

مجلة الحقوق

مجلة فصلية تعنى بالدراسات القانونية والشرعية



الطبعة الثامنة
عدد الرابع

القواعد الفقهية للمعاملات المدنية
(بحث بالفرنسية)

د. محمد جبر الألفي

سنة ١٩٨٤م
أول ١٤٠٥هـ

إهداء بغير العريضة

PRINCIPES FONDAMENTAUX DU DROIT CIVIL MUSULMAN

Par
Dr. Mohamed El-Alfy
Professeur associé
Faculté de Droit
Université de Koweït

INTRODUCTION

Dans le monde musulman moderne apparût un mouvement réformiste invita à rouvrir l'ijtihad en retournant à l'origine de la Loi Religieuse qui est fondée sur le Coran et la Sunna authentique, sans se laisser enfermer dans les vues immobilistes de certains juristes et sans être prisonniers d'une école juridique déterminée. Ce mouvement réformiste influença la législation moderne dans les pays arabes et spécialement dans le domaine du Droit Civil. Ainsi en Arabie Séoudite, au Yémen et dans quelques états du Golfe, le Droit Musulman est considéré comme la seule et unique source de la législation. La "Majalla" est encore en application dans certaines régions arabes. Quant aux Codes civils actuels de l'Egypte, de l'Irak, de la Jordanie, du Koweït, de la Libye et de la Syrie, ils stipulent tous que le Droit Musulman est une de leurs sources officielles.

L'influence des tendances islamiques conduit, actuellement, les pays arabes à établir des projets de codes civils déduits directement de droit musulman. On peut citer à titre d'exemple:

- le projet de Code civil égyptien (1).
- le projet de Code civil des Emirats Arabes Unis.
- la décision des ministres de la justice des pays membres du Conseil de coopération des Etats Arabes du Golfe (2).
- le projet du Code civil unifié des pays arabes, qui est en cours de préparation par la section juridique de la ligue des Etats Arabes (3).

(1) — Présenté au Comité de codification de droit musulman, du Conseil de peuple, le 1.7.1982

(2) — Réunis au Riyad les 12 et 13 décembre 1982.

(3) — al-Zarqa; Commentaire des règles (en arabe), Beyrouth, 1983, p. 6m.

Il ne faut pas oublier que le nouveau Code civil jordanien (4) a été basé, essentiellement, sur le droit musulman.

Ces codes et projets ont adopté des principes fondamentaux (القواعد الفقهية), qui forment la section II du titre préliminaire de la Mājallā(5). L'étude de ces principes fondamentaux contribue à faciliter la compréhension des questions spéciales et à les fixer dans l'esprit(6).

En conséquence, nous allons essayer de traduire les principes fondamentaux qui sont au nombre de 99. On sait bien que l'élaboration des principes juridiques fondamentaux s'est étroitement rattachée, d'une part, à la science de droit comparé (7), appelée en arabe: علم الاختلاف qui a pour objet les questions controversées. Et, d'autre part, au mouvement de codifier, officiellement, le droit musulman. Chacun de ces deux aspects mérite d'être relevé avec quelques précisions.

(4) — Promulgué par la Loi n°43 de l'année 1976

(5) — al-Zarqa; op. cit. p. 6m.

(6) — Rapport adressé au Premier Ministre de l'Empire Ottoman, par la Commission de rédaction du Code civil (Majalla).

(7) — Taysir Faik, al-Manthour d'al-Zarkachi: Koweit 1982, t.I. p.25 et 26.

CHAPITRE I

LES QUESTIONS CONTROVERSEES (8)

Le temporel et le spirituel

En Islam, la religion et le droit ont un même fondement à savoir la volonté divine précisée dans un texte révélé, et un comportement inspiré, ou déduit sur la base de ces deux sources (9).

L'Islam repose donc sur deux supports: la foi et la loi.

LA FOI ET LA LOI

La foi est la croyance intime, profonde en l'objet de la révélation, en son authenticité et en sa véracité. La loi, ce sont les règles et les principes édictés par Dieu et dont l'observance est exigée de l'homme dans ses rapports avec son seigneur, avec ses coréligionnaires, avec ses semblables, avec la création dans son ensemble. Le dogme constitue le fondement sur lequel repose la législation, c'est grâce à sa force morale que le croyant est porté de lui-même à respecter la loi et à l'appliquer religieusement.

Néanmoins, l'Islam a éprouvé la nécessité d'élaborer une règle juridique, ainsi que les sanctions qui frappent sa violation.

DROIT MUSULMAN

Les juristes musulmans ont divisé le sujet de leur discipline en deux domaines très distincts, en les appelant par deux termes bien expressifs:

les racines (uḡoul) et les branches (furou') de l'arabe des lois toujours croissant (10).

LES UCOUL

Uḡoul al-fiqh se composent des normes, des critères, des règles fondamentales qui régissent la législation musulmane.

LE FIQH

Le fiqh au contraire comporte autant de chapitres qu'un code; ces derniers rassemblent les rites culturels (عبادات), les transactions (معاملات), les pénalités (جنايات) et les status personnes (مناكحات)

ECOLES JURIDIQUES

Aux premiers temps de l'Islam, les jurisconsultes ne cherchaient pas à édifier des théories générales qui embrassent les faits présents ou à

(8) — Carra de Vaux a traduit: "علم الاختلاف" par: la science de la contestation. cf; les penseurs de l'Islam, Paris, 1923, T.3, p. 327.

(9) — Cf. M.Hamidullah, Les liens entre la religion et le droit en Islam, p.38

(10) — Cf. M.Hamidullah, kitab-al-mu'tamad, Damas 1965; t.II, p.8

venir, réels ou supposés, mais ils s'intéressaient plutôt à l'examen des problèmes qui se posent, afin de les pourvoir de solutions conformes à la chari'a (11).

L'Institution des règles légales touchant les rapports de l'Islam conquérant avec les peuples soumis tenait la première place dans l'établissement des dispositions nouvelles; simultanément, il y avait aussi à régler dans toutes ses ramifications la vie interne, religieuse et légale, de la communauté (12).

En Syrie, en Egypte et en Perse, on avait à démêler d'anciennes coutumes locales fondées sur de vieilles civilisations, et parfois à concilier des droits héréditaires et des droits nouvellement acquis. Il fallait, en un mot, soumettre à une discipline la vie légale de l'Islam, tant au point religieux qu'au point de vue civil (13).

Aujourd'hui encore il subsiste quatre tendances doctrinales, séparées par de petites divergences rituelles et légales, entre lesquelles se partage la plus grande partie du monde musulman.

A/ L'école Hanafite

L'origine de cette école remonte à Abdullah b.Mas'ûd, un des plus savant parmi les compagnons du Prophète. B.Mas'ûd s'inspirait largement dans ses solutions des appréciations libres basées sur l'esprit de l'Islam (14).

Il mentionnait rarement les textes de la Sunna. Cette tendance s'explique par les recommandations faites par le Calife 'Umar aux compagnons avant leur départ pour l'Iraq: "ne détournez pas les musulmans du Coran pour la Sunna; occupez-vous du Coran et citez peu la Sunna" (15).

Ainsi, l'école hanafite portait l'empreinte de l'école rationaliste enseignée par B.Mas'ûd. AbûHanifa, né à Kufa (80h/699) et mort à Bagdad (150/767), fut élevé sous la direction des disciples de B.Mas'ûd. Cependant, l'école hanafite n'eut pas la tendance rationnelle extrémiste parce qu'elle se basait quand même sur les hadith justifiés par ses propres conditions rigoureuses (16). On sait qu'Abû Hanifa fonda une grande académie de droit de 40 membres, afin de rédiger un code du droit musulman (17).

(11) — Cf. El-Alfy, les sources de la législation islamique, Rev. de Droit, Koweït, Mars 1982, p.270 et s.

(12) — Cf. Goldziher, Le dogme et la loi, Paris 1958, p. 31.

(13) — Cf. Goldziher, op. cit. p.31.

(14) — Cf. Ahmed Amîn, Fajr al-Islam, 2^e édition, le Caire, p. 282-283.

(15) — Cf. Ahmed Amîn' op.cit. p. 283.

(16) — Cf. Encyclopédie de l'Islam, t.I, p.92-93.

(17) — Cf. M. Hamidullah, Histoire d'Uçoul al-fiqh, Extrait des: annales de Fac. Droit d'Istanbul, n°9, 10, 11, 1959, p.75.

B/ L'école Malikite

Cette école eut pour fondateur l'imam Malik, né en (93h/712) et mort en (179h/795), contemporain d'Abû Hanifa. Elle débuta à Médine dans le milieu auquel elle doit ses caractéristiques.

Étant la ville du Prophète, Médine fut habitée par des milliers de compagnons et de leurs disciples, instituteurs et transmetteurs de la Sunna. Aussi, tous les actes de Médine furent légalisés directement par des lois prophétiques dont l'usage traditionnel, depuis la mort du Prophète, fut considéré comme indiscutable.

Toutefois, l'école malikite n'était pas traditionnelle à l'extrême, car elle s'inspirait, faute de textes, du raisonnement inductif; mais elle y recourait rarement et quelquefois ses disciples s'en méfiaient (18).

C/ L'école Chafi'ite

L'école chafi'ite eut pour fondateur l'Imam Al-Chafi'i, né à Gaza en (150/767) et mort en (204h/819). Al-Chafi'i fut amené deux ans après sa naissance à la Mecque où il fut élevé et fit de brillantes études jusqu'à ce qu'il devint un jurisconsulte. Il gagna Médine pour suivre les cours de l'Imam Malik jusqu'à la mort de ce dernier (19).

En Iraq, Al-Chafi'i rejoignit Muhammad b. Al-Hassan, l'un des plus brillants disciples d'Abû Hanîfa et représentant suprême de l'école hanafite. Il étudia chez b. Al-Hassan tous les gigantesques ouvrages élaborés d'après la méthode hanafite et il engagea avec l'auteur des discussions savantes (20).

Le grand savant B.Hajar en disāit: "A Médine, la science du droit a fini par avoir pour chef l'Imam Malik et en Iraq Abu Hanifa. Al-Chafi'i a cumulé la méthode de l'école traditionnelle et celle de l'école rationnelle, puis il en a fait une troisième différente en formulant les principes et élaborant les règles" (21).

En Egypte, Al-Chafi'i constitua sa nouvelle doctrine et précisa la méthode de son école dans un ouvrage intitulé "Ar-Risala." C'est une innovation par laquelle le mouvement jurisprudentiel dépassé le domaine des discussions sur les solutions mêmes pour préciser d'abord les principes généraux qui doivent être observés dans les raisonnements; c'est plutôt une innovation par laquelle on a abouti à systématiser la "jurisprudence" (22).

(18) — Cf. Dawalibî, La jurisprudence dans le droit musulman, Paris 1941, p. 84.

(19) — Cf. Al Khudari, Histoire de la législation islamique (en arabe), Le Caire 1967, p.214.

(20) — Cf. Dawalibî, op.cit., p.87.

(21) — Cf. Dawalibî, op.cit., p.87.

(22) — Cf. El-Alfy, op.cit., p. 270.

D/ L'école Hanbalite (23)

Le dernier en date des quatre grands Imams fondateurs des écoles sunnites, fut Ahmed B.Hanbal, né à Bagdad (164h/780) et mort (241h/855).

B. Hanbal eut l'occasion de suivre quelques-unes des leçons d'Al-Chafi'i et Abû Yûsuf, mais il entendait se rattacher lui-même à l'école des gens du hadith (أصحاب الحديث), qu'ils fussent du Hijaz ou d'Iraq; tel que Huchaim B.Bachîr (m.804), Sufyan B. 'Uyayna (m.814) et Waki' B. al-Jarrah (m.812).

Dans la masse des traditions reçues et pour son propre usage, Ahmad sut librement choisir la doctrine qui lui paraissait la plus conforme au Coran et à l'enseignement du Prophète, n'hésitant pas à user, dans le cadre des données scripturaires, de son jugement personnel (رأي).

Il paraissait fort méfiant à l'égard de la préférence juridique (الاستحسان) et il jugeait fort sévèrement la pratique des subterfuges juridiques (الحيل).

B. Hanbal donnera une impulsion nouvelle à la recherche du hadith. Après lui, l'appréciation de la sincérité du texte et de sa transmission va devenir l'objet d'une science, suivie avec le même soin par des Traditionnistes comme Al-Bukharî (255/870) et Muslim (261/875), et par les adeptes des rites dans leurs études doctrinales.

LA CONTROVERSE

Comme l'a remarqué Ibn Khaldoun dans ses prolégomènes (24), le Fiqh posait de nombreuses questions sur la solution desquelles les docteurs n'étaient pas d'accord. Cette diversité d'opinions provenait de la manière dont on avait choisi et envisagé les textes.

Ce désaccord prit, avec le progrès de l'islamisme, une extension énorme, et les étudiants adoptèrent les opinions du légiste qui leur plaisait. Cet état de choses se prolongea jusqu'au temps des quatre Imams appartenant aux corps des 'Ulema établi dans les grandes villes (علماء الأمصار).

Comme on avait pour eux beaucoup de considération, on finit par suivre leur autorité et par refuser son assentiment aux opinions émises par les autres légistes. Leurs adhérents respectifs se livrèrent dès lors à des controverses semblables à celles qui avaient eu lieu dans le temps où l'on discutait les textes canoniques (النصوص الشرعية) et les bases de la jurisprudence. (الأصول الفقهية). Chacun essayait de défendre le système de son Imam et les doctrines de l'école dont il faisait partie; et dans cette tâche, il s'appuyait sur les

(23) — Cf. H. Laoust, Les schismes dans l'Islam. Paris 1965, p. 114/118. Abû Zahra, Ibn Hanbal; le Caire s.d. Milliot; Introduction à l'étude du droit musulman, Paris 1953, p245/246.

(24) — Cf. De Slane, Les prolégomènes d'Ibn Khaldoun, Paris, 1938, 3e partie, p.35.

principes qui lui paraissaient les mieux établis et suivait les voies qui lui semblaient les plus directes (25).

Toutes les questions de droit donnèrent lieu à des controverses (parmi les quatre écoles), et chaque partie de la jurisprudence amena des discussions: tantôt c'est Abû Hanîfa, qui, à propos d'une question agitée entre Chafi'i et Malik, s'accorde, soit avec l'un, soit avec l'autre; tantôt c'est Chafi'i qui est de l'avis soit de Malik soit d'Abû Hanifa, et tantôt c'est Malik qui, dans des cas semblables, se rallie à l'opinion, soit d'Abû Hanifa, soit de Chafi'i. Ces discussions ont servi à révéler la source où chaque Imam avait puisé ses doctrines, les causes de leurs dissidences et les points vers lesquels chacun d'eux avait dirigé ses recherches zélées et consciencieuses.

La connaissance de ces matières forme une branche de science qui s'appelle: la controverse (26). Celui qui en fait son étude doit savoir d'avance les règles au moyen desquelles on opère l'examen des textes sacrés quand on veut en tirer des jugements; il en a autant besoin que le docteur (المجتهد) en aviat, mais à cette différence près que celui-ci s'en servait pour former des jugements, tandis que le controversiste ne les emploiera que pour défendre des questions déjà résolues et pour empêcher son adversaire de les réfuter par d'autres indications (27).

LES GRANDS OUVRAGES DE CONTROVERSE

Les ouvrages composés sur la controverse sont nombreux.

Parmi ces ouvrages, on peut citer:

De l'école Hanafite

- 1 — Al-Dabboussi (430h/1039); al-Ta'liqa (28)
- 2 — Al-Nassafi (537h/1142); al Manzouma (29)
- 3 — Al-Samarqandi (540h/1145); Tuhfat al-Fuqaha (30)
- 4 — Al-Kassani (587h/1191); Badâ'i' al-Sanâ'i' (31).

De l'école Malikite

- 1 — Ibn al-Arabi (543h/1148); al-Talkhiç (32)
- 2 — Ibn Ruchd (595h/1199), Bidayat al-Mujtahid (33)

(25) — Cf. De Slane, op.cit., p.36

(26) — Cf. De Slane, op.cit., p.37

(27) — Cf. De Slane, op.cit., p.36

(28) — De Slane, op.cit., p.37

(29) — Hajji Khalifa; kachf al-Zonoun; Leipzig, t3, p.169.

(30) — Edité à Damas 1964, par m.Al-Kittani et W. AL-Zuhaili.

(31) — Edité au Caire, 1910.

(32) — De Slane, op.cit., p.37.

(33) — Edité au Caire, s.d.

De l'école Chafite:

- 1 — Al-Tabari (310h/922); Ikhtilaf al-Fuqaha (34)
- 2 — Al-Mawardi (450h/1058); al Hawi (35)
- 3 — Al-Bayhaqi (458h/1066); al-Khilafiyat (36)
- 4 — Ibn al-Dahhan (592h/1196); Taqwim an-Nazar (37)
- 5 — Al-Dimachqi (969h/1561); Rahmat al-Umma (38)
- 6 — Al-Cha'rani (973h/1565); al-Mîzan al-Kubra (39)

De l'école Hanballite:

- 1 — Ibn Hubayra (560h/1165); al-Ifçah (40)
- 2 — Ibn Qudama (620h/1223); al-Mughni (41)
- 3 — Ibn al-Qayyim (751h/1350); l'Iam al-Muwaqqi'în (42)

De plus, Ibn Khaldoun compte parmi les ouvrages de droit musulman comparé le Mukhtaçar fi Uçoul al-Fiqh, d'Ibn as-Sa'ati, parce qu'il fournit tous les problèmes servant de base à cette partie des controverses et offre le résumé de toutes les discussions auxquelles chaque question a donné lieu (43).

Il est remarquable de constater, avec Goldziher, que dès le début, les représentants de ces obédiences divergentes avaient été animés de la conviction inébranlable que se tenant sur le même terrain, ils étaient tous également qualifiés pour servir la même cause. Aussi se traitaient-ils avec l'estime convenable. Il était rare qu'un jugement très sévère fût porté, et c'était alors le fait de disciples trop zélés des écoles divergentes. Ce n'est qu'avec l'envahissement du présomptueux autoritarisme des Fuqaha que sont survenus des signes de l'esprit de rite poussés au fanatisme. Les théologiens sérieux ont toujours condamné un tel exclusivisme (44).

(34) — Edité par J.Schacht, Leipzig 1933.

(35) — Manuscrit, Le Caire.

(36) — Hajji Khalifa, op.cit., p.169

(37) — Manuscrit, Paris n°789.

(38) — Edité au Caire, s.d.

(39) — Edité au Caire, s.d.

(40) — Edité à Alep 1347h.

(41) — 3e édition, Le Caire 1367h.

(42) — Edité au Caire 1968 par Taha A.Sa'd.

(43) — De Slane, op.cit., p.38

(44) — Cf. Goldziher, op.cit., p.42.

CHAPITRE II

LA CODIFICATION DU DROIT MUSULMAN

Observons tout d'abord que les juristes musulmans n'ont pas commencé par échafauder des théories générales applicables à tous les cas qui se présentent, mais qu'ils ont apporté des solutions isolées dans de nombreux cas difficiles. On en a déduit par la suite les principes fondamentaux du droit et les règles juridiques générales. Si on prend en considération la pluralité des opinions émises sur une question et le fait que les auteurs quelquefois ne les citent pas toutes ou ne mentionnent pas toujours ceux qui les ont émises, si l'on observe que de nombreuses expressions des juristes ne sont pas très précises, que la plupart des ouvrages de droit sont encore manuscrits, que ceux qui ont été imprimés n'ont généralement pas été édités dans les conditions requises d'établissement du texte, ni pour le fond ni pour la forme et ne sont pas munis d'index analytiques guidant la recherche, on comprendra combien il est difficile de mener à bien des recherches sérieuses en droit musulman. Toutes ces difficultés ont déjà poussé certains penseurs à méditer sur la nécessité de codifier officiellement le droit musulman pour éviter que les jugements ne soient contradictoires.

'Abdullah Ibn Al-Muqaffa' (mort en 145/762) observa le désordre qui régnait dans l'effort personnel, l'ijtihad, et la discordance des jugements dans l'empire musulman. Il écrivit au calif Abû Ja'far al Mançour (mort en 158/775) pour attirer son attention sur la nécessité d'unifier dans toutes les régions de l'empire la loi issue du Coran, de la Sunna et de tout ce qui se rapproche le plus de la justice dans le raisonnement analogique (qiyas) (45). Les califes abbassides Al Mahdi (mort en 169/785) et Haroun al-Rachîd (mort en 193/809) fixèrent leur choix sur l'ouvrage de l'Imam Malik Ibn Anas (mort en 179/795) intitulé "Al Muwatta" (46).

Il est probable que ce livre fut le premier en son genre quant au sujet traité, à la méthode et au style. L'auteur y a recueilli tous les Hadiths transmis par les gens du Hijaz, qu'il estima authentiques, et il y ajouta les avis des Compagnons du Prophète et les consultations (fatwas) données par les savants de la seconde génération (التابعون). Puis il adopta pour toute cette matière la classification qui nous est aujourd'hui familière. Il passa pour composer cet ouvrage et le parfaire environ quarante ans, et cependant il n'accepta nullement d'y voir une loi officielle que l'on fût tenu de suivre "parce que, dit-il, les Compagnons du Prophète se sont dispersés après sa mort dans toutes les régions où ils ont transmis son enseignement, et le peuple de chaque métropole a une part de la Science. L'Envoyé de Dieu a dit: "La diversité des opinions au sein de ma

(45) — Mahmaçani (çubhi): Legal systems in the arab states part and present, Beirut, 1957, p. 138 et les références citées.

(46) — Ibn Farhoun — Al-Dibaj al-Mudahhab, Le Caire, 1351h, p.25.

communauté est une miséricorde de Dieu" (47).

Les juristes musulmans ont ouvert la voie à un nouveau et excellent système consistant à réunir des règles générales sous lesquelles se résument plusieurs détails de jurisprudence. Ils ont rattaché les dispositions à certains principes généraux, dont chacun renferme la solution d'un grand nombre de questions particulières et qui, dans les ouvrages de droit musulman, servent de point d'appui pour élucider les cas spéciaux.

Quoique quelques-uns d'entre ces principes, pris isolément, comportent certaines exceptions, comme d'autre part ils se corroborent et se complètent l'un l'autre, leur généralité n'est pas affectée lorsqu'ils sont pris dans leur ensemble (48).

Plusieurs juristes musulmans, des quatre écoles, ont composé des ouvrages traitant, parmi d'autres, des principes fondamentaux. Qu'il nous soit permis de mentionner, les plus célèbres:

De l'école Hanafite

- 1 — Al-Karabissi (322h/934); Al-Furuq (49)
- 2 — Al-Karkhi (340h/951); Rissalah fil qawa'id (50)
- 3 — Al-Dabboussi (430h/1039); Ta'sîs al-Nazar (51)
- 4 — AL-Karabissi (570h/1174); al-Furuq (52)
- 5 — Ibn Nujaim (970h/1562); al-Achbah wan-Naza'r (53).

De l'école Malikite

- 1 — Al-Qarafi (684h/1285); al-Furuq (54)
- 2 — Ibn Juzayy (741h/1340); Qawanîn al-Ahkam (55).

De l'école Chafi'ite

- 1 — Al-Gorgani (482h/1089); al-Mu'ayah fil 'Aql (56)
- 2 — Al-Zanjani (656h/1258); Takhrij alFuruq 'ala al-Uçoul (57)
- 3 — Al-Izz ibn'Abdessalam (660h/1262);
al-Qawa'id al-Kubra (58), al-Quwai'id al-Sughra (59)
- 4 — Ibn as-Subki (771h/1369); al-Achbah Wan-Naza'ir (60)
- 5 — Az-Zarkachi (794h/1392); al Manthour fil Qawa'id (61)

(47) — Moussa: AL-Fiqh al-Islami, Le Caire 1956, p.70.

(48) — Majalla; 5è édition, Damas 1968, p.16.

(49) — Manuscrit, Le Caire, n°1923, Fiqh Hanafi.

(50) — Al-Maraghi, al-Fath al-Mubîn, Le Caire, t.1, p.186.

(51) — Al-Zarkashi, al-Manthour, Koweit 1982, p.20-21.

(52) — Edité par M.Tamoum, Koweit 1982.

(53) — Edité par A.al-Wakîl, Le Caire 1968.

(54) — Edité au Caire, 1344h.

(55) — Edité à Beyrouth, 1968.

(56) — Manuscrit, Le Caire, n°915, Fiqh Chafi'i.

(57) — Edité par M.Adib Salih, Beyrouth, 4e éd. 1982.

(58) — Hajji Khalifa; Kachf al Zunoun, Leipzig, T.2, p.1359/1360.

(59) — Edité au Caire, 1352h. sous le titre: "Qawa'id al Ahkam fi Maçalih al-Anam.

(60) — Manuscrit, Bibliothèque d'al-Azhar.

(61) — Edité par Taysîr A.Mahmoud, Koweit 1982.

6 — As-Suyouti (911h/1506); Al-Achbah Wan-Naza'ir (62).

De l'école Hanbalite:

- 1 — As-Sâmiri (616h/1219); al-Furouq (63)
- 2 — Al-Maqdissi (638h/1240); al-Fuçoul (64)
- 3 — Ibn Rajab (795h/1393); al-Qawa'id (65).

Au XI^e siècle de l'Hégire (XVII^e siècle de l'Ere Chrétienne) un souverain mongol de l'Inde, Mohammed 'Alemkîr constata la difficulté que présente la recherche approfondie en droit musulman. Il constitua un comité de cinq notables parmi les ulémas de l'Inde sous la présidence du Cheikh Nizam Burhanbûri pour composer un recueil de droit hanafite groupant les opinions reçues pour valables et qui servaient de base aux plus grands muphtis. Ils rassemblèrent ainsi des solutions qui avaient été réellement apportées ou simplement forgées en matière de culte et de pratique dans cet ouvrage intitulé "al fatawa al hindiyya". Cet ouvrage, bien qu'il soit considéré jusqu'à maintenant comme l'une des sources essentielles du droit hanafite, ne fut pas imposé et la codification ne s'y conforma pas (66). Les tentatives de codification du droit musulman échouèrent pour plusieurs raisons (67). Elles sont de trois ordres:

— | —

Les sources de la législation musulmane (68)

Le Coran.

Les écoles juridiques estiment unanimement que le Coran est la parole de Dieu et la première source de la législation musulmane, mais elles se sont séparées notamment sur trois points importants: l'interprétation de certains versets, le choix précis d'un sens et la méthode de déduction de règles.

La Sunna.

Les écoles juridiques estiment unanimement que la Sunna, c'est à dire les paroles, les faits et gestes et les silences significatifs du Prophète, est la seconde source de la législation musulmane, mais elles se sont séparées sur les conditions requises pour qu'un hadith soit considéré comme authentique.

(62) — Edité au Caire 1959.

(63) — Ibn al-Imad; Chadarat ad-Dahab, 1351h., T.5, p.70.

(64) — Kahala; Mu'jam, Damas 1960, T.2, p.99.

(65) — Edité par Taha A. Sa'd, Le Caire 1972.

(66) — Mahmaçani: Legal system in the arab states part and present Beirut, 1957, p.139-140.

(67) — Mahmaçani, op.cit. p.150-151.

(68) — El-Alfy (Mohamed): Les sources, op.cit. p.250-270.

Tandis que les Chi'ites Imamites n'acceptant que les hadiths dont la chaîne des garants remonte exclusivement à la famille du Prophète, d'autres écoles acceptent aisément des hadiths même isolés (Khabar ahad). Certaines d'entre elles ont posé pour les admettre des conditions rigoureuses.

Elles se sont ensuite séparées sur l'interprétation des hadiths et la manière d'en déduire des règles.

Les autres sources de la législation musulmane n'ont pas fait davantage l'unanimité. Le consensus et le raisonnement par analogie refusés par les uns sont acceptés par les autres dans des conditions rigoureusement précises. Les Malikites considèrent la tradition médinoise et l'istiḥlah (recherche de l'intérêt commun) comme des sources de la législation. L'école hanafite accepte comme telle l'istihsan (recherche de la solution équitable). Les Chafi'ites, les Hanbalites et les Imamites admettent l'istiḥab (principe de conformité) comme base de la législation.

— II —

Absence d'autorité contraignante en matière canonique

Bien qu'il existe une certaine organisation religieuse, elle n'a jamais conduit impérativement les musulmans à adopter une opinion donnée en matière juridique, et, parmi les principes fondamentaux du droit musulman, il faut inscrire la liberté de l'ijtihād (effort personnel d'interprétation et de déduction). Ce fut la cause de la diversité des écoles et de l'épanouissement du droit. La fermeture de la porte de l'ijtihād à la fin du IV^e siècle de l'Hégire fut incontestablement facteur de déclin, mais certains ulémas se dressèrent contre cet état de choses en refusant de reconnaître qu'il y eût une autorité suprême pour limiter l'exercice de l'ijtihād à une époque plutôt qu'à une autre, alors que tout savant qui en remplit les conditions a toujours le devoir de l'exercer (69).

— III —

Liberté de conscience

L'Islam a établi le principe de la liberté religieuse. Il permet aux "Gens du Livre" (Juifs et Chrétiens) de pratiquer leur culte et d'appliquer leurs propres lois par les tribunaux de leurs communautés. Ces privilèges législatifs et juridictionnels contribuèrent à rendre la codification des lois et l'unification de la jurisprudence très difficiles.

Au milieu du XIX^e siècle Ahmed Jawdet Pacha fut nommé ministre de la justice de l'Empire Ottoman sur proposition du Cheikh al Islam. Jawdet Pacha, très attaché à la Loi Religieuse Islamique et très versé en

(69) — Berger-Vachon: Cours de droit musulman, 1972 (polycopié) p.13-17.

même temps dans la connaissance du droit occidental, était convaincu de la nécessité de réformes législatives (70).

Un certain nombre de lois virent le jour, s'inspirant à la fois de la loi religieuse, des coutumes locales et du droit français. Enfin, parut une véritable codification: la "Majalla" qui, achevée en 1293 de l'Hégire (1876 de l'Ere Chrétienne) à l'issue d'un long travail de sept ans fut une codification du droit civil selon les opinions authentiques retenues par l'école hanafite, sauf quelques différences eu égard aux changements intervenus dans les us et coutumes (71).

La Majalla consacra sa deuxième section aux principes juridiques fondamentaux en les relevant des ouvrages des juristes hanafites.

"La section II des dispositions préliminaires se compose de principes généraux de droit colligés par Ibn Nujaim et d'autres jurisconsultes de son école. Bien que ces principes, à eux seuls, ne puissent suffire au juge pour rendre ses décisions tant qu'il n'est pas éclairé par des textes de loi plus explicites, ils sont néanmoins d'une grande utilité pour l'étude et l'intelligence du droit en permettant de saisir plus facilement la solution de chaque question particulière. En eux, les fonctionnaires de l'Administration trouveront un guide sûr pour tous les cas qui se présentent, et chacun pourra, en y ayant recours, conformer autant que possible ses actions aux préceptes du droit sacré. C'est pourquoi nous n'en avons pas formé un titre ou un chapitre spécial, mais nous en avons fait une introduction générale. D'ordinaire, dans les traités de jurisprudence sacrée, les principes généraux se trouvent mêlés aux questions particulières. Dans le présent code, nous avons, au contraire, préféré placer au commencement de chaque livre une introduction contenant la définition de tous les termes juridiques relatifs aux matières qui y sont traitées, et nous avons ensuite exposé, séparément et avec ordre, les différentes dispositions de la loi. Enfin, pour donner plus de clarté aux dispositions fondamentales, nous avons fait suivre chacune d'elles, d'exemples variés puisés dans les recueils de Fetwas". (72).

La "Majalla" marque donc le début de la codification du droit musulman. En Egypte Qadri Pacha composa le "Murchid al-Hayran" à l'image d'un code civil moderne, inspiré de la doctrine hanafite, pour remplacer le code civil mixte et l'ancien code civil égyptien qui s'appuyaient tous deux principalement sur le code civil français.

Cependant la codification de Qadri Pacha ne fût pas officiellement appliquée. Le droit musulman fût également codifié par la "Majalla" tunisienne des obligations et des contrats parue en 1906(73). En Arabie Séoudite, le juge Ahmad ibn Abdullah al-Qari (m. 1359h/1940), un juriste ex-hanafite, composa la Majalla des commandements religieux

(مجلة الأحكام الشرعية)

(70) — Mahmaçani, op. cit. p.165.

(71) — Mahmaçani, op. cit. p.169 et les références citées.

(72) — Majalla; 5eme édition, Damas 1968, p.11. Démétrius Nicolaïdes; Législation Ottomane. Constantinople, 1881, T.6, p. 11 et 12.

(73) — Abdel Jawad (Mohammad): Les législations des pays arabes entre les droits occidentaux et le droit musulman, Kartoum, 1966, p.28.

à l'instar de la Majalla ottomane. Il a déduit ses 2382 articles des grands ouvrages des jurisconsultes de l'école hanbalite. Bien que ce travail ait reçu beaucoup d'admiration, il ne vit pas le jour pour l'application(74).

(74) — LA MAJALLA HANBALITE à été éditée à Jeddah, 1401h/1981, par A.I. ABou Sulaiman et M.I. Ahmad Ali.

CHAPITRE III

Traduction des principes fondamentaux du code civil ottoman (la Majalla) (75)

مادة ٢ : الأمور بمقاصدها . يعنى أن الحكم الذي يترتب على أمر يكون على مقتضى ما هو المقصود من ذلك الأمر .

Art. 2 — Pour apprécier une action on doit en rechercher l'intention. C'est-à-dire, l'appréciation qu'on fait d'une action doit s'appuyer sur le but qu'elle avait en vue.

مادة ٣ : العبرة في العقود للمقاصد والمعاني لا للألفاظ والمباني . ولذا يجري حكم الرهن في البيع بالوفاء .

Art. 3 — Dans les conventions il faut considérer l'intention des parties, et non le sens littéral des mots et des expressions employés. Il s'ensuit que la vente à réméré doit être régie par les règles du gage.

مادة ٤ : اليقين لا يزول بالشك .

Art. 4 — Un fait avéré ne peut être mis en doute par cela seul que le contraire est possible. (76).

مادة ٥ : الأصل بقاء ما كان على ما كان .

Art. 5 — En principe, chaque chose doit rester en l'état où elle se trouve.

مادة ٦ : القديم يترك على قدمه .

Art. 6 — Ce qui existe de temps immémorial doit être respecté.

(75) — Nous nous sommes guidé, dans la traduction de ces principes, par les ouvrages suivants:

1 - Abdul Aziz Kahil Bey; Statut réel de Kadri Pacha, Le caire 1893.

2 - Aristarchi Bey; Législation Ottomane, Constantinople 1873, T.6.

3 - Démétrius Nicolaïdes; Législation Ottomane, Constantinople; T.6 1881 et T.7, 1888.

4 - Du Caurroy, Législation musulmane sunnite, Paris 1848.

5 - Meysonnasse; Code civil musulman, Paris 1898.

6 - Savvas Pacha; Etude sur la théorie de droit musulman, Paris, T.1, 1892 et T.2, 1898.

7 - Toldeo; Analyse de la théorie des contrats et obligations en droit civil ottoman, Thèse Paris 1915.

8 - Young; Corps de droit ottoman, Oxford 1905, T.6.

(76) — Textuellement "Le soupçon ne peut détruire la certitude."

مادة ٧ : الضرر لا يكون قديماً .

Art. 7 — L'ancienneté ne peut consacrer un état nuisible.

مادة ٨ : الأصل براءة الذمة . فإذا أتلّف رجل مال آخر واختلفا في مقداره ، يكون القول للمتلف والبيّنة على صاحب المال لإثبات الزيادة .

Art. 8 — En principe on est réputé libre de toute obligation. (77)
Par conséquent, lorsque quelqu'un a détruit le bien d'autrui, et qu'il y a contestation sur la quantité détruite, la déclaration du destructeur est réputée vraie, et c'est au propriétaire du bien de faire la preuve du surplus qu'il réclame.

مادة ٩ : الأصل في الصفات العارضة العدم .

مثلاً : إذا اختلف شريكا المضاربة في حصول الربح وعدمه ، فالقول للمضارب والبيّنة على رب المال لإثبات الربح .

Art. 9 — En tout ce qui est contingent le principe est la non-existence.(78).
Par exemple, s'agissant d'une société dans laquelle l'un des associés apporte son capital et l'autre son travail seulement, s'il surgit une contestation sur l'existence d'un bénéfice, la déclaration de l'associé gérant qui nie le bénéfice est réputée vraie et le bailleur de fonds qui en réclame sa part est tenu de prouver ce qu'il avance.

مادة ١٠ : ما ثبت بزمان يحكم ببقائه مالم يوجد دليل على خلافه . فإذا ثبت في زمان ملك شيء لأحد يحكم ببقاء الملك مالم يوجد ما يزيله .

Art. 10 — Ce qui a été avéré à une certaine époque est tenu pour tel jusqu'à preuve du contraire. Par conséquent, lorsqu'il est certain qu'une chose a été, à une époque donnée, la propriété de quelqu'un, celui-ci doit être confirmé dans son droit s'il ne se produit aucun fait de nature à le lui faire perdre.

مادة ١١ : الأصل إضافة الحادث الى أقرب أوقاته . يعني أنه إذا وقع الاختلاف في سبب وزمن حدوث أمر ينسب الى أقرب الأوقات الى الحال ، مالم تثبت نسبته الى زمان بعيد .

Art. 11 — Tout fait nouveau (modifiant l'état primitif) est réputé avoir eu lieu à l'époque la plus proche du temps présent.

(77) — c.à.d. : La responsabilité ne se présume pas.

(78) — Telle est la traduction littérale, substituée par ordre supérieur à la traduction primitive du premier alinéa de l'art. 9. En suivant le sens, on traduirait ainsi: "Ce qui n'est pas de l'essence d'une chose ne se présume pas."

En d'autres termes, l'orsqu'il y a divergence sur la cause et l'époque d'un événement nouveau; celui-ci doit être rapporté à l'époque la plus récente tant qu'on n'aura pas prouvé qu'il a eu lieu à une époque plus reculée.

مادة ١٢ : الأصل في الكلام الحقيقة .

Art. 12 — En principe, on doit donner aux termes leur sens véritable.

مادة ١٣ : لا عبرة بالدلالة في مقابلة التصريح .

Art. 13 — Devant une déclaration précise, on ne doit pas avoir égard à la présomption.

مادة ١٤ : لا مساغ للاجتهاد في مورد النص .

Art. 14 — Une disposition claire et précise n'est pas susceptible d'interprétation.

مادة ١٥ : ما ثبت على خلاف القياس فغيره عليه لا يقاس .

Art. 15 — Ce qui existe contrairement à la loi ne peut servir de précédent pour établir une règle applicable à un cas semblable.

مادة ١٦ : الاجتهاد لا ينقض بمثله .

Art. 16 — Une interprétation n'est pas annulée par une autre interprétation.

مادة ١٧ : المشقة تجلب التيسير . يعني أن الصعوبة تصير سبباً للتسهيل ويلزم التوسيع في وقت المضايقة . يتفرع على هذا الأصل كثير من الأحكام الفقهية كالقرض والحوالة والحجر وغير ذلك . وما جوزه الفقهاء من الرخص والتخفيفات في الأحكام الشرعية مستنبط من هذه القاعدة .

Art. 17 — La difficulté provoque la facilité. En d'autres termes, la nécessité de remédier à une situation embarrassée est un motif légitime pour prendre, dans ce but, des mesures propres à résoudre les difficultés, et pour se montrer tolérant. Les dispositions de la loi relatives au prêt, à la cession (79), à l'interdiction, et beaucoup d'autres, se fondent sur ce principe. La tolérance et les tempéraments apportés par les jurisconsultes à la rigueur de la loi en découlent également.

(79) — Cession de créance et cession de dette, CF. art 673 de la Majalla.

مادة ١٨ : الأمر إذا ضاق اتسع . يعني أنه إذا ظهرت مشقة في أمر يرخص فيه ويوسع .

Art. 18 — Il faut se montrer large dans l'application des règles aux choses dont l'exécution est difficile. Autrement dit, lorsqu'on est en présence d'une situation difficile, on peut avoir recours à des tempéraments.

مادة ١٩ : لا ضرر ولا ضرار .

Art. 19 — Il est tout aussi bien défendu de causer un dommage que d'y répondre par un autre dommage.

مادة ٢٠ : الضرر يزال .

Art. 20 — On doit mettre fin à tout ce qui peut causer un dommage.

مادة ٢١ : الضرورات تبيح المحظورات .

Art. 21 — Il est permis de faire ce qui est défendu, quand on est sous le coup d'une force majeure.

مادة ٢٢ : الضرورات تقدر بقدرها .

Art. 22 — La force majeure s'apprécie selon sa valeur.

مادة ٢٣ : ما جاز لعذر بطل بزواله .

Art. 23 — Ce que la loi permet en raison d'un motif déterminé, cesse d'être permis une fois ce motif disparu.

مادة ٢٤ : إذا زال المانع عاد الممنوع .

Art. 24 — Lorsque l'obstacle qui s'oppose à l'exercice d'un droit disparaît, celui-ci reprend sa vigueur.

مادة ٢٥ : الضرر لا يزال بمثله .

Art. 25 — Il n'est pas permis de réparer un dommage au moyen d'un dommage semblable.

مادة ٢٦ : يتحمل الضرر الخاص لدفع ضرر عام . يتفرع على هذا منع الطيب الجاهل .

Art. 26 — On doit préférer le dommage privé au dommage public. C'est en vertu de ce principe qu'on empêche un médecin ignorant d'exercer sa profession.

مادة ٢٧ : الضرر الأشد يزال بالضرر الأخف .

Art. 27 — On peut réparer un dommage important par un dommage moins important.

مادة ٢٨ : إذا تعارضت مفسدتان روعي أعظمهما ضرراً بارتكاب أخفهما .

Art. 28 — En présence de deux maux, on doit préférer le moindre pour éviter le plus grand.

مادة ٢٩ : يختار أهون الشرين .

Art. 29 — De deux maux on choisit le moindre.

مادة ٣٠ : درء المفسد أولى من جلب المنافع .

Art. 30 — La préservation d'un mal est préférable à la réalisation d'un profit.

مادة ٣١ : الضرر يدفع بقدر الإمكان .

Art. 31 — Le dommage doit être écarté autant qu'il est possible.

مادة ٣٢ : الحاجة تنزل منزلة الضرورة عامة أو خاصة . ومن هذا القبيل تجويز

البيع بالوفاء ، حيث أنه لما كثرت الديون على أهل بخارى مست الحاجة الى ذلك فصار مرعياً .

Art. 32 — Ce qui est exigé pour la satisfaction d'un besoin public ou privé est admis comme une nécessité légitime. C'est en vertu de ce principe qu'on a permis la vente à réméré.

Cette espèce de vente a été admise pour la première fois en Boukharie où le grand accroissement des dettes de la population l'avait rendue nécessaire.

مادة ٣٣ : الاضطرار لا يبطل حق الغير . يتفرع على هذه القاعدة أنه لو

اضطر إنسان من الجوع فأكل طعام الآخر ، يضمن قيمته .

Art. 33 — Le besoin, quelque grand qu'il soit, n'anéantit pas le droit d'autrui. Ainsi, celui qui, poussé par la faim, mange le pain d'autrui, est tenu d'en payer ensuite la valeur.

مادة ٣٤ : ما حرم أخذه حرم إعطاؤه .

Art. 34 — Il est défendu d'offrir une chose qu'il est défendu d'accepter.

مادة ٣٥ : ما حرم فعله حرم طلبه .

Art. 35 — Ce qu'il est défendu de faire, est également défendu d'être exigé d'autrui.

مادة ٣٦ : العادة محكمة . يعني أن العادة عامة كانت أو خاصة تجعل حكماً لإثبات حكم شرعي .

Art. 36 — L'usage a force de loi; c'est à dire qu'on peut prendre l'usage et la coutume, soit généraux soit particuliers, comme base d'un commandement.

مادة ٣٧ : استعمال الناس حجة يجب العمل بها .

Art. 37 — Ce que l'usage a consacré devient une règle à laquelle on doit se conformer.

مادة ٣٨ : الممتنع عادة كالممتنع حقيقة .

Art. 38 — Ce qui, d'après l'usage est considéré comme impossible, est réputé réellement impossible.

مادة ٣٩ : لا ينكر تغير الأحكام بتغير الأزمان .

Art. 39 — Il est hors de doute que l'application de la loi peut varier avec le temps.

مادة ٤٠ : الحقيقة تترك بدلالة العادة .

Art. 40 — Le sens littéral des termes peut être modifié par l'usage.

مادة ٤١ : إنما تعتبر العادة إذا اضطردت أو غلبت .

Art. 41 — L'usage n'est valable qu'à la condition d'être général ou prédominant.

مادة ٤٢ : العبرة للغالب الشائع لا للنادر .

Art. 42 — On n'accorde la valeur d'un usage prédominant qu'à ce qui est généralement répandu, et non pas à ce qui est exceptionnellement admis.

مادة ٤٣ : المعروف عرفاً كالمشروط شرطاً .

Art. 43 — Ce qui est consacré par l'usage tient lieu de convention expresse.

مادة ٤٤ : المعروف بين التجار كالمشروط بينهم .

Art. 44 — Dans le commerce, les usages ont la même force que les conventions formelles.

مادة ٤٥ : التعيين بالعرف كالتعيين بالنص .

Art. 45 — Ce qui est consacré par l'usage a la même force que ce qui est formellement établi par la loi.

مادة ٤٦ : إذا تعارض المانع والمقتضى يقدم المانع . فلا يبيع الراهن الرهن
لآخر مادام في يد المرتهن .

Art. 46 — Lorsque dans un acte nécessaire il y a empêchement, c'est l'empêchement qui l'emporte sur la nécessité.
Ainsi le débiteur ne peut vendre l'objet qu'il a constitué en gage entre les mains de son créancier.

مادة ٤٧ : التابع تابع . فإذا بيع حيوان في بطنه جنين يدخل الجنين في البيع
تبعاً .

Art. 47 — L'accessoire suit légalement le principal.
En conséquence, lorsqu'on vend la femelle pleine d'un animal, on est censé en avoir vendu en même temps le petit.

مادة ٤٨ : التابع لا يفرد بالحكم فالجنين الذي في بطن الحيوان لا يباع منفرداً
عن أمه .

Art. 48 — On ne peut disposer de l'accessoire indépendamment du principal. Par exemple, on ne peut pas vendre séparément le petit à naître d'une femelle pleine.

مادة ٤٩ : من ملك شيئاً ملك ما هو من ضروراته . فإذا اشترى رجل داراً ،
ملك الطريق الموصل إليها .

Art. 49 — Le propriétaire d'une chose l'est en même temps de celles qui en sont les accessoires nécessaires. Ainsi, l'acheteur d'une maison acquiert aussi la jouissance du passage qui y mène.

مادة ٥٠ : إذا سقط الأصل سقط الفرع .

Art. 50 — La perte du principal entraîne celle de l'accessoire.

مادة ٥١ : الساقط لا يعود كما أن المعدم لا يعود .

Art. 51 — Un droit éteint ne peut plus revivre. En d'autres termes, la déchéance d'un droit est irréparable.

مادة ٥٢ : إذا بطل الشيء بطل ما في ضمنه .

Art. 52 — Une chose entachée de nullité rend également nul tout ce qui en fait partie.

مادة ٥٣ : إذا بطل الأصل يصار الى البديل .

Art. 53 — Lorsque la remise d'un objet dû est impossible on doit en payer la contre valeur.

مادة ٥٤ : يغتفر في التابع مالا يغتفر في المتبوع . فلو وكل المشتري البائع في قبض المبيع لا يجوز . أما لو أعطى جولقاً للبائع ليكيل ويضع فيه الطعام المبيع ففعل كان ذلك قبضاً من المشتري .

Art. 54 — Ce qui n'est pas permis directement peut l'être indirectement. Ainsi, il n'est pas permis à l'acheteur de donner au vendeur mandat de prendre livraison de la chose vendue, mais si celui qui a acheté du grain donne à son vendeur un sac pour y mettre le grain acheté après l'avoir mesuré, et que le vendeur le fasse, on considère la tradition comme indirectement accomplie.

مادة ٥٥ : يغتفر في البقاء مالا يغتفر في الابتداء .

مثال ذلك أن هبة الحصة المشاعة لا تصح ؛ لكن إذا وهب رجل عقاراً من آخر فاستحق من ذلك العقار حصة شائعة ، لا تبطل الهبة في حق الباقي مع أنه صار بعد الاستحقاق حصة شائعة .

Art. 55 — Un acte nul en son principe peut être admis, une fois accomplie. Par exemple, la donation d'une part indivise, est nulle; mais une fois l'objet donné, si un tiers se fait reconnaître copropriétaire d'une part indivise du même objet; la donation n'est pas pour cela annulée, mais se trouve seulement réduite à la part restante.

مادة ٥٦ : البقاء أسهل من الابتداء .

Art. 56 — Il est plus facile de maintenir un acte déjà accompli que d'en permettre initialement l'accomplissement.

مادة ٥٧ : لا يتم التبرع إلا بالقبض . فإذا وهب أحد شيئاً لآخر لا تتم الهبة إلا بالقبض .

Art. 57 — Les actes à titre gratuit ne deviennent parfaits que par la tradition. Ainsi, une donation n'est pas parfaite tant que le donataire n'est pas entré en possession de la chose donnée.

مادة ٥٨ : التصرف على الرعية منوط بالمصلحة .

Art. 58 — Le pouvoir de toute autorité est fondé sur l'utilité générale.

مادة ٥٩ : الولاية الخاصة أقوى من الولاية العامة . فولاية المتولى على الوقف أولى من ولاية القاضي عليه .

Art. 59 — Les pouvoirs de la tutelle spéciale sont plus grands que ceux de la tutelle générale. Par exemple, en ce qui concerne les

biens de main-morte, l'administrateur a plus de pouvoir que le juge.

مادة ٦٠ : اعمال الكلام أولى من إهماله . يعني : لا يهمل الكلام ما أمكن حمله على معنى .

Art. 60 — Un terme doit plutôt s'interpréter dans un sens qui lui fasse produire un effet que dans le sens où il n'en aurait aucun. Autrement dit, tant qu'il est possible de donner un sens quelconque à un terme, on ne doit pas le laisser de coté comme vide de sens.

مادة ٦١ : إذا تعذرت الحقيقة يصار الى المجاز .

Art. 61 — Lorsqu'on ne peut interpréter les termes dans leur sens propre, on prend en considération leur sens figuré.

مادة ٦٢ : إذا تعذر إعمال الكلام يهمل . يعني : أنه إذا لم يمكن حمل الكلام على معنى حقيقي أو مجازي أهمل .

Art. 62 — On ne doit pas avoir égard aux termes auxquels il est impossible de prêter un sens. C'est-à-dire, lorsqu'il n'est possible de donner à un terme ni un sens propre ni un sens figuré, on ne doit lui attribuer aucune valeur.

مادة ٦٣ : ذكر بعض مالا يتجزأ كذكر كله .

Art. 63 — S'agissant de choses indivisibles, la mention d'une partie équivaut à la mention du tout.

مادة ٦٤ : المطلق يجري على إطلاقه مالم يقم دليل التقييد نصاً أو دلالة .

Art. 64 — Ce qui est absolu doit produire des effets absolus, à moins qu'il n'y ait une restriction expresse ou tacite.

مادة ٦٥ : الوصف في الحاضر لغو وفي الغائب معتبر .

مثلاً : لو أراد البائع بيع فرس أشهب حاضر في المجلس ، وقال في إيجابه : بعت هذا الفرس الأدهم - وأشار إليه ، وقبل المشتري - صح البيع ولغا وصف الأدهم . وأما لو باع فرساً غائباً وذكر أنه أشهب ، والحال أنه أدهم ، لا ينعقد البيع .

Art. 65 — On ne doit pas avoir égard à la description d'une chose présente. Par contre la description d'une chose absente doit être prise en considération.

Par exemple, s'agissant de la vente d'un cheval gris, présent au marché, si le vendeur dit: "Je vends ce cheval brun", l'offre

est valable malgré la fausse description donnée à la chose par le vendeur. Mais si celui-ci décrit comme gris un cheval brun qui n'est pas présent au moment de la vente, la fausse description du cheval rend la vente nulle.

مادة ٦٦ : السؤال معاد في الجواب . يعني : أن ما قيل في السؤال المصدق ، كأن المجيب المصدق قد أقر به :

Art. 66 — Toute réponse est réputée correspondre à la demande. C'est-à-dire, si, dans une réponse, on se borne à confirmer purement et simplement la demande, on est censé y avoir adhéré.

مادة ٦٧ : لا ينسب الى ساكت قول ، لكن السكوت في معرض الحاجة بيان . يعني : أنه لا يقال لساكت أنه قال كذا ، لكن السكوت فيما يلزم التكلم به إقرار وبيان .

Art. 67 — On ne peut attribuer une signification au silence. Mais le silence équivaut à une déclaration si l'on se tait alors qu'on est tenu de parler. C'est-à-dire, lorsque quelqu'un garde le silence, on ne peut le considérer comme ayant fait telle ou telle déclaration; mais lorsqu'il se tait dans une circonstance où il est tenu de parler, son silence équivaut à aveu et adhésion.

مادة ٦٨ : دليل الشيء في الأمور الباطنة يقوم مقامه . يعني : أنه يحكم بالظاهر فيما يتعسر الاطلاع على حقيقته .

Art. 68 — La notion que l'on acquiert des intentions cachées au moyen de leurs manifestations apparentes, tient lieu de vérité. C'est-à-dire, pour décider sur les intentions cachées qu'il est difficile de connaître directement, on se base sur leurs manifestations apparentes.

مادة ٦٩ : الكتاب كالخطاب .

Art. 69 — On peut contracter aussi bien par correspondance que de vive voix.

مادة ٧٠ : الإشارات المعهودة للأخرس كالبيان باللسان .

Art. 70 — Les signes non équivoques des muets ont la même valeur que les déclarations faites au moyen du langage.

مادة ٧١ : يقبل قول المترجم مطلقاً .

Art. 71 — La déclaration faite par l'entremise d'un interprète est admissible en toute matière.

مادة ٧٢ : لا عبرة بالظن البين خطؤه .

Art. 72 — La supposition dont l'erreur est évidente est de nul effet.

مادة ٧٣ : لا حجة مع الاحتمال الناشئ عن دليل .
مثلاً : لو أقر أحد لأحد ورثته بدين ، فإن كان في مرض موته لا يصح مالم يصدق به باقي الورثة ؛ وذلك لأن احتمال كون المريض قصد بهذا الإقرار حرمان سائر الورثة مستند الى دليل كونه في المرض ، وأما إذا كان الإقرار في حال الصحة جاز ، واحتمال إرادة حرمان سائر الورثة حينئذ من حيث أنه احتمال مجرد ونوع من التوهم لا يمنع حجة الإقرار .

Art. 73 — La preuve n'est pas admissible en présence de la probabilité découlant d'une présomption contraire. Ainsi lorsque quelqu'un, dans le cours de la maladie dont il meurt, se reconnaît débiteur d'une certaine somme envers l'un de ses héritiers, son aveu ne forme preuve de la dette qu'autant que les autres héritiers l'auront ratifié. Car en ce cas, le fait que le déclarant se trouvait sur le point de mourir établit la présomption légale que cet aveu a eu pour but d'avantager l'un de ses héritiers au préjudice des autres. Mais si celui qui avoue est en bonne santé, la possibilité du contraire n'étant qu'un simple doute, ne met pas obstacle à la validité de l'aveu.

مادة ٧٤ : لا عبء للتوهم .

Art. 74 — Le simple doute est sans valeur.

مادة ٧٥ : الثابت بالبرهان كالثابت بالعيان .

Art. 75 — La certitude qu'on acquiert d'une chose au moyen de preuves, équivaut à celle qui résulte de la vue même de cette chose.

مادة ٧٦ : البينة على المدعى واليمين على من أنكر .

Art. 76 — La preuve est à la charge du demandeur et le serment à la charge de celui qui nie un fait allégué par son adversaire.

مادة ٧٧ : البينة لإثبات خلاف الظاهر ، واليمين لإبقاء الأصل .

Art. 77 — La preuve sert à établir un état contraire à ce qui est présumé, et le serment à confirmer la présomption.

مادة ٧٨ : البينة حجة متعدية ، والإقرار حجة قاصرة .

Art. 78 — La preuve judiciaire peut avoir des effets à l'égard des tiers, mais l'aveu ne peut en avoir que contre son auteur.

مادة ٧٩ : المرء مؤاخذ بإقراره .

Art. 79 — Toute personne est tenue par son aveu.

مادة ٨٠ : لا حجة مع التناقض ، لكن لا يختل معه حكم الحاكم .
مثلاً : لو رجع الشاهدان عن شهادتهما لا تبقى شهادتهما حجة ،
لكن لو كان القاضي حكم بما شهدا به أولاً لا ينقض ذلك الحكم
وإنما يلزم على الشاهدين ضمان المحكوم به .

Art. 80 — La contradiction anéantit la preuve; néanmoins elle ne vicie pas le jugement rendu. Ainsi, lorsque les témoins d'un procès, en contradiction avec eux-mêmes, reviennent sur leur première déclaration, leur témoignage ne conserve plus aucune valeur. Mais si le juge, se basant sur leur premier témoignage, avait déjà rendu son jugement, celui-ci n'est pas annulé par suite de la contradiction sauf recours en dommage et intérêts de la partie condamnée contre les témoins.

مادة ٨١ : قد يثبت الفرع مع عدم ثبوت الأصل .
مثلاً : لو قال رجل : إن لفلان على فلان كذا ديناً وأنا كفيل به ،
وبناء على إنكار الأصيل ادعى الدائن على الكفيل بالدين ، لزم
على الكفيل أدائه .

Art. 81 — Il peut arriver que l'accessoire soit admis sans que le principal le soit. Par exemple si quelqu'un dit: "Telle personne doit à telle autre telle somme, et j'en ai cautionné le paiement", quoique le débiteur principal nie la dette, la caution qui a fait l'aveu peut, sur la demande du créancier, être condamnée à payer la somme.

مادة ٨٢ : المعلق بالشرط يجب ثبوته عند ثبوت الشرط .

Art. 82 — L'accomplissement de la condition rend exigible ce qui en dépend.

مادة ٨٣ : يلزم مراعاة الشرط بقدر الإمكان .

Art. 83 — On doit observer la condition stipulée dans la mesure du possible.

مادة ٨٤ : المواعيد باكتساب صور التعاليق تكون لازمة .
مثلاً : لو قال رجل لآخر : بع هذا الشيء لفلان وإن لم يعطك

ثمنه فأنا أعطيه لك ، فلم يعط المشتري الثمن ، لزم على الرجل أداء الثمن المذكور ، بناء على وعده المعلق .

Art. 84 — Les promesses n'ont d'effet que si elles sont faites sous une condition.

Par exemple, si l'on dit à quelqu'un "Vendez cette chose à un tel; s'il ne vous en paie pas le prix je vous le paierai moi-même"; et que, la vente faite, l'acheteur ne paie pas, on est tenu de payer le prix stipulé.

مادة ٨٥ : الخراج بالضمان . يعني : أن من يضمن شيئاً لو تلف ، ينتفع به في مقابلة الضمان .
مثلاً : لورد المشتري حيواناً بخيار العيب وكان قد استعمله مدة ، لا تلزمه أجرته ؛ لأنه لو كان قد تلف في يده قبل الرد لكان من ماله .

Art. 85 — La jouissance d'une chose est la juste compensation des risques qu'elle entraîne. En d'autres termes, celui qui supporte le dommage en cas de perte d'une chose, est en droit par compensation, d'en retirer profit.

Ainsi, lorsqu'un animal vendu est restitué à son vendeur pour cause de vice redhibitoire, l'acheteur n'est pas tenu de payer un prix au vendeur pour l'usage qu'il a fait de l'animal, car si celui-ci avait péri avant la restitution, c'est l'acheteur qui en aurait supporté la perte.

مادة ٨٦ : الأجر والضمان لا يجتمعان .

Art. 86 — Le prix du louage ne peut ce cumuler avec les dommages-intérêts.

مادة ٨٧ : الغرم بالغنم . يعني : أن من ينال نفع شيء يتحمل نمره .

Art. 87 — Le dommage correspond au profit. C'est à dire, celui qui profite d'une chose doit aussi en supporter les risques.

مادة ٨٨ : النعمة بقدر النعمة ، والنقمة بقدر النعمة .

Art. 88 — Le préjudice qu'on subit doit correspondre au profit qu'on retire et reciproquement.

مادة ٨٩ : يضاف الفعل الى الفاعل لا الى الأمر ، مالم يكن مجبراً .

Art. 89 — La responsabilité d'un acte incombe non à son ordonnateur mais à son auteur, à moins que celui-ci n'y ait été contraint par celui-là.

مادة ٩٠ : إذا اجتمع المباشر والمتسبب يضاف الحكم الى المباشر .
مثلاً : لو حفر رجل بئراً في الطريق العام ، فألقى أحد حيوان
شخص في تلك البئر ، ضمن الذي ألقى الحيوان ، ولا شيء
على حافر البئر .

Art. 90 — Lorsqu'il existe en même temps un agent direct, c'est-à-dire celui qui a commis personnellement un acte, et une personne qui en a été la cause indirecte, le premier seul est responsable. Par exemple, si quelqu'un fait tomber l'animal d'autrui dans un puits creusé sur la voie publique par un tiers, celui qui a jeté l'animal est seul responsable; il n'y a aucune responsabilité pour celui qui a creusé le puits.

مادة ٩١ : الجواز الشرعي ينافي الضمان .
مثلاً : لو حفر إنسان في ملكه بئراً ، فوقع فيها حيوان رجل
وهلك ، لا يضمن حافر البئر شيئاً .

Art. 91 — Nul n'est tenu du préjudice qu'il a causé à autrui dans l'exercice de son droit. Ainsi, celui qui a fait creuser un puits dans son propre champs, n'est pas tenu de dommage-intérêts si l'animal d'autrui tombe dans le puits et y périt.

مادة ٩٢ : المباشر ضامن وإن لم يتعمد .
Art. 92 — Chacun est responsable du dommage qu'il a directement causé à autrui, même involontairement.

مادة ٩٣ : المتسبب لا يضمن إلا بالتعمد .
Art. 93 — Celui qui a été la cause indirecte d'un dommage n'est tenu de le réparer que s'il a agi intentionnellement.

مادة ٩٤ : جناية العجاء جبار .
Art. 94 — Lorsque les animaux, agissant instinctivement, causent un dommage à autrui il n'y a pas lieu à réparation.

مادة ٩٥ : الأمر بالتصرف في ملك الغير باطل .
Art. 95 — Il n'est pas permis de faire acte de propriétaire sur la chose d'autrui.

مادة ٩٦ : لا يجوز لأحد أن يتصرف في ملك الغير بلا إذنه .
Art. 96 — Nul ne peut jouir de la chose d'autrui sans son autorisation.

مادة ٩٧ : لا يجوز لأحد أن يأخذ مال أحد بلا سبب شرعي .

Art. 97 — Il n'est pas permis de s'emparer du bien d'autrui sans motif légal.

مادة ٩٨ : تبدل سبب الملك قائم مقام تبدل الذات .

Art. 98 — Tout changement dans le titre de propriété d'une chose équivaut au changement de la chose elle-même.

مادة ٩٩ : من استعجل الشيء قبل أوانه ، عوقب بحرمانه .

Art. 99 — Celui qui hâte l'accomplissement d'un fait avant son temps, est puni par la privation du profit qui en résulte.

مادة ١٠٠ : من سعى في نقض ما تم من جهته فسعيه مردود عليه .

Art. 100 — Nul n'est recevable à détruire ce qu'il a lui-même accompli.

CONCLUSION

Au terme de cette tentative modeste, il nous faut bien dire que la pluralité des points de vue au sein de chaque école juridique musulmane reflète la large liberté de pensée dont jouissaient les jurisconsultes qui font autorité. On doit à cette liberté un réel rapprochement des diverses écoles juridiques, car les points de vue des unes se retrouvent aisément chez les autres, même si elles ne rencontrent pas l'opinion dominante. C'est pourquoi quiconque s'engage dans la codification du droit musulman, doit approfondir la manière dont elle a été traitée dans les différentes écoles juridiques musulmanes. Nous savons que cette étude comparative est ardue et qu'elle exige des qualités particulières et une longue patience, mais nous savons également que c'est la seule manière de découvrir la véritable position du droit musulman.

JOURNAL OF LAW

Published by Faculty of Law in Kuwait University

VOL. 8 NO. 4

December 1984