واحد منهما أن يطالب بأجرة العمل . »
Kas., VI, 76, l. 3-4: « ولكل واحد منهما أن يطالب صاحب العمل بكل الأجرة . »

(180) Kas., *ibid.*, l. 1 et s.: « ولكل واحد منهما أن يتقبل العمل ومتى تقبل يجب عليه وعلى شريكه لأن كل واحد منهما بعقد الشركة اذن لصاحبه بتقبل العمل عليه فصار وكيله فيه كأنه تقبل العمل بنفسه . »

(181) Muh., 250b: « اذا باع أحد المتفاوضين عبدا من المفاوضة بمائة دينار وكتب الصك باسمه وكانت الأشياء فى يده دون الآخر فجحد المفاوضة فقد وقعت الفرقة لجحوده ... له أن يقبض المائة دينار دون صاحبه لأنه ولى البيع . »
Radiy, VI, 50a-50b: « أقر أحد المتفاوضين بالرهن والارتهان بعد تفرقهما أو موت أحدهما لم يجز على صاحبه لأنه أقر بالرهن فى حالة لا يملك انشاءه ... وما زال محجورا عن التصرف فى حق شريكه فلا يصدق فيه كالوكيل بالبيع اذا أقر بالبيع بعد العزل . »
Kas., VI, 75, l. 8 et s.: « اذا مات أحد المتفاوضين أو تفرقا لم يكن للذى لم يل المداينة أن يقبض الدين لأن الشركة بطلت بموت أحدهما لأنها وكالة والوكالة تبطل بموت الموكل لبطلان أمره بموته وتبطل بموت الوكيل لتعذر تصرفه فتبطل الشركة فلا يجوز لأحدهما أن يقبض نصيب الآخر اذا لم يكن هو الذى تولى العقد ويجوز قبضه فى نصيب نفسه لأنه موكل فيه وقبض الوكيل جائز استحسانا وأما الذى ولى المداينة فله أن يقبض الجميع لأنه ملك ذلك بعقد المداينة لكونه من حقوق العقد فلا يبطل بانفساخ الشركة بموت الشريك كما لا يبطل بالعزل . »
Hind., II, 314: « لو باع أحد المتفاوضين شيئا نسيئة ثم مات ليس لصاحبه أن يخاصم فيه فان أعطاه المشترى نصف الثمن برىء منه . كذا فى محيط السرخسى . »

2o. - EFFETS DE LA SOLIDARITÉ ACTIVE

329. — A. *Rapports des créanciers avec le débiteur.* — Chaque créancier peut demander le paiement de toute la créance (182). Si donc le débiteur s'acquitte de la dette entière entre les mains de l'un des créanciers, il est libéré à l'égard de tous les autres (183). Ces deux effets essentiels de la solidarité sont admis pour les deux cas de solidarité active.

En cas de société universelle, les effets sont, cependant, plus étendus (184). Ainsi, l'un des créanciers peut

---

Ainsi, la créance, née solidaire, se divise indépendamment de la volonté du débiteur. En cas de dissolution volontaire, le débiteur est cependant libéré s'il a payé le tout à l'un des créanciers avant qu'il eût eu connaissance de cette dissolution. V. Hind., II, 314-315 :

« اذا باع أحد المتفاوضين شيئا من متاع المفاوضة ثم افترقا ولم يعلم المشترى بافتراقهما كان له أن يدفع جميع الثمن الى أيهما شاء كذا فى المحيط وان كان علم بالفرقة لم يدفع الا الى الذاهد. ولو دفع الى شريكه لا يبرأ عن نصيب العاقد . »

(182) Kas., VI, 74, l. 12 : « يجوز لكل واحد منهما أن يقتضى ما اداناه أو ادانه صاحبه . »

et 76, l. 3 : « ولكل واحد منهما أن يطالب صاحب العمل بكل الأجرة . »

et l. 23 : « وجب له المطالبة بكل الأجرة . »

(183) Burh. Dhakh., II, 576a : « الى أيهما دفع برىء . »

Kas., VI, 76, l. 4-5 : « والى أيهما دفع صاحب العمل برىء لأنه دفع الى من أمر بالدفع اليه . »

(184) Kas., VI, 76, l. 14 : « ليس لها [أى لشركة الأعمال] حكم المفاوضة من جميع الوجوه بل من الوجه الذى بينا خاصة . »

et l. 21 : « وانما استحسنا وألحقناها بالمفاوضة فى حق وجوب العمل والمطالبة بالأجرة [و] فى حق وجوب ضمان العمل فبقى الأمر فيما وراء ذلك على أصل القياس . »

concéder un terme au débiteur pour le paiement de toute la dette (185). Le serment déféré sur les poursuites de l'un des créanciers est opposable aux autres (186).

Néanmoins, l'un des créanciers ne peut faire remise ou donation que pour sa part, à moins que — contractant — il n'ait, à ce titre, le droit de faire remise pour le tout (187).

---

(185) Muh., 244a : « اذا كان لهما [لشريكين فى شركة عنان] دين على رجل فأخره أحدهما فتأخيره باطل لا يجوز على صاحبه الا برضاه وليس هذا كالمفاوضين . »

Zahir, II, 30a : « اذا أخر أحد المتفاوضين دينا وجب لهما جاز تأخيره فى النصيبين اجماعا سواء وجب الدين بعقد المؤخر أو بعقد صاحبه أو بعقدهما . »

Khan, III, 93 : « ان كانا متفاوضين فأجل أحدهما دينا كان من المفاوضة صح تأجيله عند الكل أيهما أجل . »

Nug. Bahr, VII, 260, d'après QAD'I-KHAN.

(186) Muh., 248a : « اذا ادعى أحد المتفاوضين على رجل دينا أو سلما أو خادما ذكر انه اشتراها منه أو ذكر انها له ولشريكه فجحد المدعى قبله ذلك تقدمه الى القاضى فاستحلفه على ذلك فحلف ثم جاء الشريك الآخر فأراد أن يستحلفه فليس له ذلك واستحلاف صاحبه اياه بمنزلة استحلاف الآخر وكذلك لو ادعى عليه انه باعه ... أو ادعى قبله اجارة حانوت فى السوق أو اجارة عبد من تجارتهما . »

(187) Muh., 251a : « لو وهب البائع الثمن للمشترى أو ابرأه منه جاز ذلك عليه ... فى قول أبى حنيفة ومحمد و [لو] لم يفعل ذلك ولكن الشريك هو الذى فعل ذلك جاز من ذلك النصف حصته . »

Khan, III, 93-94 : « ان حط أحد الشريكين شيئا ان كان المصالح عاقدا جاز حطه حط الكل أو بعضه فى قول أبى حنيفة ومحمد ويضمن نصيب شريكه ان حط الكل أما اذا حط البعض فلأنه مالك فى نصيبه وفى نصيب صاحبه عاقد والعاقد يملك الحط فى قول أبى حنيفة ومحمد فيصح حطه وان لم يكن المصالح عاقدا يجوز الحط فى نصيبه عند الكل لأنه مالك وفى نصيب صاحبه لا يجوز عند الكل لأنه ليس بمالك ولا عاقد . »

Zahir, II, 30a : « لو باع أحد المتفاوضين شيئا من تجارتهما ثم ان البائع وهب الثمن للمشترى أو ابرأه منه جاز فى قول أبى حنيفة ومحمد ... وقال أبو يوسف يصح فى حصته كالوكيل وان وهبه الآخر أو ابرأه منه جاز فى نصيبه ولم يجز فى نصيب صاحبه اجماعا . »

Il peut, par contre, stipuler des sûretés pour le recouvrement de toute la créance, tels un gage (188), un cautionnement (189) ou un transport de dette (190).

330. — B. *Rapports des cocréanciers entre eux.* — Il est naturel que — co-associés — les créanciers aient les uns contre les autres un droit de recours par une action *pro socio* (191). Les parts sont toujours égales dans la société universelle (192). En cas de société ouvrière particulière, le co-associé peut exercer son recours, même s'il n'a pas tra-

---

(188) Muh., 249a: « لو كان لهما أو لأحدهما دين من تجارتهما على رجل فارتهن أحدهما به رهنا كان ذلك جائزا وكان ان هلك بما فيه بعد أن يكون قيمته والدين سواء أو يكون قيمته أكثر من الدين ولو كان أحدهما ولى البيع وولى الآخر الرهن وقبضه كان جائزا . »

Radiy, VI, 50a: « لو ارتهن أحدهما رهنا بدين التجارة جاز لأنه يملك استيفاءه حقيقة فيملك استيفاءه حكما . »

Attabi, 133b: « يرتهن ... »

Kas., VI, 74, l. 11-12.

(189) Kas., VI, 74, l. 13: « ما وجب لهما من ... أو كفالة . »

Hind., II, 310: « ان باع أحد المتفاوضين ... أو كفل له رجل بدين ... فلشريكه الآخر أن يطالب به . كذا فى فتاوى قاضيخان . »

(190) Hind., II, 312: « وله أن يحتال . كذا فى البدائع . »

V. Kas., VI, 70, l. 23, à propos de la société particulière et 72, l. 24-25, pour l'assimilation.

(191) Kas., VI, 59, l. 13: « عند القسمة . »

(192) Kas., VI, 61, l. 2: « المساواة فى رأس المال . »

et l. 16: « المساواة فى الربح . »

vaillé en fait (193).

Le créancier contractant qui a fait remise pour le tout est tenu d'indemniser son cocréancier pour sa part (194).

3o. - NATURE JURIDIQUE

331. — Les auteurs expliquent la solidarité dans le premier cas, par l'idée de mandat (195). La société universelle impliquerait mandat réciproque de poursuivre, de recevoir et en général d'exercer certains droits appelés « droits du contrat » (196).

---

(193) Qud., 59: « فان عمل أحدهما دون الآخر فالكسب بينهما نصفان . »

Sarakh., XXX, 200: « لو استأجر رجلين بينان له حائطا فعمله أحدهما ومرض الآخر وهما شريكان فالأجر بينهما نصفين استحسانا . »

Hind., II, 329: « وان عمل أحدهما دون الآخر فالكسب بينهما نصفين سواء كانت عنانا أو مفاوضة . »

(194) Muh., 251a: « ضمن لشريكه نصف الثمن . »

Zahir, II, 30a: « ويضمن نصيب شريكه . »

(195) Radiy, VI, 29b: « على أن يكون كل واحد منهما كفيلا عن صاحبه فيما وجب عليه ووكيلا فيما وجب لصاحبه . »

Kas., VI, 74, l. 13-14: « يملك أن يستوفى حقوقه بالوكالة . »

Comp. art. 107/161 Code Civil Egyptien et BAUDRY-LACANTINERIE, II, 1168.

(196) Il en est question dans la théorie de la représentation. Tout contrat, en vertu de cette théorie, engendre un certain nombre d'obligations dont le sujet actif ou passif est, dans certains cas, le représentant et non le représenté. Le représentant donc poursuivra dans ces cas, et on lui accorde, dans ces mêmes cas, quelques autres droits accessoires. Ainsi, le mandataire, dans un contrat de vente, poursuit en paiement du prix, réclame la chose au vendeur, exerce le recours en

Le créancier, qui poursuit, le fait donc comme mandataire pour une part et en son nom propre pour une autre (197). S'il n'a pas figuré au contrat, il poursuivra pour le tout en vertu de son mandat (198), mais s'il y a figuré tout seul, sa poursuite pour le tout aura pour base sa qualité de contractant (199).

éviction ou en rédhibition. Du côté passif, c'est lui qui est tenu de payer le prix, de livrer la chose. (V. pour tout ceci Kas., VI, 33). Ce même mandataire peut aussi, dans la doctrine d'ABU-H'ANIFA et MUH'AMMAD, accorder un terme (Kas., VI, 68, l. 19-20); stipuler des sûretés, ainsi pour le gage et le cautionnement, V. QAD'I-ZADA, *Natâig*, VII, 88-89 et pour le transport de dette, d'après ABU-H'ANIFA, Kas., VI, 28, l. 6.

(197) Radiy, VI, 51a: « ان أخذ المفاوض بمنزلة الوكيل من وجه فى نصيب صاحبه بمنزلة المالك من وجه . »

(198) Radiy, VI, 52b: « له حقوق العقد كما لصاحبه ... عاقدا حكما . »
et 50b: « لكل واحد أن يقبض ما ... ادانه صاحبه ... لأن كل واحد منهما وكيل عن صاحبه فيما يتولاه . »
Kas., VI, 173, l. 18: « حقوق عقد تولاه أحدهما ترجع اليهما جميعا . »
Cependant, comme il n'était pas partie au contrat, ces droits n'ont pu lui être dévolus que par la voie du mandat. Nous savons, en effet, que le contractant possède seul ces droits: il peut cependant les concéder à son mandant par une autorisation expresse. V. Kas., VI, 33, l. 11-12: « لو أمره [أى لو أمر الموكل] الوكيلُ بقبض الثمن ملك المطالبة وأيهما طالب المشترى بالثمن يجبر على التسليم اليه . »

(199) La preuve en est que son action pour le tout survit à la dissolution de la société et par conséquent à la disparition de la solidarité. V. Muh., 250b: « لو مات المفاوضان جميعا قبل الجحود وقبل الفرقة وأوصى كل واحد منهما الى رجل على حدة كان الذى يتقاضى المائة دينار وصى الذى ولى المبايعة . »
Kas., VI, 75, l. 13 et s.: « أما الذى ولى المداينة فله أن يقبض الجميع لأنه ملك

332. — La société particulière ne repose pas sur cette même idée de mandat. L'un des associés peut contracter comme mandataire, mais ne peut poursuivre en cette qualité (200).

Seul le créancier contractant poursuit en vertu de son contrat. Son cocréancier peut recourir contre lui par une action *mandati*, mais il n'a pas d'action contre le débiteur (201).

Comment donc expliquer la solidarité dans le cas d'une société ouvrière? Elle a été assimilée, disent les textes, à une société universelle (202). Comme l'obligation de faire est toute entière à charge de chacun des ouvriers co-associés, sa

---

ذلك بعقد المداينة لكونه من حقوق العقد فلا يبطل بانفساخ الشركة بموت الشريك كما لا يبطل بالعزل . »

(200) Hind., II, 320: « أما حكمها [حكم شركة العنان] فصيرورة كل واحد منهما وكيلا عن صاحبه فى عقود التجارات ولا يصير كل واحد وكيلا عن صاحبه فى استيفاء ما وجب بعقد صاحبه . كذا فى المحيط . »

(201) Kas., VI, 70, l. 26 et s.: « حقوق عقد تولاه أحدهما ترجع الى العاقد حتى لو باع أحدهما لم يكن للآخر أن يقبض شيئا من الثمن وكذلك كل دين لزم انسانا بعقد وليه أحدهما ليس للآخر قبضه والمديون أن يمتنع من دفعه اليه . »
Cependant, le paiement effectué volontairement par le débiteur entre les mains du cocréancier, n'est point sujet à répétition, pour sa seule part. V. *id.*, l. 29 et s.: « فان دفع الى الشريك من غير توكيل برىء من حصته ولم يبرأ من حصة الدائن وهذا استحسان والقياس أن لا يبرأ الدافع . »
Le cocréancier a d'ailleurs un recours. *Id.*, l. 34: « والعاقد يرد حصة الشريك اليه . »

(202) Burh. Dhakh., II, 576a: « تعتبر مفاوضة فى حق بعض الأحكام . »
Kas., VI, 76, l. 11: « كانت فى معنى المفاوضة فى حق وجوب الضمان وان لم تكن مفاوضة حقيقة . »

contre-partie, l'obligation du maître, doit être aussi solidaire (203).

333. — Comme on le voit, la solidarité active n'existe pas comme institution autonome. Elle est impliquée par certains contrats. En fait, les créanciers sont, pour ces cas rares, dans une situation équivalente à ce que l'on appelle aujourd'hui solidarité (204).

---

(203) Kas., 76, l. 4: « لأنه قد لزمه كل العمل فكان له المطالبة بكل الأجرة . »
et l. 22: « لما ظهر حكم الفاوضة فى هذه الشركة فى حق ضمان العمل وهو وجوبه حتى لزم كل واحد منهما كل العمل وجب له المطالبة بكل الأجرة . »

(204) Il n'existe pas dans les textes un terme propre pour exprimer la solidarité active. Des périphrases en décrivent les effets. Ainsi: « ولكل واحد منهما أن يطالب صاحب العمل بكل الأجرة . » - « والى أيهما دفع صاحب العمل برىء . » « يجوز لكل واحد منهما أن يقتضى ما اداناه ... أو ما وجب لها . »
Et voici une formule de société universelle telle que la donne IBN-AFLAT'UN, *as'S'ukûk*, f. 15b: « هذه حجة صحيحة شرعية ناطقة بذكره اشترك فلان بن فلان حال تساوى كفتى تصرفاتهما شركة المفاوضة المبنية على الاذن المطلق فى عامة التجارات المنعقدة على الكفالة والوكالة فى المعاملات ورأس المال من كل منهما بالريبة من غير اختصاص لأحدهما على الآخر بالزية وأقام كل واحد منهما صاحبه مقامه فى حالتى السفر والاقامة اشتراكا خاليا عليه الصحة والسداد خاليا عن البطلان والفساد وجرى ذلك ... »

§ 2. - Pluralité de débiteurs.

I. LA REGLE. — OBLIGATIONS SIMPLEMENT CONJOINTES

1o. - DATIONS

334. — Les vendeurs (205), les donateurs (206), les bailleurs (207) vendent, donnent, louent chacun pour sa part dans la chose (208).

---

(205) Simaw., I, 48: « برهن انه شرى بيتا من نفر هو بيدهم ... لا يحكم الا على الحاضر فى حصته . »
Sarakh., XXX, 184: « ان اشترى دارا من ثلاثة ... على قدر انصبائهم التى اشترى منهم . »
et p. 180: « فان كل واحد منهم انما باعه النصف . »

(206) Kas., IV, 188, l. 16: « وكذا يجوز ... هبة الاثنين من واحد . »
et rappr. VI, 134, l. 2 et s.: « الشيوع لا يمنع الرجوع فى الهبة . »
D'où possibilité de révocation pour une part.

(207) Kas., IV, 188, l. 13: « يجوز اجارة الاثنين من واحد . »
La preuve en est que le bail survit au décès de l'un des bailleurs, pour la part du survivant. *Id.*, IV, 188, l. 14-15: « لو مات أحد المؤاجرين حتى انقضت الاجارة فى حصته لا تنقضى فى حصة الحى . »

(208) D'après une certaine doctrine cependant, la pollicitation de l'un des vendeurs a pour objet, en l'absence d'indication contraire, non pas seulement sa part, mais aussi celles des covendeurs. Aussi, un mandat réciproque est nécessaire pour conclure la vente. V. Sarakh., XXX, Formules, 174: « ان كان المشترى منه رجلين ... يكتب أيضا وكان العقد من كل واحد منهما باذن صاحبه فان على قول بعض العلماء ينصرف ايجاب كل واحد منهما

L'action, cependant, intentée contre l'un des vendeurs, en l'absence des autres, pourra aboutir à une condamnation pour le tout, si le débiteur détient la chose et nie la propriété des codébiteurs (209).

Par contre, l'action du donataire n'est pas recevable contre l'un des donateurs, même pour sa part. La doctrine d'Abu-Yusuf permet, néanmoins, la condamnation du donateur pour une part indivise (210).

335. — Le droit du créancier sur l'objet donné en gage par plusieurs, est indivisible (211). Aussi, l'action ne

---

عند الاطلاق الى نصيبه ونصيب صاحبه فاذا لم يكتب هذه الزيادة عند الاطلاق لا ينفذ عقده عنده فى نصيب صاحبه . »

(209) Simaw., I, 48 : « برهن أنه شرى بيتا من نفر هو بيدهم وبعضهم غائب ... لو جحد [الحاضر نصيب الغائب] يقضى بالبيت كله للمدعى أما نصيب الحاضر فظاهر وأما نصيب الغائب فلأن ذا اليد ينتصب خصما فى نصيب الغائب حيث جحد ملكه فيه والمدعى ينتصب خصما عن الغائب فى اثبات الملك له فى نصيبه اذ لا يتوصل الى اثبات ملكه على الحاضر فى نصيب الغائب الا باثبات الملك للغائب ثم باثبات الشراء عليه . »

(210) *Id.*, I, 48 : « ادعى صدقة أو هبة ... من رجلين أحدهما غائب والدار بيد الحاضر وأهل الغائب وهم مقرون بنصيب الغائب فبرهن على ذلك وعلى القبض لم يجز فى قياس قول أبى حنيفة وقال أبو يوسف اقضى بنصفه غير مقسوم فى الصدقة والهبة فاذا قدم الغائب قضيت عليه . »

(211) Kas., VI, 138, l. 30 et s. : « لو رهن رجلان رجلا عبدا بدين له عليهما رهنا واحدا جاز وكان كله رهنا بكل الدين حتى ان للمرتهن أن يمسكه حتى يستوفى كل الدين واذا قضى أحدهما دينه لم يكن له أن يأخذ نصيبه من الرهن لأن كل واحد منهما رهن كل العبد بما عليه من الدين لا نصفه وان كان المملوك منه لكل واحد منهما النصف لما ذكرنا أن كون المرهون مملوك الراهن ليس بشرط لصحة الرهن ... واقدامهما على رهنه فى صفقة واحدة دلالة الاذن من كل واحد منهما فصار كل العبد رهنا بكل الدين . »

pourra jamais être dirigée contre l'un d'entre eux dans la doctrine même d'Abu-Yusuf. La poursuite collective est, ici, nécessaire (212).

2o. - OBLIGATIONS DE FAIRE

336. — L'obligation de conserver, en cas de dépôt, se divise entre les dépositaires (213). Si la chose déposée est indivisible, les dépositaires se partageront provisionnellement la charge (214).

---

(212) Simaw., I, 48 : « أما الرهن فلا يقضى على الحاضر بشىء حتى يقدم الغائب فاذا قدم كلف أن يبرهن بحضرتهما . »

(213) Muh., ms. 382 (V. note 18), Dépôt, 14c : « قلت ارأيت رجلا استودع رجلين مالا ... لو اقتسماه من غير أن يأتيا القاضى قال نعم لا ضمان عليهما ان هلك قلت فان أبيا القسمة فدفعا الوديعة الى رجل فهلكت قال هما ضامنان . »

La division est d'ailleurs obligatoire. L'un des deux dépositaires ne peut confier à l'autre la part qui lui incombe sans se rendre responsable de sa perte. V. Qud., 72 : « ان أودع رجل عند رجلين شيئا مما يقسم لم يجز أن يدفعه أحدهما الى الآخر ولكن يحفظ كل واحد منهما نصفه . »

C'est, du moins, la doctrine d'Abu-H'anifa. V. Kas., VI, 209, l. 1-2 : « لو سلم أحدهما النصف الى صاحبه فضاعت ضمن المسلم نصف الوديعة عند أبى حنيفة وعند أبى يوسف ومحمد لا يضمن القابض شيئا . »

et l. 4-6 : « وجه قول أبى حنيفة أن المالك استحفظ كل واحد منهما فى بعض الوديعة لا فى كلها فكان راضيا بثبوت يد كل واحد منهما على البعض دون الكل . »

Marghi., VII, 460 : « وهذا عند أبى حنيفة ... لأن الفعل متى أضيف الى ما يقبل الوصف بالتجزى تناول البعض دون الكل . »

Hask., IV, 688 : « ولو دفعه أحدهما الى صاحبه ضمن الدافع . »

(214) Muh., *ibid.* : « قلت أرأيت ان كان عبدا واحدا أو ثوبا واحدا أو دابة واحدة أو بعيرا كيف يضمنان له قال ان وضعه أحدهما عند الآخر أو أمسكه كل واحد منهما شهرا فلا ضمان عليهما ان هلك لأن هذا مما لا يقسم . »

Il en est de même de l'obligation de conserver qui incombe aux mandataires et aux créanciers gagistes (215).

337. — L'obligation de garantir contre l'éviction est aussi divisible. Chacun des vendeurs aura à assurer la possession de la chose pour sa seule part (216).

3o. - OBLIGATIONS DE SOMMES D'ARGENT

338. — La division est nettement admise entre les débiteurs d'une obligation de somme d'argent. Ainsi, les acheteurs sont tenus chacun pour sa seule part dans le prix (217). De même, les vendeurs ne sont tenus de la restitution

---

« وان كان مما لا يقسم جاز أن يحفظه أحدهما باذن الآخر . » Qud., 72 :

« ولو كانت الوديعة مما لا يحتمل القسمة فلكل واحد Kas., VI, 209, l. 2-3 :
منهما أن يسلم الكل الى صاحبه واذا فعل فضاعت لا ضمان عليه بالاجماع . »

« لأنه اذا لم يحتمل تعذر أن يكون كله فى حفظ كل واحد منهما على et l. 9-10 :
التوزيع فى زمان واحد فكان راضيا بكونه فى يد كل واحد منهما فى زمانين على التهايؤ . »

« وعلى هذا الخلاف الذى ذكرنا المرتهنان (215) Kas., VI, 209, l. 10-11 :
والوكيلان بالشراء اذا كان المرهون والمشترى مما يحتمل القسمة فسلم أحدهما الى صاحبه . »

« كرتهنين ومستبضعين ووصيين وعدلى رهن ووكيلى شراء . » Hask., IV, 688 :

« ان اشترى دارا من ثلاثة نفر ... فما أدرك (216) Sarakh., XXX, 184 :
فلان من ذلك فى هذه الدار فعلى فلان وفلان خلاص ذلك على قدر أنصبائهم التى اشترى
منهم حتى يسلموه له على قدر ما اشترى منهم . »

et p. 174 : « حتى يسلما له الدار . »

« الواجب على كل واحد منهما نصف الثمن (217) Kas., V, 250, l. 12-13 :
فاذا أدى النصف فقد أدى ما وجب عليه . »

« فان غاب أحدهما لم يجبر الآخر على تسليم كل الثمن لأن الواجب على كل l. 17-18 :
واحد منهما نصف الثمن لا كله فلا يؤاخذ بتسليم كله ... »

du prix en cas d'éviction que *pro parte* (218). Ils répondent aussi divisément dans ce cas des dommages-intérêts (219).

Les cautions ne répondent encore de la dette cautionnée, que par portions viriles (220).

L'obligation de payer une récompense, au cas où l'esclave fugitif est ramené, se divise elle aussi entre les propriétaires de l'esclave en proportion de leurs parts dans la propriété (221).

L'obligation délictuelle elle-même se divise entre les auteurs du délit. Ainsi en est-il si le dommage a atteint une chose (222) ou la personne physique (223).

« كل واحد منهما لا يطالب بما يخص صاحبه من الثمن . » Zai., IV, 129, l. 20-21 :

« عند الاستحقاق انما يرجع على كل واحد (218) Sarakh., XXX, 184 :
منهم بما نقده من الثمن . »

« رجع على كل واحد من البائعين بنصف (219) Sarakh., XXX, 180 :
قيمة البناء فان كل واحد منهم انما باعه النصف وانما ضمن له السلامة باعتبار عقده . »

« كفلا ولم يكفل كل واحد منهما عن صاحبه صار (220) Tay., Société :
كل واحد كفيلا بخمسمائة لأن قضية اطلاق الاضافة الاستواء كما لو اشتريا عبدا صفقة
واحدة . »

« لو كان الراد واحدا والآبق واحدا (221) Kas., VI, 204, l. 16-17 :
والمالك اثنين فعليهما جعل واحد على قدر ملكيهما . »

« وان كان العبد مشتركا يجب على كل واحد منهم بقدر نصيبه . » Zai., III, 308 :

« حصل التلف من فعلهما انقسم الضمان (222) Kas., VII, 274, l. 7 :
بينهما . »

« ان كانوا جميعا يسوقون فما تلف بذلك فضمانه عليهم جميعا لوجود et 280, l. 29-30 :
التسبيب منهم جميعا . »

339. — Cependant, dans la théorie de l'action suivant Abu-Yusuf, le créancier pourra obtenir une condamnation pour le tout, sur les poursuites dirigées contre l'un des débiteurs (224).

Et aussi en cas de réparation due pour faux témoignage:

Kas., VI, 287, l. 23-25: « لو شهد رجل وامرأتان بمال ... ورجعت المرأتان غرمتا نصف المال بينهما نصفين ... ولو رجع رجل وامرأة فعليهما ثلاثة ارباع المال نصفه على الرجل وربعه على المرأة . »

et Abdin, IV, 550.

(223) Kas., IV, 214, l. 22-23: « من جرح انسانا جراحة وجرحه آخر جراحتين فمات من ذلك كان الضمان عليهما نصفين . »

et VII, 257, l. 7-8: « العشرة اذا قتلوا رجلا خطأ أو شبه عمد حتى وجبت عليهم دية واحدة فعاقلة كل واحد منهم تحتمل عشرها . »

La somme elle-même qui incombe à la *'âqila* sera divisée entre les divers membres de cette *'âqila*. Et la part de chacun d'eux ne devra pas dépasser une limite maxima. V. Kas., VII, 256, l. 18-22: « ما تحمله العاقلة من الدية ... لا يؤخذ من كل واحد منهم الا ثلاثة دراهم أو أربعة دراهم ولا يزاد على ذلك لأن الأخذ منهم على وجه الصلة والتبرع ... ويجوز أن ينقص عن هذا القدر ... ويدخل القاتل مع العاقلة ويكون فيما يؤدى كأحدهم . »

Il faut remarquer enfin que les parts peuvent ne pas être égales. Les parts de responsabilité sont, dans ce cas, appréciées suivant un critère objectif. Ainsi, Kas., IV, 214, l. 1-3: « حائط بين شريكين انثلثا مال الى الطريق فأشهد على أحدهما دون الآخر فسقط الحائط على رجل فقتله فعلى الذى أشهد عليه قدر نصيبه لأنه مات من ثقل الحائط وثقل الحائط انثلاث . »

(224) Simaw., I, 50: « لو دين عليهما فبرهن على أحدهما والآخر غائب ... قال أبو يوسف اقضى به عليهما لو كانا شريكين فيما عليهما . » « اقضى عليهما بجميع المال . »

et I, 48: « برهن على رجل انه باعه هو وفلان الغائب فنا بكذا ... على قياس أبى يوسف ينبغى أن يقضى عليهما . »

et: « أبو يوسف ... المشترى لو توحد وتثنى البائع لا يتعدى الحكم على الغائب

En cas de succession, la poursuite contre l'un des héritiers aboutira à une condamnation pour le tout, suivant une doctrine unanime (225).

340. — Le principe de la division de l'obligation *ipso jure* en autant de parts qu'il y a de débiteurs, est d'importance (226). Si l'un des codébiteurs est insolvable, cette insolvabilité sera supportée par le créancier et non par les autres codébiteurs.

Il apparaît d'ailleurs dans la pratique juridique à travers les recueils de *responsa* (227) et de formules (228).

بخلاف عكسه والفرق ان البائع لو تثنى لحق البائع غير متصل بحق الآخر اذ الصفقة متفرقة ألا ترى انهما لو خاطبا رجلا بالبيع فقبل نصيب أحدهما فله ذلك فلا ينتصب الحاضر خصما عن الغائب أما لو تثنى المشترى لحق الحاضر متصل بحق الغائب ألا ترى انه لو باع من اثنين فقبل أحدهما لم يصح فجاز أن ينتصب الحاضر خصما عن الغائب . »

V. cependant Abdin, IV, 25: « مطلب فى بيان ما يوجب اتحاد الصفقة وتفريقها. »

(225) Simaw., I, 52: « فى دعوى الدين ينتصب أحد الورثة خصما عن الميت ولو لم يكن بيده شىء من التركة . »

et 44: « ادعى دينا على الميت وله ورثة صغار يكفى حضرة الواحد . »

AL-H'AMAWI précise que si la condamnation repose sur un aveu, elle ne s'exécutera que sur la part du débiteur poursuivi. V. *Ghamz*, I, 399, n° 10: « أحد الورثة اذا ادعى عليه الدين فانه لو أقر بالحق يلزم الكل من حصته واذا أنكر فأقيمت البينة عليه يلزم من حصته وحصتهم . »

(226) SAVIGNY, *Droit des obligations*, I, 151; et 357: « C'est la règle de droit importante... »

LAROMBIÈRE, III, 356, n° 6: « ...principe fondamental ».

(227) AL-KAWAKIBI (1137) mufti d'Alep, *Fatâwâ*, ms. 3132 B.M.A., f. 51a: « سئل فى ثلاثة اشتروا من زيد بضاعة كذا بثمن معلوم ولم يتكافلوا له فى الثمن فهل يلزم كلا منهم ثلث الثمن فاذا غاب أحدهم قبل أداء ما عليه من الثمن لا يلزم الحاضرين أداءه والحالة هذه أجاب نعم يلزم كلا منهم ثلث الثمن ولا يلزم

الحاضرين أداء ما على الغائب منه . »

(228) Sarakh., XXX, 184 : « ان اشترى ثلاثة نفر من واحد كتب اشتروا منه هذه الدار المحدودة فى كتابنا هذا اشترى منه فلان كذا وفلان كذا وهذا على ما عليه العادة من اعادة الخبر اذا تخلل بينه وبين المخبر عنه كلام آخر فيكتب اشترى منه فلان كذا وفلان كذا ويكتب وقد نقده الثمن كله وافيا من أموالهم على قدر انصبائهم التى اشتروا منه نقد فلان من ذلك كذا وفلان كذا وفلان كذا وبرءوا اليه منه ... »

V. aussi dans les codifications récentes les art. 432 et surtout 1113 de la *Magalla*. Le *Murchid* n'en a pas fait mention expresse.

Les ouvrages européens sur le droit musulman ont en général relevé le principe. Ainsi, CHARLOO, *Manual of Mohamadan Civil Law*, 52, n° 149-150 : « The law presumes that two or more persons jointly contracting a debt are equal participators in the benefit of the obligation. Each is therefore liable to the extent of his share alone, unless the contrary is specially provided for. »

Et MACNAGHTEN, *Principles of Hindu and Mohammadan Law*, p. 231-232, n°s 3-4 : « If two persons jointly contract a debt and one of them die, the survivor will be held responsible for a moiety only of the debt... for the law presumes that each were equal participators in the profits of the loan, and that one should not be responsible for the share of advantage acquired by the other. So also where two persons are joint sureties for the payment of debt... the survivor will not be considered as surety for the whole and that the one should be surety for the other ».

Et pour la division des obligations délictuelles, V. E. TYAN, *Le système de responsabilité délictuelle en Droit Musulman*, p. 217 : « *Quid* en cas de pluralité d'auteurs d'un même dommage ? Y a-t-il entre eux responsabilité solidaire ? Non. Le droit musulman n'admet pas la solidarité entre codélinquants. Ainsi, le cavalier et le conducteur d'un cheval sont responsables "par moitié" de la composition due par la mort du passant qu'ils écrasent. (*Hidâya*, IV, 164). Peut-être l'idée de peine, qui est au fond des systèmes des compositions, n'est-elle pas étrangère à cette règle ». Cette dernière explication nous semble fausse. L'idée de peine exige, en effet, le cumul des amendes. V. Girard, p. 396 et Savigny, I, p. 219.

II. L'EXCEPTION. — OBLIGATIONS SOLIDAIREMENT CONJOINTES

341. — En principe, on l'a vu, chaque débiteur dans une obligation conjointe n'est tenu que pour une part.

Il pourra néanmoins être tenu pour le tout, et son paiement libérera alors tous ses codébiteurs.

1o. - SOURCES DE LA SOLIDARITÉ

342. — A. *Volonté des parties*. — Les codébiteurs se porteront cautions l'un de l'autre et chacun sera tenu pour le tout.

Le cas se trouve déjà dans les compilations de MUH'AMMAD, qu'il s'agisse de co-acheteurs (229), de co-emprunteurs (230) ou même de codébiteurs en général (231).

---

(229) Muh., 345b : « باع قوما غنما على أن يأخذ أيهم شاء بحقه . »
C'est le cas d'irruption de l'idée. V. aussi plus loin, 354a :
« لو كانت الكفالة على ذلك فى أصل الصك فى عقد البيع ... »
et Muh. sagh., 89 : « رجلان اشتريا عبدا بألف وكفل كل واحد منهما عن صاحبه . »
Il est rapporté d'ailleurs par tous les auteurs, comme le cas classique. Kas., VI, 14, l. 34 et 15 l. 1 : « لو اشترى رجلان عبدا بألف درهم وكفل كل واحد منهما عن صاحبه بحصته من الثمن . »

(230) Muh., 354a : « فى عقد البيع أو القرض . »
Khan, III, 61 : « رجلان ... استقرضا مالا من رجل على ان كل واحد منهما

Deux cautions pourront elles-mêmes se rendre cautions l'une de l'autre (232).

كفيل عن صاحبه . »

« افترضا معا . » Hum., VI, 337 :

« لو كان ثلثة نفر عليهم الف درهم جميعا وبعضهم كفلاء عن بعض . » (231) Muh., 345b :

Et depuis, en termes généraux : Qud., 65 : « الدين على اثنين وكل واحد منهما كفيل ضامن عن الآخر . »

Marghi., *Bidâya* : « اذا كان الدين على اثنين وكل واحد منهما كفيل عن صاحبه كما اذا اشتريا عبدا بألف درهم ... »

V. même pour l'obligation de garantir contre l'éviction : Sarakh., XXX, 174 : « فما أدرك فلان من درك فيها ان شاء آخذهما بذلك جميعا وان شاء أخذ أحدهما حتى يسلما له الدار أو يردا عليه الثمن . »

et d'indemniser le cas échéant : Sarakh., XXX, 180 : « يكتب ان كل واحد منهما ضامن لجميع ذلك ... حتى يكون له أن يرجع على أيهما شاء بجميع قيمة البناء لأن فى النصف هو بائع وفى النصف الآخر هو ضامن عن صاحبه . »

« اذا كان لرجل على رجل الف درهم فكفل بها عنه رجلان ... فلم يؤد واحد منهما شيئا حتى قالا للطالب أينا شئت أخذت بها ... أو قالا هذه المقالة حين كفلا . » (232) Muh., 346a :

et Muh. sagh., 89 : « رجلان كفلا عن رجل بمال على ان كل واحد منهما كفيل عن صاحبه . »

Qud., 65 : « اذا تكفل اثنان عن رجل بألف على ان كل واحد منهما كفيل عن صاحبه . »

Mais tous ces textes établissent comme conséquence un droit de recours que n'impliquent pas les autres cas de solidarité. Aussi voyons-nous les auteurs, classiques et autres, attribuer cette conséquence au fait que chacune des cautions s'est engagée par acte séparé et pour toute la dette. Ce cas resterait en dehors de la théorie de l'obligation conjointe.

Il reste, par contre, constant que les cautions peuvent s'engager

343. — Pour ce cautionnement réciproque, les conditions de formation du cautionnement vont naturellement

---

par un seul et même acte. Elles seront ainsi tenues de la dette divisément. Si elles se portent cautions l'une de l'autre, on sera alors en présence d'un cas de solidarité dans une obligation conjointe. Les effets de cette solidarité seront ceux de toute autre solidarité. C'est ce que les auteurs ont nettement déclaré. V. Kas., VI, 14, l. 20-21 :

« لو كفل رجلان لرجل عن رجل بأمره بألف درهم حتى يثبت للطالب ولاية مطالبة كل واحد منهما بخمسمائة ... »

l. 30 : « ان كفل كل واحد منهما عن صاحبه فما أدى كل واحد منهما يكون عن نفسه الى خمسمائة . »

et 15, l. 4-5 : « هذا اذا كفلا كفالة واحدة ولم يكفل كل واحد منهما عن صاحبه بجميع المال . »

QAD'I-KHAN, commentant MUH'AMMAD, *az-Ziyâdât*, Livre du Cautionnement réciproque : « قال محمد رجل عليه الف درهم ... فكفل عنه بها رجلان بأمره ... فان لم يؤد أحدهما شيئا حتى لقى الطالب الكفيل الآخر ... له أن يأخذ أيهما شاء بألف درهم النصف بالكفالة عن الأصيل والنصف بالكفالة عن صاحبه وأيهما أدى شيئا يكون ذلك عن الأصيل لا عن صاحبه ... ويشبه هذا برجلين عليهما الف لرجل من ثمن بيع أو قرض وكل واحد منهما كفيل عن صاحبه ... ولا فرق بين المسئلتين لأن الواجب على كل واحد منهما بحكم الكفالة عن الأصيل كالواجب عليهما بحكم البيع . »

V. aussi Marghi., VI, 338, qui déclare borner la solution donnée dans un texte identique à celui de MUH'AMMAD, au cas de cautionnement par chacun de toute la dette : « ومعنى المسألة فى الصحيح أن تكون الكفالة بالكل عن الأصيل وبالكل عن الشريك . »

On peut remarquer qu'il parle d'interprétation exacte. La question est donc discutée. C'est ce que fait observer SA'DI CHALABI, VI, 338-339 : « أقول فيه بحث . »

Dans le même sens, Zai., IV, 168 : « هذا اذا تكفل كل واحد منهما عن الأصيل بجميع الدين على التعاقب ثم كفل كل واحد منهما عن صاحبه بالجميع وأما ... لو تكفلا عن الأصيل بجميع الدين معا ثم كفل كل واحد منهما عن صاحبه لأن الدين ينقسم عليهما نصفين . »

s'appliquer. Ainsi, l'acceptation du créancier ne sera-t-elle pas nécessaire suivant la doctrine d'ABU-YUSUF (233).

L'engagement pourra d'ailleurs avoir lieu au moment de la conclusion du contrat générateur de l'obligation ou subséquemment (234). Il pourra être obtenu successivement

---

et Tatar., III, 23a: « يريد به اذا تكفل كل واحد منهما بجميع المال ثم يكفل كل واحد منهما عن صاحبه بالمال . » « أما لو كفلا له عن رجل بألف درهم ثم يكفل كل واحد منهما عن صاحبه ... »

Ce texte est cité d'après *al-Yanâbi'*.

Il y a donc unanimité sur cette interprétation. Comp. le cas rapporté par RAD'IY AD-DIN AS-SARAKHSI, *al-Muh'it'*, d'après *al-Muntaqâ* (ms. 32 B. Azhar, XII, Chap. du Cautionnement de deux personnes, *in fine*). Si le cautionnement a eu lieu à l'insu du débiteur: les deux cautions solidaires n'auront pas cautionné chacune toute la dette. Ce sera donc un cas semblable aux autres cas de cautionnement réciproque, dit le texte.

(233) Tah., 51a: « لا يجوز الكفالة ... ولا يجب فى قول أبى حنيفة الا بعد قبول المكفول له ... مخاطبا له بذلك ... وأما أبو يوسف ومحمد فكانا يجيزان الضمان والكفالة والحوالة بغير قبول ... وبه نأخذ . »

Comme on le voit d'après AT'-T'AH'AWI, l'acceptation du créancier ne serait pas encore exigée dans la doctrine de MUH'AMMAD. Et AT'-T'AH'AWI, qui est un jurisconsulte *mugtahid*, adopte cet enseignement. Cependant, des auteurs classiques et autres attribuent cet enseignement au seul ABU-YUSUF. BURHAN AD-DIN, *al-Muh'it' al-burhâni*, et texte identique dans *al-Muh'it'* de RAD'IY AD-DIN AS-SARAKHSI, VII, à la première page du Livre du Cautionnement: « عند أبى يوسف الركن هو الايجاب وهو قوله كفلت . »

et Kas., VI, 2, l. 3-4, déclare qu'ABU-YUSUF lui-même aurait renoncé à son enseignement: « وهو قول أبى يوسف الآخر وفى قوله الأول الركن هو الايجاب . »

(234) Muh., 346a: « كفل عنه بها رجلان ولم يقل كل واحد كفيل عن

ou simultanément de chacun des codébiteurs (235).

L'acceptation du débiteur cautionné n'est elle-même nécessaire que pour l'exercice du recours (236).

344. — Il n'est pas nécessaire de stipuler expressément le cautionnement réciproque. Il suffit de déclarer que le créancier pourra poursuivre l'un quelconque d'entre les débiteurs (237).

صاحبه ... ولم يؤد واحد منهما شيئا حتى قالا للطالب أينا شئت أخذت بها ... أو قالا هذه المقالة حين كفلا فهو سواء . »

Sarakh., XX, 38: « هذه الزيادة الحقتها بالكفالة الأولى وقد صحت منهما فصارت كالمذكور فى أصل الكفالة الأولى . »

(235) Muh., 346a: « فان كانت هذه متفرقة أو متجمعة ... وان لقى أحدهما فاشترط ذلك عليه بأمر صاحبه ولقى الآخر فاشترط عليه مثل ذلك بأمر صاحبه فهو سواء . »

(236) V. *infra* et comp. le cas d'*al-Muntaqâ*, note 232.

(237) Muh., 345b, d'après le fondateur même de l'école ABU-H'ANIFA: « قال أبو حنيفة ... اذا اشترط انه يأخذ أيهم شاء بحقه وكذلك اذا قال بعضهم كفلا على بعض ولم يقل بالمال فهو بالمال وكذلك اذا قال كل واحد منهم كفيل ضامن عن صاحبه . »

et 346a: « قالا للطالب أينا شئت أخذت بها . »

Sarakh., XX, 34-35: « لا فرق فى هذا الحكم بين أن يشترط أن يأخذ أيهم شاء بحقه ... وبين أن يشترط ان بعضهم كفيل عن بعض بالمال أو لم يقل بالمال لأن ذلك معلوم بدلالة الكلام . »

et 38: « لو كتب ذكر حق على رجل بألف درهم وفلان وفلان كفيلان بها وأيهما شاء أخذ بها . »

Stipuler que le survivant cautionnera le décédé, le solvable, l'insolvable est une formule inefficace. Elle comporte, en effet, de l'indétermination. C'est l'enseignement d'ABU-H'ANIFA lui-même. V. Muh., 345b: « فان قال عليهم على معدمهم أو قال حيهم على ميتهم فان هذا ليس بشىء . »

C'est d'ailleurs sous cette expression que la solidarité prend figure. Cette déclaration équivaut à un cautionnement réciproque, dit nettement un texte d'après ABU-YUSUF (238).

345. — L'on suppose ici les débiteurs tenus en vertu d'une cause unique (239) d'un même objet (240). Des glossateurs ont relevé cette condition mais seulement parce que le défaut d'unité fausse les effets du cautionnement réciproque entre les codébiteurs (241).

Sarakh., aussi, *loc. cit.*, p. 35; et NIGM AD-DIN AN-NASAFI, *T'alibat at'-t'alaba*, (Vocabulaire juridique hanéfite), p. 141.

(238) Radiy, ms. 32 Azhar, XII, Chap. Cautionnement plural *in fine*, d'après *al-Muntaqâ:* « وفى المنتقى ... قال أبو يوسف اذا أقر رجلان لرجل بألف درهم على أن يأخذ بهذا المال أيهما شاء فهذا بمنزلة الكفالة من كل واحد منهما عن صاحبه . »

(239) C'est pourquoi, l'on a délibérément écarté le cas du cautionnement simple. La caution, quoique répondant solidairement de plein droit avec le débiteur et pour le même objet, est tenue en vertu d'une cause distincte: le contrat de cautionnement.

(240) Hum., VI, 340, dit à propos des cas examinés ici, qu'il s'agit de deux personnes tenues d'une seule dette: « المديونين بدين واحد . »

(241) Pour l'unité de cause: V. Hum., VI, 337-338: « لو كان نصف بقرض مثلا ونصفه ببيع وعين صح . »
AT'-T'AH'T'AWI, *H'âchiya*, 165: « قوله دين عليهما أى استويا فيه ... سببا فلو اختلفا ... سببا كأن كان ما على أحدهما قرضا وما على الآخر ثمن مبيع . »
Abdin, IV, 396.

V. cependant Zai., IV, 168, le cas du cautionnement plural, par actes séparés, mais chacun pour une part: « اذا تكفل كل واحد منهما

Il ne faut même pas que l'un d'eux soit tenu à terme tandis que la dette de l'autre est exigible (242).

346. — B. *Cas légaux.* — Les associés dans une société universelle sont présumés cautions l'un de l'autre (243). Aussi, s'ils ont contracté en commun, chacun sera-

---

بالنصف ثم تكفل كل واحد منهما عن صاحبه فهى كالمسئلة الأولى . »
et Abdin, IV, 397. Cette solution ne peut se justifier, car d'après les principes admis en matière d'imputation, s'il y a deux dettes par actes distincts, le débiteur peut imputer sur l'une ou l'autre à son choix. V. Sarakh., XX, 41: « لو كان لرجل على رجل ألف درهم فى صك وبه رهن وألف فى صك آخر وبه رهن آخر فادى ألف درهم كان له أن يجعل ذلك عن أى المكين شاء فيسترد ذلك الرهن . »

Pour l'identité d'objet: le principe général décide que si les parts sont de contenu différent, l'imputation est toujours possible. V. Hum., VI, 337-338: « التعيين فى الجنس الواحد لغو ... فى الجنسين يعتبر . »

(242) Zai., IV, 167: « لو كان ما عليه مؤجلا وما على صاحبه حالا صح تعيينه . »
AT'-T'AH'T'AWI, 165: « دين عليهما ان استويا فيه صفة ... فلو اختلفا صفة كأن كان ما على أحدهما مؤجلا وما على صاحبه حالا فان أدى صح تعيينه عن شريكه . »
Abdin, IV, 396.

(243) Qud., 59, l. 2: « ما يلزم كل واحد من الديون... فالآخر ضامن له . »
Sarakh., XI, 177: « يحكم الكفالة يجعل كل واحد منهما مطالبا بما يجب على صاحبه . »
et XVII, 194: « الكفالة العامة لكل واحد منهما عن صاحبه . »
Kas., VI, 74, l. 12: « كل واحد منهما كفيل عن الآخر . »
Bab., VI, 339: « تنعقد على الكفالة . »

Il n'est pas nécessaire de stipuler expressément le cautionnement. Il est impliqué de plein droit. BURHAN AD-DIN le dit nettement dans *adh-Dhakhira*, II, 575a: « ذكر الكفالة فى هذه الشركة ليس بشرط لكن عند صحة العقد تثبت حكم الكفالة . »

t-il tenu pour le tout (244).

Il faut remarquer que, contrairement à ce qui a lieu du côté actif (245), cette solidarité existe pour toute dette (246), même si elle n'est pas contractée dans l'intérêt du

---

(244) Chacun des associés sera aussi tenu pour le tout si l'un seulement a figuré au contrat: mais alors sur une base différente. Le contractant sera poursuivi pour toute la dette sur la base du contrat. Son coassocié sera poursuivi pour le tout sur la base du cautionnement.

V. Kas., VI, 72, l. 34: « صاحب الدين بالخيار ان شاء أخذ هذا بدينه وان شاء أخذ هذا بحق الكفالة . »

Kifaya, V, 384: « ان شاء أخذ المستأجر بالتزامه بالعقد وان شاء أخذ شريكه لكفالته عنه . »

Il en est de même de l'obligation née du délit commis par l'un d'entre eux.

(245) Muh., 249a: « وليس الدين الذى يلزم أحدهما فيؤخذان به جميعا كدين يجب لأحدهما خاصة دون الآخر . »

et 251a: « ولا يشبه الدين الذى على أحدهما الدين الذى لأحدهما الا ترى ان كل دين لزم أحدهما فهو عليهما جميعا الا جناية أو مهرا وانه قد يكون الدين لأحدهما من ميراث أو غيره ولا يكون للآخر أن يتقاضاه . »

(246) Soit contractuelle: ainsi celle née d'un contrat de vente:

Muh., 250b: « لو اشترى بضاعة ... »

Burh. Dhakh., II, 575b: « ثمن مشترى صحيح . »

Kas., VI, 72, l. 30 et Marghi., V, 384.

même vicié: Muh., 249a: « لو ابتاع بيعا فاسدا ... كان للبائع أن يأخذ أيهما شاء بالقيمة . »

et les auteurs cités aux endroits déjà indiqués.

de sa résolution: pour éviction: Muh., 251b: « يرجع بالثمن على أيهما شاء . »

pour vice de la chose: *Ibid.*: « فان وجد المشترى عيبا... يأخذ أيهما شاء . »

d'un contrat de louage de choses: *Ibid.*, 248b: « اذا استأجر ... دابة فى عملها أو فى تجارتهما . »

commerce de la société (247). Il faut néanmoins qu'elle ait

Hum., V, 385: « أجرة ما استأجره . »

même pour l'obligation de livrer: Muh., 248b: « أجر عبدا ... كان للمستأجر ... أن يأخذ الآخر بما يلزم صاحبه حتى يدفع اليه الذى أجره صاحبه . »

ou de services: Muh., 248b: « استأجر ... أجيرا . »

même pour l'obligation de faire quand il s'agit d'une société ouvrière: Sarakh., XI, 179: « اذا تقبل أحدهما عملا أخذ الآخر به . »

et Khan, III, 623: « لصاحب الثوب أن يطالب بالعمل أيهما شاء . »

soit née d'un dommage: ainsi en cas de perte fautive de la chose reçue en dépôt: Muh., 249a: « لو كانت عند أحدهما وديعة فعمل بها كان ضامنا ... ويأخذ رب الوديعة أيهما شاء . »

ou en commandite: *Ibid.*: « لو كان عندهما مال مضاربة فى نوع من المتاع فخالف أحدهما ... الضمن عليهما جميعا . »

ou en commodat: Burh. Dhakh., II, 577b: « استعار دابة ليركبها ... فعطبت فيها ضامنان . »

ou en location: Kas., VI, 72, l. 33: « والاجارات . »

Il n'importe pas que la faute soit imputée à l'un ou l'autre d'entre eux. Ainsi, V. Burh. Dhakh., *Ibid.*: « فركبها شريكه الى غير ذلك المكان فعطبت . »

Enfin, l'obligation née d'un délit: ainsi en cas d'usurpation: Muh., 248b: « اغتصب ... مالا فاستهلكه فانه يلزمه ذلك هو وصاحبه جميعا يأخذ الطالب أيهما شاء . »

ou de simple dommage: *Ibid.*: « عقر دابة أو خرق ثوبا . »

(247) Ainsi, s'ils ont acheté des biens destinés à l'usage personnel. V. Muh., 250b-251a: « لو اشتريا جميعا وهو كسوة لأحدهما اما كان يأخذ أيهما شاء . » « وكذلك اذا اشترى خاصة نفسه . »

Kas., VI, 74, l. 16 et l. 19: « وما اشتراه أحدهما من طعام لأهله أو كسوة أو ما لا بد له منه ... للبائع أن يطالب بالثمن أيهما شاء . »

De même, s'il s'agit de louage de choses ou de services. Muh., 248b: « وان استأجره أحدهما فى شىء من أمره خاصة والأجر عليهما جميعا يأخذ

un caractère patrimonial (248).

347. — Les associés dans une société ouvrière non-universelle sont aussi tenus solidairement de l'obligation de faire (249). Ils répondent également chacun pour le tout des

---

الأجر أيهما شاء . » « وكذلك لو استأجر دابة يحمل عليها متاعا من متاع بيته خاصة ... فان رب الدابة يأخذ أيهما شاء . »

Hum., V, 385: « أجرة ما استأجره سواء استأجره لنفسه أو لحاجة التجارة . »

Kifaya, V, 384: « وكذلك ان استأجره لحاجة نفسه أو استأجر ابلا الى مكة ليحج عليها فللمؤجر أن يأخذ أيهما شاء . »

(248) Ainsi, il faut que le délit entraine un déplacement de propriété. (V. Kas., VI, 73, l. 10-11 et Sarakh., XI, 190). Aussi, pas de solidarité si la dette est née d'un délit sur la personne physique du créancier ou de son auteur. Muh., *ibid.*: « اذا جنا ... جناية خطأ أو عمد فلا شيء على شريكه ... وكذلك كل جناية فى نفس أو دونها . »

La composition pécuniaire elle-même ne sera pas solidaire. *Ibid.*: « ولو صالح الجانى على مال من أرش الجناية لم يكن لصاحب الجناية على الآخر من ذلك شيء . »

D'après Kas., VI, 73, l. 9-10, ABU-YUSUF aurait, dans une version, considéré toutes les obligations délictuelles comme non solidaires, même en cas de dommage occasionné à un bien: « روى عن أبى يوسف أن ضمان الغصب والاستهلاك لا يلزم الا فاعله لأنه ضمان جناية . »

Ainsi aussi, la dette du *mahr* due par le mari à sa femme: Murh., 249a: « المهر ... لاشيء على شريكه من ذلك . »

Sarakh., XI, 189.

le *khul'* dû par la femme en cas de divorce: Burh. Dhakh., II, 575a; Kas., VI, 73.

la pension alimentaire: Burh. Dhakh., *ibid.*; Kas., *ibid.*

(249) Qud., 59: « ما يتقبله كل واحد من العمل يلزمه ويلزم شريكه . »

Kas., VI, 76: « متى تقبل يجب عليه وعلى شريكه . »

et: « لصاحب العمل أن يطالب بالعمل أيهما شاء لوجوبه على كل واحد منهما . »

dommages-intérêts, en cas de perte de la chose à eux remise, même si elle périt par la faute de l'un d'eux (250). La solidarité repose ici encore, mais pour ces deux cas seulement, sur une idée de cautionnement (251).

348. — D'après un jurisconsulte de l'époque classique (QAD'I-KHAN), toute société particulière peut impliquer la solidarité si une clause expresse a été insérée dans le contrat (252).

349. — La dissolution de la société ne met pas fin à la solidarité passive, contrairement aussi à ce qui a lieu en cas de pluralité active (253). La solidarité passive ne repose

---

« قد لزمه كل العمل . »

(250) Kas., VI, 76, l. 5: « وعلى أيهما وجب ضمان العمل وهو جناية يده كان لصاحب العمل أن يطالب الآخر به . »

C'est une version non-accréditée attribuée à ABU-YUSUF d'après ABU-H'ANIFA, par BICHR. Elle est dite d'ailleurs contraire au *Qiyâs*. V. Khan, III, 624: « عن أبى حنيفة ما جنت يد أحدهما كان الضمان عليهما يأخذ أيهما شاء ... »

(251) Elle est, en effet, assimilée à la société universelle pour ces cas. Or la société universelle repose, on l'a vu, sur une idée de cautionnement. V. Kas., VI, 21: « ألحقناها بالمفاوضة فى حق وجوب العمل والمطالبة بالأجرة وفى حق وجوب ضمان العمل فبقى الأمر فيما وراء ذلك على أصل القياس . »

Khan, III, 624: « صار فى معنى المفاوضة فى باب ضمان العمل . »

(252) Khan, III, 613: « ولا يكون فى شركة العنان كل واحد منهما كفيلا عن صاحبه اذا لم يذكر الكفالة . »

Abdin, III, 526, adopte cette opinion.

(253) Muh., 251b: « لو ادان أحدهما قبل الفرقة دينا ثم افترقا كان له أن

pas, en effet, sur l'idée de mandat (254).

350. — Après la dissolution, chacun des associés pourra être poursuivi pour le tout en vertu de l'idée de cautionnement réciproque, même si l'un seul des associés a figuré au contrat ou commis le délit (255).

Le rôle du cautionnement réciproque est donc plus étendu en cas de dissolution. C'est ce cas qui a été envisagé par les textes concernant la solidarité (256).

« يأخذ أيهما شاء لأن هذا دين وجب قبل الفرقة . »

Mais il faut que la dette soit née avant la dissolution. Ainsi pour l'obligation de restituer le prix en cas d'éviction, il n'est pas nécessaire que l'éviction ait eu lieu avant la dissolution, pourvu que le paiement du prix fût déjà effectué. Muh., 251b: « لو استحق المبيع بعد الفرقة وقد كان نقد الثمن قبل الفرقة فانه يرجع بالثمن على أيهما شاء . »

C'est, en effet, une action en restitution qui prend sa base dans le paiement. V. aussi, Khan, III, 623.

Par contre, si le prix doit être restitué en tout ou en partie pour vice de la chose, l'obligation ne naît qu'au jour de la condamnation. Muh., 251b: « اذا وجد عيبا ولم يرد ولم يخاصم حتى افترقا لم يكن له أن يخاصم الا من باعه . »

Khan, *ibid.*: « لو كان المشترى رده على شريك البائع بالعيب قبل الفرقة وقضى له بالثمن أو بنقصان العيب عند تعذر الرد ثم افترقا كان له أن يأخذ بالثمن أيهما شاء ... لأن ثمت انما يجب الثمن على البائع وقت الرد فان كان الرد بعد الفرقة لا يكون للمشترى أن يطالب الآخر به . »

(254) Le mandat peut être révoqué et prend fin avec la mort de l'un des contractants. Il n'en est pas ainsi du cautionnement. La caution ne peut rétracter son engagement. V. Burh. Dhakh., III, 233a: « الكفيل بالمال اذا أخرج نفسه من عهدة الكفالة بحضرة المكفول له والمكفول عنه لا يخرج . »

D'autre part, la mort de la caution ou du débiteur principal ne met pas fin au contrat. V. Kas., VI, 3, l. 18: « مات الأصيل قبل تمام السنة ... هو على الكفيل الى أجله . » « وكذا لو مات الكفيل دون الأصيل يحل ... وهو على الأصيل الى أجله . »

C'est pourquoi, la solidarité survit à la dissolution de la société. Khan, III, 623: « الشركة اذا انقطعت بقيت الكفالة . »

2o. - EFFETS DE LA SOLIDARITE

A. Rapports du Créancier avec les Codébiteurs.

351. — Le premier effet essentiel de la solidarité c'est de permettre au créancier de poursuivre chacun des codébiteurs pour la totalité de la dette (257).

Bab., V, 339: « لأن الكفالة تثبت بعقد المفاوضة قبل الافتراق فلا تبطل بالافتراق . »
Abdin, IV, 389: « لتضمنها الكفالة ولا تبطل بالافتراق . »

(255) Muh., 251b: « لو ادان أحدهما قبل الفرقة دينا ثم افترقا كان له أن يأخذ أيهما شاء . »

QAD'I-KHAN, commentaire de MUH'AMMAD, *al-Gâmi' as'-s'aghir*, ms. 743 B.E.: « مقتضى عقد المفاوضة على ما يذكر فى موضعه فيطالب كل واحد منهما بجميع الدين النصف بحكم الاصالة والنصف بحكم الكفالة . »

(256) Muh. sagh., 89: « فى متفاوضين افترقا فلأصحاب الديون أن يأخذوا أيهما شاءوا بجميع الدين ولا يرجع أحدهما على صاحبه حتى يؤدى أكثر من النصف . »
Kas., VI, 15: « وكذلك المتفاوضان اذا افترقا وعليهما دين فلصاحب الدين أن يطالب كل واحد منهما وأيهما أدى شيئا لا يرجع على شريكه . »
Marghi., VI: « واذا افترق المتفاوضان فلأصحاب الديون أن يأخذوا أيهما شاءوا بجميع الدين لأن كل واحد منهما كفيل عن صاحبه على ما عرف فى الشركة . »
Abdin, IV, 398.

(257) Muh., 346a: « يأخذ أيهما شاء بالمال كله . »

Il est parfaitement libre de diriger ses poursuites contre l'un ou l'autre d'entre eux à son choix (258).

Il peut même les poursuivre tous à la fois simultanément (259) ou successivement (260). Son action contre l'un

---

Sarakh., XX, 34: « له أن يطالب أيهم شاء بجميع المال . »

Khan, III, 61-62: « للبائع أن يأخذ أيهما شاء بجميع الألف . »

Et pour le cas de société: Muh. sagh., 89: « فلأصحاب الديون أن يأخذوا أيهما شاءوا بجميع الدين . »

Marghi., *Bidâya*, VI, 340.

(258) Muh., 345b: « يأخذ أيهم شاء ويرجع على أيهم شاء ويختار أيهم شاء . »

C'est d'ailleurs, une application du principe — admis en matière de cautionnement — que le créancier peut, à son choix, poursuivre soit la caution soit le débiteur principal. Le bénéfice de discussion est inexistant. V. Sarakh., XX, 28: « للطالب أن يأخذ أيهما شاء . »

Kas., VI, 10, l. 27-28: « والطالب بالخيار ان شاء طالب الأصيل وان شاء طالب الكفيل . »

Ainsi, il n'est pas nécessaire que la poursuite du débiteur principal soit difficile, pour pouvoir poursuivre la caution. Abdin, IV, 348: « سواء تعذر عليه مطالبة الأصيل أو لا . »

(259) Muh., 345b: « يأخذ أيهم شاء ان شاء واحدا وان شاء جميعا . »

C'est aussi une application d'un principe admis en matière de cautionnement. V. Marghi., VI, 299: « له أن يطالبهما . »

(260) Muh., 345b: « يختار أيهم شاء ثم يختار الآخر بعد ذلك . »

Pour le cautionnement: V. Muh., 366a: « قال أبو حنيفة لو كفل رجل بمال على رجل كان للطالب أن يأخذ ... واحد بعد واحد . »

Il semble cependant qu'une jurisprudence avant MUH'AMMAD décidait que le choix du créancier, une fois fait, il ne pouvait plus agir contre les autres codébiteurs, que si le codébiteur poursuivi venait à mourir ou devenait insolvable. V. Muh., 366a: « وقال بعض قضاتنا ... لم يكن له أن يعود على الآخر الا أن يفلس أو يموت . »

ne lui fait pas perdre le droit d'agir contre l'autre (261).

---

(261) Pour le contrat de cautionnement, une opinion représentée par IBN ABI-LAYLA considère l'obligation du débiteur principal éteinte aussitôt qu'une personne s'est engagée comme caution. Le créancier ne pourra donc jamais poursuivre que la caution. Une novation par changement de débiteur aurait eu lieu. La difficulté pour cette doctrine c'est que deux personnes ne peuvent être tenues en même temps et à la fois pour une même dette envers une seule et même personne. Le créancier, dit-on, aura dans son patrimoine deux créances au lieu d'une. Il se serait enrichi, quant à la seconde, sans cause.

On a pu aisément répondre que l'enrichissement n'a lieu que s'il y a paiement. Or, il ne peut y avoir double paiement. C'est donc le paiement de l'un qui éteindra l'obligation de l'autre et non son simple engagement. D'aucuns, pour répondre, ont eu recours à la distinction familière chez les auteurs, entre la dette et le lien obligatoire. La caution ne serait que tenue d'un lien obligatoire, non de la dette. La dette resterait à la charge exclusive du débiteur principal. On pourrait, nous semble-t-il, se dispenser de cette argumentation qui ne répond pas exactement à la difficulté. V. pour tout ceci: Sarakh., XIX, 161: « ليس ضرورة ثبوت المال في ذمة الكفيل مع بقائه في ذمة الأصيل ما يوجب زيادة حق الطالب لأنه وان ثبت الدين في ذمتهما فلأن لا يكون الا من أحدهما ... [و] اختيار تضمين أحدهما ... لا يوجب البراءة ما لم توجد حقيقة الاستيفاء فلهذا ملك مطالبة كل واحد منهما . »

La doctrine adverse est développée dans ces termes: « عند ابن أبي ليلى الكفالة توجب براءة الأصيل كالحوالة لأنه لا بد من وجوب الدين في ذمة الكفيل ومن ضرورته فراغ ذمة الأصيل منه لأن ما ثبت في محل ما دام باقيا في ذلك المحل فرغ منه سائر المحال ضرورة واذا ثبت في محل آخر فرغ منه المحل الأول ضرورة لاستحالة أن يكون الشيء الواحد شاغلا لمحلين وقد ثبت الدين في ذمة الكفيل فمن ضرورته براءة ذمة الأصيل . »

V. aussi Kas., VI, 10, l. 27 et l. 29-30.

Has., V, Société, « باب من الاستحقاق في الشرى والضمان . »

La doctrine d'IBN ABI-LAYLA n'a guère prévalu. Cependant, dans les formulaires on se prémunit contre cet enseignement par des clauses appropriées. Mais la doctrine orthodoxe enseigne que le débiteur

352. — Rien n'empêche, par ailleurs, le créancier de poursuivre divisément chacun pour sa part, malgré la solidarité (262). Mais l'un quelconque des codébiteurs pourra toujours le contraindre à recevoir en paiement la totalité de la dette (263).

---

principal n'est point libéré par l'engagement de la caution et que par conséquent la poursuite elle-même dirigée contre la caution ne libère pas plus le débiteur que la poursuite dirigée contre ce dernier ne libère la caution. Sarakh., XX, 28: « بمطالبة أحدهما لا يسقط حقه فى مطالبة الآخر . »

Kas., VI, 10, l. 31-32: « وأيهما اختار مطالبته لا يبرأ الآخر بل يملك مطالبته . »

Marghi., VI, 299: « لو طالب أحدهما له أن يطالب الآخر . »

Abdin, IV, 348: « اختيار الطالب تضمين أحدهما لا يوجب براءة الآخر ما لم توجد حقيقة الاستيفاء . »

Cependant, il semble, d'après un texte de MUH'AMMAD, qu'IBN ABI LAYLA lui-même aurait écarté le principe de la libération du débiteur principal en cas de cautionnement réciproque ou solidarité. V. Muh., 366a: « قال ابن أبى ليلى يبرأ الأول والمال على الكفيل الا أن يشترط أن كل واحد منهما كفيل على صاحبه . »

(262) Sarakh., XX, 34: « له أن يطالب أيهم بجميع المال مع بقاء حقه فى المطالبة الأصلية وهو أن يطالب كل واحد منهم بالثلث . »

Comme en cas de cautionnement, le créancier peut toujours poursuivre le débiteur principal et ne pas poursuivre la caution. V. note 261.

(263) En effet, tant comme caution que comme débiteur, le codébiteur poursuivi peut contraindre le créancier à recevoir paiement. Il en serait autrement s'il payait pour autrui par pure libéralité. V. BURHAN AD-DIN, *al-Muh'it'*, VII, Cautionnement, 31e: « كفل ثلثة عن رجل ... لو أدى أحدهم جميع الألف لا يجبر الطالب على القبول لأنه فى الثلثين متبرع عن الآخر »

353. — Dans la théorie de l'action, la poursuite dirigée contre l'un des codébiteurs aboutira à une condamnation contre les autres, mais seulement pour leurs parts propres (264).

---

(264) Le créancier n'aura plus à faire la preuve de sa créance contre les autres codébiteurs. En effet, la caution représente le débiteur principal dans l'instance. Par contre, en tant que cautions, il faudra les poursuivre à nouveau. Le débiteur principal ne représente pas, en effet, la caution dans l'instance. C'est donc une pure application des principes du cautionnement que le texte suivant, rapporté dans BURHAN AD-DIN, *al-Muh'it'*, Livre du Cautionnement. Il est dit être une version non-accréditée transmise par la voie d'IBN-RUSTAM. IBN QAD'I-SIMAWNA le cite d'après *al-Muh'it'*, dans *Gâmi' al-fusûlayn* où il y est plus net: 1, 50-51: « باع منهما بألف على أن كل واحد منهما كفيل عن صاحبه فبرهن على أحدهما أن له عليه وعلى فلان الغائب ألفا وكل منهما كفيل عن الآخر بأمره يحكم على الحاضر بألف نصفه اصالة ونصفه كفالة فلو حضر الغائب قبل أخذ الألف لم يكن للبائع أن يأخذ ممن حضر الا خمسمائة الأصلية اذ الحكم على كفيله حكم عليه والحكم على المكفول عنه ليس بحكم على الكفيل . »

Cependant, il semblerait, d'après certains textes, que la poursuite dirigée contre l'un des codébiteurs aboutit à une condamnation pour le tout, contre les autres. Il y aurait représentation parfaite. V. Simaw., I, 50-51: « لو كان كل منهما كفيلا عن صاحبه ينتصب الحاضر خصماً عن الغائب . »

et: « قال أبو الليث فى النوازل لو كفل كل منهما عن الآخر بأمره ينتصب الحاضر خصما عن الغائب . »

et p. 48: « لو كان قد ضمن كل منهما ما على الآخر من الثمن جاز ويقضى عليهما ولا حاجة الى اعادة البينة على الغائب . »

MUH'AMMAD B. AL-H'USAYN, *Fatâwâ*, II, 93.

Mais une annotation en marge de ce dernier ouvrage relève l'erreur en s'appuyant sur le texte d'*al-Muh'it' al-burhânî*. Ce texte, en effet, se justifie parce qu'il applique les règles reconnues du cautionnement. C'est ce que fait observer IBN QAD'I-SIMAWNA lui-même. *Ibid.*, 50-51. On pourrait voir dans cette hésitation une tendance à considérer les codébiteurs solidaires comme tenus entre eux par un lien plus étroit que le simple cautionnement réciproque.

354. — Le second effet essentiel de la solidarité consiste en ce que le paiement effectué par l'un des codébiteurs éteint la dette de tous les autres (265).

Mais, outre le paiement, divers autres faits peuvent éteindre la dette. On appliquera les principes établis en matière de cautionnement.

355. — *Dation en paiement.* — La dation en paiement consentie par l'un des codébiteurs libérera aussi les

---

Il faut relever aussi qu'il ne sera pas question de représentation si le cautionnement réciproque a été consenti à l'insu de l'un et de l'autre considérés comme débiteurs. Simaw., *ibid.*: « لا لو بلا أمره . » et V. pour les principes admis en matière de cautionnement: Muh. sagh., 88: « قال أبو يوسف ومحمد في رجل أقام البينة أن له على فلان كذا وان هذا كفل عنه بأمره فانه يقضى على الكفيل وعلى المكفول عنه وان كانت الكفالة بغير أمره قضى عليه خاصة . »

et Khan, III, 61.

(265) Le paiement effectué par l'un est considéré si bien comme libératoire que si, dans un mandat, l'on spécifie que le paiement devra émaner d'un codébiteur déterminé, le paiement effectué par l'autre sera quand même valable. V. Tatar., III, 194b. C'est une version non-accréditée transmise par IBN SAMA'A et attribuée à ABU-YUSUF: « وفى نوادر ابن سماعة عن أبى يوسف رجل له على رجلين ألف درهم وكل واحد منهما كفيل عن صاحبه فوكل رب الدين رجلا يقبضه من أحدهما بعينه فقبضه من الآخر جاز . »

C'est d'ailleurs une application des règles du cautionnement. Le paiement du débiteur libère, en effet, la caution. V. Kas., VI, 14, l. 2: « يبرأ الكفيل كما اذا أدى . »

de même que le paiement de la caution libère le débiteur. V. Abdin, IV, 348: « اختيار الطالب تضمين أحدهما لا يوجب براءة الآخر ما لم توجد حقيقة الاستيفاء . »

autres. Le *solvens* exercera néanmoins son recours (266).

356. — *Transport de dette.* — L'un des codébiteurs pourra céder sa dette à une tierce personne. Ses codébiteurs seront aussitôt libérés (267).

Si le créancier cède une dette à l'un des codébiteurs avec affectation de la créance à cette cession, il ne pourra plus rien lui réclamer. Il pourra cependant poursuivre les autres sous déduction de la part du codébiteur cessionnaire (268). Ce dernier exercera son recours s'il est poursuivi par

---

(266) Muh., 349a: « لو باعه ذلك بالألف كان له أن يرجع فى هذا كله على الذى عليه الأصل بالألف كلها . »

Attabi, 107a: « لو اشترى الطالب من الغريم بدينه شيئا وبالدين كفيل برىء الكفيل . »

Ainsi, tant la part propre que la part cautionnée s'éteignent par la dation en paiement de l'un des codébiteurs.

La dation peut même revêtir la forme d'un contrat de mariage. V. Attabi, *ibid.*: « وكذا لو تزوجها بدين عليها وبه كفيل برىء الكفيل . »

(267) En effet, le transport de dette consenti par la caution libère le débiteur principal. Attabi, 107a: « لو أحال الكفيل الطالب سقطت المطالبة عنهما . »

Il y a néanmoins controverse: « وقيل لا تسقط عن الأصيل . »

Mais la solution rapportée par Hind. d'après *as-Sirâg al-wahhâg*, est catégorique, III, 263: « ولو أن الكفيل أحال المكفول له على رجل فقبل المكفول له والمحتال عليه برىء الكفيل والمكفول عنه . »

De même, le transport de dette consenti par le débiteur principal libère la caution. Kas., VI, 12, l. 8-9: « وكذا اذا أحاله الطلوب بمال الكفالة على رجل وقبله . »

(268) C'est un cas de MUH'AMMAD, *as-Ziyâdât*, qui se trouve dans le commentaire d'AL-'ATTABI sur *as-Ziyâdât*, f. 196a: « قال محمد رجل كفل عن رجل بمال عليه بأمره فأحال الطالب غريما له على الكفيل على أن يؤدى من دين

le nouveau créancier (269).

357. — *Donation de la dette.* — Si le créancier fait donation de la dette à l'un des codébiteurs, les autres seront aussi libérés (270).

Le donataire aura recours contre eux pour leurs parts (271).

الكفالة صح لما مر وسقطت مطالبة المحيل عن الكفيل لأن دين الكفالة صار مشغولا بدين الحوالة ... ولرب المال أن يطالب الأصيل لأن ما عليه غير مشغول بشيء وسقوط المطالبة عن الكفيل لا توجب سقوط المطالبة عن الأصيل . »

(269) AL-'ATTABI, *ibid.*: « وان طالب المحتال الكفيل فله أن يطالب الأصيل كما اذا طالبه المحيل قبل الحوالة . »

(270) La donation consentie au débiteur principal libère, en effet, la caution. MUH'AMMAD, *al-Mabsût'*, f. 356b: « لو وهب الطالب المال للذى عليه الأصل ولم يهبه للكفيل وقبله المطلوب جاز ذلك وبرىء منه الذى عليه الأصل والكفيل جميعا . »

Kas., VI, l. 33-34: « اذا وهب الدين من الأصيل برىء الكفيل . »

Et la donation consentie à la caution est assimilée à un paiement et doit ainsi libérer le débiteur principal. V. Iftikh. Khul., II, Cautionnement: « ولو وهب رب الدين الدين لأحدهما فهذا واداء المال سواء . » Même texte dans Bazzaz, VII, 7.

(271) Muh., texte concernant le cas de cautionnement plural, 358a: « ان كان لرجل على رجل ألف درهم وكفل عنه بها ثلثة نفر وبعضهم كفلاء عن بعض بذلك ثم ان الطالب وهب المال لبعض الكفلاء لواحد منهم ... ان قبل ذلك ولم يرده فان المال له يأخذه من الذى عليه الأصل وان شاء أخذ نصفه من أى الكفيلين شاء . » et en cas de cautionnement simple, 356b: « اذا وهب الرجل مالا على رجل قد كفل له به فوهبه للكفيل وقبله منه الكفيل فهو جائز والكفيل أن يرجع على الذى عليه الأصل . »

Tah., 50b: « وهبه له ... وقبل ذلك منه الكفيل ... الكفيل له أن يرجع بالمال

358. — *Remise de dette.* — Par contre, la remise consentie à l'un des codébiteurs ne libérera les autres que jusqu'à concurrence de sa part (272). Le codébiteur libéré n'aura d'ailleurs pas ici de recours (273).

S'il refuse la remise, la dette, jusqu'à concurrence de sa part (274), renaît à sa charge (275), mais la libération

---

على المطلوب . »

Kas., VI, 13, l. 31-32: « لو وهب صاحب الدين المال للكفيل يرجع على الأصيل . »

(272) En effet, la remise consentie au débiteur principal libère la caution. Tah., 50b: « اذا أبرأ المكفول له المطلوب من المال الذى كفل له به وقبل ذلك منه برىء منه المطلوب والكفيل جميعا . »

Iftikh. Khul., II, Cautionnement: « لو ابرأ الأصيل برىء الكفيل . »

Kas., VI, 11, l. 24.

Tandis que la remise consentie à la caution ne libère pas le débiteur principal. Muh., 356a: « وانما ابراء الكفيل ابراء له خاصة . »

Tah., *ibid.*: « ابرأ منه الكفيل ... كان للطالب أن يرجع بالمال على المطلوب . »

Kas., VI, 11, l. 24: « اذا ابرأ الكفيل لا يبرأ الأصيل . »

(273) Muh. sagh., 89: « وان قال قد ابرأتك لم يرجع الكفيل على المكفول عنه . »

Iftikh. Khul., II, Caut.: « الطالب أن ابرأ الكفيل فالكفيل لا يرجع على الأصيل . »

Attabi, 107a: « لو ابرأ الطالب الكفيل لا يرجع بشيء . »

Kas., VI, 14, l. 2.

(274) Car, pour le surplus, comme caution, son refus n'aura pas d'effet. V. Tah., 50b: « سواء فى ذلك قبل الكفيل البراءة أو لم يقبلها . »

Kas., VI, 11, l. 28: « ابراء الكفيل لا يرتد بالرد . »

(275) Kas., VI, 11, l. 27: « ابراء الأصيل يرتد بالرد . »

et l. 29: « عاد الدين الى ذمته . »

de ses codébiteurs demeurera acquise (276).

359. — Si le créancier fait remise, à l'un des codébiteurs, de sa seule part dans la dette, les autres seront libérés pour autant.

---

(276) Cette solution est controversée. C'est que le cas est nouveau. Il ne se trouve pas dans les compilations de MUH'AMMAD. BURHAN AD-DIN le dit expressément dans *adh-Dhakhira*, III, 221b: « لم يذكر محمد هذا الفصل فى شىء من الكتب . »

Les jurisconsultes de l'époque qui a suivi les compilations, en ont été saisis, nous dit toujours BURHAN AD-DIN.

Ainsi AL-KHAS'S'AF aurait opiné dans son ouvrage *ach-Churuût* dans le sens de la non-libération de la caution. BURHAN AD-DIN le cite d'après un ouvrage d'AN-NAT'IFI, *Agnás*. Un autre jurisconsulte (AL-QAD'I ABU GAZIM) aurait rapporté que c'était là l'opinion des maîtres de l'école (*As'h'âbuna*). Cependant, dans un commentaire d'un ouvrage d'AT'-T'AH'AWI (321), une controverse est dite exister entre les auteurs (*al-Machâyikh*) sur la question. Les uns, s'appuyant sur le caractère accessoire de l'obligation de la caution, déclarent que celle-ci ne sera pas libérée, puisque le débiteur principal est encore tenu de la dette. C'est d'ailleurs la solution admise au cas où la donation de la dette n'est pas acceptée par le débiteur principal. Les autres s'appuient sur le principe que la caution ne peut refuser la remise, pour enlever au débiteur le droit de la refuser. Mais l'on ne voit pas comment peut-on argumenter *a pari* de la sorte. Car, la remise consentie à la caution n'a point d'effet sur l'obligation du débiteur principal. Aussi, si son refus n'est pas considéré, la situation du débiteur principal restera inchangée. Pour elle-même, sa libération lui sera imposée. Tandis que si la remise est refusée par le débiteur principal, la caution perd un avantage précis. C'est donc pour protéger la caution contre les agissements du débiteur principal, que cette opinion a vu le jour. C'en est là la raison profonde. Il est vain, après cela, d'argumenter, comme le fait BURHAN AD-DIN, que la caution peut toujours refuser la remise, à la différence du débiteur principal, parce que la première n'est tenue que d'un lien obligatoire, tandis que le second est tenu de la dette même.

Il peut aussi décharger l'un d'eux de la solidarité en lui faisant remise de la part qui lui incombe comme caution. Les autres codébiteurs pourront, alors, être poursuivis pour le tout (277).

360. — De même, si le créancier concède un terme (278), à l'un des codébiteurs, les autres bénéficieront du terme jusqu'à concurrence de sa part (279).

Toute cette controverse a été rapportée par Burh. Dhakh. Depuis, les auteurs rapportent que la question est controversée sans la trancher dans un sens ou dans un autre. V. Iftikh. Khul., II, Caut.: « هل يبرأ الكفيل اختلف المشايخ فيه . »

Kas., VI, 11, l. 29-30: « هل تعود المطالبة بالدين الى الكفيل اختلف المشايخ فيه . »

QAD'I-KHAN, le dernier des jurisconsultes *mugtahid*, ne tranche pas lui aussi la controverse. V. Khan, III, 72: « ان رد الأصيل ابراءه صح رده فى حق حقه فيبقى المال عليه وهل يبرأ الكفيل اختلف فيه المشايخ . »

(277) Tout ceci découle des principes déjà invoqués. La remise consentie au débiteur libère la caution tandis que la remise consentie à la caution ne libère pas le débiteur.

(278) Le terme est analysé en remise provisoire. V. Burh. Dhakh., III, 221a: « التأجيل براءة مؤقتة . »

(279) Car le terme accordé à la caution ne profite pas au débiteur principal. V. Muh., 358a: « ان اخر المال عن الكفيل سنة بعد الكفالة كان له أن يأخذ الذى عليه الأصل حالا . »

Tah., 50b: « اذا أخر الطالب المال عن الكفيل الى مدة معلومة لم يكن له أن يطالب الكفيل بالمال دون تلك المدة وكان له أن يطالب المطلوب به حالا . »

Kas., VI, 3, l. 31-32.

Tandis que le terme accordé au débiteur profite à la caution. Muh., *ibid.*: « وان أخر الذى عليه الأصل لم يكن له أن يأخذ واحدا منهما الى الأجل . »

Le décès du codébiteur n'entraînera qu'à son égard, déchéance du terme (280).

361. — *Confusion.* — Si l'un des codébiteurs devient l'héritier unique du créancier, les autres sont libérés (281). Cependant, le codébiteur exercera son recours contre

---

Tah., *ibid.*: « وان لم يؤخر المال عن الكفيل ولكنه أخره عن المطلوب كان المال مؤخرا على المطلوب وعلى الكفيل الى المدة التي أخرها الطالب المطلوب . »
Kas., VI, 3, l. 33-34.

(280) En effet, le décès de la caution n'entraîne point déchéance du terme pour le débiteur principal. V. Muh., 344b: « ان مات الكفيل قبل الأجل فهي عليه حالة يؤخذ من ماله ولا ترجع ورثته على الذي عليه الأصل حتى يحل الأجل . »

De même, le décès du débiteur principal n'entraîne pas déchéance du terme pour la caution. V. *Ibid.*: « لو مات الذي عليه الأصل قبل الأجل حلت عليه ولم تحل على الكفيل الا الى الأجل . »
et Kas., VI, 3, l. 18-20.

L'application de ces principes au cas de solidarité a été expressément faite dans Muh., 375a: « وكذلك لو كان رهط بعضهم كفلا بعض بمال الى أجل فأيهم مات قبل الأجل فان المال يحل عليه ولا يحل على أصحابه . »

Et en cas de société universelle, Zahir, II, 31a: « لو مات أحدهما حل على الميت حصته ولم يحل على الآخر . »

(281) La confusion qui s'opère en la personne du débiteur principal éteint, en effet, l'obligation de la caution. V. Kas., VI, 14, l. 1: « [لو مات الطالب] لو ورثه الأصيل يبرأ الكفيل . »
Khan, III, 70: « ان مات الطالب والمكفول عنه وارثه بريء الكفيل . »
et la confusion qui s'opère en la personne de la caution libère le débiteur principal. Muh., 368b: « اذا كفل رجل لرجل بألف درهم ثم مات الطالب والكفيل وارثه فقد بريء الكفيل من المال ... وان كان كفل عنه بغير أمره فلا شيء على المكفول به ولا على الكفيل . »

eux (282).

362. — En somme, les divers faits juridiques énumérés ont éteint l'obligation à l'égard de tous les codébiteurs, une fois qu'ils ont eu lieu au profit de l'un d'eux.

La remise de dette et la cession de dette consenties par le créancier à l'un des codébiteurs n'ont cependant déchargé les autres que jusqu'à concurrence de la part de ce codébiteur.

Khan, III, 70: « رجل كفل لرجل بألف درهم ثم مات الطالب والكفيل وارثه بريء الكفيل عن الكفالة ... وان كانت الكفالة بغير أمره بريء المطلوب أيضا . »

La confusion est, en effet, assimilée à un paiement. Iftikh. Khul., II, Caut.: « هذا واداء المال سواء كذا لو مات الطالب فورثه أحدهما . »
Bazzaz, VII, 7, même texte.

Les textes ne disent pas cependant que le débiteur principal est libéré. Mais ils fondent son obligation sur le contrat qui le lie à la caution devenue héritière. On ne peut expliquer autrement pourquoi l'héritier du créancier ne peut poursuivre en l'absence de ce lien. On dit bien néanmoins que la succession est un mode d'acquisition de la propriété. V. Khan, *ibid.*: « لأنه لما مات الطالب صار ذلك ميراثا عنه لورثته . »
et Kas., VI, 14, l. 1: « لأن الارث من أسباب الملك . »

Un texte pourtant semble vouloir déduire logiquement la solution, des effets de la confusion. Attabi, 107a, dit, en effet, que la caution, ayant succédé au *de cujus*, pourra poursuivre le débiteur principal, même si le cautionnement avait été stipulé à son insu: « لو مات الطالب فورثه الكفيل يرجع على الأصيل سواء كان بأمره أو بغير أمره . »

(282) Muh., 368b: « المال على المكفول به على حاله ان كان كفل عنه بأمره . »
Kas., VI, 13-14: « لو مات الطالب فورثه الكفيل يرجع على الأصيل . »
Khan, *ibid.*: « لو ملك الكفيل المال في حياة الطالب بالقضاء أو بالهبة يرجع على المكفول عنه ان كانت الكفالة بأمره وان كانت بغير أمره لا يرجع على المكفول عنه وكذا اذا ملك الكفيل المال بالارث . »

B. Rapports des Codébiteurs entre eux.

363. — Le codébiteur qui a payé exercera contre les autres un recours contributif. Ils seront tenus de lui rembourser chacun sa part sans solidarité entre eux (283).

Cependant, le codébiteur qui subit le recours, supporte contributoirement avec celui qui l'exerce, les parts des autres (284). Ceux-là subiront à leur tour le recours des deux premiers (285).

Ainsi, chacun supportera, en dernier recours, sa part propre dans la dette, à moins d'insolvabilité qui sera supportée par tous contributoirement (286).

364. — Le recours a pour objet la somme même dont le codébiteur était tenu, bien que le paiement se soit effectué avec des deniers de mauvais aloi (287). Il en est de même

---

(283) Muh., 345b: « لو كان ثلثة نفر عليهم الف درهم جميعا وبعضهم كفلاء عن بعض فأدا المال أحدهم كله فانه ان شاء رجع على كل واحد منهما بالثلث . »
et en cas de société, *ibid.*, 251b: « أيهما ادا رجع على شريكه بالنصف . »

(284) Muh., 345b: « وان شاء رجع على أحدهما بالثلث والسدس حتى يكون قد أدى حصته ويشركه فى الغرم . »

(285) Muh., *ibid.*: « ثم يتبعان الآخر بالثلث . »
Sarakh., XX, 34: « ثم يرجعان على الثالث اذا قياه بالثلث فيأخذان ذلك بينهما نصفين . »

(286) Comme on l'a vu, il n'est pas nécessaire que l'insolvabilité se déclare. Les présents supportent les parts des absents pour se garantir mutuellement contre les risques d'insolvabilité.

(287) Muh., 348b: « لو كان المأمور كفيلا ... الف درهم غلة أو زيوف أو

en cas de dation en paiement (288).

Cependant, les sûretés stipulées par le créancier ne garantissent pas le recours du codébiteur (289). Ce recours peut être spécialement garanti par un gage (290).

365. — Le codébiteur peut toujours renoncer à son droit de recours, avant même d'avoir payé (291).

366. — *Conditions du recours.* — Le recours n'est jamais possible contre le codébiteur qui a été cautionné à

نبهرجة رجع الدافع على المكفول عنه بألف يجيه . »
Iftikh. Khul., II, Caut.: « كفل بدراهم صحاح جياد فأعطاه مكسورة أو زيوفا رجع بمثل ما ضمن لا بمثل ما أدا . »
Abdin, IV, 377: « رجع بما أدى ان أدى بما ضمن والا بما ضمن وان أدى اردأ . »

(288) Muh., 349a: « لو باعه ذلك بالألف كان له أن يرجع فى هذا كله على الذى عليه الأصل بالألف كلها . »

(289) Attabi, 107a: « لو كان بالدين رهن عند الطالب من المطلوب وقضى الكفيل الدين فلا سبيل له على الرهن . »

(290) Muh'ammad b. al-H'usayn, *Fatâwâ*, I, 328: « رجل كفل عن رجل بمال ثم ان المكفول عنه أعطى الكفيل رهنا ذكر فى الأصل انه لو كفل بمال مؤجل على الأصيل فأعطاه المكفول عنه رهنا جاز الرهن بذلك . قاضيخان فى الكفالة بالمال . »
Ces règles qui concernent le cautionnement simple, rien n'empêche leur application au cas de solidarité.

(291) Hind., III, 263-264: « لو ابرأ الكفيل الأصيل قبل الأداء الى الطالب من الدين ... يجوز حتى لو أدى الكفيل الى الطالب بعد ذلك لم يرجع به على الأصيل . كذا ذكره الامام قاضيخان والامام المحبوبى . كذا فى النهاية . »

son insu (292). Cependant, s'ils se sont engagés dans un titre unique, l'ordre de cautionner se présume (293).

367. — Le recours n'est encore possible que s'il y a eu paiement ou un mode d'extinction équivalent (294). Avant le paiement, le codébiteur ne peut être actionné (295). Le paiement anticipé, effectué par l'un entre les mains de l'autre, est, cependant, valable (296).

368. — Si l'un des codébiteurs paie une partie de la dette, cette partie s'imputera nécessairement sur sa part. Il n'aura donc point de recours si le montant de la somme déboursée ne dépasse pas celui de sa part dans la dette (297).

---

(292) Kas., VI, 11, l. 5: « ثبوت ولاية مطالبة الكفيل الأصيل اذا كانت الكفالة بأمره . »

(293) Sarakh., XX, 38: « ذكر حق على رجل بألف درهم وفلان وفلان كفيلان بها وأيهما شاء أخذ بها ... اقرار كل واحد منهم بالمكتوب فى الصك بمنزلة أمر الأصيل لهما بالكفالة عنه وأمر كل واحد منهما لصاحبه بالكفالة عنه . »

(294) V. nos 355 et s., *supra*.

(295) Sarakh., XX, 29: « ليس له أن يأخذ المال من الأصيل حتى يؤديه . »

(296) *Ibid.*: « ولكن ان قضاه الأصيل فهو جائز . »

(297) Muh., 346b: « واذا كان لرجل على ثلثة رهط الف درهم وبعضهم كفلا عن بعض بها فأدا أحدهم مائة درهم فانه لا يرجع على صاحبه بشىء منها لأنها من حصته وكذلك ما أدا حتى يبلغ الثلث فهو من حصته . »

Qud., 65: « ما أدى أحدهما لم يرجع به على شريكه حتى يزيد ما يؤديه على النصف . »

Kas., VI, 15, l. 2-3: « فما أدى أحدهما يقع عن نفسه ولا يرجع على شريكه حتى يزيد على النصف . »

S'il le dépasse, il n'aura de recours que pour l'excédent (298).

Les auteurs ont longuement disserté sur ce cas (299). En fait, tout paiement s'impute d'abord sur la part propre du codébiteur, de plein droit, afin d'éviter la multiplication des recours (300).

Khan, III, 62: « حتى يكون المؤدى أكثر من النصف . »

Et en cas de société:

Muh. sagh., 89: « فى متفاوضين افترقا ... ولا يرجع أحدهما على صاحبه حتى يؤدى أكثر من النصف . »

Kas., VI, 15, l. 2-3.

(298) Muh., 346b: « فان زاد على الثلث شيئا فالزيادة عن صاحبيه . »

Qud., 65: « ما أدى أحدهما لم يرجع به على شريكه حتى يزيد ما يؤديه على النصف فيرجع بالزيادة . »

Attabi, 107b: « يرجع بالزيادة على صاحبه . »

(299) C'est même à propos de ce recours qu'il a été question de la solidarité. V. Kas., VI, 14, l. 30 et s., et tous les auteurs classiques.

(300) En effet, le *solvens*, qui impute son paiement sur la part de son codébiteur, se verra poursuivi à son tour, lorsque ce codébiteur aura payé et imputé aussi sur l'autre. Il y aura donc deux paiements et deux recours. Tandis que si la somme est imputée *de plano* sur la part propre du *solvens*, ces deux recours seront évités.

Par ailleurs, imputer la somme payée, de plein droit, sur les parts de tous proportionnellement, conduit aussi à la multiplication des recours. Le *solvens* aura recours pour cette portion contributive, puis subira le recours de son codébiteur, également pour une part contributive, lorsqu'à son tour il aura payé.

Et V. Sarakh., XX, 39: « ايقاعه من المال الذى عليه ليسقط عنه به أصل المال أولى لأن هذا الطريق أقصر ... اذا جعل مؤديا عن نفسه لا يحتاج الى الرجوع على أحد . »

Il est d'ailleurs plus logique de commencer par s'acquitter de sa propre dette. V. Hum., VI, 337: « مقتضى العقل . » « العادة . »

Aussi toute imputation contraire sera non-avenue (301).

Il n'est pas exact ni nécessaire de parler de cercle vicieux (302). Par ailleurs, l'on ne peut admettre que l'imputation est, ici, impossible (303). Elle est déclarée inefficace.

---

(301) Muh., 346b: « ولو قال هذا المال عن صاحبي أو عن أحدهما لم يكن ذلك على ما قال . »

Kas., VI, 14, l. 31: « ولا يقبل قوله فيه انه ادى عن شريكه لا عن نفسه ... وكذا اذا قال ابتداء أنى اؤدى عن شريكى لا عن نفسى لا يقبل منه . »

(302) La plupart des auteurs déclarent, en effet, que le recours du codébiteur, qui a payé moins que sa part, est impossible, parce qu'il conduit à un cercle vicieux. V. Sarakh., XX, 39: « ان جعل المؤدى عن صاحبيه كان لهما أن يقولا أداؤه بالكفالة بأمرنا بمنزلة أدائنا ولو أدينا كان لنا أن نجعل المؤدى عنك فلا يزال يدور هكذا . »

V. aussi Marghi., VI, 337-338; Zai., IV, 167, *in fine*.

Ainsi, le codébiteur, qui subit le recours, peut toujours dire, d'après cette explication, que, la caution étant sa mandataire, le paiement de la caution équivaut à son paiement propre. Or, si l'imputation est possible pour l'un, elle doit être possible pour l'autre. Il pourra donc imputer ce même paiement effectué par son mandataire sur la part propre de ce mandataire et recourir ainsi à son tour, puisqu'il est sa caution. D'où, les deux recours s'opposeront et l'on a un cercle vicieux. Ce verbiage s'est transmis de siècle en siècle jusqu'à IBN AL-HUMAM, qui n'a pas hésité à dire qu'il y a là une grosse erreur. V. VI, 337: « هذه مجازفة عظيمة . » « فى الحق ان هذا الوجه باطل . »

Il a aussitôt dégagé qu'il est insensé de parler d'un recours contre le codébiteur qui a payé, recours fondé sur le seul fait qu'il a payé pour celui qui entend exercer le recours. Car il est vain de prétendre que le paiement de ce codébiteur équivaut à son paiement. Il le serait que l'imputation déjà faite ne pourrait, nous semble-t-il, être détruite par une nouvelle, indiquée par le mandant. Voici les textes d'IBN AL-HUMAM, VI, 337: « ما يقطع به فى الشرع ان المؤدى هو الذى يرجع على المؤدى عنه بمثل ما أدى . » « كيف يكون أداء الانسان عن غيره سببا لأن يرجع عليه ذلك الغير بمثل آخر . » « لا يمكن أن يسوغه شرعا اعتبار المؤدى عنه انه أدى بنفسه واحتسبه عن المؤدى . »

369. — *Fondement juridique du recours.* — Le recours serait possible que l'on ne saurait parler de cercle vicieux, mais de multiplication des poursuites. Il y aurait cercle vicieux si l'exercice du recours était conditionné par l'exercice d'un recours correspondant. Mais, ici, le *solvens* exercera son recours, puis son codébiteur, en indiquant une nouvelle imputation, pourra recourir à son tour. V. VI, 338: « واعلم انه ليس المراد حقيقة الدور فانه توقف الشىء على ما يتوقف عليه ورجوع المؤدى ليس متوقفا على رجوع صاحبه بل اذا رجع للآخر أن يرجع ولا يلزم كونه فى مال واحد بل ان شاء أعطاه ما أخذ منه فاذا رجع الآخر استعاده أو أعطاه غيره وكذا الأول فاللازم فى الحقيقة التسلسل فى الرجوعات ينتهيا فيمتنع الرجوع المؤدى اليه . »

IBN AL-HUMAM répudie, néanmoins, nettement toute cette argumentation. Nous préférons considérer la multiplication des recours telle qu'elle a été décrite, comme l'explication véritable.

Les objections d'IBN AL-HUMAM ont été reprises par SA'DI CHALABI, VI, 338, qui précise que le paiement effectué par le codébiteur peut être considéré comme effectué par un mandataire: mais alors il sera fatalement imputé sur la part propre du mandant, puisque le mandant est le titulaire du droit. Il ne pourra être considéré comme effectué par le mandataire pour le mandant en sa qualité de caution: « قوله لأن أداء نائبه عنه كأدائه عن نفسه بحق الاصالة ... فسلم ولا يفيد وان أريد كأدائه بحق الكفالة فممنوع وكيف يكون أداء كفيله عنه كأدائه عن كفيله . »

(303) C'est l'argumentation que préfère IBN AL-HUMAM. Elle se trouve déjà dans MUH'AMMAD, 346b: « لأن المال واحد فكل شىء أدا من ذلك فهو عن نفسه خاصة ما بينه وبين الثلث . »

et Sarakh., XX, 40: « ان أراد أن يجعل الزيادة عن أحدهما دون صاحبه لم يكن له ذلك لأن المال واحد وهو دين فى الذمة لا يتحقق فيه التمييز فتلغو نيته عن أحدهما . »

Hum., VI, 337: « أما كونه يصرف نيته قلنا التعيين فى الجنس الواحد لغو . »

cours du codébiteur se fonde sur l'idée de mandat (304). Cependant, contrairement aux règles du mandat (305), le recours ne pourra s'exercer que s'il y a eu paiement. On a voulu écarter la possibilité de deux poursuites simultanées pour la même dette contre une même personne (306).

Mais ne peut-on pas répondre que l'imputation est possible, car il s'agit en fait de deux dettes, l'une née du contrat générateur de l'obligation principale, l'autre née du contrat de cautionnement. Or, d'après les règles admises dans la théorie du paiement, l'imputation ici est possible. V. Attabi, 107b, où il s'agit d'un débiteur tenu en même temps de deux dettes, en vertu des deux contrats mentionnés:

« لو كان عليه الف ثمن مبيع والف من كفالة فأدى الفا وقال هى من الكفالة فأبى الطالب أخذها الا منهما فله ذلك ولو أداها مطلقا جعلها من أيهما شاء . »

et Muh., 354a: « لو كان لرجل على رجلين الف درهم فى صك ثم ان أحدهما كفل عن صاحبه بأمره ثم أدى خمسمائة مما فى الصك فجعلها من حصة المكفول عنه جاز ذلك وان لم يقل ذلك عند الدفع وجعلها بعد ذلك من حصة المكفول عنه فان القول قوله ويرجع بها على المكفول عنه . »

et 353b: « اذا كان لرجل على رجل ثلثمائة درهم كل مائة درهم فى صك صك منها قرض وصك منها كفالة عن آخر فدفع المطلوب مائة درهم الى الطالب وأشهد بها عليه وأشهد انها من صك كذا وكذا فهى من ذلك الصك وان لم يشهد بذلك فقال المطلوب هى من كفالتى عن فلان وقال الطالب هى من كفالتك عن فلان آخر أو قال هى من القرض فان أبا حنيفة قال القول فى ذلك قول الدافع مع يمينه وكذلك قول أبى يوسف ومحمد . »

(304) Kas., VI, 11, l. 15-16: « الكفيل بأداء المال ... نائب عن [المطلوب] فى الأداء الى الطالب . »

Aussi, le recours n'est pas possible si l'engagement a eu lieu à l'insu du coobligé.

(305) Tay., ms. 112: « للوكيل أن يرجع على الموكل سواء نقد أم لم ينقد . »

(306) Has., V, ms. 97, Caut.: « للطالب أن يطالب الأصيل مع مطالبة الكفيل فلو طالبه الكفيل لاجتمعت المطالبتان من شخصين على واحد بالدين الواحد

Le paiement opère d'ailleurs subrogation aux droits du créancier, sauf les sûretés (307).

C. Solidarité complexe.

370. — Il existe dans les compilations de Muh'ammad une forme complexe de solidarité (308). Les codébiteurs ne sont pas tenus chacun pour le tout. Ils sont obligés par groupes: chaque groupe pour le tout. Ainsi, dans un cas, quatre débiteurs sont tenus deux par deux (309), dans un autre, dix débiteurs sont tenus quatre par quatre (310).

وذلك ممتنع ... أما ... فى الوكيل لا يملك البائع مطالبة الموكل لأن الحقوق ترجع الى العاقد لا الى الموكل فلو رجع الوكيل على الموكل قبل الأداء لا يؤدى الى ما قلنا . »

(307) Tay., *ibid.*: « رجوع الكفيل لم يكن بحكم الأداء بل بملك ما فى ذمته . »

Abdin, IV, 377: « لملكه الدين بالأداء فكان كالطالب وكما لو ملكه بهبة أو ارث فيصير كالطالب نفسه فيرجع بنفس الدين . »

Pour les sûretés, V. *supra*.

Il faut remarquer que les auteurs fondent le recours sur trois idées à la fois: le mandat, le prêt et la transmission de créance, en tant que chacune de ces idées explique quelques-uns des effets du recours. V. Kas., VI, 11.

(308) On ne retrouve ces textes que d'après *al-Mabsût'* de Muh'ammad, dans Sarakh., XX, 35; et Radiy, *al-Muh'it'*; puis, en résumé, d'après *al-Muh'it'*, dans Ibn Nugaym, *al-Bah'r*, VI, 242 et as-Sindi, *T'awdli'*.

(309) Muh., 346a: « اذا كان لرجل على أربعة نفر الف درهم ومائتى [كذا] درهم وكل اثنين منهم كفيلا عن اثنين بجميع المال . »

(310) *Ibid.*, 346a: « اذا كان لرجل على عشرة رهط الف درهم وجعل كل أربعة كفلا على أربعة بجميع المال . »

371. — *Rapports entre créancier et codébiteurs.* — Le créancier pourra poursuivre un groupe quelconque à son choix pour la totalité de la dette (311). S'il poursuit un seul débiteur, celui-ci sera tenu — en sus de sa part — d'une part contributive dans le restant, réparti entre les membres du groupe (312).

372. — *Recours entre codébiteurs.* — Le *solvens* recourra pour l'excédent de sa part contre ses codébiteurs contributoirement (313). Cependant, s'il s'adresse à l'un d'en-

---

(311) *Ibid.*: « يأخذ اثنين أيهم شاء بجميع المال . »
et: « ويأخذ كل أربعة بالألف كلها . »

(312) *Ibid.*: « يأخذ أيهم شاء واحدا بسبعمائة وخمسين . »
Sarakh., XX, 35: « وأما اذا أخذ الواحد منهم ففي ربع المال وهو ثلاثمائة هو أصيل فيطالبه بذلك وفي الباقي وهو تسعمائة هو مع واحد من الآخرين كفيل ... [و] اذا التزم الكل بالكفالة مع آخر لم يكن هو مطالبا الا بالنصف وذلك أربعمائة وخمسون فاذا ضممت ذلك الى ثلثمائة يكون سبعمائة وخمسين . »
et Muh., *ibid.*: « وان أراد أخذ واحد أخذه بربع ما بقي من الألف بعد حصته وان أخذ اثنين أخذهما بنصف ما بقي من الألف بعد حصتهم . »

Cependant, RAD'IY AD-DIN, *al-Muh'it'*, rapporte d'après un ouvrage (*al-Mukhtas'ar*), une opinion d'après laquelle le codébiteur sera tenu dans le premier cas de la moitié de la dette. Ainsi, chacun supportera une part dans la somme cautionnée par le groupe, répartie entre les membres du groupe. La première opinion est donnée comme la solution exacte. V. ms. 32 Azhar, Livre du Caut.: « وذكر في المختصر الصواب أن يأخذ أيهم شاء وحده بنصف المال ... وجه ما ذكر في المختصر ان عليه ثلثمائة بحكم الاصالة وثلثمائة بحكم الكفالة عن أحدهم لأن كل اثنين كفيلان عن اثنين بستمائة فيكون كل واحد كفيلا بثلثمائة . »
et plus loin, à propos de la solution de MUH'AMMAD: « وهو الصحيح . »

(313) Muh., *ibid.*: « ان أدا أحدهم نصف المال خصته من ذلك الربع ولا

tre eux, il pourra le contraindre à partager avec lui les parts des autres (314). Des recours multiples s'exerceront ensuite pour aboutir à un partage exact des charges (315).

3o. - NATURE JURIDIQUE ET VALEUR PRATIQUE DE LA SOLIDARITE PASSIVE

373. — La solidarité passive existe comme une notion spéciale. Le point d'irruption aurait été le cas soumis dès avant la fondation de l'école, au juge CHURAYH' (316). La solution donnée semble d'ailleurs l'envisager comme une sorte d'obligation alternative quant à ses sujets (317).

يرجع بها على أصحابه وحصة أصحابه الربع ان شاء رجع على كل واحد منهم بالثلث من الربع وهو مائة درهم . »
et: « فان أخذ واحد [كذا] فأدا ربع الألف فان ماية منها حصته لا يصرفها الى غيره ومائة وخمسين عن أصحابه حصة كل واحد من ذلك التسع ويرجع به عليه . »

(314) *Ibid.*: « ان غاب اثنين [كذا] وابقى الذي أدا الشاهد أحد الثلاثة أخذه بمائتين فاذا أداها كان الغرم عليهم سواء على كل واحد منهما مائة . »
et: « ان لقيه دون أصحابه ويرجع عليه بنصف ما بقي حتى يشاركه في الغرم فيكون عليهما نصفين . »

(315) V. pour le détail des calculs, Muh., 346 a-b et Sarakh.

(316) V. *supra*, note 229.

(317) Muh., 345a: « قال أخبرنا محمد عن أبي يوسف عن أبي عبد الله الجلاب انه باع قوما غنما على أن يأخذ أيهم شاء بحقه فأبا شريحا [كذا] في ذلك فقال اختر أملاهم فخذه حتى يستوفي منه حقك . »
Le texte est reproduit par AS-SARAKHSI, XX, 34, avec des variantes: « وفي الكتاب ذكر عن عبد الله بن الجلاب [كذا] انه باع قوما غنما على أن

Abu-H'anifa décida nettement que cette seule clause emportera faculté de poursuivre chacun des codébiteurs pour le tout (318).

Mais, malgré son apparence spéciale, cette clause n'a jamais, dans l'enseignement même d'Abu-H'anifa, créé autre chose qu'un cautionnement réciproque (319). Le plus souvent, d'ailleurs, le cautionnement réciproque sera expressément stipulé (320).

Ainsi, l'institution est restée parasitaire du cautionnement. Dans sa nature intime, elle n'est qu'un cautionnement réciproque. Ses effets, tant dans les rapports du créancier avec les codébiteurs (321) que dans les rapports de ces derniers entre eux (322), découlent de la théorie du caution-

---

يأخذ أيهم شاء بحقه فأبى شريح [كذا] رحمه الله ذلك [كذا] و [كذا] قال اختر أيهما شئت فخذه حتى تستوفي منه حقك . »

(318) Muh., *ibid.*: « وقال أبو حنيفة اذا اشترط عليهم ان بعضهم كفلاء على بعض بالمال فانه يأخذ أيهم شاء ويرجع على أيهم شاء ويختار أيهم شاء ثم يختار الآخر بعد ذلك وكذلك اذا اشترط انه يأخذ أيهم شاء بحقه . »

(319) Sarakh., XX, 35: « لا فرق في هذا الحكم بين أن يشترط أن يأخذ أيهم شاء بحقه كما ذكر في الحديث وبين أن يشترط ان بعضهم كفيل عن بعض بالمال . »

(320) Khan, commentaire d'*al-Gâmi' as-s'agkir*, ms. 743: « رجلان اشتريا عبدا بالف على أن كل واحد منهما كفيل عن صاحبه كان للبائع أن يأخذ أيهما شاء بجميع الألف النصف بحكم الاصالة والنصف بحكم الكفالة . »

(321) Simaw., I, 50-51: « باع منهما الف على ان كل واحد منهما كفيل عن صاحبه ... الحكم على كفيله حكم عليه والحكم على المكفول عنه ليس بحكم على الكفيل . »

(322) Sarakh., XX, 34: « للمؤدي أن يرجع ... لأن كل واحد منهم

nement.

374. — Chaque co-obligé est donc tenu pour une part en tant que débiteur, pour une autre en tant que caution. Le créancier reçoit la totalité de la dette de l'un, mais en vertu de deux titres différents (323).

En vertu de cette conception, les faits juridiques qui affecteront, pour l'un, sa part en tant que débiteur, se répercuteront sur les parts des autres pris comme cautions.

Par contre, ces faits n'auront point de conséquence quant aux autres, s'ils affectent la part de l'un en tant que caution.

Ainsi en est-il de la remise de dette (324), du bé-

أصيل في ثلث المال والمؤدي قد كفل عن كل واحد منهما في ذلك الثلث بأمره . »
« وان شاء رجع على أحدهما بالنصف أما الثلث فلأنه كفل عنه وأدى وأما السدس فلأن المؤدي مع الذي لقيه كفيلان عن الثالث بما عليه وهو الثلث فينبغي أن يكون غرم هذه الكفالة عليهما على السواء . »

(323) Tandis qu'en droit moderne, « chacun [des codébiteurs solidaires] est, au regard du créancier, débiteur principal pour le tout ». Baudry-Lacantinerie et Barde, II, 346, n° 1231. V. aussi Demolombe, XXVI, 175, n° 209: « il faut se garder de décomposer l'obligation de chacun des débiteurs solidaires en une obligation principale et une obligation accessoire de cautionnement. Cette espèce d'analyse pourrait sans doute paraître ingénieuse... Eh bien non, cela n'est pas vrai... l'obligation solidaire... est au contraire une obligation unique dans laquelle il faut que chacun des débiteurs soit obligé à la prestation de la chose, aussi totalement que s'il eût seul contracté l'obligation ».

Comp., cependant, art. 108/162-163 Code Civil Egyptien: « Les débiteurs sont... réputés cautions réciproques les uns des autres et mandataires réciproques pour payer, et on applique les règles du contrat de cautionnement et de mandat ».

(324) En droit moderne, « la remise ou décharge conventionnel-

néfice du terme (325).

---

le au profit de l'un des codébiteurs solidaires, libère tous les autres, à moins que le créancier n'ait expressément réservé ses droits contre ces derniers. Dans ce dernier cas, il ne peut plus répéter la dette que déduction faite de la part de celui auquel il a fait la remise ». Art. 1285 C.C.F.

En droit musulman, il n'a pas besoin de faire cette réserve expresse. V. *supra*. Mais cette disposition de l'art. 1285 est critiquée. « Il n'y a pas de raison pour que la remise profite aux autres codébiteurs ». BAUDRY-LACANTINERIE, 393, n° 1280. C'est pourquoi les codes égyptiens ont corrigé: « Il [le codébiteur solidaire] ne peut opposer la remise de la dette que pour la part de celui à qui la remise a été faite, à moins que la remise ne soit absolue, ce qui ne se présume pas ». Art. 114/170. Ainsi les deux solutions se sont rencontrées. Cependant, si l'on refuse à la remise un effet total dans les systèmes modernes, c'est en vertu du principe que les conventions n'ont d'effet qu'entre les parties. V. BAUDRY. Tandis qu'en droit musulman, c'est en vertu du principe que la remise de l'obligation accessoire n'éteint pas l'obligation principale.

(325) Il profite en droit musulman aux autres codébiteurs pour la part de celui à qui il a été accordé. V. *supra*. Il n'en est pas ainsi en droit moderne. V. DEMOLOMBE, XXVI, 179, n° 217. Par exception, cependant, la déchéance du terme n'a pas d'effet à l'égard des autres codébiteurs, même si elle affecte la part de l'un en tant que débiteur. V. *supra*. En droit moderne, elle ne peut affecter parce que chacun est tenu pour le tout en sa qualité de débiteur. Il n'a donc rien à subir en qualité d'obligé accessoire. Arg. art. 120:/109/165.

En somme, c'est le caractère accessoire d'une partie de l'obligation du codébiteur solidaire qui peut produire des différences entre les systèmes modernes et le droit musulman. V. JOSSERAND, *Cours de droit civil positif français*, II, 414, n° 761: « Il est bien vrai qu'à aller au fond des choses, les codébiteurs solidaires jouent, dans la réalité, le rôle de cautions... chacun joue, vis à vis des autres, le rôle de caution dans la mesure qui excède sa part d'intérêt... Mais ce point de contact signalé, les différences abondent entre les deux variétés (solidarité et cautionnement) de sûretés personnelles; *elles découlent essentiellement de cette idée que la caution n'est qu'un débiteur de second plan* ...tandis que les codébiteurs solidaires sont tous des débiteurs principaux de première ligne ». Il faut cependant remarquer que l'une des conséquences essentielles en droit moderne, se trouve être le bénéfice de discussion que le droit musulman ignore.

Cependant, le paiement et les modes d'extinction qui lui sont assimilés, affecteront l'obligation *erga omnes*, parce qu'ils l'atteignent dans son essence, *in rem* (326). L'objet de l'obligation, en effet, est un (327). La satisfaction est obtenue, soit que la caution ou le débiteur principal ait payé.

---

(326) V. *supra*. En droit moderne, la solution est identique. V. art. 1200 C.C.F.: « le paiement fait par un seul libère les autres envers le créancier ». Et pour la dation en paiement, Demol., 327, n° 391: « L'effet extinctif de cette opération est aussi absolu que celui du paiement dont elle tient lieu ».

Si la confusion est assimilée au paiement en droit musulman, le résultat pratique est néanmoins identique à celui que donnent les législations modernes. En effet, le codébiteur en qui s'est opérée la confusion, a recours, en fait, contre les autres, pour l'excédent de sa part. V. *supra*. De même en droit moderne, « la confusion n'éteint la créance que pour la part et portion du débiteur ou du créancier ». Art. 113/169/1209.

Le transport de dette, comme la novation en droit moderne, éteint la dette à l'égard de tous. V. *supra* et art. 1281 C.C.F.

(327) Mais il est à la charge de plusieurs personnes. En droit moderne, on a expliqué ce phénomène par une double idée: pluralité de liens et unité de dette. V. COLIN et CAPITANT. En droit musulman, les auteurs ont eu aussi recours à la distinction entre la dette (*Dayn*) et l'obligation (*Mut'âlaba*). Le coobligé en tant que caution n'est pas tenu de la dette même, mais d'un simple lien. V. Kas., VI, 10, l. 14-15: « يطالب الكفيل بدين واجب على الأصيل لا عليه فالدين واحد والمطالب به اثنان ».

Par lien, l'on entend surtout l'action sans le droit. Ainsi, les « droits du contrat » conférés au mandataire sont autant de liens ou *Mut'âlaba*, puisque le titulaire du droit c'est le mandant. V. BURHAN

375. — Les rapports des codébiteurs entre eux s'expliquent aussi par cette conception. Le *solvens* ne peut en

---

AD-DIN, *al-Muh'it'*, II, 7 : « المطالبة قد تنفصل عن وجوب الدين الا ترى أن الوكيل بالشرى يطالب بأصل الثمن وأصل الثمن على الموكل حتى لو ابرأ البائع الموكل عن الثمن جاز وتسقط المطالبة عن الوكيل . »

Cette distinction semble prévaloir en doctrine. V. Abdin, IV, 377 : « ليس الدين على الكفيل على المختار . »

Cependant, elle a été combattue. Elle serait une impossibilité. V. Kifaya, VI, 338 : « المطالبة بالدين ولا دين محال . »

Car l'*obligatio* ou lien suppose nécessairement une dette. On a répondu que le lien suppose nécessairement une dette pour exister, mais qu'il peut en être séparé. V. BURHAN AD-DIN, *ibid.* : « المطالبة وجودا لا تتصور الا بعد وجود أصل الدين فاما استحقاقا فتقبل الفصل عنه . »

En droit romain, « le *fideiussor*... comme l'« ἔγγυος » grec, promet *d'être responsable pour le fait du débiteur*. Le mot « *fides* » signifie « *Bindung* », « *Haftung* ». Ce n'est que dans un temps post-classique (D. 46.1.65, Hermog.) que le *fideiussor* paraît comme promettant *son propre fait*. [Tandis que] le *sponsor* promet son propre fait. La seule connexion avec la stipulation principale c'est l'identité d'objet ». BUCKLAND, *Les limites de l'obligation du fideiussor*, dans Rev. Hist., 1933, 116-119.

En Allemagne, cette distinction a été développée par GIERKE. « Il a réussi à faire admettre par ses compatriotes qu'il fallait détacher du rapport obligatoire tout ce qui concerne les éventualités de poursuite et de saisie. D'où deux éléments : (1°) la *Schuld*, la dette, le devoir juridique, (2°) la *Haftung*, la responsabilité. Ainsi, il n'y a pas de rapport obligatoire entre celui qui cautionne et le créancier, tandis qu'il y a *Haftung* ». LEVY-ULLMANN, Cours de doctorat à la Faculté de Paris (1925-1926).

Le codébiteur solidaire serait donc, en droit musulman, si l'on adopte cette distinction, tenu pour une part d'une *Schuld* et pour une autre d'une *Haftung*. Le paiement de la totalité de la somme le libérera et de la *Schuld* et de la *Haftung*. Son codébiteur sera aussi par le fait même libéré, car l'objet par lui dû a été reçu du créancier. En droit moderne, le codébiteur solidaire sera par le fait du paiement

effet exercer de recours que si la somme payée est supérieure à sa part. C'est que pour l'excédent seulement il est caution, en deçà il est débiteur principal (328).

---

libéré du lien que l'on peut comparer à la *Schuld*. Son codébiteur est aussi libéré, parce que le créancier a reçu satisfaction de sa créance. Rappr. ce que déjà DUMOULIN distinguait sous les termes « *vinculum* » et « *commodum* ». V. PLANIOL et RIPERT, VII, 412, n° 1104.

(328) En droit moderne, il peut exercer un recours proportionnel si le paiement est partiel. DEMOLOMBE, n° 444 : « sans distinguer si la somme qu'il a payée est supérieure ou inférieure à la part et portion qu'il devra supporter définitivement dans la dette ». Cette solution doit découler du fait que chacun étant tenu pour le tout en qualité de débiteur principal, son paiement s'impute nécessairement sur le tout. Cependant, les codébiteurs sont réputés, même en droit moderne, cautions les uns des autres dans leurs rapports entre eux. V. BAUDRY, *ibid.*, 346, n° 1231. Cette solution a d'ailleurs été attaquée en France par RODIÈRE. V. Demol., XXVI, 386, n° 446, citant RODIÈRE : « s'il a payé une somme supérieure à sa part, il peut répéter tout ce qui excède cette même part... »

C'est pourquoi, en droit musulman, dans des cas où pour des raisons spéciales deux personnes se trouvent être tenues chacune pour le tout, elles auront recours l'une contre l'autre en cas de paiement partiel si elles se sont cautionnées réciproquement. Ainsi, deux affranchis contractuels ne pourront acquérir leur liberté définitive que s'ils paient la totalité de la somme convenue. L'un d'eux ne pourra être libre en payant sa seule part, il est donc tenu pour le tout. S'il paie une partie, il exercera un recours proportionnel. V. AL-KARABISI, *al-Furûq*, Mandat, 24e : « فى الكتابة الجهة جهة واحدة لأن جميع المال مضمون على كل واحد بالكتابة اذ لو لم يجعل كذلك لكان بعضهم أصلا وبعضهم كفالة والكفالة بمال الكتابة لا تجوز فما أدى أحدهما وقع عن نفسه وصاحبه . »

Sarakh., XX, 39-40 : « ما رضى بعتق واحد منهما الا بعد وصول جميع المال اليه فنى جعله عن نفسه بغير شرط مذكور فى العقد قضا وذلك لا يجوز . »

QED'I-KHAN, commentaire d'*al-Gâmi' as'-s'aghir* : « فيطالب كل منهما بجميع المال بحكم الاصالة لا بحكم الكفالة . »

376. — La solidarité entre les codébiteurs implique représentation réciproque dans une mesure (329).

Cette représentation est fondée aussi sur l'idée de cautionnement. En effet, tout cautionnement implique par lui-même mandat (330). Et ce mandat permet à la caution d'administrer la preuve du paiement effectué par le débiteur principal (331). Mais elle ne peut établir que la cause de l'obligation principale est illicite (332).

Abdin, IV, 338: « يجعل كل واحد فى حق المولى كأن المال كله عليه . »

De même, en cas de cautionnement plural par actes séparés. Chacune des cautions est tenue pour le tout. Si l'une paie, elle pourra recourir contre l'autre caution si elles se sont cautionnées mutuellement. Le recours pourra s'exercer même en cas de paiement partiel. V. Muh., 345b: « أخذ أحدهما بالنصف . »

Qud., 65: « ما ادى أحدهما يرجع بنصفه على شريكه قليلا كان أو كثيرا . »

AL-KARABISI, *ibid.*: « فى الكفالة الجهة جهة واحدة وليس بعضها أصل وبعضها كفالة . »

(329) V. *supra*.

(330) V. *supra*.

(331) C'est qu'en principe le droit d'une personne ne peut être établi que si elle est présente à l'instance, elle-même ou son représentant. V. Sarakh., XX, 85: « البينة للغائب أو على الغائب لا تقبل اذا لم يكن عنه خصم حاضر . »

Simaw., I, 59: « فبرهن عليه الكفيل ان المديون اداه تقبل وينتصب الكفيل خصما عن المديون اذ لا يمكنه دفع الدائن الا بهذا . »

AT'-T'ARABULSI, *Mu'in al-h'ukkâm*, 60: « لو طالب الدائن كفيله بدينه فبرهن الكفيل على اداء الدين الغائب يقبل وينتصب الكفيل خصما عن المدين اذ لا يمكن دفع الدائن الا بهذا . »

(332) Sarakh., XX, 85: « باب ادعاء الكفيل ان المال من ثمن خمر

Par contre, le débiteur principal ne représente point la caution dans l'instance (333). Aussi la représentation sera-t-elle limitée en cas de solidarité.

377. — Telle qu'elle se présente, la solidarité passive constitue une sûreté précieuse pour le créancier. Cet intérêt pratique a été relevé par AS-SARAKHSI (334).

Construite sur le cautionnement, elle aboutit cependant à créer une situation presque identique à celle que les

---

أو ربا . »

et Khan, III, 68-69, parle aussi de dette de jeu: « دين قمار ... أو ما أشبه ذلك . » « لا يقبل قوله ... لا تقبل بينته ... لو أراد أن يحلف الطالب لا يلتفت اليه . »

Cependant Simaw., après avoir rapporté la solution d'après BURHAN AD-DIN, *al-Muh'it'*, se déclare pour la nécessité d'admettre la caution à apporter la preuve dans ce cas, à l'instar du cas du paiemeat. V. I, 45: « أقول ينبغى أن تقبل بينة الكفيل ... فكذا نقول هنا . »

La solution est pourtant catégorique dans les ouvrages classiques, même en cas de cautionnement réciproque. V. Sarakh., XX, 85-86: « وكذلك ان كان كل واحد منهما ضامنا عن صاحبه لأن أصل المال على غير هذا الكفيل فهو لا يكون خصما فيما على غيره . »

(333) Simaw., I, 50-51: « الحكم على المكفول عنه ليس بحكم على الكفيل ... له عليه ألف فكفل بأمره فبرهن على الأصيل أن لى عليك كذا وفلان كفل به بأمرك يقضى على الأصيل ولا يكون هذا قضاء على الكفيل فلو لقى الكفيل ليس له أن يأخذ منه شيئا قبل أن يعيد البينة . »

et: « الأصيل لا ينتصب خصما عن الكفيل . »

(334) Sarakh., XX, 34: « انما أوردنا هذا [الحديث] لنبين أنه يجوز أن يكون المال عليهم ويكون بعضهم كفيلا عن بعض بما على كل واحد منهم لما فى هذا من زيادة التوثق لحق صاحب الحق فان بدون هذه الكفالة لم يكن له أن يطالب كل واحد منهم الا بما عليه وهو الثلث وبعد هذه الكفالة له أن يطالب أيهم شاء بجميع المال . »

législations modernes réglementent sous le nom de solidarité (335).

(335) On a vu que les différences d'ordre pratique étaient minimes. La caution, en effet, ne jouit pas en droit musulman des bénéfices dont sont privés en droit moderne les seuls codébiteurs solidaires. C'est pourquoi la solidarité constitue en droit moderne une sûreté plus énergique que le cautionnement. V. JOSSERAND, II, 414, n° 761: « La solidarité entre débiteurs offre donc au créancier plus de sécurité que le cautionnement ».

La solidarité est même « née, à Rome, des adoucissements apportés à la situation des cautions ». V. JOSSERAND, *ibid.* C'est ainsi aussi que HAURIOU déclare que « les créanciers de Rome avides de sûretés plus que tous autres créanciers ne durent pas tarder longtemps à découvrir et à imposer aux débiteurs besogneux cette forme perfectionnée du cautionnement ». Nlle. Rev. Hist., p. 227.

On comprend dès lors que le besoin ne s'en soit pas fait sentir en droit musulman. Ainsi en était-il à Rome: « à l'époque très reculée où le cautionnement ne se donnait que sous forme d'*adpromissio*, de *stipulatio* et où les cautions n'avaient pas reçu les droits et les faveurs dont elles furent plus tard gratifiées, il n'y avait pas de différence bien considérable entre le cautionnement et la solidarité... Mais à mesure *que la nature accessoire de l'obligation* de la caution s'est plus nettement accusée et que la *condition des cautions s'est adoucie*, la supériorité de la solidarité sur le cautionnement s'est accentuée... ». GERARDIN, Nlle. Rev. Hist., p. 239-240.

Il reste cependant que l'engagement du codébiteur en droit musulman a, pour partie, un caractère accessoire et, pour autant, constitue un adoucissement au sort de la caution. La solidarité du droit moderne serait, dans cette mesure, plus énergique, car si « le capitaliste se défie et exige une garantie..., *au lieu de faire engager tous ses emprunteurs comme cautions les uns des autres pour ce qui excède leur intérêt dans l'affaire*, il leur impose la nécessité de s'obliger en qualité de débiteurs principaux, comme si chacun d'eux avait reçu la totalité de la somme et avait seul intérêt à l'opération. Ils sont des débiteurs solidaires: l'obligation de chacun est à peu près aussi étendue et complète que s'il avait contracté seul ». GÉRARDIN, *ibid.*, p. 239.

On peut néanmoins relever, en dernier lieu, que la tendance en

378. — *Droit pratique.* — Le cautionnement réciproque est donné comme le moyen d'empêcher la libération du débiteur principal, libération considérée par une certaine doctrine comme conséquence inévitable de l'engagement de la caution (336).

De même, la libération du débiteur primitif peut être évitée en matière de transport de dette si l'on stipule le cautionnement réciproque entre le débiteur primitif et le nouveau débiteur (337).

Il existe, par ailleurs, un moyen pratique d'exercer le recours même si le cautionnement a été stipulé à l'insu du débiteur. La caution se fait consentir une donation de dette fictive avant de payer. Si elle obtient, en même temps, mandat de recevoir, elle pourra recourir contre le débiteur en sa qualité de mandataire du créancier (338).

législation va en ce moment vers un adoucissement du lien solidaire. Ainsi en Allemagne, en Suisse, « il semble que, d'une façon générale, il tende, en législation, à se relâcher ». JOSSERAND, II, 414, n° 761.

(336) MUH'AMMAD, *al-Makhârig*, édit. SCHACHT, 32: « قال أبو حنيفة اذا كان لرجل على رجل دين فضمنه له رجل أو كفل له به فللطالب أن يأخذ أيهما شاء بجميع المال وقال بعض الفقهاء الكفالة والضمان بمنزلة الحوالة ليس للطالب على صاحب الأصل سبيل بعد رضى الطالب بضمان الضمين وكفالة الكفيل الا أن يكون الطالب اشترط فى أصل الكفالة والضمان أن كل واحد منهما كفيل ضامن عن صاحبه فان اشترط ذلك فهو جائز فى قول كل احد . »

et Khas., 113.

(337) MUH'AMMAD, *ibid.*, 77: « قلت ارأيت الرجل يكون له المال على رجل فاراد المطلوب أن يحيل الطالب على رجل وقال الطالب أنا أخاف أن يتوى ان أحلتنى به على هذا الرجل وانت عندى اوثق منه كيف الحيلة فى ذلك قال ... يضمن غريم المطلوب ما على المطلوب للطالب ويجعل كل واحد منهما ضامنا لجميع المال يأخذ أيهما شاء بذلك . »

(338) Hask., IV, 377: « وحيلة رجوعه بلا أمر ان يهبه الطالب الدين

379. — *Applications.* — Dans les recueils de *responsa*, l'institution repose toujours sur l'idée de cautionnement réciproque (339). Désormais cependant un seul terme remplace l'expression première (340).

Mais il ne suffit pas pourtant que les codébiteurs se soient engagés conjointement (341).

ويوكله بقبضه . ولوالجية . »

(339) Ainsi, l'on distingue toujours entre la part due par le codébiteur en tant que caution et la part due par lui en tant que débiteur. V. AL-H'ANUTI, jurisconsulte égyptien (1010), *al-Fatâwâ al-h'ânûtiyya*, ms. 294 B.E., f. 31a: « ما يحل عليه بالاصالة وهو النصف . »

(340) AL-H'ANUTI, *ibid.*, f. 31a: « وهما متضامنان . »
et f. 372a: « استأجرا مكانا بأجرة معلومة وتضامنا وتكافلا بالأجرة . »
AS'AD AL-MADANI, *al-Fatâwâ al-as'adiyya* (1116), II, 71: « سؤال فى رجلين اشتركا فى مال استدانا من آخر متضامنين متكافلين . »
et II, 74: « فى رجل وامرأة كتبا على أنفسهما وصل دين لرجل واعترفا بأنهما متضامنان متكافلان . »
et p. 240: « فى رجل ادان امرأتين دينا وكلتاهما متضامنتان فيما ادانهما . »
Cependant, AT'-T'ARABULSI (*circ.* 1320), *al-Fatâwâ al-kâmiliyya*, 102: « سئلت عن رجلين اشتريا سلعة على أن كلا منهما كفيل عن صاحبه . »

(341) 'ABDALLAH AS'AD, *'Uddat arbâb al-fatwâ*, 266: « سئل فى رجلين استقرضا مالا من شخص قدرا معلوما وكتبا له صكا وكتبا فى الصك اقرار الرجلين بأن عليهما وفى ذمتهما الشخص قدرا معلوما وأشهدا عليهما بذلك فهل اذا طلب الشخص ماله من أحدهما يسوغ له أخذه شرعا بهذه الألفاظ المذكورة أم كيف الحكم أجاب اقرار الرجلين باللفظ المذكور والقدر المعلوم من الفاظ الكفالة . كما فى الدر المختار . »
Mais c'est une erreur qui a été relevée: « قوله كما فى الدر المختار الذى فيه وتنعقد بضمنته أو علي أو الي انتهى يعنى ان علي من الفاظ الكفالة فلو قال ما على هذا الرجل فهو علي كان كفيلا بالمال أفاده فى رد المختار فاقرار الرجلين كما فى السؤال لا تثبت به الكفالة فلا يطالب كل منهما الا بنصف المال نعم لو قال كل منهما ما على صاحبي فهو علي

Les effets de la solidarité sont tous maintenus, tant dans les rapports du créancier avec les codébiteurs que dans les rapports des codébiteurs entre eux. Ainsi, chacun des codébiteurs est tenu de payer le tout (342), et le *solvens* ne peut exercer de recours que s'il a payé une somme supérieure à sa part (343).

Le décès de l'un des codébiteurs n'entraîne pas déchéance du bénéfice du terme pour les autres (344).

يكونان كفيلين وبطالب رب المال كل واحد منهما بجميع ماله فافهم انتهى مصححه . »

(342) AL-H'ANUTI, 372a: « ان اختار رب الدين تضمين أحد المتأجرين فله تضمين كل منهما بجميع المال . »
AS'AD AL-MADANI, II, 71: « اذا قامت البينة على التضامن والتكافل ... فلرب المال أن يطالب كلا منهما بجميع المال فاذا أعطى أحدهما النصف لا يبرأ . »
Ils peuvent même être emprisonnés tous à la fois pour la dette solidaire qui n'est pas payée: 'ABDALLAH AS'AD, *'Uddat*, 266: « سئل فى رجلين متضامنين متكافلين فى دين لرجل فهل لرب الدين حبسهما معا فى دينه أم ليس له الا حبس أحدهما أجاب لرب الدين حبسهما حيث امتنعا من اعطاء دينه ... »
comme d'ailleurs la caution et le débiteur principal peuvent être emprisonnés à la fois pour la même dette: AT'-T'ARABULSI, 105: « سئلت هل للمكفول له وهو رب الدين حبس الأصيل والكفيل معا فالجواب نعم فقد نقل المحقق ابن عابدين عن الخير الرملى ما نصه المكفول له يتمكن من حبس الكفيل والأصيل وكفيل الكفيل وان كثروا . »

(343) AL-H'ANUTI, 372a-372b: « يرجع بما زاد على النصف على شريكه لوجود الاذن . »
AS'AD AL-MADANI, II, 71: « من أعطى أكثر مما عليه فله حينئذ أن يطالب الآخر بما زاد على حصته . »

(344) Cette solution n'apparaît cependant pas nettement. Ainsi, dans un cas, le survivant est considéré comme tenu de toute la dette. Est-ce à dire que le décédé est libéré? 'ABDALLAH AS'AD, *'Uddat*, 266:

Un cas, en matière de cautionnement, pose la question de l'effet extinctif de la novation de la dette principale, sur l'obligation de la caution (345).

« سئل فى رجلين تدايا دينا من رجل وكتبا على أنفسهما تمسكا وأشهدا على أنفسهما متضامنين متكافلين ضمان غرم وأداء فمات أحدهما قبل يضمن المال الآخر ويكون هو المطالب به أم لا يلزمه شيء ويكون الدين بذمة المتوفى أجاب يضمن المال الآخر ويكون هو المطالب به . »

Il est hors de doute d'ailleurs que la caution n'est pas libérée si elle décède. AL-'ABBASI AL-MAHDI, *al-Fatâwâ al-mahdiyya*, III, 198: « لا تبطل الكفالة بموت الكفيل فلرب الدين أخذ دينه من التركة ان كانت له تركة . ذى القعدة ٢٦ سنة ١٢٦٤ . »

Dans un autre cas, AL-H'ANUTI fait sûrement erreur, lorsqu'il considère que la dette du codébiteur décédé ne sera échue que pour une part, la part par lui due en tant que débiteur. Il est admis, on l'a vu, que le décès de la caution entraîne déchéance du terme, malgré que la dette du débiteur soit restée à terme. V. Muh., 344b: « ان مات الكفيل فهى عليه حالة يؤخذ من ماله ولا ترجع ورثته على الذى عليه الأصل حتى يحل الأجل . » et V. AL-H'ANUTI, 31a: « سئل عن رجلين اشتركا فى صنف من البهار بقدر معلوم ونقد بعض الثمن وجعلا الباقي الى أجل معلوم وهما متضامنين [كذا] ثم مات أحدهما قبل انقضاء الأجل فهل يحل على الميت من الدين المؤجل ... أجاب يحل ما عليه بالاصالة وهو النصف فيؤخذ من تركته حالا كما صححه فى البحر فى قوله وعكسه عن التاترخانية أما اذا أراد مطالبة الكفيل دون ورثة الأصيل ينتظر حتى يحل الأجل كما فى الحدادى فى نسخة الكنز . »

(345) Il est nettement établi que l'extinction de la dette principale, ayant entraîné extinction de l'obligation de la caution, s'il survient un nouvel engagement, la caution ne sera plus tenue. IBN-'ABIDIN, *al-'Uqûd*, I, 288: « عقد الضمان انفسخ بمضى العقد الأول ولا يكون الرجل المذكور ضامنا للمبلغ الحاصل بالعقد الجديد . »

Le cas a prêté à discussion, seulement pour savoir si le remplacement d'un titre (*instrumentum*) par un autre équivaut ou non à la novation. Et V. plus loin, un autre cas: « الجواب حيث فسخا عقد المداينة الأولى لا يكون كفيلا بما عقداه ثانيا بدون كفالة وتقلها ... عن الذخيرة . »

Les autres effets déduits de la théorie du cautionnement sont aussi maintenus. Ainsi, le bénéfice de discussion est toujours répudié (346), la libération du débiteur principal n'est guère admise (347) et la caution ne peut pas opposer au créancier poursuivant la cause illicite de l'obligation du débiteur principal (348).

380. — Les formulaires contiennent la formule de solidarité construite sur le cautionnement réciproque (349).

De même, pour le transport de dette: « سئل فيما اذا كان لزيد بذمة عمرو مبلغ دين معلوم من الدراهم وكفله بذلك بكر فأحال عمرو زيدا بالمبلغ المذكور على خالد حوالة شرعية مقبولة من الجميع فهل يبرأ الكفيل الجواب نعم قال فى البحر وفى قوله برىء الجميل اشارة الى براءة كفيله فاذا أحال الأصيل الطالب برئا . كذا فى المحيط . »

(346) AL-MAHDI, III, 219: « ان صحت الكفالة يكون لرب الدين مطالبة الكفيل بدينه لا فرق بين عجز الأصيل عن الأداء وقدرته حيث لا مانع . »

(347) AL-H'ANUTI, 373b: « لا يبرأ الأصيل بل يكون رب الدين مخيرا بين أن يطالب الأصيل أو الكفيل . »
et IBN-'ABIDIN, *al-'Uqûd*, I, 289: « مفهوم الكفالة ... يقتضى قيام الذمة الأولى لا البراءة منها . »
et la remise consentie à la caution ne libère point le débiteur principal. *Ibid.*, I, 290: « وبراءته لا توجب براءة الأصيل . »

(348) AT'-T'ARABULSI, 101-102: « سئلت فى الكفيل اذا أدى المال وأراد الرجوع والطالب غائب فقال المكفول عنه كان هذا المال من ربا أو من قمار أو كان ثمن دم أو ميتة وأراد اقامة البينة بذلك على الكفيل هل تقبل بينته ويقضى له فالجواب لا تقبل بينته ويؤمر بأداء المال الى الكفيل ويقال له اطلب خصمك وخاصمه . أنظر الخانية . »

(349) IBN AFLAT'UN, *as'-S'uhûk ach-char'iyya*, f. 22b-23a, donne une formule complète: « صورة تكتب فى المتكافلين هذه حجة صحيحة شرعية

Les effets du cautionnement sont, par ailleurs, explicités dans les formules du contrat de cautionnement, afin de permettre la poursuite simultanée et successive contre chacun pour le total (350). Les coobligés s'y déclarent aussi mandataires l'un de l'autre, dans l'instance dirigée contre l'un d'eux (351).

يعرب مضمونها عن ذكر ما تكفل فلان بن فلان وفلان بن فلان كل واحد منهما عن صاحبه بالدين الثابت عليهما لحامل هـذا الكتاب فلان بن فلان وهو مبلغ كذا درهما كفالة صحيحة شرعية على ان المذكور أن يطالب من ظفر به منهما فى استيفاء تمام ذلك المبلغ المذكور عنه نصفه أصالة ونصفه كفالة . حرر ذلك وصدر فى أواسط من شهر ذى الحجة ... »

Comp. GIRARD, 742, n° 1. A Rome « on semble s'être servi dans la pratique récente d'une clause dont M. MITTEIS, *Reichsrecht und Volksrecht*, pp. 183-184, a relevé la présence dans des titres de langue latine et de langue grecque, à laquelle PAPINIEN, *D.,h.t.*, 11, *pr.*, fait déjà allusion, et où plusieurs débiteurs corréaux se portaient cautions les uns des autres en disant: « *spondemus alterutrum invicem nos obligantes atque fide dicentes* ».

Mais cela ne veut pas dire que les effets de la solidarité sont les effets du cautionnement réciproque, à Rome. V. SAVIGNY, I, 295, parag. 25.

(350) Tab. ad., p. 16: « على ان لفلان بن فلان يعنى الطالب أن يأخذ فلان بن فلان يعنى المطلوب وفلان بن فلان يعنى الضامن وكل واحد منهما بهذه الكذا كذا الدينار المسماة فى هذا الكتاب عند وجوب أخذه بها ان شاء أخذهما جميعا وان شاء أخذهما به شتى كيف شاء وكما شاء ولا يبرئهما ولا واحدا منهما أخذه بذلك كله أو بشىء منه أحدهما دون صاحبه المسمى معه فى هذا الكتاب حتى يستوفى جميع هذه الكذا كذا الدينار المسماة فى هذا الكتاب . »

Cette formule se trouve déjà dans les compilations de MUH'AMMAD. V. Muh., f. 366a.

(351) Tab. ad., *ibid.*: « وكل واحد من فلان بن فلان ومن فلان بن فلان يعنى المطلوب والضمين ... وكيل لصاحبه ... فيما يدعى فلان بن فلان يعنى الطالب

381. — Un arrêt (352) du Haut Divan du Caire, en date du 6 Cha'bân 1177 de l'Hégire, fait état, en matière de cautionnement, du droit d'élection du créancier entre la caution et le débiteur principal (353).

Il ressort également de cet arrêt que le recours ne peut s'exercer si le cautionnement a été stipulé à l'insu du débiteur (354).

382. — *Textes.* — Les cas de solidarité conventionnelle entre codébiteurs ou entre cautions se trouvent dans les compilations de MUH'AMMAD, au livre du cautionnement. Dans *al-Mabsût'*, ils sont donnés dans un chapitre consacré à la pluralité de cautions. Dans *al-Gâmi' as'-s'aghîr*, dans une section qui réunit tous les cas de solidarité.

Depuis, l'emplacement des textes s'est conservé. ABU-BAKR AS-SARAKHSI, qui suit fidèlement les traces d'*al-Mabsût'*, les rapporte dans un chapitre intitulé: du cautionnement réciproque de plusieurs personnes. RAD'II AD-DIN AS-SARAKHSI, dans un chapitre intitulé: le cautionnement de

---

قبل صاحبه المسمى معه فى هذا الكتاب فى ذلك من حق قليل وكثير . »

(352) V. Archives de la *Mah'kama Char'iyya* du Caire, *Sigill* (Registre) du *Diwân 'Ali*, n° 2, p. 7, *sub* n° 10: « بالديوان العالى بمصر المحروسة لدى سيدنا مولانا شيخ الاسلام بحضرة كل من سيدنا ومولانا الوزير المعظم والمشير الفخم الدستور المكرم الوزير كتخدا محمد باشا ... محافظ مصر المحروسة حالا بين يدى سيدنا ومولانا شيخ الاسلام ... ادعى ... »

(353) *Ibid.*: « ان رب الدين مخير ان شاء طلب دينه من الأصيل وان شاء طلبه من الكفيل . »

(354) *Ibid.*: « واللازم على الحاج على الخياط المرقوم دفع المبلغ المرقوم للحاج على حسن الضامن المرقوم لكونه أذنه فى الضمان . »

deux personnes.

Le chapitre a conservé ce titre chez les commentateurs et glossateurs, qu'ils appartiennent au groupe *al-Hidâya*, au groupe *al-Kanz* ou au groupe *at-Tqnwîr*. Ces ouvrages suivent plutôt *al-Gâmi' as'-s'aghîr*. Qad'i-Khan a interverti l'ordre des cas: celui des codébiteurs précède chez lui celui des cautions. Il a été imité.

La *théorie* est déjà développée dans as-Sarakhsi. al-Kasani pose la distinction entre le cas de cautionnement plural par actes séparés et celui du cautionnement de plusieurs personnes dans un seul et même acte. Cette distinction fondamentale n'existe pas dans les compilations de Muh'ammad. Elle a été depuis généralement admise. Ibn al-Humam a donné des vues originales sur la question de la contribution, ainsi qu'on l'a vu.

Les cas de solidarité légale se trouvent naturellement au livre de la société, tant dans les compilations de Muh'ammad que dans les ouvrages postérieurs.

Les cas de solidarité complexe sont rarement rapportés (355).

---

(355) *Ouvrages européens.* — La littérature européenne du droit musulman ne s'est guère occupée de la solidarité. Van Den Berg, dans *Principes*, p. 72, fait erreur lorsqu'il considère comme obligation solidaire: « l'exigibilité du prix du sang lorsque plusieurs personnes ont tué ou blessé une autre ». L'obligation est ici divise, comme on l'a vu. V. *supra*, note 223.

Charloo (p. 52) et Macnaghten (p. 232) rapportent les cas de solidarité légale entre associés. Ce dernier ajoute qu'en général l'obligation se divise sauf: « unless there was an express stipulation that each should be liable for the whole amount ». Et c'est tout.

La traduction d'al-H'alabi (956), *Multaqâ al-abh'ur* avec son commentaire intitulé *Magma' al-anhur*, par Sauvaire, contient les passages importants concernant la solidarité. V. pp. 107-109.

APPENDICE I

TERMINOLOGIE

Dans Muh'ammad, c'est une périphrase qui sert à désigner la solidarité. Le créancier est dit pouvoir poursuivre l'un quelconque des débiteurs: « يأخذ أيهم شاء . » « أيتا شئت أخذت بها . »

Le plus souvent, les codébiteurs sont déclarés cautions les uns des autres: « بعضهم كفلا عن بعض . »

La préposition « عن » est parfois remplacée par la préposition « على ». On lit dans Muh'ammad que ces deux prépositions peuvent être employées dans ces cas: « فان حرف على فى هذه المسائل بمعنى عن . »

On rencontre aussi les expressions: « كل واحد منا كفيل ضامن . » ou: « بعضهم كفيل عن بعض ضامنون . »

Dans Ibn al-Humam (861), on trouve le terme « *Mutakâfil* ». V. VI, 339: « الكفيلين المتكافلين . »

Dans les recueils de *Fatwâ*, on le retrouve, parfois accompagné du terme: « *Mutad'âmin* ».

APPENDICE II

OBSERVATIONS SUR LES CODIFICATIONS

(A) La *Magalla*. — La *Magalla* établit le principe de la division de la dette entre les coacheteurs, à l'art. 1113. Cet article — qui vient en appendice au chapitre consacré aux créances conjointes — ajoute: « à moins qu'ils ne se soient portés cautions l'un de l'autre ». L'art. 432, au livre du louage, contient une disposition semblable, pour la dette des copreneurs. Une formule plus générale se trouve au livre du cautionnement. L'art. 646 est ainsi conçu: « Toutes les fois que plusieurs personnes, ayant une dette commune provenant d'une même cause se portent mutuellement caution l'une pour l'autre, chacune d'elles est tenue pour le tout ». L'article suivant (647) rapporte le cas des cautions qui se sont engagées en même temps et rendues cautions

l'une pour l'autre. Enfin, les cas légaux sont mentionnés à l'art. 1356, au livre de la société. L'art. 1335 décide nettement que la solidarité peut être expressément stipulée dans une société particulière, lors de la formation de la société.

Il est à remarquer qu'il n'est pas fait allusion aux effets de la solidarité entre codébiteurs.

(B) Le *Murchid*. — Le *Murchid* a consacré un chapitre à la solidarité, qui vient aussitôt après la théorie de la créance conjointe, par laquelle débute la théorie de l'obligation.

Le chapitre consacré à la solidarité contient cinq articles (190-194). Mais quatre de ces cinq articles (191-194) concernent le cautionnement simple et le cautionnement plural qui ne sont pas des cas de dettes conjointement solidaires.

L'art. 190 réunit en une seule disposition toutes les règles qui régissent la matière de la solidarité, tant dans les rapports du créancier avec les codébiteurs que dans les rapports des codébiteurs entre eux. « Lorsqu'une dette est due par plusieurs personnes de manière que chacune d'elles est caution du paiement de la dette entière, le créancier peut exiger le paiement de celui des débiteurs qu'il lui plaira. La réclamation qu'il adressera à l'un des débiteurs ne lui fera pas perdre son droit de réclamer le paiement aux autres... ; mais le paiement fait par l'un des débiteurs libérera tous les autres, tout en laissant à celui qui l'a opéré le droit de recourir contre eux pour la part de la dette qui leur incombe. La part du débiteur insolvable ne doit pas être supportée par les autres ». Trad. KAHIL.

Cet article renferme deux grosses erreurs : (1) Chacun des codébiteurs n'est pas caution pour le tout, mais pour la seule part de son codébiteur. Pour le restant, il est débiteur principal. (2) La part du débiteur insolvable et même simplement absent doit être supportée par les autres, contrairement à ce que dit le dernier alinéa de l'article.

Dans la traduction de KAHIL, il faut relever encore une erreur. L'« accord des débiteurs » n'est pas exigé pour permettre au créancier de poursuivre successivement les codébiteurs. C'est une condition de l'exercice du recours. Ce membre de phrase doit donc être reporté avant le dernier alinéa.

(C) *Codes des obligations tunisien et marocain*. — Art. 174/164 à 190/180. On y relève des traces de droit musulman. Ainsi l'art. 175/165 rappelle le cas légal de solidarité entre coassociés ; l'art. 189/179 al. 3 : « la part des insolvables et *absents* se répartit entre les autres ».

APPENDICE III

ESSAI DE CODIFICATION

Art. 1. — Les codébiteurs conjoints seront contraints chacun pour la totalité s'ils se sont rendus cautions l'un de l'autre.

Art. 2. — Le cautionnement réciproque est toujours présumé, si les codébiteurs sont associés dans une société universelle, à moins qu'il ne s'agisse d'une dette de caractère extrapatrimonial.

Art. 3. — Le créancier pourra s'adresser à l'un quelconque des débiteurs. Il pourra même s'adresser à tous simultanément. Les poursuites dirigées contre l'un n'empêchent pas le créancier d'exercer de nouvelles poursuites contre les autres.

Art. 4. — Le paiement fait par l'un libérera tous les autres. De même en est-il, si la dette s'éteint par dation en paiement, par transport, par confusion ou par donation.

Art. 5. — La remise faite à l'un des codébiteurs ne libérera les autres que jusqu'à concurrence de la part de ce débiteur. Le créancier peut aussi décharger l'un des débiteurs de la solidarité. Il conserve, dans ce cas, tous ses droits contre les autres.

Art. 6. — Le codébiteur qui a payé peut répéter contre les autres, leurs parts contributoires, dans la somme qui excède sa part propre dans la dette. Il faut néanmoins que le cautionnement ait été stipulé sur leur ordre.

Art. 7. — Les parts des absents se répartissent par contribution entre les codébiteurs présents, sauf le recours de ces derniers contre ceux pour qui ils ont payé.

Art. 8. — Le recours entre codébiteurs aura encore lieu, si la dette s'est éteinte par un moyen équivalent au paiement, tel que la dation, la confusion ou la donation.

Il aura toujours pour objet ce que le débiteur devait au créancier, quelle que soit la nature du paiement effectué.

TABLE ALPHABETIQUE DES TEXTES CITES*

al-'Abbâsî al-Mahdî, "al-Fatâwâ". —

III	198	(344).
III	219	(346).

'Abd al-H'alim, "H'âchiya". —

II	320	(135).

'Abdallâh As'ad, "'Uddat". —

266		(341. 342. 344).

Ibn 'Abidin, "Radd al-muh'târ".

III	514	(141).
III	526	(252).
IV	25	(34).
IV	25-26	(32. 224).
IV	233	(168).
IV	301 3	(12).
IV	301 4-6	(12).
IV	301 6-7	(12).
IV	301 10-11	(12).
IV	338	(328).
IV	348	(258. 261. 265).
IV	389	(254).
IV	375	(34. 60. 126. 142. 143).
IV	377	(287. 307. 327).
IV	396	(241. 242).
IV	397	(241).
IV	398	(254).
IV	550	(222).
IV	662	(26. 33).
IV	662 28 et s.	(28).
IV	662 31	(44).
IV	687 27-28	(19).
IV	688 1-6	(20).

(Muh'ammad 'Alâ' ad-din) 'Abidin, "Qurrat", complément de "Radd al-muh'târ". —

I	458 4	(17).
II	238	(35).
II	239	(117. 129. 135).
II	240	(154. 155. p. 265).

Ibn 'Abidin, "al-'Uqûd ad-durriya". —

I	288	(345).
I	289	(347).
I	290	(347).
II	63	(157).
II	222	(26. 157. p. 266).

*Le premier chiffre renvoie au volume, le second à la page, le troisième à la ligne. Les chiffres entre parenthèses renvoient aux notes en marge de ce livre. Le tout, à moins d'indication contraire.

Abû al-Fath', "Mu'âmalât". —
119-121 (p. 269).

Abû as-Su'ûd, "Fath' allâh al-mu'în". —
III 184 (33).

Ibn Aflât'ûn, "as'-S'ukûk". —
15b (204).
22b-23a (349).

(Muh'ammad b. al-H'usayn) al-Anqarawi, "Fatâwâ". —
I 328 (290).
II 93 (264).

Archives de la Mah'kama du Caire —
Reg. 2, p. 7 sub 10 (352. 353. 354).
Reg. 84, sub 743 (n° 112).

As'ad al-Madani, "Fatâwâ". —
II 71 (340. 342. 343).
II 74 (340).
II 238 (157. p. 265).
II 240 (340).

al-'Attâbi, "Gâmi' al-fiqh". —
107a (266. 267. 269. 273. 281. 289).
107b (298. 303).
132 (31. 38. 52. 53. 56. 61. 81. 82. 84. 88. 91. 92. 97. 98. 104. 107. 108. 110. 116. 118. 124. 126. p. 266).
133 (70. 77. 188).

al-'Attâbi, "az-Ziyâdât". —
196a (268).

al-Bâbarti. —
V 339 (254).
VI 339 (243).
VII 402 (134. 144).
VII 403 (121. 168).
VII 404 (104).
VII 404-405 (65).
VII 405 (142. 143).
VII 407 (119. 146).

al-Baghdâdi, "Magma'". —
286 (p. 190 note *).

ibn al-Bazzâz. —
VI 34 (92. 95. 96. 155. p. 265).
VII 7 (270. 281).

Burhân ad-din, "adh-Dhakhira". —
II 575a (243. 248).
II 575b (246).
II 576a (179. 183. 202).
II 577b (246).
II 580b (60. 61. 65. 94. 96).
II 581a (60).
III 221a (278).
III 221b (276).
III 233a (254).

Burhân ad-din, "al-Muh'it' ". —
II 7 (327).
VII Caut. 1e (233).
VII Caut. 31e (263).

Chaykh-Zâda, "Magma'". —
II 250 (115).

ach-Chalabi, "H'âchiya". —
V 45 (130. 136. p. 266).
V 46 (91).
V 47 (65).
V 80 (20).

Charloo, "Manual". —
52 n°s 149-150 (228. 355).

ach-Churunbulâli, "Ghuniat".—
II 402 (63. 70. 85. 92).

Code Tunisien. —
Art. 163 (p. 271).
Art. 165 (p. 271).
Art. 171 (p. 271).
Art. 172 (p. 271).
Art. 173 (p. 271).
Art. 175 (p. 344).
Art. 189 (p. 344).

Code Marocain. —
Art. 153 (p. 271).
Art. 155 (p. 271).
Art. 161 (p. 271).
Art. 162 (p. 271).
Art. 163 (p. 271).
Art. 165 (p. 344).
Art. 179 (p. 344).

Dâûd al-Khat'ib, "al-Fatâwâ al ghiyâthiyya". —
137 (57).

ad-Dimachqi, "Rah'mat". —
I 103 (140).

al-Gae's'âs', "Charh' al-Gâmi'".—
III 380b (143).
III 381a (109. 113. 114. p. 266).
III 381b (143. 146).
III 382a (54. 116. 134. 135).
III 382b (58. 99. 124. 129. 136).
III 383a (107. 118. 134. 140. p. 266).
III 384a (138).
III 384b (117).
III 385a (116).
III 386b (140).

al-H'addâdi, "al-Gawhara". —
II 13 22-23 (16).
II 38 30 (20).

al-H'amawi, "Ghamz". —
I 245 (n° 13).
I 399 n° 10 (225).

al-H'ânûti, "Fatâwâ". —
31a (339. 340. 344).
372a (340. 342. 343).
373b (347).

al-H'as'iri, "Charh' al-Gâmi'". —
III Témoignages 26e (143).
III » 27e (108. 132. 142).
III » 32e (61. 69).
III » 33e (143).
III » 36e (99. 100. 113. p. 266).
III » 37e (72. 75. 118. 128. 130. 134).
III » 39e (117-133).
V Société (13. 25. 31. 32. 33. 39. 40. 41. 43. 45. 46. 48. 49. 51. 52. 77. 84. 92. 125. 164. p. 266. 261).
V » 41e (134. 143).
V » 42e (113. 115. 130. 131).
V Caut. (306).

al-H'as'kafi, "ad-Durr". —

IV 301 1 (14).
IV 377 (338).
IV 662 34 (25).
IV 662 (33. 49).
IV 663 (154. 155).
IV 687 (19. 20).
IV 688 (213. 215).

al-Hindiyya, "al-Fatâwâ". —

II 238 (p. 266).
II 310 (189).
II 312 (190).
II 314 (181).
II 314-315 (181).
II 320 (200).
II 329 (193).
II 336 11 (25).
II 336 (44. 49. 78. 100)
II 337 (35. 42. 43. 108)
II 338 (79. 154. 155).
II 339 (84. 96. 97).
II 340 (38. 53. 60. 61. 94. 126).
II 341 (54. 64. 109).
II 343 (33. 47. 48).
II 344 (52).
II 346 (30).
II 366 (33).
III 263 (267. 291).
IV 355 20-25 (19).
VI 248 (158).
VI 295 (159).

Ibn al-H'umâm, "Fath' al-qadîr". —

V 223-224 (140).
V 385 (246. 247).
VI 253 29 (15).
VI 337 (230. 300. 302. 303).
VI 337-338 (241).
VI 338 (302).
VI 339 (p. 343).
VI 340 (240).

Huvelin, "Annales de droit commercial, 1901". —

1 et s. (n° 106).

Iftikhâr ad-din, "Khulâs'a". —

II Caut. (270. 272. 273. 276. 281. 287).

al-Karâbisi, "al-Furûq". —

Mandat 24e (328).

al-Kâsâni, "Badâï'". —

IV 188 13 (207).
IV 188 14-15 (207).
IV 188 17 (9).
IV 188 16 (206).
IV 188 19-20 (10).
IV 214 1-3 (223).
IV 214 22-23 (223).
V 58 et s. (169).
V 145 (34).
V 203 14-15 (139).
V 226 21-25 (3).
V 250 12 (11).
V 250 12-13 (217).
V 250 17-18 (217).
V 250 22-23 (11).
V 259 (n° 117).
V 263-284 (1).
VI 2 3-4 (233).
VI 3 18 (254).
VI 3 18-20 (280).
VI 3 31-32 (279).
VI 3 33-34 (279).
VI 10 14-15 (326).
VI 10 27 (261).
VI 10 27-28 (258).
VI 10 29-30 (261).
VI 10 31-32 (261).

VI 11 (307).
VI 11 5 (292).
VI 11 15-16 (304).
VI 11 24 (272).
VI 11 27 (275).
VI 11 28 (274).
VI 11 29 (275).
VI 11 29-30 (276).
VI 12 8-9 (267).
VI 12 33-34 (270).
VI 13 31-32 (271).
VI 13-14 (282).
VI 14 1 (281).
VI 14 2 (265. 273).
VI 14 20-21 (232).
VI 14 30 (232. 299).
VI 14 31 (301).
VI 14 34 (229).
VI 15 1 (229).
VI 15 2-3 (297).
VI 15 4-5 (232).
VI 15 (256).
VI 21 (251).
VI 28 6 (196).
VI 33 (196).
VI 33 11-12 (198).
VI 56 16-17 (2).
VI 59 13 (191).
VI 61 2 (192).
VI 61 16 (192).
VI 65 (44. 99. 130. 141. 143).
VI 65 24 (33).
VI 65 24-25 (49).
VI 65 25 (26).
VI 65 26 (25).
VI 66 (56. 58. 65. 67. 81. 82. 91. 104. 106. 107. 108. 115. 116. 117. 119. 122. 124. 127. 130. 138. 168).
VI 66 32 (55).
VI 67 (64. 80. 84. 85. 87. 92. 93. 98. 111. 142. 145. 162. 164. p. 265. p. 266).
VI 67-68 (98).
VI 68 (97. p. 266).
VI 68 19-20 (196).
VI 70 6 (p. 265).
VI 70 13-15 (76. 77).
VI 70 16 (77).
VI 70 23 (190).
VI 70 25 et s. (201).
VI 70 29 et s. (201).
VI 70 34 (201).
VI 72 24-25 (190).
VI 72 30 (246).
VI 72 33 (246).
VI 72 34 (244).
VI 73 (248).
VI 73 4 et s. (170).
VI 73 9-10 (248).
VI 73 10-11 (248).
VI 73 18 (198).
VI 73 18 et s. (171).
VI 73 20 (174).
VI 73 21 (n° 77).
VI 73 27 (170).
VI 74 11-12 (188).
VI 74 12 (182. 243).
VI 74 12-13 (177).
VI 74 13 (189. 176).
VI 74 16 (247).
VI 74 19 (247).
VI 75 8 et s. (181).
VI 75 13 (173).
VI 75 13 et s. (199).

VI 76 (249).
VI 76 1 et s. (180).
VI 76 3 (182).
VI 76 3-4 (179).
VI 76 4 (203).
VI 76 4-5 (183).
VI 76 5 (250).
VI 76 11 (202).
VI 76 14 (184).
VI 76 21 (184).
VI 76 22 (203).
VI 76 23 (182).
VI 81 11 (2).
VI 121 28-34 (5).
VI 122 1-4 (7).
VI 122 1-23 (5).
VI 122 7-8 (7).
VI 122 17 (8).
VI 122 18-19 (6).
VI 134 2 et s. (206).
VI 138 30 et s. (211).
VI 142 (n° 257).
VI 204 16-17 (221).
VI 209 1-2 (213).
VI 209 2-3 (214).
VI 209 4-6 (213).
VI 209 9-10 (214).
VI 209 10-11 (215).
VI 210 19-20 (19).
VI 210 21-22 (21).
VI 210 24-25 (54).
VI 210 29-30 (21).
VI 213 12-13 (21).
VI 239 14 (13).
VI 287 23-25 (222).
VII 74 13-14 (195).
VII 196 (125. 142. 143. 164).
VII 242 24-25 (50).
VII 256 18-22 (223).
VII 257 7-8 (223).
VII 260 (140).
VII 264 (140).
VII 266 (140).
VII 274 7 (222).
VII 280 29-30 (222).
VII 342 16 et s. (p. 188 note*).

al-Kawâkibi, "Fatâwâ". —
51a (227).

(Qâd'i-)Khân, "Fatâwâ". —
II 369 (p. 265).
II 369-370 (73).
II 370 (73).
III 61 (230. 264).
III 61-62 (257).
III 62 (297).
III 68-69 (332).
III 70 (281. 282).
III 72 (276).
III 93 (185).
III 93-94 (187).
III 613 (252).
III 623 (246. 253. 254).
III 624 (250. 251).

(Qâd'i-) Khân, "Charh' al-Gâmi' as'-s'aghîr". —
II Ventes (23).
II Caut. (255. 320. 328).

(Qâd'i-)Khân, "Charh' az-Ziyâdât". —
Caut. (232).

al-Khas's'âf, "al-H'iyal". —
Ms. 154 : 20a-20b (156).
Ms. 1017 : 50e-51e (156).
Ms. 3639 B.A. : (156).
Edit. Schacht : 28 (156).
28-29 (156).
29 (114. 154).
29-30 (153. p. 266).
30 (153).

113 (336).
183 (154).

al-Khawârizmi (?), "al-Kifâya". —
V 384 (244. 247).
VI 338 (327).
VII 402 (120).
VII 405 (142. 143).
VII 406 (92. 96. 150. p. 265).

Macnaghten, "Principles". —
231-232 n°s 3-4 (228).
232 (355).

al-Magallâ. —
Art. 432 (228. p. 343).
Art. 646 (p. 343).
Art. 647 (p. 343).
Art. 1091 (p. 267).
Art. 1092 (p. 267. p. 268).
Art. 1095 (p. 268).
Art. 1097 (42. p. 268).
Art. 1098 (p. 267).
Art. 1099 (p. 267).
Art. 1100 (p. 267).
Art. 1101 (p. 267. p. 269).
Art. 1102 (p. 267. p. 268. p. 269).
Art. 1103 (p. 267).
Art. 1104 (p. 267).
Art. 1105 (p. 267. p. 268).
Art. 1106 (p. 267. p. 268).
Art. 1111 (p. 267. p. 268).
Art. 1112 (p. 267. p. 268).
Art. 1113 (228. p. 343).
Art. 1335 (p. 344).

Trad. Young. —
Art. 1100 (p. 270).

al-Mah'âsini, "Commentaire de la Magalla". —
III 24 (p. 267).

al-Marghinâni, "Bidâya". —
VI 340 (257).
VII 401-402 (88).
VII 403 (79).

"al-Hidâya". —
V 384 (245).
VI 299 (259. 261).
VI 337-338 (302).
VI 338 (232).
VII 402 (33. 78. 123. 134. 142. 144).
VII 403 (49. 104. 134).
VII 404 (65. 81. 93. 98. 113. 116. 134. p. 266).
VII 406 (84. 85. 87. 96).
VII 458 6 (20).
VII 460 (213).

Munlâ Khusraw. —
II 402 (90. 130. 134).

Muh'ammad, "al-Mabsût". —
Ms. 33 : II, 199b, 2-7 (18. 19. 20).
Ms. 382 : Dépôt 8e (18).
Dépôt 14e (213. 214).
Ms. 200 :
244a (185).
248a (186).
248b (172. 246. 247. 248)
249a (188. 245. 246. 248)
250b (181. 199. 246).
250b-251a (247).
251a (187. 194. 245).
251b (246. 253. 255. 283)
344b (280. 344).
345b (229. 231. 237. 258. 259. 260. 283. 284. 285. 328).
346a (232. 234. 235. 237.

257. 309. 310. 311. 312. 313. 314).
346a-346b (315).
346b (297. 298. 301. 303)
348b (287).
349a (266. 288).
353b (303).
354a (229. 230. 303. 317. 318).
356a (260. 271. 272).
356b (270).
357a (280).
358a (271. 279).
366a (260. 261. 350).
368b (281. 282).
384a (103).
384b (58. 59. 83. 88. 91).
384b-385a (65).
385a (26. 28. 29. 33. 35. 36. 37. 44. 58. 59. 62. 66. 68. 70. 82. 83. 88. 91. 95. 96. 110. 127. 158. p. 266).
385b (56. 57. 59. 62. 81. 84. 85. 86. 92. 93. 98. 102. 168. p. 265. p. 266).
389a (49. 58. 88. 91).
389a-389b (58. 88. 91).

Muh'ammad, "al-Gâmi' al-kabîr". —
88a (49. p. 266).
88b (13).
88b-89a (52).
89b (52).
89b-90a (50. 52. p. 266).
90a (51).
90b (52. p. 266).
94a (47. 174).
95a (33. 35. 42. 43. p. 266).
95b (33).
96a (49).
96b-97a (31).
97b (30).

Muh'ammad, "al-Gâmi' as'-s'aghîr". —
87 15 (12. 20).
88 (264).
89 (229. 232. 256. 257. 273. 297).

Muh'ammad, "al-Makhârig". —
Ms. 550 : 61 (153).
Edit. Schacht : 32 (336).
60 (153).
62 (154).
77 (337).

Murchid al-H'ayrân. —
Art. 168 (p. 269).
Art. 169 (p. 269. p. 270).
Art. 170 (p. 269).
Art. 171 (42. p. 269).
Art. 172 (p. 270).
Art. 173 (p. 269).
Art. 174 (p. 269. p. 270).
Art. 175 (p. 269).
Art. 176 (p. 269).
Art. 177 (p. 269).
Art. 179 (p. 269).
Art. 182 (p. 269).
Art. 186 (p. 270).
Art. 187 (p. 270).
Art. 188 (p. 270).
Art. 189 (p. 269. p. 270).
Art. 190 (p. 344).
Art. 191 (p. 344).
Art. 192 (p. 344).
Art. 193 (p. 344).
Art. 194 (p. 344).

Trad. Kahil. —
Art. 170 (p. 270).
Art. 174 (p. 270).
Art. 175 (p. 270).
Art. 176 (p. 270).
Art. 177 (p. 270).
Art. 179 (p. 270).
Art. 182 (p. 270).
Art. 186 (p. 270).
Art. 190 (p. 344).

Nagm ad-dîn an-Nasafî, "T'alibat". —
141 (237).

an-Nasafî, "al-Kanz". —
V 46 (120).

Ibn-Nugaym, "al-Achbâh". —
I 246 (p. 191 note *).
II 202 5 (4).
II 212 (251).
II 465 (251).

Ibn-Nugaym, "al-Bah'r". —
VI 176 4-5 (12).
VI 242 (308).
VII 260 (96. 115. 155. p. 265. 185).

Papyrus. —
Arabischer Berlin. —
p. 21-24 7515/11 (n° 149).
p. 25-26 8011 (n° 95).
p. 28 8054 (n° 262).
p. 31 8007 (n° 72).
p. 52 8057/20 (n° 116).

Grohmann. —
II 98 (n° 103).
III 165 61 (n° 122. n° 141).

Qâd'î-Zâda, "Natâig". —
VII 88-89 (196).
VII 402 (131. 135).
VII 403 (89. 130).
VII 404 (129. 130. 143. p. 266).
VII 404-405 (143).
VII 405 (143).
VII 458 25-26 (20).

Qanâli-Zâda, "Risâla". —
(164. 165).

al-Qarâfî, "al-Furûq". —
III 20-22 (140).

al-Qudûri, "Mukhtas'ar". —
59 (193. 243. 249).
65 (231. 232. 297. 298. 328).
67 (59. 79. 83. 88. 91. p. 266).
72 (20. 213. 214).

Rad'iy ad-dîn as-Sarakhsî, "al-Muh'it". —
Ms. 32 Azhar : XII Caut. (232. 238).
Ms. 613 B.E. :
VI 29b (195).
VI 47a (170).
VI 49a (173).
VI 50a (183).
VI 50a-50b (181).
VI 50b (176. 177. 178. 198).
VI 51a (197).
VI 52b (198).
VI 63b (99. 124. 127. 144).
VI 69a (25. 113. 116. 118. 134. 135. 144. p. 265. p. 266).
VI 69b (81. 107. 119. 136. 138. 140.

144. 168).
VI 70a (80. 96. 164. p. 265. p. 266).
VI 70b (60. 80. 98. 150).
VI 71a (84. 101. 104. 105. 106).
VI 71b (92).

ar-Râzi, "Tafsîr". —
III 349 (n° 256).

Sa'di Chalabi. —
VI 338 (302).
VI 338-339 (232).
VII 401 (135).
VII 405 (143).

Sa'id b. 'Ali as-Samarqandi, "Gannat". —
350b (156).

as'-S'an'âni, "Subul as-salâm". -
IV 213 (n° 127).

as-Samarqandi, "Nawâzil". —
255b (154. p. 265).
279b (155. p. 265. p. 266).

(ibn Qâd'i-) Simâwna, "Gâmi' al-fus'ûlayn". —
I 44 (225).
I 48 (205. 209. 210. 212. 224. 264).
I 48-49 (23).
I 50 (73. 224).
I 50 3-5 (72).
I 50 5-6 (54).
I 50 6 (p. 265).
I 50-51 (264. 321. 333).
I 51 (73. 74. 75).
I 51 22 (15).
I 52 (225).
I 53 19 (17).
I 59 (331).
I 62 8-11 (22).
I 81 2-4 (23).

Santillana, "Istituzioni". —
I 247 (n° 280).

as-Sarakhsi, "al-Mabsût". —
XI 107 (139).
XI 123 11-12 (20).
XI 124 2-3 (19).
XI 165 9 (3).
XI 174 (170).
XI 177 (243).
XI 179 (246).
XI 189 (248).
XI 190 (248).
XII 67 17 (8).
XII 68 9-10 (4).
XVII 194 (243).
XIX 161 (261).
XX 28 (258. 261).
XX 29 (295).
XX 34 (257. 262. 317. 322. 334).
XX 34-35 (237).
XX 35 (312. 319).
XX 38 (234. 237. 293).
XX 39 (302).
XX 39-40 (328).
XX 40 (303).
XX 41 (241).
XX 85 (331. 332).
XX 85-86 (332).
XXI 37 (65. 67. 111).
XXI 38 (56. 61. 69. 112. 143).
XXI 39 (71. 128. 150).
XXI 40 (80. 87. 93. 95. 96. 98. p. 265. p. 266).
XXI 41 10 et s. (28).
XXI 41 13-14 (29).
XXI 41 14 et s. (35).

XXI 41 16-17 (37).
XXI 41 19 (25).
XXI 41 (33. 89. 90. p. 265).
XXI 42 (80. 85. 92).
XXI 43 (84. 92).
XXI 164 21-23 (36).
XXI 165 2 (10).
XXX 167 (158).
XXX 174 (208. 216. 231).
XXX 174-175 (159).
XXX 180 (205. 219. 231).
XXX 184 (159. 205. 216. 218. 228).
XXX 200 (193).

Sauvaire, Trad. "Multaqâ al-abh'ur". —
107-109 (355).

as-Sindi, "T'awâli'". —
IX 3b (130. p. 265).
IX 3b-4a (154).
IX 4a (57. 155. p. 266).
XII 474a-474b (143).
XII 474b (61).
XII 476b (155. p. 265).

as-Suwaydi, "ach-Charika". Commentaire de la "Magalla". —
47 (p. 268).

at'-T'ah'âwi, "Mukhtas'ar". —
50b (271. 272. 274. 279).
51a (233).
81a (19).

at'-T'ah'âwi, "Adhkâr". —
16 (350. 351).
41 (158).

at'-T'ah't'âwi, "H'âchiya". —
165 (241. 242).

at'-T'arâbulsi, "Fatâwâ". —
53 (54. 157).
101-102 (348).
103 (340).
105 (342).
157 (157. p. 265).

at'-T'arâbulsi, "Mu'în al-h'ukkâm". —
60 (331).

at-Tatârkhâniyya, "Fatâwâ". —
III 23a (232).
III 194b (265).

at-Taysir, Commentaire d'"al-Gâmi' al-kabir". —
Société (25. 27. 33. 34. 48. 220. 305. 307).

Tyan, "Responsabilité délictuelle". —
217 (228).

Van Den Berg, "Principes". —
72 (355).

Z'ahir ad-din, "Fatâwâ". —
II 30a (185. 187. 194. 280).
II 35b-36a (35. 53).

az-Zayla'i, "Tabyin". —
III 308 (221).
IV 129 8 (15).
IV 129 20-21 (217).
IV 167 (242. 302).
IV 168 (232. 241).
V 45 (25. 33. 35. 44. 49. 144).
V 46 (58. 116. 117. 134. 154. 155. p. 265. p. 266).
V 47 (65. 85. 87. 92. 96. 98. 143).
V 48 (61. 69. p. 266).
V 80 1-4 (20).

TABLE ANALYTIQUE DES MATIERES

	Pages.
TABLE DES TRANSCRIPTIONS	1
BIBLIOGRAPHIE	3
I. — Droit Musulman	3
A. Sources ; 1. Droit Hanéfite	3
Droit Pratique	9
2. Droit Malékite	10
3. Droit Chaféite	12
4. Droit Hanbalite	13
5. Droits Chiites	14
(a) Imamite	14
(b) Zaidite	15
6. Droit Ibâdite	15
7. Ecoles Comparées	15
8. Sciences Auxiliaires	15
(A) Principiologie	15
(B) Droit Successoral	16
(C) Traditions	16
(D) Interprétation	16
(E) Théologie. Logique	16
9. Biographies. Bibliographies ..	17
10. Histoire. Droit Public	17
B. Littérature Moderne	18
1. Codifications. Commentaires ..	18
2. Monographies	19
3. Autres ouvrages modernes	19
C. Littérature Occidentale	20
1. L'Islam en général	20
2. Généralités sur le droit..	21

Pages.

3. Bibliographies 22
4. Ouvrages de droit 23
(A) Droit Hanéfite 23
(B) Droit Malékite 24
(C) Droit Chaféite 24
(D) Droit Chiite 24
(E) Ecoles Comparées 24
(F) Ecole Indéterminée 25
5. Droit coutumier et appliqué .. 25
6. Papyrologie arabe 26
7. Codifications 26
8. Monographies 26
9. Traductions 28
(a) Ouvrages Hanéfites 28
(b) Ouvrages Malékites 29
(c) Ouvrages Chaféites 29
(d) Ecoles Comparées, etc. .. 29

II. — Droit Comparé 30
1. Droits anté- et post-islamiques 30
2. Droits occidentaux 31
(A) Droit Romain 31
(B) Droit Français 32
(C) Droit Egyptien Moderne 33
(D) Autres Droits Occidentaux .. 34
(E) Philosophie du Droit. Concepts 34

TABLE DES ABREVIATIONS 37

INTRODUCTION 41

I. — Méthode 43
1. La méthode objective 43
2. La méthode historique 49

II. — Tableau général de la théorie de l'obligation en droit musulman 62
Première Section. — L'obligation en elle-même .. 62
1. Eléments de l'obligation 62
1° Sujets 62
2° Objet 62
Contenu de l'objet 63
Multiplicité d'objets 64
Choses de genre 65

Pages.

L'or et l'argent 66
3° La cause 67
2. Effets de l'obligation 71
1° L'obligation de donner 71
2° Obligations de faire 71
Rupture du contrat 72
Faute contractuelle 72
Force majeure et cas fortuit 73
Notion d'excuse 74
Calcul des dommages-intérêts 75
3° Obligations de sommes d'argent 75
Procédure 76
(a) Contrainte corporelle 76
(b) Expropriation 77
Droits des créanciers 78
(c) Faillite 78
Dernière maladie 79
Décès 80
3. Modalités : le terme et la condition 80
1° Le terme 80
2° La condition 82
4. Extinction de l'obligation 86
I. Le paiement 86
1° Sujets 87
2° Objet 88
3° Epoque et lieu 88
4° Imputation 89
II. La dation en paiement 89
III. La compensation 90
IV. La confusion 92
V. La remise de dette 93
VI. La prescription 94
VII. Autres modes 96
5. Transmission de l'obligation 96
I. Transmission active 97
1° Entre vifs 97
Subrogation 98
2° A cause de mort 99
II. Transmission passive 99
1° Entre vifs 99
2° A cause de mort 102

Pages.

Deuxième Section. — Sources de l'obligation 102
I. De l'acte juridique 103
1. Notions générales 103
Théorie de l'unité 104
La liberté contractuelle 105
La clause adjointe 107
Verbalisme 109
Contrats réels 111
Classifications 112
2. La volonté déclarée 115
La simulation 115
L'offre et l'acceptation 117
La séance contractuelle 117
Entre absents 119
3. La volonté réelle 119
I. La violence 120
II. Le dol 121
III. La lésion 122
IV. L'erreur 124
V. L'incapacité 126
4. Théorie des nullités 127
I. Le contrat inexistant 128
II. Le contrat vicié 130
III. Nullité spéciale. Sanctions des vices du consentement 134
5. Effets généraux des contrats 136
Interprétation des contrats 137
Effets à l'égard des ayants cause.. .. 138
Théorie de l'inefficacité 138
Théorie de la représentation 141
Contrat avec soi-même 145
6. Dissolution des contrats 146
I. Mutuus Dissensus 146
II. Résolution 147
Appendice. Déclaration unilatérale 150
II. Le fait dommageable ou le délit 151
1. Le fait 152
I. L'illicéité 152
II. L'état délictueux 153
III. Le risque 155
2. Conditions et effets de la responsabilité .. 156

Nos. Pages.

I. La causalité 156
Force majeure 157
Capacité 157
II. Le dommage 158
III. La réparation 159
3. Cas spéciaux 160
Clauses modificatives 162
Appendice. L'abus du droit 162
III. Le fait de l'enrichissement injuste 163
1. La répétition de l'indû.. 163
2. L'actio de in rem verso 164
3. La gestion d'affaires 165
Troisième Section. — La notion musulmane d'obligation 167
1. Terminologie 167
2. Notion d'obligation 169
I. Le Dayn 170
II. Le 'Ayn 171
III. Le 'Amal 172
3. Droit réel et droit de créance.. 172
Les droits semi-réels 175
4. Concept d'obligation 176
Appréciation générale 180

THEORIE GENERALE DE L'OBLIGATION EN DROIT MUSULMAN.

Première Section. — L'OBLIGATION EN ELLE-MEME.

Chapitre Premier. — Les sujets de l'obligation.

§ 1. — Pluralité de créanciers.

1. — La règle. Obligations simplement conjointes.

286. Préambule 187
1° DATIONS 188
287. Principe de la division 188
288. Contestation de ce principe 189
289. Son application aux preneurs à bail 190
290. Exception 190
2° TRADITIONS 190
291. Position du problème. Principe de la division 190

Nos.		Pages.
292.	Son application en cas de donation	192
293.	En cas de dépôt : exception	192
294.	Autre exception : le gage	195
295.	Correctif de la théorie de l'action	195
	3° OBLIGATIONS DE SOMMES D'ARGENT	196
296.	Position de la question	196
	A. — Définition de la conjonction	197
297.	Une seule et même cause. Cas. « Negotium », « Instrumentum ». Le contrat et sa ratification	197
298.	Le fractionnement du contrat détruit l'unité de cause	199
	...même en cas de résolution	— 201
299.	Application de ce principe en matière de cautionnement, de mandat. Cas du prêt	202
300.	Le fait dommageable et l'unité de cause. La naissance de l'obligation retardée jusqu'au jour du jugement	205
301.	Le fait de l'enrichissement et l'unité de cause	207
	B. — Effets de la conjonction	208
	(a) Rapports des créanciers avec le débiteur	208
302.	Chacun des créanciers peut disposer de sa part	208
303.	Pourra-t-il concéder un terme ?	212
304.	Correctif de la théorie de l'action	215
	(b) Rapports des cocréanciers entre eux	216
	1. — Le recours	216
305.	L'« accipiens » subira le recours de son cocréancier. Condition du recours	216
306.	Cas de la dation en paiement	218
307.	De la transaction	220
308.	De la compensation	222
	2. — Objet du recours	228
309.	Une part proportionnelle dans la somme reçue	228
310.	Application au cas de transaction	229
311.	Droit de suite ?	230
	3. — Parties du recours	231
312.	Le créancier conjoint privé du droit de recours	231
313.	La renonciation au droit de recours	232
314.	Contre qui le recours sera-t-il exercé ?	234
	4. — Effets du recours	234
315.	Poursuites entre créanciers	234
	5. — Incidences du recours	235
316	Avantages et inconvénients	235
	6. — Fondement juridique du recours	237

Nos.		Pages.
317.	Position du problème. Explication à rejeter	237
318.	Explication à adopter. Droit semi-réel	240
	C. — Nature juridique et valeur pratique de l'institution	242
319.	Caractère juridique de l'institution dans les textes, dans son essence	242
320.	Nature véritable	248
321.	Valeur pratique de l'institution	248
322.	Droit pratique. Moyens détournés pour remédier aux déficiences	250
323.	Applications. « Fetwas ». Formulaires	255
324.	Textes. Sources et évolution. Cas et théorie	257
	Appendice I. Terminologie	265
	Appendice II. Observations sur les codifications	267
	Appendice III. Essai d'une codification	271
	II. — L'exception. Obligations solidairement conjointes.	
325.	Préambule	273
	1° CAS DE SOLIDARITE ACTIVE	273
326.	A. Les associés dans une société universelle	273
327.	B. Les associés dans une société ouvrière particulière	274
328.	Cessation de la solidarité	275
	2° EFFETS DE LA SOLIDARITE ACTIVE	276
329.	A. Rapports des créanciers avec le débiteur	276
330.	B. Rapports des cocréanciers entre eux	278
	3° NATURE JURIDIQUE	279
331.	Cas de la société universelle. Idée de mandat	279
332.	Cas de la société particulière	281
333.	Conclusion. Valeur pratique	282
	§ 2. — Pluralité de débiteurs.	
	I. — La règle. Obligations simplement conjointes.	
	1° DATIONS	283
334.	Principe de la division. Correctif	283
335.	Exception. Cas du gage	284
	2° OBLIGATIONS DE FAIRE	285
336.	Principe de la division. Cas du dépôt, du mandat	285
337.	L'obligation de garantir contre l'éviction	286
	3° OBLIGATIONS DE SOMMES D'ARGENT	286
338.	La division de principe	286

Nos.		Pages.
339.	Correctif de la théorie de l'action..	288
340.	Considérations pratiques	289
	II. — L'exception. Obligations solidairement conjointes.	
341.	Préambule	291
	1° SOURCES DE LA SOLIDARITE	291
342.	A. Volonté des parties	291
343.	Conditions	293
344.	Formule	295
345.	Position du cas	296
346.	B. Cas légaux. Les associés dans une société universelle	297
347.	Les associés dans une société ouvrière	300
348.	Cas des autres sociétés particulières..	301
349.	Cessation de la solidarité ?	301
350.	Suite	302
	2° EFFETS DE LA SOLIDARITE	303
	A. — Rapports du créancier avec les codébiteurs	303
351.	Premier effet. Il peut poursuivre chacun pour le tout	303
352.	La poursuite divisée	306
353.	Théorie de l'action	307
354.	Second effet. Le paiement de l'un éteint la dette de tous	308
355.	La dation en paiement	308
356.	Le transport de dette	309
357.	La donation de la dette	310
358.	La remise de la dette..	311
359.	Remises partielles	312
360.	Concession d'un terme. Cas de décès..	313
361.	Confusion	314
362.	Récapitulation des modes d'extinction	315
	B. — Rapports des codébiteurs entre eux	316
363.	Le recours	316
364.	Objet du recours	316
365.	Renonciation au recours	317
366.	Conditions du recours : le mandat	317
367.	Deuxième condition : le paiement	318
368.	Cas du paiement partiel. Difficultés	318
369.	Fondement juridique du recours. Idée de mandat ..	321

Nos.		Pages.
	C. — Solidarité complexe	323
370.	Cas	323
371.	Rapports entre créancier et codébiteurs..	324
372.	Recours entre codébiteurs	324
	3° NATURE JURIDIQUE ET VALEUR PRATIQUE DE LA SOLIDARITE PASSIVE	325
373.	Point d'irruption de l'idée	325
374.	Nature juridique véritable. Cautionnement. Ses conséquences dans les rapports avec les codébiteurs ..	327
375.	Dans les rapports des codébiteurs entre eux..	330
376.	L'idée de représentation impliquée dans le cautionnement	332
377.	Appréciation	333
378.	Droit pratique	335
379.	Applications	336
380.	Formulaires	339
381.	Jurisprudence	341
382.	Textes. Sources et évolution	341
	Appendice I. Terminologie	343
	Appendice II. Observations sur les codifications	343
	Appendice III. Essai de codification	345
	TABLE ALPHABETIQUE DES TEXTES CITES	347
	TABLE ANALYTIQUE DES MATIERES	359