L'ÉVOLUTION DE LA THÉORIE DE RESPONSABILITÉ CONTRACTUELLE EN DROIT HANAFITE ET EN DROIT MALIKITE

Hiroyuki YANAGIHASHI*

Introduction

Nous examinerons, dans la présente étude, l'évolution de la théorie de responsabilité contractuelle en droit hanafite et en droit malikite. Il faut noter, au départ, que le droit islamique envisage la responsabilité sous un angle différent du nôtre. Il convient de prendre, comme point de départ, le concept de *ḍamān*, qui désigne le fait de garantir le dommage, particulièrement dommage matériel, quelle qu'en soit la cause. Selon al-Qarāfi (m. 684/1285), il y a trois causes de *ḍamān*, la destruction la plus directe, la destruction indirecte, à savoir celle qui conduit, par un processus échappant plus ou moins au contrôle de l'auteur, à la perte et la détention non autorisée (*waḍ' al-yad ghayr al-mu'tamana*).⁽¹⁾ Les deux premières causes concernent les cas où l'acte du garant est à l'origine de la perte, alors qu'en ce qui concerne la troisième la perte peut être fortuite. Examinons cette dernière cause de *ḍamān* un peu plus de près.

Il est courant, en droit islamique, d'opposer la détention non autorisée ou plus couramment la détention tenue au *ḍamān* (*yad ḍamān*) au *yad amāna* que l'on traduit littéralement par "détention de dépôt". Nous ne pouvons pas expliquer le fondement de l'une ou l'autre détention faute d'espace.⁽²⁾ Mais il suffit, pour le moment, de dire que la qualification de *ḍamān* ou d'*amāna* est déterminée en fonction de la façon dont on a commencé la détention. Comme le laisse entendre l'exposé précédent d'al-Qarāfi, le *yad ḍamān* est la détention qui attribue le risque de perte de la chose détenue au détenteur, quelle qu'en soit la cause. Il énumère, à titre d'exemple, l'usurpateur et le vendeur qui détient la chose vendue qui est une chose de genre.⁽³⁾ L'auteur de *yad amāna* (*amīn*), au contraire, n'engage point

---

* Associate Professor, Ibaraki University

sa responsabilité. Mais il y a des cas où la détention change de qualification pour se transformer en *yad ḍamān*. Quelle en est la condition et pour quel motif? C'est à ce problème que nous consacrerons la présente étude.

Pour ce faire, nous commençons par exposer les fondements de *ḍamān* et les motifs de transformation de *yad amāna* en *yad ḍamān* tels qu'ils se trouvent chez les premiers juristes hanafites et malikites (I). Ensuite nous envisagerons l'évolution de leur théorie chez les juristes tardifs dans trois types de contrat, le dépôt, la location et le prêt à usage (II).

Mais avant de procéder à notre étude, il faut expliquer pourquoi nous nous limitons aux deux écoles, hanafite et malikite. En vérité la théorie dite primitive que nous expliquons dans le premier chapitre s'est développée si vite qu'elle ne se maintient pas dans sa forme intégrale dès le début chez les écoles tardives qui sont la shaf'ite et la hanbalite. Les deux écoles manquent donc quelque peu d'intérêt du point de vue d'une étude historique.

I Fondements du *ḍamān* chez les premiers juristes

Les premiers juristes musulmans du 2/8^e au 5/11^e siècles A. H./A. D., qu'ils soient hanafites ou malikites, distinguent deux fondements pour le *ḍamān* du détenteur non garant (*amīn*) qui a commencé sa détention en vertu d'un contrat.

Le premier est la transgression (*ta'addī*), c'est-à-dire que le détenteur non garant qui a commis une transgression devient garant, étant responsable dès lors de la perte ou de la détérioration survenue dans la chose qu'il détient. On entend par transgression le fait d'outrepasser les limites qui lui sont imposées soit par la loi soit par la coutume soit par la convention passée avec le propriétaire. Voilà le motif pour lequel on peut assimiler le détenteur-transgresseur à un usurpateur, en ce sens qu'il s'est comporté au mépris du propriétaire. Cela permet de supposer en lui une volonté d'appropriation. Ce qui suffit, selon la théorie primitive, pour donner au propriétaire le droit d'attribuer la propriété au détenteur, à telle enseigne que celui-là peut attribuer à celui-ci la propriété de la chose détenue même si elle subsiste dans son premier état, en échange de quoi le propriétaire peut se faire indemniser de la valeur de la chose au moment de la transgression.⁽⁴⁾ Mais cette théorie primitive est très vite tombée en désuétude. Même Mālik b. Anas (m. 179/795), fondateur de l'école malikite a du mal

à l'accepter en tant que telle : quand il a été consulté sur le cas où l'emprunteur a commis une transgression en ayant emporté au-delà de la distance convenue l'animal emprunté qu'il a ramené plus tard dans son premier état, il a dû faire valoir le fait que le propriétaire a perdu entretemps la chance de vendre l'animal au marché pour accorder au propriétaire le droit de se faire indemniser.⁽⁵⁾ L' école hanafite va plus loin pour n'accorder le droit de se faire indemniser qu'en cas de perte de la chose détenue.⁽⁶⁾ C'est ainsi que la théorie primitive a fait place à une nouvelle théorie selon laquelle le détenteur d'une chose en vertu d'un contrat engage sa responsabilité de façon absolue une fois qu'il a commis une transgression, qui est conçue cette fois comme une violation de propriété d'autrui, sans avoir recours à présupposer en lui une volonté d'appropriation.

Le deuxième fondement est la destruction (*itlāf, ifsād*). Il s'agit d'une responsabilité délictuelle : si le détenteur a commis un acte qui expose la chose à la perte ou à la détérioration de façon manifeste et qu'elle y est effectivement parvenue, il en est tenu pour responsable selon les règles régissant la responsabilité délictuelle. Il est à noter que les premiers juristes ne pensent pas que celui qui a commencé la détention d'une chose en vertu d'un contrat soit tenu à sa garde par l'effet concomitant de ce contrat, comme l'indique M. Chehata.⁽⁷⁾ Mais cette thèse n'est valable que pour les premiers juristes, comme nous le verrons plus tard. En outre le dépôt fait exception à cette règle. Et les juristes tardifs ont essayé d'étendre l'obligation de garde que doivent les détenteurs. Nous verrons de quelle manière ils ont atteint leur but.

Nous appelons, dans ce qui suit, la théorie classique celle des premiers juristes qui fait de la transgression et de la responsabilité délictuelle les fondements du *ḍaman* qu'encourt le détenteur non garant.

II Le *ḍamān* dans certains types de contrat

Les principes de la théorie classique étant précisés, nous allons examiner les fondements de *ḍamān* dans trois types de contrat d'*amāna*, le dépôt, la location et le prêt à usage dans leur développement. Mais avant d'entrer dans leur détail, il faut remarquer que de nouvelles solutions s'ajoutent aux anciennes, sans que celle-ci soient abandonnées de façon définitive, comme il arrive souvent en droit islamique.

1 Le dépôt

Le contrat de dépôt fait exception à la théorie classique même chez les premiers juristes hanafites et malikites du 2/8^e siècle, en ce sens que le dépositaire se voit imposer l'obligation de garde définie en fonction de la coutume ou de la convention, faute de laquelle il est tenu pour responsable, abstraction faite de la réalité de risque qu'il a provoqué en négligeant son obligation. Seul Ibn Abī Laylā (m. 148/765) est fidèle à la théorie classique : il autorise le dépositaire à déposer l'objet à autrui, à condition que celui-ci soit au moins aussi sûr que le dépositaire dans sa garde.⁽⁸⁾ Déposer la chose déposée à un tiers ne constitue, pour Ibn Abī Laylā, ni transgression proprement dite ni destruction : on ne peut que recourir au manquement à l'obligation de garde pour rendre le dépositaire responsable, ce qu'il n'admet pas. Les deux écoles sont au contraire d'avis que cela est interdit au dépositaire, à cause de la confiance que le propriétaire met sur le dépositaire.

Ceci dit, nous allons examiner en détail les règles relatives au *ḍamān* du dépositaire chez les écoles hanafite et malikite, parce qu'elles fournissent un modèle à suivre à celles régissant le *ḍamān* en matière de location et de prêt à usage.

(1) L'école hanafite

Comme nous venons de le dire, les premiers juristes hanafites, ainsi que les malikites, font de l'obligation de garde un des fondements du *ḍamān* du dépositaire. Sans entrer dans leur détail, nous en citons quelques exemples.

Selon al-Shaybānī (m. 189/804), le dépositaire qui a porté au dehors ce qui lui a été déposé en violation de la clause passée avec le propriétaire est tenu pour responsable. Est tenu également pour responsable celui qui a laissé le dépôt chez lui quand il en est sorti malgré la clause lui interdisant de le laisser chez lui.⁽⁹⁾

Le cas suivant est conçu dans le même sens : la clause interdisant au dépositaire de livrer le dépôt aux siens est valable, alors que cela est considéré comme un mode de garde appropriée suivant la coutume.⁽¹⁰⁾

Il se dégage de ces cas que l'on fait abstraction de la réalité des risques pour faire engager au dépositaire sa responsabilité. La dérogation à la convention suffit pour lui faire assumer le *ḍamān*.⁽¹¹⁾

En bref, en ce qui concerne le dépôt, le dépositaire assume le *ḍamān*

sur la base de la responsabilité contractuelle.

Al-Kāsānī (m. 587/1191) formule cette théorie comme suit. Il affirme qu' il y a deux causes qui transforment un *yad amāna* en *yad ḍamān*, l' abandon de garde (*tark al-ḥifẓ*) et la destruction (*itlāf*). Leur fondement diffère de l'un à l'autre.

Premièrement, l' abandon de garde a pour base le fait que "le dépositaire est tenu à la garde en vertu du contrat."⁽¹²⁾ Il s'ensuit, d'une part, que le dépositaire se voit imposer l'obligation de garde fortement définie soit par la coutume soit par la convention : il est tenu pour responsable, par exemple, en n'ayant pas empêché le vol, alors qu'il lui était possible de le faire.⁽¹³⁾ Il s'ensuit, d'autre part, que le dépositaire ne doit pas outrepasser les limites imposées par la nature de dépôt qui consiste à "garder" l'objet ou les ordres du propriétaire. L'acte du dépositaire qui s'écarte, en la forme, de la garde et qui est considéré comme une transgression (*ta'addī*), tel que s'habiller du vêtement déposé, monter l'animal déposé, faire travailler l'esclave déposé, déposer l'objet aux personnes autres que celles qui habitent avec lui, suffit à lui attribuer le risque de perte survenue ensuite, même fortuite, dans la chose.⁽¹⁴⁾

Deuxièmement, quant à la destruction, al-Kāsānī y distingue la destruction matérielle (*al-itlāf ḥaqīqa*) et la destruction substantielle (*al-itlāf ma'nā*). On entend par deuxième, entre autres, le cas où le dépositaire n'a cessé de détenir la chose malgré la demande de restitution faite par le propriétaire et que la chose est arrivée jusqu'à la perte entretemps : et celui où le dépositaire a mélangé la chose déposée avec ses propres biens au point qu' il n'est plus possible de la reconnaître.⁽¹⁵⁾

On se demandera quel est le critère selon lequel on distingue la transgression et la destruction substantielle. Il est intéressant de citer ce passage d'al-Kāsānī à propos du dépositaire qui a refusé de livrer le dépôt : "Il est tenu au *ḍamān*, parce que le propriétaire ne pouvait pas s'en servir alors, quand le dépositaire l'a retenu à son écart."⁽¹⁶⁾ Etant donné qu'en droit islamique l'usus (*intifā'*) est un élément de la propriété, la destruction est conçue ici comme un acte violant la propriété d'autrui. Les actes qui sont qualifiés de *ta'addī* ne constituent pas, en revanche, violation de propriété, puisque si le propriétaire ne peut pas se servir du dépôt, c'est que celui-ci est retenu par le dépositaire en vertu d'un contrat passé avec le propriétaire : même si le dépositaire a commis une transgression, elle ne constitue

pas un acte violent à nouveau la propriété.

A vrai dire, cette distinction se trouve déjà chez al-Qudūri. Il dit que lorsque le dépositaire a commis des actes qualifiés plus haut de *ta'addī*, il n'engage, une fois qu'ils se sont terminés, aucune responsabilité de la perte ultérieure dans le dépôt. S'il a dénié, par contre, le contrat de dépôt, il est tenu au *ḍamān* de façon irréfragable, même s'il a retiré plus tard sa négation.⁽¹⁷⁾ Une fois que le dépositaire a commis une violation de propriété, il ne s'exonère qu'en restituant le dépôt au propriétaire.

L'argument d'al-Kāsāni met en évidence un principe nouveau : on entend par *ta'addī* une infraction de l'obligation de garde à la suite de laquelle le dépositaire assume le *ḍamān* indépendamment du point de savoir s'il y a eu une volonté d'appropriation ou une violation de propriété. Mais il est à noter qu'il conçoit cette responsabilité dans le cadre d'un quasi-délit, comme l'indique le mot *ta'addī*.

(2) L'école malikite

Il paraît que le système malikite du *ḍamān* en matière de dépôt garde les traces de la théorie primitive. Il convient, dans ce contexte, de comparer les deux solutions suivantes.

Dans le cas où le dépositaire d'un chameau l'a donné en location pour que celui-ci soit emmené à la Mecque et que le chameau a été restitué dans son premier état, Ibn al-Qāsim (m. 191/806) accorde au propriétaire le choix entre sa restitution ou l'attribution de propriété au dépositaire en se faisant indemniser de la valeur du chameau par ce dernier.⁽¹⁸⁾

Dans le cas où le dépositaire d'une esclave l'a mariée et que sa valeur a diminué à cause de l'accouchement, Ibn al-Qāsim n'accorde au propriétaire que le droit de faire réparer la diminution par le dépositaire. Celui-ci ne doit donc rien si elle n'a subi aucune diminution de valeur.⁽¹⁹⁾

Comment interpréter la différence de solution dans ces deux cas? Nous nous proposons d'esquisser une réponse. Dans le premier cas, le dépositaire a aliéné l'usus de l'objet déposé en concluant un contrat de location. Autrement dit il a violé la propriété d'autrui, ce qui suffit pour lui attribuer la propriété contre l'indemnisation. Il en va autrement dans le deuxième cas, parce que le dépositaire n'a pas violé la propriété, à telle enseigne que le propriétaire d'une esclave peut la marier en se réservant sa propriété. Il est vrai que le dépositaire a outrepassé les limites qui lui sont imposées de par la nature du contrat, mais cela ne constitue pas la violation

de propriété. Il n'est tenu au *ḍamān* qu'au cas où son acte entraînerait une détérioration de l'esclave. En bref, il s'agit d'une application de la théorie classique.

Il existe aussi des formes atténuées de *ta'addī* : dans le cas où le dépositaire, en partant en voyage, a déposé la chose chez autrui, Mālik b. Anas (m. 179/795) dit que celui-là doit le *ḍamān* à moins qu'il ne l'ait déposé aux siens ou à ceux qui sont excusables (*yu'dhar bi-hi*).⁽²⁰⁾ Certes il ne qualifie pas un tel acte de *ta'addī*, mais l'argument suivant d'Ibn Rushd l'aïeul (m. 520/1126) l'indique.

Le juriste andalous dit, "Quand le dépositaire consent au dépôt, il est tenu à la garde (*ḥifẓ*) et à la maintenance (*ṣiyāna*) de la chose-objet. S'il l'a délaissée (*ḍayya'a*) ou transgressé (*ta'addā*) les ordres du propriétaire, il doit le *ḍamān*."⁽²¹⁾ Ibn Rushd le petit-fils (m. 595/1198) dit, dans le même sens : "Le dépositaire est tenu à la garde de façon dont les gens ordinaires gèrent leurs propres biens."⁽²²⁾

Ce passage d'Ibn Rushd l'aïeul nécessite une analyse un peu détaillée. Commençons par préciser le terme *taḍyī'*. En vérité, on entend par *taḍyī'* un fait positif conduisant à faire perdre une chose. Mālik le définit comme "délaissier ce dont on est chargé pour se préoccuper d'autres choses, à tel point que cela est perdu (*yatruku mā wukkila bi-hi wa-yadhhabu ilā ghayr dhālik ḥattā yadhhaba mā wukkila bi-hi*)"⁽²³⁾ Ibn Raḥḥāl (m. 1140/1727) le définit lui aussi comme "contrôler la chose pour l'amener à la destruction etc. (*al-tasalluṭ 'alay-hā bi-ifsād wa-naḥw-hu*)."⁽²⁴⁾ Il faut alors entendre par *ta'addī* tout ce qui va à l'encontre de la garde et de la maintenance, qu'il s'agisse d'une violation de propriété ou d'une transgression qui ne la constitue pas, distinction existant déjà chez les premiers juristes. Si Ibn Rushd l'aïeul limite le *ta'addī* à la transgression des "ordres du propriétaire", c'est que le *ta'addī* de la coutume ou du but de contrat y est impliqué. S'agit-il d'une responsabilité contractuelle? Nous le croyons sur le plan pratique. Mais il nous semble aussi qu'Ibn Rushd l'aïeul hésite à l'admettre ouvertement. Il a donc recours à une conception élargie du *ta'addī*, c'est-à-dire de la responsabilité délictuelle.

Il est à noter que nous rencontrons, chez les juristes malikites tardifs, la même distinction théorique que celle faite entre le *ta'addī* et l' *itlāf* par les hanafites. Il convient de citer les deux solutions suivantes.

Selon al-Wansharisi, quand le dépositaire a commis un *ta'addī* en

vendant le dépôt, il acquiert ce qui reste du prix après avoir indemnisé le propriétaire.⁽²⁵⁾

Selon Mayyāra al-Fāsi (m. 1051/1641), le dépositaire est tenu au *ḍamān* lorsqu'il a commis un délaissement (*taḍyī'*) ou un manquement (*taqṣīr*) dans la garde. Il énumère, en exemple de manquement, le fait de déposer la chose sans qu'il y ait eu nécessité, de l'emporter à une autre ville, de la mélanger avec d'autres choses semblables et de s'en servir.⁽²⁶⁾

Il est évident que la solution d'al-Wansharisi a pour base l'attribution de propriété au dépositaire-transgresseur. On appelle ici *ta'addī* ce que les juristes hanafites appellent destruction substantielle (*itlāf ma'nā*).

Il est également évident que Mayyāra extrait les actes ne constituant pas la violation de propriété pour les englober dans le concept de manquement (*taqṣīr*) qui a pour base une obligation contractuelle. En vérité, Ibn Rushd l'aïeul connaît ce terme. Mais il l'emploie quand l'employé en vertu d'un contrat à forfait a manqué son travail.⁽²⁷⁾ Quand il y a quelque chose à faire, celui qui ne l'a pas fait est dit d'avoir manqué (*qaṣṣara*). Il a fallu donc quelques siècles pour que les juristes malikites englobent dans le *taqṣīr* le manquement à l'obligation de garde et de maintenance.

Nous sommes donc en présence d'un système triparti de *ḍamān* en matière de dépôt : en premier lieu la destruction, en deuxième lieu le manquement à l'obligation de garde et de maintenance et en troisième lieu *ta'addī* constituant la violation de propriété d'autrui.

2 La location

La location est définie comme transfert d'usus (*tamlīk al-manfa'a*). On est en présence d'un contrat de location ou de travail selon qu'il s'agit de transfert d'usus d'une chose ou d'une personne, à savoir d'un travail humain. Compte tenu de ce que le droit islamique distingue rigoureusement entre ce qui fait l'objet propre d'un contrat et ce qui ne le fait pas, la perte de la chose détenue (et non pas de l'usus) devrait être soumise au régime de responsabilité délictuelle, suivant la théorie classique. Tel est le cas de la perte de la chose louée et de la chose délivrée par le propriétaire-employeur à l'employé pour que celui-ci y accomplisse le travail convenu, comme le transport, la transformation etc..

Mais les juristes musulmans ont essayé d'écarter cette solution quelque

peu injuste. Nous allons suivre le développement doctrinal en la matière chez les deux écoles hanafite et malikite.

(1) L'école hanafite

Les premiers juristes hanafites sont tout à fait fidèles à ce principe originel. Il suffit de citer un passage d'al-Kanawī (m. 1304/1886). Il dit, en commentant *Al-Jāmi' al-ṣaghīr* d'al-Shaybānī : "Dans la location et le prêt à usage on n'est pas chargé de la garde comme effet principal du contrat, mais on assume le commandement de garde accessoirement à son usage de l'objet."⁽²⁸⁾ C'est ainsi que le locataire ou l'emprunteur n'engagent leur responsabilité que lorsqu'ils ont commis un fait délictuel, selon les premiers hanafites qui ignorent les obligations accessoires.

Mais ils se font scrupule de faire valoir ce principe même lorsque l'employé détient la chose dans son propre intérêt. Il s'agit des ouvriers banals, c'est-à-dire ceux qui travaillent pour le public (*ajīr mushtarak*), tels que le blanchisseur, le boulanger, le transporteur, le teinturier et le tailleur. Ce sont Abū Yūsuf (m. 182/798) et al-Shaybānī qui mettent les premiers à la charge des ouvriers banals le risque de perte de l'objet du contrat. Leur théorie vaut être citée : "L'ouvrier banal, disent les deux juristes, a commis une infraction suivant la norme contractuelle (*khālafa bi-mūjib al-'aqd*). C'est pourquoi il doit le *ḍamān*. ... C'est-à-dire que l'objet du contrat est la garde. Le contrat synallagmatique exige que l'objet soit exempt de vice. Ce qui est dû par le contrat est donc la garde indemne (*hifẓ salīm*). Si donc l'objet a été volé, il s'avère que l'ouvrier n'a pas fourni la garde indemne. Il a alors violé l'obligation contractuelle." Cependant les deux juristes exonèrent l'ouvrier du *ḍamān* lorsque la perte est due à la force majeure (*mā lā yamkunu al-taḥarruz 'an-hu*).⁽²⁹⁾

Il y a deux points qui retiennent notre attention. L'un est que les deux juristes font de la garde indemne l'une des obligations contractuelles. L'autre est qu'ils conçoivent, toutefois, son manquement comme une responsabilité délictuelle ou quasi-délictuelle, comme l'indique le terme *khālafa*.

Il n'en reste pas moins qu'en ce qui concerne l'employé travaillant pour un particulier (*ajīr khāṣṣ*), les juristes hanafites demeurent fidèles au principe originel.

Le cas suivant cité par al-Shaybānī est l'application la plus directe de ce principe : on a employé une personne pour faire le pain : il a été brûlé par erreur. Il dit qu'elle n'est pas tenue au *ḍamān* et qu'elle peut

demander le salaire convenu.⁽³⁰⁾ La solution des premiers juristes hanafites en matière de contrat de travail pour transformation est aussi révélatrice. Il s'agit d'un contrat de travail en vertu duquel le propriétaire délivre son bien pour la faire transformer par l'employé. L'employé doit, par ce contrat, fournir une chose transformée conformément aux ordres du propriétaire-employeur. Si celui-là ne l'a pas transformée comme veut le propriétaire, celui-là doit le *ḍamān* parce qu'il a enfreint (*khālafa*) le contrat.⁽³¹⁾ En revanche il n'est pas tenu à l'obligation de garde suivant ce principe et l'avis d'Abū Ḥanifa.

Al-Qudūri (m. 428/1036) reprend ce principe pour dire : "Celui qui est employé pour fournir des services à un particulier n'est pas tenu pour responsable de la perte de la chose qu'il détient, que la perte ait été fortuite ou attribuée au fait de l'employé."⁽³²⁾ Il va sans dire qu'il faut ajouter à la fin de cette citation un passage comme, "à moins que son fait ne constitue une destruction (*itlāf*)."

Mais cette solution, bien que logique, aurait paru contraire à la justice aux yeux des juristes postérieurs. C'est al-Kāsānī qui a introduit la conception de responsabilité contractuelle pour rendre responsable le locataire ou l'employé de la perte de la chose qu'ils détiennent en vertu d'un contrat de location ou de travail, à côté de la responsabilité délictuelle.

Il fait de la garde de la chose une des obligations du locataire ou de l'employé. Il distingue un double mode de manquement à cette obligation.

L'un est l'abandon de garde (*tark al-ḥifẓ*), concept que nous avons rencontré au sujet du contrat de dépôt. Il introduit l'obligation de garde dans le contrat de location, contrairement au principe soutenu par les premiers juristes.

L'autre mode est la destruction (*itlāf*) ou l'altération (*ifsād*). Si le locataire a détruit ou altéré la chose louée intentionnellement ou violemment, il engage sa responsabilité.

Jusqu'ici, il n'y a rien de nouveau dans sa théorie. Ce qu'il y a de remarquable dans sa théorie, c'est qu'il fait assumer le *ḍamān* au locataire ou à l'employé même lorsque la perte s'est produite à la suite de sa faute (*khata'*). Au sujet d'un blanchisseur qui a abîmé le vêtement livré en le battant, al-Kāsānī affirme, contrairement à la thèse qui l'exonère lorsque son coup était autorisé ou que l'altération était inévitable, comme suit : "Pour nous le coup autorisé est celui qui améliore et non celui qui altère,

car un raisonnable n'admet pas que ses biens soient abîmés.... et son mot, "si l'altération était inévitable" n'est pas acceptable, mais elle doit être évitable par ses efforts, c'est-à-dire s'il met le plus grand soin dans le choix des outils de coup, de l'endroit de coup et le mode de coup dans les limites de son habileté dans son activité et de son adresse dans son métier. Et il n'y a pas d'altération s'il observe ces conditions. S'il y a eu une altération, c'est qu'il a commis un manquement (*qaṣṣara*)."⁽³³⁾

Il faut rappeler que dans le système islamique de responsabilité délictuelle, l'auteur d'un fait dommageable n'est tenu pour responsable que lorsqu'il l'a fait intentionnellement ou de la façon la plus directe. Selon cette théorie sa responsabilité devrait être écartée dans cette hypothèse. Al-Kāsānī invoque un manquement à l'obligation de garde pour alourdir sa responsabilité.

Le même motif trouve son application au sujet de la perte d'une chose transportée par un transporteur employé. Au cas où le transporteur a laissé tomber le fardeau en se heurtant contre autrui, Abū Ḥanifa (m. 150/767) n'accorde au propriétaire le droit de se faire indemniser qu'en vertu du fait délictuel du transporteur. Il en résulte que dans ce cas le propriétaire-employeur peut se faire indemniser de la valeur du fardeau lors de sa destruction, mais il doit payer au transporteur le salaire calculé proportionnellement à la distance que celui-ci a parcourue. Al-Kāsānī contredit Abū Ḥanifa pour accorder au propriétaire une double option : "Il y a, dit-il, deux causes qui donnent lieu au *ḍamān*, l'une est la destruction et l'autre le contrat, car l'employé doit, en vertu d'un contrat, la prestation de l'objet de contrat qu'est le travail propre. Mais il a enfreint le contrat. Et l'infraction est une des causes donnant lieu au *ḍamān*. Le propriétaire a donc à sa disposition une double option d'invoquer soit le contrat soit la destruction." Si le propriétaire poursuit le transporteur sur la base de la responsabilité contractuelle, il peut résoudre le contrat pour se faire indemniser de la valeur du fardeau lors du contrat.⁽³⁴⁾

Il est à noter que dans cette solution la destruction peut être considérée aussi bien comme un fait délictuel que comme une infraction d'une obligation contractuelle.

Résumons notre argument. Il est vrai qu'il existe une conception de responsabilité contractuelle chez les premiers juristes hanafites. Mais elle ne concerne que l'objet propre conçu le plus limitativement, c'est-à-dire l'usus. Les juristes postérieurs ont élargi l'étendue de la responsabilité con-

tractuelle, au début sous forme d'une responsabilité délictuelle, et plus tard en tant que telle.

(2) L'école malikite

Le principe malikite est, originellement, de même que le hanafite, basé sur la théorie classique : le locataire ou l'employé n'est tenu au *ḍamān* que lorsqu'il a commis une transgression (*ta'addī*) ou une destruction, c'est-à-dire un fait délictuel.

En ce qui concerne la transgression, nous commençons par citer le cas du locataire d'une bête de somme qui a dépassé la distance convenue. Quand il l'a ramenée dans son premier état, Mālik donne au propriétaire une double option soit pour transférer sa propriété au locataire en échange de l'indemnisation soit pour le paiement d'un loyer supplémentaire, tandis qu'al-Shāfi'i (m. 204/820) et Ibn Ḥanbal (m. 241/855) ne lui accordent que la dernière option. Ibn Rushd le petit-fils (m. 595/1198) préfère l'avis des deux derniers juristes.⁽³⁵⁾ Il abandonne la fiction d'une volonté d'appropriation chez le transgresseur.

En dehors de ce cas, il n'y a rien à remarquer en ce qui concerne la transgression. Les juristes malikites ne traitent ce problème que sommairement. Il suffit de se référer à la section précédente.

Quant à la destruction, il y a un développement doctrinal remarquable.

Selon les premiers juristes malikites, il faut que le locataire ou l'employé ait commis un fait délictuel pour qu'il engage sa responsabilité de la perte de la chose qu'il détient, conformément aux règles régissant la responsabilité délictuelle.

Deux cas suffisent pour rendre compte de leur conception.

L'un concerne la perte d'une charge transportée par un employé. Il faut que l'employé se soit aperçu du risque de perte lors du transport pour lui faire engager sa responsabilité de la perte.⁽³⁶⁾ Il s'agit donc d'une fraude.

Dans l'autre cas, il est permis au blanchisseur qui a loué une maison pour son activité professionnelle de sous-louer ladite maison à celui qui s'occupe d'une activité qui n'est pas plus dommageable que la blanchisserie.⁽³⁷⁾ Le blanchisseur est irresponsable de la perte survenue, parce que, suivant la conception islamique de responsabilité délictuelle, le blanchisseur n'était pas conscient du risque de perte.

C'est dans ce sens qu'Ibn al-Qāsim formule les conditions dans lesquelles

les l'employé assume le *ḍamān* quand il dit que l'employé n'est tenu au *ḍamān* que lorsqu'il a délaissé (*ḍayya'a*), négligé (*farraṭa*) ou transgressé (*ta'addā*).⁽³⁸⁾

Précisons les termes *ḍayya'a* et *farraṭa*. Comme nous l'avons dit plus haut, on désigne par *ḍayya'a* un acte positif qui fait perdre une chose, si bien que l'assoupissement ou l'inadvertance n'entrent pas dans la catégorie de délaissement.⁽³⁹⁾ Cela ne veut pas dire que l'employé qui est tombé dans l'assoupissement ou qui a commis l'inadvertance soit irréprochable. Au cas où une personne employée pour amener un esclave à un endroit l'a laissé échapper en tombant dans l'assoupissement, certains disent qu'il n'a pas le droit au salaire. On pourra l'assimiler au quasi-délit. En ce qui concerne le mot *farraṭa*, il paraît que les premiers juristes l'emploient dans le même sens que *ḍayya'a* : en premier lieu, on emploie souvent les deux termes l'un à côté de l'autre :⁽⁴⁰⁾ en deuxième lieu, dans le cas où une personne a chargé une autre d'acheter une esclave à 50 dinars et que celle-ci l'a achetée à 60 dinars, Mālik qualifie de *farraṭa* son acte.⁽⁴¹⁾ Il paraît donc que *farraṭa* veut un acte positif.

Font exception à cette règle les ouvriers banals, comme en droit hanafite. Leur responsabilité témoigne d'une anomalie en deux points, eu égard au principe que nous venons d'évoquer. En premier lieu, ils sont responsables de la perte survenue dans la chose qu'ils ont reçue pour son activité professionnelle, sauf s'il peuvent prouver que la perte est due à une force majeure.⁽⁴²⁾ En deuxième lieu, quand un ouvrier banal a détruit la chose après y avoir accompli le travail convenu, il est tenu au *ḍamān* pour une raison d'intérêts publics (*maṣlaḥa al-nās*) et non sur la base délictuelle : Mālik dit que l'on ne peut se référer qu'au moment de la livraison de la chose pour évaluer le montant de l'indemnisation.⁽⁴³⁾ Il faut dire que l'on attribue, pour une raison politique, à l'ouvrier banal un *yad ḍamān*, de quoi se dégage toute solution logique. Il est à noter que les malikites ne se fondent sur aucune base juridique, contrairement à ce qui est le cas des hanafites qui voient dans la responsabilité des ouvriers banals une infraction d'une obligation de garde.⁽⁴⁴⁾

Les juristes postérieurs ont essayé, cependant, d'adoucir les conditions dans lesquelles le locataire ou l'employé servant un particulier doit le *ḍamān*.

Tout d'abord, une minorité des premiers juristes privent le transporteur entre les mains duquel la chose transportée est perdue du droit au salaire

lorsque sa perte était due à une cause évitable.⁽⁴⁵⁾

Ensuite on a élargi l'acception de *tafrīt* ou *farraṭa*. Ibn Rushd l'aïeul et Ibn al-Ḥājj (m. 529/1134) considèrent l'assoupissement et l'oubli comme un *tafrīt* pour rendre responsable l'employé qui les a commis, à la différence des premiers juristes et d'al-Bāji (m. 474/1081).⁽⁴⁶⁾

Il est à noter qu'en comparaison du contrat de dépôt, les juristes malikites ont recours à la conception élargie de *tafrīt* et non à celle du manquement (*taqṣīr*) ayant pour base une obligation de garde. Nous rencontrerons le même motif dans la section suivante.

3 Le prêt à usage

Le prêt à usage est le contrat en vertu duquel le prêteur aliène, à titre gratuit, l'usus d'une chose à l'emprunteur. Celui-là peut se faire restituer l'objet n'importe quand. On peut fixer la date d'expiration du contrat, mais le prêteur n'y est pas du tout contraint. Compte tenu de ce que le prêteur peut toujours se faire restituer l'objet, les facultés de l'emprunteur sont soumises aux limites plus étroites qu'en matière de location. Mais par ailleurs le régime de *ḍamān* est presque identique dans l'un et l'autre contrat.

(1) L'école hanafite

Parallèlement à ce qui est le cas de la location le *ḍamān* chez les premiers juristes a pour base la transgression et la destruction.

Les règles régissant la transgression ne gardent pas de trace de la théorie primitive. Prenons quelques exemples.

Selon Abū Ḥanīfa, il est permis à l'emprunteur d'une bête de somme de la prêter, mais non de la mettre en location. Dans ce dernier cas, le prêteur est responsable de la détérioration survenue dans la bête.⁽⁴⁷⁾ De même il ne peut pas mettre en gage la chose empruntée.⁽⁴⁸⁾

Rappelons-nous que le prêt à usage a pour effet de transférer la propriété d'usus (*milk al-manfa'a*). Il suit de cette définition que prêter la chose prêtée, autrement dit transférer son usus, entre dans l'étendue des pouvoirs de l'emprunteur. Mais non la mettre en location, parce que la location est un contrat obligatoire (*lāzim*), alors que le prêt à usage est non obligatoire : le propriétaire peut toujours demander la restitution de l'objet prêté, alors que l'emprunteur doit attendre l'expiration de location pour se le faire restituer par le locataire. L'emprunteur en a disposé en outrepassant ses

pouvoirs. De même l'emprunteur ne peut pas mettre en gage l'objet, puisqu'il s'agit d'un acte juridique touchant la chose elle-même (*raqaba*) de l'objet.⁽⁴⁹⁾

Lorsqu'il n'y a pas de transgression de la part de l'emprunteur, c'est le système de responsabilité délictuelle qui joue son plein rôle. Citons un exemple très révélateur.

Dans un contrat de prêt à usage d'une bête de somme pour le transport d'une charge, l'emprunteur l'a chargée plus lourdement que l'on ne le stipule dans le contrat, ce qui a causé une détérioration dans la bête. Pour évaluer le montant d'indemnisation, al-Sarakhsī (m. 490/1097) y distingue deux hypothèses : dans l'hypothèse où l'emprunteur s'apercevait du risque de la perte lors du chargement, il doit la réparation de la valeur totale de la détérioration ; dans celle où il n'en était pas conscient, il ne doit que la partie de la valeur de la détérioration proportionnelle à l'importance du poids excédent par rapport à la totalité du poids chargé.⁽⁵⁰⁾

Cette solution rappelle le système de responsabilité délictuelle qui se fonde sur une double cause de dommage, cause directe (*mubāshara*) et cause indirecte (*tasabbub*). Quand il s'agit d'une cause directe, son auteur en est responsable indépendamment du point de savoir s'il a visé au dommage. S'agissant d'une cause indirecte, en revanche, il n'engage sa responsabilité que lorsqu'il a provoqué le dommage de propos délibéré.⁽⁵¹⁾ Le surchargement par l'emprunteur est, dans l'esprit des juristes hanafites, en partie une cause directe et en partie une cause indirecte. Quant à la première, il en est responsable quelle que soit son intention. Quant à la deuxième, il n'en est responsable qu'avec sa reconnaissance. C'est ainsi que suit ladite solution.

C'est al-Kāsānī qui avance une théorie nouvelle. Il suffit de reproduire le passage : "Ce qui change l'état d'une chose empruntée d'*amāna* au *ḍamān* est le même que ce qui change l'état d'un dépôt, c'est-à-dire la destruction matérielle ou substantielle. La dernière se réalise par le refus (*man'*) de restituer la chose après la demande de restitution faite par le propriétaire ou l'expiration du contrat, par l'abandon de garde ou par l'infraction ; si bien que l'emprunteur qui ne cesse de retenir (*habasa*) la chose après la demande de restitution ou l'expiration du contrat doit le *ḍamān*, parce que dans ces deux hypothèses il est tenu à la restitution."⁽⁵²⁾

Il est évident qu'il introduit l'obligation de garde dans le prêt à usage, de même que dans la location, à l'instar du dépôt. Ce qui attire notre

attention dans ce passage, c'est la dernière phrase, "parce que ... à la restitution." A la différence d'un acte positif qu'est le refus (*man'*), on peut difficilement faire de l'acte de retenir (*ḥabasa*) un fait délictuel. Si l'emprunteur encourt le *ḍamān* par suite, c'est que l'on y présuppose un devoir à accomplir, à savoir la restitution, faute duquel le *ḍamān* est engagé.

Une fois de plus, al-Kāsānī découvre, dans le prêt à usage, des obligations contractuelles.

(2) L'école malikite

Commençons par reproduire la formulation faite par Mālik de la théorie de *ḍamān* en la matière. Il dit, au sujet d'un animal qui est perdu entre les mains de l'emprunteur, qu'il ne doit le *ḍamān* que s'il a transgressé les ordres du propriétaire ou a enfreint les conditions dans lesquelles celui-ci lui a prêté l'animal.⁽⁵³⁾

En dehors de la transgression et de l'infraction, c'est la destruction qui est à l'origine du *ḍamān* de l'emprunteur. Le cas suivant montre que le principe de responsabilité délictuelle est appliqué dans sa forme originelle. Quand le propriétaire a dit à l'emprunteur de donner dix coups à l'esclave emprunté, l'emprunteur lui a donné onze ou vingt coups, ce qui a entraîné sa mort. Ibn al-Qāsim dit que l'emprunteur n'est tenu pour responsable que si la multiplication de coups était telle qu'elle entraîne normalement sa mort.⁽⁵⁴⁾

Nous remarquons deux points dans le développement doctrinal chez les juristes malikites postérieurs.

L'un est la distinction entre la transgression constituant la violation de propriété et la transgression qui ne la constitue pas, comme nous l'avons indiqué en matière de dépôt. Dans le cas où l'emprunteur d'une maison ne cessait de l'habiter après l'expiration du contrat, Ibn Yūnus (m. 451/1059) dit que l'emprunteur, en n'ayant commis une transgression que sur l'usus de la maison, n'est pas tenu au *ḍamān* de sa perte.⁽⁵⁵⁾

L'autre point est l'élargissement du concept de négligence (*tafrīṭ*), comme nous l'avons dit dans la section précédente. Citons un exemple concernant le *tafrīṭ*.

L'emprunteur est tenu, selon al-'Adawī (m. 1189/1775), d'examiner le vêtement emprunté pour qu'il ne se produise pas de tache. S'il ne l'a pas fait par un *tafrīṭ*, il doit le *ḍamān*.⁽⁵⁶⁾ Plus concrètement, Ibn Raḥḥāl (m. 1140/1728) dit que l'emprunteur doit garder le vêtement à l'écart des souris, le

manquement y constituant un *tafriṭ*.⁽⁵⁷⁾ Les juristes malikites sont unanimes, en revanche, pour dire que l'emprunteur est irresponsable d'un dommage dû à des vers.⁽⁵⁸⁾

Conclusion

On conçoit, en droit islamique, notamment dans son stade élémentaire, l'obligation contractuelle très limitativement. En dehors des cas où un *yad ḍamān* est attribué au débiteur, le créancier ne peut tenir le débiteur pour responsable de la perte de la chose que celui-ci détient en vertu du contrat passé avec le créancier, que sur la base délictuelle.

Conscients de ce que ce système conduit parfois à des conséquences peu acceptables, les juristes musulmans, aussi bien hanafites que malikites, ont essayé d'élargir les conditions dans lesquelles le détenteur-débiteur engage sa responsabilité de la perte de l'objet. Mais les deux écoles adoptent des méthodes différentes l'une de l'autre pour arriver à cet objectif.

L'école hanafite a introduit ou plutôt découvert l'obligation de garde dans les contrats de location et de prêt à usage, pour rendre responsable le détenteur-débiteur sur la base contractuelle, à l'instar du dépôt.

L'école malikite a préféré avoir recours à un concept élargi de négligence (*tafriṭ*) qui est comparable au quasi-délit, ou attribuer le *yad ḍamān* au détenteur (dans le cas des ouvriers banals), à la différence du dépôt, au sujet duquel elle suit la même logique que l'école hanafite.

Notes

- (1) *Fur.*, IV, 27.
- (2) Voir par exemple, J. Schacht, *An Introduction to Islamic Law*, Oxford, 1964, pp. 147-148.
- (3) *Fur.*, loc. cit..
- (4) *Kab.*, p. 225.
- (5) *Bid.*, II, 174.
- (6) *Tuḥ.*, III, 113.
- (7) Ch. Chehata, *L'Etude de droit musulman 2/la notion de responsabilité contractuelle, le concept de propriété*, Paris, 1973, p. 112.
- (8) *Mab.*, XI, 113.
- (9) *Ṣag.*, pp. 430-431.
- (10) Loc. cit. ; *Tuḥ.*, III, 239-240.
- (11) Il faut remarquer, cependant, que la clause qui impose une restriction déraisonnable au mode de garde est considérée comme non-avenue. La clause interdisant au

dépositaire de livrer le dépôt à sa femme est considérée comme non-avenue. Qud., II, 200; *Hid.*, III, 218.

(12) *Bad.*, VI, 211; *Tab.*, V, 82.

(13) *Bad.*, loc. cit.

(14) *Ibid.*, VI, 211-212; *Mab.*, XI, 113, 125, 132; Qud., II, 198.

(15) *Bad.*, VI, 213.

(16) Loc. cit..

(17) Qud., II, 198.

(18) *Mud.*, VI, 157.

(19) *Ibid.*, 158.

(20) *Ibid.*, 144.

(21) *Muq.*, II, 466.

(22) *Bid.*, II, 234. Est indicatif à ce propos la thèse d'al-Wansharisi: il n'est pas permis au dépositaire de déposer la chose à autrui sauf en cas de nécessité, alors que l'inventeur peut déposer la chose perdue à une personne aussi sûre que lui-même dans sa garde. 'Idd., pp. 664-665.

(23) *Bay.*, VIII, 430.

(24) *May.*, II, 188.

(25) *Ibid.*, 665.

(26) *May.*, II, 188. Le mélange, qui est considéré comme une violation de propriété d'autrui, ne l'est pas en droit malikite. *Mud.*, V, 103; *Mu'*, II, 539-540; *Bid.*, II, 182; *Mab.*, XXII, 48, 76.

(27) *Bay.*, VIII, 429.

(28) *Şag.*, p. 446.

(29) *Mab.*, XV, 103.

(30) *Şag.*, p. 449.

(31) *Mab.*, XV, 92.

(32) Qud., II, 95.

(33) *Bad.*, IV, 211; dans le même sens, *Hid.*, III, 244.

(34) *Bad.*, IV, 212.

(35) *Bid.*, II, 173; *Mud.*, V, 358.

(36) *Ibid.*, IV, 448, 489-490.

(37) *Mud.*, IV, 515.

(38) *Bay.*, VIII, 430.

(39) Loc. cit..

(40) Par exemple, *Mud.*, IV, 379, 439; VI, 164; *Bay.*, VIII, 429; IX, 211.

(41) *Ibid.*, VIII, 182.

(42) *Mud.*, IV, 391.

(43) *Ibid.*, IV, 388. Cf. Ibn Raḥḥāl, *Taḍmīn al-ṣunnā'* (de la responsabilité civile de l'artisan), *Etude et traduction annotée* par J. Berque, Alger, 1949, XVI.

(44) Il est intéressant de citer, par contraste, un cas où il s'agit d'une responsabilité délictuelle; un berger employé a commis une transgression sur le troupeau au point que celui-ci se détériore. Le berger doit, selon Mālik, au propriétaire l'indemnisation de sa valeur calculée au moment de la transgression. Mais il peut, toutefois, demander le salaire contre les services qu'il avait fournis jusqu'alors. *Mud.*, IV, 441.

(45) *Ibid.*, IV, 497; *Muq.*, II, 168.

(46) *Fat.*, II, 1234; III, 1579.

(47) *Şag.*, p. 433; Qud., II, 202.

(48) Loc. cit..

- (49) *Tuḥ.*, III, 244; *Mab.*, XI, 140.
- (50) *Ibid.*, XI, 138.
- (51) E. Tyan, *Le système de responsabilité délictuelle en droit musulman*, Thèse, Beyrouth, 1926, p. 211.
- (52) *Bad.*, VI, 218.
- (53) *Mud.*, VI, 164. Il convient de noter qu'en droit malikite l'emprunteur est tenu pour responsable de la perte de la chose empruntée, à moins qu'il ne fournisse la preuve que la perte est fortuite, quand il s'agit d'une chose escamotable (*mā yughāb 'alay-hi*). *Bid.*, II, 235.
- (54) *Mud.*, VI, 164.
- (55) *Tāj.*, V, 271-272.
- (56) 'Ada., VI, 124.
- (57) *May.*, II, 185.
- (58) 'Aqd., II, 133.

Sources primaires

- 'Ada.= 'Adawi, al-, *Ḥāshiya al-shaykh 'Alī al-'Adawī*, 8vols, Beyrouth.
- 'Aqd.= Ibn Salmūn, *Al-'Aqd al-munazzam*, en marge d'Ibn Farḥūn, *Tabṣira al-ḥukkām*, 2vols., Beyrouth, 1301/1883.
- Bad.*= Kāsāni, al-, *Badā'i' al-ṣanā'i' fī tartīb al-sharā'i'*, 7vols., Beyrouth, 1402/1982.
- Bid.*= Ibn Rushd le petit-fils, *Bidāya al-mujtahid wa-nihāya al-muqtaṣid*, 2vols., Beyrouth.
- Fat.*= Ibn Rushd l'aieul, *Fatāwā b. Rushd*, éd. Al-Mukhtār b. al-Ṭāhir al-Talili, 3vols., Beyrouth, 1407/1987.
- Fur.*= Qarāfi, al-, *Al-Furūq*, 4vols., Beyrouth.
- Hid.*= Marghināni, al-, *Al-Hidāya*, 2vols., Beyrouth.
- 'Idd.= Wansharisi, al-, *'Idda al-burūq*, éd., Ḥamza Abū Fāris, Beyrouth, 1410/1990.
- Kab.*= Shaybāni, al-, *Al-Jāmi' al-kabīr*, éd. Abū al-Wafā' al-Afghāni, Hayderabad.
- Mab.*= Sarakhsi, al-, *Al-Mabsūṭ*, 30vols., Beyrouth.
- May.*= Mayyāra al-Fāsi, *Sharḥ Mayyāra al-Fāsi 'alā tuḥfa al-ḥukkām*, 2vols., Beyrouth.
- Mu'*= Ibrāhim b. Ḥasan b. 'Abdarrāfi, *Mu'īn al-ḥukkām 'alā al-qaḍāyā wa-l-aḥkām*, éd. Muḥammad b. Qāsim b. 'Iyāḍ, 2vols., Beyrouth, 1409/1989.
- Mud.*= Mālik b. Anas, *Al-Mudawwana al-kubrā*, 6vols., Le Caire, 1323/1905.
- Muq.*= Ibn Rushd l'aieul, *Al-Muqaddamāt al-mumahhadāt*, 3vols., Beyrouth, 1408/1988.
- Qud.= Qudūri, al-, *Al-Mukhtaṣar*, en marge d'al-'Abd al-Ghanimi al-Dimashqi al-Maydāni, *Al-Lubāb fī sharḥ al-kitāb*, 2vols, Beyrouth, 1405/1985.
- Ṣag.*= Shaybāni, al-, *Al-Jāmi' al-ṣaghīr*, Beyrouth, 1406/1986.
- Tāj* = Mawwāq, al-, *Al-Tāj wa-l-iklīl*, 6vols., Beyrouth, 1398/1978.
- Tab.*= Zayla'i, al-, *Tabyīn al-ḥaqā'iq*, 6vols., Le Caire, 1312-15/1894-97.
- Tuḥ.*= Samarqandi, al-, *Tuḥfa al-fuqahā'*, 3vols., Damas, 1964.