

LE PROJET DE CODE CIVIL ARABE UNIFIÉ¹ : ENTRE MODERNITE ET AUTHENTICITE

Ali FILALI, Professeur

Faculté de Droit, Université d'Alger¹

Résumé :

Le Conseil des Ministres Arabes de la Justice a initié, puis adopté, dans le cadre des efforts entrepris par la Ligue arabe pour l'unification et la modernisation des législations arabes, le Projet de code civil arabe unifié. Celui-ci devait puiser ses règles dans la Chari'a exclusivement, alors qu'il devait, à propos de sa forme, prendre exemple sur les codes civils des pays occidentaux, notamment le code civil français. Inspiré par deux civilisations, voire deux systèmes juridiques : « droits civilistes – Chari'a » se pose, donc, la question de l'harmonisation de ce Projet de code civil arabe unifié, sachant, que la forme commande généralement le fond.

Mots clefs : Chari'a- code civil- Medjellé El-Akam El Adly- droits civilistes- principes fondamentaux du Fiqh- responsabilité- dhâmèn- causalité directe- causalité indirecte.

ملخص

بإدارة مجلس وزراء العدل العرب بمشروع القانون المدني العربي الموحد، ثم صادق عليه، وذلك في إطار الجهود التي تبذلها الجامعة العربية بغرض توحيد التشريعات العربية

¹- Le Projet de code civil arabe unifié n'ayant fait, à notre connaissance, l'objet d'aucune traduction officielle ou officieuse en français ou dans une autre langue, nous avons dû traduire par nous même les articles que nous avons utilisés dans le cadre de cette communication.

وعصرنتها. وكان من المقرر أن يستوحي هذا المشروع أحكامه من الشريعة الإسلامية حصرياً ، في حين كان يرجى بشأن جانبه الشكلي أن يأخذ كنموذج التقنينات المدنية للبلدان الغربية ، لاسيما القانون المدني الفرنسي. إن استلهام نص القانون من حضارتين ، بل من نظامين قانونيين: " القوانين المدنية – الشريعة الإسلامية" يثير مسألة انسجام مشروع القانون المدني العربي الموحد ، علماً وأن الجانب الشكلي يتحكم عموماً في الجانب الموضوعي.

الكلمات المفتاحية: الشريعة الإسلامية- القانون المدني – مجلة الاحكام العدلية- القوانين المدنية – القواعد الكلية- المسؤولية – الضمان- التسبب – المباشرة.

Introduction

Le Projet du code civil arabe unifié adopté par le Conseil des Ministres Arabes de la Justice, en tant que loi type (par décision n° 228 des 12-19 novembre 1996), s'inscrit dans le cadre des efforts menés par la Ligue arabe pour l'unification des législations arabes. C'est en effet, au cours d'une réunion tenue à Rabat le 17/12/1977, que les ministres de la justice des pays arabes² ont publié un manifeste, aux termes duquel ils avaient décidé de tenir des rencontres périodiques, aux fins disaient-ils "*d'accomplir les obligations que leur inspire leur responsabilité en apportant une contribution à l'action arabe commune, en matière législative et judiciaire, particulièrement en ce qui concerne les efforts déployés par la Ligue Arabe pour unifier les législations arabes et les moderniser, ou conclure des conventions de coopération judiciaire entre Etats Arabes*"³ Ils invitaient, par ailleurs « ...le Secrétaire général de la Ligue Arabe à prendre les mesures qu'il juge appropriées pour garantir la tenue de ces rencontres et assurer leur continuité."

²-Les ministres arabes présents sont ceux de Jordanie, Emirats Arabes Unis, Bahreïn, Tunisie, Arabie Saoudite, Soudan, Somalie, Oman, Palestine, Kuwait, Liban, Egypte, Maroc, Mauritanie, Yémen du Nord et Yémen du Sud.

³- Le texte en français du Manifeste de Rabat a été publié dans *le Recueil de documents du Conseil* (ci-après: RDC), vol. 1, janvier 1987, pp.13-15, cité par par Sami A. Aldeeb Abu-Sahlieh, Unification du droit arabe et ses contraintes, 1990, <http://www.sami-aldeeb.com>

Au cours de leur seconde réunion, tenue à Sanna (Yémen) du 23 au 25 février 1981, fut d'une part consacrée la création du "Conseil des Ministres Arabes de la Justice" et d'autre part adopté le plan dit de Sanna pour l'unification de la Législation arabe.

Ce Conseil des Ministres devait entre autres, assurer :
« ...2.- *La poursuite et le renforcement de l'effort commun visant l'unification des législations arabes (...)*⁴ et devait, dans ce cadre, tenir une réunion annuelle, voire des réunions exceptionnelles⁵... »

Le "Plan de Sanaa pour l'unification des législations arabes" devait quant à lui : « *assurer une base solide et stable pour l'établissement d'une législation arabe unifiée conforme aux préceptes de la charîa islamique en tenant compte des spécificités sociales propres à chaque pays arabe.*»⁶ En ce qui concerne les fondements généraux du processus d'unification, le plan précisait qu'il fallait entre autres : « *prendre comme source de législation unifiée Le Coran sacré, la Sunna, ainsi que les règles d'interprétation qui s'y rattachent telles que le consensus, l'analogie ou l'utilité publique, sans être influencé par un rite déterminé du fiqh et en adoptant les principes de justice qui ne se contredisent pas avec la shari'ah islamique...Adopter la règle de la progression dans l'unification*»⁷ Ce

⁴ - Art 3 des statuts, texte en français des statuts in *RDC*, vol. 1, janvier 1987, pp.20-26.

⁵- Art 5 des statuts.

⁶- Le Manifeste de Rabat indiquait à ce propos : « *L'observance des préceptes de la charîa islamique est la voie la plus saine et la mieux adaptée (...) pour parvenir à l'unification du droit en tant qu'objectif impératif à atteindre.....* »... « *Les principes de la charîa qui embrassent (...) harmonieusement tous les aspects de la vie de même que les règles et jurisprudences que comportent la pensée de la législation musulmane, ont été et demeure une source pour les savants et les chercheurs de toute la Nation Arabe, voire du monde entier.* »

⁷- Il doit être tenu compte en premier lieu : des difficultés objectives d'ordre méthodologique relatives à l'opération d'unification et les exigences liées à la similitude des circonstances, aux motifs, aux besoins et aux aspirations et en second lieu des difficultés liées au procédé de codification de la Chari'a, en ce qu'elle exige des connaissances approfondies du Fiqh et du droit et le recours à une méthodologie scientifique... - La perception du processus intellectuelle du procédé d'unification doit être soutenue par une planification étudiée, en établissant les

plan prévoyait, enfin, que la priorité dans l'élaboration des différents textes avait été donnée aux législations civiles, suivies par celles du statut personnel.

Le Projet de code civil arabe unifié se voulait être un moyen d'unification des législations arabes sur la base de la Chari'a et de leur modernisation. Ce sont là, en vérité, des objectifs souhaités par tous les pays arabes depuis longtemps déjà⁸. La Chari'a est perçue comme un élément d'identité, d'authenticité, de culture, de fierté et d'unité des pays arabes, alors que la modernisation inspirée par la civilisation occidentale s'imposait comme un modèle de progrès pour les sociétés arabes. A ce contraste s'ajoutaient les spécificités propres à chaque société.

Il est vrai que le partage en commun de la langue (l'arabe) et de la religion (L'Islam) sont des facteurs déterminants en

priorités des objectifs législatifs compte tenu des moyens intermédiaires,...- bénéficier des efforts entrepris par certains pays arabes en vue de l'application de la Chari'a, notamment les étapes franchies, analyser les résultats les comparer à ce qui a pu être fait dans plus d'un pays arabe.

⁸ - En vérité, le retour des pays arabes à la Chari'a est une idée qui remonte à la renaissance arabe (EN-NAHDA) (1850) voir G. Cornu, Pensée et politique dans le monde arabe, contextes historiques et problématiques XIX^e -XXI^e siècle « La découverte », p.131 & s. Le mouvement de rejet de la culture occidentale s'est poursuivi après la chute de l'Empire Ottoman et la colonisation de plusieurs pays arabes par les puissances occidentales. Loin de s'avouer vaincus, des penseurs musulmans, des oulémas réformateurs à l'instar de Djamel Aldine El Afghani, Mohamed Abduh, Rifaa thahtawi préconisaient un retour à l'esprit des textes fondamentaux (Le Coran et La Sunna) et permettre ainsi l'adaptation de l'Islam aux exigences des temps modernes. Ils prêchaient la compatibilité de l'islam et de la modernité. Il n'était pas question de recourir aux idées étrangères ou d'emprunter leurs institutions, mais d'améliorer plutôt l'Islam compte tenu des nouvelles idées. Une mise à jour du langage s'imposait car il fallait désigner les éléments de la vie moderne. *Il est question de laïcité*. Ainsi, on assistait à ce qui était appelée la Nahda, soit la renaissance du monde arabe. En effet, l'élite arabe secouée par l'éclatement de l'Empire Ottoman et au contact de la civilisation européenne a pris conscience des retards accusés dans tous les domaines, (politique, économique, culturel et religieux). Il est donc question de combler ces retards. L'on assiste également à l'émergence du nationalisme arabe.

faveur de l'unification des législations arabes. Or se pose un problème de compatibilité entre la modernisation à l'occidentale des droits arabes –pourtant déjà adoptée par la plupart des pays arabes- et les préceptes de la Chari'a. Le grand juriste égyptien Abd-elrezzâk El-Sanhouri⁹, fervent partisan de l'unification des législations arabes, préconisait, pour prévenir de telles difficultés d'élaborer d'une manière progressive un code civil arabe unifié. Celui-ci serait fondé sur les traditions juridiques arabes et la Chari'a. Il faudrait, soutenait-il, prendre le temps nécessaire pour étudier la Chari'a à la lumière du droit comparé, la promouvoir en utilisant les méthodes modernes et l'intégrer progressivement. Il proposait de commencer par le code civil égyptien, puis l'étendre progressivement au monde arabe¹⁰.

Ces appréhensions à propos du processus de codification de la Chari'a ont été quelque peu tempérées par d'une part l'exemple du Medjellé El Ahkam El Adlya qui constitue une première en matière de codification de la Chari'a (qui a d'ailleurs, inspiré le Projet de code civil arabe unifié)¹¹ et d'autre part par l'adoption de la culture juridique française dans la plupart des pays arabes pourtant fortement attachés à la Chari'a¹².

⁹ - jouissant d'une double culture juridique (droit français et Chari'a).

¹⁰- A. El-Sanhouri, « Le droit musulman comme élément de refonte du code civil égyptien », in Introduction à l'étude du droit comparé ; recueil d'études en l'honneur d'Edouard Lambert, vol 2, L G D J, 1938; Bernard Botiveau, Loi islamique dans les sociétés arabes, - Mutations des systèmes juridiques au Moyen- Orient-, édit. Karthala & Iremam, p. 149 et s. ; Harith Al-Dabbag, Droit comparé et renouveau du droit musulman : le vieux rêve de Sanhoury revisité, Journal of comparative law in Africa vol 2, n° 2, 2015, p.13 et s.

¹¹- Nous avons utilisé dans le cadre de la présente communication le code civil ottoman traduit en français, Corps de droit ottoman, Recueil des Codes, Lois, Règlements, Ordonnances et les Actes les plus importants du Droit intérieur et d'Etudes sur le droit coutumier de l'Empire Ottoman, Georges Youg, Oxford at the clarendon press, 1906, TITRE CXIII, p.169 et s.

¹²- Le code civil français et son influence dans le bassin méditerranéen, L'orient et l'extrême orient (compte rendu), Rev. Int. Dr. Comp 1950 Vol 2 n° 4, pp.771-780; Imre Jastay, Les

Outre ces aspects, il nous paraît utile de préciser que les membres de la commission d'élaboration de ce projet étaient pour la plupart des magistrats, notamment des présidents de Cour Suprême, de Haute cour de justice etc. Ce choix s'expliquant peut être par la place prépondérante du magistrat –Kadi- dans le système judiciaire musulman.

Ces premières indications à propos de l'élaboration du Projet de code civil arabe unifié laissent présager un projet de code complexe, puisqu'inspiré quant à sa forme par le code civil français et quant au fond par la chari'a.

Le procédé de codification à l'instar des codes européens est considéré comme le moyen idéal pour arriver à la modernisation du droit arabe¹³ (1ère partie), alors que le retour aux règles de la Chari'a exprime l'authenticité du projet de texte (2ème partie). Néanmoins, force est de reconnaître que les aspects formels du texte ne peuvent pas être sans conséquence sur le fond et inversement.

Première partie: le projet de code civil arabe unifié : un code proche par sa forme du code civil français

Les aspects formels du projet qui nous semblent les plus déterminants quant à son affiliation sont, ceux ayant trait à sa dénomination : « Projet de Code civil » (I), à la terminologie utilisée pour sa rédaction (II) et enfin au plan retenu pour l'agencement et la présentation de ses règles (III). Ces trois éléments que nous allons examiner tour à tour, nous montreront clairement que le Projet de code civil arabe unifié bien

destinées du code civil, Rev. Int. Dr. Comp1954 Vol 6 n°4 pp.792-810 ; Jean-Marc Mousseron, La réception au Proche-Orient du droit français des obligations, Rev. Int. Dr. Comp. 1968, p.37 et s; G. Saad, L'influence du code Napoléon de 1804 sur les systèmes juridiques arabes et musulmans, Colloque Grenoble, «Code civil et droits de l'homme», 3-5 /12/2013 ; Harith Al-Dabbagh, Le droit comparé comme instrument de modernisation : l'exemple des codifications civiles des états arabes du Moyen Orient, 2013, 43 R.D.U.S, p.389 et s.

¹³- Harith Al-Dabbagh, loc. cit.

qu'inspiré exclusivement par la Chari'a quant au fond est en réalité très proche du code civil français.

I – La dénomination « Projet de Code civil »

L'appellation « Code civil » est étrangère à la Chari'a, laquelle s'en tient à une distinction bipartite. Les études du Fiqh sont généralement classées en deux grandes parties à savoir: Fiqh Ibadat, (les actes d'adoration, les obligations rituelles propres à la dévotion du musulman, soit les cinq piliers de l'Islam) et Fiqh El-Mouamalat, soit le comportement de la personne à l'égard de ses semblables (les rapports contractuels de toutes sortes – civils, commerciaux, diplomatiques etc. les différentes relations entre les sujets de droit - entre personnes privées, entre celles-ci et les institutions publiques, les relations commerciales, pénales etc.). Schématiquement, on pourrait dire que la Chari'a distingue deux types de relations : les relations de la personne envers son créateur et les relations de la personne envers ses semblables.

Le choix du titre « Code civil », emprunté au système dit des droits civils, spécialement le droit français ne s'explique pas seulement par le fait qu'il s'agit d'une dénomination connue des juristes arabes, mais aussi parce qu'elle a été déjà consacrée auparavant par les législateurs arabes. En effet, à l'exception du Royaume d'Arabie Saoudite qui ne dispose pas de codification en la matière, tous les autres pays arabes ont promulgué des codes civils, en prenant le code civil français comme modèle¹⁴.

La reprise de cette appellation « Code civil » n'est cependant pas de pure forme, sans conséquence importante sur la portée même de la Chari'a. L'expression « Code civil » est utilisée dans son sens propre, en ce qu'il s'agit d'une loi, alors

¹⁴-Tels les codes civils algérien, égyptien, syrien, jordanien, irakien ; parfois, il est question de code des obligations et des contrats tels les codes tunisien, marocain, mauritanien.

que la codification dans la chari'a s'entend comme étant seulement une compilation des textes, qu'il s'agisse du Coran, de la Sunna ou des solutions des sources dérivées (la doctrine et la jurisprudence). C'est par rapport à cette considération, au demeurant importante, que la première codification de la Chari'a sous l'empire Ottoman a été intitulée le Medjellé El Ahkam El Adlya. Le mot Medjellé, écrit le professeur Onar: «...ne signifie point loi ou mot droit ; ce mot veut dire plutôt un livre de dimension restreinte dans lequel sont recueillis certains sujets, certaines questions et certaines idées. Autrement dit le Medjellé n'est qu'une compilation. Son appellation...signifie un livre contenant les règles relatives à la justice. »¹⁵ Le Medjellé n'est pas une loi écrite, préparée par le législateur d'une manière rationnelle. Il ne contient pas de nouvelles prescriptions, il s'est inspiré de concepts du droit sacré. C'est une œuvre ayant une base théocratique réalisée par des savants qui devaient faire le choix entre des solutions éparses contenues dans plusieurs volumes¹⁶.

L'article 87 du Projet du code civil arabe unifié est à cet égard très explicite ; il est clairement indiqué que - *La loi régit toutes les matières abordées par tout moyen... A défaut, d'une disposition législative, il sera fait application des dispositions du Fiqh les plus adaptées avec la présente loi sans se limiter à un seul rite, à*

¹⁵-Siddik Sami Onar, La codification d'une partie du droit musulman dans l'Empire Ottoman, Le Medjellé, p.92.

¹⁶- Siddik Sami Onar, Op.cit., p.99. Le rapport de la commission de rédaction du code civil Ottoman établi le 1^{er} avril 1869 mentionnait à propos de la nécessité de ce code: «*On ressentait donc depuis longtemps la nécessité d'un ouvrage traitant des transactions en général sur le base du Droit Sacré, ne contenant que les opinions les moins contestées les moins sujettes à controverses, est rédigé d'une manière claire pour que chacun puisse facilement l'étudier et y conformer ses actions.*» et indiquait à propos de ses sources : «*En un mot dans la réalisation du présent Code, nous ne sommes jamais sortis des limites du rite hanéfite et les règles que nous y avons insérées sont, pour la plupart, actuellement en vigueur au 'Fatwa-Hané'* ; aussi toute discussion à ce sujet devient inutile... », Corps de droit Ottoman, p.172, 175.

défaut il sera fait application des principes du droit musulman en tenant compte des coutumes ...

Les annotations des auteurs du projet relatives à cet article précisent qu'il ne s'agit pas de faire une simple énumération de l'ensemble des sources, mais d'en préciser également leur classement hiérarchique¹⁷. Cet article est en fait une reprise de l'article 1^{er} du code civil égyptien, qui a inspiré à son tour l'article 1^{er} des codes civils algérien et jordanien...etc. Le Projet de code est considéré donc comme un texte de loi ; *c'est un construit et non pas un donné*. A la lumière des dispositions de cet article 87 précité, les auteurs entendaient donner à la notion de sources la même signification que celle retenue par le droit français (sources formelles, sources matérielles)¹⁸ et qu'à ce stade, l'on est donc en droit d'affirmer que la Chari'a apparaît certes comme une source formelle, mais seulement subsidiaire. Le recours à la Chari'a n'a lieu qu'en l'absence de disposition législative, ce qui est, en fait, une hypothèse assez rare.

Cette appellation « Code civil » signifie également, l'adhésion du projet à la *summa divisio*, qui est l'une des caractéristiques du système romano-germanique. Aux termes de l'article 86 du Projet, le code civil est considéré comme le droit commun régissant les transactions pour lesquelles il n'est pas prévu de texte particulier. La préférence des classifications du droit français s'explique non seulement par les avantages liés à l'accessibilité du droit d'une manière générale, mais surtout parce que la plupart des juristes arabes s'y étaient familiarisés.

¹⁷ -« *La codification a transformé profondément la hiérarchie des sources du droit. Désormais, la loi est réputée source première et essentielle du droit...* »,Harith Al-Dabbagh, Quelques aspects de l'imprégnation du droit des obligations des pays arabes par la culture juridique civiliste, Communication présentée dans le cadre du XXXIII^{ème} congrès de l'IDEF, Montréal 16 mai 2013.

¹⁸ - Pour la Chari'a, il y a les sources dites originelles (Le Saint Coran et la Sunna) et les sources dérivées (l'Idjmāa ou consensus, Qiyās ou raisonnement par analogie).

Enfin, en tant que code civil, les questions qui relèvent traditionnellement de son domaine sont bien connues (relations entre les personnes de droit privé : les personnes, les relations entre elles et les biens)¹⁹ et qu'ainsi les problèmes intéressant le procès (magistrats, procédures etc.)²⁰ traités précédemment par le Medjellé doivent être exclus du projet de texte de code civil arabe unifié.

A ces conséquences découlant de l'emprunt de l'appellation « code civil » est venue s'ajouter, quoique de manière indirecte, l'utilisation de la terminologie du droit français dans la rédaction du Projet de code civil arabe unifié.

II-La préférence de la terminologie des codes civils arabes

Le langage juridique n'est pas un langage universel, chaque système juridique a son propre vocabulaire et c'est ainsi que le choix d'une terminologie pour la rédaction d'un texte ne peut pas être fortuit. A priori, cette question de terminologie aussi importante soit-elle, ne devait pas soulever de difficulté à propos du Projet de code civil arabe unifié, puisque celui-ci est rédigé dans la langue même de sa source matérielle exclusive - la Chari'a-c'est à dire l'arabe²¹. Autrement dit, il ne devrait pas y avoir de problème de terminologie, car les règles du Projet de

¹⁹- Les questions du statut personnel font l'objet d'un code à part, appelé code de la famille ou code du statut personnel etc. Cette séparation s'explique par le fait que ces questions relèvent exclusivement par la Chari'a.

²⁰ - V. Medjellé, Livre XIV « Des actions », Livre XVI « Des jugements ».

²¹ - Le Coran a été révélé en arabe, dit le verset 2 de la Sourate 12 Yousouf « *Nous l'avons fait descendre, un Coran en -langue- arabe, afin que vous raisonnez* » Le texte coranique est composé de 114 chapitres de longueurs variables, appelés Sourates. Chaque Sourate comporte un nom et un numéro d'ordre pour son identification. Les sourates sont-elles mêmes constituées de paragraphes de longueurs variables appelés âyat (âya au singulier) ou versets. Ceux-ci au nombre de 6236 sont numérotés pour chaque sourate. Ainsi pour chaque renvoi au Coran, nous donnerons le numéro du verset et celui de la Sourate pour faciliter la recherche.

code, puisées de la Chari'a devaient être, en toute logique, formulées dans leur langue d'origine.

Or, il n'en n'a pas été ainsi, pour deux raisons essentielles, la première a trait à l'existence d'un double langage juridique en langue arabe, alors que la seconde concerne l'introduction de règles empruntées au droit occidental.

Concernant le double langage juridique en langue arabe, il y a d'abord la terminologie juridique propre à la Chari'a, considérée comme un système juridique propre²². Il y a ensuite la terminologie juridique utilisée par les différents codes civils des pays arabes à l'instar des codes civils égyptien, syrien, jordanien, algérien ...etc. et que El Sanhoury appelait les traditions juridiques arabes²³, ou ce qu'un autre auteur arabe dénommait « *le droit arabo-romain* »²⁴. Ces traditions juridiques arabes ne sont en fait rien d'autre que l'arabisation du droit français²⁵. Celui-ci en vigueur dans certains pays arabes au titre de la période coloniale a été reconduit après leur accession à l'indépendance pour constituer par la suite la source d'inspiration par excellence de leur législation nationale²⁶. Pour d'autres pays

22- René David, Camille Jauffret-Spinozi, Marie Goré, Les grands systèmes de droit contemporains, Dalloz, 12^e éd.

23-Fayez Mohamed Hocine Mohamed, L'incidence du projet d' Asanhouri sur les codes civils arabes, (en arabe) ; http://mara.gov.om/nadwa_new/wp-content/uploads/2014/04/16_3.docx

24- Chafik Chehata, La théorie de la responsabilité civile dans les systèmes juridiques des pays du Proche-Orient, in Rev. Int. Dr. Comp. 1967, vol 19 n°4 pp.883-915

25- Certains codes civils arabes ont été rédigés en français pour être traduits par la suite en arabe, tels les codes des obligations et des contrats de la Tunisie (ce code a été repris par la suite par les codes des obligations et des contrats du Maroc et de la Maurétanie) et du Liban. Pour d'autres codes le texte en français constitue la version originale alors que le texte en arabe en est la version officielle, tel le code civil algérien. Le code civil égyptien a été également rédigé en français. Les commissions qui avaient en charge l'élaboration des codes des droits et des obligations et des contrats tunisien et libanais étaient présidées respectivement par David Santillana, avocat italo-tunisien et Louis Josserand. Edouard Lambert a quant à lui pris part à la rédaction du code civil égyptien.

26-Ali Filali, Bi juridisme bilinguisme, l'exemple du droit algérien, Annales de l'université d'Alger, numéro spécial 02/2012, p.70 et s.

arabes, le code civil français a servi de modèle pour la modernisation de leur droit²⁷. Ainsi, la terminologie « juridique » utilisée dans ce cadre est en fait une arabisation du vocabulaire juridique français.

Les divergences de terminologie sont inévitables entre le langage de la Chari'a et celui utilisé par les traditions juridiques arabes, car procédant de deux conceptions différentes. A titre d'exemple, le contrat traduit en arabe par le terme « Akd » signifie dans les traditions juridiques arabes un acte juridique bilatéral, alors que pour au moins une partie du Fiqh, ce même terme « akd » s'entend comme étant tout acte juridique qu'il soit unilatéral, tel le testament, la répudiation, ou bilatéral, tel le bail, la vente etc.²⁸. Les rédacteurs du projet ont toujours préféré le vocabulaire juridique utilisé par les traditions juridiques arabes à celui de la Chari'a, sauf lorsqu'il s'agit, bien évidemment de notions spécifiques à la Chari'a qui n'ont pas d'équivalents dans les traditions juridiques arabes, tels l'option de vue, l'option de désignation, le contrat non obligatoire etc.²⁹

La nécessité de codifier, par ailleurs, certaines matières relevant traditionnellement du domaine du code civil et qui étaient totalement ou partiellement ignorées par la Chari'a, a fait que les auteurs du Projet sont revenus aux solutions préconisées par les différents codes civils arabes, largement influencés par le code civil français comme indiqué précédemment. Il s'agit pour l'essentiel des règles objet du chapitre II du Titre préliminaire

²⁷- Harith Al-Dabbagh, Quelques aspects de l'imprégnation du droit des obligations des pays arabes par la culture juridique civiliste loc.cit.

²⁸ - Imman Muhammad Abu Zahra, La propriété et la théorie générale du contrat dans la Chari'a islamique, Dar El-Fikr Elarabi (an arabe) p.199 et s.

²⁹- V. art 213, 214, 221, 226 du Projet. Voir également Ali Filali, La codification du code de la famille : une harmonisation aléatoire du droit algérien, Annales de l'Université d'Alger, numéro spécial 04/2015 p.98 et s.

du projet, notamment celles ayant trait à l'application de la loi, aux conflits de lois en droit international privé, aux personnes physiques et morales ...etc.

Aussi, pour prévenir, tout risque de dénaturation des règles empruntées à un droit étranger, il est nécessaire d'en préserver la formulation. Or, ceci ne peut se réaliser que par la reprise de la terminologie d'origine des règles en cause et c'est ainsi, qu'il a été fait appel une seconde fois à une terminologie autre que celle de la Chari'a.

Cette préférence du vocabulaire utilisé par les traditions juridiques procède du souci d'une meilleure compréhension des règles³⁰ et surtout d'un rapprochement avec le droit occidental, symbole de la modernité. Ce procédé de traduction n'est pas cependant sans inconvénient, car il ne s'agissait pas de traduire des concepts juridiques dans la langue source (français) par des concepts juridiques de la langue cible (arabe). C'est plutôt une sorte d'opération d'arabisation des concepts français. Le traducteur n'était pas forcément un juriste, on pouvait se suffire d'un linguiste qui devait seulement trouver dans la langue arabe un vocable comportant la même signification que le concept juridique traduit. C'est une traduction approximative³¹ qui a fait qu'un même concept est parfois traduit en arabe par des termes différents. Ainsi, à titre d'exemple le terme « code » est traduit

³⁰ - Les juristes arabes sont plus familiarisés au droit français qu'à la Chari'a. Le vocabulaire juridique français constitue le langage de référence pour les législateurs arabes et c'est pourquoi d'ailleurs la plupart des codes arabes sont rédigés en français, parfois même la version en français du texte constitue la version originale.

³¹ - Il ne s'agit pas d'une traduction juridique, laquelle exige que l'on traduise un concept de la source par un autre concept équivalent dans la langue cible et à défaut se contenter de la transcription phonétique dans la langue cible.

par Majella en droit tunisien, par Kanoun en droit algérien et égyptien, par Moudaouana en droit marocain ...etc.³²

Conscient de ces difficultés liées aux disparités dans la terminologie juridique utilisée par les différentes législations arabes, le Conseil des Ministres Arabes de la Justice a confié entre autres missions au Centre Arabe de Recherches Juridiques et Judiciaires la normalisation de la terminologie juridique³³. Le dit centre a d'ailleurs, produit plusieurs documents en la matière dans différentes disciplines, statut personnel, procédure civile, commerciale... ainsi qu'un lexique des termes juridiques adoptés par le Conseil des Ministres Arabes de la Justice³⁴.

III- La plan du projet de code

Le texte du Projet de code constitué de 1318 articles a été élaboré suivant un plan comportant un titre préliminaire et quatre livres³⁵. Ce plan totalement différent de celui adopté par le Medjellé³⁶ est en adéquation avec le contenu traditionnel d'un code civil.

³² - Ali Filali, Le langage juridique (en arabe), communication colloque « L'accessibilité au droit », Université de Ouargla, 16-17 février 2014, pp.7-38.

³³- Le Manifeste de Rabat avait prévu la création d'un centre supérieur arabe de recherches judiciaires dont le siège était prévu à Rabah. Le Conseil des Ministres Arabes de la Justice réunit à Sanna, les 23-25 février 1981, a approuvé le changement de dénomination du centre pour devenir le Centre Arabe de Recherches Juridiques et Judiciaires et adopté les règles de son organisation. Ce Centre dont le siège est actuellement au Liban a pour mission : favoriser la coopération entre les Etats arabes dans le domaine de la justice, procéder à des études sur les systèmes judiciaires arabes en vue de leur modernisation, leur développement et leur unification, réaliser l'unification des législations arabes, etc.

³⁴ - Ces documents peuvent être consultés sur le site du centre www.carjj.org

³⁵ - V. détail en annexe 1.

³⁶- Le Medjellé comporte un titre préliminaire (composé de 2 sections - définition et division de la science du droit musulman- Les principes fondamentaux du droit sacré) et 16 livres comme suit:

- 10 livres traitent des différents contrats (L I- la vente, 99-403, L2 Le contrat de louage 404-611 ; L3- Du cautionnement Art 612-672, L4- Du transport de dette Art 673- 700, L5-

Outre les questions générales relatives à la règle de droit (Titre préliminaire), le Projet comprend quatre livres, dont les deux premiers ont été consacrés aux droits personnels, alors que les derniers livres traitent des droits réels.

Ce plan est très proche pour ne pas dire une reprise du plan du code civil jordanien, promulgué en 1976. D'ailleurs, les similitudes vont au-delà des détails du plan des textes, le Projet de code civil arabe unifié ayant repris pratiquement la même chronologie des articles, le même contenu, voire la même rédaction³⁷.

Le code civil jordanien, s'est inspiré quant à lui – au plan de la forme- du code civil égyptien, considéré, d'ailleurs, comme le modèle de base pour la plupart des codes civils arabes³⁸. La prépondérance du code civil Egyptien s'explique non seulement par le fait qu'il s'agit du premier code civil moderne promulgué par un pays arabe, mais en raison également du rôle influent de l'Égypte, en tant que pays abritant le siège de la Ligue arabe et de surcroît leader du monde arabe. Aussi de l'avis aussi bien d'auteurs français que des auteurs arabes, le Code civil Egyptien

Du gage Art 701-761, L6- Les choses confiées à autrui (dépôt, prêt à usage) Art 762-832, L 7 Des donations Art 833-880 ; L10 – Des sociétés Art 1045-1448 , L11- Du mandat Art 1449-1553, L12- De la transaction et des renonciations Art 1554-1571),

- Le livre 8 traite de L'usurpation et la destruction de la chose d'autrui Art 881-940, ce que l'on peut appeler le fait dommageable,

- Le livre 9 De l'interdiction de la violence et du retrait de l'indivision Art 941- 1044, s'intéresse aux incapacités, vice consentement.

- Deux autres livres traitent de la preuve, L13-De l'aveu, Art 1572-1613, L15 – Des preuves et du Serment, Art 1676-1683.

- aspects liés à la procédure judiciaire. L14- Des actions 1613-1675, , L 16 – Des jugements 1684-1851.

³⁷- Le livre du 3 du Projet ne comporte de titre à l'instar du livre 3 du code civil jordanien qui n' a pas non plus de titre.

³⁸ - l'Algérie, la Libye, la Syrie,

est largement inspiré du droit français (principes, terminologie, classifications)³⁹.

Ainsi se pose donc, la question du choix du code civil jordanien comme modèle du Projet de code civil arabe unifié, alors qu'il est lui-même inspiré par le modèle de base, soit le code civil égyptien. En vérité, si au plan de la forme, les codes civils arabes sont pratiquement des copies du modèle égyptien, il en va autrement pour ce qui est du fond. Les codes civils arabes peuvent être, en effet, classés, au regard de leur source matérielle en deux grandes catégories, la première comprend les codes civils des pays qui ont rompu pratiquement tout lien avec la Chari'a⁴⁰; tels les codes civils de l'Egypte, de la Syrie, du Liban, de la Libye, de l'Algérie, et à un degré moindre la Tunisie et le Maroc⁴¹ ; alors que la seconde catégorie comporte les codes civils qui ont plutôt essayé de codifier la Chari'a, tels les codes civils de la Jordanie, de l'Irak, du Soudan et des émirats arabes unis. C'est ce qui expliquerait peut être le choix du code civil jordanien comme modèle pour l'élaboration du Projet de code civil arabe unifié.

Il nous paraît, enfin, important de souligner l'approche adoptée dans l'élaboration du texte ; la casuistique de la Chari'a ayant laissé place aux règles à portée générale.

³⁹- G. Saad, L'influence du code Napoléon de 1804 sur les systèmes juridiques arabes et musulmans, loc. cit.

⁴⁰ - La plupart de ces codes recourent aux principes du droit musulman comme source subsidiaire, (Art 1 des codes civils algérien, égyptien, irakien, art 2 code jordanien) tout en intégrant dans le code civil quelques solutions du Fiqh, telle la séance contractuelle, la dernière maladie, ou encore le droit de chefaâ, (art 64, 408, 794 du code civil algérien).

⁴¹-Ces pays ont introduit dans leur code des contrats consacrés par la Chari'a, tel la société à champart mouçakâte ou de la société à complant moughâraça, voir les articles art 1395 et 1416 du code des obligations et contrats tunisien.

Partie II- le projet de code civil arabe unifié : une prééminence de la charia

La prééminence de la Chari'a quant aux solutions de fond retenues par le Projet de code était en fait prévisible, tant l'intention des initiateurs du Projet était claire à cet égard. Le texte du Manifeste de Rabat ainsi que le plan de Sanna pour l'unification de la législation, consacraient la Chari'a comme source exclusive du Projet de code. Considérée comme une composante de la nation arabe, elle constitue également le moyen idoine pour réaliser l'unification des législations arabes.

Cette hégémonie de la Chari'a quant aux règles de fond du Projet de code civil, se manifeste à travers la codification des règles dites *kawaed kuliyyat* soit « les principes fondamentaux de la Chari'a » dans le premier chapitre du Titre préliminaire (Sect. I). Elle est perçue également à travers l'effort de systématisation de la casuistique du Fiqh (Sect. II).

Section I- La codification des règles dites *Kawaed kuliyyat*

Les auteurs du Projet de code civil ont imité la démarche adoptée par le Medjellé, dont le texte comporte un Titre préliminaire composé de deux sections. La première section intitulée « Définition et division de la science du droit musulman » comporte un article unique, alors que la seconde section titrée « Principes fondamentaux du Droit sacré » comprend 99 articles, chacun d'eux énonçant un principe. Le Projet de code civil consacre lui aussi un Titre préliminaire subdivisé en deux chapitres, dont le premier intitulé « *kawaed Kuliyyat* du Fiqh » ou principes fondamentaux du Fiqh comporte pas moins de 85 articles, à raison d'un article par principe⁴².

⁴²-Cette différence, quant au nombre de principes reproduits par chacun des deux textes s'explique par la disparité des sources. Le Medjellé a pris en considération les principes admis uniquement par l'école hanéfite, alors que le Projet de code civil a pris en compte les

Faut-il signaler que nous retrouvons également certains de ces principes fondamentaux codifiés d'une manière éparse dans les codes civils des pays arabes consacrant la Chari'a comme source exclusive de leur législation. Il s'agit, notamment, des codes civils jordanien⁴³, irakien⁴⁴.

Ces règles dites kawaed kuliyat sont des principes dégagés par des fouqahas (hommes de sciences) et résumés dans des formules très concises, à l'instar des adages. Parmi ces principes l'on peut citer quelques exemples tirés du Medjellé à savoir : «*L'ancienneté ne peut consacrer un état nuisible*»; «*Une disposition claire et précise ne comporte pas d'interprétation*»; «*La difficulté provoque la facilité*»; «*De deux maux on choisit le moindre*»; «*La préservation d'un mal est préférable à la réalisation d'un profit*»; «*Le dommage doit être écarté autant que possible*»; «*Il est défendu d'offrir une chose, qu'il est défendu d'accepter*»; «*La perte du principal entraîne celle de l'accessoire*»; «*Nul n'est tenu du préjudice qu'il a causé à autrui dans l'exercice de son droit*»⁴⁵ Ces formules faciles à retenir sont apprises par cœur par les jurisconsultes.

Selon les jurisconsultes musulmans, ces principes généraux ou fondamentaux dits kawaed kuliyat sont des règles générales qui s'appliquent à tous les faits en rapport avec leur objet⁴⁶, ou encore: «*des règles à portée générale qui s'appliquent à toutes les questions partielles qui s'y rattachent*»⁴⁷ Ce sont des règles déduites par le Fiqh, du Coran et de la Sunna. Il s'agit en

principes retenus par toutes les écoles. C'est là en fait une différence négligeable, les deux textes ayant repris pratiquement les mêmes principes.

⁴³ Art 62- 64, Art 74 – 77, Art 214 à 238

⁴⁴ Art 4, 8, 157-163, 212-1, 214, 215, 216,

⁴⁵ - V. respectivement les articles, 7, 14, 17, 29, 30, 31, 34, 50 et 91 du Medjellé.

⁴⁶- Mustafa AL Zarqa, Introduction au Fiqh général, (en arabe), T 2, p.965.

⁴⁷ Sobhi Mahmassani, Falsafat al-tachrih fil' islam, Beyrouth 1980 p.297, cité par S. Jahel, Principes généraux du droit dans les systèmes arabo musulmans au regard de la technique juridique contemporaine, Rev. Int. Dr. Comp2003, vol 55, 1 pp.105-122.

quelques sortes de principes généraux, de règles supérieures à portée générale, dégagés par le Fiqh à partir des règles bien établies du droit classique.

L'élaboration de ces principes généraux remonte au X^{ème} siècle, suite à ce qui est appelé la fermeture des portes de l'Idjtihad (l'effort intellectuel). Ces principes devaient faciliter l'évolution du droit musulman en permettant, notamment, l'élaboration de solutions nouvelles. Ainsi, de par leur rôle, ces principes sont assimilables aux principes de droit. En effet, selon Cornu : « un principe est une règle juridique établie par un texte en termes assez généraux destinée à inspirer diverses applications et s'imposant avec une autorité supérieure »⁴⁸.

Ces règles, appelés principes généraux, écrit le professeur Siddik Sami ONAR, « *ne visent pas à résoudre directement des questions spéciales et ne s'appliquent pas séparément ; elles sont comme des considérants des règles contenues dans les autres livres et servent de guide et de point d'appui au juge au moment où il doit appliquer ces diverses règles aux cas particuliers* ». Ces principes généraux, qui dit-il « *constituent les préliminaires du Médjellé, renferment ses théories et sa philosophie; ils posent les considérants des règles et montrent aux juges les directives auxquelles ils se référeront dans leurs jugements et leurs manières de voir.* »⁴⁹ Les Kawaed kuliyat écrit S. Jahel, « *apparaissent comme des normes de type secondaire à caractère directif, de purs instruments techniques qui n'emportent pas d'effet contraignant...* »⁵⁰

Le rapport de la commission de rédaction du Medjellé indiquait à propos de ces principes qu'ils sont insuffisants : « *au juge pour rendre ses décisions tant qu'il n'est pas éclairé par des textes*

⁴⁸ Vocabulaire Cornu, PUF, 2011.

⁴⁹ - déjà cité, Voir dans le même sens Mustafa AL Zarqa, op.cit., p. 968.

⁵⁰ - loc.cit.

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. »⁵¹ Les principes généraux constituent une sorte d'introduction générale du Medjellé ; c'est une espèce de préambule présenté sous forme d'articles.

Cela étant, en consacrant le chapitre premier du titre préliminaire à ces principes fondamentaux, les auteurs du Projet de code civil ont, sans nul doute, entendu réaffirmer d'une manière officielle et non équivoque leur attachement à la Chari'a comme source exclusive des dispositions du Projet de code civil. Mais, qu'en est-il réellement des solutions consacrées quant au fond.

Section 2- L'effort de systématisation de la casuistique du Fiqh : l'exemple des règles de la responsabilité

Le Fiqh se distingue par son aspect doctrinal et la casuistique de ses solutions, ce qui a de tout temps constitué un point de discorde quant à la possibilité d'élaboration de règles à portée générale, voire des théories générales à partir de cas d'espèces qui faciliteraient grandement l'accessibilité de la Chari'a⁵². La codification des règles de la Chari'a passe nécessairement par un effort de systématisation des solutions des différents cas de figure.

Précisons, tout d'abord, qu'il n'est ni dans notre intention, ni dans nos moyens, d'ailleurs, de vouloir faire l'analyse de l'effort de systématisation pour l'ensemble des questions abordées par le Projet. Nous avons choisi de traiter uniquement et à titre d'exemple la question de la responsabilité civile.

C'est le chapitre 3 du Projet, titré « Le fait dommageable »⁵³, qui traite de la responsabilité civile. Toutefois, il convient de

⁵¹ - op.cit., p. 173.

⁵²- Bernard Botiveau, op.cit., p. 95 et s.

⁵³ - du Titre « Des sources de l'obligation », Livre premier « Des obligations ou droit personnel ».

signaler, avant même d'aborder les questions de fond, les difficultés éventuelles liées à la terminologie utilisée. En effet, il est question dans le Projet de « responsabilité messouliya مسؤولية », alors que pour la Chari'a, il s'agit plutôt de dhâmèn الضمان-garantie-, même, s'il vrai que dans les deux cas il s'agit d'une même obligation, celle de réparer le dommage causé. D'ailleurs certains fouqahas, au même titre que les auteurs du Projet, considèrent le dhâmèn comme étant simplement une responsabilité objective⁵⁴. Or, ces deux notions quoique très proches ne peuvent pas être considérées comme synonymes. Le concept « responsabilité » évoque l'idée de sanction d'un comportement, ce qui n'est pas tout à fait le cas en matière de dhâmèn -. Cette nuance entre les deux concepts serait consacrée, d'ailleurs, par les articles 274, 275 et 276, 277 du Projet⁵⁵. Nous reviendrons, plus en détail sur cette question, lorsque nous aborderons le point 2.2 de cette communication.

Ce chapitre 3 est structuré en trois sections intitulées respectivement : La responsabilité de la personne de son propre fait, la responsabilité du fait d'autrui et enfin la responsabilité de la personne du fait des animaux, des bâtiments et des choses. Ces trois cas de responsabilité que nous retrouvons, pratiquement dans tous les Codes civils arabes, sont non seulement proches du droit de la responsabilité civile en droit français⁵⁶, mais ne seraient pas également en contradiction avec les préceptes de la Chari'a. Celle-ci ne connaît, en principe, que la responsabilité du

⁵⁴ Wahbah Al-Zuhaili, La théorie du dhâmèn ou les règles de la responsabilité civile et pénale dans le Fiqh islamique, Etude comparative, Dar El fikr, p.1998, 218 (En arabe).

⁵⁵ - Traitant respectivement de la réparation du dommage corporel, des dommages causés par la perte ou la destruction du bien d'autrui et de l'usurpation de la chose d'autrui.

⁵⁶ - En dehors de l'intitulé du chapitre « Le fait dommageable » quelque peu novateur, l'on retrouve une certaine similitude avec le système de la responsabilité civile du droit français

fait personnel⁵⁷, néanmoins la personne peut être appelée, dans certains cas, à répondre des dommages causés par autrui, par des animaux, ou provoqués par la chute d'une construction ou du mur ... etc.

Nous examinerons ces trois types de responsabilité énoncés par le Projet et nous rechercherons dans quelle mesure ils sont comparables à ceux consacrés par les codes civils arabes ou le droit français.

P1- La responsabilité de la personne de son propre fait

Les dispositions relatives à la responsabilité de la personne de son propre fait, ont été organisées en quatre points traitant respectivement : Des principes généraux (A), Des dommages subis par la personne elle-même (B), De la destruction du bien (C) et De l'usurpation (D).

Après l'exposé des principes généraux gouvernant cette responsabilité (1), on s'attachera à rechercher l'intérêt de reprendre dans les différents cas de figure exposés dans les points B, C, D (2).

1- Les principes généraux

Dans le cadre de l'effort de systématisation des solutions du Fiqh, les auteurs du Projet ont pu dégager les principes généraux de la responsabilité civile, objet du point A suscités. Parmi ces principes, l'article 261 du Projet indique selon notre propre traduction : *Quiconque, même incapable, cause un dommage à autrui, directement ou indirectement, intentionnellement ou non, est*

⁵⁷ - « ... Chacun étant tenu responsable de ce qu'il aura acquis » ; « A chacun d'eux ce qu'il s'est acquis comme péché. Celui d'entre eux qui s'est chargé de la plus grande part aura un châtement énorme ... » ; « Allah n'impose à aucune âme une charge supérieure à sa capacité. Elle sera récompensée du bien qu'elle aura fait, punie du mal qu'elle aura fait... » ; « Dis vous ne serez pas interrogés sur les crimes que nous avons commis, et nous ne serons pas interrogés sur ce que vous faites », voir respectivement Sourate 52 Verset 21, Sourate 24 Verset 11, Sourate 2 Verset 386, Sourate 34 Verset 25, www.coran-en-ligne.com

*responsable à l'égard de la victime et lui doit réparation, sous réserves des articles suivants de ce chapitre*⁵⁸.

Selon les commentaires des auteurs du Projet, cette règle générale s'appuie sur les principes généraux de la Chari'a, repris dans le Titre préliminaire, notamment, ceux objets des articles 14⁵⁹, 15⁶⁰, 16⁶¹ et 52⁶².

Ainsi, en règle générale, l'obligation de réparer naît de tout fait dommageable, c'est-à-dire toute action ou omission engendrant un dommage. La responsabilité suppose, ainsi, la réunion de trois éléments à savoir : un fait dommageable (1.1), un dommage (1.2) et un lien de causalité (1/3). On ne s'attardera pas sur les deux premiers éléments, car ne soulevant pas de difficultés particulières, contrairement au lien de causalité qui fait l'objet d'une conception particulière.

⁵⁸- Parmi les principes généraux de la Chari'a repris par le Medjellé, l'article 92 qui dispose: « *Chacun est responsable du dommage qu'il a directement causé à autrui, même involontairement* », alors que l'article 93 précise : « *Celui qui a été la cause indirecte d'un dommage n'est tenu de le réparer que s'il a agité avec intention* »

⁵⁹- « *Il est tout aussi bien défendu de commettre un dommage que d'y répondre par un autre dommage* » " لا ضرر و لا ضرار ". Ce principe correspond à celui énoncé par le Medjellé en son article 19. Il a pour origine les versets n° 231 et 233 de la Sourate n° 2, qui précisent respectivement : « *Mais ne les retenez pas pour leur faire du tort ; La mère n'a pas à subir de dommage à cause de son enfant, ni le père à cause de son enfant* »

⁶⁰ « *Le dommage doit être écarté autant qu'il est possible* » الضرر يدفع بقدر الإمكان. Ce principe correspond à celui énoncé par le Medjellé en son article 31. Il a été dégagé à partir du verset 286 de la Sourate 2 - El Baquarah- : « *Allah n'impose à aucune âme une charge supérieure à sa capacité...* »

⁶¹ « *On doit mettre fin à tout ce qui peut causer un dommage* » " الضرر يزال ". Ce principe est repris à l'article 20 du Madjellé.

⁶² « *Lorsque la remise d'un objet dû est impossible on doit payer la contre valeur* » إذا بطل الأصل يصار إلى البديل. Ce principe énoncé également à l'article 53 du Medjellé trouve son fondement dans les versets 184, 238 et 239 de la Sourate 2 – El Baquarah- qui prescrivent respectivement que : « *Quiconque d'entre vous est malade ou en voyage, devra jeuner un nombre égal d'autres jours. Mais pour ceux qui ne pourraient le supporter (qu'avec grande difficulté) il y a une compensation nourrir un pauvre...* », « *Soyez assidus aux Salats (prières)...* », « *Si vous craignez (un grand danger) alors prier en marchant ou sur vos montures...* »

1.1- Le fait dommageable

Selon les annotations des auteurs du projet, le fait dommageable s'entend comme toute action ou omission illicite, contraire ou interdite par la loi, procédant aussi bien d'une intention de nuire que d'une simple négligence. Il s'agit de toute transgression des règles que l'on est tenu d'observer, ou de toute négligence empêchant d'accomplir ce que l'on est tenu de faire, ou de s'abstenir de tout ce qui peut être dommageable pour autrui.

Le fait dommageable doit être illicite, car l'acte licite n'engage pas la responsabilité de son auteur quelque soit le préjudice causé à autrui⁶³. L'acte est illicite en ce qu'il est contraire ou interdit par la loi. Le ta'adi c'est le fait d'accomplir un acte sans droit⁶⁴. L'auteur de l'acte dommageable doit réparation à la victime, en l'absence de toute faute, ou étant incapable.

1.2- Le dommage

Outre les dommages matériels et corporels, le dommage réparable, comprend aux termes de l'article 268-1 du Projet la réparation du dommage moral. Il s'agit des atteintes à la liberté de l'individu, sa pudeur, son honneur, sa réputation, son statut social etc.⁶⁵. Le montant de la réparation comprend le préjudice éprouvé (les pertes subies) et les gains manqués, à condition que ce soit la suite normale du fait dommageable.

⁶³ - Selon le rite Hanéfite.

⁶⁴ - V. Berger-Vachon, Contribution à l'étude de la responsabilité civile délictuelle en droit musulman, Mélanges juridiques Sugiyama, 1940, p.1.

⁶⁵ -Ce dommage ne donnait pas lieu à réparation, il faisait l'objet d'une sanction dite « tāazir ».

1.3- Le lien de causalité : une conception particulière

Le lien de causalité est perçu différemment par le Fiqh, aussi bien au plan de sa signification (1.3.1) que de son rôle dans la mise en œuvre de la responsabilité civile (1.3.2).

1.3.1-Causalité directe et causalité indirecte

La réparation du dommage incombe en principe, aux termes de l'article 261 précité, à celui qui en a été la cause directe, c'est-à-dire l'auteur direct (المباشرة المباشرة) du dommage. Exceptionnellement, cette obligation sera à la charge de la personne qui en a été la cause indirecte (الموتاسبب المتسبب).

Le dommage dit direct suppose un fait positif, une action et non pas une omission, qui génère d'elle-même, directement et immédiatement le dommage⁶⁶. Le dommage direct nécessite dans tous les cas un contact matériel entre l'agent et le dommage. C'est, selon un auteur, la relation *corpore corpore* du droit romain⁶⁷, c'est-à-dire le dommage causé par un acte matériel positif *corpore* et cet acte doit entraîner un dommage matériel *corpore*. Le dommage écrit un auteur : « est incorporé dans l'acte dommageable lui-même »⁶⁸. Le contact matériel entre l'agent et le dommage présume le lien de causalité.

⁶⁶ Selon l'art 89 du projet kulyat « La responsabilité d'un acte incombe à son auteur. Elle n'atteint pas celui qui a ordonné l'acte, à moins qu'il n'ait usé de contrainte envers l'agent », Art 90 « Lorsqu'il existe un agent direct, c'est-à-dire celui qui a personnellement commis un acte, et une personne qui en a été la cause indirecte, le premier est seul responsable... », selon l'art 887 du Medjellé : « l'acte de causer personnellement un dommage s'appelle moubacharaten-itlaf ; et l'auteur du dommage s'appelle faili-moubachir »

⁶⁷ - Chafik Chahata, La théorie de la responsabilité civile dans les systèmes juridiques dans les pays du Proche-Orient, Rev. Int. Dr. Comp, Vol 19 n°4, octobre -décembre 1967 pp.883-915.

⁶⁸ - Ch. Labastie- Dahdoud, Regards sur la responsabilité civile en droit Afghan,- La responsabilité civile à la croisée des chemins, www.idlo.org/publications/37.pdf. (28 aout 2016) p.15.

A contrario, dans la causalité indirecte⁶⁹, le fait dommageable n'est, généralement, pas par lui-même producteur du dommage causé à autrui, alors que ce dommage est en fait inévitable. Tel, l'exemple cité par le Medjellé «*Lorsque quelqu'un coupe la corde à laquelle une lampe est suspendue, celle-ci doit nécessairement tomber à terre et se briser. Celui qui coupe la corde est l'auteur direct du dommage produit à la corde et la cause indirecte de la destruction de la lampe.*» Dans un tel cas, c'est l'auteur indirect Muttassabib qui devra répondre du dommage causé à la lampe à la condition qu'il ait agit avec intention⁷⁰ ou qu'il s'agisse d'un acte illicite. Il existe dans la cause indirecte un fait intermédiaire entre l'acte dommageable et le dommage causé⁷¹. En reprenant l'exemple cité, il y a entre le fait de couper la corde et la destruction de la lampe, le fait que celle-ci soit tombée à terre. La réalisation du dommage n'intervient pas dans la causalité indirecte au moment même de l'accomplissement de l'acte dommageable, mais dans un second temps plus ou moins lointain⁷².

Aussi, en règle générale, c'est l'auteur direct qui répond du dommage causé à moins que la cause directe soit elle-même fondée sur la cause indirecte, ou que l'auteur indirect ait agit délibérément, ou qu'il ait contraint l'auteur direct. Il en sera également de même, si l'auteur matériel du dommage est resté inconnu ou qu'il soit lui-même l'auteur indirect.

⁶⁹ - Selon l'article 888 du Medjellé : « Tessebbuben-itlaf, se dit lorsqu'on est la cause indirecte du dommage, c'est à dire lorsque l'on commet un acte dont la conséquence inévitable est la perte ou la détérioration de la chose. Celui qui en est la cause s'appelle 'mutessebib'....».

⁷⁰-L'intention de nuire écrit Chafik Chahata : « viendra suppléer l'absence de lien de causalité, *copore corpori...* », La théorie de la responsabilité civile, op.cit., p.891. Voir également Wahbah Al-Zuhaili, op.cit., p.32.

⁷¹ - Awad Ahmed Idriss, La diya entre peine et réparation dans le Fiqh islamique comparé, Bierut, 1986, p 171 (en langue arabe).

⁷² Awad Ahmed Idriss, op.cit., p.170.

1.3.2- Le contact matériel présomption de lien de causalité

Le lien de causalité n'est pas considéré comme une condition d'existence de la responsabilité, mais, plutôt comme un moyen pour s'assurer de l'absence de tout obstacle ou empêchement à l'existence du lien de causalité⁷³. La victime n'a pas à faire la preuve de la causalité, qui est en fait présumée, chaque fois que le dommage résulte d'un contact matériel direct avec l'agent responsable. C'est à celui-ci de prouver éventuellement qu'il n'en n'est pas la cause.

Aux termes de l'article 263 du Projet, l'agent du dommage n'est pas responsable en cas de force majeure, car la présomption du lien de causalité, résultant du lien matériel (contact) entre le fait dommageable et le dommage est une présomption simple et est passible donc de preuve contraire. Une fois, prouvé que le dommage est le fait de la force majeure, l'auteur matériel est considéré comme un simple instrument matériel dans la réalisation du dommage et n'encourra en conséquence aucune responsabilité. L'auteur du dommage sera également, aux termes de l'article 264 du Projet, exonéré de toute responsabilité en cas de dommage causé dans le cadre de la légitime défense ou en exécution d'un ordre de l'autorité légitime. Cette exonération est justifiée par un hadith du prophète ﷺ⁷⁴ qui dit : « *Quiconque meurt en défendant son droit ou sa propriété meurt en martyr, et la récompense (punition) d'un mal subi est un mal équivalent infligé au malfaiteur* »⁷⁵

⁷³- Wahbah Al-Zuhaili, op. cit., p.24.

⁷⁴- Cette expression en arabe est une prière sur le prophète que le musulman est tenu de dire lorsqu'il prononce ou entend le non du prophète ﷺ et cela en vertu des prescriptions du Saint Coran, notamment le verset 23 de la sourate 33.

⁷⁵ - Revue « Sawt al-Islam », 1999, n° 2, p.21.

En ce qui concerne le fondement de cette responsabilité, celle-ci est fondée sur le fait dommageable lui-même ; c'est une responsabilité objective. C'est le caractère illicite de l'acte dommageable⁷⁶ et les conséquences qui s'y attachent qui sont le fondement de l'obligation de réparation. Peu importe donc, que l'agent jouisse ou non de ses facultés mentales, que son acte soit voulu ou non, la justice soutient-elle la commande de réparer tout dommage causé à autrui de sorte que nul ne soit opprimé⁷⁷.

En dégagant un principe général gouvernant la responsabilité, les auteurs du Projet ont entendu, sans aucun doute, abandonner la casuistique du Fiqh⁷⁸. Ces règles générales devront s'appliquer de toute évidence à toutes les situations de dommages qui répondraient aux conditions énoncées. Néanmoins, la consécration d'un principe général n'exclut pas pour autant l'existence de cas d'exception, dignes d'intérêt justifiant des dispositions particulières. Or, au plan au moins formel, les dispositions objet des points B, C et D ne peuvent être considérées comme traitant de cas d'exception. Examinons donc la portée réelle de ces cas particuliers.

2- L'intérêt de la consécration formelle de cas particuliers

Après avoir énoncé les règles générales dans le point A, le projet reprend séparément et successivement les dommages subis par la personne elle-même (point B), ceux résultant de la perte ou la destruction (itlâf) du bien d'autrui (C) et/ ou de son usurpation (ghasbe) (D). Ainsi, contrairement aux principes généraux, ces dispositions particulières distinguent les atteintes

⁷⁶ - L'illicéité, écrit Chehata « : est un élément purement objectif qui ne repose en aucune façon sur l'idée de faute. », op. cit., p.886.

⁷⁷ -V. Tyane, La responsabilité civile en droit musulman, Thèse Lyon 1926, p.151.

⁷⁸ - C'est là une différence fondamentale avec le Medjellé.

aux êtres humains, des atteintes aux animaux et aux choses.⁷⁹ Les dommages dits corporels relèvent du régime dit de la diya - prix du sang-⁸⁰ qui est en fait un régime spécifique (2.1), alors que la consécration des cas particuliers de la destruction et ou de l'usurpation du bien d'autrui, ne s'expliqueraient que par le retour des auteurs du Projet à la casuistique du Fiqh (2.2).

2.1- La diya : un régime particulier pour la réparation des dommages corporels

Aux termes de l'alinéa 1 de l'article 274 du Projet, les crimes contre la personne et autres dommages corporels sont soumis aux dispositions générales régissant le fait dommageable, telles les règles de la causalité directe, indirecte ou la pluralité de responsables. L'alinéa 2 précise, à propos de la réparation financière (dhâmen), qu'il sera fait application des dispositions de la diya, de l'arsh et de hukûmat-al-'adl⁸¹ (الأرش وحكومة العدل), conformément au Fiqh islamique, auxquels il faudra ajouter les dépenses de soins nécessaires, ainsi que le manque à gagner. Les

⁷⁹- Les fouqahas distinguent deux sortes de faits illicites : les atteintes aux animaux et aux choses appelées usurpation (ghasbe) et perte ou destruction (itlaf) et les atteintes à l'être humain, Awad Ahmed Idriss, op. cit., p.162.

⁸⁰-« la diya correspond ... à une quantité déterminée de biens due pour cause d'homicide ou autres atteintes à l'intégrité physique, commis injustement sur la personne d'autrui. Elle est un substitut au droit de vengeance privée », Yazid Benhounat, Cent dromadaires et quelques arrangements, notes sur la diya (prix du sang) et son application actuelle au Soudan et en Algérie, in, Revue des mondes musulmans dans le monde arabe, 131, juin 2012, pp.203-221.

⁸¹ - C'est une sorte de diya pour les atteintes corporelles de moindre importance et dont le montant est fixé par le juge. L'institution de hukûmat-al-'adl permet « ... d'évaluer le préjudice effectif que la victime prédisposée a subi. C'est ainsi que la perte d'une dent noircie (cariée), qui de ce fait portait en elle déjà un défaut, donne lieu à un dédommagement réduit.... Si l'organe atteint est déjà défectueux, la victime n'aura droit qu'au paiement d'une hukûmat-al-'adl, évaluée par le juge. Tel le cas de la perte d'un œil privé de vue ou d'une oreille privée de l'ouïe, sous réserve que leur beauté ne soit pas atteinte. », Ali Kazmi-Rachid, L'Islam et la réparation du préjudice moral, Librairie Droz, Genève, 1990, p.94.

montants de ceux-ci seront fixés par le tribunal et supportés par le responsable.

Les annotations portées par les auteurs du Projet, à propos de cet article, indiquent que les atteintes à la personne même de la victime donnent lieu selon le cas, au paiement de la diya⁸² en cas décès, une partie de la diya dite Arche pour les autres atteintes corporelles telle la perte d'un organe, (bras, œil, langue etc.) et ou une diya partielle dite hukūmat-al-'adl pour les atteintes de moindre importance telles des blessures qui ne laissent pas de traces et dont le montant est fixé par le juge. Ces différentes formes du prix du sang ne se cumulent pas entre elles et encore moins avec la réparation prévue au titre du fait dommageable.

Ainsi, la réparation des dommages corporels relèvent du régime particulier de la diya, dite prix du sang et qui se distingue fondamentalement de la réparation des dommages matériels. Elles obéissent à deux régimes juridiques différents.

La diya prévue par le Coran⁸³ donne lieu à une compensation financière très importante⁸⁴, en raison de la noblesse de l'être humain⁸⁵. Il est la créature préférée d'Allah

⁸² - Le montant de la diya est fixé au préalable par l'autorité religieuse (Arabie saoudite) ou l'autorité judiciaire (Soudan) ou une le parlement (Yémen).

⁸³- « *Il n'appartient à un croyant de tuer un autre, si ce n'est pas erreur. Quiconque tue un croyant par erreur, qu'il affranchisse alors un esclave et remette à sa famille le prix du sang, à moins que celle-ci n'y renonce par charité. Mais si (le tué) appartenait à un peuple ennemi à vous et qu'il soit croyant, qu'on affranchisse un esclave croyant. S'il appartient à un peuple avec lequel vous êtes liés par un pacte, qu'on verse alors à sa famille le prix du sang et qu'on affranchisse un esclave croyant. Celui qui n'en trouve pas les moyens, qu'il jeûne deux mois d'affilée pour être pardonné par Allah. Allah est Omniscient et sage.* », Sourate IV –Verset 92

⁸⁴-V. à propos de l'histoire de la Diya, Yazid Ben Hounet, loc.cit. ; Pierre Bonte, L'emirat de l'Adrar mauritanien, harim, compétition et protection dans une société tribale saharienne, Karthala édition, 2008, p.354 et s.; Awad Ahmed Idriss, op. cit., p.113 et s.

⁸⁵ - « *Nous avons certes créé l'homme dans sa forme la plus parfaite* » Sourate 95, verset 4.

parmi ses autres créatures⁸⁶. L'être humain est, en effet, au centre du discours coranique, c'est à lui que s'adresse Allah et c'est pour lui qu'a été révélé le Coran. Doté d'un esprit et jouissant d'une liberté, l'homme est la seule créature ayant accepté d'être responsable et de répondre de ses actes⁸⁷. Ainsi, les atteintes à la personne humaine sont sévèrement sanctionnées⁸⁸. La réparation, par contre des dommages matériels, se limite généralement au remboursement de la valeur du bien endommagé.

Le montant de la réparation due dans le cadre de la responsabilité est fixé par le juge et est supporté par le responsable, alors que le montant de la diya est un montant légal, fixé au préalable selon un barème⁸⁹. Le montant de la diya est le même pour les mêmes victimes (décès d'un homme libre, d'un esclave, d'une femme, etc. il est à la charge de l'auteur du dommage et ses proches (aKila), le cas échéant, il sera supporté par le Trésor public (Beit El Mel)⁹⁰. C'est à la victime du dommage ou à sa famille (en cas de décès) que revient la diya ; ces derniers peuvent, d'ailleurs, y renoncer⁹¹.

⁸⁶ - « Certes, Nous avons honoré les fils d'Adam. Nous les avons transportés sur terre et sur mer, leur avons attribué de bonnes choses comme nourriture, et Nous les avons nettement préférés à plusieurs de nos créatures. », Sourate 17 verset 70.

⁸⁷ - « Nous avons proposé aux cieux à la terre et aux montagnes la responsabilité (de porter les charges de faire le bien et d'éviter le mal). Ils ont refusé de la porter et ont eu peur, alors que l'homme s'en est chargé, car il était très injuste (envers lui-même) et très ignorant», Sourate 33 verset 72.

⁸⁸- « C'est pourquoi Nous avons prescrit pour les enfants d'Israël que quiconque tuerait une personne non coupable d'un meurtre ou d'une corruption sur la terre, c'est comme s'il a tué tous les hommes. Et quiconque lui fait don de la vie, c'est comme s'il faisait don de la vie à tous les hommes... » Sourate V, Verset 32.

⁸⁹ - Voir annexe n°2.

⁹⁰ - Awad Ahmed Idriss, op.cit., p.528.

⁹¹ - Awad Ahmed Idriss, op.cit., p.528.

La diya n'est pas considérée comme étant uniquement une réparation du dommage causé, c'est aussi un châtement, une expiation⁹². Elle est un substitut à la loi du talion et ne s'applique que pour les atteintes corporelles causées non intentionnellement. Lorsque les dommages corporels sont causés intentionnellement, le responsable est soumis à la loi du talion⁹³. Par contre, la responsabilité (dhâmèn) encourue pour les dommages matériels causés à autrui consiste en une simple réparation du préjudice subi par la victime, sans aucune distinction entre le dommage causé volontairement et celui causé involontairement.

Ainsi, la réparation des dommages corporels échappent totalement au domaine de la responsabilité, ce qui justifie par la même les dispositions particulières prévues au point A. Il ne s'agit pas de cas d'exception, mais de la consécration d'un régime particulier pour la réparation des dommages corporels parallèle au régime de la responsabilité. Cette situation s'apparente à celle qui prévaut actuellement en droit algérien. Celui-ci prévoit, en effet, parallèlement au système de la responsabilité civile (objet des articles 124 et suivants du code civil), un régime particulier d'indemnisation des dommages corporels pour les victimes d'accidents du travail, d'accidents de la circulation ou d'actes de terrorisme⁹⁴.

⁹² - Awad Ahmed Idriss, op.cit., p.252.

⁹³ - Le talion (qysas) est exigible pour tout homicide volontaire d'un sujet dont le sang est réservé pour l'éternité (le sang du musulman) ainsi que pour les blessures causées intentionnellement à moins que la victime n'y renonce. Si le talion n'est pas possible, la victime est tenue d'accepter la diya.

⁹⁴ -V. respectivement, l'ordonnance n° 74-15 relative à l'obligation d'assurance des véhicules automobiles et au régime d'indemnisation des dommages, JORA 1974, n°15 et la loi n° 83-13 relative aux accidents du travail et aux maladies professionnelles, JORA 1983, n° 28. Voir également L'émergence d'un nouveau droit de l'indemnisation des

2.2- La reconduction des cas de dhâmen consacrés par la Chari'a: un retour à la casuistique du Fiqh.

Le Projet de code a reconduit en ses articles 275 à 282, les deux cas de dhâmen admis par la Chari'a et consacrés par le Medjellé, à savoir la perte (Itlaf)⁹⁵ et l'usurpation (Ghasbe)⁹⁶ du bien d'autrui. Les auteurs du Projet se sont, d'ailleurs, très largement inspirés des dispositions du Medjellé, notamment son Livre VIII, intitulé « De L'usurpation et la destruction de la chose d'autrui »⁹⁷.

Aux termes de l'article 416 du Medjellé : *« Par zéman (dommages et intérêts) : on entend l'acte de remplacer une chose par sa valeur en argent, si ce n'est pas une chose fongible (keymi), et par une semblable si la chose est fongible (misli). L'article 275 du Projet reprend la même solution : Quiconque détruit ou dégrade le bien d'autrui doit le remplacer par un semblable s'il s'agit d'une chose fongible et par sa valeur s'il s'agit d'une chose de genre, sans préjudice des dispositions générales de la responsabilité du fait dommageable.⁹⁸. L'article 277 du Projet dispose à propos de l'usurpation : La main est tenue par ce qu'elle a pris jusqu'à sa restitution ; celui qui s'est emparé d'un bien doit le restituer en nature qu'il s'agisse de choses de genre ou de corps certain sans préjudice de sa responsabilité*

dommages corporels, étude commune réalisée par des enseignants des universités d'Alger et de Pau, Annales de l'université d'Alger, 2012, numéro spécial.

⁹⁵- Il est entendu par perte du bien aussi bien sa perte ou sa destruction physique que la dégradation de ses qualités essentielles.

⁹⁶ - Il est entendu par ghasbe – usurpation-, le fait de s'emparer du bien d'autrui sans aucun droit. Le bien usurpé doit être la propriété de la victime ; le bien doit avoir pour et ayant une valeur (sont exclus les objets interdits), le bien doit avoir été pris de force contre la volonté du propriétaire (sont exclus la remise par l'emploi de manœuvres frauduleuses ainsi que le butin de guerre etc.).

⁹⁷ - V. Art 881-940 du Medjellé.

⁹⁸ - Cet article est à rapprocher aussi de l'article 912 du Medjellé « Quiconque détruit, avec ou sans intention, la chose d'autrui, soit entre les mains du propriétaire, soit entre les mains de celui à qui elle était confiée, s'oblige à en réparer la perte.... ».

conformément aux règles générales relatives au fait dommageable. Cet article est en fait une reprise des dispositions des articles 890 et 891 du Medjellé⁹⁹.

Les dispositions de l'article 280 du Projet assimilant l'usurpateur de l'usurpateur au premier usurpateur sont une reprise de la teneur des articles 910 et 911 du Medjellé. L'article 281 du Projet énumérant les personnes assimilées à l'usurpateur ne fait en réalité que compléter l'exemple donné à l'article 901 du Medjellé. Les alinéas 1, 2, 3 et 4 de l'article 282 du Projet ont reconduit les différents cas de figure traités respectivement aux articles 897, 899, 898 et 900 du Medjellé.

Par ailleurs, en précisant, dans ces deux articles que l'obligation de restitution imposée à l'auteur de la dégradation, de la perte et ou de l'usurpation du bien d'autrui ne préjudicie pas de sa responsabilité pour fait dommageable, les auteurs du Projet laissent entendre clairement que les notions de dhâmèn et de responsabilité bien que très proches ne sont pas synonymes ou des équivalents parfaits.

L'usurpation ou la dégradation du bien d'autrui donnent naissance à une obligation de restitution du bien lui-même ou à défaut d'un bien semblable. Exceptionnellement, il sera question du paiement de la valeur du bien lorsqu'il s'agit de la perte ou de la dégradation totale d'une chose de genre. La réparation des dommages causés en matière de dhâmèn se fait

⁹⁹- L'article 890 : « Si la chose dont quelqu'un s'est emparé sans droit se trouve en nature, elle doit être restituée à son propriétaire à l'endroit où elle a été prise. Et dans le cas où le propriétaire rencontrerait l'usurpateur, nanti de la chose, dans une autre ville, il peut se la faire restituer en cet endroit-là. S'il préfère en avoir restitution au lieu de l'enlèvement, les frais de transport sont à la charge de l'usurpateur.», l'article 891: «L'usurpateur est responsable non seulement lorsqu'il consomme la chose, mais encore en cas de perte de celle-ci, que ce soit par sa faute ou non... Si la chose est de celles dont on trouve des semblables, il doit en restituer une semblable ; si elle n'est pas de cette catégorie il en doit la valeur au jour et à l'endroit où il s'en est emparé. »

généralement en nature¹⁰⁰, alors qu'en matière de responsabilité elle s'effectue en principe par équivalent, c'est à dire par l'attribution de dommages et intérêts en compensation du préjudice causé.

Cela étant, se pose la question de la détermination des champs d'application respectifs de la responsabilité et du dhâmèn pour les cas de perte ou d'usurpation du bien d'autrui. Si l'on se réfère au Medjellé et au Fiqh islamique classique, tous les dommages matériels relevaient du dhâmèn pour usurpation ou dégradation de bien d'autrui. Autrement dit, il n'existe pas de dommage matériel qui ne relève pas de l'un des deux cas : usurpation ou dégradation.

Ainsi, après avoir exclu du domaine de la responsabilité les dommages corporels, comme indiqué précédemment, la consécration du dhâmèn à travers les cas d'usurpation et ou de perte, emporte elle aussi soustraction des dommages matériels du domaine de la responsabilité. Ne relèverait donc de la responsabilité que la réparation du dommage moral, autrefois, d'ailleurs, irréparable¹⁰¹.

Faut-il donc s'interroger sur les raisons qui ont amené les auteurs du Projet à adopter une telle démarche ? Il nous semble qu'il s'agit d'un compromis entre d'une part les pays arabes partisans d'une application stricte de la Chari'a (consécration expresse par le Projet des solutions de la chari'a (points B C et D) et d'autre part les pays arabes qui sont plutôt favorables à une adaptation des solutions de la Chari'a aux exigences de la

¹⁰⁰- Wahbah Al-Zuhaili, op.cit., p.21.

¹⁰¹ - Il était passible de tâ'azir. C'est une peine laissée à l'appréciation du juge à propos des fautes pour lesquelles la loi n'a pas prévu de sanction. Cette peine sanctionnant uniquement les personnes douées de discernement est considérée comme un acte purement gouvernemental. Elle a pour but l'amendement du délinquant et peut aller de la simple remontrance jusqu'au hudud c'est-à-dire les peines définies par le Coran. Voir Hervé Bleuchot, Droit Musulman TII CH X N° 568 P U A M.

société moderne, tel qu'ils l'ont déjà fait, lors de la modernisation de leur législation au moyen de la codification qui a été du reste inspirée par le droit occidental (point A).

Nous retrouvons également des solutions de compromis identiques à propos des autres cas de la responsabilité, notamment la responsabilité du fait d'autrui, la responsabilité du fait des animaux, des bâtiments et des choses, ou encore la responsabilité pour les dommages causés par la ruine totale ou partielle du bâtiment.

P2- La responsabilité du fait d'autrui : un appel en garantie.

L'article 283 du Projet dispose : *Nul ne répond du fait d'autrui. Le tribunal peut, toutefois, à la demande de la victime, ordonner que le paiement de la réparation soit effectué, au lieu et place de l'auteur du dommage, par:*

a- La personne tenue légalement ou conventionnellement d'exercer la surveillance sur l'auteur du dommage, lequel a besoin d'être « surveillé, en raison de sa minorité, son état mental ou son état physique. Elle sera dispensée de cette obligation en prouvant qu'elle a apporté à son devoir de surveillance toute la diligence requise, ou que le dommage se serait produit même si elle a accompli son devoir de surveillance.

b- La personne dont le proposé, sur lequel elle a un pouvoir effectif de direction d'orientation et de contrôle, a causé le dommage dans l'exercice ou à l'occasion de ses fonctions et cela, même si elle n'a pas eu la liberté de le choisir.

La personne ayant acquitté le montant de la réparation, au lieu et place de l'auteur du dommage est en droit, dans les deux cas précités, de se retourner contre celui-ci pour le remboursement de ce qu'il a payé.

Le principe affirmé étant : « Nul ne répond du fait d'autrui »¹⁰², la responsabilité du fait d'autrui, n'est envisageable théoriquement que comme cas d'exception. Or, à la lumière des dispositions de cet article, il nous paraît, difficile de parler de responsabilité du fait d'autrui. En effet, il est seulement question d'une obligation de paiement du montant de la réparation au lieu et place de l'auteur du dommage, que le juge pourra mettre, à la demande de la victime, à la charge de la personne chargée de la surveillance¹⁰³ ou du commettant. Ces derniers sont tenus de payer le montant de la réparation due à la victime, non pas parce qu'ils sont responsables, mais comme étant plutôt des garants. C'est ce qui justifie, d'ailleurs, l'action récursoire dont ils bénéficient aux termes du dernier alinéa de l'article 284 contre l'auteur du dommage (le véritable responsable).

La rédaction de cet article 284 est une reprise de l'article 288 du code civil jordanien, lui-même inspiré par les articles 173 à 175 du code civil égyptien plus proche du droit français. Cette tentative de rapprochement entre des solutions puisées de sources différentes est à l'origine des contradictions relevées à propos de l'obligation de paiement de la réparation susceptible d'être mise à la charge du surveillant. Comment expliquer, en effet, la possibilité pour le surveillant d'échapper à l'obligation de paiement de la réparation en prouvant qu'il a satisfait à son devoir de surveillance, ou qu'il n'y a point de relation de cause

¹⁰² -Cette solution trouve son fondement dans les versets du Coran, voir Wahbah Al-Zuhaili, op. cit., p.219. « La responsabilité, (dhâmen) n'incombe jamais à la personne sans son fait (fi'li'hi) », Kassani, Badâ i, T VI p.217 1 24. Cité par Ch. Chehata, La théorie de la responsabilité civile dans les pays du Proche-Orient, in Re int dr. comp, Vol 19 n°4, Octobre –décembre 1967, pp.883-915.

¹⁰³- Les personnes chargées légalement de la surveillance de l'auteur du dommage sont, selon les annotations des auteurs du projet le père, la mère, le tuteur testamentaire, alors que pour la personne chargée conventionnellement de la surveillance, il s'agit généralement du garde malade des établissements de santé.

à effet entre le dommage et son devoir de surveillance, alors qu'il est condamné au paiement en tant que garant?

En réalité, s'il est appelé en tant que garant, il ne pourra pas se soustraire au paiement de la réparation en invoquant qu'il n'a pas commis de faute ou qu'il n'y a pas de lien de causalité entre le dommage et son obligation de surveillance. S'il est, cependant appelé à s'acquitter du montant de la réparation en raison du manquement à l'exécution de son obligation de surveillance, il pourra certes échapper à cette obligation en prouvant qu'il a satisfait à son obligation de surveillance, ou que celle-ci n'en n'est pas la cause, mais, il ne pourra pas dans ce cas bénéficier d'une action récursoire.

C'est là en fait une sorte de compromis entre la Chari'a et les traditions juridiques arabes. En effet, la Chari'a n'admet pas la responsabilité du fait d'autrui ; en conséquence le père ne répond pas des dommages causés par son fils mineur, d'autant plus qu'il dispose d'un patrimoine¹⁰⁴ et légalement rien ne s'oppose à ce que celui-ci soit déclaré responsable. Par contre, les différents codes civils arabes consacrent la responsabilité du fait d'autrui, entre autres la responsabilité du père, du tuteur du fait des dommages causés par leur enfant, leur pupille, de l'établissement hospitalier du fait de leur malade, en raison de l'obligation de surveillance qu'ils assument à l'égard de ceux-ci¹⁰⁵. Par ailleurs, les auteurs du dommage ne peuvent pas être déclarés responsables (s'agissant d'une responsabilité pour faute). En d'autres termes il serait aberrant dans une société

¹⁰⁴ - Wahbah Al-Zuhaili, op. cit., 219 art 916 Medjellé « Le mineur qui détruit la chose d'autrui est tenu d'indemniser de ses propres deniers le propriétaire de la chose....S'il n'a pas de fortune, l'on attend qu'il en acquière. Mais on n'a aucun recours contre son tuteur » Art 960 : « ...les interdits sont tenus de réparer le dommage provenant de leur fait... »

¹⁰⁵ - V. art 134 du code civil algérien ; art 93-93 bis code des obligations et des contrats tunisien ; art 173 du code civil égyptien ; art 218 code civil irakien ; art 145 du code des transactions civiles soudanais.

moderne que le père ne réponde pas des dommages causés par son fils mineur dont il a assuré la surveillance, alors que pour la Chari'a, la personne ne répond que de ses propres actes¹⁰⁶. Les auteurs du projet ont tenté de concilier ces deux solutions contradictoires qui sont à priori inconciliables, d'où l'ambiguïté de l'article 283 du Projet.

Ces observations sont aussi valables pour ce qui est du cas du commettant¹⁰⁷. L'action récursoire du commettant contre son préposé trouve son fondement dans la Chari'a, qui n'admet pas la responsabilité du fait d'autrui, alors que les codes civils arabes retiennent la responsabilité du commettant compte tenu du pouvoir de surveillance et de direction qu'il exerce sur leur préposé¹⁰⁸. La formulation du point « b » de l'article 283 nous rappelle la solution du droit français « *même s'il n' pas eu la liberté de choisir son préposé* ». Ainsi, il n'y a nul doute, les auteurs du Projet ont tenté de concilier Chari'a et codes civils arabes, or cela ne peut être envisagé qu'au détriment de l'harmonisation générale du texte.

P3- La responsabilité de la personne du fait des animaux, des bâtiments et des choses : une responsabilité du mutassabib (responsable indirect)

La section 3 consacrée à ce type de responsabilité est constituée de 4 articles – 284 à 287- traitant respectivement de : la responsabilité du fait des dommages causés par les animaux (1), par la ruine des bâtiments (2), par des choses nécessitant une attention particulière ou des machines mécaniques (3) et enfin

¹⁰⁶ - Le père pouvait être condamné es qualité de membre de la Akila (le clan, la tribu), voir E. Tyan , La responsabilité civile en droit musulman, th. Lyon, 1926. op.cit., p.238.

¹⁰⁷ - Wahbah Al-Zuhaili, op. cit., p.220, si le père peut être responsable indirect, dans le cas du commettant celui-ci n'a aucune responsabilité c'est la faute du préposé

¹⁰⁸ -V. art 136 su code civil Algérien ; art 145-2 code des transactions civiles soudanais ; art 219 code civil irakien ; art 174 du code civil égyptien.

les dommages résultant de l'exercice de liberté publique notamment la liberté de circulation sur la voie publique (4).

1- La responsabilité du fait des animaux : l'obligation d'empêcher le fait de l'animal

L'article 284 du Projet prescrit à propos de la responsabilité de la personne pour les dommages causés par les animaux : *Les dommages causés par l'animal ne donne lieu à aucune réparation. Toutefois, le fait dommageable de l'animal est garanti par celui qui en a la maîtrise, qu'il soit propriétaire ou non, en cas de négligence ou d'acte illicite*¹⁰⁹. Ainsi, le principe est que les dommages causés par les animaux de leur propre fait ne sont pas réparables, c'est un accident fâcheux qui devra être supporté par la victime. Cette solution est fondée sur un hadith du prophète¹¹⁰. Par ailleurs, il y a parmi les principes fondamentaux énoncés par le Medjellé, celui repris en son article 94 énonçant : *«Lorsque les animaux agissant de leur propre instinct causent un dommage ou commettent un de ces actes qui constituent des crimes (lorsqu'ils sont commis par les hommes), il n'y a pas lieu à réparation»*

Il reste, toutefois, que la personne qui a la maîtrise de l'animal, tel, le propriétaire, le locataire, ou l'usurpateur devra répondre des dommages causés par cet animal dans la mesure où elle en a été la cause indirecte, du fait, de sa négligence ou de son imprudence. Elle sera notamment déclarée responsable, lorsqu' en voyant l'animal détruire le bien d'autrui, elle ne s'y est pas opposée, ou lorsque bien qu'avertie du danger que présente l'animal pour les tiers, elle s'est abstenue de prendre

¹⁰⁹ - Cet article correspond aux articles 289 du code civil jordanien, 221 du code civil irakien, 176 code civil égyptien et 1385 du code civil français.

¹¹⁰- « Pas de prix du sang pour un accident causé par un animal... », rapporté par Sahih Mouslim, n°3226.

les précautions pour le contenir etc.¹¹¹. La personne qui a la maîtrise de l'animal engage sa responsabilité non pas du seul fait de l'animal, mais du fait de sa négligence ou de son imprudence. Elle répond du dommage en tant que moutassebib (auteur indirect) et non en tant que moubachir.(auteur direct).

La solution quant au fond est certes conforme à la Chari'a. Néanmoins en voulant la considérer comme une responsabilité du fait des animaux pour être assez proche de la solution retenue par les codes civils arabes et le droit français, les auteurs du Projet ont dénaturé la Chari'a, qui rappelle le enseigne que les dommages causés par les animaux ne donnent pas lieu à réparation.

2- La responsabilité du fait de la ruine des bâtiments : la négligence présumée du propriétaire

En ce qui concerne les dommages du fait de la ruine des bâtiments, l'article 285 du Projet dispose : *Les dommages causés aux tiers par la ruine totale ou partielle du bâtiment sont à la charge du propriétaire ou celui chargé de son administration, à moins de prouver qu'il n'a pas commis de négligence ou d'acte illicite...Celui qui est menacé par un danger provenant du bâtiment est en droit d'exiger du propriétaire de prendre les mesures nécessaires pour éviter le danger. Faute par le propriétaire d'y procéder, il peut se faire autoriser par le tribunal à prendre les mesures nécessaires aux frais du propriétaire.*¹¹² Les responsables des dommages prévus par cet article sont le propriétaire ou la personne chargée de l'administration de l'immeuble, c'est-à-dire le tuteur légal, le

¹¹¹- L'article 929 du Medjellé : « Le maître d'un animal n'est pas responsable du dommage que celui-ci cause de lui-même à autrui ... Néanmoins le maître qui, voyant son animal détruire le bien d'autrui, ne s'y oppose pas, est tenu de réparer le dommage ...». Awad Ahmed Idriss, op.cit., p.181.

¹¹² - Cet article est à rapprocher des articles 290 du code civil jordanien, 229 du code civil irakien et 177 du code civil égyptien et 1386 du code civil français.

tuteur testamentaire ou le représentant légal du mineur, du majeur interdit, lesquels sont chargés de l'administration des biens de ces derniers. En ce qui concerne les biens wakfs, c'est le représentant de ces biens, en l'occurrence le Nadher du bien wakfs¹¹³, qui assumera la responsabilité du fait des dommages consécutifs à la ruine de ces biens immobiliers.

Le Medjellé a également traité de cette question en son article 928 libellé comme suit : « *Celui dont le mur s'écroule n'est pas responsable du dommage qui en résulte....A moins que le mur menaçant auparavant ruine et quelqu'un en ayant averti le propriétaire en l'engageant à le réparer, il ne se soit écoulé, depuis, un laps de temps suffisant pour ce faire ; auquel cas le propriétaire du mur serait responsable du dommage causé par l'écroulement ; à condition, toutefois, que l'avertissement ait été donné par une personne ayant droit de le donner* »¹¹⁴ Aux termes de ces dispositions, le propriétaire ne répond des dommages causés par la ruine du bâtiment qu'en qualité de mutassabib, responsable indirect. Il n'assume pas les dommages causés du seul fait de l'écroulement du mur. C'est en raison, plutôt, de son abstention de procéder aux travaux nécessaires, alors qu'il a été averti à temps. Il a été la cause indirecte des dommages causés par l'écroulement du bâtiment.

Ainsi, si le Projet retient, dans le principe, la responsabilité du propriétaire au titre des dommages causés par la ruine du bâtiment, sauf à prouver qu'il n'a commis aucune négligence ou acte illicite, la Chari'a, par contre, n'édicte aucune responsabilité pour les dommages causés par la ruine d'un mur à moins que le propriétaire n'ait été averti suffisamment à

¹¹³-Art 13 du décret exécutif n°98-381 du 1^{er} décembre 1998, fixant les conditions et les modalités d'administration, de gestion et de protection des biens wakfs, JORA, 1998, n° 90, p.11.

¹¹⁴- Awad Ahmed Idriss, op.cit., p.185.

temps, par la personne habilitée à le faire, afin de procéder aux réparations nécessaires. Le Projet et la Chari'a bien que consacrant dans le principe des solutions contradictoires, se rejoignent néanmoins au niveau des exceptions apportées à ces principes.

3- La responsabilité du fait des choses : l'obligation de prévenir les dommages évitables

Aux termes de l'article 286 du Projet : *Toute personne qui a sous sa direction et son contrôle des choses nécessitant une surveillance particulière pour prévenir tout dommage et/ou des engins mécaniques doit répondre des dommages causés par ceux-ci, à moins qu'il ne soit pas possible de les éviter et cela sans préjudice des dispositions particulières.* Cet article a été inspiré par l'article 178 du code civil égyptien. Ce cas de figure n'a pas été évoqué par le Fiqh classique dans la mesure où il n'y avait pas à l'époque d'engins mécaniques ou de machines¹¹⁵.

La responsabilité échoit, en vertu de cet article, à celui qui a le contrôle et la maîtrise de ces choses, qu'il soit propriétaire, locataire ou autre. Cette disposition particulière ne concerne que les choses nécessitant une surveillance particulière ou les engins mécaniques (présumés dangereux)¹¹⁶. Le responsable ne répond, toutefois, que des dommages susceptibles d'être évités. Autrement dit, il n'a pas de responsabilité lorsque les dommages causés sont inévitables, ce qui confirme un principe consacré par de la Chari'a à *l'impossible nul n'est tenu*. Par contre, l'article 178 du code civil égyptien ne retient que la cause étrangère comme cause d'exonération.

¹¹⁵ - Wahbah Al-Zuhaili, op.cit., p.222.

¹¹⁶ - L'article 178 du code civil égyptien dispose : «Quiconque se trouve tenu en vertu de la loi à la surveillance particulière ou la garde d'engins mécaniques répond des dommages causés par ces choses, à moins de prouver que le dommage est dû à une cause étrangère qui ne peut lui être imputée, et cela sans préjudice des dispositions spéciales.»

En ce qui concerne les dommages causés par des choses que l'on peut qualifier de non dangereuses, il est plus facile pour ceux qui en ont le contrôle et la maîtrise de prendre les précautions à même d'éviter tout dommage éventuel et il s'en suit donc, que tout dommage causé à autrui, donne lieu à réparation. Le responsable répond de ces dommages en tant que Moutassabib (responsable indirect) sans aucune possibilité de s'y soustraire.

4- La responsabilité du fait de l'exercice des libertés publiques : l'obligation de garantir la sécurité d'autrui

Aux termes de l'article 287 du Projet : *L'exercice des libertés publiques est limité par la sécurité des tiers. Quiconque cause dans le cadre de l'exercice d'une liberté publique, un dommage à autrui, doit en répondre s'il pouvait l'éviter* ». Cet article correspond à l'article 926 du Medjellé : « *Chacun a le droit de passer sur la voie publique, mais à condition de ne nuire à personne, c'est-à-dire à condition de ne pas causer quelque dommage à autrui par un acte qu'il pouvait éviter...* » La libre circulation des personnes sur la voie publique est conditionnée par le respect de la sécurité d'autrui. Autrement dit, toute personne a le droit d'utiliser les voies et les places publiques, à condition de ne causer aucun dommage à autrui sous peine d'engager sa responsabilité.

L'article 926 du Medjellé nous donne en ses alinéas 2 et 3 les exemples du portefaix et du forgeron. Le premier : «... *qui en passant sur la voie publique, laisse tomber sa charge sur le bien d'autrui...* » devra réparer les dommages subis par le bien d'autrui. Le forgeron sera, quant à lui, responsable des dommages causés aux vêtements du passant sur la voie publique, brûlés par les étincelles qui s'échappaient de sa boutique alors qu'il battait du fer. En l'absence d'un contact direct entre le fait du portefaix (laisser tomber sa charge) et les dommages causés au

bien d'autrui, ou entre le fait du forgeron (battre le fer), et le vêtement brûlé du passant, il ne peut s'agir conformément aux solutions de la Chari'a que d'une responsabilité indirecte « tassaboub »¹¹⁷. Or les auteurs du Projet ont inséré cet article 287 sous le paragraphe 3 « De la responsabilité du fait des animaux, des bâtiments et des choses »¹¹⁸ comme s'il s'agissait d'un cas de responsabilité du fait des choses, alors qu'il est clairement indiqué que cette responsabilité prend naissance dans l'inobservation de l'obligation de sécurité imposée à toute personne utilisant la voie publique. D'ailleurs, aux termes de l'article 927 du Medjellé l'usage de la voie est règlementé.

Aux termes de cette communication, nous pouvons dire que l'élaboration d'un code civil arabe unifié présente non seulement des avantages pour les pays arabes au nombre de 22, mais également pour le reste du monde. Une législation unifiée consolidera certainement l'unité du monde arabe dans la mesure où elle facilitera les relations entre états arabes, d'autant plus qu'il s'agit de revenir à un patrimoine commun : l'Islam. L'ouverture, par ailleurs, du monde arabe sur le reste du monde -qui est en fait une simple évidence- commande que le projet de code civil arabe unifié, soit sinon proche des codes étrangers, du moins accessible. Il s'agissait donc de codifier les solutions de la Chari'a selon le modèle occidental. Cette tentative tentée déjà par les différents pays arabes, au titre de leur législation interne, n'a pas donné, à notre avis, les résultats attendus. On assiste beaucoup plus à un mouvement d'occidentalisation de la Chari'a qu'à sa modernisation.

¹¹⁷- V. à titre d'exemple les cas de figure objet de l'article 922 du Medjellé, insérés dans le chapitre II, intitulé « Du dommage causé indirectement ».

¹¹⁸- La responsabilité du fait des choses aurait pu être invoquée en application des articles 138 du code civil algérien, 96 du code des obligations et des contrats tunisien, 88 du code des obligations et des contrats marocain ou 1384-1 du code civil français.

Les auteurs du Projet de code civil arabe unifié, ont adopté au plan formel dans son sens le plus large (plan du texte, contenu, terminologie, classification etc.) la démarche du code civil français, dont l'influence à travers le monde entier n'est plus à démontrer. Partant de là, ils ont essayé d'adapter les solutions de la Chari'a à ces aspects formels. Or, nous avons indiqué au début de cette communication que la forme d'un texte a inévitablement des incidences sur le fond. L'effort de systématisation et de rationalisation des différents cas de figure retenus par la Chari'a, par référence au modèle occidental (terminologie, classification etc.), ont abouti à la dénaturation de la Chari'a. Le souci d'assimiler les solutions de celle-ci à ceux du droit occidental a prévalu sur le respect de l'esprit des solutions préconisées par la Chari'a.

L'accessibilité du droit ne signifie pas qu'il faille coûte que coûte identifier les solutions de Ch'aria au droit occidental. Au lieu de vouloir à tout prix synthétiser, par exemple les solutions relatives à la question de la responsabilité, en se conformant au modèle français (responsabilité du fait personnel, du fait d'autrui et du fait des choses), il aurait été plus judicieux de retenir une classification plutôt bipartite (responsabilité directe et responsabilité indirecte) qui a l'avantage d'être conforme à l'esprit de la Chari'a. Les auteurs du projet auraient dû consacrer également d'une manière plus explicite la dualité du régime de la réparation des dommages corporels et des dommages matériels, d'autant qu'il s'agit là d'une revendication de la doctrine moderne.

Outre cette objection, l'inconvénient majeur de ce Projet, c'est l'archaïsme de ses solutions. Elaboré en 1997, les auteurs

du projet auraient dû s'intéresser aux questions d'actualité – s'agissant de modernisation- plutôt que s'en tenir aux solutions qui prévalaient à l'époque de l'élaboration du code civil français et qui sont tombées en quelque sorte en désuétude depuis.