

CHAFIK CHEHATA

THÉORIE GÉNÉRALE DE L'OBLIGATION
EN
DROIT MUSULMAN HANÉFITE

Les sujets de l'obligation



EDITIONS SIREY 1369

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

TRANSCRIPTION DES LETTRES ARABES.

TABLE

أ = "ou"	ص = s'	ر = w, ū, u
ب = b	ض = d'	ي = ī, i, y
ت = t	ط = t'	لا = lā
ث = th	ظ = z'	• = 2 lettres
ج = g	ع = ' = n	التين = n
ح = h'	غ = gh	الد = ū, ā, i
خ = kh	ف = f	ب = ba
د = d	ق = q	ب = bi
ذ = dh	ك = k	ب = bu
ر = r	ل = l	بي = bay
ز = z	م = m	بو = baw.
س = s	ن = n	
ش = ch	ه = h	

Ainsi, محمد بن الحسن الشيباني = Muh'ammad b. al-H'asan
 ach-Chaybānī; كتاب بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع = Kitāb
 Badā' as'-s'anā' fī tartīb ach-charā'.

BIBLIOGRAPHIE

I. — Droit Musulman

A. — SOURCES

1. — Droit Hanéfite

Abû-H'anîfa (mort en 150 de l'Hégire). — "Masnad", recueil de "h'adith", Le Caire, 1327 H.; Les Indes, 1339 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.

Muhammâd b. al-H'asean ach-Chaybânî (189). — "al-Mab-sûl", manuscrit 200 de la Bibliothèque Egyptienne (Qawala). C'est le manuscrit le mieux conservé. (=Muh.). Il existe aussi d'autres fragments, le ms. 23 en 2 vol.; le ms. 623 en 2 vol.; le ms. 34 en 1 vol.; les mss. 382 et 431. Ces deux derniers mss. sont mentionnés à tort dans le catalogue de la B.E. comme étant les "Navâdir" de Muhammâd. A la Bibliothèque de l'Azhar se trouve encore un fragment sub n° 4280.

Du même auteur. — "al-Gâmi' as-S'aghîr", 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-Taysîr", ms. 112 B.E. (=Tay.).

Du même auteur. — "al-Machârîg fil-h'iyâl", 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'ugay", édit. des Indes, d'authenticité douteuse.

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

al-Khas'saf (261). — "al-H'iyal wal-makharig", éd. Schacht, Hanovre, 1923. Deux exemplaires mss. se trouvent à la B.E. sub n° 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-Samarqandî, Sa'id b. 'Ahi (?). — "Gannat al-ah'kâm wa gunnat al-khus'sâm fil-h'iyal wal-makharig", ms. 34 B.E.

at-Tah'âwî (921). — "Mukhtas'ar", ms. 958 B. Azhar (=Tab.).

Du même auteur. — "Adhkâr al-h'uqûq war-ruhân", extr. d'"al-Gâmi' al-kabîr fîch-churûl", édit. Schacht, Heidelberg, 1927 (=Tab. Ad.).

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

al-Qas'sas' (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-Samarqandî, Abû-Layth (375). — "an-Navâzil", ms. 565 B.E. (=Samarq.).

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

al-Qudûrî (428). — "Mukhtas'ar", Istanbul, 1310 (=Qucl.). as-Sarakhsi, Abû-Bakr (438). — "al-Mabsûl", Le Caire, 1324, 30 tomes en 15 vol. C'est un résumé d'al-H'âkim ach-Chahid, "al-Kâfî", 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-Sughdî (461). — "an-Nutaf", ms. 287 B.E. Il est aussi attribué à ad-Dinirdâh'î.

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

Du même auteur. — "Charh' Adab al-qâdî" d'al-Khas'saf, ms. 21 B.E.

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

Du même auteur. — "al-Mu't'it", ms. 481 en 4 vol. ; ms. 482, 2 vol. ; ms. 774, 5 vol. Le contenu est identique à celui de Rad'iyy ad-dîn as-Sarakhsi, "al-Muh'it" qui sera le plus souvent cité.

an-Nasafî, Nîgm ad-dîn Abû-H'af's' Umar (537). — "T'alibât al-'ulûb." (Vocabulaire juridique du droit hanafite). Le Caire, 1311.

Ifîkhâr ad-dîn T'ahîr b. Ah'mad (542). — "al-Khul's'a", ms. 195 B.E. en 2 vol. (=Ifikh. Khul.).

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

al-Karâzî (570). — "al-Furûq", ms. 252 B.E.

al-'Attâbî (586). — "Gâmi' al-fîqh" 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-Kâsânî (587). — "Bada' as-s'anâf", Le Caire, 1328, 7 tomes en 3 vol. (=Kas.).

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

- Burhân ash-Shâri'a al-Mah'bûbi (circ. 600). — "Wiqâya", ms. 2 de la Bibl. de l'Azhar.
- 'Abd al-Mu't'âlî b. al-Fadl al-Hâshimî (616). — "Charh' al-Gâmi' al-kabîr" de Muh'ammad, frag. ms. 102 B.E.
- Z'ahîr ad-dîn Abû-Sakr (619). — "al-Fatâwâ az-z'ahiriyya", ms. 319 B.E., en 2 vol. (=Zahir).
- 'Alîm b. 'Alî' al-Ghazzi (?). — "al-Fatâwâ at-talâkhâniyya", ms. 852 B.E., en 5 vol. (=Taïar).
- al-H'usayn b. Muh'ammad as-Sam'ânî (?). — "Khizânât al-mu'în", ms. 43 m. B.E. (=Khiz).
- al-H'asîrî (636). — "al-Tah'rîr fi charh' al-Gâmi' al-kabîr" de Muh'ammad, ms. 97 B.E., en 5 vol., incomplet. (=Has).
- S'adr ad-dîn Sulaymân (677). — "az-Ziyâdat" de Muh'ammad, ms. 1242 B.E.
- an-Nasafî, H'âfiz' ad-dîn (710). — "al-Wa'f", ms. 68 Bibl. Azhar.
- Du même auteur. — "Kanz ad-daqîq", en marge d'Ibn Nugaym, "al-Bahr", en 8 vol., Le Caire, 1334 (=Kanz).
- az-Zaynî (749). — "Tabyîn al-h'aqâiq", commentaire d'an-Nasafî, "Kanz", Le Caire, 1314, en 6 vol. (=Zay.).
- at-T'arsûsî (758). — "Anfa' al-wasâil ilâ tah'rîr al-masâil", Le Caire, 1344.
- al-Sâbartî (786). — "Charh' al-inâya", commentaire d'al-Marghinânî, "al-Hidâya". Il est imprimé en marge de cet ouvrage Le Caire, édit. al-Maymaniyya, 9 vol. (=Bab.).
- al-H'addâdî (800). — "al-Gawhara an-nayyîra", commentaire de Qudûrî, "Mukhtas'ar", Istanbul, 1301, en 2 vol. (=Hadd.).
- al-'Aynî (circ. 818). — Commentaire d'an-Nasafî, "al-Kanz", Le Caire, 1285, 2 vol.
- Ibn Qad'î Simâwna (823). — "Gâmi' al-fus'ûlayn", 1ère édit., Le Caire, 1300, 2 vol. Il sera aussi renvoyé à l'édition de Bulâq (=Simaw.).

- Ibn al-Bazzâz al-Kardârî (827). — "al-Fatâwâ al-nazzâziyya", en marge d'"al-Fatâwâ al-hindiyya", vols. 4, 5, 6; 2me édit., Le Caire, 1310 (=Bazzaz).
- Munâ Khusrâw (855). — "Durar al-h'ukkâm fi charh' ghûrar al-ah'kâm", Le Caire, 1304, 2 vol.
- Munâ Miskîn (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-Marghinânî, imprimé en marge de cet ouvrage (v. supra). Il a été complété (vols. 7, 8, 9) par Qad'î-Zâda (888), "Nâtâiq al-afkâr". (=Hum).
- Qâsim b. Qut'lûbughâ (879). — "Yuwgibât al-ah'kâm", ms. 1714 B.E.
- Ibn ash-Chih'nâ (921). — "adh-Dhakhr al-achrafîyya fi alghâz al-h'anafîyya", ms. 1738, Bibl. Municip. Alex.
- al-Birgandî (circ. 930). — "Charh' an-Niqâya", commentaire de la "Wiqâya" (v. supra al-Mah'bûbi), ms. 990 B.E.
- Sa'dî Chatalî (945). — "H'achiye", glose sur "al-Inâya" et la "Hidâya" (v. supra), imprimé en marge de ce dernier ouvrage. (=Sa'dî).
- Ibrâhîm al-H'atâbi (956). — "Multaqâ al-abb'ur", Istanbul, 1319.
- Ibn Nusaym al-Mas'ûî (970). — "al-Achbâh wan-naz'âir", Le Caire, 1290, 2 tomes et suppléments en un seul vol. (=Nug.).
- Du même auteur. — "al-Bahr' ar-râiq", commentaire d'"al-Kanz" (v. supra), Le Caire, 1334, en 8 vol. Le huitième n'est pas d'Ibn Nugaym mais d'at-T'ûrî. (=Nug. Bahr.).
- al-H'amawî (?). — "Ghamz 'uyûn al-bas'îr", commentaire d'Ibn Nugaym, "al-Achbâh", imprimé en marge de cet ouvrage (v. supra).
- at-Tâgî (de l'époque du sultan Sâlim Khân). — "at-Tah'qiq al-bâhir", autre commentaire d'Ibn Nugaym, ms. 1914 Azhar (at-Râfi'), en 5 vol.

al-Ghazzī (1937). — "Tanwir al-abs'ār", en marge d'Ibn 'Abidin, "Radd al-mukhtār", Le Caire, 1260. (= Ghazālī).

al-Khawārizmī (d'après Ibn Qutūbughā, ce serait plutôt Mah'mūd b. 'Abdallāh b. Mah'mūd Tāg ach-Charī'a du VIII^e siècle). — "al-Kifāya", commentaire de la "Hidāya", imprimé en même temps que cet ouvrage dans l'édition al-Maymaniyya (v. supra). (= Kifāya).

ach-Chalabi (circ. 1090). — "H'achiya", glose sur az-Zayla'i, "Tabyin", (v. supra), Le Caire, 1314, 6 vol. (= Chalabi).

Nachāngī-Zāda (1031). — "Nūr al-'ayn fi is'lāh Gāmi' al-fus'ḥayn", résumé d'Ibn Qādī Sīmāwna, avec corrections, ms. 365 Bibl. Achar.

"al-Fatāwā al-hindiyya" ou "al-amkiyya" (circ. 1070). Recueil composé par des savants hindous, Le Caire, 1310, 2^e édité, 6 vol. (= Hind.).

Chaykh-Zāda (1087). — "Magma' al-anhur", commentaire du "Multaqā al-abh'ur", (v. supra), Istantbul, 1318.

al-H'as'kafi (1088). — "ad-Durr al-mukhtār", imprimé en marge d'Ibn 'Abidin, "Radd al-mukhtār", Le Caire, 1260. (= Hask.).

Muhammad b. al-H'usayn (Chaykh al-istām) (1098). — "al-Fatāwā al-angarawiyya", Le Caire, 1281, en 2 vol. (= Ang.).

al-'Tah'tāwī (?). — "H'achiya", glose sur al-H'as'kafi, "ad-Durr" (v. supra), 3^eme édité, Le Caire, 1282, 4 vol.

ach-Churūbulālī (1099). — "Ghuniat dhawī al-ah'kām fi bughyat durar al-ah'kām", commentaire de Munā Khusrāw (v. supra), Le Caire, 1304, en 2 vol.

Abū as-Su'ūd (circ. 1160). — "Fath' allāh al-mu'in", commentaire de Munā Miskīn (v. supra), Le Caire (?), en 3 vol.

Ibn 'Abidin (1252). — "Radd al-mukhtār", commentaire d'"ad-Durr al-mukhtār" (v. supra), Le Caire, 2^e édité, achevée en 1299. (= Abidin).

Du même auteur. — "Min'at al-khāliq", commentaire d'Ibn Nugaym, "al-Bahr", (v. supra), imprimé en marge de cet ouvrage, Le Caire, 1324, 8 vol.

Du même auteur. — "Magmū'at rasā'il", recueil d'études sur diverses questions, Istantbul (?), 1325.

as-Sindi (1257). — "Tawālī al-anwār", commentaire d'"ad-Durr al-mukhtār" (v. supra), ms. 1987 B. Azhar Rāfi'i, 16 vol. (= Sindi).

Muhammad Abū al-Fath' (1294). — "Ith'āf al-abs'ār wal-bas'ār". C'est une classification d'"al-Achbāh" d'Ibn Nugaym, Alexandrie, 1293.

Muhammad 'Alā' ad-dīn 'Abidin (1306). — "Qurra' ayūn al-akhbār", complément de "Radd al-mukhtār", (v. supra), Le Caire, 1299, 2 vol. (= Qur.).

'Alā' ad-dīn al-'Tarābulai, Qādī de Jérusalem. — "Mu'in al-h'ukām", 1^{ère} édité, Le Caire, 1300.

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

DROIT PRATIQUE

(A) NOTARIAT :

al-Kākullī. — "al-Amthila ach-churūtiyya fi tab'rīr al-wathā'iq ach-char'iyya", mss. 38 et 1716 B.E. (= Kak.).

Darwīsh Muh'ammad b. Aflak'ūn. — "as-Sukūk ach-char'iyya", ms. 1059 B.E.

Ah'mad b. 'Abd al-Ghaffār (circ. 1050). — "Sukūk char'iyya", ms. 689 B.E. (Taymār).

(B) RESPONSA :

Sirāg ad-dīn al-Hindī (773). — "al-Fatāwā as-sirāgiyya", ms. 3755 B.M.A.

Dāūd b. Yūsuf al-Khat'ib. — "al-Fatāwā al-ghiyāthiyya", Le Caire, 1322.

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

al-H'ānūn al-Mas'rī (1010). — "al-Fatāwā al-h'ānūniyya", ms. 294 B.E.

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

Qaṣṣi Effendi (1107). — "Waqi'at al-muftin", 1ère édit., Le Caire, 1300.

As'ad al-Madani (1115). — "al-Fatâwâ al-as'adiyya", édit. al-Khayriyya, 1309, 2 vol.

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

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

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

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

Muḥammad Kāmil at-Tarābulsî, mufti de Tripolitaine (1320). — "al-Fatâwâ al-kāmilîyya fil-hawādith at-tarābulsîyya", Le Caire, 1313.

2. — Droit Malékite

Mālik b. Anas, le fondateur de l'école. — "al-Mudawwana al-kubra", version de Saḥ'nūn, 1e édit., Le Caire, 1223, 16 tomes en 8 vol.

Muḥammad b. al-H'asan ach-Chaybānî. — "al-Muwat't'a", édit. al-Yūsufi, 1332. C'est un recueil de Mālik rapporté par Muḥammad, qui donne la clef des rapports entre les deux écoles malékite et hanéfite.

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

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

al-Qarāfi (634). — "al-Furūq", Le Caire, 1344, 4 tomes en 2 vol.

Ibn ach-Châṭ' (728). — "Adrâr ach-churūq", commentaire de l'ouvrage précédent, imprimé avec lui.

Ibn Guray' (741). — "al-Qawānin al-fiqhiyya", Tunis, 1344.

al-Qafsî (736). — "Lubâb al-lubâb", Tunis, 1346.

ach-Châṭ'ibî (760). — "al-Muwāfaqât", Tunis, 1302.

Ibn As'im (839). — "Tuh'fa", Le Caire, 1344, 2 vol.

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

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

Muḥammad b. Farḥ'On. — "Taḥsirat al-hukām", Le Caire, 1302, 2 vol.

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

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

Du même auteur. — "ach-Charḥ al-kabîr", en marge de "Arafâ ad-Dîsūqî, Le Caire, 1309, 4 vol.

as-S'āwî. — "Bulghat as-sâlik", commentaire d'ad-Dardir, "ach-Charḥ as-s'aghîr" (v. supra).

"Arafâ ad-Dîsūqî, commentaire d'ad-Dardir, "ach-Charḥ al-kabîr" (v. supra).

az-Zurqānî, Muḥammad. — Commentaire du "Muwat't'a" de Mālik, Le Caire, 1310, 4 vol.

az-Zurqānî, 'Abd al-Bāqî. — Commentaire de Sîdî-Khallî, "Mukhtas'ar", Le Caire, 1307, 8 vol.

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

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

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

Ah'mad b. Muh'ammad al-Malluwi (circ. 1299). — "Tuh'fat al-qud'at bi ba'di mas'ail ar-r'u'at", Paris, 1909 C.

X al-Wāncharīsi. — "al-Mi'yār", Fez, 1315, 12 vol.

+ as-Sigilmāsi. — "Nawāzil", Fez, 1318.

+ as-Sigilmāsi, 'Abdallāh (circ. 1200). — "Fath' al-gali" ou "al-'Amaliyyāt al-amma", Tunis, 1290.

'Alih, Muh'ammad (1299). — "Fath' al-'ally al-mālik", Le Caire, 1290, 2 vol.

Du même auteur. — "Charb' minah' al-gali", commentaire de Khalīl, "Mukhtas'ar", Le Caire, 1294, 4 vol.

3. — Droit Chaféite

ach-Chāfī'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-Ghazālī. — "al-Wagīz", Le Caire, 1317, 2 vol.

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

Bā'alawī (542). — "Bughyat al-mustarchidin", Le Caire, 1309.

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

al-Burzāli (739). — "Ma'rifa' ach-churūt al-mutadāwila bayn annās", ms. 475 B.E. (Taymūr).

Ibn H'ābib al-H'alabi (779). — "Kachf al-murūt 'an mah'āsin ach-churūt", ms. 609 B.E. (Taymūr).

as-Suyūtī (911). — "al-Achbāh wan-naz'ir fil furū'", La Mecque, 1331.

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

Du même auteur. — "Tuh'fat al-mubtāg", commentaire d'"al-Minhāg", Le Caire, 1304, 8 vol.

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

Du même auteur. — "Nihāyat al-mubtāg", commentaire d'"al-Minhāg", Le Caire, 1304, 8 tomes, en 5 vol.

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

"H'udūd sihiyya". D'auteur inconnu, définitions extrêmes d'ar-Ramli, commentaire du "Minhāg", ms. 744, Bibl. de Zaki Pacha.

'Ali Bās'īrī (1260). — "Ithmīd al-'aynayn", en marge de Bā'alawī, (v. supra).

'Izz ad-dīn b. 'Abd as-Salām. — "Qawā'id al-ah'kām fi mas'ailih' al-anām", ms. 1 Ch. B.E., vient d'être imprimé.

al-Birmāwī. — "H'achiya", glose sur Ibn Qāsim al-Chazī, "Charb' al-Chāya", commentaire d'Abū-Chugā, Le Caire, 1319.

al-Bigirmī. — "al-Tagrīd", 2e édit., Le Caire, 1309, 4 vol.

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

ach-Chardāwī. — "H'achiya", glose sur "al-Tahrīr" d'al-Ansārī, Le Caire, 1305, 2 vol.

al-Qazwīnī. — "al-H'iyal fil siyāh", édit. Schacht, Hanovre, 1924.

al-Chazālī. — "al-Mustas'ifa", ouvrage de "usūl", 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 Qudāma (630). — "al-Mughni", 2e édit., Le Caire, 1347, 12 vol.

al-Maqdisi (632). — "ach-Charh' al-kabir", Le Caire, 12 vol. imprimé avec l'ouvrage précédent.

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

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

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

1332.

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

Du même auteur. — "at-Turuq al-hukmiyya lis-siyāsa ach-char'iyya", Le Caire, 1317.

Abū 'Abdallāh Muh'ammad (763). — "al-Furū", Le Caire, 1339, 3 vol.

Ibn Ragab (795). — "al-Qawā'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.

Mane'ūr b. Idris. — "Kachehāf al-qinā", Le Caire, 1319 4 tomes, en 3 vol.

'Abd al-Qādir ach-Chaybāni (circa 1100). — "Nayl al-madrīb", Le Caire, 1288, 2 tomes, en un seul vol.

5. — Droits Chiites

(A) IMAMITE :

al-'Amili (1236). — "Miftāh' al-karāma", Le Caire, 1323-1326. L'impression en est encore inachevée.

Abū al-Ma'ali. — "Rasā'il", 1317.

Asad Allāh. — "Maqābis al-anwār", édit. des Indes, 1322.

an-Nagafi. — "Gawāhir al-kalām fi bāb al-'uqūd", 1322.

as-Saymari. — "Gawāhir al-kalimāt fil 'uqūd wal iqā'āt", ms. 6 B. Azhar.

(B) ZAIDITE :

Abū al-M'usayn Zayd b. 'All. — "Magmū' al-fih", édit. Grif-fini, Milan, 1919 C.

'Abdallāh b. Miftāh' (877). — "al-Muntazā' al-mukhtār", Le Caire, 1332, 4 vol.

6. — Droit ibādite

Muh'ammad Af'fich. — "Charh' an-Nil wa chifā al-'allī", Le Caire, 1343, 10 vol.

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

as-Sālimi. — "Gawhar an-nizām fi 'ilmay al-adyār wal ah'kām", Le Caire, 1344.

7. — Ecoles Comparées

ad-Dabbūsi (420). — "Ta'sin an-na'ar", Le Caire (?)

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

ach-Cha'rāni (973). — "al-Mi'ān al-kubrā", 2e édit., Le Caire, 1317, 2 vol.

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

at-T'abari (310). — "Ikhtilāf al-fuqahā", édit. Kern, Le Caire, 1332 C.; et édit. Schacht, Le Caire, 1933 C.

8. — Sciences Auxiliaires

(A) US'UL OU PRINCIPIOLOGIE :

as-Sarakhsī. — "Us'ul", ms. 20 B.E.

'al-Bazdawī. — "Us'ul", Istanbul (?), 1307, 4 tomes, en 2 vol.

'Abd al-'Aziz al-Bukhārī. — "Kachf al-asrār", 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).

(E) FARAI'D OU DROIT SUCCESSORAL :

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

(C) H'ADITH OU TRADITIONS :

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

al-Qas'tallâni. — "Irchâd", Le Caire, 1307, 10 vol.

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

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

ach-Chûkânî (1255). — "Nayl al-aw'târ", 2e édit., Le Caire, 1344.

(D) TAFSIR OU INTERPRETATION CORANIQUE :

al-Alûsî. — "Roh' al-ma'ânî", Le Caire, 1301, 9 vol.

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

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

ibn al-H'ag (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.

'Alî b. Mu'hammâd al-Gurgânî. — Commentaire d'al-Igî, "al-Mawâqif", Le Caire, 1266.

al-Taftâzânî. — "Charh' 'alâ main Maqâs'id al-'alibîn", Istanbul, 1277.

Abû-H'anîfa. — "al-Fiqh al-akbar fî tawhîd", 2e édit., Le Caire, 1324.

Du même auteur. — "Was'îyya li Abi-Yûsuf", ms. 681 B.E.

9. — Biographies (T'abaqât). Bibliographies

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

ibn Qut'ûbughâ (879). — "Tag at-tardîm fi t'abaqât al-h'anafiyya", Edit. Flugel, Leipzig, 1862.

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

Tâch Kubrâ Zâda (962). — "Miftah' as-sa'âda", Haiderabad, 1329, 2 vol.

Qanâli Zâda. — "Risâla fi t'abaqât masâli mazhab Abi-H'anifa", ms. 146 m. B.E.

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

ibn Kamâl Pachâ. — "T'abaqât al-h'anafiyya", ms. 1512 B.E. (Taymâr).

al-Laknawî al-Hindi (circ. 1230). — "al-Fawâid al-bahîyya", Le Caire, 1324.

Mullâ Kâtîb Chalabi. — "Kachî az-z'unûn", Istanbul, 1311, 2 vol.

10. — Histoire. Droit Public

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

ibn Qutayba. — "Uyûn al-akbâr", Le Caire, 1925 C.

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

al-Kindî. — "al-Qud'at", Edit. Gottheil, Paris, 1908 C.

al-Mâwardî. — "al-Ah'kâm as-sult'aniyya", Le Caire, 1298.

al-Magrizî. — "an-Nuqûd al-islâmiyya", Istanbul, 1298.

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

B. — LITTÉRATURE MODERNE

1. — Codifications modernes et leurs commentaires. Manuels

- "al-Magalla", 2e édit., Istanbul, 1298.
Nagib bey Hawāwini. — "al-Magalla aw Gāmi' al-adilla", Liban, 1905 C.
Salim b. Rustam Bāz. — "Charh' al-Magalla", 2e édit., Beyrouth, 1898 C.
Mas'ūd eff. et Yūsuf As'ād. — "Mir'āt al-Magalla", Le Caire, 1894 C., 2 vol.
'Alī H'aydar. — "Durar al-h'ukkām", trad. Fahmī al-H'usaynī, Ghazza, 1351, 12 vol.
al-Mab'āsini. — "Charh' al-Magalla", Damas, 1827 C.
al-Ghazfī. — "al-Adilla", Damas (?), 1919 C.
as-Suwaydī. — "Kitāb ach-charika", Bagdad, 1922 C.
Du même auteur. — "al-Wakāla", Bagdad, 1923 C.
Mikhāil 'Id al-Bustāni. — "Margi' at-t'ullāb", Beyrouth, 1914 C.
Muh'ammad Qadri Pacha. — "Murchid al-h'avrān", 2e édit., 1891 C.; et articles supplémentaires, 1909 C.; et 3e édit., 1903 C.; Le Caire.
Muh'ammad H'afiz' S'abri. — "al-Muqāranāt wal muḥabālat", (droits musulman et hébraïque comparés), Le Caire, 1902 C.
Sa'id 'Abd al-Chaffār. — "Asrār al-mu'āmalāt fi ach-chari'a wal qawā'id al-mis'riyya", Le Caire, 1927, 2 vol.
Muh'ammad Zayd al-Ibyānī bey et Muh'ammad Sa'āma. — "Charh' Murchid al-h'avrān", t. I, seul paru, Le Caire, 1908 C.
Abū al-Fath' bey. — "al-Mu'āmalāt", 2e édit., Le Caire, 1923 C., 2 vol.
Du même auteur. — "Mukhtas'ar", Le Caire, 1916 C.

- Ah'mad Ibrāhīm Bey. — "Mudhakkihrāt fi al-mu'āmalāt", Le Caire, 1909 C.
Du même auteur. — "Turūq al-qad'ā", Le Caire, 1947.
Du même auteur. — "Ah'kām al-ah'wāl ach-charikhiyya", t. I, 1e édit., Le Caire, 1925 C.
Muh'ammad Zayd al-Ibyānī Bey. — "Mabāhith al-waqf", 3e édit., Le Caire, 1924 C.
Du même auteur. — "Charh' al-ah'kām ach-chariyya", 4e édit., Le Caire, 1924 C., 3 vol.
Du même auteur. — "al-Waidya", cours de doctorat 1923-1930, à la Faculté de Droit.
Du même auteur. — "Mukhtas'ar al-murātāt ach-chariyya", Le Caire, 1925 C.

2. — Monographies

- Ah'mad 'Affī. — "al-Mabāhith al-galla fi ah'kām al-mudda at-t'awla", Le Caire, 1907.
Ah'mad Ibrāhīm Bey. — "Takhliuf al-qad'ā wa diyāna", Revue "Magallat Kulliat al-h'udūd", 3e année, n° 1, p. 4-10.
Du même auteur. — "Madā istimāl 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; "Iktizām al-ahbarru'āl", Revue "al-Qarān wal Iqtisād", 2me et 3me années, et tous les autres articles parus dans cette revue.

3. — Autres ouvrages modernes

- al-Khud'arī. — "Us'ul al-fiqh", Le Caire, 1329.
Abū al-Fath' Bey. — "al-Mukhtārāt al-fath'iyya", 4e édit., Le Caire, 1924 C.
Muh'ammad H'asanayn Makhlūf. — "Bulūgh as-su'l fi mad-khal 'ilm al-us'ul", Le Caire, 1332.

- Ab'hamad Ibrahim Bey. — "Mas'adir al-fiqh", Revue al-Qanun, 1re année, n° 2, p. 185-213.
- al-Khud'ari. — "Tarih al-tachri", 2e édit., Le Caire, 1926 C.
- Ali Badawi. — "Fi tarikhi ach-chara'", Revue al-Qanun, p. 323-352 ; du même auteur, "Makarat ach-chari'a", même revue, 1re année, p. 731-739.
- Ibnaz Goldziher, trad. H'usayn Fur'ad. — "al-Mabadi at-tachri'iyya", Revue "Magallat Kulliat al-huquq", 2e année, p. 9-14 ; et réponse d'Ah'mad Ibrahim Bey, p. 14-21.
- P. H. Lamens. — "al-Fiqh al-Islami", Revue "al-Machriq", 31me année (1923), n° 1, 2, 3, 5.
- Du même auteur. — "al-H'iyal wal-makharig", même revue, 1931, p. 641-645.
- "Kitab al-fiqh 'ala al-mazahib al-arba'a al-'ibadat", Le Caire, 1931 C.
- "Ali 'Abd ar-Raziq. — "al-Islam wa us'ul al-hukm", Le Caire, 1925 C. ; Réponse des "Ulemas" à cet ouvrage.
- Muhammad 'Abdu. — "Risalat at-tawhid", 1e édit., Le Caire, 1915.
- Muhammad S'alih. — "al-Fikr al-ijtisadi al-'arabi", Revue al-Qanun, 2me année, p. 385-410, et 3me année, n° 3.

C. — LITTÉRATURE OCCIDENTALE

1. — L'Islam en général :

Institutions, Histoire

- A. J. Wensinek. — "The Muslim Creed", Cambridge, 1932.
- H. Lamens S. J. — "L'Islam. Croyances et Institutions", Beyrouth, 1926.
- E. J. Belus. — "The influence of Islam", London, 1932.
- I. Goldziher. — "Le dogme et la loi de l'Islam", Trad. F. Arin, Paris, 1920.

- G. H. Bouquet. — "Observations générales sur l'Islam", Revue Algérienne, 48me année, Janv.-Fév. 1932, p. 20-29.
- Gautefroy-Demombynes. — "Les institutions musulmanes", nouvelle édition, Paris, 1931.
- E. Lévy-Provençal. — "L'Espagne musulmane au Xe Siècle. Institutions et Vie sociale", Paris, 1932.
- Louis Haiphien. — "Des grandes invasions aux conquêtes turques du XIe siècle", Paris, 1936.
- Cl. Huart. — "Histoire des Arabes", Paris, 1913, 2 vol.
- P. Arminjon. — "L'enseignement, la doctrine et la vie dans les universités musulmanes d'Égypte", Paris, 1937.
- Ahmad Ibrahim et Ali Badawi. — "Les relations ethnologiques et historiques des Religions et du Droit", Revue Al-Qanun, 11me année, p. 197-214.
- "Encyclopédie de l'Islam", Leyde.

2. — Généralités sur le droit musulman

- Asaf A. A. Fyze. — "An introduction to the study of Mahomedan Law", Oxford, 1931.
- M. Morand. — "Introduction à l'étude du droit musulman algérien", Alger, 1921.
- G. 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. — "Étude 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. 153-214.

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

Abdessaïlam Ben Choalb. — "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.

Santifiana. — "Law and society" in Th. Arnold and Alfred Guilleaume (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, 1928.

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. — "Dictionary of Islam". On y trouvera au v° "Dîgh" 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-nîl", *Bulletins et Mémoires de la Société d'Anthropologie*, Paris, t. IV, 5e série, p. 331-391, 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 academiae Lugduno Bataviae", Vol. IV, par Long et De Goeje.

De Slane. — "Catalogue des Mss. Arabes de la Bibliothèque Nationale", 3 fasc., Paris, 1833-1835.

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

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

E. Van Dyck et al-Bislawi. — "Iktifa' al-qand" (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 Gaurroy. — "Législation Musulmane sunnite. Rite hanéfi", Paris, 1843.

N. B. E. Ballie. — "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, 1893.
 M. Morand. — "Cours de droit musulman", (dactylographie).

(C) DROIT CHAFEITE :

- Th. W. Juyeboll. — "Manuale di diritto Musulmano secondo la dottrina della scuola sciafita", Milan, 1916.

(D) DROIT CHITE :

- A. Query. — "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 Tornaauw. — "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, sciafita e hanbalita", trad. Guido Gimino, Rome, 1922.
 L. W. G. Van den Berg. — "Principes du droit musulman selon les rites d'Abou Hanifah et de Chafii", trad. Franco de Tersant et M. D'Amlens, Alger, 1893.
 D. Santilana. — "Istituzioni di diritto musulmano Malichita con riguardo anche al sistema Sciafita", Vol. I, Rome, 1926.
 Seymour Vesey-Fitzgerald. — "Muhammadian 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 shæa schools", London, 1869.

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

(F) ECOLE INDETERMINEE :

- A. Sabatery. — "Eléments de droit musulman", Alger, 1867.
 Lorenzo Elasl. — "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, 1881.
 W. H. Macnaghten. — "Principles of Hindu and Mohamadan Law", 9e édit., London, 1885.
 R. K. Wilson. — "A digest of Anglo Muhammadan Law", London, 1885.
 J. Pharaon et T. Dutau. — "Droit Musulman", Paris, 1899.

5. — Droit coutumier et jurisprudentiel Droit appliqué

- L. J. Bressier. — "Chrestomathie arabe", 2e édit., Alger, 1871.
 G. Marty. — "Des obligations en droit coutumier zennour", Rev. Algérienne, 48e année, 1932, p. 141-153 et nos. suivants.
 P. Antonin Jaussen. — "Coutumes des Arabes au pays de Moab", Paris, 1903.
 Salza (?). — "Variétés : Jurisprudence, coutumes et usages des Egyptiens modernes", in "Courrier de l'Egypte" (Journal de l'expédition de Bonaparte), le 30 Floral, 18ème 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. Millot. — "Recueil de Jurisprudence chérifienne", Paris 1920-1924, 3 vol.

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

E. Clavel. — "Revue Internationale de législation et de jurisprudence musulmane", 1^{re} année, Paris, 1893-1896 (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 Égyptienne de Papyrologie, t. I, Le Caire, 1932, p. 23-95.

P. Casanova. — "Note sur les papyrus arabes du Musée Égyptien", Annales du Service des Antiquités de l'Égypte, t. IX, Le Caire, 1908, 3^e 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. — "Études de droit musulman algérien", Alger, 1910.

Du même auteur. — "Études 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.

C. G. C. Van den Berg. — "Diritto Musulmano. De contratti 'do ut des'", trad. de Gatteschi, Alexandria, 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. Égypte Contemporaine, t. XXII, p. 37-66 et 137-190, Le Caire, 1931.

Ch. Cardahl. — "Le projet de code des obligations du Liban, (ses attaches avec le passé...)", Bulletin de la Soc. Lég. Comp., 50^e année, 1931, p. 611-634.

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. Pesle. — "Le contrat de Saqqa 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. Coadby. — "Notes on the law of Delicts in the Mejel-le", Rev. Égypte Contemporaine, 1924, nos. 81-82, p. 433-503.

Abdel Hamid Moustapha Eay. — "De la faute objective comme fondement de la responsabilité civile et de sa preuve", Rev. Égypte 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. Égypte Contemporaine, 1914, n° 17, p. 1-51.

Ch. Cardahl. — "La copropriété", Revue critique de Législation et de Jurisp., t. 50^e, 1930, p. 304-369; "Théorie générale des actions en droit musulman", Bull. de Lég. Comp., 1923, 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*, 1932, 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. Agnides. — "Mohammedan Theories of Finance with an introduction to Mohammedan law and a Bibliography", New-York, 1916.

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

G. 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 ass-aghir, Abu Abdallah Muhammad Ibn Al-Hasan Asch-Schaibani und sein corpus juris "al-gami ass-agir", Berlin, 1908 (thèse).

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

H. Sauvaire. — "Le Moutaqa El Abheur, avec commentaire abrégé du Madjma el anheur", Marseille, 1832.

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 Kadr Pacha, Le Caire, 1893.

(B) MALEKITES :

Houdas et Martel. — "La Tohfah d'Ebn Acem", Alger, 1832.

Merad Ben Ali Ould Abdel Kader. — "La lamia ou Zaqqagie du juriconsulte marocain Zaqqag", *Revue Alg.*, 1925 et 1926.

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

N. Seignette. — "Code Musulmar 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 malékita di Halil Ibn Ishaq", Vol. II, *Diritto civile*, Milan, 1919.

(C) CHAFEITES :

L. W. G. Van den Berg. — "Minhadj al-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 Schafitisch Lehr. Arabischer Texte des Abu-Suga", Berlin, 1897.

Juynboll. — "Jus Shafiticum. Al-tanbih, auctore Abu Ishak As-Shirazi", Lugduni Batavorum, 1879.

(D) ECOLES COMPAREES ; HADITH ; DROIT PUBLIC

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

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

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

Le Cte. Leon Ostroff. — "El Abkam 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 Mawardi", 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 Rabinowicz. — "Législation civile du Thalmud", Paris, 1880, 5 vol.

"Code Rabbinnique 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.

Grunfeld and Hunt. — "The Oxyrhynchus Papii".

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

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

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

B. R. Sanguinetti. — "Abkam al-'atiga ou les Préceptes de l'Ancien Testament", Paris, 1890.

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

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

Ibrahim Auad. — "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. Meutenaere, Paris, 1877, sur la 3e édit.

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

P. Colinet. — "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. 237-260.

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

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. Ghironi), 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 éd., Paris, 1924.

(C) DROIT EGYPTIEN MODERNE :

E. De Huls. — "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 éd., 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 éd., Le Caire, 1931.

(B) DROIT FRANÇAIS :

Esmein. — "Etude sur les contrats dans le très ancien droit français", Néc. Rev. Hist., 1892, p. 35-75.

Pothier. — "Traité sur différentes matières de droit civil", 2e éd., Paris, 1781.

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

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

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

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

M. L. Larembière. — "Théorie et pratique des obligations", Néc., éd., Paris, 1895.

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

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

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

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

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

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

C. Dufnoir. — "Propriété et contrat", 2e éd., Paris, 1924.

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

(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 éd., nouveau tirage, Paris, 1925 (= Saleilles).

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

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

G. G. Cheslire 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.

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

(E) PHILOSOPHIE DU DROIT ; CONCEPTS :

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

F. Garnetutti. — "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.

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

G. Yards. — "Les transformations du droit", 8e éd., Paris, 1922.

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

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

P. Rehouard. — "Précis d'Economie Politique", 2e éd., Paris, 1927.

Archives du Tribunal Char'f du Caire.

TABLE DES ABBREVIATIONS

Abdin.	= Ibn 'Abidin. — "Redd al-muhtār".
Anq.	= Muḥammad b. al-H'otayn. — "al-Fatāwā al-an-qarawiyya".
Attabi.	= al-'Attābi. — "Gāmi' al-fich".
Arabischer.	= "Arabischer Urkunden", zu Berlin".
Bab.	= al-Bābarti. — "Ināya".
Baghd.	= al-Baghdādī. — "Maḥma".
Bazzaz.	= Ibn al-Bazzāz. — "al-Fatāwā".
Burh. Dhakh.	= Burhān ad-dīn. — "adh-Dhakhira".
Chalabi.	= ach-Chalabi. — "Hāchiya".
Col. et Cap.	= Colin et Capitant. — "Cours", 5e édit.
Demol.	= Demolombe. — "Cours de Code Napoléon".
Gass.	= al-Gaṣṣ'as'. — "Charh' al-Gāmi' al-kabīr".
Ghazzi.	= al-Ghazzi. — "Tanwir".
Girard.	= Girard. — "Manuel".
Grohmann.	= Adolf Grohmann. — "Arabie papyri".
Hadd.	= al-H'addādī. — "al-Gawhara".
Has.	= al-H'as'iri. — "al-Tahrir".
Hask.	= al-H'as'kafi. — "ad-Durr".
Hind.	= "al-Fatāwā al-hindiyya".
Hum.	= Ibn al-Humām. — "Fath".
Itikh. Khul.	= Itikhār ad-dīn. — "al-Khulā'a".
Kak.	= al-Kākullī. — "al-Amthila".
Kanz.	= an-Nasafi. — "Kanz".
Kas.	= al-Kāsānī. — "Bada'".
Khan.	= Qād'i-Khān. — "Fatāwā".
Khas.	= al-Khas's al. — "al-H'iyal".
Khiz.	= al-H'ueayn. — "Khizānat al-muftin".
Kifaya.	= al-Khawārizmī. — "al-Kifāya".
Marghi.	= al-Marghinānī. — "Hidāya".
Ménard.	= Ménard. — "Essai d'une critique objective".
Muh.	= Muḥammad. — "al-Mabsūṭ".
Muh. sagh.	= Muḥammad. — "al-Gāmi' as-s'aghīr".
Muh. kab.	= Muḥammad. — "al-Gāmi' al-kabīr".

- Nug. = Ibn Nugaym. — "al-Achbab".
 Nug. Bahr. = Ibn Nugaym. — "al-Bahr".
 Qud. = al-Qudari. — "Mukhtas'ar".
 Qurr. = Muh' b. 'Ala ad-din 'Abidin. — "Qurrat".
 Radiy. = nadiy ad-din as-Sarakhel. — "al-Muh' b".
 Sa'di. = Sa'di Chalabi. — "H'achiya".
 Saleilles. = Saleilles. — "Etude sur la théorie de l'obligation".
 Samarq. = as-Samarqandi. — "Navázil".
 Simaw. = Qad'i-Simawna. — "Gami' al-fus'layn".
 Sarakh. = Abū Bakr as-Sarakhel. — "al-Mabsū".
 Savigny. = Savigny. — "Droit des obligations".
 Sindi. = as-Sindi. — "Tawāli".
 Tah. = at-Tah'awi. — "Mukhtas'ar".
 Tah. ad. = at-Tah'awi. — "Adhkar al-huqūq".
 Tater. = 'Alim b. 'Ala. — "at-Tafarkhaniyya".
 Tay. = Auteur inconnu. — "at-Taysir, charh' al-Gami' al-kabir".
 Zahir. = Zahir ad-din. — "az-Z'abiriyya".
 Zal. = 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 renouveler 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, afflètent 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 verteuse, 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, puis qu'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 corrélation 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 que ces similitudes ou détermine ces dissemblances.

13. — La science connue sous le nom de *Us'ul* 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'adith* 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'adith* ont été inventés pour appuyer une solution donnée ou pour l'écarter. Par contre, des *h'adith* 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'adith* 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 INERANG. 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-HUURONJZE, 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'adith* 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'adith* 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 *Ijmâ'* 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 *'Adâ* 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 plus secrets de l'économie du droit musulman, si originairement il y a. D'autre part, elle décidera 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 CANUST a été relevé par NALLINO. Tout récem-

ment, une thèse italienne — EMILIO BUSSE, *Ricerche intorno alla relazione fra diritto 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 présamite, quelques allusions sporadiques dans des documents postérieurs, de même pour l'époque des premiers khalifes et des khalifes omayyades, 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 juriconsultes 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 juriconsultes 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 immovibles 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-acréditées comme ayant toujours été résolus par ABU-H'ANIFA lui-même ou ses disciples.

Les ouvrages d'IBN SAM'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 *Mabsât* de MUH'AMMAD étant la source, il était tout indiqué de puiser dans le *Mabsât* 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 *Qawadî*, 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 *Mabsât*. Les expli-

cations théoriques qui font défaut au *Mabsât* — y abondent.

Enfin, le quatrième ouvrage composé de cas surajoutés *Ziyādât* peut être reconstitué à travers les commentaires soit d'AL-ATTABÎ, 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 compiler des ouvrages importants qui n'ont pas encore été divulgués. Citons entre autres: AT'T'AH'AWI (321), *Mukhtas'ar*; RAD'IR AD-DIN AS-SARAKHSI (544), *al-Muk'h't*. Ce dernier ouvrage contient en même temps la version non acréditée et les *Navâzîl*: chaque groupe de cas sous une rubrique propre. Citons encore: BURHAN AD-DIN, *adh-Dhakîrâ* et ISTIKHAR AD-DIN, *al-Khudâs'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-Mabsât* qui est un commentaire développé d'un résumé des ouvrages de MUH'AMMAD; AL-ATTABÎ, *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-Hidāya* dont les commentaires constituent toute une bibliothèque. Signalons aussi le groupe des commentateurs d'*al-Kanz*, puis ceux d'*ad-Durr al-mukhtār*.

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-Sinri (1257) qui, dans un ouvrage encore manuscrit, commente avec de larges développements le même *ad-Durr al-mukhtār*.

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 *Fatāwā* ou *Responsa* sans qu'ils soient à proprement parler des consultations. Il faut citer surtout *az-Z'akrīyya*, *al-Tatārkhānīyya*, *al-Hindīyya*.

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-Karānisi*, *al-Furūq*, encore manuscrit; et le fameux Ibn Nūjaim, *al-Akbbāk*, avec un commentaire encore inédit d'Ar-Tagi.

D'autres ouvrages revêtent aussi un cachet spécial en ce qu'ils envisagent surtout l'action en justice. Le plus important c'est *Gāmi' al-fus'ūlayn* de Qad'i-Smawna et son commentaire: *Nār al-āya*.

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-Mabsūt*, 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 compiler 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 *Mabsūt* de Muḥ'ammad est particulièrement désordonné. L'ordre qui a été donné au *Gāmi'* as'-s'aghīr n'est pas de Muḥ'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 *Baḍā'* 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'i 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 Mou'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 Mou'AMMAD. Cette branche du droit a ensuite été cultivée par des auteurs spécialisés, tel ABU-ZAYD ACH-CHURU'Ï. On doit signaler surtout, d'AR-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 d'aujourd'hui en usage.

32. — Ce sont enfin les responsa proprement dits qui s'échelonnent de 1100 à nos jours. Les juriconsultes 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 juristes. 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'ab* en droit chaféite, donnent les mêmes résultats que l'*Istis'h'ab* 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'adith*. Les hanéfites semblent avoir tendu à créer un corps de droit bien construit, ce qui n'est pas allié 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 RACAN* 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 *GAUFFINI* 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 : *ar-'I'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 que 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.

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'ouvrir, 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 *opas*, 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

II. TABLEAU GÉNÉRAL DE LA THÉORIE 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.

PREMIÈRE SECTION.

L'obligation en elle-même.

1. - Éléments 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

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 « *fulás* ». 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 *nisábúryya* et *jah'yya*. C'est la monnaie en cours qui sera la seule considérée. Elle n'est d'ailleurs jamais tout à fait saine.

En principe, le *dinar* est au *dirham*, dans le rapport de dix à un. Le *dinar* 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 *mithqál* d'argent, soit un franc français d'avant-guerre. Par rapport aux « *fulás* », le *dirham* est dit valoir trois *fulás* et demi.

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

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

auteurs s'essayaient généralement à une adaptation aux temps et lieu. Pour certains, le *zugáf* serait préférable à la *nabakragá* et à la *sattáqa*.

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 formules 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 présentent 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 immédiatement.

بيع العينة

ment. Dans ces quatre cas limitativement énumérés par un *h'addik*, 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 rétentit 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 (*Dār al-Mazālim*) ou le *Mah'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 requise.

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 ouvree, 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'inexé-

cution, 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 expressees 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 (*āfa samāwīyya*), le fait du prince (*amr as-sult'ān*): c'est toute nécessité (*d'arīra*) 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 entraînerait 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 édicté 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 naute 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 *mudzama*. 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 procédera 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 commissaire 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 vantage 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'ANU-H'ANRA 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 ouvrier 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 deman-

der 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 incapacité 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 contributivement. Mais il faut que le passif du *de cuius* 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, vicia 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 Zupar. (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 donations 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 *pus 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, initialement, puisque l'acheteur réunit ainsi entre ses mains et la chose et le prix. Aussi enseigne-t-il que la chose sortira 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 pendant le contrat, 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 défaille, 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 *kafuang* 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

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'interprétation, 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 *sufuga*.

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).

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 *fulas* 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.

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 fit 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 translatrice 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 subseqüemment, 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 donation 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 (*isqâ'at*) 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 S011 Fayum de l'an 382 H. On y lit textuellement : « برأه قرضه واسديا » (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 réclmée 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 valentem 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'âd*) 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 *Isbiddâl*, si fréquent, ne veut pas dire autre chose que datation 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 *Gârukîyya*. 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 datation 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'émolument 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 GROMANN (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°) 4 *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'avála*. 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 ». (HEUVELIN, *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'avála* 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 *sufiaga* ou contrat de change (*cajabum trajecitum*) 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 Âge. (Cf. Le mot aval est une déformation du mot *h'awala*. HUBERLIN, *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 *kaftung* 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'awala* 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 renait 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 courir 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't 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 Porlock).

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 *Idâh'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*

sch'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

étaier, 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 valide 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 renvoie 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 « viciuse » par les auteurs. Mais ici encore, l'usage peut venir bafouer 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 viciuse 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 *accidentalium* 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, GRIENMANN, 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 par fait 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'igha*. Cette *s'igha* peut prendre diverses formes ou s'exprimer 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-

sièrent 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'awad'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 ibtid'ân*, 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 *ma'f'acat'at*. 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'at ibtid'at*: 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'at*: 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 *murabah'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 *tauliy'a* ou vente à prix réduit. Dans une forme de la commandite, le *ibd'a*, 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 démentie 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 *kazl* est parfois nécessaire 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 trans-

féer 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. *Dawoud, Des Oblig.*, t. I, p. 267, n° 164). L'acte apparent tiendra 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 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. (Gnommann, III, p. 165, n° 61) une allusion à cette théorie : « وقرفا بالبداهة بد تمام البيع ».

Elle semble cependant se rattacher à la conception cha-

faîte. Gnommann a dû lire *تقرفا* 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. À 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 message qui profitera 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 parvenue 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-ikrah*). 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 وشريعته* ».

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'addik*, 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'addik*, 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 fausement 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 *ghurúr*, 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 *Mu'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 (*gâir*) 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 représentant, 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 'Abidin, 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 ou de lésionnaire. La lésion n'est pas un vice dans la pure doctrine, ainsi qu'on l'a vu. Cependant, Ibn 'Abidin 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 inexécutable 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 retento*, 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 (*khaf'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. L'autre part, les théories des vices rédhibitoires et de l'opération 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. (JOSSEPHAND). 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 principologie du droit ou us'el.

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 banalisée. 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 inexistance. 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'it »*. 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 juriconsultes 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 *acqf.*

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 inexistance. Sont *fâsid*, les contrats munis de clauses, les contrats entachés d'usure ou simplement suspects d'usure, les contrats 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 inexistance. 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 revende 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 jour, 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 Muḥ'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 hanéfiée. 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 *veqf*.

Ce que la victime détient est aux risques et périls du propriétaire, mais la chose détenue par l'autre contractant périclite 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'imbécille 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'autorité les rendra nuls ou inexistantes.

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'ART. T. AN. XVI.

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. *Ratificatio 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 rendu.

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'agit 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, par faite, 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 (vasal)* 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 poursuivre 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 subéquente 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. Selbstcontract.* — 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 *mutuus*, 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 par faite. 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 appaierait 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 polli-

citation, 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. MÉNAND, *Technique de l'obligation*).

Il serait donc plus approprié de parler de garantie, à l'instar de SAINT-ÉTIENNE. 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 illâf*).

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.

I. — 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 m'adhân*) 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 com-

modat. 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, fit'*).

L'élément subjectif (*khat'a'*) a été analysé à propos de l'homicide. Mais il s'agit alors, en fait, de l'*amman 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'addi* et *taqs'ir*. 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'addi* et *taqs'ir*. 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 bénéficieraient leurs biens propres.

L'artisan est encore responsable, même si la chose a péri par négarde, sans qu'il y ait eu acte illicite ou *ta'addi*. 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 : « *فقد أو فبر فله* ». 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.

D'ailleurs, une fois la contravention consommée, il ne servira de rien d'y remédier. L'état délictueux ne disparaît point par cela seul qu'on n'est plus en contravention. Ainsi, une monture a été conduite plus loin qu'il n'était prévu au contrat. Sa perte incombera au contrevenant, même s'il l'avait ramenée saine à l'endroit indiqué. Il existe cependant une exception en matière de dépôt.

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 gagiste enfin est responsable de la perte du gage jusqu'à concurrence de sa créance.

Dans tous ces cas, le risque semble reposer sur l'idée que le détenteur détient la chose dans son intérêt propre. Il est juste donc qu'il supporte les risques de sa perte.

223. — Au cas où un fait illicite a été commis par

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 *ghaur* 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 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-Itîdîf*, 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 الشرعي ينافي الخيان ».

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'écrasement 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 continus. 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-mithal*). 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.

rieure 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.

I. - 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'ar'-T'-A'-H'AWI.

Le droit, comme pouvoir de commandement, s'exprime par le terme *walāya*.

255. — L'idée d'obligation se trouve exprimée surtout par le terme *wāğib* ou *wagūb*. 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 'Aidin, le *wāḡib*, c'est tout ce qui est exigé par la loi ou les usages.

256. — Le *wāḡib* qui veut dire littéralement « devoir », n'évoque pas l'idée de lien ou de « vinculation ». Pour exprimer cette idée, on se sert du terme « *luḡām* », mais ce terme exprime surtout l'irrévocabilité et ne concerne que les contrats.

De même, le terme *iltizām* 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 *iltizāmāt*. 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 An-Razi, *Tafsīr* (III, 349), que le contrat est un *iltizām*.

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'*amān*. 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, (نفى بالمضون أن يكون واجب التسليم) (AL-KASANI, VI, 142) : « 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 « *mi fidh-dhimmā* ».

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*, *dinar*, *fulûs*; de choses qui se présentent, 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 *nahr*.

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 (*mal' h'akmil*) 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 *dkimma*, 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-mat'ala*).

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 *mat'ala*, de même que la remise éteint la *mat'ala* non la dette. Cette distinction n'a d'ailleurs pas grand intérêt.

263. — La notion de *dayn* repose, en fait, sur celle de *dkimma*. 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 *dkimma* finit par se confondre. Toute personne possède en elle-même cette « virtualité » de s'obliger. Elle ne disparaît qu'avec sa mort. Le patri-moine seul répondra alors des dettes. Mais, tant que la personne est en vie, patrimoine et *dkimma* 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' *aqg fil 'ayn*, h' *aqg thabit 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 reconnaît leur caractère réel.

Il faut enfin remarquer que ces droits ne peuvent jamais faire l'objet d'aliénations qu'accessoirement au fonds.

272. — Se rattachant 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 cuius*. On appelle parfois cette sorte de droit : *h'aqq qawf* 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 foncier. 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-mu'âlab* et constitue le lien obligatoire qui mettra en présence deux personnes : *at-t'âlîb* et *al-ma'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 *mu'âlab*, 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. *Sr. 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 du 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 ce pendant 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 citons 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 *ma'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 domage 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'ANFA,

10. - DONATIONS

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 في قول أبي حنيفة » وعندنا يصح خبر أن عند أبي يوسف الوصية تكون بينهما نصفين وعند محمد الجبار أن الوارث يعطى أهما شاء. »
Comp. LAROMBÈRE, III, p. 355, n° 5 : « L'exécution de dispositions semblables avait soulevé de grandes controverses parmi les juristes romains. JUSTINEN trancha toutes ces difficultés, en décidant que la particule disjonctive devait être prise pour une particule conjonctive. L. 4, C. De verbor. et rer. signific. ». Et Demol., XXVI, 78-80, n° 101-104.

(1) Kas., Ventas, V, 283 *in fine* et 284, l. 1 : « إذا اشتريا البند جملة : واحدة كان كل واحد منهما متريا نصفه. »
V. aussi la note suivante.

(2) *Id.*, VI, Société, 58, l. 16-17 : « أن يشتريا شيئا أو يوهبا لها أو يوصيا لها 16-17 : لها أو يصدق عليها فيبدا... نصير الشري والوهاب والوصى به والتصدق به مشتركا بينهما شركة ملك. »
« الذين شركة قسمة والقسمة تنفي المارة إذا : 11 : 11 : en rapprocher *id.*, VI, 81, l. 11 : لم يبين فيها قدر معلوم. »

(3) *Id.*, V, Ventas, 226, l. 21-25. V. aussi la note précédente.
V. encore Sarakh., XI, Société, 165, l. 9 : « هذا الشرط مشترط لتعقبي : 9 : 9 : مطابق 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 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 الغد الملك ولا يأتي اثنائه بكائه لكل واحد منها. »

(5) « اجتماع الذكيين في عمل واحد محال. »
et Nug., II, 202, l. 5 :

(6) Kas., VI, Donation, 121, l. 28-34 et 122, l. 1-23. On y trouve toute la controverse.

(7) *Id.*, 122, l. 1 : « قولها أن موجب ثبوت الملك في كل الدار لكل واحد منها على الكمال. »

(8) « التصف عند الاتهام ضرورة الزاحة واستوائها : 1-4 : 1-4 : في الاستحقاق... كالأخوين في البراءة عند الاستواء في الدرجة أن البراءة يكون بينهما نصفين وإن كان سبب الاستحقاق في حق كل واحد منها على الكمال. »
« فلم يكن الاتهام على التناصف موجب العينة بل لتضيق المحل. »
et l. 7-8 :

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).

20. - TRADITIONS *

291. — L'obligation de livrer se divise-t-elle en cas de pluralité active?

(8) $M_{\mathcal{A}}, 1, 17$: «كلّنه اقروا لكل واحد منهما العدد في النصف.»

V. aussi Sarakh. XII, Donation, 67, l. 17: « كل ما وهب النصف من كل واحد منها يعقد على حدة. »

« تفرق ملكيها في اللغة » وانه : 17, l. 188, IV, Lounge, Kas. (ق)

« ولو مات أحد التاجرين حتى انتفتت الإجارة في حصته ببيت ١٨: aussi l. 17. »
 في حصه الى كالكات .»

منها في جميع الزمن . »

(10) Sarakh, XXI, Gage, 165, l. 2 : « يوت حق الحبس لكل واحد »

« ويجوز رهن الواحد من اثنين ... لأن 19-20: i, t. 88, Louage, IV, et Kas., »

* 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. Baghd., 286. 151-152 »

Il ressort de certains textes, concernant le droit de ré-
tention du vendeur, que chacun des deux acheteurs peut exi-
ger la délivrance de sa part (11). Le texte d'al-Gāmi as-
s'agmār (12) suppose le cas de vente d'un esclave: chose in-

كان مشتركاً وأحدما غالب كان للآخر ان يستخدم الحاد بمحضته . »

Mais Nug-, I, 246, considère que le droit au travail de l'esclave est indivisible: الاستخدام في الملوك مما لا يتجزى فثبت لكل من الرلين

Comparer avec Savigny, I, 369: « Doivent, au contraire, être regardées comme divisibles les *faciendi obligaciones* 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 نبي فيه من تسلي حصته من الثمن».

et l. 12: « إذا بدأ أحدنا ففعل الشيء فليكن كأنه قد فعله »

(12) Muh. sagh., Ventes, 87, l. 6-15: «وجلان اشترياعبداء...لم يقبض»
«لا نصنه.»

V. aussi Abdin, IV, 301, l. 3 : «أى اشتريا عبداً صفقة واحدة كما عبر فى الجامع : 3»

« الظاهر أن هذا لو البيع غير منقضي أما للثمن كالأجر ونحوه مما يمكن قسمته فلا
يجهز على دفع السكن ولما موررنا السابقة بالمد. »

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

la base du cas analysé. Si le co-acheteur est absent ou en retard, il se part dans le prix, il ne sera pas question de livraison du tout l'un des acheteurs. V. pour cela, *ibid.*, l. 4-6: *يَكُنْ لِي كَأَنَّ خَاضِرًا...*

et l. 10-11:

2

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-dépo-

et Nug. Bahr, VI, 176, l. 4-5: « انشأ » [الكل] يخضعه »

(13) Kas., VI, 230, l. 14: « ما لا يحصل القسمة كاللابة والبند »

Cf. Muh. kab., f. 88 b: « الشاهد منها حضر يدفع إليه نصف المارية ويترك »

Has., Société, « باب شركة الرجين »

(14) Kas., V, v. note 11 *supra*; Hask., IV, 301, l. 1: « وإن اشترى اثنان شيئا ... »

(15) Zai., IV, 129, l. 8: « لا يأخذ إلا نصيبه بطرف الهابة »

V. encore Hum., VI, Ventes, 253, l. 29: « لا يقبض إلا نصيبه على وجه »

et Simaw., I, 51, l. 22: « وأجمعوا على أنه لا يدفع إلى الحاضر إلا نصيبه مشاعا »

et *id.*, le texte cité à la note 23 *infra*.

(16) Hadd., II, Donation, 13, l. 22-23: « ولو قسم وسام إلى كل واحد منها حصته جائز »

sants (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).

(17) Il ne s'agit pas ici de l'absence prolongée. V. Qurr., I, 458, n° 4: « أطلق في الثابت فمثل ما إذا كان بعيدا مبروقا يشتر الوصول إليه 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 رأيت رجلا استودعا دراهم أو دنانير أو نبالا أو دوابا [كذا] أو عينا جاء أحدها والآخر غائب فقال للمستودع ادفع إلي حصتي فأيا ذلك عليه فندما إلى القاضي ففشا القضية ابني للقاضي أن يأمر المستودع أن يدفع إلى صاحبه حصته بنصف محضر من الآخر قال لا حتى يجتمع هو وصاحبه جميعا قلت لم قال ألا ترى أن المستودع ليس بوكيل فكيف يستطيع أن يقسم المال وهذا قول أبي حنيفة وقال أبو يوسف ومحمد يقسم ذلك فيدفع إليه حصته ولا يكون قسمة جائزة على الثابت »

et V. texte identique dans ms. 382, Dépôt, p. 8e de ce livre: ms. faussement appelé *an-Nawadîr* dans le catalogue de la B.E. (p. 456). C'est, en fait, une copie du *Mabarrat* datant du 8e s. H.

(19) Sarakh., XI, 124, l. 2-3: « والماضر وإن كان يحضر بهذا فقد رضي بالتزام هذا الشرط حين ساعد شريكه على الإيداع 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.*: « ابني للقاضي: ... فأيا عليه ذلك ... »

et dans le même sens, Sarakh., *loc. cit.*; Tah., f. 31 a: « لم يكن عليه أن ... »

V. aussi Kas., VI, 210, l. 19-20 et enfin Abidin, IV, 687, l. 27-28: « أشار بقوله لم يدفع إلى أنه لا يجوز له ذلك حتى لا يأمر القاضي بدفع نصيبه إليه »

Cette solution est dite contraire au *gijâd*: 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: *لو دفع هل يضمن ... في البير* : الاستحسان لا فكان هو المختار .

Le droit pratique (*h'iyat*) 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: *تدفع* : ثلاثة أودعوا رجلا مالا وقالوا لا تدفع . اللال إلى أحدنا حتى نخصم فدفع تصيب أحدهم ... فإن أراد اللودع أن يخرج عن الصمان فالحيلة له في ذلك أن يقول للناصر الذي يطالبه بصد ما دفع إلى الأول اخضر خضك حتى أدفعه اليكما ولا يخر بالدفع إليه .

(20) Telle, du moins, apparaît leur opinion à travers quelques textes et déjà chez AT-T'AF'AWI. V. Tah., *loc. cit.* : دراهم أو ما سواها ما.

et Marghî., VII, 458, l. 6:

« في المكبل والوزون . »
« والحلاف : 1-4. V. 80, l. 30; Zai., V, 80, l. 1-4: »

في ذوات الأمثال . »
et QAD'I-KHAN, *Charh' al-Gâmi'* as-s'aghi'r, d'après Chalabi, V, 80. *Contra*: le texte de Muḥ., *loc. cit.*: [كلنا] : دراهم أو دنانير أو بيا أو دراهم .

« أوعينا . »
« ثلاثة استودعوا رجلا مالا . »
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 أودعنا شيئا متبلا أو قسبا . »

et QAD'I-ZADA, *Natâjig*, VII, 458, l. 25-26.

Sur ces hésitations, V. encore Abûn, 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 الباقي في يد اللودع ثم جاء الثالث* : له أن يشارك صاحبه في القيوض .

et les renvois ci-dessus.

Les deux disciples déduisent cette solution par analogie avec le cas de créance conjointe (V. *in/ra*). 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: *« التماس على الدين التترك غير سديد ... هنا يدفع مال الثالث . »* C'est pourquoi ABU-H'ANIFA lui-même admet la division des poursuites. C'est pourquoi le dépositaire se résout en dommages-intérêts. au cas où l'obligation du dépositaire se résout en dommages-intérêts. V. Kas., Dépôt, VI, 213, l. 12-13: *« لو أودع رجلا كل واحد منها ألف درهم : 12-13. »* غلط اللودع الاين خلطا لا يصير فلا سبيل لها على أخذ الدرام ويضمن اللودع لكل واحد منها ألفا ويكون المخلوط له ومنا قول أبي حنيفة .

(22) Simaw., I, 62, l. 8-11.

(23) Simaw., I, 48, *in fine* et 49, l. 1-3: *« برمن عليه أنى وفلان : 1-3. »*

30. - 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).

الثالث اشترينا هذا منه بكذا وقد تأنى ... فقل قاس قول أبي يوسف يحكم بكل المأخر والغائب ويدفع إلى المأخر نصيبه ويودع الباقي عند هبة ولا يقسم حتى يحضر الغائب .

Il faut remarquer que s'il s'agit des 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.

« إنا آل الأمر إلى 2-4 : 1. 81, l. 2-4. »
المطالبة بالتسليم لا بد من بيان حمت .
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 QAB'I KHAZ, commentaire d'al-Gâmi' ar-R'aghib, 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 : PLANTOL 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° 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-

باب قبض أحد رب الدين نصيبه (25) Radiy, VI, ms. 613, Société.
vers la page 69 : « أمسه ان الدين متى وجب لاثنتين على واحد بسبب واحد فإنه يكون مشتركا بينهما . »

« لأن سبب وجوب : باب شركة الرجين يكون بينهما الجارية Tay., Société,
et plus loin, dans « إنا يكون الدين : باب رجوع أحد الشركين على صاحبه
« مداره اتحاد السبب ... الاشتراك في الدين ... يستند
اتحاد السبب . »

Has., ms. 97, V, Société, mêmes chap.; Sarakh., XXI, Transaction, 41, l. 10; 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-Muk'fir.

Comp. Col. et Cap., II, 177 : « les créances dites conjointes ... sont nées d'un seul et même fait juridique ».

(26) IBN-'ABIDIN, al-'Uqūd ad-duriyya, un cas pratique sous forme de « réponse », II, 222 : « مثل فيما إذا كان لزيد بقعة جامعة مبلغ دين من الدرهم ولرسو بذمتهم دين أيضا فأخذ زيد منهم قرضا من دينه الحاس به ويريد عمرو مشاركته في ذلك بلا كفالة من زيد لذلك ولا وجه شرعي فهل ليس لرسو 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'ail-

leurs née d'un seul et même fait juridique. V. Muh., t. 15 a :

« إذا كان لرجل وأسرته على رجل ألف درهم بينهما الرجل والسرّة الثلث من ميراثه »

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

« إذا باع الرجلان من رجل عبداً (30) Muh. kab., ms. 740, f. 97 b : ثم إن أحدهما أجاز البيع فالباع جائز في بآلف درهم على أن البائعين بالخيار ثلاثة أيام... ثم إن أحدهما أجاز البيع فالباع جائز في حصته وقد وجب له نصف الثمن على المشتري فإن لم يقبضه حتى أجاز البيع الآخر البيع نقصد جاز البيع في اليد كله فإن قبض واحد من البائعين من الثمن شيئاً شريكه فيه صاحبه ولا يلتفت إلى ما وجب لأحدهما قبل صاحبه لأنه لم يقبض شيئاً حتى صارا مشتركين ولو أن الأول قبض نصف الثمن قبل أن يعجز صاحبه ثم إن صاحبه أجاز البيع بعد ذلك لم يضره الذي قبض نصف الثمن في قليل ولا كثير لأنه قبض نصف الثمن وهو له خاصة لا شريكه لأحد فيه. »

Hind., II, 346, d'après *al-Mukhlaf*.

« وإذا اغتصب الرجلان من الرجل عبداً (31) Muh. kab., f. 96b-97a : فبإياه... ثم إن... الولي في أحد الغاصبين فضمنه نصف العبد... فإن البيع قد تم... ولا يلتفت في هذا إلى وجوب الثمن لأحدهما قبل صاحبه لأن البيع كان أحدهما واحداً... ولو كان الغاصب الذي ضمن أولاً قبض نصف الثمن ثم إن الولي لم يوافق الغاصب الآخر فضمنه... لا شريكه... قبض ذلك قبل أن تقع الشركة سلم له ذلك. »

« السب هو البيع : باب رجوع أحد الشريكين Attabi, f. 132; Has., V, 132 : والبيع متحد ووجوب الثمن يستند إلى البيع لأن التقاض يستند إلى البيع لأنه حصة البيع... وإن اختلف وقت التقاض » « حين هذه البيع الثاني كان نصيب كل واحد منها متنازلاً عن نصيب الآخر حصة لأن نصيب الأول حين نفذ بيع الثاني كان عيناً ونصيب الآخر كان ديناً في ذمة المشتري والتقاض حكم الإجماع. »

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. »

Kas., VI, 65, l. 25 :

« أو ورثا ديناً لرجل واحد. »

Il en est de même en cas de testament. Abidin, IV, 662 :

« دين موروث أو كان موصى به لهما. »

(27) Tay., « عبد بين اثنين باع كل واحد نصيبه : باب شركة الرجلين »

في صفقة على حدة. »

« لو باع العبد المشترك صفتين لا يشتركان : باب رجوع أحد الشريكين »

et في البدل. »

(28) Muh., ms. 200, f. 385 a, والصالح، والصلح، f. 385 a, « إذا : باب اخلاف الصراء، والصلح، »

كان غلام بين رجلين قبض أحدهما حصته بخمس مائة من رجل وراغ الآخر حصته من ذلك الرجل بخمس مائة وكتبنا عليه صكاً بألف درهم جيباً... الصفقة مختلفة. »

« لأن نصيب كل واحد منها وجب على الظاهر : s. 10 et 11 : Sarakh., XXI, 41, l. 10 et 11 : سبب آخر فلا تثبت الشركة بينهما باتحاد العبد. »

Abidin, IV, 662, l. 28 et 29.

(29) Muh., *ibid.* : « وكذلك لو أقرته كل واحد منها خمس مائة وكتبنا عليه صكاً واحداً. »

« كما لو أقرته كل واحد منها خمسمائة وكتبنا بالألف : Sarakh., XXI, 41, l. 13-14 : صكاً واحداً. »

Le contrat sera, en effet, fragmenté en autant de parts, enseignant Abu-Yusuf et Muḥ'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 عن نصيب كل واحد منها .
Abdin, IV, 662, citant AZ-ZAYLA'Ī.

« لو سعى كل واحد لنصيبه : باب رجوع أحد الشريكين (34) Tay, عنهما لم يصرك الاخر فاقبض لاخلاف سبب الرجوع ولهذا لو قبل نصيب أحدهما صح بخلاف ما اذا لم يتم وهذا ظاهر الرواية وعلى ما روى عن أبي حنيفة لا تفرق الصفة بهذا . »

Abdin, IV, 25 et 375; Kas., V, 145.

« ولو باع صفقة واحدة على أن نصيب فلان منها مائة : 385 a : Muh., f. 385 (35) درم وعلى أن نصيب فلان ألف درم ... فهذا بمنزلة صفتين . »

« ولو كانا بين باعاً سبياً أن تمن كل واحد منهما خمس مائة : 95a : Muh. kab., f. 95a درم فقبض أحدهما حصته ... لم يشاركه . »

Contra, pour avoir, semble-t-il, suivi l'opinion d'ABU-H'ANIFA : QUIT., II, 238 : « بئلك هذا البند يألف لكل خمسة فقبل كان صفقة واحدة . »

« 14 et s. : 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 النسبة في حق البائعين . كتفرق الصفة بدليل أن المعتزى أن لا يقبل البيع في نصيب أحدهما . »

« تفصيل تمن نصيب كل واحد منها . »
Zai., V, 45 : Hind., II, 337.
Rappr. avec DEMOLOME, 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 LAROMIÈRE, III, 307 : « Je vous vendis 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 ».

contrat ne répond pas à la condition d'unité s'il est susceptible de fractionnement, c'est à dire, si l'un des co-contraintants 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).

« وفيه ... المقدم منها : باب شركة الرجلين (32) Has., ibid., واحد فشكل واحد منها في الصرف كعطر الله وبشطر الله لا يثبت شيء من الحكم ... اذا كان البيع صفقة واحدة كان تمام البيع بكلامها ولهذا لو قبل البيع في نصيب أحدهما دون الآخر لا يجوز فشكل عله وجوب الثمن عندهما وكان مشتركاً بينهما . »

« مطلب في بيان ما يجب اتحاد الصفة وتفرقها . »
Abdin, IV, 25-26 :

(33) Que ce soit un bien commun :

« أن باعاً جميعاً الجارية صفقة واحدة بشئ واحد حالاً أو ألى أجل . » : 385 a : Muh., f. 385 ; Marghi., VII, Transaction, Muh. kab., f. 95 a ; Kas., VI, 65, l. 24 ; Muh. kab., f. 95 a ; Abdin, IV, 662 ; Hind., II, 366 et 343, citant al-Kāfi.

Ainsi en est-il aussi, en cas de bail : Muh. kab., f. 95 b : « ألى » كانت الدارين رجلين فأجرهما من رجل بائة درم . »
« باعاً صفقة مشتركة بينهما صفقة : باب رجوع أحد الشريكين على صاحبه واحدة . »
Tay, Hind., II, 343, d'après al-Kāfi ; ABU AS-SU'UD, Fatā al-mu'ir, Transaction, III, 184.

On deux choses différentes :

Muh. kab., f. 95 a : « رجلان لأحدهما عبد وللآخر أمة فبها سواء باعها من : »
« رجل صفقة واحدة بألف درم . »
« كرجلين أسلماً عشرة دراهم إلى رجل في كر : باب شركة الرجلين (32) Has., V, صفقة واحدة والدمرة غير مشتركة بينهما بأن كانت الحصة ملك أحدهما والجملة ملك الآخر . »

« أن كان لكل واحد منها عين على حدة ... وباعاً الشكل صفقة »
Zai., V, 45 :

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 اشتراط أحدهما أن يمن نصيبه كره حصة جيد ومن »
حصة الآخر كره من شبه جيد . »

(37) Sarakh., XXI, Gage, 164, l. 21-23 : « لرجلين على رجل دين هما فيه شريكان : 21-23 :
أو لأحدهما دنانير وللآخر دراهم أو حصة أو غيرها . »

(38) Muh., *ibid.* : « مائة يضا : خمس مائة يضا : خمس مائة يضا :
وشروط الآخر خمس مائة سود . »

Sarakh., XXI, 41, l. 16-17.

(39) Attabi, f. 332 : « لو اشتريا صفتين فرداه بسبب أو استحق فقيش :
أحدهما حصته فلا تنزكة وإن قدا من مال مشترك . في رواية ابن ساعدة يشركه إذا كان
التقدي من مال مشترك . »

(40) Zahir., II, 358-36a : « رجلا اشتريا من رجل جزية اشترى أحدهما نصفها بألف :
درهم واشترى الآخر نصفها بألف درهم ثم وجدا بها عيا ورداها ثم قبض أحدهما حصته من
الثنى لا يشاركه صاحبه في قبض دفعا الثمن مختلفا في الإبقاء أو دفع كل واحد منهما الثمن
على حدة لأنه صفتان وكذلك ان استعفت الجزية . وروى عن أبي يوسف أنه وجع
عن قوله في فصل الرد . »

Hind., II, 340, d'après *al-Munlagh*, 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, رجوع أحد الشركين : باب رجوع أحد الشركين (39) :
على الكفيل والكفيل على الأصل إلا أن ما وجب له على الثرم مؤجل إلى وقت القضاء . »

(40) « إن كفالتها وإن أتممت حقيقة لأنها كفلا عن الثرم بألف درهم : 40 :
جملة واحدة لكن اختلف حكمها لأن كفالة كل واحد منها صحها غير متوطة ومتصلة
بكفالة الآخر فإن الطالب لو قبل كفالة أحدهما دون الآخر صح . »

(41) « إذا ثبت أن وجوب المال عليها بسبب الالتزام والتزامها متفرق : 41 :
فإن كفالة هذا والتزامه غير كفالة ذاك والتزامه فكأن السبب مختلفا وهذا لأنه وجب الدين
لهما على الطالب وعليها الطالب بسببين مختلفين . »

(42) « وهذا عند محمد بن الحسن أحسن من القول : 42 :
الأول وقال ورجعت إليه . »

C'est cependant la première opinion de Muh'ammad qui a été rapportée dans Hind., II, 337, d'après Khir. et Zahir., et qui, par suite, a été adoptée dans les codifications : *al-Magalla*, art. 1097 et *Murshid*, art. 171.

(43) « رجوعها عليه ... بحكم الأمر : 43 :
... ولهذا يلكان الرجوع قبل الأداء وأمر أحدهما بالتصريح غير أمر الآخر لا ترى أنه
لو قبل أحدهما الوكالة دون الآخر صح . »

Hind., II, 337, d'après *al-Murshid*.

(44) « أو دراهم اقراضا أباه . 44 :
Muh., f. 385 a :

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 كان لأحد أديا جيسا معا من مال مشترك ... لم يشارك وإن كان الغريم قد أمرها جيسا أمرا واحدا .
« *al-Muk'hi*, citant *MUH'AMMAD, al-G'dmi*.
Hind., II, 343.

« لأن الأدياء منها بمنزلة الاقراض من الغريم . »
(48) Has., V :
C'est pourqu'on, peut-on dire, si deux personnes sont « subrogées » de plein droit, leur créance contre le débiteur ne sera jamais conjointe.
« إذا شهد الرجلان على رجل أنه كاتب عبدا له ... »
Muh. kab., f. 95 b-96 a :
وكذلك لو شهد شاهدان على رجل أنه كاتب عبدا له .
« إذا ضمن الشاهدين فلان أتاهاهما مقامه ومكسها بدل الكتابة لأنه إن لم يكن ... »
Tay. :
الكتاب قابلا للنقل بالخصان فبدله قابل له قصدا بأن ياعه من الكتاب أو حكما بالأثر ...
كفانصب الدرر إذا قتل في يده خطأ وضمن المولى الناصب فلان نصب تضييق عاقلة القاتل أو تضيق القاتل إن لم يكن له عاقلة لقيام المولى في حق استحقاق قيمة الدرر .
« لا غرما القبة ملكا مثل ذلك في ذمة : باب رجوع أحد الشريكين »
Has., V,
الكتاب والشترى بطريق القيام مقام المولى والبايع نيا على الكتاب والشترى من غير تصوير عقد بينهما .

Hind., II, 343.

« باب الصلح في الغصب بين اثنين . وإذا اغتصب رجل : 389 a : Muh., f. 389 a :
(49) عينا بين اثنين فاستهلكه ... بضره الآخر نيا أخذ .
« جارية بين رجلين ... يفتى [بالفرق بينهما نصفيين . »
Muh. kab., f. 88 a :
« إن اختار ضمان الناصبين الأولين رجح الناصبان الأولان على الناصب »
et f. 96 a :
« أو استهلك لرجل عليها شيئا قيمته ألف درهم . »
Kas., VI, 65, l. 24-25 :
« قيمة المستهلك المشترك . »
Marghi., VII, 403 :
« قيمة الدين المشترك المستهلك . »
Zai., V, 45 :
Hask., IV, 662 in fine; Hind., II, 336 :
« استهلك لهما توبا . »

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

« ألف بينهما أقرضاه إياه . »
« بدل القرض من المال المشترك بينهما . »
Zai., V, 45 :
Zai., V, 45 :
Abdin, IV, 662, l. 31; Hind., II, 336.

(45) Has., V,
كل واحد منها غير متعلق بصحة الاقراض من مال الآخر ولهذا لو استقرض من رجلين شيئا فاقترض أحدهما صح .
« والاقرض ان وجد منها حصة حقيقة إلا أنه اختلف كما ... حتى : et plus loin :
ان رجلين لو اقرضا ألفا مشترك بينهما من رجل فقبض الشترى من نصيب أحدهما دون الآخر صح . »

« حتى الشاركة منافي القبوض ما ثبت لكان المشترك في : 440 Has., ibid. :
(46) الدين وإنما يثبت بسبب آخر وهو أن ما قبضه القابض من المشترك إن كان غير القبوض حقيقة فهو عين القبوض حكما .
« إذا أدياه لا من مال مشترك بينهما [يكون] القابض قبض الحس مائة : et plus loin :
التي هي عين ماله حكما ولو قبض الحس مائة التي هي عين ماله حقيقة لا يكون للآخر أن يشارك فيه فكذلك إذا قبض عين ماله حكما . »

(47) Muh. kab., f. 94 a :
« ان كان أديا لأحد عن الغريم جيسا من مال ... لأنها كانتا مشتركين في المال الذي يحتل بينهما فلكل واحد منها أن يرجع على صاحبه ... »

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).

« القدر وقية الولد مشترك بينهما نصين لأنه : باب شركة الرجلين Has., V, 344-345. »

Rappr. avec Col. et Cap., II, 177 : « On rencontre des créances mélangées de plusieurs co-stipulants... un des co-héritiers a, pendant l'indivision, recueilli seul les fruits et intérêts produits par les choses indivisées; il devient débiteur de chacun des co-héritiers ».

(50) Muh. kab., f. 89 b-90 a : « إذا كذب الرجل عبده فإنا جناية قتل رجلا خطأ والفتول وليان ... يقضى لها عليه بالقيمة [وشتركان] . »

et f. 90 b : « أن يرفع نياخذ من شركه نصف ما أخذه . »

« إذا جنا الدبر جناية قتل رجلا خطأ وله وليان نيل مولاه قيمة : et plus loin : »

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 :

« إذا قتل الكاتب رجلين خطأ لكل واحد منهما ولي : Muh. kab., f. 90 a : »

« ... لم يتركه فيه صاحبه لأن المباينين كانا مختلفين ولم يكونا مركبين في أصل الجناية فإذا كانت المباينان مختلفين فإن قضي القاضي بالقيمة جميعا أو منفردا فهو سواء وما أخذ واحد منها لم يتركه فيه صاحبه . »

Has., V, 344-345. « لا يمكن القول بأحد الحق لأن أصل الحق : باب شركة الرجلين »

الذي قابله القيمة غير مشترك بينهما فكان كل نصف من القيمة مقابلا بنفس على حدة فقي لم يكن البديل مشتركا بينهما لا يكون البديل مشتركا وكذلك سبب الرجوب مختلف أيضا وهو الجناية . »

« لأن المباينين إذا اختلفا صار لها موجبان مختلفان وأخل غير : et plus loin : »

« 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^o cas, l. 88 b-89 a : « جارية بين رجلين ... لا شركة بينهما في قيمة الولد إلا : أن يقضى بها لهما جميعا ... [لأنه] يصير الولد مالا يوم يقضى بقيته . »

2^o cas, f. 89 b-90 a : « كذب الرجل عبده فإنا جناية قتل رجلا خطأ والفتول وليان ... أن كان القاضي قضي بالهم وأحدهما غائب وقتنا للآخر منها نصف القيمة ... ثم حضر الغائب فلا سبيل له على شركة لأن نصيبه لم يصر مالا ... لأن الجناية إنما صارت مالا بعد القضاء فوجب للال لهما منفردا فلما وجب منفردا كان ما أخذ أحدهما له خاصة . »

« الكاتب لا تكون جناية مالا حتى يقضى بها والدبر جناية مال حين : et f. 90 b : »

يجب وأن لم يقضى له بها . »

« إذا كان سبب وجوب القيمة [قيمة الولد] : باب شركة الرجلين Has., V, 344-345. »

الشح وانه يفتحق عند القضاء بنظر الالقضاء فإن وقع دفعة واحدة كانت القيمة مشتركة لأحد السبب وأن وقع منفردا لم يكن مشتركا لاختلاف السبب . »

« جناية الكاتب ... نصير ديننا في ذمته بأحد [أو] أشياء [أو] أربعة : et plus loin : »

« قبل أحد هذه الأشياء يغير الولي بين الدفع أو الفداء ... فإذا كان حاله موقفا لا نصير جانيه مالا إلا بالقضاء . »

Hind., II, 344-345. V. aussi un troisième cas où le dommage présume cependant un contrat, mais n'engendre d'obligation qu'au jour du jugement :

« لو كان الشترين رجلين ... وأقام رجل البيعة ان الدار : Muh. kab., f. 89 b : »

داره فنفعا عليها بنفس البنا ... وقضا [لأحد الشترين] بنصف قيمة البنا فإن تبر

titue lui aussi, une créance conjointe s'ils ont payé des débiteurs communs (53).

B. Effets de la Conjonction.

(a) RAPPORTS DES CRÉANCIERS AVEC LE DÉBITEUR

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 شيئاً من حصته من قيمة الباء لم يشركه فيه صاحبه لأن التقاضى كان في ذلك مختلفاً... فأنما يجب لها المال يوم يقضى لها به .»

« يسلم إلى البائع ويرجع عليه بقيته مبنياً لأنه : باب شركة الرجلين , Has., V, لما بلغ منه فقد ضمن له ببيعة الباء إلى الأبد فأنما لم يسلم له ذلك صار متروكاً من جهة فكان له أن يرجع عليه بقيمة الباء ... [و] الباء إنما صار مالا باختيارها وقضاهما القاضى لأن لا حق لها في القيمة قبل ذلك وإنما كان حقها في الباء فأنما ينقل إلى القبية بالتقاضى .»

« إذا اشتريا عبداً فوجدا : Attabi, f. 132 : et cf. avec ce cas rapporté par Attabi, f. 132 : به عينا فوجع أحدهما بتقصان اللب بخصته لم يشركه الآخر وأن قضى لها بالرجوع يشتركان .»

(53) Zahir., II, 35 b-36 a : « أن وجدت الجارية حرة وقد دفعا الثمن مختلفاً كان للآخر أن يشارك القاضى فيما قبض .»
« ولو وجد العبد حراً يشركه فيما قبض لأنه لم يملكه البائع .»
et Attabi, f. 132 : « . »
Hind., II, 340, d'après *al-Muntazq*, citant ABO-YUSUF.

(54) Gass., III, Témoignages, f. 382 a : « أنه متى طالب به [أبى] ببيعة [أبهره القاضى عليه .»

« إذا كان لرجلين دين مشترك على رجل فجاء أحدهما وطلب حصته من الدين فأنه يدفع إليه حصته .»
Kas., VI, Dépôt, 210, l. 24-25 : « . »

« عليه دين لها فطلب أحدهم حظه ببيعة البية يجبر : 5-6 : I, 50, l. 50, l. 50 : Simaw., I, 50, l. 50, l. 50 : الديون على الدفع .»

Il peut ainsi faire remise (56) ou donation (57) de sa part au débiteur, transiger avec lui (58), accepter en paiement

« إذا كان لثلاثة دين مشترك على اثنان فطلب اثنان منهم وحضر : Hind., II, 341 : الثالث فطلب حصته يجبر الدينون على الدفع . عن الصغرى .»

« سئل عن ورثة لهم دين على زيد وورثوه عن : 53 : AT-T'ARABULI, *al-Falāwā*, 53 : أنهم فطلب أحدهم حصته منه حال غيبة سائر الورثة هل له ذلك الجواب نعم له ذلك . هل الكثرى ما نصه ولأحد الشركين أو لأحد الورثة أن يطلب نصيبه من الدين المشترك بسبب واحد حال غيبة الباقيين اه معزياً للثنية .»

(55) Kas., VI, Société, 66, l. 32 : « أن نصيبه ملكه فبذلك التصرف فيه .»

(56) Muh., Transaction, f. 385 b : « إذا كان لرجلين على رجل ألف درهم... فأبرأه منها أو حلاله .»

« أبرأ عن نصيبه كان صحيحاً .» Sarakh., XXI, Transaction, 38 :

« ولو أبرأ أحدهما عن نصيبه جاز .» Attabi, f. 132 b :

« أبرأ القريم من حصته جازت البراءة .» Kas., VI, 66 :

(57) Muh., 385 b : « إذا كان لرجلين على رجل ألف درهم فوجع أحدهما : (58) Muh., f. 384 b : حصته للطلوب .»

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-Falāwā al-ghiyāthiyya*, 137 et Sindi, IX, f. 41.

(58) Muh., f. 384 b : « إذا كان لرجلين على رجل ألف درهم... فصالحه أحدهما من : حصته على عبد وقبضه فهو جاز .»

« إذا كان لرجلين على رجل كره حنطة فترس فصالحه أحدهما على عشرة دراهم : f. 385a : على أن أبرأه من حصته من ذلك فهو جاز .»

« إذا كان لرجلين على رجل كره حنطة جيد... لو كان صالح منه على كره : et encore : شعير وقبضه كان جائزاً .»

« إذا اغتصب رجل رجلين طاماً فقبضه عنها ثم صالح أحدهما على : et f. 389a-389b :

un objet autre que celui de l'obligation (59).

Il peut aussi stipuler des sûretés (60), consentir à un

دراهم أو دينار أو شيء مما يكال أو يوزن زيت أو سمن ... فإن الخيار في ذلك إلى المصالح إن شاء أدخله فيها قبض وإن شاء أعطاه رج الكسر النصب . »
Gass., 382b:

Kass., 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 والدرهم . »
« للمصالح عليه ... خلاف جنس الدين . »
et Zai., V, 46:

(59) L'opération a pu revêtir la forme d'une vente:

« لو استقرى بجمعة عبداً وقبضه كان جائزاً . »
Muh., f. 384b:

f. 385a: « [لرجلين على رجل كره خطلة] لو كان يباع حصته من الطعام بمنزلة: دراهم . »

« اشترى أحداهما بخصيه من الدين سلمة . »
Qud., Transaction, 67:

d'un louage de choses:

Muh., f. 385b: « إذا كان لرجلين على رجل خمس مائة درهم فاستأجر أحداهما بجمعة منها داراً من الثريم سنة وسكنها فيها بمنزلة القبر . »

d'un louage de services:

Muh., f. 385b: « إذا كان لرجلين على رجل مائة درهم فصالحه أحداهما من حصته »

على خدمة عبدة سنة أو خدمته شهراً وعلى أن يزرع أرضاً في سنة فزرعها فهو جائز . »
d'un contrat de mariage:

Muh., f. 385b: « إذا كان لرجلين على امرأة ألف درهم ووزن سبعة قتر وجهاً أحداهما »

d'un contrat de divorce *Khad*:

Muh., f. 385b: « كذلك لو كان لامرأتين على زوج أحدهما ألف درهم فانخلعت امرأته بجمعتها منه . »

(60) Soit un cautionnement:

Abdin, IV, Cautionnement, 375; Burh. Dhakh., II, f. 580b: «

المطلوب أعطى أحد الشريكين كفيلاً بجمعة ... فلا نخر 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

« لو أن المطلوب أعطى أحد الشريكين كفيلاً بجمعة ... عن الذخيرة . »
Hind., II, 340: soit un gage:

Burh. Dhakh., II, 581a: « لو أن المطلوب أعطى أحداهما رهنًا بجمعة . »

Radiy, ms. 613 B.E., VI, Société, f. 70b: « لو ارتهن أحداهما بجمعة ... »

(61) Sarakh., XXI, 38: « قبل الحوالة بنصيه على إنسان كان صحيحاً . »

Burh. Dhakh., II, 580b: « لو أن المطلوب ... أماله ... »

Attabi, 132b: « لو أحالها الثريم ... لو كانت الحوالة منفرقة . »

Has., III, Témoignages, p. 322 du livre: « لو ... قبل لحوالة بنصيه على »

إنسان كان صحيحاً له أنه يتصرف في خالص نصيبه . »

Hind., II, 340: « أماله بذلك على رجل . »

Dans Attabi, 132b, il semble même pouvoir affecter sa part à

une cession de dette: « لو استقرضه إنسان فأمال بنصيه على الثريم . »

Cette part peut même être aliénée par le moyen de l'aveu:

« لو أقر بنصيه من الدين لإنسان صبح لقراره وصار ملكاً »

Sindi, XII, 474b: « لقر له . »

et Zai., V, 48.

(62) Muh., 385b: « إذا كان لرجلين على رجل ألف درهم ال سنة وقد »

استقرض أحداهما منه خمس مائة قبل ذلك ثم حل الألف لها عليه فصارت قصاصاً . »

f. 385a: « إذا كان لرجلين على رجل ألف درهم من ثمن بيع فأقر أحداهما أنه قد »

كان للمطلوب عليه خمس مائة درهم قبل دينها فقد برىء المطلوب من حصته . »

« لو كانت ألف درهم لها عليه ثم يباع أحداهما منها بأكثر مائة إلى سنة ثم حلت »

فصارت قصاصاً فهو قصاص . »

« أتشد له منها يكون قبضته خمس مائة فانه توى من حصته . »

385a: « إذا كان لرجلين على رجل ألف درهم فأقتصبه أحداهما خمس مائة فأكلها »

385b: « والألف حالة فهو قصاص . »

« أو فاصمه عن نفسه »

402: « أو فاصمه عن نفسه »

ACH-CHURUNBULAKI, Ghawid, II, 402: «

(63) »

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 الأحناف أعلم 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 فلي هذا يكون ما ذكره صاحب الهداية بناء على اختلاف روايتي الكتابين كتاب الشركة وكتاب الصلح في كتاب الشركة قول محمد مع أبي حنيفة وفي كتاب الصلح مع أبي يوسف اه قوله وكتاب الصلح أي من الأصل لمحمد رحم الله وكتب ما خصه قال في مسراج الدراية ما ذكره الشيخ من الاختلاف مخالف روايات الكتب من البوط والاسرار والاصباح وغيرهما حيث ذكر فيها قول محمد مع أبي يوسف . »

La version non-accréditée rapportée, 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 التقي ابن سبعة : »

« وقال أبو يوسف ومحمد ... إذا أخر حصته فأنجزه : » (66) Muh., 385a : « جاز في حصته . »

« وجه قولنا أن المؤخر تصرف في خالص نصيبه . » (67) Sarakh., XXI, 37 : « وجه قولها أن نعييه ملكه فملك التصرف فيه ولها ملك : » (68) Kas., VI, 66 : « التصرف فيه اسقاطا لا إجراء فالتأخير أولى لأنه دونه . »

« قال أبو حنيفة إذا كان الدين بين رجلين فأخر أحدهما : » (69) Muh., 385a : « حصته لم يجوز ذلك . »

(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

بدنيه . »

(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 cuius*. 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, « وذكر على بن الجعد عن أبي يوسف أنه لو مات المطلب وأحد الشريكين ولم ير وترك مالا ليس فيه وفاة اشتراكا بالمخصص لأن الدين يمنع انتقال الملك إلى الورثة لقوله تعالى من بعد وصية يوصي بها أو دين رتب الميراث على الدين فلم يتقبل الملك إلى الوارث فلا ينقطع 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 بالإجراء 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, « لو أخر أحدهما نصيبه : » (67) Zai., V, 47 : « ne concorde pas d'après une autre. » (68) Bab., VII, 404-405 : « 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 . »

« قال صاحب النهاية ما ذكره من صحة الاختلاف مخالف : » (69) Bab., VII, 404-405 : « 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 . »

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 بمن نصيب شريكه أن الآخر إذا قبض نصيبه ثم حل الأجل كان للآخر أن يشاركه في القبول ويكون ما بقي مشتركاً بينهما والباقي هو ما كان مؤجلاً. »
 Has., III, Témoignages, 32e: « ولا يمكن أن يعمل تأجيله مصادفاً لنصيبه خاصة. »
 Zai., V, 48: « فيه تغيرت غرضه بمنه عن وصول حقه له في المال وهذا ضرر ظاهر لا يخفى 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. ACR-CHURUNGULAI, H'achya, II, 402: « وقال في الرجحان تأجيل »

نصيبه موقوف على رضى شريكه عند أبي 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., 382a: « قال أبو حنيفة إن أقر أحد الشريكين في هذا أن الدين كان إلى سنة وقال الآخر كان حالا فإن حصة الذي أقر بالأجل إلى ذلك الأجل وحصة الآخر حالة. »

V. enfin le cas rapporté par Attabi, 133a: « إن رده يبيد بقضاء الأجل »

على الترميم و [إن] كان يبره قضا يني نصيبه على الترميم حالا والنصف إلى أجل. »
 (71) Puisque l'un des créanciers peut déclarer que sa part dans la créance est née à terme. Sarakh., XXI, 39: « أقر أحدهما أن نصيبه »

مؤجل. »
 Cette déclaration, si 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 constatée 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: « القاضي يدفع الكل ولا بالزيادة على النصف. »

« دعوى الدين. يزعم أن له ولفلان الغائب على هذا التقا 3-5: I, 50, Simaw., I, 50, 3-5: « حكم له بنصفه فقدم الغائب فلا يأخذ من الترميم شيئا إلا أن يضمن. »

(73) Khan, II, 366-370: « لو أن رجلا لهما على رجل ألف درهم معا شريكان فيه والدينون يحدد الدين فخصر أحدهما فأقام الية على دينها والشريك الآخر غائب ذكر في التقي أن على قول أبي حنيفة يقضى للحاضر بنصفه وإذا حضر الغائب كلف إعادة الية ولا يحمل الحاضر خصما عن الغائب في وجه من الرجوع... وقال أبو يوسف أي الشريكين حضر فهو خصم عن الآخر... وقال محمد القياس ما قال أبو حنيفة والاستعانة ما قال أبو يوسف. »
 D'après Simaw., I, 50, il existe beaucoup d'hésitations sur cette question: « كان عن أبي حنيفة روايتان... وكذا عن أبي يوسف ومحمد روايتان أن محمدا ذكر هذه المسائل في البسيط على نمط واحد إن عند أبي حنيفة الحكم للحاضر وعلى الحاضر يقتصر عليه. »

« ذكر... ما يدل على رجوع أبي يوسف إلى قول أبي حنيفة وذكر أن محمدا مع أبي حنيفة في ظاهر الرواية » « والحاصل... محمد مع أبي يوسف. »

Il se dégage cependant de toutes ces fluctuations: qu'une tendance d'équité ou d'*istikh'rah*, 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. « إلا أن يكون الألف ميراثا بينهما من شخص واحد. » Khan, 370:

« والحاصل أن أحد شريكي الدين خصم عن الآخر في الأثر وثقا. » Simaw., I, 51:

(74) Simaw., I, 51: « قال أبو يوسف يقضى بنصيبها. »

intervenu profite aux co-cranciers 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-crancier, part pour laquelle le débiteur a été 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-CRANCIERS ENTRE EUX

305. — 1. *Le recours.* — L'accipiens subira le recours de son co-crancier. Il sera tenu de partager ce qu'il a reçu

(75) Simaw., I, 51: « فلا حاجة الى اعادة البينة لو حضر . »
et Has.: « لو قضى بمقتضى الواحد الا أن الحاضر لا يقبض الا حقه . »

(76) Kas., VI, 70, l. 13-15: « من استوفى كل الدين الشراك بغير . »
اذن شريكه كان لشريكه أن يرجع على التريم بمقتضى .

(77) Kas., *ibid.*: « ويرجع التريم على القابض بما قبضه لأنه انما سلم اليه ليملك ما في ذمته بما سلم ولم يملك فكأن له أن يرجع . »
« لو قبض أحد الشريكين بنفسه جميع الدين ثم أن الآخر رجع بمقتضى على التريم كان للتريم أن يرجع بذلك على القابض . »
Il pourra subir aussi le recours du co-crancier:

Kas., VI, 70, l. 16: « أن أحد الشريكين اذا استوفى الدين الشراك كان للشريك الآخر أن يرجع عليه بمقتضى . »
Les textes prévoient assez souvent ce cas. V. Attabi, 133a: « لو اشتري من التريم بجميع الدين صار مستوفيا كله ونسب 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 يشاركه في . »
القبض . »

Hind., II, 336: « قبض أحدهما نصيبه... فلاخر أن يشاركه. عن السراج الوهاج . »

(79) Qud., 67: « اذا استوفى [أحدهما] نصف نصيبه من الدين كان . »
لشريكه أن يشاركه في قبض . »

Marghi., *Bidāya*, VII, 403, même texte. Hind., II, 336: « قبض أحدهما نصيبه... فلاخر أن يشاركه. عن السراج الوهاج . »

(80) Kas., VI, 67: « اذا لم يكن مستوفيا الدين لم يكن له الشراكة اذا الشراكة . »
ثبت في القدر الستوفى . » من شرط وجوب الشراكة عليه أن يعلم له ما يحصل الشراكة .
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 مقبوضا على . »
أحد فلا يقبل الشراكة . »

et 40: « مستوفيا شيئا مقبوضا أو شيئا قابلا للشراكة . »

et Radiy., VI, 70b: « اذا لم يحصل له عين مال ينتفع به صار وجود ما سلم له . »

et 70a: « وعنده سواء . »
« مال عين [أو] عين له حكم المال . »

(81) Muh., 383b: « اذا كان لرجلين على رجل الف درهم فوجب أحدهما . »
حصته للطلوب أو ابراء منها أو حله أو يكن لشريكه عليه ضمان في ذلك . »
« لو وهب أحدهما نصيبه من التريم أو ابراء منه لم يضمن لشريكه . »
Radiy., VI, 69b: « شيئا لأن الإبراء اسقاط وليس يقبض نصيبه . »

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 يفرض لمرئيه شيئا لأنه لم يفرض شيئا من الدين بل أنفذ Kas., VI, 66: »
جمعته لا غير. »

Marghi, VII, 404.

«لو أبرأه ألدعاه عن نفسه حاز وضمن الشريكه عند أنى»
Cependant Attabi, 1926, rapporte qu'Anu-Yusuf aurait admis le recours dans ce cas :

Cette opinion ne peut reposer sur les principes établis en la matière. Elle est d'ailleurs ignorée par les auteurs.

قبيل اللثة أو قبل قبضها كان جاثرا وليريكه أن يرجع عليه بخمسة أسدس اللثة من قبل أن له على الظلوم خمس مائة ولس ليريكه الامة . »

« لم أبرأه أحد مما عني مائة والدين الف نم يخرج شيء من الدين : Radiy, VI, 96b »

Attabi, 132b; Kas., VI, 66; Marghi., VII, 404.

« قال أبو يوسف ومحمد لو اشترى بخصية عبداً وقبضه : 384b Muh. (83) كان حراً ، وكان له ما عليه ما دام درهم وخصون درهم . »

385a: [لرجلين على رجل كـ خنفة قرش] لو كان باع حصته من الطعام
بشرة درهم كان نسبه أن يشتريه ربع الكرو. »

« فيصير هو الطريق إلى كاسترني بجميع تصبئه لتركه منه. » Sarakh., XXI, 41.
« إذا اشتري أحدكم بضعيه من الدين سلمه كان لتركه أن يقبضه. » Qud., 67.

(84) «انما كان لرجلين علي رجل خمس مائة درهم فاستأجر أحدهما : 385h Muh., 385»
توزيع الدين . »

Par contre, la satisfaction est d'ordre extra-patrimonial, si

فنهو جاتر وهذا بمنزلة القبيض يقضن لسريكه ... لأن هذا متفقه ولا يشبه القصاص والنكاح . »

Sarakh., XXI, 43: «استأجر نقيب عدا للخدمة أو أرضا للزراعة.»

«لو استأجر أحدهما نفسه داراً فلفسركه أن يأخذ زرع الدين.» Radiy, VI, 71a:

« لا استأجر أحد الشركاني الغربيين نصيبه فإن شريكه يرحم عليه: VI, 67, Kas.

نور توبله جىسلان اكره فى مقابلتها بدل مضمون بالمقد فاشه السم . «

Marghi, VII, 406:

«الأنبياء... بنفسه... يرجع عليه في قولهم، عن السراج
Hind., II, 339:

«المرحاج» .

Dans la version non accréditée, il est rapporté que Muḥ'annad a enseigné une opinion différente. La contrevaletur dans le contrat de l'ouage ne constituerait pas un bien : et le recours ainsi ne serait pas possible. V. Sarakh., XXI, 43 : اذا ... قال ... انه لو كان ...

Attabi, 132b: «أخبرني أبي عن محمد»

Имя: V. Société: 11-11-11

$\frac{1}{2}$ $\frac{1}{3}$ $\frac{1}{4}$ $\frac{1}{5}$ $\frac{1}{6}$ $\frac{1}{7}$ $\frac{1}{8}$ $\frac{1}{9}$ $\frac{1}{10}$ $\frac{1}{11}$ $\frac{1}{12}$ $\frac{1}{13}$ $\frac{1}{14}$ $\frac{1}{15}$ $\frac{1}{16}$ $\frac{1}{17}$ $\frac{1}{18}$ $\frac{1}{19}$ $\frac{1}{20}$ $\frac{1}{21}$ $\frac{1}{22}$ $\frac{1}{23}$ $\frac{1}{24}$ $\frac{1}{25}$ $\frac{1}{26}$ $\frac{1}{27}$ $\frac{1}{28}$ $\frac{1}{29}$ $\frac{1}{30}$ $\frac{1}{31}$ $\frac{1}{32}$ $\frac{1}{33}$ $\frac{1}{34}$ $\frac{1}{35}$ $\frac{1}{36}$ $\frac{1}{37}$ $\frac{1}{38}$ $\frac{1}{39}$ $\frac{1}{40}$ $\frac{1}{41}$ $\frac{1}{42}$ $\frac{1}{43}$ $\frac{1}{44}$ $\frac{1}{45}$ $\frac{1}{46}$ $\frac{1}{47}$ $\frac{1}{48}$ $\frac{1}{49}$ $\frac{1}{50}$ $\frac{1}{51}$ $\frac{1}{52}$ $\frac{1}{53}$ $\frac{1}{54}$ $\frac{1}{55}$ $\frac{1}{56}$ $\frac{1}{57}$ $\frac{1}{58}$ $\frac{1}{59}$ $\frac{1}{60}$ $\frac{1}{61}$ $\frac{1}{62}$ $\frac{1}{63}$ $\frac{1}{64}$ $\frac{1}{65}$ $\frac{1}{66}$ $\frac{1}{67}$ $\frac{1}{68}$ $\frac{1}{69}$ $\frac{1}{70}$ $\frac{1}{71}$ $\frac{1}{72}$ $\frac{1}{73}$ $\frac{1}{74}$ $\frac{1}{75}$ $\frac{1}{76}$ $\frac{1}{77}$ $\frac{1}{78}$ $\frac{1}{79}$ $\frac{1}{80}$ $\frac{1}{81}$ $\frac{1}{82}$ $\frac{1}{83}$ $\frac{1}{84}$ $\frac{1}{85}$ $\frac{1}{86}$ $\frac{1}{87}$ $\frac{1}{88}$ $\frac{1}{89}$ $\frac{1}{90}$ $\frac{1}{91}$ $\frac{1}{92}$ $\frac{1}{93}$ $\frac{1}{94}$ $\frac{1}{95}$ $\frac{1}{96}$ $\frac{1}{97}$ $\frac{1}{98}$ $\frac{1}{99}$ $\frac{1}{100}$

« ۱۰۰۰ »

Cette opinion n'a pas prévalu. V. Sarakh., XXI, 43:

« النافذ مال في حكم الغد وحر بالاستفتاء تدخل في ضمان المسأله بمنزلة الشئى . »

«الأميرة في مفاتها» Kas., VI, 67: «الذي سلم له وهو النعمة قابل للشركة»

«دَلَّ مَضْبُونٌ بِالْعَدِّ فَأُشْبِهَ السَّمَّ.»

« ما عدا منافع الخبز من الفائدة كما قالوا من عذ : 406 Kifaya, VII, 406 »

ورود العقد عليها .»

l'opération a revêtu la forme d'un contrat de mariage (85), d'un contrat de divorce *khu'* (86) ou d'une composition pécuniaire (87).

307. — En cas de transaction, le créancier reçoit un objet de valeur moindre. Son co-crédancier exercera son recours sur cette valeur (88) et ce recours vaudra ratification

(85) Muh., 385b: « إذا كان لرجلين على امرأة ألف درهم وزن سبعة قنوجيا »

أحدهما على حصته منها فهو جائز ولا يرجع صاحبه عليه بشيء لأنه لم يقبض شيئا. »
Sarakh., XXI, 42: « ليس لأنه لم يقبض شيئا مضمونا يقبل النمركة... »

عمال مقوم ولا يكون مضمونا على أحد فلا يقبل النمركة. »
Kas., VI, 67: « ان من شرط وجوب القيدان عليه للنمركة أن يسلم له ما يعمل النازكة »

ولم يوجد فلا يقسم للنمركة كما لو أبرأهما عن نصيبه. »

Marghi., VII, 406:

Zai., V, 47; ACH-CHURUNBUALI, II, 402.

(86) Muh., 385b: « وكذلك لو كان لامرأتين على زوج أحدهما ألف درهم »
فانخلعت امرأته بمعصيتها فإن شريكها لا يرجع عليها بشيء لأنها لم تقبض شيئا. »
Sarakh., XXI, 43.

(87) Muh., 385b: « لو صالح من جرح فيه قصاص على نصيبه منه كان »
جائزا ولا يكون هذا بمنزلة القيس لأنه لم يقبض شيئا وهذا بمنزلة الكساح ولا [رجوع] »
لنمركة عليه. »

Sarakh., XXI, 40; Kas., VI, 67: « روى بشر عن أبي يوسف أن أحد الطالبين »
إذا شج المطلوب موضة عمدا فصالحه على حصته لا يلزمه شيء للنمركة لأنه لم يسلم له ما يمكن »
التنازكة فيه لأن الصلح عن جناية عمد ليس في مقابلته بدل مضمون ثم يسلم ما تصير »
النازكة فيه فلا يلزمه شيء. »

(88) « وكذا [أي يصير اتفاقا] الصلح عليه من جناية الصد. »
Marghi., VII, 406: « إذا لم يملك شيئا فأبلا للنمركة بمقابلته. »
Zai., V, 47: « لأنه لم يملك شيئا فأبلا للنمركة بمقابلته. »

(88) Muh., 384b: « فصالحه... فصالحه... »

(89) la transaction.

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 إليه نصف العبد فإن قبله كان يشكها نصيبين...
وإن لم يقبل فلا شيء له غير ذلك. »

« إذا كان لرجلين على رجل كحظفة فريض فصالحه أحدهما على عمدة درهم: 385a...
... دفع إليه خمسة دراهم. » « إذا كان لرجلين على رجل كحظفة جيد... لو كان صالح منه على كرشير وفيضه كان جائزا... ولنمركة أن يتبركه فأخذ منه نصف الكسر الصغير. »

« أن صالحه على ثوب... دفع نصف الثوب إلى شريكه... وكذلك كل عرس: 389a...
صالحه عليه أو حيوان. » « أدخله سه نيا قبش وإن أتى ذلك الآخر لم يكن له شيء. »
« إذا اغتصب رجل رجلا طعاما بينها ففيه عنها ثم صالح أحدهما... 389a-389b...
أدخله نيا قبش. »

« إذا صالح أحدهما من نصيبه على ثوب فشريكه... إن شاء أخذ نصف: 67: Qud.,
الثوب. »
« أن صالح الثوب عن نصيبه... أعطاه نصف الثوب. » Attabi., 132b:
« إذا كان الدين بين شريكين فصالح أحدهما: 401-402: Marghi.,

من نصيبه على ثوب... أخذ نصف الثوب. »
« مشاركتي لا تكون إلا بعد رضاه بقيضه. » Sarakh., XXI, 41: (89)
« أخذته النصف دلالة على اجازة العقد. » QAD'I-ZADA, Na'afis, VII, 403:

« أن مبيى الصلح على الاغراض والتجاوز بدون: 41: Sarakh., XXI, 41: (90)
المحق فمن حبة الصالح... أن يقول أنا توصلت إلى نصبي لأنني تجاوزت بدون حتى فإن
أردت أن تتنازكي بما تجاوزت به لأدفع إليك نصف ما قبضت. »

« إذا أقرضاه دفع ربع الدين ضرر: 402: Mumla KHUSRAW, Durar, II, 402:
للمصالح 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.

قلت وسلم لك البعد .

« إذا كان لرجلين على رجل ك حنطة قرض فصلها أحدهما على عشرة دراهم 385a: ... فإن شاء دفع الـ شريكه ربع ك . » « إذا كان لرجلين على رجل ك حنطة جيد ... لو كان صالح منه على ك شبر وقبضه كان جائزاً ... ولشريكه أن يصره فأخذ منه نصف الكسر الشبر إلا أن يسطيه ربع ك حنطة جيد . »

« إذا اغتصب رجل عبداً بين اثنين ... ثم صالح أحدهما من نصيبه على ... 389a: ثوب إن شاء أعطاه ربع قيمة البعد . »

« إذا اغتصب رجل رجلاً طمناً ... إن شاء أذله فيما قبض وإن شاء 389a-389b: أعطاه ربع الكسر النصب . »

« إن شاء أخذ نصف الثوب إلا أن يضمن له شريكه ربع الدين . » Qud., 67:

« إن صالح التريم عن نصيبه ... رجع عليه بضمنه وإن شاء أعطاه 132b: Attabi, 132b: نصف القبرض أو نصيبه من الدين . »

« له أن يقول أنا أعطيك نصف حقلك من الدين لأنه لا حق لك فيما 66: Kas., VI, 66: 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 يترجمه 46: أن يؤدى إليه ربع الدين بلا خيار كما لو اشترى لأنه صار به قابضاً . »

(92) Elle a pu naître d'un contrat de vente:

« لو كانت الف درهم لها عليه ثم باع أحدهما مثلاً بخمس مائة 385b: Muh., 385b: الـ ستة ثم حلت فصار قسماً فهو قسماً وهو غنم للمائتي درهم وخمسين درهما لشريكه لأنه صار مقبضاً أولاً وليس بقاض . »

d'un contrat de prêt:

Kas., VI, 67: « إذا اقترض [أحد الطالبين] منه [أبى من الطالب] شيئاً بقدر 67: Kas., VI, 67:

En effet, le créancier conjoint n'aura rien acquis, si

نصيبه من الدين لشريكه أن يرجع عليه لأن قدر القرض ... صار قسماً بينهما والاقصام استبقاء الدين من حيث للمقضي فصار كأنه استوفى حقه . »

« لو استقرض أحدهما أو اشترى به ثوبت الدين لها يشاركه 34: Bazzaz, VI, 34: الآخر . »

d'un contrat de louage:

Sarakh., XXI, 43: « إذا استأجر أحدهما بخمسة ثم أصاب قسماً بنصيبه . »

« لو ... استأجر بخمسة مائة لشريكه أن يأخذ منه نصف 71b: Radiy, VI, 71b: حقه . »

« لو أطلق ... الأجرة بكذا ثم قاصها بنصيبه ضمن لشريكه لأنه 132b: Attabi, 132b: استوفى بالقاسة . »

« استأجر التريم بخمسة مائة . » Kas., VI, 67:

« لو ... استأجر منها داراً ثم جعل تلك الحس مائة قسماً فإن 5: Has., V, Société: صاحب يشاركه . »

d'une composition pécuniaire:

Kas., VI, 67: « ذكر ابن سبعة في نوادره عن محمد لو أن أحد التريمين الذين لها 67: Kas., VI, 67: المال قتل عبد الطالب فوجب عليه القصاص فصالحه الطالب على خمسة درهم كان ذلك جائزاً ويرى من حصة الثقل من الدين وكان لشريك الثقل أن يصره فأخذ منه نصف الخمسة . »

d'un contrat de mariage:

Muh., 385b: « لو كان تزوجها الأول على خمسة درهم ثم قاصها بجمعة من 385b: Muh., 385b: الألف أو لم يقاصها كان لشريكه عليه ما بنا درهم وخمسون درهما . »

« لأنه صار مستوفياً بنصيبه بطريق القاسة . » Sarakh., XXI, 43:

« لو تزوجها على خمس مائة مائة ... فلشريكه أن يأخذ منه 71b: Radiy, VI, 71b: نصف حقه ... فقد وجب لها على الزوج بالسكاح مثل ما له عليها فالتيا قسماً فصار الزوج مقبضاً بنصيبه من الدين . »

« لو أطلق ... السكاح بكذا ثم قاصها بنصيبه ضمن لشريكه لأنه 132b: Attabi, 132b: استوفى بالقاسة . »

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 « *makr* » la part du créancier, non une somme déterminée. V. Sarakh., XXI, 42 : « روى بشر عن أبي يوسف أن لا آخر أن يتاركة فيضنه نصف نصيبه من الدين لأن الشكاح إنما يتعد بتلك الحصة ... ويكون مالا متقوما ثم يصير الزوج مستويا نصيبه من الدين بطريق القاصة لأن آخر الدين دين المرأة نصيبه من قاضية به نصيب الزوج من الدين. »

Attabi, 132b :

« لم يضمن لشريكه عند عقد خلاف أبي يوسف. »
« روى بشر عن أبي يوسف أن لشريكه أن يرجع ... وروى بشر : Kas., VI, 67 : « روى أيضا أنه لا يرجع وهو رواية محمد عن أبي يوسف. وجه الرواية الأولى أن الشكاح أوجب الهرب في ذمته وأنه في ذمته مثله نصار قصاصا بدينه. »

Kifaya, VII, 406 :

« قوله في ظاهر الرواية احتراز عما روى بشر عن أبي يوسف ... وإن كان به لفظا لكن مثله معنى قصار كتزوجها بخسالة. »

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 *makr*. V. Radiy, VI, 71b : « أن الشكاح متى أخيف إلى دين في ذمته تعلق بين الدين المضاف إليه نصار ذلك الدين ملكا لها بالشكاح فنقط عنها فلم يصير الزوج متضمنا للدين. »

« لأن الشكاح متى أخيف إلى دين في الذمة يتعلق بين المضاف إليه نصار ذلك ملكا لها بالشكاح. »

Kifaya, VII, 406 :

« إليه وصار ذلك ملكا لها بالشكاح ... فكان بمنزلة الهبة والإبراء. »

Zai., V, 47 ; ACH-CHURUMBUALLI, II, 402 :

« والصحيح الأول. »

« إذا كان لرجلين على رجل ألف درهم إلى سنة وقد (93) Muh., 385b :

استقرض أحدهما منه خمس مائة قبل ذلك ثم حل المال لهما عليه نصارت قصاصا فإن شريكه لا يرجع عليه بشيء، لأنه لم يقبض شيئا إنما قضى الذي عليه. »

« أنا أؤيد شيئا قبل أن يكون : أخيف شيئا إنما قضى الذي عليه. »

et encore en cas de créance délictuelle : « لمسا عليه دين فاقبض منه حصته قائما فتمسا ولم يقبض. »

« لو كان وجب للطلب على أحد الطالبين دين بسبب قبل أن يجب : Kas., VI, 67 :

لهما عليه الدين نصار ما عليه قصاصا بما لأحد الطالبين فلا ضمان على الذي سئل 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 ديناً 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'équivalent 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 :

« الاقتصاس استيفاء الدين من حيث المعنى فنصار كأنه استوفى حقه. »

« إن آخر الدين قضاء من أولها لأن القضاء لا يسبق. »

Sarakh., XXI, 40 :

« الزوج. »

« الأصل في الدين إذا تضافا قصاصا أن يصير الأول متضمنا بالثاني. »

Kas., VI, 67 :

« لأنه كان واجب القضاء قبل الثاني. »

« وفيه [أي في شركة التتق] ابن سبعة : Burh. Dhakh., II, 580b :

« عن أبي يوسف في الأمان ... وكذلك لو ضمن أحد الطالبين للطلب مالا عن رجل صارت حصته قصاصا فلا شيء لشريكه عليه فإن قبض من الكحول عنه ذلك لشريكه أيضا أن يتاركة في ذلك. »

Hind., II, 340 :

« في التتق عن أبي يوسف لو ضمن أحد الطالبين للطلب مالا عن رجل صارت حصته قصاصا به ولا شيء لشريكه عليه فإن قضى من الكحول عنه ذلك المال لم يكن لشريكه أن يرجع عليه أيضا فيتاركة في ذلك. كذا في المحيط. »

« [لا يرجع] لو جنى عليه جناية عمدا دون النفس يكون : (95) Muh., 38 :

أرضها خمس مائة. »

« لو جنى عليه جناية يكون أرضها خمس : Sarakh., XXI, 40 ; Radiy, VI, 70a :

lui appartenant (96).

II en est ainsi alors même que la responsabilité du

ماتة لا يكون لشركته شيء لأنه وجب للطلوب على الماني مثل ما عليه فالتبعا قسما فبريء
الطلوب عن حصة الماني ولا شيء. لشركته عليه لأن الماني وإن سار مقتضيا نصيبه من
الدين لأنه صاحب أول الدينين إلا أنه لم يستند بهذا الاقتضاء مال عين ولا عين له حكم المال
إنما ملك ارشا وأجب ديناً في ذمة الملولب . »

« لو... جنى عليه جناية موجبة للأرض حتى سقط الدين لم يكن : Bazzar, VI, 34.
لشركته الرجوع . »

[لا رجوع لو] أئسد له متاعا يكون قيمته خمس مائة : Muh., 385a : (96)
فانه توى من حصته ولا يضمن لشركته شيئا لأنه لم يقبض . » متاعا أخرقه بالنار لم

يشفع منه شيء . »
« قال أبو يوسف لا يرجع عليه شيء لأنه متلف لتصبيه عيسا : Sarakh., XXI, 40 :

صنع لا قابض والاحراق انلاف فيكون عذا نظير الجناية . »
« في شركة التقي... ابن سبعة عن أبي يوسف في : Burh. Dhakh., II, 580b :

الأمال رجلا لها على رجل ألف درهم فأئسد أحد الرجلين على الملولب متاعا... فليس
لشركته أن يرجع عليه شيء . »

« لو أئلف عليه متاعا بأن رى بالنار على توبه لا يرجع لشركته : Radib., VI, 70a :
عليه شيء . في رواية أبي سليمان . »

C'est la version ci-dessus rapportée d'après le ms. 200.
« لو أئلف أحدهما متاعا الملولب بالنار لا يكون قبضا عند أبي يوسف : Zai., V, 47 :

... لأن الضمان حصل بالقبض فيستند إليه... بخلاف ما إذا أخرقه في يد مالكه من
غير قبض . »

« انلاف أحدهما متاعا الملولب . » : Nug. Bahr, VII, 260 :
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 dédommage-

ment. V. Sarakh., XXI, 40 :
« في قول محمد لأنه بالاحراق سار قابضا متاعا : Sarakh., XXI, 40 :
للمال ويكون ذلك مضروبا فيكون كالنصب . »

« وفي رواية أبي حفص ان عند... محمد يرجع عليه بربع الدين . » : Radiy, VI, 70a :
« وكذا [أي يعتبر قبضا] الاحراق عند محمد خلافا لأبي : Marghi., VII, 406 :

créancier répond à une simple idée de risque (97).

Si, cependant, le dédommagement a entraîné un trans-
fert de valeur, le recours devient possible (98).

يوسف . »

« وعند محمد هو قبض... وجب عليه الضمان لنصار ديناً فالتبعا قسما . » : Zai., V, 47 :
« صورة السألة... ما إذا رى بالنار على ثوب الدين فأخرقه : Kifaya, VII, 406 :

وأما إذا أخذ الثوب ثم أخرقه فإن لشركته أن يتبع الحرق بالإجماع لأنه حينئذ يكون
الاستهلاك بعد النصب . »

Bazzar, IV, 34.

« لو غصب أحدهما من الثوب عبدا فذهب عيه ثم رده : Attabi, 132b : (97)
... ولم يضمن لشركته . »

« لو ذهبت إحدى عيني البعد بأفة ساوية في ضمان الناصب فرده لم يرجع : Kas., VI, 68 :

شركته عليه شيء لأنه لم يسلم له ما يمكن التاركة فيه لأنه لم يملك المضمون فلا يضمن.
لشركته شيئا بخلاف نفس البعد لأنه ملكها بال ضمان فلم له ما يمكن التاركة فيه فيضمن.

لشركته . » « لو اشترى أحد الشركتين من الثوب عبدا يما فأسدا وقبضه... لو
ذهبت عيه بأفة ساوية فرده لم يضمن لشركته شيئا ويجب ذلك عليه من حصته من الدين.

خاصة . » « وكذلك البعد الرهون إذا ذهبت إحدى عينيته بأفة ساوية . »
« لو ذهبت إحدى العينين بأفة ساوية في ضمان النصب أو في يد : Hind., II, 339 :

الشترى بشراء فأسد أو في يد الرهن لم يضمن . كذا في الظهيرة . »
« إذا كان لرجلين على رجل ألف درهم فغصب أحدهما : Muh., 385b : (98)

خمس مائة فأهلكها وألأف حالة فهي قسما ويرجع لشركته جابتين وخمين . »
« إذا استملك أحد الطالبين على الملولب مالا فصارت قيمته قسما : Kas., VI, 67 :

بدينه... لشركته أن يرجع عليه . »
« لو غصب أحد الشركتين من الدين ما يساوي خصة فيهلك : Sarakh., XXI, 40 :

في يده فلا خير أن يرجع عليه جابتين وخمين لأنه سار قابضا نصيبه مالا مضروبا وضمان
النصب يوجب الملك في الضمون فكأنه استوفى نصيبه . » « لأن الدين يكون قابضا

لنصيبه بطريق القسمة لأن دينه يكون آخر الدينين . »
« لو غصب أحد الشركتين من الملولب عبدا فأت عده فلشركته : Kas., VI, 67-68 :

أن يضمنه لأنه سار ضمانا لقيمة البعد من وقت النصب فملك المنسوب 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-crédancier ne peut, lui aussi, que réclamer sa part dans les

طريق الطور والاستناد .

Margbi., VII, 404; Zai., V, 47.

Et Radiy, VI, 70b: « وكذلك لو قبض ضراء فأندأ فباعه أو أعتقه أو هلك عيده . »

Margbi., VII, 404: « أو اشتراه شراء فأندأ وهلك في يده فهو قبض . »

Zai., V, 47.

Et en cas de gage: Radiy, VI, 70b: « لو ارتهن أحدهما بجمعه فهلك عنده . »

« فلهشركه أن يقضه لأن الزمن استيفاء ككما . »

Attabi, 132b.

Kas., VI, 67: « لو أعطى المطلوب لأحدهما رهنا بجمعه فهلك الزمن عنده فلهشركه . »

« أن يقضه لأن قبض الزمن قبض استيفاء وبهلاك الزمن يصير مستوفيا للدين فكما فكان كالاتيفاء حقيقة . »

(99) Cass., III, 382b:

« كان له حق الشركة فيه بينه . »

Radiy, VI, 68b: « كل دين مشترك بين رجلين فإذا قبض أحدهما شيئا منه فلا آخر . »

« أن يتشارك في القبول بينه . »

Kas., VI, 65: « كان له أن يأخذ نصف ما قبضه صاحبه بينه ليس لقائض أن يقضه . »

« غشه بأن يقول أنا أعطيك مثل نصف الدين . »

Has., III, Témoignages, 36c: « أن اختار الشراكة مع القابض يأخذ منه نصيب . »

« ذلك بينه وليس للقابض أن يعطيه منها ولا أن يعطيه مثل ما لها على الديون . »

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-crédancier 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, 36c: « ولا لك أن يطالب بثلث الدين ويترك القبول عليه . »

Hind., II, 336: « وكذلك لو اراد الساكت أن يأخذ من القابض مثله لا يكون له . »

« ذلك إلا برضى القابض . كذا في الأخيرة . »

« S'il y a commun accord, des espèces semblables pourront toujours être remises. V. Has.: »

Hind., loc. cit.

« إلا بالراضي . »

(101) Radiy, VI, 71a: « إن سلخ بالخيار أن شاء أعطاه مثل نصف حقه . »

(102) Muh., 385b: « لو كانت ألف درهم لها عليه ثم باع أحدهما متاعا بخمس مائة إلى ستة ثم حلت فصارت فصاما فهو نصاس وهو ضامن لثالثي درهم وخمسين درهما لصركه . »

(103) Muh., 384b: « لو اشترى بجمعة عبدا وقبضه كان جائزا وكان لصركه عليه ماينا درهم وخمسون درهما . »

« لا سبيل له على التوب . »

(104) Radiy, VI, 71a: « أنه إنما اشترى التوب بنسب في ذمة الترم لا بما له في ذمة الترم »

Kas., VI, 65: « نصار ما في ذمة فصاما يدينه نصار كأنه قبض نصف الدين فلا يكون له على التوب سبيل . »

te cette dation ne peut, de son côté, l'imposer à son co-crancier. 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'acquéreur 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).

Marghi, VII, 403 : « لا سبيل للشريك على التوب في البيع لأنه ملكه بقده »

والاستيلاء بالتامة بين ثمة وبين الدين . »

Bab, VII, 404 : « البيع يقتضي ثبوت الثمن في ذمة المشتري والاضافة إلى ما على الترم من نصيبه عند العقد أن تحققت لا تنافي ذلك لأن الأفراد عينا كانت أو دنيا لا تصين في الأفراد . »

Cependant Attabi, 132b, rapporte une opinion différente :

« لو اشترى أحدهما من الترم شيئا بنصيبه فإن شاء الآخر يشاركه فيما اشترى . »

(105) Radiy, VI, 71a : « بخلاف الشري لأن مبناه على المأكلة فالظاهر أنه بالشري استوفى نصف الدين بكاملة بالتامة . »

(106) Radiy, VI, 71a : « إلا أن يجعلا على الشريك في التوب فيصير كأنه يباع منه نصف التوب . »

Kas., VI, 66 : « فإن اجعلا جعلا على الشريك في التوب فهو جائز ... صار كأنه يباع نصف التوب منه . »

(107) Cass., III, 389a : « أن إذا كان لشريك رجلين على دين كان له عليه أو »

ومعها لرجل وقبضها ... يرجع على شريكه بثل نصف ما قبض . »

Radiy, VI, 69b :

« يقسم التابش مثل نصفه . »

Attabi, 132b : « لو قبض أحدهما نصيبه واقرضه غيره لم يشارك الآخر المسترض »

وفي الوكالة أنه لا يقسم الشريك التابش نصفه . »

312. — 3. Parties du recours. — Tout créancier conjoint peut exercer le recours. Cependant, le créancier qui a payé à son co-crancier 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-crancier, 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'Anu-

Kas., VI, 66 : « فإن أخرجه التابش عن يده بأن وجهه أو بعه أو قضى دنيا عليه ... فلشريكه أن يقضه نصف ما قبض . »

(108) Attabi, 132b :

Kas., VI, 66 : « وإن استهلك ما قبض لشريكه نصفه . »

« استهلكه بوجه من الوجوه فلشريكه أن يقضه نصف ما قبض لأنه »

اتلف عليه ما قبضه من نصيبه فكان له أن يقضه . »

Si la perte est fortuite, le recours n'est pas possible, semble-t-il :

Has., III, Témoignages, 27e : « لو هلك في يده قبل المشاركة كان الملاك على »

التابش . »

Hind., II, 337 : « إن هلك ما قبض الشريك فلا ضمان عليه ويكون مستوفيا وما »

يقى على الترم لشريكه . كذا في القنية . »

(109) Cass., III, 389a : « قال محمد ... قضى شريكه نصيبه ... صح القضاء »

وإن توى ما على الترم لم يرجع على شريكه بشيء ... »

« ولم يكن له أن يأخذ منه شيئا بما قضاه . »

Hind., II, 341.

(110) Muh., 389a : « إذا كان لرجلين على رجل الدين بدين بدين فاقبض أحدهما »

منه خمس مائة زبوف لو أخذ الآخر خمس مائة درهم بدينه ما يشارك واحد منهما صاحبه في شيء . »

« لما على رجلين قضى لأحدهما بقية نصيبه لا تقطعه بشاركه »

الآخر ... فإن شاء الشريك أعطاه نصف ما قبض من القينة أو أعطاه ربع الربط ولو »

قبض الثاني نصيبه من الترم في الربط قبل قبض الأول لم يشاركه الأول في الربط . »

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 يتشارك المؤخر في القروض حتى يمتحن الاجل فبئذ يكون له أن يتشارك القابض في القروض . »

Kas., VI, 67: « إذا قبض الشريك الذي لم يؤخر نصيبه لم يكن الذي أخر أن يتشاركه فيما قبض حتى يحل دينه . »

(112) Sarakh., XXI, 38: « والدليل على أن تأجيله يصادف بين نصيب شريكه أن الآخر إذا قبض نصيبه ثم حل الاجل كان للمؤخر أن يتشاركه في القروض ويكون ما بقي مشتركاً بينهما والباقي هو ما كان مؤجلاً . »

(113) Gass., III, 381a: « مع [إذا قبض القرم] فلم الآخر فيه لم يكن له مع التسليم حتى الشراكة . »

Radiy, VI, 69a: « وأن شاء الساك سلم القروض للقابض واتبع القرم بنصيبه وإذا اتبع القرم نصيبه لا يرجع على شريكه نصف ما قبض . »

Has., V, Société, 42e: « إذا سلم القروض للقابض فقد أبطأ حقه في الشراكة وله ذلك فهو أراد أن يرجع على شريكه بعد ما سلم لم يكن له ذلك . »

et III, Témoignages, 36e: « أن سلم القابض ثم أراد أن يتشارك فيه ليس له ذلك لأن الحيز بين شيتين إذا اختار أحدهما تبين عليه ذلك . »

Marghi., VII, 404: « له أن لا يتشاركه . »

(114) Gass., III, 381a: « البراءة من الحقوق لا يصح إلا 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 بد وجوب الحق أو في العند الموجب له . «
لم يأمن أن يسلم ذلك له قبل القبض فإذا قبض شاركه فيما يحبس . »

Khas., 29: «
(115) L'insolvabilité, c'est, d'après la doctrine d'ASU-YUSUF et de MUH'AMMAD, l'état d'un débiteur déclaré en faillite. ABU-H'ANFA ne parle d'insolvabilité que si le débiteur meurt en état de déconfiture. Has., V, Société, 42e: «
القوى أن يموت القرم مثلاً عند أبي حنيفة لا حنيفة . »
غير وعندما مات وان فله التامش ويحجر عن التصرف . »

Kas., VI, 66:

« توى الذي على القرم . »
« ثم توى نصيبه بأن مات الدين مثلاً . » CHAYKH-ZADA, Magme', II, 250:
Dans ce dernier sens aussi, Nug. Bahr, VII, 260.

(116) Gass., III, 382a: « سلمه بعد ذلك على شرط سلامة النصف الآخر »
له فحق لم يسلم له ما على الشريك عاد حقه الواجب له قبض الشريك . »

« تسليبه إنما وقع على شرط سلامة ما على القرم له . » 382a:

« إذا سلم القروض للقابض فقد أبطأ حقه في الشراكة إلا أن يتوى ما بقي على القرم . »
« أن سلم على الشريك ما قبض ثم توى نصيبه على القرم له أن يرجع على التسليم . »

« يسلم به الشريك القروض للقابض ليسلم له ما في ذمة القرم فإذا لم يسلم حتى حقه في القروض كما كان . »

Kas., VI, 66: «
لو سلم له ما قبض ثم توى ما على القرم له أن يتأخره القابض »

Marghi., VII, 404: «
لأنه رضى بالتسليم ليسلم له ما في ذمة القرم ولم يسلم . »

« التسليم مقيد بشرط سلامة الباقي له . » Zai., V, 46:

« لو أن أحد الشريكين اتضح نصيبه : Gass., III, 384b-385a: (117)

أجود من دراهمه فلم ذلك له صاحبه ... فإن توى ما على القرم كان له أن يرجع عليه بثل نصف ما أخذ ليس له غير ذلك وإن كانت البراءة قائمة بينهما . »

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 في هذا الوجه أن يرجع إلى عين تلك الدراهم لأنه استغنى عنه
عن عينها بالتسليم حيث أجاز تلك القايض لما فسقط عنه عن عينها وأما تجدد له منها
آخر بتواء ماله فثبت ذلك في ذمة القايض كإثر الدين . »

« إذا أراد أن يأخذ من يد صاحبه بدل ما قبض من الدراهم بينها لم يكن له ذلك ولصاحبه
أن يتمه عنها ويعطيه مثله . »

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, 39c : « أن قوى والدراهم بينها فأنه في يد القايض لم يكن له »
« أن يرجع بينها لكن القايض بالجوار ... ألا ترى أنه لو أقرض . »

« عين تلك الدراهم ... عنه فيها قد سقط ... يعود إلى ذمته في مثله . »
« عنه فيها قد سقط بالتسليم فيرجع بتله ويكون ما قبضه أخيرا صرفا »
« عما في الذمة . »

(118) Gass., III, 383a : « أن قضاما شريكه رجلا من دين كان له عليه »
« أو وهما رجل وقبضها فأراد الشريك الذي لم يقبض أن يرجع بنصفها على الموموب له
أو على الذي قبضها فليس له ذلك ولكنه يرجع على شريكه بثل نصف ما قبض . »
« لم يكن للشريك ... إبطال تصرف القايض في القبروض . »

« ليس لما كنت أن يأخذ من يده . »
« لو قبض أحدهما نصيبه وأقرضه غيره لم يشارك الآخر المشتري . »
« إذا تصرف القايض فيه بأن قضى به ديناً عليه أو وهبه »
« لرجل فلا سبيل له عليه لأنه تصرف في 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

« إذا قبض منه السالك كان القايض أن يرجع به »
« على الترم . »

« ما قبض الشريك من شريكه يكون قدر ذلك القايض ديناً على الترم . »
« الدين الشريك إذا استوفى أحدهما نصفه فأنه شاركه صاحبه في »
« النصف ورجع المصالح بذلك على الترم . »

(120) Kanz, V, 46 :

« رجبا بالباقي على الترم . »
« أن الشريك إذا ضمن له نصف القبروض لا يبق له ولاية الرجوع »
« ينصف الدين بل يرجع بترينه . »

(121) Bab., VII, 403 :

(122) Sauf le cas de renonciation au recours. Kas., VI, 66 :

« بالتسليم ... أجاز تلك القايض لما . »

(123) Marghi., VII, 402 :

« إذا قبض أحدهما شيئا من فلصاحبه أن يشاركه »

في القبروض . »
et V. *supra*, n° 305.

profitera du paiement effectué si ce que l'accipiens a reçu est supérieur en qualité à ce qui était dû (124). Il profitera aussi du paiement anticipé (125) ainsi que des sûratés obtenues (126).

(124) Radiy, VI, 68b: «فأذا قضى أحدهما شيئا من فلا يخفى أن يشاركه»

في القصور، عنه وإن كان أحمود. »

Attani, 132b:

« ویشاب کہ فہما قفہ، وان کلان احمود . »

Kas., VI, 66. Ce n'est point là une dation en paiement mais un paiement libératoire quoique la chose soit de qualité supérieure. V. Gass.,

« فإلح بك لأنه هو الذي بعثه وإن كان أحمق... »

(125) Kas., VII, Emancipé, 196: «لِكُلِّ ذِي دِينٍ فِي الْأَصْحَابِ مِنْهُمْ حِمٌّ»

فإنما أنه قد سلمه كما في الدين الحال . »

دين مؤجل ليعمل نصيب أحدهم اقتضا نصيبين والباقي لما آل الأجل لأن الحق لها فالقبوض على الحقن والباقي على الحقن لأن نصيب أحدهم لم يتبين. »

(126) Dans ce sens seulement que le paiement effectué par la caution fera, tout aussi bien que le paiement du débiteur, l'objet d'un recours. Abidin, IV, Cautionnement, 375: « ما يثابته الكفيل يكون مشركا »

وہنہا کالو آدی الاصل . »

«لو أن الطالب أعطى أحد الفريقين كفيلاً بجمعه... فما اتفاه: 340, II, Hind.,

De même en est-il du paiement effectué par la personne qui a pris la dette, pour sa part, à sa charge. Hind., II, 340: ...! [lik]

أحاله بذلك على رجل فما اتفاه هذا الغريك... من الحويل... عن الذخيرة. «

«لو أهلكها التفرقة... لو كافأ متفرقة فلا [يشتركان]». «

Par contre, le co-créancier qui exerce le recours subira un préjudice si ce que l'*accipiens* a reçu était de qualité inférieure (127). Il sera soumis aussi, on l'a vu, aux conditions présumées onéreuses de la transaction consentie par l'*accipiens* (128).

317. — 6. *Fondement juridique du recours.* — Si chacun des créanciers ne peut recevoir que sa seule part, comment expliquer le recours des co-créanciers? (129).

(127) *Muh.*, 385a: أخذوا القروى ثم غلبه فاقته. أخذوا

منه غنس راتة زبوف فصالحه عليها كان لشركه أن يشركه فيها فيأخذ نصفها ليس له الا ذلك . » (اذا كان لرجلين على رجل كره خطبة جيد قرض أو تمن مبيع اشتراه منها بكر خطبة جيد حال فهو جائز فان صالحه أحدهما على ان أخذ بمحضه نصف كره خطبة يردى ، فأراد الشرك الذي لم يقبس ان يشركه فيها قبض فانما له نصف ما أخذ من ذلك . »

الرد، وليس له أن يأخذ حياء.»

Rady, VI, 68b: «أنا شاك في القدر»

[illegible]

Kas VI 66: "مبته وال فان ... ازديء."

«وان كان اردا بعض الردى»

(128) *V. suprac*, n° 307.

Il ne faut pas oublier cependant que chacun des créanciers conserve tous ses droits contre le débiteur et qu'il pourra toujours réclamer son dû intégralement — à moins que, le débiteur devenu insolvable, il n'y ait plus d'autres ressources que le recours. Sarakh., XXII, 39: **استثناء نعمة أو الثراء نصيبه أو الصلح أو قبول الحيلة ليس فيه**

١٠٠

Has., III, Témouig., 372: 11

[illegible]

«...الذي هو على
الذي ليس

(129) Les auteurs ont été arrêtés par cette difficulté V. OAD'I-

ZADA, Naldig, VII, 404:

[illegible]

Faut-il admettre que l'accipiens n'a pas reçu sa part réelle mais une part indivise appartenant tout aussi bien à ses co-créanciers? (130).

القائض مشكلا غير مقبول المعنى .

Cependant pour la résoudre, ils se contentent, suivant une technique qui leur est familière, d'admettre à la fois les deux possibilités contradictoires. Ils justifient ensuite certaines solutions selon l'une, certains selon l'autre construction. La construction juridique ne semble pas devoir répondre dans cette technique à une idée d'unité. (V. IHEANNO, *Esprit*, III, 63 et s.). V. Gass., III, 382b-383a: « للقروض » « كان حق القائض كله صار نصيبه حتى يجاب حتى الشركة له في عيه . » « ليس بين قوله ملكه مناعا كملكه وقوله ولكنه قبل الشراكة : 399 et Querr., II, 399 » « على ملك القائض عاتلة لأن القروض عين الدين من وجهه وغيره من وجهه كما صرح به في عامة الكتب والاعتبار الأول يقتضي كون القروض مشتركا والاعتبار الثاني يوجب الاختصاص بالقائض فمعنا بالوجوب وقتنا على الوجه الأول انه يكون للأخر ولاية الشراكة وعلى الوجه الثاني انه يدخل في ملك القائض ويتخذ تصرفه . »

(130) A l'appui, on pourrait citer les textes suivants:

Kas., VI, 65: « لأن نصف القروض مقبوض عن نصيبه فكان عين حقه فلا يملك »

القائض منه . »

« اذا كان عين حقه حكما تلقى حكمه به وصار تصرفه : 37e Has., III, Témouig., 37e »

حقا له . »

« كان القروض من الحين جيبا . »

« قبض أحدهما شيئا منه ملكه مناعا كملكه . »

MUNLA KHUSRAW, II, 402: « »

« ان الظاهر منه أن يكون ما قبضه أحد الشركتين في : 403 QAD'I-ZADA, VII, 403 »

الدين بدلا من قبضها ما لا من حق القائض فقط . »

« الأصل الصحيح ... ان الدين المشترك ... اذا قبض أحدهما شيئا منه فالقبوض : 34: من النصيبين . »

« لو دفع الديون لأحدهما أى لأحد الدائنين فلا أثر من الدائنين : 3b Sindi, IX, 3b »

وهو الذي لم يسطه الديون شيئا الرجوع على الدافع اليه ينصف ما أخذ وليس له أن يقول

Cette explication est à rejeter. S'il détient, en effet, un bien commun, il ne pourrait à lui tout seul l'aliéner (131).

D'ailleurs, il est sans qualité pour le détenir. Il ne peut être considéré comme mandataire (132) ni comme dépositaire (133).

منا الذي أخذته حتى وما بقى على الديون حصتك ولا يصح من الديون أيضا أن يملكه شيئا على أن فشاء . »

Et les textes concernant la renonciation au droit de secours. Elle y est analysée en vente: la portion vendue était donc la propriété du co-crancier. V. Kas., VI, 66: « اسقط حقه عن عيه بالتسلم حيث أجاز ذلك : 66 V. Kas., VI, 66 »

القائض لما فسقط حقه عن عيه . »

« اعتقدت المناوئة بينها . » « باع نصيبه مما قبض : 42 et Has., V, Société, 42 »

V. cependant *infra*, n° 318, note 146.

(131) QAD'I-ZADA, VII, 402: « لو كانت زيادة الدين بالقبض كزيادة الثمرة : 402 »

والرأى لا جاز تصرف القائض في القبوض كما لا يجوز لأحد الشركتين التصرف في الثمرة والرد ينير إذن الآخر . » « ليس له حصة الشراكة في القبوض والا فلا تصرف القائض فيه قبل الشراكة . »

« القبوض ملك القائض لما قلنا ولما تنفذ تصرفاته فيه : 42 Has., V, Société, 42 »

وتلزم حتى لا يكون الساكن قفصه . »

(132) En effet, nous dit Gass., III, 382b, s'il avait été le mandataire de son co-crancier, le risque de la chose n'aurait pas été mis à sa charge exclusive: « وجب أن لا يجوز له قبضه الا وقد صار وكلا لصاحبه : 382b »

في قبضه ولو كان كذلك لما ضمه لملكه في يده وفي وجوب ضمائه عليه دليل على انه ليس بوكيل ولا في حكم الوكيل فإن انه استحق القبض لنفسه لذلك كان القبوض نصيبه خاصة . »

« لو ملك في يده قبل الشراكة كان الحلالة على القائض . »

Has., III, Témouig., 37e: « »

(133) Pour la même raison. V. cependant Has., III, Témouig., 39e: « ابتداء القبض بنسبه قبض الوديعة في حق الشريك لأن القبوض جعل عين حقه : 39e »

318. — Ce que le créancier a reçu lui appartient donc en propre (134).

Cependant, son co-crédancier a un droit incontestable sur la chose reçue (135). Ce droit lui permet d'évincer l'acci-

سكما فكان له أن يرجع في عينها . «

(134) Cass., III, 382a:

« القبوض هو نصيب القابض ... »

et 383a: « الملك حصل له في القبوض بتسليم من الدافع . »

Radiy, VI, 69a: « كان ملكا للقابض لأنه خالص ملك الغريم وقد ملكه من »

القابض قضاء لمفعه . «

Marghi., VII, 402: « قبل النازكة: باق على ملك القابض . »

404: « القابض استوفى نصيبه حقيقة . »

Has., V, Société, 41-42: « كان خالص ملك الديون »

وقد قضاه . «

« قبض ملك نفسه ألا ترى أن القابض بأمر الغريم يدفع »

et III, Témoin, 37e: « كان ملكا له لا أمره به . »

Bab., VII, 402: « القبوض قبل أن يختار الشريك متازكة القابض فيه باق على ملك »

القابض . «

C'est pourquoi, la part réelle du co-crédancier demeure à charge du débiteur. V. Zai., V, 46:

« ان شاء رجع على الغريم لأن حقه عليه في »

الحقيقة . «

« أخذ الشريك الآخر نصف الدين من غريمه لأنه »

MUNLA KHUSRAW, II, 402: « كان عليه ولم يستوفه فبقى في ذمته . »

« له أن يبيع الذي عليه الأصل لأن نصيبه باق في »

ذمته لأن القابض قبض نصيبه . «

« للآخر فيه حق الشراكة . »

(135) Cass., III, 382a:

Radiy, VI, 69a: « الساكن فيه حق الشراكة . »

« حسن قوله فلا حق في الشراكة في »

'ABD AL-H'ALIM, H'achhiya, II, 320: « القبوض أشار به إلى أنه ليس له حقيقة الشراكة . »

piers (136) mais ne lui permet pas de suivre la chose (137). En cas d'aliénation, en effet, le co-crédancier 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-

« قال بعض » QAD'I-ZADA, VII, 402: (il s'agit de SA'DI CHALABI, VII, 401)

الفضلاء الطامس اسقاط لفظ الحق فإن التحقق في الولد والثمرة حقيقة لا حقها انتهى

أقول بل الحق الحق لفظ الحق لأن الضمير في وله عائد إلى صاحب الشريك القابض في

الدين المتزك لا إلى أحد الشريكين في كل شيء وليس له حقيقة الشراكة في القبوض ...

وأما له حق الشراكة فيه . «

« ولاية الشراكة . »

et V. Qurr., II, 239:

(136) Cass., III, 382b: « له حق الشراكة فيه بيته . »

Chalabi, V, 45: « كان لشريكة أن يأخذ نصف القبوض بيته . »

et V. Radiy, VI, 69b: « على »

« إذا قبض منه الساكن كان للقابض أن يرجع به على »

الغريم لأنه استحق نصف القبوض منه . «

et supra, n° 309.

(137) V. supra, n° 314.

(138) Cass., III, 384a: « إنما قلناه يرجع على القابض بثلث نصف القبوض »

إذا تصرف فيه ولا يرجع بثلث دينه من قبل أن القبوض بيته هو الذي صار مضمونا على

القابض ... فإذا استهلكه رجع عليه . «

Radiy, VI, 69b: « يقبض القابض مثل نصبه لأنه أبطل حقه التملك به . »

Kas., VI, 66: « لأنه أنفق عليه ما قبضه من نصيبه فكان له أن يضمه . »

(139) Le co-crédancier peut renoncer à son droit, or la renon-

ciation à la propriété d'une chose n'est pas admise en droit musul-

man. V. Sarakh., XI, 107: « الإبراء اسقاط واليمين ليست بمطل ولا ينفط »

ملك المالك وإضافة التصرف إلى غير عمله لغو . «

« لا يجوز الإبراء عن البيع لأنه عين والإبراء اسقاط »

Kas., V, 203, l. 14-15: « لا يجوز الأعيان لا يغل . »

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 هذه الحياة هو لزوم الدفع ... فيبقى المبد واجب الدفع .* «
et 260: *صورتته ملكا لهم بالدفع اليهم .* «
et 266: *« ولو باعه يما يما وهو لا يعلم بالحياة » (عليه) الأقل من قيمة العبد ومن العبدية .* «
(b) Le droit au butin. V. Hum., V, 223-224: *« الحق [في الغنائم] يثبت : 223-224: « ولو باعه يما يما وهو لا يعلم بالحياة » (عليه) الأقل من قيمة العبد ومن العبدية .* «
عندما ينقض الأخذ ويتأكد بالأحرار وذلك بالنسبة وقيل بالأحرار الحق ضئيف ... فلا ضمان لما أنفق من النسيئة قبل الأحرار بخلاف ما بعده فكان حقا ضئيفا 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 ولولا الأول أخذ بالقيمة فان تصرف فيه الذي وقع في نفسه جاز تصرفه ولم يكن للمولى نفسه وكذلك ما وصفتنا والذي الجامع بينهما ان حق المولى لا يثبت في العبد الأسور الا قبض المسلمين له وحيازتهم اياه في دار الاسلام كما لا يثبت حق الشريك في القبرض الا يغيبه فلم يكن للشريك أيضا ابطال تصرف القابض في القبرض .* «
Dans le domaine du droit public, on peut mentionner aussi le droit au « Zakât ». V. ad-DIMACHQI, *Zakât*, I, 103: *« تتعلق الزكاة ... بالعين ... ولا يزول ملكه عن شيء من المال الا بالدفع الى المستحق .* «
Sur ce caractère hybride, voir, quoique malékite, AL-QARAFT, *al-Furâiq*, III, 20-22: *« من جرى له سبب يقتضي الطالبة بالتسليم 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: *« للرئيس يقر لوارثه ... بيد أو يهبه له ثم يوت فيصرف الوارث فيه قبل قبض المصة جاز تصرفه لأنا ترجع منه الى بدل نفسه وهو القبة وكذلك العترة اذا أبطلنا حق من الدين رجع الى ضمان التل .* «
et 383a: *« كالمعروف له انه ملك البنية الواهب فيه حق الفسخ .* «
Radiy, VI, 69b: *« كالبيع في البيع التأسد اذا مسكه المشتري من غيره لا يقض الباع .* «
تصرفه ولكنه يضمنه مثله . «

(141) Kas., VI, 65: *« شركاء الأملاك ... سواء كانت الشركة في العين: 65: « أو الدين .* «

Abdin, III, 514: *« قال في الفتح ان يضمن ذكر من شركة الأملاك الشركة في ... الدين تقبل مجاز لأن الدين وصف شرعي لا يملك وقد يقال بل يملك شرعا ولذا جاز حقه من عليه وقد يقال ان المصة مجاز عن الاستفاضة ولذا لم تجز من غير من عليه والحق منه من عليه وقد يقال ان المصة مجاز عن الاستفاضة 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: *« مو [أي الدين] اسم للفعل أو لال حكمي في الدمة .* «
VII, 196: *« الدين اسم لفعل واجب وهو فعل تسليم المال واللال حكمي في الدمة وكل ... ذلك عدم حقيقة الا انه أعطى له حكم الوجود لحاجة الناس لأن كل واحد لا يملك ما يدفع به حاجته من الأعيان القائمة فيحتاج الى الاستفراض والمصراة بغير دين فأعطى له حكم الوجود لهذه الحاجة .* «

Has., III, Témoign., 27e: *« الدين ممدوم لأنه عبارة عن حق الطالبة بالخلق ... بالأموال باعتبار الحاجة لحاجة الناس فان كل واحد لا يجد ما يشتري به كل ما يحتاج اليه ولو وجد لا يتبين بالإشارة لا بد من إعجابه في الدمة .* «

(143).

Bab., VII, 405: « انه [أبى الدين] وصف شرعي ثابت في الذمة. »

Abdin, IV, 375: « الدين حكيم. »

Kifaya, VII, 405: « الدين وصف شرعي في الذمة يظهر اثره عند المطالبة. »

et voir Marghā, VII, 402: « مالية الدين باعتبار عاقبة القبض. »

(143) Gass., III, 380b: « القصة إنما هي اقراز الحقوق وتميزها وتميزها »

في الذمة واقراره لا يصح... لأن القصة لا تتم إلا بالقبض وقبض ما في الذمة غير ممكن. »

Kas., VI, 65: « لأن معنى القصة وهو التمييز لا يتحقق فيما في الذمة فلا يتصور فيه »

القصة. »

et VII, 106: « العلم لا يحصل القصة. »

Has., III, Témoign., 26e: « القصة اقراز أحد التصيين عن الآخر ووجهه في مكان »

آخر على وجه يمتاز أحدهما عن الآخر وهذا لا يتحقق في الدين قبل القبض لأن كلاهما مجتمع

في ذمة الدينون فكيف يحقق اقراز والامتناع. » « القصة شرعت لإكمال القصة »

ولا يتصور الانتفاع بالدين ما دام في ذمة الدينون. »

Qad'i-ZADA, VII, 405: « تميز بعض الدين عن بعض غير متصور فلا قصة في الدين. »

Abdin, IV, 375: « القصة عبارة عن الاقراز والحيازة وهو أن يصير حق كل واحد »

منها في حيز على جهة وهذا لا يتصور في غير الدين لأن الفعل الملقى يستدعي محلا حيا »

والدين حكيم. »

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: « في القصة تملك كل واحد منها نصف نصيبه »

شريكه عوضا عما يملكه عليه وتملك الدين من غير من عليه الدين لا يجوز. »

Kas., VI, 65: « لأن القصة فيها معنى التملك لأن ما من جزأين إلا واحدهما ملكه »

والآخر ملك صاحبه فكان نصيب كل واحد منها بعد القصة بعض ملكه وبعضه عوضا »

عن ملكه فكان قصة الدين: تملك الدين من غير من عليه الدين وأنه غير جائز. »

« لأن في القصة تملك كل واحد منها نصف نصيبه من شريكه » Kifaya, VII, 405: «

عوضا عما يملكه عليه وتملك الدين من غير من عليه الدين لا يجوز لأن في ذلك خلا »

لوصف من محل إلى 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. Gass., III, 381b: « إذا سقط حق أحدهما بخلاف أن ينفرد حق الآخر خاليا من حق »

الغير. »

Ainsi, en cas de remise de dette. V. Sa'di, VII, 405: « الإبراء عن: »

نصيبه يستلزم تميز الدين في ذمة قبل الإبراء، والاكتيف تعلق الإبراء بنصيبه خاصة. »

et dans Bab., VII, 405: « [القصة] هي رفع الاشتراك أو الإغناء أو ما شئت »

ففيه وذلك عدى فلا... تقتضي وجود التصيين. »

Il a été répondu qu'il est vain de parler de partage dans ce cas. V. Bab., VII, 405: « أوجب بأن القصة تقتضي وجود التصيين وليس ذلك »

في صورة الإبراء بتجوز فلا قصة. » « القصة اقراز أحد التصيين لتكامل القصة »

بما لا يتشارك فيه الآخر وذلك يقتضي وجوده لا محالة وإرتفاع التركة 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 شيء وهو أنه يلزم في هذه القصة قصة »

الدين قبل القبض وهذا لا يجوز وليس هناك عقد حتى تجوز في ضمنه كما قالوا في صورة البيع »

الهم إلا أن تجعل نفس القصة نوع عند أو شبيه عقد وتجوز قصة الدين قبل القبض في »

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, »
« وهنا تمت القصة في ضمن صحة الدماء أو صحة المصالحة وكما من شيء يصح ضمنا: 47 »

ولا يصح قصدا. »

Cependant, Qad'i-ZADA, VII, 404, le fait remarquer, il ne peut »

être question ici de partage, puisque le co-crédancier peut exercer son »

recours: « لا احتياج عندى منها إلى التثبت بجواز القصة قبل القبض ضمنا إذ لا »

وجه للترحم المذكور أصلا... فالتأكد الصحيح أن لا يسلم لزوم قصة الدين قبل القبض »

فإن نحن فيه لا قصدا ولا ضمنا. » « حيث كان له أن يضمنه نفسه وهو رجع الدين »

فلا مجال ليرحم قصة الدين قبل القبض ضرورة أن لا سبيل لأحد الشركتين على شيء مما »

استوفاه الآخر بعد وقوع القصة. »

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 »
« إذا استوفى أحدهما لأن: Has., III, Témoign., 36e: »

De là, le recours (144).

Indivisible dans son essence, elle ne l'est point en tant

القصة هناك باعتبار اختلاف الحال فنصيب المتوفى لم يبق في ذمة الديون . »

Il a lieu, enfin, en cas de renonciation au recours. L'*arziyien*, 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 : « إذا سلم ... صار ذلك بمنزلة قصة الدين لصين نصيب أحدا وبقاء نصيب الآخر دينا ودخل فيه معنى المعاوضة لأن قضية الشركة أن يكون ما قبض مشترك 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, 405 ; Qad'i Zada, VII, 405 ; Sindi, XII, 474a-474b. Mais si le recours est possible à l'échéance, c'est que le partage n'a pas eu lieu, d'après la technique de cette construction.

(144) Le paiement entre les mains de l'un des créanciers d'une part déterminée ne peut, en effet, valoir comme partage. Et puis, une part réalisée, disent les auteurs, vaut plus qu'une part en souffrance. La plus-value doit profiter à tous les co-propriétaires. Radiy, VI, 68b : « فلصاحبه أن يتيمه ويشاركه ليا قبض لأن المين أفضل من الدين فهذه الزيادة حصلت بسبب أصل الحق وهو الدين فإذا كان أصل الحق مشتركا كذا الزيادة فيه بمنزلة الراد والترة فيشاركه في عين القبرض حتى يساويه فإن الشركة تفضي المسواة . »

69a : « المين أفضل من الدين فالساك أن يشاركه التامش في القبرض حتى يساويه 69b : القبرض يؤدي ذلك إلى أن يفرّد أحد الشريكين بالقصة وأحدهما لا يفرّد بالقصة . » 69b :

« لأن الإبراء استلزام وليس قبض نصيبه فلم يزد نصيبه . » Marghi, VII, 402 : « أصل هذا أن الدين المشترك بين اثنين إذا قبض أحدهما شيئا منه فلصاحبه أن يشاركه في القبرض لأنه ازداد بالقبرض إذ مالية الدين باعتبار عاقبة القبض وهذه الزيادة راجعة إلى أصل الحق فتصير كزيادة الراد والترة . »

que lien (145). Aussi, les poursuites auront lieu séparément.

Cette construction, on l'a vu, ne saurait se concilier avec les solutions admises (146).

Zai., V, 45 :

« القبرض خير من الدين . »

Bab., VII, 402 : « فلصاحبه أن يشاركه في القبرض وهو الدوام أو الدائير أو غيرهما لأن الدين ازداد خيرا بالقبرض . »

(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 : « قصة الدين : 67 : أن القصة لا تؤثر في الدين فلو كان الدين في الأصل تصرفا ليس تصرفا في الدين بل في المطالبة بالاستطاع . » الأجل

تمنع ثبوت المطالبة . » Cette distinction entre la dette (*dayn*) et la poursuite (*mu'dala'a*) se retrouve, d'ailleurs, fréquemment.

(146) V. *supra* n° 317. Les mêmes auteurs, pour expliquer ces solutions, ne parlent plus de copropriété. La notion de copropriété doit donc être écartée quoi qu'en aient dit les auteurs. Il nous faut considérer la nature juridique de l'institution d'après sa structure véritable. Or, dans leurs exposés objectifs, les auteurs considèrent, en fait, la part reçue comme la propriété exclusive de l'*arziyien*. Ainsi, ils parlent d'extinction du droit du créancier en cas de paiement d'une part entre ses mains. Gass., III, 381b : « إن أحدهما إذا قبض نصيبه فقد سقط دينه . »

S'il peut, après recours, poursuivre, à nouveau, le débiteur, c'est que son propre droit vient de renaitre. Bab., VII, 407 :

« وفيه عود الدين بعد سقوطه . »

On vient de voir, par ailleurs, que la notion de copropriété im-partageable se heurte à de nombreuses exceptions. (V. *supra*, note 143). Les auteurs ont dû supposer un partage implicite pour expliquer la division des parts en cas d'isolement de l'une de ces parts entre les mains de l'un des créanciers ou du débiteur. Mais, cette explication est inadmissible. L'isolement ne peut opérer partage puisque ce que

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 créancier 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. Saicilles, 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 DEMOLOME, 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-LACANTIERRE et BARET, 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 (*Magalla*).

(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 »

تخصيه حتى يتدفق الآخر نصيبه فإذا حل الأجل شارك في القبول ثم يؤخر نصيبه ما بقى حتى يستوفى الآخر نصيبه فإذا أجل شارك في القبول فلا يزال يفعل مكننا حتى تكون مؤنة الطالبة في جميع الدين على تبركه وفيه من الضرر ما لا يحصى. »
« وعليه يحكم الشركة مؤنة التفاضل في الصنف لا في الكل. »
Radiy, VI, 706 : « يحمل مؤنة الطالبة بجميع الدين على شريكه. »
Kifaya, VII, 406 :

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 *K'iyat* font partie intégrante du droit. Comme l'a relevé IHAKING, *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. 231-252 : «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 esquisser 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. MUHAMMAD, *al-Makḥḥarig fil-k'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'iyyal wal-makḥḥarig*, édit. SCHACHT. SA'ID B. 'ALI AS-SAMARQANDI (date de décès?), *Gannat al-ak'hām* (V. *Kachf as-s'urrah*), ms. 34 m. B.E. L'attribution d'un ouvrage sur les *k'iyal* à MUHAMMAD 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 juriconsultes.

(153) Khas., 30 : «إن أراد كل واحد منكم أن يشترك في قيس واحد» (153) منها من هذا المال شيئا لم يشترك الآخر في ذلك قال يكتبان كتابا بينهما يقران فيه أن كل واحد منهما باع من فلان حصته من المدة أو من المثل الذي كان بينهما متفرقا في صفقة على حدته وأنها لم يبيعا ذلك المثل من فلان في صفقة واحدة وإن مال كل واحد وحده عوجبت على فلان مفردة دون حصته صاحبه وبوكد الكتاب بذلك فإن قيس أحدهما شيئا لم يشترك 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 قيس من هذا المال حتى يشترى حصته من ذلك المال ولم يأمن أن يسلم ذلك له قبل القيس فإذا قيس شاركه فيا يقبض فيا أراد حيا حتى يوتق من شركه فلا يكون له أن يشركه بعد ما يقبض قال الجبلة في ذلك أن يفر السلم لشركه أن يشركه فلان باع من فلان حصته من المثل الذي كان بينهما متفرقا في غير الصفقة التي باع هو فلان حصته وأنه ليس له أن يشركه فيا يقبض من فلان من المال التي باعها على فلان وهو كذا وأن حصته فلان من هذا المال وجبت له على فلان مفردة دون حصته فلان فدل ذلك لم يكن له أن يشركه فيا يقبض.»

Cette simulation d'une créance non-conjointe peut avoir lieu au moment de la naissance de l'obligation. V. MUHAMMAD, *al-Makḥḥarig*, 60 : «قلت وكذلك لو باع رجلان عبدا بينهما من رجل باع هذا نصيبه وبين مسى وباع الآخر نصيبه وبين مسى قبل الشترى ذلك في كفة واحدة ثم قيس أحدهما من الشترى شيئا لم يشركه الآخر فيا يقبض قال نعم.»

Le même texte se trouve dans le ms. 550 B.E., *al-Makḥḥarig fil-k'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 : «إن وحب زيد لبيد الله خمين دينارا وتبشها عبد الله» (154) منه ولم يجملها قضاء ثم إن عبد الله أبرأ زيدا من حصته من المال الذي 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 doit 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 الذي عليه الدين وهو زيد كان أقر له ولحمد بكنا وكذا دينار وان ذلك إنما كان منه على سبيل الإلزام ولم يكن له على زيد من هذا المال شيء وانه قد ضمن لزيد جميع ما يدركه من قبه وأسبابه ويؤكد ذلك فإذا فعل ذلك لم يكن لحمد أن ينسكه في 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 أبرأت زيدا مما : *Id.* : « كان أقر لي به من المال الذي باسمي واسم محمد عليه فقد أبرأته من حصتي من ذلك وهو خسون ديناراً 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 الذي عليه المال لعبد الله ومحمد فذهب لاين : « عبد الله أو للمبارك له مقدار حصصة عبد الله من المال الذي عليه وذلك خسون ديناراً وغبل ذلك الموهوب له ثم يقر عبد الله ان الذي 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-Nawāzil*, 255b : « وسئل نصير عن رجلين لما على رجل ألف درهم فأراد أحدهما أن يأخذ : *Zai.*, V, 46 : « ثم يرى الغريم من حصته . »

« ولو أراد القابض أن يخص به ولا يرجع عليه شريكه فبا قبض فالحيلة : *Hask.*, IV, 663 : « وحيلة اختصاصه بما قبض أن يهب الغريم قدر دينه ثم يبرئه . »

« يهبه الدين قدر حصته ويهبه رب الدين حصته كما لو كان جميع : *Sindi*, IX, 3b-4a : « الدين لما أربى بين فذهب الدينون عشرين لرجل منها ثم يهب الموهوب له العشرين حصته من الدين بقول أبرأتك عن العشرين التي لي عليك فعلى هذا لا تبقى للشريك الآخر مطالبة الأخذ فبا أخذ من الدين لأنه لم يقض منه إلا على سبيل الهبة . »

V., aussi *Qurr.*, II, 240; *Hind.*, II, 338, d'après *Qadr-Khan, al-Fatāwā*. 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-Makādirig*, 62 : « قلت أرايت رجلين لما على امرأة مال وما : « شريكاً فتزوجها أحدهما على نصيبه من المال الذي عليها هل يشاركه صاحبه فيضنه نصف ماسى لها من النهر قال لا ولست آمن عليه أن يضمه غيرنا فلك فكيف الحيلة حتى لا يضمن الزوج لشريكه من الدين شيئاً في قول جميع الناس قال يهب الشريك الذي يريد أن يتزوج هذه المرأة للمرأة نصيبه مما عليها ثم يتزوجها على عشرة دراهم وتهب المرأة العشرة التي تزوجها الزوج عليها . »

On le retrouve dans *AL-KHAS'S'AF*, 183.
La donation a lieu, ici, subéquemment à la remise de dette.

(155) *Samarq.*, 279b : « سئل أبو بكر عن رجلين لما على رجل مائتي درهم فأراد أحدهما أن يأخذ نصيبه ولا يشاركه في ذلك كيف يصنع قال الوجه في ذلك أن يبيع من المطلوب كفاً من الزبيب بمائة درهم ويسلم اليه الزبيب ثم يبرئه من نصف دينه القديم ويطلبه بشئ الزبيب ولا يكون لشريكه في ذلك شيء . »

« يبيع الطالب كفاً من زبيب أو نحوه بقدر نصيبه من الدين ثم يبرئه : *Zai.*, V, 46 : « عن الدين ويأخذ ثمن الزبيب . »

« يبيع الدائن من الدينون كفاً من زبيب بمقدار ما يخصه من الدين : *Barraz*, VI, 34 : « ثم يبرئه عن نصف الدين القديم ويأخذ منه من الزبيب فلا يشاركه فيه لعدم الشراكة فيه . »

« يبيع الطالب شيئاً بقدر نصيبه ثم يبرئه عن الدين : *Nug. Bahr*, VII, 260 : « ويأخذ ثمن البيع . »

« أو يبيع به كفاً من ثمر مثلاً ثم يبرئه . » *Hask.*, IV, 663 : « رجلان لما على آخر ألف درهم أراد : *Hind.*, d'après *al-Makādirig*, II, 338 : « أحدهما أن يأخذ نصيبه ولا يشركه للأخر فيه قال نصيب يهب . . . وقال أبو بكر يبيع من الغريم كفاً من زبيب مثلاً بمثل ما له عليه ويسلم اليه الزبيب ثم يبرئه ما كان له عليه ثم يطلبه

بشئ الزبيب لا بالدين . » *Sindi*, IX, 4a : « وقد ذكر الجوزي ثمة للخير الرملي حيلة أحسن منها وهي أن يبيع : « من الطالب كفاً من زبيب بمائة درهم ويسلم اليه الزبيب ثم يبرئه من نصف دينه القديم ويطلبه بشئ الزبيب فلا يكون لشريكه فيه شيء . كما في نوازل أبي 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 يعمل بمن التمر نصيبه فلم يكن متعديا الدين بل أخذنا بمن : XII, 476b »
 « البيع ثم يبرئه باع التمر وهو الطالب من دينه . »
 « يبيعه شيئا يسيرا ولو كفنا من زيب . »
 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 créancier de son recours, quoi qu'en dise AL-KHAS'S'AF. V. *id.*, 28 :

« رجلان بينهما مال على : 28 : باعه إياه فأراد أحدهما أن يقبض حصته من هذا المال ولا ينسركه فيه رجل من ثمن شيء . »

صاحبه ما الحيلة في ذلك وما عبد الله ومحمد قال الحيلة في ذلك أن يستعرض عبد الله من رجل خسين ديناراً ثم يقرض الذي عليه المال لعبد الله ومحمد وهو زيد هذا الرجل الذي اقترض عبد الله هذه الخسين ديناراً خمسين ديناراً فقد صار لزيد على هذا الرجل لزيد قد وكلت له أن ديناراً وصار لهذا الرجل على عبد الله خمسون ديناراً ثم يقول هذا الرجل لزيد قد وكلت له أن يأن يقبض من عبد الله الخمين ديناراً التي ل عليه وأجزت أمرك في ذلك وجعلت لك أن تجعلها قصاصاً بالخمين ديناراً التي لعبد الله عليك فقبيل زيد الوكالة ثم يقول زيد بعد ذلك جعلت بالخمين ديناراً التي لعبد الله على قصاصاً بالخمين ديناراً التي للرجل الذي وكلت له وهو فلان على عبد الله فيكون ذلك قصاصاً ولا ينسرك محمد وعبد الله من قبل أن زيداً إنما هو متعدي الخمين ديناراً وليس يقاض لما عليه فلذلك لم ينسرك 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 :

323. — *Applications.* — Les recueils de *fatâwâ* ou *responsa* renferment quelques cas de créances conjointes. Les solutions données ne s'écarteront pas des principes établis. Les cas soumis sont d'ailleurs simples (157).

للرجل الذي اقترضه الخمين ديناراً لك علي خمسون ديناراً ولي على زيد خمسون ديناراً فقد وكلت قبض مالي على زيد وأجزت أمرك فيه وجعلت لك أن تجعل الخمين ديناراً التي لي على زيد قصاصاً بالخمين ديناراً التي لزيد عليك فقال الرجل قد قبلت هذه الوكالة وقد جعلت ذلك قصاصاً قال يكون قصاصاً ويكون الرجل هو المتعدي [وأحب إلى أن يكون زيد هو المتعدي] ولا يكون قاضياً ولا يكون لمحمد أن ينسرك عبد الله في 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., *ms* n° 154 (V. f. 202-203) et sur un ms. du VIème siècle conservé à la Bibliothèque Municipale d'Alexandrie, *ms* 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 *fatâwâ*, 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 *fatâwâ*, 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'ARABUSI, *al-Fatâwâ al-kâmilîyya*, 157 :

« سئل عن ولدين قتل أبوما عمدا فصالح : 157 »

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-IF'ANIFA, d'ABU-YUSUF et le sien propre dans six ouvrages considérés comme les sources premières de l'école hanafite. 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-Mabâdî'*, au livre de la transaction et dans *al-Gâmi' al-kabîr*, aux livres de la société et des témoignages. Mais les cas d'*al-Mabâdî'* sont autres que ceux d'*al-Gâmi' al-kabîr*. 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-kabîr*, 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-kindîyya* les puise dans *ad-Dhakîrâ*, *as-Z'ahiriyya*, *Khiṭāṭ al-muṣṭafā* et surtout dans *al-Mukṭaḥ*, ouvrage qui rapporte toujours les cas d'*al-Gâmi' al-kabîr* sous une rubrique spéciale après ceux d'*al-Mabâdî'*. (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-Mabâdî'*. Les cas d'*al-Gâmi' al-kabîr* 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, *Hidāya* (593) n'ajoute rien à AL-KASANI. De même, IAN-'ABIDIN (XIIIe s.).

(162) Les ouvrages classiques traitent de la créance conjointe, tantôt au chapitre de la transaction à l'instar du *Mabâdî'* de MUH'AMMAD (V. AL-QUDURI, 438; AS-SARAKHSI, 438; QAD'I-KHAN, 592; AL-MARGHINANI, 593; AN-NASA'I, 710; IBN AL-BAZZAZ, 827; AL-H'ALABI, *Mallaqâṭ*, 956; AL-CHAZZI, *Tanwîr*, 995), tantôt au chapitre de la société à l'instar d'*al-Gâmi' al-kabîr* de MUH'AMMAD (V. AL-KHAS'SAF, 261; RAD'IV *al-Din* AS-SARAKHSI, 544; AL-'ATTABI, 586; AL-KASANI, 587; *al-Fatâwâ al-kindîyya*, 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-

nions des fondateurs de l'école (164). Les cas non attribués

accréditée — mais par une autre recension de la compilation accréditée, dans le cas du délit commis sur la chose du débiteur. V. note 96.

D'ailleurs, la version non-accréditée peut parfois rapporter des solutions conformes à celles de l'autre version. Ainsi, pour le cas de la dāwa en paiement qui a revêtu la forme d'un contrat de mariage, AL-KASANI rapporte qu'il existe dans la version non-accréditée — reçue par la même voie — encore une opinion attribuée à ABU-YUSUF conforme à celle donnée dans la compilation de MUHAMMAD. V. note 91 et AL-KASANI, VI, 67: *روى عنه [أي عن أبي يوسف] أيضا أنه لا يرجع وهو*.

V. aussi le cas du terme, note 65; le cas du délit, note 96.

(164) Ces versions sont celles des ouvrages dont l'attribution à MUHAMMAD n'est pas certaine (*al-Kisāniyyāt*, *al-Hāririyyāt* etc.) ou celles d'autres ouvrages que ceux de MUHAMMAD (ainsi *al-Muḡarrad* de H'ASAN B. ZIYAD). Elles peuvent enfin être rapportées par d'autres voies sur des points déterminés. Elles sont alors dues à Ibn SAMA' ou à d'autres. (V. QANALI-ZADA, *Risāla*). Tous ces ouvrages n'existent pas. La version non-accréditée n'est donc connue que par la voie des citations. On ne peut ainsi considérer que l'autorité et l'époque de l'auteur qui cite. Dans la matière qui nous occupe, les cas nouveaux (a), (b), (f), (V. note précédente) sont puisés par *al-Falāwā al-hindiyya* dans RAD'Y AD-DIN AS-SARAKHSI (544), *al-Muk'ir*. Cet auteur cite AL-H'AKIM ACH-CHAHID (IVe s.), *al-Muntaḡā*, ouvrage qui n'existe plus, mais qui est connu pour avoir rapporté des versions non-accréditées. (V. QANALI-ZADA, *Risāla*). Ces divers cas sont, d'ailleurs, tous attribués en dernier ressort à ABU-YUSUF. Les cas (d) et (e) sont rapportés par AL-KASANI (587). Ils sont réputés tenus tous les deux d'Ibn SAMA' (233), *Uyūn* et *Navādir*, (V. Has., V, Société; Kas., VI, 67 et VII, 196) qui les attribue à ABU-YUSUF (pour le cas « d ») et à MUHAMMAD (pour le cas « e »). Enfin le cas (c) est rapporté par le seul AL-KASANI (587) qui cite 'Alī b. AL-GA'AD (232), et est attribué à ABU-YUSUF.

Quant aux solutions nouvelles des cas connus, elles ont été rapportées par AS-SARAKHSI (438) et, après lui, par la plupart des auteurs. Elles sont déclarées tenues d'Ibn SAMA' (233) (pour « a ») et de Bichr

à ces fondateurs sont rares (165).

L'institution se trouve donc entièrement construite dans les compilations de MUHAMMAD. Si cet auteur s'abstient

(228) (pour « b ») et attribués, à MUHAMMAD (pour « a ») et à ABU-YUSUF (pour « b »).

La solution donnée par la recension d'ABU-H'AFS' a été rapportée par AS-SARAKHSI et, après lui, par les autres auteurs. RAD'Y AD-DIN a, lui, rapporté la version de cette recension et celle de la recension d'ABU-SULAYMAN qui est la plus accréditée. (V. RAD'Y AD-DIN AS-SARAKHSI, *al-Muk'ir*, VI, 70a et V. QANALI-ZADA, *Risāla*).

(165) Ce sont surtout les *K'iyāl* qui sont nés du choc des faits. Ils sont rapportés par AS-SAMARQANDI (375), *an-Navādir*. Cet ouvrage renferme les cas surgis et résolus postérieurement à la compilation de MUHAMMAD. (V. QANALI-ZADA, *Risāla*). Les solutions ne sont plus d'ailleurs attribuées aux fondateurs de l'école, mais à des juristes de cette époque tels que NUS'AYR. (V. QANALI-ZADA). Les auteurs classiques ont puisé dans cet ouvrage les *K'iyāl* de la matière. (V. citation d'AS-SINDI, *suḡra*, note 155). Les *K'iyāl* d'AL-KHAS'SAF (361) aussi n'ont pas été trouvés dans MUHAMMAD, sauf deux cas (V. *suḡra*, note 154 *in fine* et 153 *in fine*). Ils n'ont guère été utilisés par les auteurs.

Il ne faut pas oublier, néanmoins, que dans les compilations de MUHAMMAD, on a pu relever des *K'iyāl* qui s'inspirent de la même idée que les autres. V. *suḡra*, note 154 et note 153.

On a rencontré enfin dans les ouvrages quelques autres cas qui n'avaient pas été relevés dans les compilations de MUHAMMAD. Ce sont : (a) le cas du cautionnement stipulé au profit de l'un des créanciers. V. note 60. Il est rapporté dans BURHAN AD-DIN (cir. 530), *Dhakhira* et dans *al-Falāwā al-hindiyya* (1070) d'après *adh-Dhakhira*; (b) le cas de gage stipulé au profit de l'un des créanciers. Il se trouve dans BURHAN AD-DIN (530), *Dhakhira*; RAD'Y AD-DIN (544), *al-Muk'ir*; AL-'ATTAB (586); AL-KASANI (587). V. note 60; (c) le cas de la cession de dette se trouve dans AS-SARAKHSI (438) au cours d'une explication théorique. Il se trouve aussi dans BURHAN AD-DIN (530), *Dhakhira*; AL-'ATTAB; AL-H'AS'IRI (636) et dans *al-Falāwā al-hindiyya* d'après *adh-Dhakhira*. V. note 61; (d) le cas de l'esclave — usuré ou engagé ou acheté en vertu d'un contrat vicié — qui perd un œil. Il se trouve

de poser des principes généraux dans *al-Mabsûl'*, 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-'ATTABÎ (586), AL-KASÂNÎ (587) et *al-Fatâwâ al-hindiyya* d'après Z'AHIR AB-DIN (619), *as-Z'ahiriyya* (ouvrage qui, d'après *Kachf ar-râ'is*, 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'Y AB-DIN (544), AL-'ATTABÎ, AL-KASÂNÎ, AL-MARCHINÂNÎ (593), *AZ-ZAVLA'î* (743). V. note 98; (f) le cas de perte de ce que le créancier a reçu, est rapporté dans AL-'ATTABÎ, AL-KASÂNÎ; et si la perte est fortuite, par AL-H'AS'IRÎ (636) au cours d'une explication et par *al-Fatâwâ al-hindiyya* d'après *al-Qamin*. V. note 108; (g) le cas de l'action estimatoire, par le seul AL-'ATTABÎ. V. note 52 *in fine*.

On ne peut cependant pas affirmer que ces cas ne se trouvent pas dans d'autres endroits de la compilation de MUH'AMMAD. De toute façon, ils s'intègrent parfaitement dans le système de l'institution telle qu'elle existe dans cette compilation.

(166) Ces divergences concernent: (a) le droit du créancier conjoint de conférer un terme au débiteur. V. n° 303 et notes 65-69; (b) le droit du créancier conjoint d'obtenir condamnation pour le tout. V. n° 304 et note 73. Ces deux droits sont conférés au créancier conjoint par ABU-YUSUF et MUH'AMMAD contrairement à ABU-H'ANIFA; (c) le recours du co-crédancier si la dation en paiement a revêtu la forme d'un louage. Pour MUH'AMMAD, l'*arus* n'est pas une valeur patrimoniale. V. note 84; (d) le recours du co-crédancier si la dation en paiement a revêtu la forme du contrat de mariage. MUH'AMMAD n'admet le

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'akkiya*, 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'exister par suite du ralliement de MUH'AMMAD à l'opinion d'ABU-YUSUF. La solution rapportée par *al-Fatâwâ al-hindiyya* d'après *Khasnat al-mu'fin* et *as-Z'ahiriyya* ne semble pas tenir compte cependant de ce revirement. Ces revirements sont d'ailleurs fréquents. Un autre cas se présente à propos du droit du créancier poursuivant d'obtenir condamnation pour le tout. V. note 73, d'après *IBN QAD'î SIMAWNA*: « *وذكر* »

ما يدل على رجوع أبي يوسف إلى قول أبي حنيفة. » Relevons, en dernier lieu, que tous les nouveaux cas, sauf un, rapportés par la version non-accréditée, sont attribués à ABU-YUSUF. V. notes ci-dessus.

(167) Ainsi sur les conditions d'unité du contrat générateur de l'obligation conjointe, la construction d'AL-H'AS'IRÎ, V. n° 298-299 *supra*

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 citée *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 MUHAMMAD, *al-Mabshûr*, f. 385b: «أنا كان لرجلين على رجل ألف درهم فوهب أحدهما حصته للطلب أو أبرأه منها أو حاله لم يكن لثريته عليه ضمان في ذلك ولو قال قد برئت إلى من غشيتة كان هذا اقرا بالقبض وكان لثريته عليه ماينا درهم وخمسون درهما وكذلك أنا كتب له برأه فلان من غشيتة 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'Y 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 'ABDIN (XIIIe s.) distingue encore entre la remise à titre gratuit et la remise à titre onéreux. V. Abidin, IV, 233: «الإبراء... نوعان برامة قبض واستيفاء وبرامة إعطاء فإذا أظلفت تحمل على الأول لأنه أقل فكلالة قال أبرأته برامة قبض واستيفاء.»

APPENDICE I

TERMINOLOGIE

(1) La créance conjointe est appelée dans les textes: *Dayn Muck-sharak*. Le terme «*Dayn*» ou dette est employé aussi pour signaler créance. (Rappr. avec l'emploi du mot «obligation» dans le langage juridique français). Ainsi, AL-KASANI, VI, 70, l. 6: «دين لها اناها.»

et Ibn 'ABDIN, *al-Ughd*, II, 222: «فأخذ زيد منهم قدر ما من دينه الخامس ب.» Cette prédominance du point de vue passif se remarque aussi à propos du terme *Gharim* ou débiteur. En effet, il est, lui aussi, parfois employé dans le sens de créancier. Kas., VI, 67: «أن أحد الثريين الذي لها المال.»

MUHAMMAD évite généralement les termes créancier et débiteur. Il s'exprime de la manière suivante: «لرجلين على رجل.»

(V. *al-Mabshûr*, f. 385b), soit: une personne doit à deux personnes. Cependant, on rencontre parfois le terme *Gharim* pour débiteur. V. f. 385b dans Muh.: «استأجر أحدهما بخصته منها دارا من الثرم.»

et f. 94a dans Muh. kab.: «أديا المال عن الثرم.»

AL-KASANI emploie les termes «*al-T'atib*» et «*al-Mar'ûb*», le demandeur et le demandé. V. Kas., VI, 67: «أحد الطالبين إذا شفع للطالب.»

Ces termes se retrouvent fréquemment sous sa plume. V. toujours la page 67 du t. VI. On retrouve d'ailleurs le terme *al-T'atib* 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-Mar'ûb* chez AS-SAMARQANDI (375), f. 279b; AS-SARAKHSI (438), XXI, 41, l. 10; RAD'Y AD-DIN (544), VI, 70a. Le terme «*ad-Défin*» 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-Madyân*» 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 (1157), IX, 3b; 'ALA' AD-DIN 'ABDIN (1306), II, 240.

Le terme *al-Gharim* dans le sens de débiteur est encore très usité. V. AS-SAMARQANDI, f. 255b; RAD'Y AD-DIN AS-SARAKHSI (544), VI, 69a;

AL-'ATTABI (586), f. 32b; AL-H'AS'IRI (636), V, Société; IDN 'ABDUN (XIIe), *al-'Uqdā*, II, 222. Et pour le créancier, c'est surtout le terme *al-'Tālīb* 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'ak'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-Fatāwā al-kimādiyya* d'après *al-Muk'hib*, II, 238: « *قال أبو بكر* »

« *بيع من الغريم* ». « *سئل أبو بكر* ... *قال ... يبيع من الطالب* ». f. 279b, on lit:

« *بيع من الطالب* ». Par contre, dans AS-SINDI, IX, 4a d'après AL-H'AMAWI: « *قال أبو بكر* ... »

« *قال أبو بكر* ... *قال ... يبيع من الطالب* ». f. 279b, on lit: « *قال أبو بكر* ... »

« *قال أبو بكر* ... *قال ... يبيع من الطالب* ». f. 279b, on lit: « *قال أبو بكر* ... »

« *قال أبو بكر* ... *قال ... يبيع من الطالب* ». f. 279b, on lit: « *قال أبو بكر* ... »

« *قال أبو بكر* ... *قال ... يبيع من الطالب* ». f. 279b, on lit: « *قال أبو بكر* ... »

« *قال أبو بكر* ... *قال ... يبيع من الطالب* ». f. 279b, on lit: « *قال أبو بكر* ... »

« *قال أبو بكر* ... *قال ... يبيع من الطالب* ». f. 279b, on lit: « *قال أبو بكر* ... »

« *قال أبو بكر* ... *قال ... يبيع من الطالب* ». f. 279b, on lit: « *قال أبو بكر* ... »

« *قال أبو بكر* ... *قال ... يبيع من الطالب* ». f. 279b, on lit: « *قال أبو بكر* ... »

« *قال أبو بكر* ... *قال ... يبيع من الطالب* ». f. 279b, on lit: « *قال أبو بكر* ... »

« *قال أبو بكر* ... *قال ... يبيع من الطالب* ». f. 279b, on lit: « *قال أبو بكر* ... »

« *قال أبو بكر* ... *قال ... يبيع من الطالب* ». f. 279b, on lit: « *قال أبو بكر* ... »

« *قال أبو بكر* ... *قال ... يبيع من الطالب* ». f. 279b, on lit: « *قال أبو بكر* ... »

« *قال أبو بكر* ... *قال ... يبيع من الطالب* ». f. 279b, on lit: « *قال أبو بكر* ... »

« *قال أبو بكر* ... *قال ... يبيع من الطالب* ». f. 279b, on lit: « *قال أبو بكر* ... »

« *قال أبو بكر* ... *قال ... يبيع من الطالب* ». f. 279b, on lit: « *قال أبو بكر* ... »

« *قال أبو بكر* ... *قال ... يبيع من الطالب* ». f. 279b, on lit: « *قال أبو بكر* ... »

« *قال أبو بكر* ... *قال ... يبيع من الطالب* ». f. 279b, on lit: « *قال أبو بكر* ... »

« *قال أبو بكر* ... *قال ... يبيع من الطالب* ». f. 279b, on lit: « *قال أبو بكر* ... »

« *قال أبو بكر* ... *قال ... يبيع من الطالب* ». f. 279b, on lit: « *قال أبو بكر* ... »

« *قال أبو بكر* ... *قال ... يبيع من الطالب* ». f. 279b, on lit: « *قال أبو بكر* ... »

« *قال أبو بكر* ... *قال ... يبيع من الطالب* ». f. 279b, on lit: « *قال أبو بكر* ... »

avoir dit que le second recours n'aura plus pour objet la chose même reçue que cet article pêche.

(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 MUHAMMAD rapportée par la recension d'ABU-H'ARS'. 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. 1103, semble discutable. Il a été rapporté par AL-H'ASIRI 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 MUHAMMAD malgré son ralliement à l'opinion d'ABU-YUSUF. V. note 42; que l'art. 1112 opte pour l'opinion d'ABU-H'ANFA 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-K'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 Makâmilla* (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'ANFA au sujet de l'insolvabilité. Il faut, d'après cet article, que le débiteur soit décréé en état de déconfiture pour que le créancier 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. 43 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. 108, 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, déformément déformée. On en retrouve cependant

les traces. Ainsi, les art. 163/153, 163/155 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. *Codex 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, à 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 co-créancier 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 SOLIDAIRES CONJOINTES

325. — L'obligation se rencontre dans certains cas avec des sujets actifs multiples unis par un lien de solidarité.

10. - 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 صنع التجار . »

Kas., VI, 73, l. 27:

« في أحكام التجارة . »

Ainsi, acheter des aliments pour les besoins de ses parents ne constitue pas un acte de commerce. V. Radiy, VI, 47a: « إذا اشترى أحدا : طعاما لأهله ليس لشركه فيه كذا إذا اشترى أحدا خاصة لا يكون شركه وكلا »

في قيس التجار . »

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 القصب فلان خبانه في معنى ضمان التجارة . »

(171) Kas., VI, 73, l. 18 et s.:

« لو باع أحدا شيئا من مال الشركة : »

... يطالب غير البائع منها الشري بقسم الثمن ويجب عليه تسليمه كالبايع . »

salaires 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 تجارتها من رجل »

أو دابة كان للآخر أن يأخذها بالأجر . »

(173) Radiy, VI, 49a:

« لو أجر أحدنا نفسه ... يكون بينهما . »

Kas., VI, 75, l. 13: « لو أجر أحدنا نفسه في الحماطة أو عمل من الأعمال للأجير »

بينهما نصفان وإن أجر نفسه للخدمة فالأجير له خاصة . »

(174) Muh. kab., 94a:

« لغيره أن يقبض المبد من البائع إذا هدد التسن »

كله كاللشترى أن يقبضه . »

Kas., VI, 73, l. 20:

« وله أن يقبض للبيع كاللشترى . »

(175) Kas., VI, 73, l. 21:

« وله الرجوع بالثمن عند الاستحقاق كاللشترى . »

(176) Radiy, VI, 50b:

« أو ما وجب لها على رجل من ضمان غصب . »

Kas., VI, 74, l. 13.

(177) Radiy, VI, 50b:

« لكل واحد أن يقبض ما اداناه أو اداناه صاحبه . »

Kas., VI, 74, l. 12-13.

(178) Radiy, VI, 50b:

« لأن كل واحد منهما وكيل عن صاحبه فيما يتولا . »

particulière sont créanciers solidaires du salaire à eux dû (179). Ici encore, le contrat peut avoir été eachu 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 منها أن يطالب بأجرة »

المسل . »

Kas., VI, 76, l. 3-4: « لكل واحد منها أن يطالب بكل الأجرة . »

(180) Kas., *ibid.*, l. 1 et s.:

« ولكل واحد منها أن يقبض المسل رمي »

قبل يجب عليه وعلى شريكه لأن كل واحد منها يقبض المسل قبل المسل

عليه فصار وكيله فيه كأنه قبل المسل بنفسه . »

(181) Muh., 250b:

« إذا باع أحد المتفاوضين عبدا من المتفاوضة بمائة دينار »

وكتب المسك باسمه وكانت الأشياء في يده دون الآخر فبجد المتفاوضة فقد وقعت القرعة

لجوده ... له أن يقبض المائة دينار دون صاحبه لأنه ولي البيع . »

Kas., VI, 50a-50b: « أقر أحد المتفاوضين بالرجوع في حالة لا يملك انقضاءه ... وما زال محبورا عن

أحدنا لم يجوز على صاحبه لأنه أقر بالرجوع بالبيع إذا أقر بالبيع بعد الغزل . »

Kas., VI, 75, l. 8 et s.:

« إذا مات أحد المتفاوضين أو تفرقا لم يكن للثمن لم يل »

المداينة أن يقبض الدين لأن الشركة بطلب بموت أحدنا لأنها وكالة والوكالة بطل بموت

الوكيل لطلان أمره بموته وبطل بموت الوكيل لتصرفه فبطل الشركة فلا يجوز

لأحدنا أن يقبض نصيب الآخر إذا لم يكن هو الذي تولى القند ويجوز قبضه في نصيب نفسه

لأنه موكل به وقبض الوكيل جائز استحضانا وأما الذي ولي المداينة فله أن يقبض الجيع لأنه

ملك ذلك بقصد الدابة لكونه من حقوق القند فلا بطل باعناخ الشركة بموت الشريك

كما لا بطل بالرجوع . »

Hind., II, 314: « لو باع أحد المتفاوضين شيئا لبيعة ثم مات ليس لصاحبه أن يخاصم »

فيه فإن أعطاه الشترى نصف الثمن براء منه . كذلك في عيب الشترى . »

20. - 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.

« إذا باع أحد المتفاوضين شيئاً من متاع المتفاوضة ثم اقترنا ولم يعلم المتبقي بالانقضاء ما كان به أن يدفع جميع الثمن إلى أيهما شاء كذا في المحيط وإن كان علم بالقرعة لم يدفع إلا إلى المتأخذ ولو دفع إلى شريكه لا يبرأ عن نصيب المتأخذ . »

(182) Kas., VI, 74, l. 12 : يجوز لكل واحد منها أن يقضى ما ادّاه .
أو ادّاه صاحب . »

et 76, l. 3 : ولكل واحد منها أن يطلب صاحب السبل بكل الأجرة . »
et l. 23 : وجب له المطالبة بكل الأجرة . »

(183) Burh. Dhakh., II, 576a :
Kas., VI, 76, l. 4-5 : إلى أيهما دفع يرى .
« والى أيهما دفع صاحب السبل يرى لأنه دفع ال من أسر . »
بالدفع إليه . »

(184) Kas., VI, 76, l. 14 : ليس لما [أي لشركة الأعمال] حكم المتفاوضة :
من جميع الوجوه بل من الوجه الذي يشاء خاصة . »
« وأما استعانة بالمتفاوضة في حق وجوب السبل والمطالبة بالأجرة : 21 : et l. 21 :
[و] في حق وجوب ضمان السبل فبقي الأمر فيها وراء ذلك على أصل القياس . »

concéder un terme au débiteur pour le paiement de toute la dette (185). Le serment déferé 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 : دين على رجل : 185) Muh., 244a : دين على رجل :
« إذا كان لهما [لشركيين في شركة عنان] دين على رجل :
فأخذه أحدهما فأخذه باطل لا يجوز على صاحبه إلا برضاه وليس هذا كالمتفاوضين . »

Zahir, II, 30a :
« إذا أخذ أحد المتفاوضين ديناً وجب لهما جاز تأخيره في التصيين :
إحداً سواهما . وجب الدين بقصد المؤخر أو بقصد صاحبه أو بمقدما . »

Khan, III, 93 :
« إن كانا متفاوضين فأجل أحدهما ديناً كان من المتفاوضة صحيح تأجيله :
عدد الكل أيهما أجل . »

Nug. Bahr, VII, 260, d'après QAD'I-KHAN.

(186) Muh., 248a :
« إذا ادعى أحد المتفاوضين على رجل ديناً أو سلفاً أو :
عادماً ذكر أنه اشتراها منه أو ذكر أنها له ولشريكه فبطل الدعي قبله ذلك قدمه إلى :
المتاضي فاستعانه على ذلك خلف ثم جاء الشريك الآخر فأراد أن يستعلمه فليس له ذلك :
واستعلاف صاحب إياه بقرعة استعلاف الآخر وكذلك لو ادعى عليه أنه باعه ... أو ادعى :
قبله إجاره حانوت في السوق أو إجاره عید من تجارتها . »

(187) Muh., 252a :
« لو ركب البائع الثمن للشترى أو أبراه منه جاز ذلك :
عليه ... في قول أبي حنيفة ومحمد و [لو] لم يفعل ذلك ولكن الشريك هو الذي فعل :
ذلك جاز من ذلك التصرف حصته . »

Khan, III, 93-94 :
« إن حظ أحد الشركيين شيئاً كان الصالح عاقداً جاز حظه :
حظ الكل أو بضمه في قول أبي حنيفة ومحمد ويضمن نصيب شريكه إن حظ الكل أما :
إذا حظ البعث فلا فإنه مالك في نصيبه وفي نصيب صاحبه عاقداً والعاقد :
أي حظ حنيفة ومحمد فيصحب حظه وإن لم يكن الصالح عاقداً يجوز الحظ في نصيبه عند الكل :
لأنه مالك وفي نصيب صاحبه لا يجوز عند الكل لأنه ليس بمالك ولا عاقداً . »

Zahir, II, 30a :
« لو باع أحد المتفاوضين شيئاً من تجارتها ثم إن البائع وهب الثمن :
للمشترى أو أبراه منه جاز في قول أبي حنيفة ومحمد ... وقال أبو يوسف يصح في حصته :
كلوكيل وإن وهبه الآخر أو أبراه منه جاز في نصيبه ولم يجوز في نصيب صاحبه إجماعاً . »

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 لها أو لأحدما دين من تجارتها على رجل عازمين أحدا به وهما كان ذلك جائزا وكان أن ملك بما فيه بعد أن يكون قيته والدين سواء أو يكون قيته أكثر من الدين ولو كان أحدا ولي البيع وولي الآخر الرمن وقبضه كان جائزا.»
(189) Radiy, VI, 50a: «لو ارتهن أحدما رهنها بدين البشارة جاز لأنه يملك استيفاء حقيقه»
Attabi, 133b:
Kas., VI, 74, l. 11-12: «يملك استيفاء حقيقه»
«يرتبن ...»

(189) Kas., VI, 74, l. 13: «ما وجب لها من ... أو كفالة.»
Hind., II, 310: «ان باع أحد التاوضين ... أو كفله له رجل بدين ... لكسركه»
«الآخر أن يطلب به. كذا في فتاوى قاضين.»

(190) Hind., II, 312: «وله أن يحال. كذا في 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 القصة.»

(192) Kas., VI, 61, l. 2: «للسارة في رأس المال.»
«للسارة في الرخ.»
et l. 16:

vaillé en fait (193).

Le créancier contractant qui a fait remise pour le tout est tenu d'indemniser son cocréancier pour sa part (194).

30. - 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) Qad., 59: «فإن عمل أحدا دون الآخر فالكسب بينهما نصفان.»
Sarakh., XXX, 200: «لو استأجر رجلين بيتان له فاطلا ففسله أحدا ومرض»
«الآخر وما شريكان فالآخر بينهما نصفين استحصانا.»
Hind., II, 329: «وإن عمل أحدا دون الآخر فالكسب بينهما نصفين سواء كانت عتانا أو مغارضة.»

(194) Muh., 251a:
Zahir, II, 30a: «ضمن لكسركه نصف الدين.»
«ويضمن نصيب شريكه.»

(195) Radiy, VI, 29b: «على أن يكون كل واحد منهما كميلا عن صاحبه»
«فما وجب عليه ووكيلا فيما وجب لصاحبه.»
«يملك أن يستوفى حقوقه بالوكالة.»

Kas., VI, 74, l. 13-14:
Comp. art. 107/161 Code Civil Egyptien et BAUDRY-LACANTIERRE, 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 poursuivre 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 rédition. 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'ANFA et MUHAMMAD, accorder un terme (Kas., VI, 68, l. 19-20); stipuler des sûretés, ainsi pour le gage et le cautionnement, V. QAD'ZADA, *Nadig*, VII, 88-89 et pour le transport de dette, d'après ABU-H'ANFA, Kas., VI, 28, l. 6.

(197) Radiy, VI, 51a: « ان أخذ الفاض بتمتة الوكيل من وجهه في نصيب صاحبه بتمتة المالك من وجهه . »

(198) Radiy, VI, 52b: « له حقوق النقد كما لصاحبه ... عاتدا حكما . »
 et 50b: « لكل واحد أن يقبض ما ... اذانه صاحبه ... لأن كل واحد منها وكيل عن صاحبه فيما يجزأه . »

Kas., VI, 173, l. 18:
 Cependant, comme il n'était pas partie au contrat, ces droits n'ont pas 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: « أي لو أمر الموكّل [الوكيل] يقبض التمس ملك الخالصة وأهيا . »
 طالب الشترى بالنسب يجبر على التسليم إليه . »

(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. Mub., 250b: « لو مات الفاضان جميعا قبل الجمود وقبل الفروقة : وأوصى كل واحد منها إلى رجل على حدة كان الذي يقاضى الثلاثة دينار وصى الذي ولي اللامية . »
 أما الذي ولي اللامية فله أن يقبض الجميع لأنه ملك . » Kas., VI, 75, l. 13 et s.:

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 بقصد اللامية لكونه من حقوق النقد فلا يطل بالفاض الشركة بموت الشريك كما لا يطل بالمول . »

(200) Hind., II, 320: « أما حكمها [حكم شركة النان] فمصدرة كل واحد منها وكلا عن صاحبه في استثناء ما وجب بقصد صاحبه . كذا في المحيط . »

(201) Kas., VI, 70, l. 26 et s.: « حقوق عند تولد أحدا ترجع إلى السائد حتى لو باع أحدا لم يكن الآخر أن يقبض شيئا من الثمن وكذلك كل دين لهم أناسا بقصد وإليه أحدا ليس للآخر قبضة وللمدين أن يتبع من دفعه إليه . »

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.:

« فإن دفع إلى الشريك من غير وكيل يرى من حصته ولم يبرأ من حصة الدائن وهذا استحسان والقياس أن لا يبرأ الدافع . »
 Le cocréancier a d'ailleurs un recours. *Id.*, l. 34:

« حصة الشريك إليه . »
 « تنبهر مفادته في حق بمن الأمكام . » Burh. Dhakh., II, 576a:
 « كانت في معنى الفادونة في حق وجوب الضمان وإن لم تكن . » Kas., VI, 76, l. 11:
 « مفادنة حقيقة . »

contre-partie, l'obligation du maître, doit être aussi solidarisée (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, I. 4: « لأمة قد لزمه كل عمل فكان له المطالبة بكل الأجرة. »

et l. 22: « لما ظهر حكم الفارضة في هذه الشركة في حق ضمان العمل وهو وجوبه حتى لزم كل واحد منها 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 منها أن يطالب صاحب العمل بكل الأجرة. » - « وإلى أيها دفع صاحب العمل برى. » « يجوز لكل واحد منها أن يقتضي ما اداناه... أو ما وجب لها. »

Et voici une formule de société universelle telle que la donne IBN-AFLATUN, *as-Sukukh*, I. 13b: « هذه حجة صحيحة شرعية باطلة بذكره اشترك ثلاث بن فلان حال تساوى كفتي تصرفاتها شركة الفارضة المبنية على الاذن المطلق في عامة التجارات المتقدمة على الكفالة والوكالة في الماملات ورأس المال من كل منها بالبرية من غير اختصاص لأحدهما على الآخر بالبرية وأقام كل واحد منها صاحبه مقامه في حاله السفر والاقامة اشتراكا غالبا عليه الصمة والسماء غالبا عن البطلان والفساد وجرى ذلك ومروء. »

§ 2. - Pluralité de débiteurs.

I. LA REGLE. — OBLIGATIONS SIMPLEMENT CONJOINTES

10. - DATI0NS

334. — Les vendeurs (205), les donateurs (206), les bailleurs (207) vendent, donnent, louent chacun pour sa part dans la chose (208).

(205) Simaw., I, 43: « برهن انه شرى بيتا من ثمر هو يديم... لا يحكم »

الإلى الماخر في حصته. »

Sarakh., XXX, 184: « ان اشترى دارا من ثلاثة... على قدر انصباهم التي »

اشترى منهم. »

et p. 180: « فان كل واحد منهم انما يامه النصف. »

(206) Kas., IV, 188, I. 16: « وكذا يجوز... حبة الاتنين من واحد. »

et rappr. VI, 134, I. 2 et s.: « الشيوخ لا يمنع الرجوع في الحبة. »

D'où possibilité de révocation pour une part.

(207) Kas., IV, 188, I. 13: « يجوز اجارة الاتنين 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, I. 14-15: « لو مات أحد الزاخرين »

حتى اقتضت الاجارة في حصته لا تقتضي في حصة الملى. »

(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 covenueurs. Aussi, un mandat réciproque est nécessaire pour conclure la vente. V. Sarakh., XXX, Formules, 174: « ان كان لشري منه رجلين... يكتب أيضا وكان العقد »

من كل واحد منها باذن صاحبه فان على قول بعض العلماء ينصرف ايجاب كل واحد منها

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 الإطلاق إلى نصيب صاحبها فإذا لم يكتب هذه الزيادة عند الإطلاق لا ينفذ عقده.

عنده في نصيب صاحبه .

(209) Simaw., I, 48 : « برهن أنه شري بيتا من ثمر هو يسدّم ويضمهم .
 غالب ... لو جحد [المأخر نصيب الغائب] يقضى بالبيت كله للدعي أما نصيب المأخر فظاهر وأما نصيب الغائب فلا فإن اليد ينصب خصا في نصيب الغائب حيث جحد ملكه فيه والدعي ينصب خصا عن الغائب في إثبات الملك له في نصيبه إذا لا يتوصل إلى إثبات ملكه على المأخر في نصيب الغائب إلا بإثبات الملك للغائب ثم بإثبات الشراء عليه . »

(210) Id., I, 48 : « ادعى صدقة أو حبة ... من رجلين أحدهما غائب والدار بيد المأخر وأهل الغائب وهم يعرفون بنصيب الغائب فيبرهن على ذلك وعلى القبيش لم يميز في قباس قول أبي حنيفة وقال أبو يوسف أقضى بنصفه غير مقسوم في الصدقة والدية فإذا قدم الغائب قضيت عليه . »

(211) Kas., VI, 138, I, 30 et s. : « لو رهن رجلا رجلا عبدا بدين حتى يتمكن من استرقاقه له عليها رهنا واحدا جائز وكان كله رهنا بكل الدين حتى أن للرهنتين أن يمكنه حتى يسترقق كل الدين وإذا قضى أحدهما دينه لم يكن له أن يأخذ نصيبه من الرهن لأن كل واحد منها رهن كل البدين عليه من الدين لا نصفه وإن كان المملوك منه لكل واحد منهما النصف لا ذكرنا أن يكون الموهون مملوك الزامن ليس بشرط لصحة الرهن ... واقضاهما رهنا على رهنه في صفقة واحدة دلالة الاذن من كل واحد منها فنصار كل البدين 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).

20. - 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 : « حتى يقدم على المأخر بشيء حتى يقدم الغائب فإذا قدم كانت أن يبرهن بنصيرتها . »

(213) Muh., ms. 382 (V. note 18), Dépôt, 146 : « قلت أرايت رجلا ... لو اقتضاه من غير أن يأتي القاضي قال نعم لا شأن عليها إن هلك استبروع رجلين مالا ... لو اقتضاه من غير أن يأتي القاضي قال نعم لا شأن عليها إن هلك قلت فإن أيا القصة فدعا الودية إلى رجل فهلك قال ما شأنان . »

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 ما ... لو سلم أحدهما نصف إلى صاحبه فصاعت ضمن المسلم نصف الودية عند C'est, du moins, la doctrine d'ABU-H'AFSA. V. Kas., VI, 209. I. 1-2 : « لو سلم أحدهما نصف إلى صاحبه فصاعت ضمن المسلم نصف الودية عند أبي حنيفة وعند أبي يوسف ويحمد لا يضمن القابض شيئا . »

« وجه قول أبي حنيفة أن اللابك استخفظ كل واحد منها في بعض الودية : 4-6 : et I. 1-2 : « وجه قول أبي حنيفة أن اللابك استخفظ كل واحد منها في بعض الودية : 4-6 : لا في كلها فكان راضيا بثبوت يد كل واحد منها على البعض دون الكل . »

« وهذا عند أبي حنيفة ... لأن العمل متى أضيف إلى ما يقبل : Marghi., VII, 460 : « الوصف بالتبذير تناول البعض دون الكل . »

« ولو دفعه أحدهما إلى صاحبه ضمنه الجميع . » Hask., IV, 688 :

(214) Muh., idid. : « قلت أرايت ان كان عبدا واحدا أو ثوبا واحدا أو ... »

« جاية واحدة أو بيرا كيف يضمنان له قال ان وضعه أحدهما عند الآخر أو أسكه كل واحد منها شهرا فلا شأن 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).

30. - 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

« Quod, 72: « وإن كان لا يقسم جاز أن يحفظ أحدهما باذن الآخر. »

Kas., VI, 209, l. 2-3: « ولو كانت الروية مما لا يحتمل القسمة فلكل واحد منها أن يعلم الكمال إلى صاحبه وإذا فُعل فنعاضت لا ضمان عليه بالإجماع. »

et l. 9-10: « لأنه إذا لم يحمل تعدد أن يكون كله في حفظ كل واحد منها على التباين. »

« التوزيع في زمان واحد فكان راضيا بكونه في يد كل واحد منها في زمانين على التباين. »

« وعلى هذا الخلاف الذي ذكرنا للرهان: Kas., VI, 209, l. 10-11: « والركلان بالعراء إذا كان الرهون والشرى مما يحتمل القسمة فلم أحدهما إلى صاحبه. »

Hask., IV, 688: « كرهتین و مستقیمین و وصیین و عمل رهن و وکیل نراء. »

(215) Kas., VI, 209, l. 10-11: « وإن اشتري دارا من ثلاثة نفر ... فما أدرك: (216) Sarakh., XXX, 184: « فلان من ذلك في هذه الغار فلي فلان وفلان خلاص ذلك على قدر أنصبتهم التي اشتري منهم حتى يسلوه له على قدر ما اشتري منهم. »

« حتى يسلوا له الغار. »

(217) Kas., V, 250, l. 12-13: « الواجب على كل واحد منها نصف الثمن فإذا أدى نصف فقد أدى ما يجب عليه. »

« فإن غاب أحدهما لم يجبر الآخر على تسليم كل الثمن لأن الواجب على كل واحد منها نصف الثمن لاسكه فلا يؤانذ 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).

Zai., IV, 129, l. 20-21: « كل واحد منها لا يطالب بما يخص صاحبه من الثمن. »

(218) Sarakh., XXX, 184: « عند الاستحقاق إنما يرجع على كل واحد منهم بما تقدمه من الثمن. »

(219) Sarakh., XXX, 180: « رجع على كل واحد من البائعين بنصف قيمة البناء فإن كل واحد منهم إنما باعه النصف وإنما ضمن له السلامة باعتبار عقده. »

(220) Tay., Société: « كنلا ولم يكفل كل واحد منها عن صاحبه صار كل واحد كغيدلا بحسابة لأن قضية الملاقاة الاستواء كما لو اشتريا عبدا صفقة واحدة. »

(221) Kas., VI, 204, l. 16-17: « لو كان الراد واحدا والآبق واحدا والمالك اثنين فليهما جمل واحد على قدر ملكيهما. »

Zai., III, 308: « وإن كان العبد مشتركا يجب على كل واحد منهم بقدر نصيبه. »

(222) Kas., VII, 274, l. 7: « حصل التلف من فليهما اخص الضمان. »

« ينشأ. »

« إن كانا جينا يورثون فإنا نلف بذلك قضاه عليهم جينا لوجود et 280, l. 29-30: « الشيب من جينا. »

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 : « رجعت الرأبان ... ولو شهد رجل وامرأة فليهما ثلاثة أرباع المال نصه على الرجل ودره على المرأة. »

et Abidin, IV, 550.

(223) Kas., IV, 214, l. 22-23 : « من جرح انسانا جراحة وجرحه آخر ... جراحين فبات من ذلك كان الضمان عليهما نصين. »
« العشرة اذا قتلوا رجلا خطأ أو شبه عمد حتى وجبت عليهم : 7-8 : VII, 257, l. 7-8 : « دية واحدة ففائة كل واحد منهم تحتمل عشرة ما. »

La somme elle-même qui incombait à la 'agila sera divisée entre les divers membres de cette 'agila. Et la part de chacun d'eux ne devra pas dépasser une limite maxima. V. Kas., VII, 256, l. 18-22 :

« ما تصحله المائة من الدية ... لا يؤخذ من كل واحد منهم الا ثلاثة دراهم أو أربعة حرام ولا يزداد على ذلك لأن الأخذ منهم على وجه الصلة والتبوع ... ويجوز أن يقسم عن هذا القدر ... ويدخل القاتل مع المائة ويكون فيا يؤدى كالأحد. »

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 : « انفس عليهما بجميع ال الطريق فأشهد على أحدهما دون الآخر فسقط المائط على رجل قتلته ففلى الذي أئتمده عليه قدر نصيبه لأنه مات من فعل المائط وتقل المائط ثلاث. »

(224) Simaw., I, 50 : « ... وأختر غالب ... على قيس ابن عتبة ... »
« أبو يوسف أتقى به عليهما لو كانا متركين فيا عليهما. »

« برهن على رجل أنه باعه هو وتلقا الثالب فبا كذا ... على قيس ابن عتبة : I, 48 : « أبو يوسف ينبغي أن يقضى عليهما. »
« أبو يوسف ... للثري لو توحد وتلقى البائع لا يتعدى الحكم على الثالب : et :

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 أن البائع لو تبنى البائع غير متصل بحق الآخر إذ الصفة منفردة ألا ترى أنها لو غلط رجل بالبيع قبل نصيب أحدهما فله ذلك فلا يتصعب الماخر خصا عن الثالب أما لو تبنى للثري فحق الماخر متصل بحق الثالب ألا ترى أنه لو باع من اثنين قبيل أحدهم لم يصح فإذ أن يتصعب الماخر خصا عن الثالب. »
V. cependant Abidin, IV, 25 : « مطلب في بيان ما يوجب اتحاد الصفة وتفريقها. »

(225) Simaw., I, 52 : « في دعوى الدين ينتصّب أحد الورثة خصا عن البت : 44 : ولو لم يكن يدينه من التركة. »

« ادعى ديناً على البت وله ورثة صغار يكتفى 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. Ghams, I, 399, n° 10 : « أحد الورثة إذا ادعى عليه الدين فانه لو أقر بالبش يبرم الكل من حصته : 399, n° 10 : « وإذا أنكر فأقيمت البينة عليه يبرم من حصته وحصته. »

(226) SAVIGNY, *Droit des obligations*, I, 151 ; et 357 : « C'est la règle de droit importante... »
L'AROMBIÈRE, III, 356, n° 6 : « ...principe fondamental. »

(227) AL-KAWAKIBI (1137) mufti d'Alep, *Fatāwā*, ms. 3132 B.M.A., f. 51a : « سئل في ثلاثة اشترىوا من زيد بضاعة كلنا بشئ معلوم ولم : 51a : « يكافئوا له في الثمن قبل يبرم كل منهم ثلث الثمن فإذا غاب أحدهم قبل أداء ما عليه من الثمن لا يبرم الماخرين أداؤه والحالة هذه أجاب نعم يبرم كل منهم ثلث الثمن ولا يبرم

المأخوذ أداء ما على القالب منه . »

(228) Sarakh., XXX, 84: « إن اشترى ثلاثة نفر من واحد كتب اشترى : هذه الدار المحدودة في كتابها هذا اشترى منه فلان وفلان كذا ومذا على ما عليه العادة من إعادة الجبر اذا تخال بينه وبين الجبر عنه كلام آخر فيكتب اشترى منه فلان كذا وفلان كذا ويكتب وقد هدده الشن كله وانابا من أموالهم على قدر انصبتهم التي اشترى منه ثم فلان من ذلك كذا وفلان كذا وفلان كذا وبروا اليه منه ... »

V. aussi dans les codifications récentes les art. 432 et surtout 1113 de la *Magalla*. Le *Murichid* 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*, 57, n° 149-150: « The law presumes that two or more persons jointly contracting a debt are equal participants 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 MACMAGHREN, *Principles of Hindu and Mohamadan Law*, p. 231-232, n° 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 participants 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. (*Hidāya*, 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 fautive. L'idée de peine exige, en effet, le cumul des amendes. V. Girard, P. 396 et Savigny, I, p. 219.

II. L'EXCEPTION. — OBLIGATIONS SOLIDAIRES 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.

10. — 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 Muḥ'AM-MAD, qu'il s'agisse de co-acheteurs (229), de co-emprunteurs (230) ou même de codébiteurs en général (231).

(229) Muḥ., 345b: « باع قوما على أن يأخذ أحدهم شاة بمائة درهم . . . »
C'est le cas d'irruption de l'idée. V. aussi plus loin, 344a:

« لو كانت الكفالة على ذلك في أصل البيع عند البيع . . . »
« رجلان اشترى عبدا بألف وكفل كل واحد منهما عن : 89 »
« صاحب . »

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 : 15 l. 1 »

« وكفل كل واحد منهما عن صاحبه بمائة من الثمن . »

(230) Muḥ., 354a:

« في عقد البيع أو القرض . . . »
« رجلان ... اشترى مالا من رجل على أن كل واحد منهما : 61 »

Deux cautions pourront elles-mêmes se rendre cautions l'une de l'autre (232).

كفيل عن صاحبه .
« أتقرضا ما . »
Hum., VI, 337 :

« لو كان ثلثة نفر عليهم الف درهم جيبا وبعضهم كفلا . »
(231) Muh., 345b :

« الدين على اثنين وكل : 65 : Qud., 65 :
Et depuis, en termes généraux :

« واحد منها كفيل ضامن عن الآخر . »
Marghi., *Bizdya* : صاحبه واحد منها كفيل عن صاحبه
« كما اذا اشتريا عبدا بألف درهم ... »

V. même pour l'obligation de garantir contre l'éviction : Sarakh.,
« فاذا أدرك فلان من درك فيها ان شاء أخذها جميعا وان شاء أخذ XXX,
أحدهما حتى يسلا له النار أو يردا عليه السن . »

« يكتب ان كل : 180 : Sarakh., XXX,
et d'indemniser le cas échéant :
« واحد منها ضامن لجميع ذلك ... حتى يكون له أن يرجع على أيها شاء بجميع قيمة البناء
لأن في النصف هو بائع وفي النصف الآخر هو ضامن عن صاحبه . »

« اذا كان لرجل على رجل الف درهم فكفيل بها عنه : 346a : Muh., (232)
رجلان ... فلم يؤد واحد منها شيئا حتى قالا للطالب أينما شئت أخذت بها ... أو قالا
هذه القالة حين كفلا . »

« رجلمان كفلا عن رجل مال على أن كل واحد منها كفيل : 89 : Muh. sagh.,
عن صاحبه . »

« انما تكفل اثنان عن رجل بألف على أن كل واحد منها كفيل عن : 65 : Qud.,
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 كفيل رجلان لرجل عن رجل بأمره بألف درهم حتى يثبت للطالب ولاية مطالبة كل واحد منها بخمسة ... »

« ان كفيل كل واحد منها عن صاحبه فما أدى كل واحد منها يكون عن : 30 : l. 30 :

« فنه ال خمسة . »
« هذا اذا كفلا كفالة واحدة ولم يكفل كل واحد منها عن صاحبه : 4-5 : l. 15 :

جميع المال . »
QAD'U-KHAN, commentant MUH'AMMAD, *as-Ziyādāt*, Livre du Cautionnement réciproque :

« قال محمد رجل عليه الف درهم ... فكفل عنه بها رجلان بأمره :
... فان لم يؤد أحدهما شيئا حتى لي الطالب الكفيل الآخر ... له أن يأخذ أيها شاء بألف درهم النصف بالكفالة عن الأصل والنصف بالكفالة عن صاحبه وأيهما أدى شيئا يكون ذلك عن الأصل لا عن صاحبه ... ويذهب هذا برجلين عليها الف لرجل من عن بيع أو قرض وكل واحد منها كفيل عن صاحبه ... ولا فرق بين الشئتين لأن الواجب على كل واحد منها بحكم الكفالة عن الأصل كالواجب عليها 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 في الصحيح أن تكون الكفالة عن الكل عن المترك . »
On peut remarquer qu'il parle d'interprétation exacte. La question est donc discutée. C'est ce que fait observer SA'IBI CHALABI, VI, 338-339 :

« أقول فيه بحث . »
« هذا اذا تكفل كل واحد منها : 168 : Zai., IV, 168 :
« Dans le même sens, Zai., IV, 168 :

« عن الأصل بجميع الدين على النائب ثم كفيل كل واحد منها عن صاحبه بالجميع وأما ...
لو تكفلا عن الأصل فيبيع الدين ما ثم كفيل كل واحد منها عن صاحبه لأن الدين ينقسم عليها 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 subséquentement (234). Il pourra être obtenu successivement

« يريد به اذا كفّل كل واحد منها بجميع المال ثم يكفل كل واحد منها عن صاحبه بالمال. » « أما لو كفّل له عن رجل بألف درهم ثم يكفل كل واحد منهما عن صاحبه ... »

Ce texte est cité d'après *al-Fanāfi*.

Il y a donc unanimité sur cette interprétation. Comp. le cas rapporté par RAD'IV AD-DIN AS-SARAKHSI, *al-Muk'it*, d'après *al-Muntagā* (ns. 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 في قول أبي حنيفة إلا ... »
 بعد قول الكفول له ... مخاطباً له بذلك ... وأما أبو يوسف ومحمد فكانا يميزان الضمان والكفالة والحالة بغير قبول ... وبه يأخذ. »

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 *mugtahi*, adopte cet enseignement. Cependant, des auteurs classiques et autres attribuent cet enseignement au seul ABU-YUSUF. BURHAN AD-DIN, *al-Muk'it* *al-burhānī*, et texte identique dans *al-Muk'it* de RAD'IV AD-DIN AS-SARAKHSI, VII, à la première page du Livre du Cautionnement :

« عند أبي يوسف الركن :

« وهو الإيجاب وهو قوله كفلت. »

et Kas., VI, 2, l. 3-4, déclare qu'ABU-YUSUF lui-même aurait renoncé à son enseignement :

« الإيجاب »

« كفلت عنه به رجلان ولم يقل كل واحد كفيل عن : » (234) Muh., 346a :

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 منها شيئاً حتى قال للطالب أينما شئت أخذت بها ... أو قال هذه الثالثة حين كفلا فهو سواء. »

« هذه الزيادة المنقبة بالكفالة الأولى وقد سحت منها نصارت : XX, 38 Sarakh., XX, 38, 38 »
 كذلك كور في أصل الكفالة الأولى. »

« فإن كانت هذه متفرقة أو متجمعة ... وإن لمي أحدهما : 346a Muh., 346a (235) Muh., 346a »
 فاشترط ذلك عليه بأمر صاحبه ولني الآخر فاشترط عليه مثل ذلك بأمر صاحبه فهو سواء. »

(236) V. *infra* et comp. le cas d'*al-Muntagā*, note 232.

(237) Muh., 345b, d'après le fondateur même de l'école ABU.

« قال أبو حنيفة ... إذا اشترط أنه يأخذ إياهم شاء بجمعه وكذلك إذا قال H'ANIFA : »
 بعضهم كفلا على بني ولم يقل بالمال فهو بالمال وكذلك إذا قال كل واحد منهم كفيل

ضامن عن صاحبه. »

« قال للطالب أينما شئت أخذت بها. »

« لا فرق في هذا الحكم بين أن يشترط أن يأخذ إياهم شاء : 34-35 Sarakh., XX, 34-35 »

بجمعه ... وبين أن يشترط أن بعضهم كفيل عن بني بالمال أو لم يقل بالمال لأن ذلك

معلوم بدلالة الكلام. »

« لو كتب ذكر حق على رجل بألف درهم وفلان وفلان كفيلان بها وأليها : 38 et

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 : « فإن قال عليهم على مدينتهم أو قال حبيهم على بينهم فإن هذا ليس بشيء. »

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'atibbat al-Falaḥa*, (Vocabulaire juridique hanéfite), p. 141.

(238) Radiy, ms. 32 Azhar, XII, Chap. Cautionnement plural *in fine*, d'après *al-Muntaḥā*: قال أبو يوسف إذا أقر رجلان لرجل ألف درهم على أن يأخذ بهذا المال أيها 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: « اللذين يدين واحد »

(241) Pour l'unité de cause: V. Hum., VI, 337-338: « لو كان نصف يرضه يبيع وعين صح »

AT-TAHT'AWI, *H'at'hiya*, 165: « سببا فلا ... سببا فلا ... قولاه دين عليها أي استويا فيه ... سببا فلا ... سببا فلا ... اختلاف ... سببا كان ما على أحدهما قرضا وما على الآخر عن مبيع »

Abdin, IV, 306.

V. cependant Zai., IV, 168, le cas du cautionnement plural, par actes séparés, mais chacun pour une part: « انما تكفل كل واحد منها »

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 légal*. — 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 منها عن صاحبه نفى كالكفالة 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 في حقه وبه رهن وألف في ... »

سلك آخر وبه رهن فأدى ألف درهم كان له أن يجعل ذلك عن أي المكين شاء فيستر 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: « التعين في المجلس الواحد لو ... في المجلسين يعتبر . »

(242) Zai., IV, 167: « لو كان ما عليه مؤجلا وما على صاحبه حالا صح »

تعيته .
« دين عليها أن استويا فيه صفة ... فلا اختلاف صفة كان كان ... »
AT-TAHT'AWI, 165: « دين عليها أي استويا فيه صفة ... »
Abdin, IV, 396.

(243) Qud., 59, l. 2: « ما يلزم كل واحد من الديون ... »
Sarakh., XI, 177: « بكم الكفالة يجعل كل واحد منها مطالبا بما يجب على صاحبه . »
et XVII, 194: « الكفالة العامة لكل واحد منها عن صاحبه . »

Kas., VI, 74, l. 12: « كل واحد منها كفيل عن الآخر . »
Bab., VI, 339: « تنفذ 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 *adk-Dhaḥira*, II, 575a: « بشرط ليس بشركة ليس بشرط لكن عند ... »
« ذكر الكفالة في هذه الشركة ليس بشرط لكن عند ... »
« صحة العقد ثبت بكم 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 . »

« ان شاء أخذ المشتجر بالتزامه بالقد وان شاء أخذ شريكه Kifaya, V, 384 :

« لكتفاله عنه . »
Il en est de même de l'obligation née du délit commis par l'un d'entre eux.

(245) Muh., 249a : « وليس الدين الذي يلزم أحدهما فيؤخذان به جميعا كدين يجب لأحدهما خاصة دون الآخر . »

« ولا يشبه الدين الذي على أحدهما الدين الذي لأحدهما الا ترى ان كل دين (251a) ولم أحدهما فهو عليها جميعا الا جناية أو مبرا 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 ... »

« فمن اشترى صحيح . » Burh. Dhakh., II, 575b :

Kas., VI, 72, l. 30 et Marghī., V, 384.

même vicié : Muh., 249a : « كان البائع أن يأخذ ... »

et les auteurs cités aux endroits déjà indiqués.

de sa résolution : pour éviction : Muh., 251b :

« يرجع بالنسب على ... »

« فأن وجد الشترى عيبا ... يأخذ أيها شاء . » Ibid. :

« اذا استأجر ... » Muh., 248b :

« فان في عملها أو في تجارتها . »

commerce de la société (247). Il faut néanmoins qu'elle ait

Hum., V, 385 :

« أجره ما استأجره . »

même pour l'obligation de livrer : Muh., 248b :

« أجر عينا ... كان ... »

« لو أخذ الآخر بما يلزم صاحبه حتى يدفع اليه الذي أجره صاحبه . »

ou de services : Muh., 248b :

même pour l'obligation de faire quand il s'agit d'une société

ouvrière : Sarakh., XI, 179 :

« اذا جمل أحدهما عملا أخذ الآخر به . »

« لصاحب الثوب أن يتطالب بالعمل أيها شاء . »

soit née d'un dommage : ainsi en cas de perte fautive de la chose

reçue en dépôt : Muh., 249a :

« لو كانت عند أحدهما ودية فعمل بها كان ضامنا ... »

« ... ويأخذ رب الودية أيها شاء . »

ou en commandite : Ibid. :

« لو كان عندهما مال متنازعة في نوع من الناع ... »

« مخالف أحدهما ... الضامن عليهما جميعا . »

ou en commodat : Burh. Dhakh., II, 577b :

« استأجر دابة ليركبها ... »

« فخطبت فيها ضامنان . »

ou en location : Kas., VI, 72, l. 33 :

« والايارات . »

Il n'importe pas que la faute soit imputée à l'un ou l'autre d'en-

tre eux. Ainsi, V. Burh. Dhakh., Ibid. :

« فركبها شريكه الى غير ذلك المكان ... »

« فخطبت . »

Enfin, l'obligation née d'un délit : ainsi en cas d'usurpation :

Muh., 248b : « ما لا تملكه فانه يلزمه ذلك هو وصاحبه جميعا يأخذ : »

« الطالب أيها شاء . »

ou de simple dommage : Ibid. :

« عثر دابة أو خرق ثوبا . »

(247) Ainsi, s'ils ont acheté des biens destinés à l'usage person-

nel. V. Muh., 250b-251a :

« لو اشترى جسيما وهو كسوة لأحدهما اما كان يأخذ ... »

« أيها شاء . » « وكذلك اذا اشترى خاصة قسه . »

« وما اشتراه أحدهما من طعام لأمله أو كسوة أو : 19 et l. 16 et l. 16 Kas., VI, 74, l. 16 et l. 19 :

« ما لا بد له منه ... يتابع أن يتطالب بالنسب أيها شاء . »

De même, s'il s'agit de louage de choses ou de services. Muh.,

248b : « وان استأجره أحدهما في شيء من أمره خاصة والأجر عليها 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 أبيها شاء. » وكذلك لو استأجر دابة يحمل عليها متاعاً من متاع بيت خاصة ... فإن رب الدابة يأخذ أبيها شاء. »
Hum., V, 385 : « أجرة ما استأجره سواء استأجره لنفسه أو لحاجة التجارة. »
Kifaya, V, 384 : « وكذلك إن استأجره لحاجة نفسه أو استأجره لغيره إلى مكة ليحج. »
عليها فلنؤجر أن يأخذ أبيها شاء. »

(248) Ainsi, il faut que le délit entraîne 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.* :

« إذا جنى ... جناية خطأ أو عمد. »
فلا شيء على شريكه ... وكذلك كل جناية في نفس أو دونها. »
La composition pécuniaire elle-même ne sera pas solidaire. *Ibid.* :

« ولو صالح الجاني على مال من أرض 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 أبي يوسف أن : ما فعله لأنه ضلّ جناية. »

Ainsi aussi, la dette du *mar* due par le mari à sa femme : Muh., 249a :

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.*

« ما يقبضه كل واحد من العمل يترجم ويترجم شريكه. » (249) Qud., 59 :

Kas., VI, 76 :

« متى تجلّ عليه وعلى شريكه. »

et : « لصاحب العمل أن يطالب بالعمل أبيها شاء لوجوبه على كل واحد منهما. »

dommages-intérêts, en cas de perte de la chose à eux remise, même si elle périclite 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 لزمت كل العمل. »

« وعلى أبيها وجب ضمان العمل ومو جناية يده. » (250) Kas., VI, 76, l. 5 :

« 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 Qiyas.

V. Khan, III, 624 :

« عن أبي حنيفة ما جئت به أحدهما كان الضمان عليهما يأخذ أبيها 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 :

« المتضامن بالتواضع في حق وجوب العمل. »

والطالب بالأجرة وفي حق وجوب ضمان العمل نفي الأمر بغيره وراء ذلك على أصل القياس. »

Khan, III, 624 :

« صار في معنى التواضع في باب ضمان العمل. »

« ولا يكون في شركة الثمان كل واحد منهما : (252) Khan, III, 613 :

« كقوله عن صاحبنا لم يذكر الكفالة. »

Abdin, III, 526, adopte cette opinion.

(253) Muh., 251b :

« لو ادان أحدهما قبل الفرقة ديناً ثم انفردا كان له أن : (253) Muh., 251b :

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 cau-

يأخذ أيها شاء لأن هنا 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 البيع بعد الفرقة وقد كان »

قد الشئ قبل الفرقة فإنه يرجع بالشئ على أيها 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: « إذا وجد عيباً ولم يرد ولم يخاصم حتى انقضى لم يكن له أن يخاصم »

الآن من باعه . »
« لو كان الشئ رده على شريك البائع قبل الفرقة ونفى له بالشئ : *id.* »
أو بقتصان العيب عند تغذر الرد ثم انقضى كان له أن يأخذ بالشئ أيها شاء ... لأن ثمته إنما يجب الشئ على البائع وقت الرد فإن كان الرد بعد الفرقة لا يكون للشئ أن يطلب 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 بإتال إذا 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 الأصل قبل تمام السنة : 18. »
... هو على الكفيل إلى أجله . » « وكذا لو مات الكفيل دون الأصل يحمل ... وهو على الأصل إلى أجله . »

C'est pourquoi, la solidarité survit à la dissolution de la société. Khan, III, 623: « الشركة إذا انحلت بقيت الكفالة . »

tionnement 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).

20. - 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)

« لأن الكفالة تبث بعد الفارضة قبل الانقضاء فلا تبطل بالانقضاء . »
« لنفسها الكفالة ولا تبطل بالانقضاء . »

(255) Muh., 251b: « لو ادان أحدهما قبل الفرقة ديناً ثم انقضاء كان له أن يأخذ أيها شاء . »
QAD'I-KHAN, commentaire de MUH'AMMAD, *al-Ghâmi' as-saghîr*, ms. 743

B.E.: « مقضى عند الفارضة على ما يذكر في موضعه فيطالب كل واحد منهما بجميع الدين النصف بحكم الإحصاء والنصف بحكم الكفالة . »

(256) Muh. sagh., 89: « في مقاضين انقضاء فلا يخاصم الديون أن يأخذوا أيها شاءوا بجميع الدين ولا يرجع أحدهما على صاحبه حتى يؤدي أكثر من النصف . »
« وكذلك التفاوضان إذا انقضاء وعليهما دين فلصاحب الدين أن يطلب كل واحد منهما وأيها أدى شيئاً لا يرجع على شريكه . »

Marghi., VI: « وإذا انقضى التفاوضان فلا يخاصم الديون أن يأخذوا أيها شاءوا . »
جميع الدين لأن كل واحد منهما كفيل عن صاحبه على ما عرف في الشركة . »
Abdin, IV, 398.

(257) Muh., 346a: « يأخذ أيها شاء بإتال 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 :

« لبايع أن يأخذ أيها شاء بجميع الألف . »

Et pour le cas de société: Muh. sagh., 89 :

« فلاصحاب الديون أن يأخذوا أيها شاءوا بجميع الدين . »

Marghi., *Bid'aya*, 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 أيها شاء . »

Kas., VI, 10, l. 27-28 : « والطالب بالخيار أن شاء طالب الأصيل وإن شاء طالب

الكفيل . »

Ainsi, il n'est pas nécessaire que la poursuite du débiteur principal soit difficile, pour pouvoir poursuivre la caution. Abidin, IV, 348 :

« سواء تنفر عليه مطالبة الأصيل أو لا . »

(259) Muh., 345b : « يأخذ أيهم شاء إن شاء واحدا وإن شاء جميعا . »

C'est aussi une application d'un principe admis en matière de cautionnement. V. Marghi., VI, 299 :

« له أن يطالب أيها . »

(260) Muh., 345b :

« يختار أيهم شاء ثم يختار الآخر بعد ذلك . »

Pour le cautionnement: V. Muh., 366a :

« رجل يمال على رجل كان للطالب أن يأخذ ... واحد بعد واحد . »

Il semble cependant qu'une jurisprudence avant MUHAMMAD déridait 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 بنو قيس ... لم يكن له أن يموت على الآخر إلا أن يخلص 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 ثبت المال في ذمة الكفيل مع بطلانه في ذمة الأصيل ما ... »

يرجع زيادة حق الطالب لأنه وإن ثبت الدين في ذمتها فلا يكون إلا من أحدهما ... »

[و] اختيار تضييق أحدهما ... لا يوجب البراءة ما لم توجد حقيقة الاستيفاء فلها

ملك مطالبة كل واحد منهما . »

La doctrine adverse est développée dans ces termes : « عند ابن أبي ... »

للي الكفالة تجب براءة الأصيل كالمطالبة 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 فراغ منه سائر المحال ضرورة وإذ ثبت في محل آخر فراغ منه المحل الأول ضرورة لاستحالة أن يكون الشيء الواحد شاعلا 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 استغنى 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

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 يلا أمره »
et V. pour les principes admis en matière de cautionnement : Muh. sagh., 88 : « قال أبو يوسف ومحمد في رجل أقال البينة أن له على فلان كذا وإن هذا كفل عنه : بأنه فانه يقضي على الكفيل وعلى الكفول عنه وإن كانت الكفالة ببر 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 : « وفي رواية ابن سامة عن أبي يوسف رجل له على رجلين ألف درهم وكل واحد منهما كفل عن صاحبه فوكل رب الدين رجلا يقبضه من أحدهما بمئة 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 : « برأ الكفيل كما إذا أدى ».

de même que le paiement de la caution libère le débiteur. V. Abdia, « اختيار الطالب تضمين أحدهما لا يوجب برائة الآخر ما لم توجد خفية » IV, 348 : 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 لألف كان له أن يرجع في هذا كله على »

الذي عليه الألف كلها ».

Attabi, 107a : « لو اشترى الطالب من الترميدية شيئا وبالدن كفل برى 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 كفل برى الكفيل ».

(267) En effet, le transport de dette consenti par la caution libère le débiteur principal. Attabi, 107a : « لو أحال الكفيل الطالب سقطت ».

الطالب عنها ».

Il y a néanmoins controverse : « وقيل لا تسقط عن الأصل ».

Mais la solution rapportée par Hind. d'après *ar-Sirâg al-wahhâg*, est catégorique, III, 263 : « ولو أن الكفيل أحال الكفول له على رجل فقبل ».

المكحول له والحيال عليه برى الكفيل والمكحول عنه ».

De même, le transport de dette consenti par le débiteur principal libère la caution. Kas., VI, 12, l. 8-9 : « وكذا إذا أقال الطالب بقال ».

الكفالة على رجل وقبلة ».

(268) C'est un cas de *MUH'AMMAD, ar-Ziyâdât*, qui se trouve dans le commentaire d'AL-ATTABI sur *ar-Ziyâdât*, f. 106a : « قال محمد رجل كفل »
عن رجل بقال عليه بآمره فأحال الطالب غريبا له على الكفيل على أن يؤدي 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 لا امر وسقطت مطالبة الجليل عن الكفيل لأن دين الكفالة صار مشغولا بدَيْن الموالاة... ولرب المال أن يطالب الأصل لأن ما عليه غير مشغول بشيء وسقوط المطالبة عن الكفيل لا تجب سقوط المطالبة عن الأصل.

(269) *al-Attabi, ibid.*: « وإن طالب الجليل الكفيل فله أن يطالب الأصل »

(270) La donation consentie au débiteur principal libère, en effet, la caution. *Muh'ammad, al-Mabarrat, f. 356b*: « لو وهب الطالب المال 356a: « ولو وهب الطالب المال الكفيل وقب له المطالب جاز ذلك ويرى، منه الذي عليه الأصل والكفيل جسيما. »

Kas., VI, I, 33-34:

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 لأحدا منها واداء المال سواء. »

(271) *Muh.*, texte concernant le cas de cautionnement plural,

358a: « إن كان لرجل على رجل ألف درهم وكفل عنه بها ثلثة نفر وبضهم كفلاء عن بشي بذلك ثم إن الطالب وهب المال لبعض الكفلاء لأحد منهم... إن قيل ذلك ولم يرد فإن المال لا يأخذ من الذي عليه الأصل وإن شاء أخذ نصفه من أي الكفيلين شاء. »

et en cas de cautionnement simple, 356b: « إذا وهب الرجل مالا على رجل 356b: « إذا وهب الرجل مالا على رجل قد كفّل له به فوجهه للكفيل وقب له منه الكفيل فهو جائر والكفيل أن يرجع على الذي عليه الأصل. »

Tah., sob: « وجه له... وقبّل 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), renait à sa charge (275), mais la libération

على الطالب. »
« لو وهب صاحب الدين المال للكفيل يرجع على الأصل. »

(272) En effet, la remise consentie au débiteur principal libère la caution. *Tab., sob.*: « إذا أبرأ الكفول له الطالب من المال الذي كفّل له به. »

وقبّل ذلك منه يرى، منه الطالب والكفيل جسيما. »
« لو أبرأ الأصل يرى الكفيل. »

Kas., VI, II, Cautionnement: Kas., VI, II, I, 24.

Tandis que la remise consentie à la caution ne libère pas le débiteur principal. *Muh., 356a*: « وإنما أبرأ الكفيل أبرأ له خاصة. »

Tab., ibid.: « كان للطالب أن يرجع بالمال على الطالب. »
« إذا أبرأ الكفيل لا يبرأ الأصل. »

(273) *Muh. sagh., 89*: « وإن قال قد أبرأتك لم يرجع الكفيل على »

الكفول عنه. »
« الطالب أن أبرأ الكفيل فالكفيل لا يرجع على »

الأصل. »
« لو أبرأ الطالب الكفيل لا يرجع بشيء. »

Attabi, 107a:
Kas., VI, I, 14, I, 2.

(274) Car, pour le surplus, comme caution, son refus n'aura pas d'effet. *V. Tah., sob.*: « سواء في ذلك قبل الكفيل البراءة أو لم يغيبها. »

Kas., VI, II, I, 28: « أبرأ الكفيل لا يرتد بالرد. »

(275) *Kas., VI, II, I, 27*: « أبرأ الأصل يرتد بالرد. »

et I, 29: « عاد الدين إلى 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 *adā-Dhahikra*, III, 221b: « لم يذكر محمد هذا الفصل في شيء 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'SAF aurait opiné dans son ouvrage *adā-Churūf* dans le sens de la non-libération de la caution. BURHAN AD-DIN le cite d'après un ouvrage d'AN-NAT'IFI, *Aḡār*. Un autre jurisconsulte (AL-QAD' ABU CAZIM) aurait rapporté que c'était là l'opinion des maîtres de l'école (*Aḡār'adāna*). Cependant, dans un commentaire d'un ouvrage d'AT-T'AH'AWI (321), une controverse est dite exister entre les auteurs (*al-Machāyik*) 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. De puis, les auteurs rapportent que la question est controversée sans la trancher dans un sens ou dans un autre. V. Ifṭikh. Khul., II, Caut.:

« حل ببراء الكفيل الخلف النافع فيه. »

Kas., VI, 11, 1. 20-30: « حل تمرد الطائفة بالدين الى الكفيل الخلف النافع فيه. »

QAD' AL-KHAN, le dernier des jurisconsultes *magāhid*, ne tranche pas lui aussi la controverse. V. Khan, III, 72:

« ان رد الأصل ابراهمه. »

« ان رد الأصل ابراهمه. »

« ان رد الأصل ابراهمه. »

« ان رد الأصل ابراهمه. »

« ان رد الأصل ابراهمه. »

« ان رد الأصل ابراهمه. »

« ان رد الأصل ابراهمه. »

« ان رد الأصل ابراهمه. »

« ان رد الأصل ابراهمه. »

« ان رد الأصل ابراهمه. »

« ان رد الأصل ابراهمه. »

« ان رد الأصل ابراهمه. »

« ان رد الأصل ابراهمه. »

« ان رد الأصل ابراهمه. »

« ان رد الأصل ابراهمه. »

« ان رد الأصل ابراهمه. »

« ان رد الأصل ابراهمه. »

« ان رد الأصل ابراهمه. »

« ان رد الأصل ابراهمه. »

« ان رد الأصل ابراهمه. »

« ان رد الأصل ابراهمه. »

« ان رد الأصل ابراهمه. »

« ان رد الأصل ابراهمه. »

« ان رد الأصل ابراهمه. »

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.*: « وإن لم يؤخر المال عن الكفيل ولكنه أخره عن المطلوب كان المال مؤخرا على الطالب وعلى الكفيل إلى الددة 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 : « إن مات الكفيل قبل الأجل فأن المال يعمل عليه ولا يرجع ورثته على الذي عليه الأصل حتى يعمل قبل الأجل فهي عليه حالة يؤخذ من ماله ولا ترجع ورثته على الذي عليه الأصل حتى يعمل الأجل . »

De même, le décès du débiteur principal n'entraîne pas déchéance du terme pour la caution. V. *ibid.*: « لو مات الذي على الكفيل قبل الأجل فأن المال يعمل عليه ولا يرجع ورثته على الذي عليه الأصل حتى يعمل عليه ولم يعمل على الكفيل إلا إلى 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 رهنهم كفلا بمنحى مال إلى أجل فأقيم مات قبل الأجل فأن المال يعمل عليه ولا يعمل على أصحابه . »

Et en cas de société universelle, Zahir, II, 31a : « لو مات أحدهما لم يعمل 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 الأصل براء الكفيل . »

Khan, III, 70 : « إن مات الطالب والكفيل ورثته براء الكفيل . »
et la confusion qui s'opère en la personne de la caution libère le débiteur principal. Muh., 368b : « إذا كفّل رجل لرجل بألف درهم ثم مات الطالب : الكفيل منه فلا شيء والكفيل ورثته براء الكفيل من المال . . . وإن كان كفّل عنه بغير أمره فلا شيء على الكفول 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 كفّل لرجل بألف درهم ثم مات الطالب والكفيل ورثته براء الكفيل عن الكفالة . . . وإن كانت الكفالة بغير أمره براء الطالب أيضا . »
La confusion est, en effet, assimilée à un paiement. Itikb. Khul., II, Caut. : « هذا وإداء المال سواء كفلا لمات الطالب فوريته أحدهما . »
Bazzaa, 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 لا مات الطالب صار ذلك ميراثا عنه لورثته . »
et Kas., VI, 14, l. 1 :

« لأن الإرث 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 causis*, pourra poursuivre le débiteur principal, même si le cautionnement avait été stipulé à son insu : « لو مات الطالب يرجع على الأصل سواء كان بأمره أو بغير أمره . »

(282) Muh., 368b : « المال على الكفول به على حاله إن كان كفّل عنه بأمره . »
Kas., VI, 13-14 : « لو مات الطالب فوريته الكفيل يرجع على الأصل . »
Khan, *ibid.* : « لو ملك الكفيل المال في حياة الطالب بالقضاء أو بالبيعة يرجع على الكفول عنه إن كانت الكفالة بأمره وإن كانت بغير أمره لا يرجع على الكفول عنه وكذا إذا 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 جيبا وبضمهم كفلاء »

« عن يمين فادأ لئال أحدم كله فانه ان شاء رجع على كل واحد منها بالثك . . »
et en cas de société, *ibid.*, 251b : « أيها اذا رجع على شركة بالنصف . »

(284) Muh., 345b : « وان شاء رجع على أحدهما بالثك والسدس حتى يكون . »

(285) Muh., *ibid.* :
« ثم يبعث الآخر بالثك . »
Sarakh., XX, 34 : « ثم يرجعان على الثالث اذا قياه بالثك نياخذان ذلك ينشأ . »
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 الأمر كفلاء . . . الف درهم غلة أو زبوف 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

نهرجة رجع الدائع على الكفول عنه بألف بنجيه . »

Itukh. Khul., II, Caut. : « كفل بمرام صحاح جياذ فأعطاه مكسرة أو زبوا . »
رجع : « مثل ما ضمن لا ينزل ما أدا . »

Abdin, IV, 377 : « رجع بما أدى ان أدى با ضمن والا بما ضمن وان أدى اراد . »

(288) Muh., 349a : « لو باعه ذلك بألف كان له أن يرجع في هذا كله على الذي عليه الأصل بألف كلها . »

(289) Attabi, 107a : « لو كان بالدين رهن : عند الطالب من الطالب وتضي الكفيل الدين فلا سبيل له على الرهن . »

(290) MUH'AMMAD B. AL-H'USAYN, *Fatāwā*, I, 328 : « رجل كفل عن رجل بمال ثم ان الكفول عنه أعطى الكفيل رهنا ذكر في الأصل انه لو كفل بمال مؤجل على الأصل فأعطاه الكفول عنه رهنا جاز الرهن بذلك . فاضيقان في الكفالة بالمال . »

Ces règles qui concernent le cautionnement simple, rien n'empêche leur application au cas de solidarité.

(291) Hind., III, 263-264 : « لو أبرأ الكفيل الأصل قبل الأداء إلى الطالب من الدين . . . يجوز حتى لو أدى الكفيل إلى الطالب بعد ذلك لم يرجع به على الأصل . كذا ذكره الإمام فاضيلان والإمام الحبري . كذا في 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: « نبوت ولاية مطالب الكفيل الأصيل إذا »

(293) Sarakh., XX, 38: « ذكر حق على رجل بأنف درهم وتلان وتلان... اقرار كل واحد منهم بالكسب في الصك بمنزلة كفيلان بها وأيهما شاء أخذ بها... اقرار كل واحد منها لصاحبه بالكفالة عنه... »

(294) V. n° 355 et s., *supra*.

(295) Sarakh., XX, 29: « ليس له أن يأخذ المال من الأصيل حتى يؤديه... »

(296) *Ibid.*: « ولكن ان قضاء الأصيل فهو جائز... »

(297) Muh., 346b: « وإذا كان لرجل على ثلاثة رهط ألف درهم وبعضهم كفلا عن بعض بها فإذا أدهم مائة درهم فإنه لا يرجع على صاحبه بقية منها لأنها من حصته وكذلك ما إذا حتى يبلغ الثلث فهو من حصته... »

« ما أدى أحدهما لم يرجع به على شريكه حتى يؤديه ما يؤديه على النصف... » Qud., 65: « فما أدى أحدهما يقع عن نفسه ولا يرجع على شريكه حتى يؤديه 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 للؤدي أكثر من النصف... »

Et en cas de société:

Muh. sagh., 39: « ولا يرجع أحدهما على صاحبه حتى يؤدي أكثر من النصف... »

(298) Muh., 346b: « فإن زاد على الثلث شيئاً فالزيادة عن صاحبه... »

Qud., 65: « ما أدى أحدهما لم يرجع به على شريكه حتى يؤديه ما يؤديه على النصف... »

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 *sofeens*, 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 *sofeens*, 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 *sofeens* 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, 30: « إجماع من المال الذي عليه يسقط عنه به أصل المال... »
« أولاً لأن هذا الطريق أقصر... إذا جمل مؤدياً عن نفسه لا يحتاج إلى الرجوع على أحد... »
Il est d'ailleurs plus logique de commencer par s'acquitter de sa propre dette. V. Hum., VI, 337: « السادسة... »

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: ... نفسه لا عن شركه لا عن نفسي 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: « إن جعل المؤدى عن صاحبه كان لهما أن يقرلا أداؤه بالكمال بأمرا بتزله أداؤنا ولو أدبنا كان لنا أن نجعل المؤدى عنك فلا يزال يدور هكذا . »

V. aussi Marghi., VI, 337-338; Zal., 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'opposent 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 مجازة عظيمة . » « في الحق إن هذا الوجه باطل . »

Il a aussitôt dégage 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-Hu-

369. — *Fondement juridique du recours.* — Le re-

« ما يقطع به في الشرع أن المؤدى هو الذي يرجع على المؤدى عنه بتل: MAM, VI, 337: « كيف يكون أداء الإنسان عن غيره سببا لأن يرجع عليه ذلك الغير بما أدى . » « لا يمكن أن يسوغه صرفا اعتبار المؤدى عنه أنه أدى بنفسه وأحسبه بتل آخر . »

عن المؤدى . » D'ailleurs, déclare Ibn al-Humam, 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 *sotens* 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 الشيء على ما يتوقف عليه ويرجع المؤدى ليس متوقفا على رجوع صاحبه بل اذا رجع الآخر أن يرجع ولا يلزم كونه في مال واحد بل ان شاء أعطاه ما أخذته فإذا رجع الآخر استأده أو أعطاه غيره وكذا الأول فالآخر في الخفية السلسل في الرجوعات بينها فينتج 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'bi Chahabi, 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 زايه عنه كإدائه عن نفسه بحق الإصالة ... فسلم ولا يفيد وإن أريد كإدائه بحق . لكأنه فلتزوج وكيف يكون أداء كفيته عنه كإدائه عن كفيته . »

(303) C'est l'argumentation que préfère Ibn al-Humam. Elle se trouve déjà dans Muh'ammad, 346b: « لأن المال واحد فكيف شيء أداه من ذلك: »

فهر عن نفسه خاصة ما بينه وبين الثالث . » « إن أراد أن يجعل الزيادة عن أحدهما دون صاحبه لم يكن له ذلك لأن المال واحد وهو دين في الذمة لا يتحقق فيه التميز فلتفرق بينه عن أحدهما . » « أما كونه يصرف بينه فلنا التبين في الجنس الواحد لفرق . » Hum., VI, 337: «

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 الف وقال هي من الكفالة فأبى الطالب أخذها الا منها فله ذلك ولو أداما مطلقا جعلها من أيها شاء . »

et Muh., 354a : « لو كان لرجل على رجلين ألف درهم في حصة أحدهما كفيل وأشهد بها عليه عن صاحبه بأمره ثم أدى حصة واحدة مما في الحصة فجعلها من حصة الكفيل عنه جاز ذلك وإن لم يقل ذلك عند الدفع وجعلها بيد ذلك من حصة الكفيل عنه فإن القول قوله ويرجع بها على الكفيل عنه . »

« إذا كان لرجل على رجل ثمانية دراهم وكل مائة درهم في حصة منها 353b et قرض وحصة منها كفالة عن آخر فدفع المطلوب مائة درهم إلى الطالب وأشهد بها عليه وأشهد أنها من حصة كفالة وكذا قضى من ذلك الصك وإن لم يشهد بذلك فقال المطلوب هي من كفالتي عن فلان وقال الطالب هي من كفالك عن فلان آخر أو قال هي من القرض فإن أبا حنيفة قال القول في ذلك قول الدافع مع يمينه وكذلك قول أبي يوسف ويحمد . »

« الكفيل بأداء المال ... نائب عن 304 Kas., VI, 11, l. 15-16 :

« [المطلوب] في الأداء إلى الطالب . »
Aussi, le recours n'est pas possible si l'engagement a eu lieu à l'insu du coobligé.

(305) Tay., ms. 112 : « لو كفل أن يرجع على الوكيل سواء شهد أم لم يشهد . »

(306) Has., V, ms. 97, Caut. : « مطالب أن يطالب الأصل مع مطالبة الكفيل فلو طالبه الكفيل لأجتمعت 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 Muḥ'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 متنع ... أما في الوكيل لا يملك البائع مطالبة الوكيل لأن المحقوق ترجع إلى العائد لا إلى الوكيل فلو رجع الوكيل على الوكيل قبل الأداء لا يؤدي إلى ما قلنا . »

(307) Tay., *ibid.* : « لو جمع الكفيل لم يكن يحكم الأداء بل يملك ما في ذلك . »
Abdin, IV, 377 : « للملكة الدين بالأداء فكان كالتطالب وكما لو ملكه بية أو ارث . »

فيعبر كالتطالب 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-Mabḥūṭ* de Muḥ'ammad, dans Sarakh., XX, 35 ; et Rāḍiy, *al-Muḥ'it'* ; puis, en résumé, d'après *al-Muḥ'it'*, dans Ibn Nūḡaym, *al-Baḥ'ṭ*, VI, 242 et AS-SINDI, *T'awḍīḥ*.

(309) Muh., 346a : « إذا كان لرجل على أربعة نفر ألف درهم ومائتي [كذا] »
درهم وكل اثنين منهم كفيلة عن اثنين يجمع المال . »

(310) *Ibid.*, 346a : « إذا كان لرجل على عشرة رطل ألف درهم وجعل كل أربعة كفالة على أربعة يجمع 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 إيهم شاء يجمع المال . »
« ويأخذ كل أربعة بالآلف كلها . »

et:

(312) *Ibid.*:

« يأخذ إيهم شاء واحدا بسمائة وخمسين . »
« وأما إذا أخذ الواحد منهم في ريع المال وهو ثلاثمائة هو أصيل (312) [و] إذا اقتصم فيطالبه بذلك وفي الثاني وهو تسعمائة هو مع واحد من الآخرين كفيلا ... » [و] إذا اقتصم الكل بالكفالة مع آخر لم يكن هو مطالب إلا بالنصف وذلك أربعةمائة وخمسون فإذا ضمت ذلك إلى ثلثائة يكون سبعمائة وخمسين . »

et Muh., *ibid.*: « وإن أراد أخذ واحد أخذته يبيع ما بقي من الآلف بعد حصته »

Cependant, RAD'IV AD-DIN, *al-Muk'fat*, rapporte d'un ouvrage (*al-Muk'fat*), 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 Gout: « وذكر في المختصر الصواب: أن يأخذ إيهم شاء وحده بنصف المال ... وجه ما ذكر في المختصر أن عليه ثلثائة بحكم الامتالة وثلثائة بحكم الكفالة عن أحدم لأن كل اثنين كفيلا عن اثنين بسمائة فيكون كل واحد كفيلا بثلثائة . »

et plus loin, à propos de la solution de MUHAMMAD:

(313) Muh., *ibid.*: « إن أدا أحدكم نصف المال خست 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).

30. - 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 أمتيابه وحصة أصحابه الربع إن شاء رجع على كل واحد منهم بالثك من الربع وهو مائة درهم . »

« فإن أخذ واحد [كذا] فأد اربع الآلف فإن مائة منها حصته لا يصرفها الى غيره ومائة وخمسين عن أصحابه حصة كل واحد من ذلك التسع ويرجع به عليه . »

« إن غاب اثنين [كذا] ولقي الذي أدا التامد أحد الثلاثة أخذته (314) بثمانين فإذا أدا ما كان الغرم عليهم سواء على كل واحد منها مائة . »

« إن لم يبق دون أصحابه ويرجع عليه بنصف ما بقي حتى يشاركه في الغرم فيكون عليها نصيبين . »

(315) V. pour le détail des calculs, Muh., 346 a-b et Sarakh.

(316) V. *supra*, note 229.

(317) Muh., 345a: « قال أخبرنا محمد بن أبي يوسف عن أبي عبد الله الجلاب: أنه يبيع قوما غنما على أن يأخذ إيهم شاء بجمته فأذا تبرعنا [كذا] في ذلك فقال اختر ألامم خلفه حتى يستوفي منه حقه . »

Le texte est reproduit par AS-SARAKHSI, XX, 34, avec des variantes: « وفي الكتاب ذكر عن عبد الله بن الجلاب [كذا] أنه يبيع 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 explicitement 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 بمجته فأبى سريخ [كننا] رحمه الله ذلك [كننا] و قال اخترت أعلام غنمه حتى تشرق منه خفك .

(318) Muh., *ibid.* : « وقال أبو حنيفة إذا اشترط عليهم أن بعضهم كفلاء على بعض بالمال فإنه يأخذ أيهم شاء ويرجع على أيهم شاء ويختار أيهم شاء ثم يختار الآخر بمد ذلك وكذلك إذا اشترط أنه يأخذ أيهم شاء بمجته . »

(319) لا فرق في هذا الحكم بين أن يشترط أن : Sarakh., XX, 35 : « يأخذ أيهم شاء بمجته كما ذكر في الحديث وبين أن يشترط أن بعضهم كفيل عن مد بالمال . »

(320) Khan, commentaire d'al-Ghāmī ar-Raḥīq, ms. 743 : « رجلان اشتريا عبدا بالثمن على أن كل واحد منهما كفيل عن صاحبه كان البائع أن يأخذ أيهما شاء بجميع الألف النصف بحكم الأصالة والنصف بحكم الكفالة . »

(321) Simaw., I, 50-51 : « ما ع منها ألف على أن كل واحد منها كفيل : « 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 . »

(322) Sarakh., XX, 34 : « لأن كل واحد منهم للمؤدى 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-

أسبل في تلك الحال والمؤدى قد كفل عن كل واحد منها في ذلك التلك بأمره . « وأن شاء رجعا على أحدهما بالنصف أما التلك فلا يملك عنه وأما الدس فلا يملك مع التلى فيه كفيلان عن التلك بما عليه وهو التلك فينبى أن يكون غرم هذه الكفالة عليها على السواء . »

(323) Tandis qu'en droit moderne, « chacun [des codébiteurs solidaires] est, au regard du créancier, débiteur principal pour le tout ». BAUDRY-LACANTINIERE 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-

néce 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-LACANTINIERE, 303, 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 renversées. 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, l'effet 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. DEMOLOME, XXVI, 170, 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 *différencient essentiel-*

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.

lement 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.

(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. COHEN et CAPITANT. En droit musulman, les auteurs ont eu aussi recours à la distinction entre la dette (*Daym*) et l'obligation (*Mu'dlaba*). Le coobligé en tant que caution n'est pas tenu de la dette même, mais d'un simple lien. V. KAS., VI, 10, 1 14-15: « *يطلب الكفيل دين واجب على الأصل لا عليه فالدائن 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 *Mu'dlaba*, 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-Mawâzîr*, II, 7 : « الطالب قد تنفصل عن وجوب الدين الا ترى أن الوكيل بالبرى بطلب بأصل الدين وأصل الدين على الموكل حتى لو أبرأ البائع الموكل عن

الدين جاز وتغبط الطالب 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 :

« الطالب 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.* :

« الطالب وجوباً لا تصور . »

En droit romain, « le *fideiussor*... comme l'*ἵππος* » 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

(U. 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 déta-

cher du rapport obligatoire tout ce qui concerne les éventualités de

poursuite et de saisie. D'où deux éléments : (1^o) la *Schuld*, la dette, le

devoir juridique, (2^o) 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 libé-

ra 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. Rapp. ce que déjà DUMOULIN distinguait sous les termes « *vinculum* » et « *commodum* ». V. PLANIOL et RIPERT, VII, 412, n^o 1104.

(328) En droit moderne, il peut exercer un recours proportionnel si le paiement est partiel. DEMOLOME, n^o 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^o 1231. Cette solution a d'ailleurs été attaquée en France par ROSTÈRE. V. Demol., XXVI, 386, n^o 446, citant ROSTÈRE : « 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 : « في الكتابة الجبة واحدة لأن جميع المال مضمون على كل واحد » *بالكتابة* ادلولم يحمل كذلك لكان يضم أملاً ويضم كفاً والكفاة : قال الكتابة لا يجوز فادى أحدهما وقع عن نفسه وصاحبه . »

« ما رضى بتق واحد منها إلا بعد وصول جميع المال إليه » Sarakh., XX, 39-40.

« حتى جملة عن نفسه بغير شرط مذكور في العقد فكذا لا يجوز . »

« يتطالب كل منها بجميع » *al-Gâmi' al-s-aghîr* : *commentaire d'al-Gâmi'* QUDÛKÛHAN, *commentaire d'al-Gâmi'* al-s-aghîr : « يتطالب كل منها بجميع »

« يتطالب كل منها بجميع »

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 في 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 بالتعمف. »

Qued., 65: « ما أدى أحدهما يرجع بعمنه على شريكه فلا كان أو كثيراً. »

AL-KARABISI, *ibid.*: « الكفالة الجبة 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: « الية الغائب أو على الغائب لا تجل إذا لم يكن عنه. »

« خصم حاضر. »

Simaw., I, 59: « فبرمن عليه الكفيل ان الديون اداء تجل وتصب الكفيل. »

AT-TARABULSI, *Mu'in al-h'udhâm*, 60: « لو طالب الدائن كفيله بدنه فبرمن. »

« الكفيل على اداء الدين الغائب قبل وتصب الكفيل خصما عن الدين اذ لا يمكن دفع البائن الا بهذا. »

(332) Sarakh., XX, 85: « باب ادعاء الكفيل ان المال من ضمن غمر. »

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

أوربا. »

« دين قار ... أو ما : دين قار, III, 68-69, parle aussi de dette de jeu: »

« أشبه ذلك. » « لا قبل قوله ... لا تجل بيته ... لو أراد أن يحلف الطالب لا يجلت اليه. »

Cependant Simaw., après avoir rapporté la solution d'après BURHAN AB-DIN, *al-Mu'h'it*, se déclare pour la nécessité d'admettre la caution à apporter la preuve dans ce cas, à l'instar du cas du paiement. V. I, 45: « أقول ينبغي أن تجل بيته الكفيل ... فكذلك تحول 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. »

« المسح على الكفول عنه ليس يحكم على الكفيل : Simaw., I, 59-61 (333) له عليه ألف فكفل بأمره فبرمن على الأصل أن لي عليك كلنا وفلان كفل به بأمرك يقتضى على الأصل ولا يكون هذا قضاء على الكفيل فلو لي الكفيل ليس له أن يأخذ منه شيئا قبل أن يبد الية. »

« الأصل لا يتصب خصما عن الكفيل. »

et: « انما أردنا هنا [الحديث] لتبين أنه يجوز أن : Sarakh., XX, 34 (334) يكون المال عليهم ويكون بعضهم كفلا عن بعض بما على كل واحد منهم لا في هذا من زيادة الدين على صاحب الحق فإن يدون هذه الكفالة لم يكن له أن يطالب كل واحد منهم الا بما عليه و هو انك 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 HAURIOT 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... ». GÉRARDIN, 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) MUHAMMAD, *al-Makâdirig*, édit. SCHACHT, 32 : « قال أبو حنيفة : إذا كان رجل على رجل دين ففسده له رجل أو كفل له به فلطالب أن يأخذ أيها شاء بجميع المال وقال يمشي القضاة الكفاية والضمين بمنزلة الحوالة ليس للطالب على صاحب الأصل سبيل بعد رضى الطالب بضمان الضمين وكفاية الكفيل إلا أن يكون الطالب اشترط في أصل الكفاية والضمين أن كفل واحد منها كفيل ضامن عن صاحبه فإن اشترط ذلك فهو جائز في قول كل أحد ».

et Khas., 113.

(337) MUHAMMAD, *ibid.*, 77 : « قلت أرايت الرجل يكون له المال على رجل فآراد الطالب أن يحيل الطالب على رجل وقال الطالب أنا أخاف أن يرى أن أحلني به على هذا الرجل وانت عندى أوثق منه كيف الحيلة في ذلك قال ... بضمن غريم الطالب ما على الطالب للطالب ويحمل كل واحد منها ضامنا لجميع المال يأخذ أيها شاء بذلك ».

(338) Hask., IV, 377 : « وجبة رجوعه بلا أمر إن 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).

«ولوكله بقبضه . ولو الجية .»

(39) Ainsi, l'on distingue toujours entre la part due par le co-débiteur en tant que caution et la part due par lui en tant que débiteur. V. AL-HANUTI, jurisconsulte égyptien (tore), *al-Fatāwā al-Madīniyya*, ms. 294 B.E. f. 3ra: « ما عا على الاصله وهو النصف. »

[340] AL-H'ANUTI, *ibid.*, f. 31a:

et f. 372a: «الكلانة مملوكة وتضافنا وتكاد بالحق.»

AS'AD AL-MADANI, *al-Fatāwā al-as'adiyya* (1:16), II, 71: «سؤال في رجلين»
 (شيء كما في ماله استبداه من آخر متضامن مكانان: »

« في رجل وامرأة كنبا على أنفسهما وصل دين لرجل واعتزبا بأنهما »
متضامان متكافلان . »

« في رجل أدان امرأته دينا وكلناها مضطانت فيما ادانها. »
 et p. 240: *Cependant, AT'-TARABULSI (circ. 1320), al-Fāfāwā al-kāmiliyya,*
 « سئل عن حنان اشترى سبعة عرائل ولا منها كفا. »
 102:

(341) 'ABDALLAH AS'AD, 'Uddat ar-rab' al-fatawā, 266: «

ولجائن استقرضتا مالا من شخص قدما معلوما وكتبتا له صكاً وكتبتا في الصك اقرارا الرجلين بأن عليهما وفي ذمتها الشخص قدما معلوماً وأشهدتا عليهما بذلك فهل اذا طلب الشخص الشخص ماله من أحدهما يسوغ له أخذة ضرها بهذه الألفاظ المذكورة أم كيف الحكم أجاب اقرار الرجلين بالنقض المذكور والقدر المعلوم من الفاظ الشكالة . كما في الدر المختار . »

فیه وتنفذ بضمته أو علی أو الی انتهى یعنی ان علی من الفاظ الکلماتة فلو قال ما علی عند الرجل فهو علی کان کفایة بالافاده فی رد الحجار فافترار الرجین کا فی السؤال لا تثبت به الکفایة فلا بال کل منها الا بنصف المال نعم لو قال کل منها ما علی صاحبی فهو علی

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).

بِكَرَّانٍ كَرَيْنَيْنِ وَيَطْلُبُ رَبُّ الْمَالِ كُلِّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا بِجَمِيعِ مَالِهِ فَاتَّخِذْهُمْ مِصْحَرًا. »

تَضْمِينُ كُلِّ مَنْصِبٍ بِجَمِيعِ الْمَالِ . «
 « أَنْ يُنْزَلَ بِأَحَدِ السَّاجِدِينَ فَلَهُ : 372a AL-H'ANUTTI, (342)

« إذا قامت بيعة على الضامن والكافل ... فزرب »
 AS'AD AL-MADANI, II, 71: « إذا قامت بيعة على الضامن والكافل ... فزرب »

Ils peuvent même être emprisonnés tous à la fois pour la dette solidaire qui n'est pas payée: 'ABDALLAH AS'AD, 'Uddat, 266: ٥٦٦ س١

في رجبين متتابعين متكافئين في دين لرجل قبل لرب الدين حبسها معانيه أم ليس له إلا حبس أحدهما حال لرب الدين حبسها من اشتغال من إعطاء دينه ... »

comme d'ailleurs la caution et le débiteur principal peuvent être emprisonnés à la fois pour la même dette; AT-T'ARABULSI, 195; سلب ١٩٥

هل الكحول له وهو رب الدين حبس الأصل والكفيل مما فالجواب نعم فقد نقل المحقق ابن عابد عن الحجة الزماني ما نصه الكحول له حبس الكفيل والأصل وكفيل الكفيل. والله أكثر وأعلم. »

(343) AL-H'ANUTi, 372a-372b: « يرجع بما زاد على النصف على شريكه لوجود الأذن. »

AS'AD AL-MADANI, II, 71: «من أعلیٰ أكثر ما علیہ فله جنتذ أن یطالب الآخر بما زاد علی 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? 'ABDULLAH 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 في رجلين تداينا ديناً من رجل وكتبنا على أنفسهما وعلى أنفسهما متضامنين متكافئين عنان غرم وأداء فثبت أحدهما فهل يضمن المال الآخر ويكون هو الطالب به أم لا يلزمه شيء ويكون الدين بذمة التوفى أجاب يضمن المال الآخر ويكون هو الطالب 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, 108 :

« لا يطل الكفالة بموت الكفيل فارب الدين أخذ دينه من التركة إن كانت له تركه . »

وفي القعدة ٢٦ سنة ١٢٦٤ .

Dans un autre cas, AL-H'ANUTI fait sûrement erreur, lorsqu'il considère que la dette du codébiteur décadé 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 :

« إن مات الكفيل : »

فهو عليه حالة يؤخذ من ماله ولا ترجع ورثته على الذي عليه الأصل حتى يجل الأجل . »

et V. AL-H'ANUTI, 31a :

« سئل عن رجلين اشتراكا في صنف من الهار بقدر معلوم : »

وقد بقى الفرض وجعل الباقي إلى أجل معلوم وما متضامنين [كذا] ثم مات أحدهما قبل اتمام الأجل فهل يجل على الميت من الدين المؤجل ... أجاب يجل ما عليه بالإسالة وهو النصف فيؤخذ من تركته حالاً كما صحبه في البحر في قوله وعكسه عن التارخانية أما إذا أراد مطالبة الكفيل دون ورثة الأصل ينتظر حتى يجل الأجل كما في الحدادي في نسخة الكتندر . »

(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-'Uqūd*, I, 288 :

« عند الضمان انسخ بعضي القعد الأول ولا يكون الرجل : »

الذكر ضامناً للبلغ الحاصل بالخذ الجديد . »

Le cas a prêté à discussion, seulement pour savoir si le remplacement d'un titre (*instrumentum*) par un autre équivalait ou non à la novation. Et V. plus loin, un autre cas :

« الجواب حيث نسخنا عقد الدائنة : »

الأولى لا يكون كتيلاً بما عقده ثانياً بدون كفالة وتلقاها ... 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 formules contiennent la formule de solidarité construite sur le cautionnement réciproque (349).

De même, pour le transport de dette :

« سئل نيا إذا كان لزيد بذمة عمرو مبلغ زيدا بالبلغ المذكور على خالد حوالة شرعية مفبولة من الجميع فهل يبرأ الكفيل الجواب نعم قال في البحر وفي قوله يبرأ الجليل إشارة إلى برائة كفاية فإذا أحال الأصل الطالب بربنا . كذا في المحيط . »

(346) AL-MAHDI, III, 219 :

« إن حلت الكفالة بكون رب الدين مطالبة : »

الكفيل بدينه لا يفرق بين مجز الأصل عن الأداء وقدرته حيث لا مانع . »

(347) AL-H'ANUTI, 373b :

« لا يبرأ الأصل أو الكفيل : »

يطالب الأصل أو الكفيل . »

et IBN-'ABIDIN, *al-'Uqūd*, I, 289 :

« مفهوم الكفالة ... يقتضي قيام الذمة الأولى : »

لا البرائة منها . »

et la remise consentie à la caution ne libère point le débiteur principal. *Ibid.*, I, 290 :

« وبرائة لا توجب برائة الأصل . »

(348) AT-T'ARABULSI, 101-102 :

« سئل في الكفيل إذا أدى المال : »

وأراد الرجوع والطالب غائب فقال الكمول عنه كان هذا المال من ربا أو من قمار أو كان غنم دم أو مينة وأراد اقامة الدية بذلك على الكفيل هل يجل بينه ويقضى له بالجواب لا يجل بينه ويؤمر بأداء المال إلى الكفيل ويقال له اطلب خصمك وخامسه . أنظر الخاتبة . »

(349) IBN AFLAT'UN, *as-S'ahâh ach-char'iyya*, f. 22b-23a, donne une formule complète :

« صورة تكتب في التكاثلين هذه حجة صحيحة شرعية : »

deux personnes.

Le chapitre a conservé ce titre chez les commentateurs et glossateurs, qu'ils appartiennent au groupe *al-Hidāya*, au groupe *al-Kanz* ou au groupe *at-Tamīm*. Ces ouvrages suivent plutôt *al-Gāmī' as-s'aghīr*. 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 divisée, 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), *Muṭlaḡ al-abḡar* avec son commentaire intitulé *Magma' al-anḡar*, par SAUVAGE, 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: « *يأخذهم شا . .* » « *أيا شئت أخذت بها .* »

Le plus souvent, les codébiteurs sont déclarés cautions les uns des autres: « *بشهم كلاً 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: « *فإن حرف على في هذه المائل بمعنى عن .* »

On rencontre aussi les expressions: « *كل واحد ما كفىل شامن .* » « *بشهم كئيل عن بعض شامنون .* »

Dans IBN AL-HUMAM (361), on trouve le terme « *Mutadāfil* ». V. VI, 339: « *الكفيل المتكافيل .* »

Dans les recueils de *Fatāwā*, on le retrouve, parfois accompagné du terme: « *Mutad'āmir* ».

APPENDICE II

OBSERVATIONS SUR LES CODIFICATIONS

(A) La *Magalla*. — La *Magalla* établit le principe de la division de la dette entre les coadhéteurs, 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 *Murchiâ*. — Le *Murchiâ* 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 créances 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. « Lorsque l'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. KAHN.

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 KAHN, 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 insolubles 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 contributives, 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 ALPHABÉTIQUE DES TEXTES CITÉS*

al-'Abbâsî	al-Mahdî,	"al-Fatâ-	IV	396	(241. 242).
wa"	—		IV	397.	(241).
III	198	(344).	IV	398	(254).
III	219	(346).	IV	550	(222).
'Abd al-H'alim,	"H'achiya".	—	IV	662	(16. 33).
II	320	(135).	IV	662	28 et s. (28).
'Abdallâh As'ad,	"'Uddat".	—	IV	662	31 (44).
206	(341. 342. 344).		IV	687	27-28 (19).
Ibn 'Abidin,	"Radd al-muh'târ".		IV	688	1-6 (20).
III	514	(141).	(Muh'ammad 'Alî' ad-dîn) 'Abi-		
III	526	(252).	dîn, "Qurra", complément de		
IV	25	(34).	"Radd al-muh'târ". —		
IV	25-26	(32. 224).	I	458 4	(17).
IV	233	(108).	II	238	(35).
IV	301	3 (12).	II	239	(117. 129. 135).
IV	301	4-6 (12).	II	240	(154. 155.
IV	301	6-7 (12).	p. 265).		
IV	301	10-11 (12).	Ibn 'Abidin, "al-Uqûd ad-durri-		
IV	338	(328).	ya". —		
IV	348	(258. 261. 265).	I	288	(345).
IV	389	(254).	I	289	(347).
IV	375	(34. 60. 126.	I	290	(347).
	142. 143).		II	63	(157).
IV	377	(287. 307. 327).	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.

- Abū al-Fath, "Mu'āmalāt". —
119-121 (p. 269).
- Abū as-Su'ūd, "Fath' allāh al-mu'in". —
III 184 (33).
- Ibn Aflāḥūn, "as-Sukūk". —
15b (204).
22b-23a (349).
- (Muh'ammad b. al-H'usayn) al-Anḡarawī, "Fatāwā". —
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° 412).
- As'ad al-Madanī, "Fatāwā". —
II 71 (340. 342. 343).
II 74 (340).
II 238 (157. p. 265).
II 240 (340).
- al-'Attābī, "Gāmi' 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. 189).
- al-'Attābī, "az-Ziyādāt". —
196a (268).
- al-Bābartī. —
V 339 (254).
VI 339 (243).

- VII 402 (134. 144).
VII 403 (121. 168).
VII 404 (104).
VII 404-405 (85).
VII 405 (142. 143).
VII 407 (119. 146).
- al-Baghdādī, "Magma". —
286 (p. 190 note *).
- Ibn al-Bazzāz. —
VI 34 (92. 95. 96. 155. p. 265).
VII 7 (270. 281).
- Burhān ad-dīn, "adh-Doakhi-ra". —
II 575a (243. 248).
II 575b (246).
II 576a (179. 183. 202).
II 577b (246).
II 580b (60. 61. 65. 94. 95).
II 581a (60).
III 221a (278).
III 221b (276).
III 233a (254).
- Burhān ad-dīn, "al-Muh'it". —
II 7 (327).
VII Caut. 1e (233).
VII Caut. 3e (263).
- Chaykh-Zāda, "Magma". —
II 250 (115).
- ach-Chalabi, "H'achīya". —
V 45 (130. 136. p. 266).
V 46 (91).
V 47 (85).
V 80 (20).
- Charloo, "Manual". —
52 n° 149-150 (228. 355).

- ach-Churūbulālī, "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).
- Dāūd al-Khar'ib, "al-Fatāwā al-ghiyāthīya". —
137 (57).
- ad-Dimachqī, "Rah'mat". —
I 103 (140).
- al-Gae's's, "Charh' al-Gāmi'". —
III 380b (143).
III 381a (109. 113. 114. p. 266).
III 381b (143. 146).
III 382a (54. 116. 134. 135).
III 382b (58. 92. 124. 129. 136).
III 383a (107. 118. 134. 140. p. 266).
III 383a (136).
III 384b (117).
III 385a (116).
III 390b (140).
- al-H'addādi, "al-Gawhara". —
II 13 22-23 (16).
- al-H'amawī, "Ghamz". —
I 245 (n° 13).
I 399 n° 10 (225).
- al-H'ānūti, "Fatāwā". —
31a (339. 340. 344).
372a (340. 342. 343).
373b (347).
- al-H'as'iri, "Charh' al-Gāmi'". —
III Témoignages 26e (143).
III " 27e (108. 192. 142).
III " 32e (61. 69).
III " 33e (143).
III " 35e (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).

VI	76	(249).	VII 260	(140).
VJ	76	1 et s. (180).	VII 264	(140).
VI	76	3 (182).	VII 266	(140).
VI	76	3-4 (179).	VII 274	7 (222).
VI	76	4 (203).	VII 280	29-30 (222).
VI	76	4-5 (183).	VII 342	16 et s. (p. 183 note*).
VI	76	5 (250).	al-Kawākibi, "Fatawa". —	
VI	76	11 (202).	51a	(227).
VI	76	14 (184).	(Qad'i-) Khān, "Fatawa". —	
VI	76	21 (184).	II 369	(p. 265).
VI	76	22 (203).	II 369-370	(73).
VI	76	23 (182).	II 370	(73).
VI	81	11 (2).	III 61	(230, 264).
VI	121	23-34 (5).	III 61-62	(257).
VI	122	1-4 (7).	III 62	(297).
VI	122	1-23 (5).	III 68-69	(332).
VI	122	7-8 (7).	III 70	(281, 282).
VI	122	17 (8).	III 72	(276).
VI	122	18-19 (6).	III 93	(185).
VI	134	2 et s. (206).	III 93-94	(187).
VI	138	30 et s. (211).	III 619	(252).
VI	142	(n° 257).	III 623	(246, 253, 254).
VI	204	16-17 (221).	III 624	(250, 251).
VI	209	1-2 (213).	(Qad'i-) Khān, "Charh' al-Gāmi'	
VI	209	2-3 (214).	as-s'aghīr". —	
VI	209	4-6 (213).	II Ventas	(23).
VI	209	9-10 (214).	II Caut.	(255, 320, 328).
VI	209	10-11 (215).	(Qad'i-) Khān, "Charh' az-Ziyā-	
VI	210	19-20 (19).	dāt". —	
VI	210	21-22 (21).	Caut.	(232).
VI	210	24-25 (54).	al-Khas's'af, "al-H'iyal". —	
VI	210	29-30 (21).	Ms. 154 :	20a-20b (156).
VI	213	12-13 (21).	Ms. 1017 :	50e-51e (156).
VI	239	14 (13).	Ms. 3639 B.A. :	(156).
VI	237	23-25 (222).	Edil. Schacht :	28 (156).
VI	237	23-25 (222).		28-29 (156).
VII	74	13-14 (195).		29 (114, 154).
VII	196	(125, 142, 143, 164).		29-30 (153, p. 266).
VII	242	24-25 (50).		30 (153).
VII	256	18-22 (223).		
VII	257	7-8 (223).		

la Magalla". —	113	(336).	III 24	(p. 267).
al-Khawārizmī (?), "al-Kifa-	183	(154).	al-Marshināni, "Bidāya". —	
ya". —			VI 340	(257).
V 384	(244, 247).		VII 401-402	(88).
VI 338	(327).		VII 403	(79).
VII 402	(120).		"al-Hidāya". —	
VII 405	(142, 143).		V 384	(243).
VII 406	(92, 93, 150, p. 265).		VI 259	(259, 261).
Macnaghten, "Principles". —			VI 337-338	(302).
231-232 n° 3-4	(228).		VI 338	(232).
232	(355).		VII 402	(33, 78, 123, 134, 142, 144).
al-Magalla. —			VII 403	(49, 104, 134).
Art. 432	(228, p. 343).		VII 404	(65, 81, 93, 98, 113, 116, 134, p. 268).
Art. 646	(p. 343).		VII 406	(84, 85, 87, 96).
Art. 647	(p. 343).		VII 458	6 (20).
Art. 1091	(p. 267).		VII 460	(213).
Art. 1092	(p. 267, p. 268).		Munīf Khusrāw. —	
Art. 1095	(p. 268).		II 402	(90, 130, 134).
Art. 1097	(42, p. 268).		Muhammad, "al-Mabsūt". —	
Art. 1098	(p. 267).		Ms. 33 : II, 139b, 2-7	(18, 19, 20).
Art. 1099	(p. 267).		Ms. 382 : Dépôt 8e	(18).
Art. 1100	(p. 267).		Dépôt 14e	(213, 214).
Art. 1101	(p. 267, p. 268).		Ms. 200 :	
Art. 1102	(p. 267, p. 268, p. 269).		244a	(185).
Art. 1103	(p. 267).		245a	(186).
Art. 1104	(p. 267).		248b	(172, 246, 247, 248).
Art. 1105	(p. 267, p. 268).		249a	(183, 243, 246, 248).
Art. 1106	(p. 267, p. 268).		250b	(181, 199, 246).
Art. 1111	(p. 267, p. 268).		250b-251a	(247).
Art. 1112	(p. 267, p. 268).		251a	(187, 194, 245).
Art. 1113	(228, p. 343).		251b	(246, 253, 255, 282).
Art. 1335	(p. 344).		344b	(280, 344).
Trad. Young. —			345b	(129, 231, 237, 258, 285, 328).
Art. 1100	(p. 270).			359, 260, 283, 284.
al-Mab'āsini, "Commentaire de			346a	(232, 234, 235, 237).

257. 309. 310. 311.	266).	
312. 313. 314).	95b (33).	
346a-346b (315).	96a (49).	
346b (297. 298. 301. 303)	96b-97a (31).	
348b (287).	97b (30).	
349a (266. 288).		
353b (303).		
354a (229. 230. 303. 317. 318).		
356a (260. 271. 272).		
356b (270).		
357a (280).		
358a (271. 273).		
358a (260. 261. 350).		
358b (281. 282).		
364a (103).		
384b (58. 59. 83. 88. 91).		
384b-385a (65).		
385a (26. 28. 29. 33. 35. 36. 37. 44. 53. 59. 62. 66. 68. 70. 82. 83. 88. 91. 96. 96. 110. 127. 153. p. 268).		
385b (56. 57. 59. 62. 81. 84. 85. 86. 92. 93. 98. 102. 163. p. 265. p. 266).		
389a (49. 58. 88. 91).		
389a-389b (53. 88. 91).		
Muh'ammad, "al-Gāmi' al-ka-blr". —		
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.		
Muh'ammad, "al-Gāmi' as'-s'-a-ghtr". —		
87 15 (12. 20).		
88 (264).		
89 (229. 232. 256. 257. 273. 297).		
Muh'ammad, "al-Makharig". —		
Ms. 550 : 61 (153).		
Edit. Schacht : 32 (336).		
60 (153).		
62 (154).		
77 (337).		
Murchid al-H'ayrān. —		
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. Kahl. —		
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-din an-Nasafi, "Tali-bal". —		
141 (237).		
an-Nasafi, "al-Kanz". —		
V 46 (120).		
ibn-Nugaym, "al-Achbāh". —		
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 (93. 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 8057/30 (n° 116).		
Grohmann. —		
II 98 (n° 103).		
III 165 61 (n° 122. n° 141).		
Qad'i-Zāda, "Nataig". —		
VII 83-89 (196).		
VII 402 (131. 135).		
VII 403 (39. 130).		
VII 404 (129. 130. 143. p. 266).		
VII 404-405 (143).		
VII 405 (143).		
VII 453 25-26 (20).		
Qand'i-Zāda, "Risāla". —		
(164. 165).		
al-Qarāfi, "al-Furūq". —		
III 20-22 (140).		
al-Qudbri, "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'i'y ad-din as-Sarakhsi, "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 (188).		
VI 50a-50b (181).		
VI 50b (176. 177. 178. 198).		
VI 51a (197).		
VI 52b (198).		
VI 68b (93. 124. 127. 144).		
VI 69a (25. 113. 116. 118. 134. 135. 144. p. 265. p. 266).		
VI 69b (51. 107. 119. 136. 138. 140).		

TABLE ANALYTIQUE DES MATIERES

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 Ibádite	15
7. Ecoles Comparées	15
8. Sciences Auxiliaires	15
(A) Principologie	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

3. Bibliographies	22
4. Ouvrages de droit	23
(A) Droit Hanéfite	23
(B) Droit Malékite	24
(C) Droit Chaféite	24
(D) Droit Chille	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 ABBREVIATIONS	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

3° La cause	65
2. Effets de l'obligation	67
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

Deuxième Section. — Sources de l'obligation		Pages.
I. De l'acte juridique		102
I. Notions générales		103
Théorie de l'unité		103
La liberté contractuelle		104
La clause adjointe		105
Verballisme		107
Contrats réels		109
Classifications		111
2. La volonté déclarée		112
La simulation		115
L'offre et l'acceptation		115
La séance contractuelle		117
Entre absents		117
3. La volonté réelle		119
I. La violence		119
II. Le dol		120
III. La lésion		121
IV. L'erreur		122
V. L'incapacité		124
4. Théorie des nullités		126
I. Le contrat inexistant		127
II. Le contrat vicié		128
III. Nullité spéciale. Sanctions des vices du consentement		130
5. Effets généraux des contrats		134
Interprétation des contrats		136
Effets à l'égard des ayants cause		137
Théorie de l'inefficacité		138
Théorie de la représentation		138
Contrat avec soi-même		141
6. Dissolution des contrats		145
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'indu	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
1.	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.		
236.	Préambule	187
1°	DATIONS	188
237.	Principe de la division	188
238.	Contestation de ce principe	189
239.	Son application aux preneurs à bail	190
239.	Exception	190
2°	TRADITIONS	190
241.	Position du problème. Principe de la division	190

Nos.	P. gers.
292.	Son application en cas de donation
293.	En cas de dépôt : exception
294.	Au cas d'exception : le gage
295.	Correctif de la théorie de l'action
296.	3° OBLIGATIONS DE SOMMES D'ARGENT
297.	Position de la question
298.	A. — Définition de la conjonction
299.	Une seule et même cause. Cas. « Negotium », « Instru-
300.	mentum ». Le contrat et sa ratification
301.	Le fractionnement du contrat détruit l'unité de cause
302.	... même en cas de résolution
303.	Application de ce principe en matière de cautionne-
304.	ment, de mandat. Cas du prêt
305.	Le fait dommageable et l'unité de cause. La nais-
306.	sance de l'obligation retardée jusqu'au jour du jugement
307.	Le fait de l'enrichissement et l'unité de cause
308.	B. — Effets de la conjonction
309.	(a) Rapports des créanciers avec le débiteur
310.	Chacun des créanciers peut disposer de sa part.
311.	Pourra-t-il concéder un terme ?
312.	Correctif de la théorie de l'action
313.	(b) Rapports des cocréanciers entre eux
314.	1. — Le recours
315.	L'« accipiens » subira le recours de son cocréancier.
316.	Condition du recours
317.	Cas de la dation en paiement
318.	De la transaction
319.	De la compensation
320.	2. — Objet du recours
321.	Une part proportionnelle dans la somme reçue
322.	Application au cas de transaction
323.	Droit de suite ?
324.	3. — Parties du recours
325.	Le créancier conjoint privé du droit de recours
326.	La renonciation au droit de recours
327.	Contre qui le recours sera-t-il exercé ?
328.	4. — Effets du recours
329.	Poursuites entre créanciers
330.	5. — Incidences du recours
331.	Avantages et inconvénients
332.	6. — Fonnement juridique du recours

Nos.	P. gers.
317.	Position du problème. Explication à rejeter
318.	Explication à adopter. Droit semi-réel
319.	C. — Nature juridique et valeur pratique de l'ins-
320.	titution
321.	Caractère juridique de l'institution dans les textes,
322.	dans son essence
323.	Nature véritable
324.	Valeur pratique de l'institution
325.	Droit pratique. Moyens détournés pour remédier aux
326.	déficiences
327.	Applications. « Fetwas ». Formulaires
328.	Textes. Sources et évolution. Cas et hérité
329.	Appendice I. Terminologie
330.	Appendice II. Observations sur les modifications
331.	Appendice III. Essai d'une codification
332.	II. — L'exception. Obligations solidement conjointes.
333.	Préambule
334.	1° CAS DE SOLIDARITE ACTIVE
335.	A. Les associés dans une société universelle
336.	B. Les associés dans une société ouvrière particulière
337.	Cessation de la solidarité
338.	2° EFFETS DE LA SOLIDARITE ACTIVE
339.	A. Rapports des créanciers avec le débiteur
340.	B. Rapports des cocréanciers entre eux
341.	3° NATURE JURIDIQUE
342.	Cas de la société universelle. Idée de mandat
343.	Cas de la société particulière
344.	Conclusion. Valeur pratique
345.	§ 2. — Pluralité de débiteurs.
346.	I. — La règle. Obligations simplement conjointes.
347.	1° DATIONS
348.	Principe de la division. Correctif
349.	Exception. Cas du gage
350.	2° OBLIGATIONS DE FAIRE
351.	Principe de la division. Cas du dépôt, du mandat
352.	L'obligation de garantir contre l'éviction
353.	3° OBLIGATIONS DE SOMMES D'ARGENT
354.	La division de principe

No.		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
351.	A. — Rapports du créancier avec les codébiteurs	303
352.	Premier effet. Il peut poursuivre chacun pour le tout	303
353.	La poursuite divisée ..	306
354.	Théorie de l'action ..	307
	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

No.		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