

XXII^e ANNÉE. — N° 125

JANVIER 1931

L'ÉGYPTE CONTEMPORAINE

REVUE DE LA SOCIÉTÉ ROYALE D'ÉCONOMIE POLITIQUE DE STATISTIQUE ET DE LÉGISLATION

TOME VINGT-DEUXIÈME



LE CAIRE
IMPRIMERIE E. & R. SCHINDLER
41, RUE MADABEGH, 41

1931

LE TRANSPORT DE DETTE
DANS LES
LÉGISLATIONS EUROPÉENNES
ET
EN DROIT MUSULMAN
PAR
ALBERT CHÉRON
PROFESSEUR A L'UNIVERSITÉ EGYPTIENNE
ET A L'UNIVERSITÉ DE STRASBOURG
ET
MOHAMED SADEK FAHMY BEY
ANCIEN PROFESSEUR A L'UNIVERSITÉ EGYPTIENNE
JUGE AU TRIBUNAL INDIGÈNE DU CAIRE.

Le transport de dette entre vifs, la prise en charge d'une dette par un nouveau débiteur aux lieu et place du débiteur primitif, a donné lieu en Europe à une grande controverse législative, qui divise aujourd'hui encore les législations positives. Le vieux principe romain de l'intransmissibilité de l'obligation, lien juridique essentiellement déterminé par les personnes du débiteur

NOTE DE LA RÉDACTION.—

Les auteurs de cet article font paraître en ce moment même dans le Bulletin de la Société de Législation comparée une étude sur le transport de dette (HEWALA) en Droit musulman, spécialement d'après le rite hanafite. Ils ont, avec l'assentiment de cette Société, complété ce travail, à l'intention des lecteurs de l'Egypte Contemporaine, en le faisant précéder d'une première partie sur la reprise de dette en Droit allemand et en Droit suisse, et en y ajoutant une conclusion sur le transport de dette en Droit français et égyptien moderne. C'est la première partie de cette étude d'ensemble que nous publions dans le présent numéro.

et du créancier, a complètement disparu quant au côté actif de l'obligation. Par la cession de créance, un nouveau venu, le cessionnaire, succède au créancier primitif dans une obligation, qui reste identique à elle-même et où il n'y a de changé que la personne du créancier. Mais dans la plupart des législations, la même transformation ne s'est pas accomplie en ce qui concerne l'obligation envisagée du côté passif. L'idée s'est perpétuée qu'on ne peut pas, si ce n'est à cause de mort, substituer une nouvelle personne au débiteur primitif, sans éteindre par là même l'obligation et en créer une autre plus ou moins différente. On peut bien, par des procédés que connaissait déjà le Droit romain, par une expromission entre le créancier et le nouveau débiteur, ou par une délégation novatoire, qui exige le consentement des trois intéressés, libérer le débiteur primitif et faire passer sur une nouvelle tête la charge économique de la dette. Mais l'obligation nouvelle ainsi créée entre le créancier et le nouveau débiteur est juridiquement distincte et indépendante de celle qui préexistait entre le créancier et le débiteur primitif⁽¹⁾. Le principe de la liberté des conventions permet sans doute de faire ressembler, par des clauses spéciales, la nouvelle obligation à l'obligation éteinte. Mais ce ne sera jamais qu'une ressemblance, non une identité. D'ailleurs, la liberté des conventions a elle-même ses limites : par exemple, il n'appartient pas aux parties d'imprimer à la nouvelle obligation le caractère commercial qu'avait l'obligation primitive et de rendre ainsi le nouveau débiteur justiciable des tribunaux de commerce ; car la compétence *ratione materiae*, réglée impérativement par la loi, échappe à l'autonomie de la volonté.

Après une longue discussion doctrinale, qui mit aux prises les juristes allemands du XIX^e siècle, les uns défendant les idées traditionnelles, les autres cherchant à élaborer la construction juridique de certains usages qui s'étaient répandus dans la pratique⁽²⁾, le Code civil allemand rompit délibérément avec les précédents romains en passant sous silence la novation, consi-

⁽¹⁾ COLIN et CAPITANT, *Cours élém. de Droit civil français*, 5^e éd., pp. 145 et suiv. ; GAUDEMEL, *Etude sur le transport de dette* (Paris, Rousseau, 1898), pp. 234 et suiv. ; SALEILLES, *La cession de dettes, Annales de dr. commercial*, 1890 ; et *Théorie générale de l'obligation* (2^e éd., Paris, 1901), Nos. 105 et suiv.

⁽²⁾ GAUDEMEL, *op. cit.*, pp. 43 et suiv., 456 et suiv.

dérée comme une institution désuète, et en réglementant (art. 414 à 419) la reprise de dette (*Schuldübernahme*), contrat conclu entre deux personnes, entre le créancier et le nouveau débiteur (art. 414), ou entre les deux débiteurs successifs avec approbation ultérieure et rétroactive du créancier (art. 415); contrat qui réalise une véritable succession d'un débiteur à un autre dans une dette qui demeure identique à elle-même. Quelques années plus tard, le législateur suisse, en révisant le Code fédéral des obligations, maintint la novation dans ses diverses applications, notamment la novation par changement de débiteur (art. 116), mais institua en outre (art. 175 et s.) une reprise de dette, d'ailleurs assez différente de celle du Droit allemand, car c'est un contrat à trois personnes, ne prenant date qu'au jour où le créancier accepte l'offre que lui font les deux débiteurs successifs à la suite de leur accord préalable (art. 175 et 176) (¹). Mais le Droit des pays latins semble réfractaire à cette conception nouvelle. Le tout récent projet de Code franco-italien des obligations et des contrats, qui sur plusieurs points a su mettre en œuvre les idées les plus modernes, n'a pas admis la succession à la dette par acte entre vifs, et s'en est tenu à une rédaction plus précise des textes sur la novation et la délégation (art. 199 et s.).

Or cette idée que la dette peut être transmise entre vifs, et non pas seulement remplacée par une dette différente à la charge d'un nouveau débiteur, cette idée, qui apparaît comme une innovation discutée dans le droit des pays européens, semble avoir été admise ou tout au moins envisagée depuis des siècles par les docteurs du Droit musulman. Le fait est d'autant plus remarquable que le Droit musulman n'a jamais connu, pour la transmission des créances entre vifs, que la novation par changement de créancier, et que, d'autre part, il n'a jamais admis que l'héritier succéda personnellement aux dettes du défunt, celles-ci n'étant recouvrables que sur l'actif de la succession (²). Notre assertion a d'ailleurs besoin d'être démontrée;

(¹) ROSEL, *Droit fédéral des obligations* (Genève, Payot, 1920), Nos. 354 et suivants.

(²) ABDEL HAMID BADAOUI PACHA, *Du principe qu'en Droit musulman la succession n'est ouverte qu'après l'acquittement des dettes*, dans *L'Egypte contemporaine*, T. V, pp. 14 à 40.

car récemment un auteur très versé dans le Droit de l'Islam a cru pouvoir écrire : « La loi musulmane n'admet pas la cession de dette entre vifs. Aucun texte, à notre connaissance tout au moins, ne la prévoit ni ne l'autorise. Le transport de dette, en effet, réglementé par les articles 680 et suivants de la Medjellah, est subordonné à l'acceptation du créancier et libère la caution s'il y en a une. C'est, en somme, une novation par changement de débiteur » (¹).

Qu'il nous soit permis, tout d'abord, de remarquer que la cession de dette du Droit suisse exige, elle aussi, outre le consentement des deux débiteurs, celui du créancier, celle du Droit allemand son approbation rétroactive (*Genehmigung*) ; que, d'autre part, la cession de créance du Droit égyptien indigène nécessite (art. 349 Code Civil Indigène), outre le consentement du cédant et du cessionnaire, celui du débiteur cédé (²) ; qu'en revanche, dans toutes les législations, la novation par changement de débiteur peut se faire par expromission, c'est-à-dire par le consentement de deux personnes seulement, le créancier et le nouveau débiteur. Il est donc tout au moins aventure de soutenir que le transport de dette en Droit musulman est une novation et non une cession, sous le prétexte qu'il ne peut s'effectuer qu'avec le consentement de trois personnes. On verra d'ailleurs que le consentement des trois personnes, notamment celui du créancier, n'est pas exigé dans tous les rites.

L'argument tiré de la libération de la caution n'est pas plus probant. Car dans la cession de dette du Droit allemand et du Droit suisse, la caution, qui n'a entendu garantir que la solvabilité du débiteur primitif, est libérée, à moins qu'elle ne consente à cautionner le nouveau débiteur (art. 418 C. civ. all.; art. 178 C. féd. des oblig.).

La question demeure donc entière ; et c'est d'après un autre critérium qu'il faut déterminer la nature juridique de cette insti-

(¹) MORAND, *Quelques particularités du Droit musulman des obligations*. Bulletin de la Soc. de Lég. comp., 1929, p. 364.

(²) Ce n'est d'ailleurs qu'une survivance du Droit musulman, qui n'admettait pas qu'un débiteur pût être contraint de perdre un bon créancier pour se trouver obligé envers un autre créancier moins accommodant. Cette même tendance, favorable au débiteur, explique la cession de dette, qui a son origine, comme on le verra plus loin, dans un précepte religieux.

tution que les textes musulmans désignent par le terme "hewala". Dans la traduction française du *Morched el Haïran* de Kadri Pacha, ce terme est traduit (art. 876 et s.) par le mot "délégation" (¹). Mais cette prétendue délégation ne ressemble que de très loin à l'institution dont traitent les articles 1275 et 1276 du Code civil français. Parmi les traits qui l'en distinguent, relevons dès à présent l'article 896 ainsi conçu : « La dette ne change pas de qualité en se transférant au tiers délégué ». Ce texte semble bien indiquer que ce tiers, nouveau débiteur, entre dans la dette aux lieu et place du débiteur primitif, sans que la dette soit changée, car c'est toujours la même dette. La *Medjellah*, codification officielle, faite en 1869, du Droit civil alors en vigueur en Turquie d'après le rite hanafite (²), ne pose pas le principe en termes généraux, mais en formule, comme d'ailleurs le Statut réel de Kadri pacha, certaines conséquences pratiques, en décidant (art. 697) que la dette conserve, entre les mains du nouveau débiteur, ses modalités de dette pure et simple, conditionnelle ou à terme.

Le Statut réel hanafite n'est plus en vigueur en Egypte depuis la promulgation, en 1883, d'un Code civil indigène imité du Droit français. La *Medjellah* a cessé d'être applicable en Turquie, depuis que les lois des 17 février et 3 avril 1926 y ont introduit presque sans changement les lois civiles suisses, notamment le Code fédéral des obligations, dont les articles 175 à 183 sur la reprise de dette sont textuellement traduits dans les articles 173 à 181 du nouveau Code turc des obligations. Mais le droit musulman suivant le rite hanafite régit encore certaines contrées, notamment la Syrie et le Turkestan. D'autres rites sont en vigueur dans d'autres pays : le malékite au Maroc, en Algérie et en Tunisie ; le chaféite en Irak, dans le Hedjaz et surtout aux Indes ; le hanbalite en Afghanistan et en Arabie (³). La doctrine ou plutôt

(¹) KADRI PACHA, *Le statut réel d'après le rite hanafite*, traduction française par ABDEL AZIZ KAHIL BEY (Le Caire, 1893).

(²) Traduction française de la *Medjellah* dans ARISTARCHY BEY, *Législation ottomane*, t. VI (Constantinople, 1881) ; traduction anglaise par W. E. GRIGSBY (London, Stevens, 1895). Abrév. : M. — Edition en arabe, avec commentaire, par SÉLIM ROUSTOUM BAZ EL LIBNANI (3^e édit., Beyrouth, Impr. Adabieh, 1923).

(³) E. LAMBERT, *Fonctions du Droit civil comparé*, pp. 341 et suiv. MOH. SADEK FAHMY, *Traité des preuves en Droit civil comparé* (Paris, 1924), pp. 65-66.

les doctrines musulmanes du transport de dette présentent donc un intérêt actuel autant qu'historique, et fournissent un apport non négligeable à l'étude d'une question sur laquelle le Droit des pays européens est encore en pleine évolution.

C'est pourquoi nous avons essayé de confronter avec les solutions du Droit allemand et du Droit suisse, ainsi qu'avec le très important mouvement doctrinal d'où est issu ce Droit nouveau, les idées plusieurs fois séculaires de l'Islam en cette matière. Certes les dissemblances sont profondes. Les principes mêmes qui guidaient les cheikhs des siècles passés n'ont rien de commun avec les conceptions des juristes allemands du XIX^e siècle, ceux-là s'inspirant de ce précepte religieux et moral, que le créancier doit faciliter au débiteur sa libération, ceux-ci raisonnant d'une façon abstraite et objectivant la dette comme élément passif d'un patrimoine, susceptible de passer dans un autre patrimoine. Mais il n'en est que plus curieux de constater de singulières rencontres de pensée entre des hommes qui partaient de points de vue aussi différents.

Il nous paraît utile, dans un intérêt de clarté, d'exposer d'abord à grands traits les données du Droit allemand et du Droit suisse sur le transport de dette (¹). Nous présenterons ensuite le résultat des recherches que nous avons faites chez les auteurs du Droit musulman, en prenant soin de noter, chemin faisant, les points de contact entre la vieille pensée islamique et les conceptions toutes modernes des novateurs européens.

(¹) L'étude approfondie de cette institution a été présentée en France par MM. Saleilles et Gaudemet dans les ouvrages précités, où l'on trouvera le relevé d'une abondante littérature allemande.

PREMIÈRE PARTIE

LA REPRISE DE DETTE EN DROIT ALLEMAND ET EN DROIT SUISSE

L'institution est désignée en Allemagne et en Suisse par le mot *Schuldübernahme*, qui se traduit littéralement par l'expression *reprise de dette*. Elle fait l'objet des articles 414 à 419 du Code civil allemand, 175 à 183 du Code fédéral suisse des obligations. Ces textes ne furent d'ailleurs pas une création spontanée et arbitraire du législateur. Ils ont leurs antécédents dans des pratiques coutumières des pays germaniques, où l'on voyait, dans certains cas, une personne se charger des dettes d'autrui et se trouver obligée dans les mêmes termes que son auteur envers le créancier. Au cours du XIX^e siècle, ces usages avaient été discutés par les jurisconsultes allemands, les uns les critiquant comme contraires au droit, les autres essayant de les systématiser et d'en présenter une justification théorique. Avant d'analyser les textes aujourd'hui en vigueur, il est nécessaire de rappeler sommairement ces antécédents pratiques et théoriques.

I. — LES PRÉCÉDENTS COUTUMIERS ET DOCTRINAUX (1)

A. - L'ÉVOLUTION DE LA PRATIQUE. — Les très anciennes coutumes germaniques consacraient, comme toutes les coutumes primitives, l'intransmissibilité de l'obligation, tant du côté actif que du côté passif. Mais elles se dégagèrent, relativement de bonne heure, de ce concept, qui, au contraire, s'était perpétué en droit romain avec des atténuations destinées d'ailleurs uniquement à réaliser en fait et en pratique la cession de créance par le *mandatum*

(1) Nous ne faisons que résumer ici l'exposé magistral et très documenté qui a été fait par M. Gaudemet dans son ouvrage précité, pp. 434 et suiv.

in rem suam et les actions utiles. Peut-être cette différence provient-elle de ce que, dans les coutumes germaniques, l'exécution sur la personne du débiteur ne fut jamais considérée que comme subsidiaire pour le cas où le débiteur n'aurait pas de biens suffisants. Ainsi le lien personnel y était moins fortement accusé que dans la Rome primitive. Quoi qu'il en soit, dès le XIII^e siècle, l'idée était admise que la créance, valeur patrimoniale active, se vend comme un meuble corporel. Et déjà se faisait jour l'idée correspondante que la dette, valeur patrimoniale passive, peut aussi passer d'un patrimoine dans un autre, être prise en charge par un nouveau débiteur, sans cesser d'être la même dette. L'historien du droit allemand Stobbe, dans son *Deutsches Privatrecht*, t. III § 181 note 2, cite des actes des XIII^e et XIV^e siècles, où l'on voit l'acquéreur d'un patrimoine ou d'un ensemble de biens se charger des dettes de l'aliénateur, qui correspondent à la masse active acquise, et s'engager ainsi aux lieu et place de l'aliénateur envers les créanciers.

Lorsque, dans les siècles qui suivirent, le droit romain fut reçu en Allemagne comme droit commun, on y trouva des principes différents. En cas de vente d'une hérédité, le droit romain admettait bien que l'acheteur, dans ses rapports avec le vendeur, se chargeât d'acquitter le passif ; mais les créanciers n'avaient pas action contre lui et continuaient à avoir le vendeur pour débiteur⁽¹⁾. Le droit romain admettait la promesse d'exécution, mais non la cession de dette. Or la pratique judiciaire, faisant prévaloir sur le droit romain certains usages déjà répandus, décida dans ce cas, comme dans celui de donation universelle ou de constitution de dot portant sur une quote-part du patrimoine, que les créanciers de l'aliénateur avaient action contre l'acquéreur de l'actif, celui-ci étant de plein droit obligé envers eux. Sans doute conservaient-ils aussi action contre leur débiteur primitif, tant qu'ils n'avaient pas consenti à le libérer. Mais ils devenaient en outre, par le seul fait de l'aliénation de l'actif, créanciers de celui qui avait acquis cet actif.

A partir du XVI^e siècle, l'idée fait de nouveaux progrès. Jusqu'alors la cession de dette n'avait été usitée que comme accessoire à

(1) L. 2, § 9, D. *De hered. vendita*, 18.4 ; Const. 2, C. *De hered. vendita*, 4.39.

l'acquisition d'un patrimoine ou d'une quote-part de patrimoine. La pratique l'étend à l'acquisition d'un bien particulier, spécialement à l'acquisition d'une firme et à celle d'un immeuble hypothéqué.

Suivant un usage germanique fort ancien, consacré aujourd'hui par le code de commerce allemand et connu sous le nom de *perpétuité des firmes*, celui qui achète un fonds de commerce, acquiert en même temps, sauf convention contraire, la firme, c'est-à-dire le nom commercial de son prédécesseur, et continue l'exploitation sous ce nom avantageusement connu. On admit que, bénéficiant ainsi du crédit de son auteur, dont il reprenait l'actif, il devait aussi prendre en charge son passif et que, sauf notification contraire adressée aux créanciers pour cause de commerce, il se trouvait de plein droit obligé personnellement envers eux.

L'acquéreur d'un immeuble hypothéqué n'est normalement tenu envers les créanciers hypothécaires que comme tiers détenteur de l'immeuble, par l'effet du droit de suite, et seulement sur l'immeuble en question, à l'exclusion de ses autres biens, la dette personnelle continuant à peser sur le patrimoine de l'aliénateur, qui reste débiteur chirographaire. Or on vit s'introduire, dans la pratique des ventes d'immeubles, des clauses par lesquelles l'acheteur déclarait se charger personnellement des dettes dont l'immeuble était grevé. Fallait-il voir dans ces clauses de simples promesses d'exécution, n'ayant d'effet qu'entre les parties ? Ou fallait-il dire qu'elles conféraient aux créanciers hypothécaires le droit de poursuivre l'acquéreur non seulement sur l'immeuble, mais aussi sur ses autres biens ? Après maintes discussions, on finit par décider que les créanciers hypothécaires, sans perdre d'ailleurs leur action contre leur débiteur primitif tant qu'ils ne l'auraient pas libéré, acquéraient droit de poursuite sur tous les biens de l'acheteur à partir du jour où la clause leur était notifiée.

B. — LES CONSTRUCTIONS DOCTRINALES. — Toute cette évolution s'était faite sans construction doctrinale bien arrêtée et contrairement aux données du droit romain. Les solutions admises en pratique restaient discutées par beaucoup d'auteurs, notamment par Savigny (¹) qui, en l'absence de textes consacrant la cession

(¹) SAVIGNY, *System des römischen Rechts*, § 105.

de dette, la considérait comme contraire au droit commun, c'est-à-dire au droit romain, et déclarait qu'il y avait antinomie entre la notion de succession à la dette à titre particulier et la notion même d'obligation, lien entre deux personnes déterminées. C'est vers le milieu du XIX^e siècle que se dessina en Allemagne un important mouvement doctrinal pour justifier la cession de dette, en établir la théorie, en fixer les conditions et les effets. Cette élaboration scientifique conduisit aux solutions consacrées par le Code civil de 1900.

1. - *Théorie de Delbrück.* — En 1853, le professeur Delbrück publia un livre intitulé « La reprise des dettes d'autrui »⁽¹⁾, qui fut très remarqué en Allemagne. Il essayait de concilier la cession de dette avec le principe romain de l'intransmissibilité de l'obligation, en faisant une distinction entre l'*obligation*, lien entre deux personnes déterminées, rapport de droit intransmissible, et d'autre part les produits économiques de l'obligation, c'est-à-dire la *créance*, élément actif du patrimoine du créancier, et la *dette*, élément passif du patrimoine du débiteur. Ces valeurs économiques peuvent, disait-il, passer dans un autre patrimoine, la créance par une cession de créance, la dette par une cession ou reprise de dette, sans cesser d'être identiques à elles-mêmes comme valeurs économiques. En cas de reprise de dette, l'obligation, lien personnel, subsiste entre le débiteur primitif et son créancier, tant que celui-ci n'a pas consenti à le libérer ; mais d'ores et déjà, et même à l'insu du créancier, la valeur économique passive de la dette est transférée dans le patrimoine du nouveau débiteur. De ces prémisses l'auteur tirait les déductions suivantes :

1^o Dans les rapports entre les deux débiteurs, la reprise de dette produit les mêmes effets que si le cessionnaire avait fait au débiteur primitif une prestation de la même somme. Supposons que, lui ayant acheté un bien dont il lui devait le prix, il se soit chargé de la dette de son vendeur, sa promesse, à elle seule, éteint à due concurrence sa dette du prix. C'est ce que Delbrück exprimait par cette formule : « Reprise vaut paiement ». Par suite, si le cessionnaire de la dette n'exécute pas cette promesse, le débiteur primitif, contraint de payer sur poursuites du

⁽¹⁾ DELBRÜCK, *Die Uebernahme fremder Schulden nach gemeinem und preussischem Recht* (Berlin, 1853).

créancier, se retournera contre lui en raison de l'inexécution de sa promesse, mais non par l'action issue de la vente, car cette action est définitivement éteinte.

2° Dans les rapports entre le débiteur primitif et son créancier, rien n'est changé jusqu'à nouvel ordre ; car l'obligation subsiste. Elle ne s'éteindra que par le paiement qu'en fera le cessionnaire de la dette ou, avant cette date, par la libération que le créancier peut accorder à son débiteur primitif, se contentant de son action contre le cessionnaire.

3° Dans les rapports entre le créancier et le cessionnaire de la dette, la convention passée entre les deux débiteurs produit automatiquement, et sans même qu'une notification soit nécessaire, cet effet d'obliger le cessionnaire envers le créancier. Comment cette convention, à laquelle le créancier n'a pas pris part, peut-elle produire cet effet en sa faveur ? C'est, explique Delbrück, parce que la dette a passé comme élément passif dans le patrimoine du cessionnaire, qui en est détenteur. De même que l'acquéreur d'un immeuble est, comme tiers détenteur, tenu de plein droit sur l'immeuble envers les créanciers hypothécaires, de même le cessionnaire d'une dette chirographaire est de plein droit tenu sur tous ses biens, comme détenteur de la dette, envers le créancier. Il s'ensuit que, si ce cessionnaire cède à son tour la dette à un nouveau cessionnaire, il ne sera plus tenu, et c'est contre ce nouveau détenteur de la dette que le créancier pourra agir ; de sorte qu'en cas de transports successifs de la même dette, le créancier n'a jamais action que contre deux personnes, le débiteur primitif, qui reste tenu de l'obligation, et le dernier cessionnaire, qui est tenu comme détenteur de la dette.

La dette passe dans le patrimoine du cessionnaire avec tous ses caractères et toutes ses modalités, avec sa qualité civile ou commerciale, avec les priviléges qui la garantissaient, mais aussi avec les exceptions qui la viciaient et que le cessionnaire de la dette pourra opposer comme aurait pu le faire le débiteur primitif. C'est seulement par convention nouvelle entre le créancier et le cessionnaire que les caractères de la dette peuvent ensuite être modifiés pour leurs rapports entre eux.

Ce système de Delbrück fut le point de départ d'une intense activité doctrinale en Allemagne. On s'accorda pour critiquer la

distinction subtile qu'il faisait entre l'obligation intransmissible, d'une part, la créance et la dette transmissibles d'autre part; car créance et dette ne sont autre chose que l'obligation elle-même considérée en se plaçant du côté du créancier ou du côté du débiteur. Mais les auteurs se divisèrent sur le point de savoir si, rationnellement, l'obligation était ou non transmissible et, en cas d'affirmative, par quel procédé elle pouvait être transmise du côté passif.

2. - *Théorie de Kuntze.* — Les romanistes intransigeants, représentés surtout par Kuntze (¹), continuaient à soutenir que la notion de succession à la dette à titre particulier était inconciliable avec le concept même de l'obligation : qu'on pouvait bien, avec le concours du créancier, créer à la charge d'un nouveau débiteur une nouvelle obligation semblable à la première et convenir ou bien que le créancier garderait les deux obligations comme corréales, le paiement de l'une devant entraîner l'extinction de l'autre, ou bien que le créancier, par une novation, éteignait l'obligation primitive pour ne conserver que la seconde ; mais qu'en tout cas la nouvelle obligation créée était distincte et indépendante de la première.

3. - *Théories de Salpius, Gareis et Menzel.* — D'autres auteurs soutenaient, au contraire, que le droit romain n'était pas réfractaire à l'idée de succession à la dette et qu'il était inutile d'imaginer une nouvelle construction juridique, puisque la novation permettait de fixer sur la tête d'un nouveau créancier ou d'un nouveau débiteur le contenu objectif de la créance ou de la dette (²). Contestable au point de vue historique, car les Romains virent toujours dans la novation l'extinction d'une obligation et son remplacement par une autre, mais cependant concevable au point de vue rationnel, cette thèse fut reprise et développée par Gareis et, en Autriche, par Menzel, qui proposèrent de construire la reprise de dette sur une sorte de délégation comportant accord préalable entre le débiteur primitif et son cessionnaire, puis offre collective adressée par eux au créancier, qui, s'il accepte cette

(¹) KUNTZE, *Die Obligation und die Singularsuccession des römischen und heutigen Rechtes* (Leipzig, 1856).

(²) SALPIUS, *Novation und Delegation* (Berlin, 1864). — Comp. en France, PAUL GIDE, *Etudes sur la novation* (Paris, 1879).

offre, libérera à cette date même le débiteur primitif et deviendra créancier du nouveau débiteur dans les mêmes termes (¹). Dans ce système, bien différent de celui de Delbrück, la convention entre les deux débiteurs ne faisait naître aucun droit au profit du créancier. Le consentement de ce dernier était un élément essentiel de l'opération.

4. - *Théorie de Windscheid.* — Se séparant délibérément des traditions romaines, Windscheid, suivi par une partie de la doctrine allemande, soutint que, si l'obligation avait été jadis déterminée par les personnes du créancier et du débiteur, cette conception avait cessé d'être exacte dans les temps modernes ; que l'obligation était une valeur patrimoniale déterminée surtout par son objet (²). De là il déduit que le débiteur peut se substituer une autre personne dans sa dette par une convention passée avec cette personne. Toutefois, en agissant ainsi, il porte une certaine atteinte aux intérêts du créancier, auquel il peut ne pas être indifférent d'avoir pour débiteur telle personne ou telle autre en raison de leurs solvabilités inégales. La cession de dette implique, de la part du débiteur cédant, disposition du droit du créancier. Mais un acte de disposition du droit d'autrui peut être rétroactivement validé par la ratification du titulaire du droit. Donc si le créancier adhère après coup à la cession de dette, celle-ci vaudra à son égard rétroactivement, non pas à partir du jour de son adhésion, mais du jour de la convention passée entre le débiteur primitif et le cessionnaire. Et voici les conséquences pratiques du système :

1^o Jusqu'à l'adhésion du créancier ou après son refus d'adhésion, le cessionnaire de la dette est considéré comme n'ayant aucun rapport juridique avec le créancier, qui n'a acquis aucun droit contre lui. C'est seulement dans ses rapports avec le débi-

(¹) GAREIS, *Die Verträge zu Gunsten Dritter* (Wurzbourg, 1873), pp. 272 et suiv.; MENZEL, *Zur Lehre der Schuldübernahme*, dans *Grünhut's Zeitschrift*, 1884, pp. 581 et suiv.

(²) WINDSCHEID, *Pandekten*, (1862), t. II, § 338. — Comp. GÜRGENS, *Die Singulärerfolgung in die Schuld*, dans *Ihering's Jahrbücher*, 1866, pp. 221 et suiv.; REGELSSBERGER, *Ueber die Verträge zu Gunsten Dritter und die Schuldübernahme*, dans *Archiv für civilistische Praxis*, 1884, pp. 1 et suiv.; UNGER, *Schuldübernahme* (Vienne, 1889).

teur primitif qu'il se trouve obligé, lui ayant promis de lui procurer sa libération et de le garantir contre toute poursuite du créancier.

2^o Mais après adhésion du créancier, tout se passe comme s'il avait participé à la convention de reprise de dette antérieurement passée entre les deux débiteurs. C'est du jour de cette convention que datent la libération du débiteur primitif et l'obligation du nouveau débiteur envers le créancier. Par suite, si le nouveau débiteur est devenu incapable, il n'en est pas moins valablement obligé envers le créancier réputé partie à la convention antérieure. Si une cause de compensation est née au profit du débiteur primitif pendant ce laps de temps, l'exception de compensation ne pourra être opposée, puisque le débiteur primitif est réputé avoir été libéré auparavant. On aperçoit que les solutions seraient différentes dans la théorie de l'offre collective de Gareis et de Menzel, et aussi dans le système de Delbrück, où le débiteur primitif n'est libéré qu'à partir du jour où le créancier y consent.

3^o Si le cessionnaire rétrocède la dette à un tiers avant l'adhésion du créancier, ce tiers prend sa place dans la convention de reprise de dette et se trouvera seul obligé envers le créancier, si celui-ci donne ensuite sa ratification, le premier cessionnaire étant devenu étranger à l'opération. Mais après l'adhésion du créancier, toute nouvelle cession de la dette serait subordonnée, comme la première cession, à une nouvelle ratification du créancier. Sur ce point encore, les conséquences pratiques diffèrent de celles du système de Delbrück, qui ne voit dans le cessionnaire qu'un détenteur éphémère de la dette.

5. - *Théorie de Bähr.* — Signalons enfin les efforts faits par Bähr et quelques autres auteurs pour construire la reprise de dette sur la base d'une stipulation pour autrui (¹). Le débiteur primitif, en stipulant du nouveau débiteur qu'il paiera la dette, stipule non seulement pour lui, mais aussi pour le créancier. L'adhésion de ce dernier consolide son droit avec effet rétroactif. Ce système

(¹) BÄHR, *Ueber die Verträge zu Gunsten Dritter und die Schuldübernahme*, dans *Archiv. für civilistische Praxis*, 1884, pp. 177 et suiv.; STOBBE, *Deutsches Privatrecht*, t. 3 § 181; DANZ, *Die Forderungsüberweisung, Schuldüberweisung, und die Verträge zu Gunsten Dritter* (Leipzig 1886).

aboutit en partie aux mêmes résultats que le précédent. Mais il laisse subsister l'obligation du débiteur primitif envers le créancier; car si celui-ci profite de la stipulation et acquiert ainsi des droits contre le nouveau débiteur, il ne renonce pas pour cela à ses droits contre son débiteur originaire.

Ce rapide exposé montre combien le problème du transport de dette avait été agité par les théoriciens avant d'être examiné par les législateurs. On va voir qu'il a été tranché de deux façons différentes par la loi allemande et par la loi suisse.

II. -- LA REPRISE DE DETTE DANS LE CODE CIVIL ALLEMAND⁽¹⁾

Dans la section V du livre II, consacrée à la reprise de dette (art. 414 à 419), le Code civil allemand réglemente le droit commun de cette institution en précisant ses conditions et ses effets. Mais en outre, il vise spécialement certains cas de reprise de dette, qui existaient déjà dans les usages antérieurs, pour les soumettre à des règles particulières.

§ I — CONDITIONS DE LA REPRISE DE DETTE

Le Code distingue, quant aux conditions de formation, la reprise de dette par contrat entre un tiers et le créancier (art. 414) et celle qui résulte d'une convention entre un tiers et le débiteur (art. 415).

Le premier procédé présente quelque analogie avec *l'expromissio* du droit romain; et il semble que le législateur ait été, sur ce point, influencé par les idées de Salpius, qui prétendait voir dans la novation par changement de débiteur une véritable succession à la dette. Sans doute le Code civil allemand a passé sous silence la novation, considérée comme inutile et désuète; mais il a accueilli l'idée de Salpius, qui, contestable au point de vue historique, peut se concevoir en droit moderne, en déclarant :

(1) Les dispositions du Code civil allemand sur la reprise de dette ont été à peu près textuellement reproduites dans les articles 300 à 306 du tout récent Code civil de la République de Chine. (Traduction française par HO-CHONG-CHAN, Paris, Sirey, 1930.)

« Une dette peut être reprise par un tiers par voie de contrat avec le créancier, de telle manière que le tiers entre aux lieu et place du précédent débiteur ». Remarquons que la loi se garde bien d'appeler cela une novation. C'est un contrat *sui generis*, qui maintient la même obligation en changeant seulement la personne du débiteur.

Lorsque la reprise de dette se fait par contrat avec le créancier, elle se réalise sans autre formalité ; car elle ne peut qu'être avantageuse au débiteur primitif. Au contraire, la reprise de dette par convention avec le débiteur est plus complexe ; car il faut sauvegarder les intérêts du créancier. Et nous allons retrouver ici les idées de Windscheid.

L'article 415 alinéa 1 est ainsi conçu : « Lorsque la reprise de dette a été l'objet d'une convention passée par le tiers avec le débiteur, son efficacité dépend de l'approbation du créancier. Cette approbation ne peut intervenir que lorsque le débiteur ou le tiers ont donné communication de la reprise de dette au créancier. Jusqu'à l'approbation, les parties peuvent modifier ou supprimer le contrat ». A première lecture, ce texte semble manquer de précision ; car il n'indique pas expressément si cette approbation du créancier rétroagit ou non au jour du contrat. Il paraît s'appliquer aussi bien à la théorie de l'offre collective qu'à celle de la ratification rétroactive. C'est pourtant ce dernier système que le législateur a entendu consacrer. Cela ressort de déclarations très nettes faites dans les travaux préparatoires, ainsi que du terme technique employé, *Genehmigung*, approbation, ratification. Il a été dit, dans les rapports présentés au Reichstag, que l'art. 415 n'était qu'une application particulière de la théorie générale des articles 184 et 185, aux termes desquels « un acte de disposition fait relativement à un objet par un non-ayant droit devient efficace s'il est approuvé par la véritable ayant droit », et que « cette approbation (*Genehmigung*) a un effet rétroactif ». Donc aucun doute n'est possible sur le sens de l'art. 415. C'est bien l'idée de Windscheid qui a passé dans la loi.

Le principe étant ainsi admis, une question subséquente se posait, que n'avait pas prévue Windscheid. A quel moment le créancier pouvait-il adhérer rétroactivement à la reprise de dette ? Le pouvait-il tout de suite ? Devait-il attendre qu'on l'y invitât par une notification ? Pouvait-il ensuite attendre indéfini-

ment ? Le Code admit les solutions suivantes. Le créancier ne peut pas adhérer à la reprise de dette, tant que l'une ou l'autre des parties ne la lui a pas notifiée. Jusqu'à ce moment-là, cédant et cessionnaire peuvent s'entendre pour supprimer le transport de dette (art. 415 al. 1). Une fois la notification faite, le créancier peut donner son approbation quand il voudra. Toutefois, si la notification lui fixe à cet effet un délai maximum, son silence pendant tout ce délai est interprété comme un refus ; et il ne pourra plus ensuite approuver le contrat pour avoir action contre le préteur cessionnaire de la dette (art. 415 al. 2). Le texte dit qu'en cas de refus exprès ou tacite du créancier, « la reprise de dette est considérée comme n'ayant pas eu lieu ». C'est bien exact en ce qui concerne le créancier. Mais entre le cédant et le cessionnaire, elle continue de valoir comme promesse d'exécution ; et le cessionnaire n'en doit pas moins garantir le cédant contre les poursuites du créancier, en désintéressant celui-ci à l'échéance.

Notification et approbation ne sont soumises par la loi à aucune règle spéciale de forme. On en conclut que l'approbation peut être tacite, résulte par exemple de ce que le créancier a remis son titre au débiteur primitif ou a reçu du cessionnaire un acompte, qu'il aurait pu refuser, ou encore, semble-t-il, de ce qu'il a assigné le cessionnaire.

De même, le refus n'est pas nécessairement exprès. Il résulte tacitement de ce que le créancier a gardé le silence pendant tout le délai qui lui était imparti par la notification. Refus tacite aussi, lorsque le créancier, ayant reçu notification de la cession, agit contre le cédant ; car il manifeste ainsi qu'il ne veut pas le libérer.

Le créancier ne peut qu'accorder ou refuser son approbation sans réserves ni modifications. Il ne saurait, par exemple, déclarer qu'il accepte l'engagement du cessionnaire, mais qu'il refuse de libérer le cédant. La convention de reprise de dette forme un bloc à approuver en entier ou à rejeter complètement. Il ne s'agit pas d'une offre à discuter. Il s'agit d'un contrat définitivement passé entre le débiteur et un tiers ; et le créancier est invité à faire connaître s'il veut le faire sien ou s'il entend y rester étranger.

§ 2. — EFFETS DE LA REPRISE DE DETTE.

La reprise de dette, approuvée par le créancier, intéresse trois personnes : le créancier, le débiteur primitif et le nouveau débiteur. Il y a donc trois ordres de rapports juridiques à envisager.

I. - *Rapports entre le débiteur primitif et le nouveau débiteur.*— Entre ces deux personnes, les effets de la reprise de dette sont définitivement fixés par leur contrat, indépendamment de l'approbation ou du refus du créancier. Ces effets sont les suivants :

1^o En se chargeant de la dette, le cessionnaire entend arriver au même résultat que s'il faisait au cédant une prestation égale au montant de la dette. Prenant à son compte une dette de 100 dont était tenu le cédant, il entend, par ce procédé, lui prêter 100, ou lui faire donation de 100, ou lui payer une somme de 100 qu'il lui devait. Ce résultat est-il atteint dès l'instant du contrat de reprise de dette ? Ou ne sera-t-il réalisé que le jour où le cessionnaire versera les espèces aux mains du créancier ? Le cessionnaire qui, en reprenant la dette de son vendeur, veut payer son prix, sera-t-il considéré comme libéré de l'action de vente tout de suite, ou seulement plus tard ? Delbrück résolvait la question dans le premier sens : « Reprise vaut paiement ». Mais les auteurs postérieurs objectaient que cela pouvait être contraire à l'intention des parties et qu'en somme c'était une question d'espèce. Le Code, en gardant le silence sur ce point, semble bien avoir consacré cette dernière opinion. Mieux aurait valu, croyons-nous, poser une règle interprétative, celle de Delbrück ou une autre, sauf à permettre la preuve d'une commune intention différente.

2^o En se chargeant de la dette, le cessionnaire s'engage envers le cédant. Mais à quoi s'engage-t-il exactement ? A lui procurer tout de suite sa libération ? Ce serait dangereux : car rien ne dit que le créancier voudra approuver la convention. A l'indemniser, si le créancier le force à payer ? Mais le cédant voudrait précisément ne pas avoir à payer. L'article 415, al. 3, admet une solution très sage, en disant que « le cessionnaire s'engage envers le cédant à désintéresser le créancier en temps utile pour que le cédant ne soit pas poursuivi ». Cette promesse suffit au cédant ; et le cessionnaire peut la faire ; car sa réalisation ne dépend que

de lui, puisque le créancier, même s'il n'approve pas le changement de débiteur, ne pourra pas refuser le paiement de sa créance échue, qui lui sera offert par un tiers.

II. - *Rapports entre le créancier et le débiteur primitif.* — Tant que le créancier n'a pas approuvé la reprise de dette, aucun changement ne se produit dans ses relations avec le débiteur primitif. Mais par son approbation, il le libère rétroactivement à dater du jour de la convention. Il n'est pas nécessaire qu'il le dise expressément; cela résulte de son approbation. Et cette libération est définitive. Si ensuite le nouveau débiteur devenait insolvable, le créancier ne pourrait pas se retourner contre le débiteur originaire.

III. - *Rapports entre le créancier et le nouveau débiteur.* — Avant l'approbation du créancier, il n'y a aucun lien de droit entre ces deux personnes. Mais par le fait de cette approbation, le nouveau débiteur, succédant rétroactivement au débiteur primitif à dater du jour de la convention, est obligé envers le créancier, à dater de ce jour, dans les termes mêmes où l'était le débiteur primitif. Tel est le principe. Le Code y a d'ailleurs dérogé sur quelques points.

Ce principe a pour conséquences que, si la dette était commerciale, son cessionnaire, nouveau débiteur, est tenu commercialement; que si elle portait intérêt, il devra les intérêts, alors même qu'il l'aurait ignoré; qu'enfin il pourra opposer au créancier toutes les exceptions que pouvait lui opposer le débiteur originaire, mais qu'au contraire il ne pourra se prévaloir, à son encontre, des exceptions qu'il aurait pu lui-même opposer à celui-ci en raison de leurs relations juridiques antérieures (article 417, alin. 1 et 2). Supposons, par exemple, que l'acheteur d'une maison se soit chargé de la dette que son vendeur avait contractée en empruntant. Il pourra exciper, contre le créancier prêteur, de l'incapacité de l'emprunteur, mais non des vices de la maison achetée; car l'obligation existant entre lui et le créancier est celle qui résulte du prêt, non pas celle qui est issue de la vente.

Cependant l'article 417, al. 1, dit que le cessionnaire de la dette ne peut faire compensation d'une créance appartenant au premier débiteur. N'est-ce pas contraire au principe? Non, parce que cela s'explique par la théorie allemande de la compensation, qui

suppose essentiellement (art. 388) une déclaration de volonté émanée du titulaire même de l'une ou de l'autre des créances à compenser, ce qui exclut toute possibilité d'opposer en compensation la créance d'autrui.

Voici, en revanche, d'indéniables tempéraments au principe. La cession de dette consistant dans le maintien de l'obligation avec le seul changement de la personne du débiteur, les sûretés accessoires devraient logiquement subsister. C'est ce que décidait le premier projet. Mais on objecta que la caution personnelle ou réelle, qui a bien voulu cautionner le débiteur primitif, n'aurait peut-être pas consenti à garantir le nouveau débiteur moins solvable; que l'acheteur de l'immeuble hypothéqué n'aurait peut-être pas acheté, s'il avait su que la dette allait passer sur une autre tête. De là l'article 418, al. 1, aux termes duquel les cautionnements, gages, hypothèques qui garantissaient l'obligation disparaissent en cas de reprise de dette, à moins que ne soit obtenue, en même temps que l'adhésion du créancier, celle de la caution ou du propriétaire du bien grevé de gage ou d'hypothèque. Comme l'objet du gage ou de l'hypothèque appartient le plus souvent au débiteur primitif, celui-ci, en cédant sa dette, consent par là même implicitement à maintenir le gage ou l'hypothèque. Le texte n'intéresse donc que les tiers cautions personnelles ou réelles et le tiers détenteur de l'immeuble hypothéqué.

Quant aux priviléges, l'article 418 al. 2 décide qu'ils ne peuvent s'exercer sur le patrimoine du cessionnaire de la dette. Ce texte ne concerne en réalité que les priviléges généraux, droits de préférence (*Vorzugsrechte*) sur l'ensemble de l'actif, énumérés par l'art. 54 de la loi allemande sur les faillites civiles ou commerciales. Pour les priviléges spéciaux, sûretés légales sur certains biens, la solution est la même que pour l'hypothèque et le gage conventionnels. En bonne logique, le privilège général, qualité de la créance, devrait, en cas de cession de dette, subsister comme la créance elle-même et avoir désormais pour objet le patrimoine du nouveau débiteur au lieu du patrimoine de l'ancien. C'était l'avis de plusieurs jurisconsultes antérieurs⁽¹⁾. Le Code a écarté cette solution sans raison bien décisive.

⁽¹⁾ DELBRÜCK, *op. cit.* pp. 107 et suiv.; WINDSCHEID, *op. cit.*, t. II § 339, GURGENS, *op. cit.*, p. 289.

§ 3. — CAS SPÉCIAUX

A ce droit commun de la reprise de dette la loi allemande déroge dans trois cas, dont deux sont visés par le Code civil et le troisième par le Code de commerce.

1^{er} Cas. Cession d'une dette hypothécaire accessoirement à l'aliénation de l'immeuble hypothéqué. Ce cas a déjà été signalé dans la pratique antérieure (¹), qui s'était fixée en ce sens que le créancier hypothécaire, sans perdre ses droits contre l'aliénateur débiteur primitif, avait action personnelle contre l'acquéreur à partir du jour où il avait reçu notification de la convention. Plus récemment, une loi prussienne du 5 mai 1872 avait décidé que le créancier devenait créancier personnel de l'acquéreur automatiquement et sans signification, mais que l'aliénateur qui aurait notifié serait libéré de toute obligation personnelle, si le créancier n'avait pas exercé son hypothèque dans les six mois à dater de l'échéance de la créance. Cette loi donnait ainsi à l'aliénateur un moyen de ne pas rester indéfiniment exposé aux poursuites du créancier.

Plus simplement et sans forcer le créancier à exercer, peut-être dans des conditions désavantageuses, ses droits hypothécaires, sans lui imposer non plus d'une façon absolue le changement de débiteur, l'article 416 du Code civil décide ce qui suit.

L'aliénateur de l'immeuble, qui désire obtenir sa libération, doit, une fois l'acquéreur inscrit comme propriétaire au Livre foncier, adresser au créancier hypothécaire soit spontanément soit sur la demande de l'acquéreur, une notification écrite de la cession de dette avec mention que, s'il ne refuse pas formellement son approbation dans les six mois, il sera considéré comme approuvant et perdra toute action contre son débiteur primitif. Ce n'est, au fond, que l'application du droit commun avec ces seules particularités, que le débiteur primitif a seul qualité pour faire la notification au créancier, que cette notification doit contenir certaines précisions, qu'elle est suivie d'un délai légal de six mois et que le silence du créancier pendant

(¹) *Suprà* p. 45.

ce délai est interprété non comme un refus, mais au contraire comme une approbation. Si le créancier, refusant de changer de débiteur, se fait payer par le débiteur primitif, celui-ci aura son recours contre le cessionnaire, qui ne lui aura pas évité les poursuites du créancier ; et il pourra même, en garantie de ce recours, exercer l'hypothèque, dont le créancier ne s'est pas servi et dans laquelle il est légalement subrogé en vertu de l'art. 1164 ainsi conçu : « Lorsque le créancier a reçu son paiement du débiteur personnel, l'hypothèque passe à ce dernier dans la mesure où une indemnité lui serait due par le propriétaire ou par un de ses auteurs. »

2e Cas — Acquisition d'un patrimoine ou d'une quote part d'un patrimoine. — Ce cas, qui était déjà bien connu de la pratique antérieure (¹), se présente notamment lorsqu'une société absorbe une autre société. Aux termes de l'art. 419, l'acquisition d'un patrimoine entraîne de plein droit prise en charge du passif et oblige l'acquéreur envers les créanciers indépendamment de toute notification à ceux-ci. Mais cette obligation se limite à l'actif recueilli, dont l'acquéreur a d'ailleurs à prouver la consistance. L'acquéreur se trouve donc, à l'égard des créanciers dans une situation analogue à celle d'un héritier qui a accepté la succession sous bénéfice d'inventaire, ce qui est, comme on le sait, la situation normale de l'héritier en droit allemand (art. 1975 et suiv.) L'obligation de l'acquéreur envers les créanciers est légale et ne peut être ni étendue ni restreinte par convention avec l'aliénateur. Quant à celui-ci, il reste tenu envers ses créanciers sur les biens qui lui restent et sur ses biens futurs ; ce qui est juste, puisque ses créanciers n'obtiennent contre l'acquéreur qu'un droit limité à l'actif transmis.

En somme, il y a dans ce cas une cession de dette légale mais imparfaite, incomplète et non libératoire pour le débiteur primitif. Autant de différences avec la reprise de dette de droit commun.

3e Cas. - Reprise d'un fonds commerce. — Ce cas, pratiquement très fréquent, avait jadis donné lieu à controverses. Il est au-

(¹) *Suprà* p. 43.

jourd'hui régi par les articles 25 et 26 du Code de commerce allemand de 1897, dont le système repose sur une distinction.

Si l'acquéreur continue le commerce sous le même nom commercial (*Firma*), ce qui est la pratique usuelle en Allemagne, il est réputé, de plein droit, se charger du passif commercial existant. Une convention contraire avec l'aliénateur n'est opposable aux créanciers que si elle a été inscrite au Registre du Commerce ou si elle leur a été notifiée.

Si, au contraire, l'acquéreur continue le commerce sous un nouveau nom, il n'est pas réputé se charger du passif antérieur. Il ne sera tenu envers les créanciers que si une clause de reprise du passif a été rendue par lui publique, suivant les usages du commerce, soit par notifications individuelles, soit par publications.

Lorsque l'acquéreur du fonds de commerce se trouve obligé envers les créanciers antérieurs, l'aliénateur n'est pas pour cela immédiatement libéré. Il reste tenu ; mais son obligation se prescrit par cinq ans à partir du jour où les créanciers sont devenus créanciers de l'acquéreur ou, s'il s'agit de dettes à terme, du jour où elles sont devenues exigibles.

En définitive, la cession de dette se fait ici en deux temps et sans approbation des créanciers. Ceux-ci commencent par avoir deux débiteurs au lieu d'un, par pouvoir poursuivre l'acquéreur et l'aliénateur, chacun pour le tout. Cinq ans après, ils perdent leurs droits contre l'aliénateur, qui est libéré, et n'ont plus pour débiteur que son successeur. Les conditions de la cession de dette diffèrent ici profondément de celles du droit commun. Elle s'opère de plein droit ; et la loi impose aux créanciers un changement de débiteur, en leur laissant toutefois un large délai pour pouvoir exercer leurs créances contre leur débiteur primitif.

Quant aux effets de la cession de dette, dans les rapports entre les divers intéressés, ils sont, même dans cette hypothèse, réglés suivant le droit commun ; car aucune disposition spéciale n'y déroge sur ce point.

III. — LA REPRISE DE DETTE DANS LE CODE FÉDÉRAL SUISSE DES OBLIGATIONS

Dans le Code fédéral suisse des obligations, de 1881, il n'était pas question de la reprise de dette. Cependant l'institution existait dans la pratique, surtout dans les cantons de langue allemande. Lorsqu'on révisa le Code fédéral, entre 1905 et 1911, on y introduisit, à l'imitation de ce qu'avait fait le législateur allemand, quelques dispositions pour réglementer la reprise de dette : ce sont les articles 175 à 183. Mais on s'écarta notablement du modèle allemand, de sorte que le droit suisse présente un autre type de cession de dette, intéressant à comparer avec le type allemand. Nous ferons cette comparaison en suivant le même plan que dans la section précédente (¹).

§ 1. — CONDITIONS DE LA REPRISE DE DETTE

On a vu qu'en droit allemand, la reprise de dette s'effectue par *un* contrat entre le débiteur primitif et le cessionnaire de la dette, contrat auquel le créancier peut ensuite adhérer rétroactivement. Au contraire, le droit suisse décompose la reprise de dette en *deux* contrats et ne lui donne effet qu'à partir du jour où est obtenu un triple consentement.

Il y a d'abord un contrat entre le débiteur primitif et le cessionnaire. L'article 175 s'exprime ainsi : « La promesse faite à un débiteur de reprendre sa dette oblige le reprenant à le libérer soit en payant le créancier, soit en se chargeant de la dette, du consentement de celui-ci ». Par ce contrat, le cessionnaire promet au débiteur primitif, soit gratuitement, soit à titre onéreux, de lui procurer sa libération. La suite de l'article précise que, si la reprise de dette a été convenue à titre onéreux, le débiteur original ne peut poursuivre le cessionnaire en exécution de sa promesse, tant qu'il n'a pas lui-même effectué la prestation

(¹) Consulter BENREY, *De la cession de dette* (thèse Genève 1910); HASLER, *Die Schuldübernahme in der Theorie und im Schweizerischen Recht* (thèse Zurich 1911); ROSEL, *Droit fédéral des Obligations* (Genève 1920), t. I, numéros 354 et suivants.

promise ; mais que, si le cessionnaire tarde, sans justes motifs, à lui procurer sa libération, il peut lui réclamer une sûreté, parce que, restant exposé à l'action du créancier, il aura, s'il est contraint de payer, un recours à exercer contre le cessionnaire, et cette sûreté garantira l'efficacité de ce recours. Si le cessionnaire ne peut ou ne veut fournir la sûreté requise, il devra des dommages-intérêts pour inexécution du contrat, conformément au droit commun de l'article 97 du Code fédéral.

Pour exécuter sa promesse, le cessionnaire de la dette passe avec le créancier un second contrat, prévu par l'article 176 ainsi conçu : « Le remplacement de l'ancien débiteur et sa libération s'opèrent par un contrat entre le reprenant et le créancier. L'offre de conclure ce contrat peut résulter de la communication, faite au créancier par le reprenant ou, avec l'autorisation de celui-ci, par l'ancien débiteur, de la convention intervenue entre eux. — Le consentement du créancier peut être exprès ou résulter des circonstances ; il se présume lorsque, sans faire de réserves, le créancier accepte un paiement ou consent à quelque autre acte accompli par le reprenant à titre de débiteur. » Il s'agit donc ici d'une offre adressée au créancier et suivie de son acceptation expresse ou tacite. Cette acceptation n'a pas d'effet rétroactif ; c'est seulement du jour où elle se produit que le débiteur primitif est libéré et que le nouveau débiteur est obligé envers le créancier. Toutes les conséquences que le droit allemand attache à la rétroactivité de l'approbation du créancier ne se produisent pas en droit suisse. Notamment, si le cessionnaire de la dette est devenu incapable depuis son accord avec le débiteur primitif, cela n'empêche pas, en droit allemand, le créancier de ratifier le contrat valablement fait ; cela empêche, en droit suisse, la formation du second contrat entre le créancier et le cessionnaire devenu incapable.

La construction juridique de la reprise de dette est donc tout autre en droit suisse qu'en droit allemand. Le Code civil allemand a consacré la théorie de Windscheid sur la *Genehmigung* rétroactive du créancier ; le Code fédéral suisse a, au contraire, adopté un système qui rappelle la théorie de l'offre (*Angebotstheorie*) soutenue en Allemagne par Gareis, en Autriche par Menzel. C'est une profonde différence théorique, qui entraîne d'importantes conséquences pratiques.

Pendant combien de temps le créancier peut-il prendre parti sur l'offre qui lui est faite? En principe, conformément à la théorie générale des contrats, l'offre subsiste tant qu'elle n'est pas retirée. Mais le débiteur primitif et le cessionnaire peuvent, l'un ou l'autre, fixer un délai passé lequel, à défaut d'acceptation expresse ou tacite, le créancier sera réputé avoir refusé l'offre (art. 177). En ce cas, le défaut de libération du débiteur primitif ne sera pas imputable au cessionnaire; celui-ci ne lui devra donc ni prestation d'une sûreté ni dommages-intérêts; mais il ne sera pas pour autant délié de sa promesse, car le premier contrat subsiste. Lorsque viendra l'échéance de la dette, le cessionnaire devra, pour éviter au débiteur primitif des poursuites, désintéresser spontanément le créancier, qui ne pourra, suivant les principes généraux, refuser le paiement offert par un tiers.

Qu'il y ait ou non délai fixé pour l'acceptation, l'offre non encore acceptée est réputée retirée lorsque, le cessionnaire de la dette ayant à son tour cédé la dette à un nouveau cessionnaire, ce dernier a notifié cette nouvelle cession au créancier (art. 177 § 2). Il y a, dans ce cas, une nouvelle offre, qui remplace la première; et le contrat de l'article 176 ne pourra plus se former entre le premier cessionnaire et le créancier, la place de pollicitant étant désormais occupée par une nouvelle personne. Mais le premier cessionnaire demeure, jusqu'à nouvel ordre, obligé envers le débiteur primitif, par le contrat de l'article 175; il ne s'en est pas libéré en repassant la dette à un autre. Si l'offre de cet autre est acceptée par le créancier, alors, mais alors seulement, il aura exécuté sa promesse, puisqu'il aura procuré au débiteur primitif sa libération.

§ 2. — EFFETS DE LA REPRISE DE DETTE

Les effets du premier contrat, passé entre les deux débiteurs successifs, sont suffisamment indiqués par les développements qui précèdent. Il nous faut, au contraire, insister sur les effets du second contrat, passé entre le cessionnaire de la dette et le créancier.

Ce second contrat entraîne, à sa date, libération du débiteur primitif; car le cessionnaire n'a consenti à s'obliger envers le créancier qu'à la condition que celui-ci libère le premier débiteur.

A partir de la même date, le cessionnaire, nouveau débiteur, est engagé envers le créancier exactement dans les termes de l'obligation primitive, qui subsiste identique à elle-même. Le créancier pourra donc user contre lui du titre exécutoire qu'il avait déjà contre le débiteur originaire, l'assigner devant la juridiction commerciale si l'obligation était commerciale, se prévaloir contre lui d'une mise en demeure antérieure, exiger de lui les intérêts conventionnels stipulés dans le contrat primitif.

De même, "les exceptions dérivant de la dette reprise passent de l'ancien débiteur au nouveau" (art. 179 § 1). Le cessionnaire de la dette peut donc, en principe, invoquer contre le créancier toutes les causes de nullité ou d'extinction dont pouvait se prévaloir le débiteur originaire. Mais ce principe comporte quelques tempéraments.

Le Code fédéral suisse ne reproduit pas la disposition de l'article 417 du Code civil allemand, qui interdit au cessionnaire de la dette d'exciper de la compensation qu'aurait pu opposer le débiteur primitif. On pourrait en conclure qu'il peut, en droit suisse, invoquer même cette exception. Mais l'opinion contraire, défendue par M. Rossel⁽¹⁾, nous semble préférable. En effet, le Droit suisse, comme le Droit allemand, ignore la compensation légale. Dire que le cessionnaire de la dette peut opposer en compensation une créance du premier débiteur, alors que celui-ci ne l'avait pas fait, cela reviendrait à dire que le cessionnaire peut, au lieu de désintéresser lui-même le créancier, forcer le débiteur originaire à payer au moyen de la créance qu'il a contre le créancier. Or ce serait, de la part du cessionnaire de la dette, violer la promesse qu'il a faite au débiteur primitif dans le premier contrat. On est donc amené par le raisonnement à exclure, comme en Droit allemand, l'exception tirée de la compensation qu'aurait pu opposer le premier débiteur.

Mais l'article 179 § 2 du Code fédéral suisse apporte au principe une autre dérogation, qui n'existe pas en Droit allemand : « Le nouveau débiteur, dit-il, ne peut faire valoir les exceptions personnelles que l'ancien aurait pu former contre le créancier, si le contraire ne résulte du contrat passé avec le créancier ». Ce texte signifie que le cessionnaire de la dette ne pourra

⁽¹⁾ ROSSEL, *op. cit.* t. I, No. 362.

opposer au créancier la nullité de l'obligation pour incapacité du débiteur primitif, à moins qu'il ne s'en soit réservé expressément la possibilité. C'est une conséquence de l'idée que la nullité pour incapacité ne peut-être invoquée que par l'incapable ou par ses représentants légaux. Le droit allemand, qui permet d'invoquer l'incapacité du débiteur primitif, est plus conforme à l'idée de succession à la dette. Il est aussi, dans un certain sens, plus avantageux à l'incapable; car si l'obligation est annulée, le cessionnaire, pour ne pas s'enrichir injustement, devra lui restituer la prestation en échange de laquelle il s'était chargé de la dette.

L'article 179 § 3 du Code fédéral suisse, correspondant à l'article 417 al. 2 du Code civil allemand, décide que le cessionnaire de la dette «ne peut opposer au créancier les exceptions que les faits qui ont donné naissance à la reprise de dette lui auraient permis d'opposer à l'ancien débiteur». Il ne pourra, par exemple, refuser de payer le créancier pour le motif que le débiteur primitif ne lui a pas fait la prestation moyennant laquelle il avait consenti à reprendre la dette.

Quant aux sûretés, que l'article 418 du Code civil allemand déclare en principe éteintes par la reprise de dette sauf adhésion des tiers grevés, l'article 173 du Code fédéral suisse les déclare, au contraire, maintenues en principe. Mais il ajoute que c'est seulement «dans la mesure où elles ne sont pas inséparables de la personne du débiteur»; et il en conclut que la caution réelle et la caution personnelle «ne restent obligées envers le créancier que si elles ont consenti à la reprise de dette». Partant de principes opposés, mais y apportant des tempéraments, les deux législations aboutissent, sur ce point, presque aux mêmes résultats. La seule différence pratique concerne le tiers acquéreur de l'immeuble hypothéqué par le débiteur primitif. En droit suisse, il reste tenu hypothécairement, malgré la reprise de dette; en droit allemand, il ne reste tenu que s'il adhère au contrat.

La reprise de dette acceptée par le créancier peut donc lui faire perdre certaines sûretés. Qu'arrive-t-il, si elle vient ensuite à être annulée? L'article 180 du Code fédéral déclare que, dans ce cas, «l'ancienne dette renaît avec tous ses accessoires, mais sous réserve des droits appartenant aux tiers de bonne foi». Supposons qu'une caution réelle ait refusé de continuer à ga-

rantir la dette reprise par un nouveau débiteur. L'hypothèque qu'elle avait constituée sur son immeuble a fait l'objet d'une radiation. Plus tard, la reprise de dette est annulée ; c'est le débiteur primitif qui se trouve obligé de nouveau comme débiteur principal. L'hypothèque renaît sur l'immeuble de la caution réelle ; mais cette hypothèque ne prendra rang qu'après celles qui ont été inscrites dans l'intervalle.

Lorsque le créancier, comme dans cet exemple, ne récupère pas, après annulation de la reprise de dette, des sûretés équivalentes à celles qu'il avait eues antérieurement, l'article 180, § 2, lui permet de réclamer une indemnité à l'ancien cessionnaire de la dette, à moins que celui-ci ne prouve que l'annulation du contrat et le préjudice qui en résulte ne lui sont pas imputables.

§ 3. — CAS SPÉCIAUX

Les articles 181 et 182 du Code fédéral suisse des Obligations, correspondant aux articles 419 du Code civil allemand, visent des cas où l'on acquiert, avec actif et passif, un patrimoine ou une quote part du patrimoine, une entreprise commerciale ou civile, le cas où deux entreprises fusionnent en une seule, celui où une société absorbe une autre société ou une entreprise individuelle. Le Droit suisse ne fait pas ici les distinctions que fait le Droit allemand. Il organise comme lui une cession légale de dettes pour ces cas de transmission d'une universalité de fait ou de droit. Mais les solutions sont plus simples.

En cas de transmission entre vifs d'un patrimoine, d'une quote-part de patrimoine ou d'une entreprise, l'acquéreur est, aux termes de l'article 181, de plein droit obligé envers les créanciers, dès que l'acquisition a été par lui portée à leur connaissance ou publiée par la voie de la presse. Mais le débiteur primitif reste obligé solidairement avec lui pendant deux ans à partir de ce moment et, pour les dettes non échues, à partir de leur exigibilité. La solution est la même dans tous les cas. Elle rappelle celle que donne le Code de commerce allemand pour le cas d'acquisition d'un fonds de commerce avec charge du passif. Remarquons que, dans tous les cas sans distinction, l'obligation de l'acquéreur envers les créanciers grève tous ses biens et ne se limite pas, comme dans l'article 419 du Code civil allemand, au

montant de l'actif recueilli. C'est ce qui permet, même dans ce cas, de déclarer le débiteur primitif libéré au bout de deux ans. Le Droit suisse a écarté le système de l'article 419 du Code civil allemand et a généralisé celui de l'article 26 du Code de commerce. Les solutions y apparaissent comme plus homogènes.

L'article 182 ne fait qu'appliquer les mêmes principes aux cas de fusion de plusieurs société en une seule, et d'absorption d'une entreprise par une société.

Enfin l'article 183 réserve les cas de reprise de dettes en matière de partage successoral et d'aliénation d'immeubles hypothéqués. Ces points sont réglés, à propos des successions et des hypothèques, par le Code civil suisse (art. 639, 832 à 834, 846, 851 et 852). On y retrouve un système analogue à celui de l'article 416 du Code civil allemand. Une notification met le créancier en demeure de déclarer s'il veut bien ou non changer de débiteur. La principale différence est qu'en droit suisse, la déclaration de volonté du créancier n'opère jamais que pour l'avenir et sans effet rétroactif.

(*A suivre.*)

A. CHÉRON
ET MOHAMED SADEK FAHMY.

XXII^e ANNÉE. — N° 126

FÉVRIER 1931

L'ÉGYPTE CONTEMPORAINE

REVUE DE LA SOCIÉTÉ ROYALE D'ÉCONOMIE POLITIQUE DE STATISTIQUE ET DE LÉGISLATION

TOME VINGT-DEUXIÈME



LE CAIRE
IMPRIMERIE E. & R. SCHINDLER
41, RUE MADABEGH, 41

1931

ÉTUDES
ÉCONOMIQUES ET JURIDIQUES

LE TRANSPORT DE DETTE
DANS LES
LÉGISLATIONS EUROPÉENNES

ET

EN DROIT MUSULMAN

(*Suite et fin*)

PAR

ALBERT CHÉRON

PROFESSEUR A L'UNIVERSITÉ EGYPTIENNE
ET A L'UNIVERSITÉ DE STRASBOURG

ET

MOHAMED SADEK FAHMY BEY

ANCIEN PROFESSEUR A L'UNIVERSITÉ EGYPTIENNE
JUGE AU TRIBUNAL INDIGÈNE DU CAIRE.

II^e PARTIE

LE TRANSPORT DE DETTE (*HEWALA*)
EN DROIT MUSULMAN

Nous avons précédemment indiqué, d'un mot, qu'il y avait, en droit musulman, plusieurs doctrines du transport de dette. C'est qu'en réalité le droit musulman, malgré son caractère de droit religieux, n'est *un* ni dans le temps ni dans l'espace. Sans doute a-t-il ses bases immuables dans le Coran, dont chaque verset est un précepte divin révélé (¹), et dans la *Sounnah*, où

(¹) SADEK - FAHMY *op. cit.* p. 56-57

sont consignés les *hadisses* c'est-à-dire les faits et paroles du Prophète⁽¹⁾. Mais ces textes, d'une concision parfois excessive, ont été très diversement interprétés au cours des siècles. Ainsi se sont formés, à partir des II^e et III^e siècles de l'hégire, les quatre grands *mazahib* ou rites, qui, issus d'une souche unique, en sont comme quatre rameaux divergents⁽²⁾.

(¹) Sur les divers recueils de *hadisses*, composés au III^e siècle de l'hégire, consulter SADEK FAHMY, *op. cit.* p. 60. Nous nous référons au recueil de AL BOUKHARI, mort en 256 de l'hégire.

(²) Il nous paraît utile de donner ici une bibliographie sommaire des principaux ouvrages arabes que nous avons consultés, et qui sont en général cités ci-après par les noms de leurs auteurs.

I. — LE HADISSE

AL BOUKHARI (Aly Abdallah Mohamed), mort en 256 de l'Hégire, *Sahih Al Boukhary*, Recueil de Boukhary (9 vol. Le Caire-Boulaq, 1314 H.).

AL ASKALANI (Chehab Eddine Ebn Hagar), mort en 852 H., *Fath El Bari Charh Sahih Al Boukhari*, Réussite grâce au Créateur, Commentaire du Recueil d'Al Boukhari (14 vol. Le Caire-Boulaq, 1300 H.).

AL CHOUKANI (Mohamed Ebn Ali), mort en 1255 H., *Neil El Aoutar*, L'arrivée aux buts (8 vol. Le Caire, impr. Idaret Al Tebaa Al Moussiria, 2^e édition, 1344 H.).

II. — LE RITE HANAFITE

ABDEL HAKIM AL AFGHANI, sur **AL NASSAFI**, mort en 710 H., *Kachf el Hakaek. Charh Kanz el Dakaek*, La découverte des vérités, Commentaire sur le Trésor des précisions (2 vol. Le Caire, impr. Adabieh de Souk-el-Khodar, 1^{re} éd., 1318 H.).

AL KASSANI (Ala Eddine Abou Bakr Ebn Massoud) mort en 587 H., *Badayeh el Sanayeh*, Le plus parfait des ouvrages (7 vol. Le Caire, impr. Al Gama lieh, 1^{re} éd., 1328 H.).

AL ZAÏLAI (Fakhr Eddine Osman Ebn Ali), mort en 743 H., *Tabyin el Hakaek. Charh Kanz el Dakaek*, Eclaircissement des vérités, Commentaire sur le Trésor des précisions, avec notes marginales d'**AHMED EL CHALABI** (6 vol. Le Caire, impr. nationale, 1314 H.).

EBN ABDIN (Mohamed Amin), du XII^e siècle H., sur **AL HASKAFI**, mort en 1088 H., *Rad al Mohtar*, sur *Al Dorr al Mokhtar*, L'indicateur du perplexe, sur La perle choisie (5 vol. Le Caire, impr. Dar al Kotob al Arabiah, 1286 H.).

EBN EL HOUMAM (Abdel Wahed El Siwassi), mort en 681 H., sur **EL MARGHINANI** (Bourham Eddine), mort en 593 H., *Fath El Kadir. Charh Al Hidayah*, Réussite grâce au Tout-Puissant, Commentaire sur le Guide. — *Fath*

Tout le droit musulman du transport de dette repose sur un *hadisse* du Prophète dont voici l'exacte traduction : « Si l'un de vous est invité à se faire payer par une personne solvable, qu'il s'adresse à elle ».⁽¹⁾ C'est sur cette simple phrase que brodèrent

el Kadir a été complété par le juge Zada, mort en 988 H. (Le Caire, impr. Al Maymaniah, 1319 H.).

EBN NOGAIM (Zein Eddine), *El Bahr el Raek, Charh Kanz el Dakaek*, La mer limpide, Commentaire sur le Trésor des précisions, avec notes marginales d'EBN ABDIN (7 vol. Le Caire, impr. Dar el Kotob al Arabiah, 1344 H.).

KADRI PACHA (Mohammed), du XIX^e siècle, *Morched el Haïran*, Guide de l'in-décis, (1^{re} éd. 1891, 2^e éd. 1909). — Traduction française par ABDEL AZIZ BEY KAHLI, sous le titre *Le statut réel en droit musulman* (abréviation : S.R.), (Le Caire, 1893).

SÉLIM ROUSTOUM BAZ EL LIBNANI, du XIX^e siècle, *Charh al Medjellah*, Commentaires sur la Medjellah (texte et commentaire par articles), (3^e éd. Beyrouth, impr. Adabieh, 1923). — Traduction française du texte de la Medjellah dans ARISTARCHY BEY, *Législation ottomane*, t. VI (Constantinople, 1881). — Traduction anglaise du même texte par W. E. GRIGSBY, sous le titre *The Medjelle or ottoman civil law* (London, Stevens and sons, 1895).

III. — LE RITE CHAFÉITE

AL BEGERMI (Soliman), sur ZACHARIAH EL ANSARI, mort en 926 H., *Hachiet Charh Menhag al Toullab*, Commentaire sur le Manuel des Étudiants (4 vol. Le Caire-Boulaq, 1309 H.).

AL FAYROUZABADI (Magd Eddine Mohamed Ebn Yakoub), mort en 817 H. *El Kamous El Moulit*, Le dictionnaire complet (Le Caire-Boulaq, 1289 H.).

ZACHARIAH EL ANSARI sur EL MOQRI (mort en 837 H.), *Charh Rôd El Taleb*, Commentaire sur Le Jardin de l'Etudiant (4 vol. Le Caire, impr. Al Maymaniah).

IV. — LE RITE MALÉKITE

MOHAMED ELECHI sur KHALIL, *Charh Menah El Galit*, Commentaire sur les Dons du Dieu vénéré (4 vol. Le Caire, 1294 H.).

ED DESSOUKI (Arafa) sur ED DARDIR, *Hachiet Charh Ed Dardir*, Commentaire sur le Commentaire d'Ed Dardir (4 vol. Le Caire, 1309 H.).

EBN ACEM, *El Tohfat*, Le joli don. Texte arabe avec traduction française par O. HOUDAS et F. MARTEL (Alger 1882).

V. — LE RITE HANBALITE

MANSOUR EBN IDRIS, mort en 1045 H., sur CHARAF EDDINE ABOU EL NAGA, *Kachaf el Kenââ*, sur *Matn el Eknaâ*, Celui qui lève le voile, sur Précis de la conviction (4 vol. Le Caire, impr. Al Amera El Charkia, 1319 H.).

(1) AL BOUKHARI *Sahib Al Boukhari*, t. III, p. 94. — Pour les commentaires de ce hadisse, V. Al Askalani, *Fath el Bari*, t. IV, pp. 380 à 384; AL CHOUKANI *Neil el Aoutar*, t. V, pp. 355 à 357.

successivement, avec une étonnante subtilité, les jurisconsultes de l'époque des Kalifes, puis du II^e au VII^e siècle de l'hégire (du VIII^e au XIII^e siècle de l'ère chrétienne), les fondateurs de rites, leurs disciples et leurs successeurs, enfin, les compilateurs et glossateurs qui, depuis lors, commentèrent les œuvres de cette époque classique. C'est ainsi que se formèrent, peu à peu et à travers mille controverses, les théories de la *hewala*, théories souvent contradictoires, puisque leur fond commun se réduit à une ligne de texte sacré. Le désaccord des conceptions se manifeste par la place même où les auteurs traitent de cette institution dans leurs ouvrages.

Les hanafites placent la *hewala* après le cautionnement, parce qu'ils voient une analogie entre les deux institutions. En effet, suivant leur doctrine, la libération du débiteur primitif n'est pas absolument définitive. Ainsi que nous l'expliquerons ci-après, le créancier, qui ne peut plus actuellement le poursuivre, pourra dans certains cas revenir ultérieurement contre lui. Il reste donc théoriquement débiteur principal ; et le cessionnaire de la dette apparaît comme une sorte de caution provisoirement seule exposée à l'action du créancier (¹).

Les chaféites, au contraire, placent la *hewala* après la transaction, parce qu'ils y voient essentiellement un arrangement, par lequel le débiteur utilise sa créance contre un tiers pour donner satisfaction à son créancier (²). On verra en effet que, suivant leur doctrine, l'existence d'une créance du débiteur primitif contre le nouveau débiteur est un des éléments essentiels de l'opération.

Les hanbalites, bien qu'ils exigent la même condition, se ralignent sur ce point à la conception hanafite et traitent de la *hewala* après le cautionnement (³).

Quant aux malékites, ils traitent de la *hewala* tantôt après la

(¹) EBN EL HOUHAM, *Fath el Kadir*, t. VI, p. 345 ; EBN NOGAÏM, *El Bahr el Raek*, t. VI, p. 244 ; EL ZAÏLAI, *Tabyin el Hakaek*, t. VI, p. 171. C'est aussi après le cautionnement qu'il est traité du transport de dette dans la Medjellah et dans le Statut réel.

(²) AL BEGERMI, *Charh Menhag al Toullab*, t. III, p. 18.

(³) MAÑSOUR EBN IDRIS, *Kachaf el Kenaâ*, t. II, p. 185.

transaction (¹), tantôt après la vente et la compensation des créances, partant de cette idée que le débiteur primitif emploie sa créance à payer sa dette (²).

On voit déjà, par ce seul aperçu, que le transport de dette est envisagé sous des jours très différents et assez inattendus dans les quatre grands rites musulmans. On aura l'occasion de voir que d'importantes controverses se sont élevées entre les auteurs d'un même rite, notamment entre les jurisconsultes hanafites, dont les divergences de vues expliquent certaines différences entre les dispositions de la Medjellah et celles du Statut réel de Kadri pacha.

C'est surtout en utilisant la littérature hanafite que nous essaierons de dégager une théorie musulmane du transport de dette. Mais nous ne négligerons pas d'indiquer, au fur et à mesure, les plus importantes différences par lesquelles les doctrines des autres rites se séparent de celle d'Abou Hanifa et de ses successeurs. Nous prendrons comme base de cette étude les textes modernes de la Medjellah et du Statut réel. Mais comme ces textes ne sont que l'aboutissement de treize siècles de controverses, il sera nécessaire, pour les expliquer, de remonter aux sources antérieures. Nous emprunterons scrupuleusement aux jurisconsultes des siècles précédents leurs solutions et leurs raisonnements ; mais nous ne suivrons pas la méthode de leurs ouvrages, où les questions s'enchevêtrent parfois dans un désordre assez déconcertant. Dans un intérêt de clarté, nous diviserons cet exposé en deux développements, où seront étudiées successivement les conditions requises pour le transport de dette en Droit musulman, et les effets qu'il produit entre les diverses parties intéressées.

(¹) MOH. ELECH sur KHALIL, t. III, p. 238 ; ED DESOUKI sur ED DARDIR, t. III, pp. 294 et suiv.

(²) EBN ACEM, versets 795 et suiv. ; ED DESOUKI (*loc. cit.*) rapporte la comparaison que faisait le juge espagnol Ayad entre la *hewala* et le *salam*, vente d'une récolte à venir, admise par le Prophète par dérogation à la règle que la vente doit porter sur un objet sûr.

I. — CONDITIONS DU TRANSPORT DE DETTE

Les conditions requises pour qu'un transport de dette puisse avoir lieu se réfèrent à l'objet de ce transport, aux personnes dont le consentement est nécessaire, et à la capacité de ces personnes.

1. OBJET. — D'après le rite hanafite, dont nous exposons tout d'abord les solutions, il faut, pour qu'un transport de dette puisse s'opérer, que celui qui veut transférer sa dette sur la tête d'autrui soit déjà débiteur de la personne au profit de laquelle il veut faire ce transfert. Si l'on désigne un tiers pour faire une prestation à quelqu'un à qui l'on ne doit rien, il n'y a pas transport de dette, et le contrat s'interprète comme un mandat (art. 883 S.R.). Cette solution est traditionnelle (¹).

Quelle doit être la nature de cette dette préexistante, qui est l'objet du transport? Les hanafites, en vertu de l'analogie qu'ils aperçoivent entre la *hewala* et le cautionnement, posent en règle que, pour qu'une dette puisse être transférée, il faut et il suffit qu'elle puisse être cautionnée (art. 884, 885 S.R.; 687, 688 M.). C'est encore un point non discuté. Il faut donc, si l'on se rapporte au titre de cautionnement à l'article 842 S.R., « que cette dette soit vraie et existante, qu'elle consiste dans l'obligation de payer une somme d'argent ou de livrer une chose déterminée, et que cette obligation soit de nature à pouvoir être exécutée par le nouveau débiteur ». Toutefois, tandis que l'article 852 S.R. admet le cautionnement d'une dette indéterminée, l'article 885 exige, au contraire, que la dette objet d'un transfert soit déterminée; et il déclare en conséquence nul le transport d'une dette inconnue ou éventuelle (Cf. art. 688 M.). Il n'y a eu controverse, semble-t-il, que sur le point de savoir si la dette transférable peut avoir pour objet un corps certain. La négative a prévalu pour le motif que le transport de dette est une convention abstraite ne nécessitant aucun acte matériel et que, si la dette avait pour objet un corps certain, le transport de la dette supposerait que, par une tradition de ce corps certain,

(¹) AL KASSĀNī, t. VI, p. 16; AL ZAÏLAI, t. IV, p. 171; EBN ABDIN, *Rad al Mohtar*, t. IV, p. 323.

le débiteur primitif mît le nouveau débiteur en état d'exécuter l'obligation ; et l'opération serait un mandat⁽¹⁾.

Le caractère accessoire ou dérivé de la dette n'empêche pas qu'elle puisse être transférée. Ainsi la caution peut, avec le consentement du créancier, se substituer un tiers dans sa fonction de caution. Celui qui a pris en charge la dette d'autrui peut à son tour repasser cette dette à un tiers, pourvu que le créancier y consente (art. 886 S.R., 689 M.).

Si le transport de dette suppose essentiellement une dette préexistante à la charge du débiteur originaire, au contraire il n'exige pas, suivant le rite hanafite, que celui-ci soit déjà créancier du tiers qui va se charger de la dette (art. 883 alin. 2 S.R., 686 M.). L'obligation qui peut préexister entre les deux débiteurs successifs n'est pas l'objet du transport de dette et n'en forme donc pas un élément essentiel. Elle n'y peut intervenir qu'à titre de modalité. En effet, à côté du transport de dette pur et simple, qui oblige irrévocablement et sans condition le nouveau débiteur envers le créancier, sauf son recours contre le débiteur primitif, auquel il est réputé avoir fait une avance, ou sauf imputation sur ce qu'il se trouve lui devoir, la doctrine hanafite distingue le transport avec affectation, contrat par lequel le nouveau débiteur s'engage à payer le créancier sur ce qu'il doit lui-même au débiteur primitif ou au moyen d'un bien de celui-ci, qu'il possède comme gagiste, dépositaire ou usurpateur (art. 877 à 879 S.R., 678 et 679 M.). Dans ce cas, la prise en charge de la dette, objet du transport, est conditionnée par les relations juridiques qui existent entre les deux débiteurs successifs ; et cette modalité entraîne, comme on le verra, d'importantes conséquences quant aux effets du transport. Mais il s'agit là d'une modalité facultative, qui ne peut résulter que d'une clause expresse⁽²⁾. Il ne s'agit pas d'un élément essentiel du contrat. La doctrine hanafite est unanime sur ce point.

Dans un seul cas, le Statut réel exige, comme condition de validité du transfert, que le tiers soit déjà débiteur du débiteur primitif. L'article 888 suppose que celui-ci veut faire payer sa

(1) Voir notamment pour l'exposé de la controverse EBN ABDIN, *loc. cit.*

(2) EBN ABDIN, *Rad al Mohtar*, t. IV, p. 327, ligne 5.

dette par l'administrateur d'un wakf sur la part de rente qui doit lui être attribuée ; et comme l'administrateur ne peut engager le wakf que dans la mesure des rentes disponibles, il décide que le transport de dette est nul, si l'administrateur n'est pas déjà en possession de la rente sur laquelle il doit payer (¹). Cette disposition exceptionnelle, qui n'est pas expressément formulée dans la Medjellah (²), s'explique par le caractère spécial du wakf inaliénable et insaisissable.

Très différente est la doctrine des autres rites. Ne concevant la *hewala* que comme un procédé pour régler une dette au moyen d'une créance, ils s'accordent pour exiger, comme condition de validité, deux obligations préexistantes, l'une du débiteur primitif envers le créancier, l'autre du nouveau débiteur envers le débiteur primitif. Cette doctrine est exposée avec une particulière vigueur chez les auteurs malékites. Ils enseignent, comme les hanafites, que, s'il n'y a pas de dette préexistante envers le créancier, l'opération est non pas un transport de dette, mais un mandat de recouvrement (³). Mais en outre, ils déclarent qu'une dette préexistante du nouveau débiteur envers le débiteur primitif est également indispensable ; qu'à son défaut, l'opération est non pas un transport de dette (*hewala*), mais un cautionnement (*hemala*) ; d'où il suit que, sans doute, le nouveau débiteur est obligé envers le créancier, comme le serait une caution, mais que le débiteur primitif n'est pas libéré, à moins que le créancier n'ait expressément renoncé à agir contre lui (⁴).

De même, chez les hanbalites, le cheikh Mansour, se référant à Askalani, commentateur des dires du Prophète (⁵), enseigne que la dette peut être transférée même après la mort du débiteur, parce que, si le défunt devait quelque chose, le Prophète refusait les prières tant qu'un tiers ne s'était pas chargé de sa dette ; mais il s'empresse d'ajouter que ce tiers doit être lui-même

(¹) EBN ABDIN, *Rad al Mohtar*, t. IV, p. 323-324.

(²) Sélim Roustoum Baz el Libnani, dans son Commentaire sur la Medjellah, ne cite pas non plus ce cas.

(³) ED DESOUKI sur ED DARDIR, t. III, p. 295.

(⁴) *Ibidem*, pp. 294 et 295.

(⁵) ASKALANI, *Fath el Bari*, sur SAHIH AL BOUKHARI, t. IV, p. 383.

débiteur du défunt, car autrement, le transfert ne serait pas valable (¹).

Les deux dettes, éléments essentiels de l'opération, doivent être déterminées et de la même qualité, avoir le même objet tangible, or contre or, argent contre argent ; et les auteurs font, à cet égard, un intéressant rapprochement avec les conditions de la compensation, où une créance sert aussi à payer une dette (²). Ils exigent, en principe, la similitude absolue des deux dettes. L'auteur malékite Ed Desouki relate même (*loc. cit.*) une grande controverse sur le cas où l'une des deux est supérieure à l'autre en quantité ou en qualité. L'opinion dominante était pour la nullité de l'opération dans ce cas, parce qu'il manquait la condition de ressemblance et aussi, disaient Ed Dardir et Ebn Rouchd (Averroès), parce que, si le créancier obtenait en règlement de sa créance une créance plus considérable sur un tiers, il y aurait de sa part usure (*riba*), et si le débiteur se libérait au moyen d'une créance inférieure à sa dette, il réaliserait un bénéfice injustifié. Quelques auteurs (El Lakhmi et El Maṣri) tenaient cependant l'opération pour valable. Ed Desouki, tout en adoptant en principe l'opinion dominante, estime que, s'il n'y a entre les deux dettes qu'une différence de quantité, il faut, comme en matière de compensation, imputer la plus faible sur la plus forte et déclarer le transfert valable à due concurrence.

Opération de règlement, la *hewala* est-elle possible entre dettes qui ne sont pas encore échues ? Cette question aussi a donné lieu à discussion. Le Cheikh Mansour, rapportant, semble-t-il, l'opinion reçue chez les hanbalites, exige que les deux dettes soient échues (³). Chez les Malékites, Khalil exigeait que tout au moins fût échue la dette dont on voulait se libérer en la réglant au moyen d'une créance (⁴). Or si les deux dettes

(¹) MANSOUR EBN IDRIS, t. II, p. 186.

(²) V. pour le rite chaféite, EL BEGERMI sur ZACHARIAH EL ANSARI, p. 20; AL FAYROUZABADI, *El Kamous*, p. 33; — pour le rite hanbalite, MANSOUR EBN IDRIS, t. II, pp. 186, 187; — pour le rite malékite, MOHAMED ELECHI sur KHALIL, t. III, pp. 238, 241; EBN ACEM, verset 797 et s.; ED DESOUKI et ED DARDIR, t. III, p. 296 et 297.

(³) MANSOUR EBN IDRIS, t. II, p. 187.

(⁴) EBN ACEM, verset 795.

doivent être absolument semblables, cela implique que celle du nouveau débiteur envers le débiteur primitif doit aussi être échue. Cependant, suivant Averroès, dont l'opinion paraît l'avoir emporté, une dette même non échue peut faire l'objet d'un transfert, pourvu que le tiers qui la prend en charge soit lui-même tenu d'une dette échue à l'égard du débiteur primitif (¹). Il suffirait donc, suivant cette doctrine plus récente, qu'une des deux dettes fût échue.

En somme, sous réserve de quelques nuances, les auteurs des rites chaféite, hanbalite et malékite ne conçoivent le transport de dette que s'il est avec affectation suivant la terminologie hanafite. Ils l'admettent comme procédé de règlement; ils ne l'admettent pas comme prêt, comme avance d'un tiers au débiteur originaire. Et un auteur chaféite va jusqu'à dire qu'on ne peut pas se charger de la dette d'une personne à qui l'on ne doit rien, quand bien même on y consentirait expressément, parce que ce serait une obligation sans cause (²). Il n'en reste pas moins que, dans leur pensée, l'objet du transfert est bien toujours la dette dont était tenu le débiteur primitif et dont va être tenu le nouveau débiteur envers le créancier; car celle dont il était tenu envers le débiteur primitif n'intervient que comme cause juridique de son nouvel engagement (³).

2. CONSENTEMENT. — Dans le Statut réel et dans la Medjallah, le transport de dette apparaît, en principe, comme un contrat à trois personnes, nécessitant le consentement du créancier, du débiteur primitif et du nouveau débiteur (art. 882 S.R., 680 M.).

Si le créancier n'est pas présent au moment de la convention faite entre le débiteur primitif et le tiers, cette convention, qui peut valoir comme promesse d'exécution entre ces deux personnes, n'a aucun effet à l'égard du créancier. C'est seulement du jour

(¹) ED DESOUKI sur ED DARDIR, t. III, p. 296.

(²) AL BEGERMI, *loc. cit.*

(³) L'idée est toutefois très estompée chez les malékites, qui semblent souvent voir dans l'opération la vente d'une créance contre libération d'une dette d'autres toute semblable.

où son consentement vient se joindre au leur que s'effectue le transport de dette, sans effet rétroactif (art. 683 M.)⁽¹⁾.

Si le tiers nouveau débiteur n'est pas présent au moment de la convention faite entre le débiteur primitif et son créancier, il n'y a qu'un projet de transport de dette. Le transport ne s'opérera que le jour où le tiers, acceptant cette offre collective, consentira à s'engager envers le créancier (art. 882 S.R., 682 M.). Le Statut réel prévoit pourtant un cas où ce consentement est inutile (art. 882 § 3) : c'est lorsqu'une femme mariée, ayant droit, par jugement, à pension alimentaire contre son mari, lui adresse un créancier chez qui elle a acheté des choses nécessaires à son entretien ; dans ce cas, le créancier a action contre le mari, bien que celui-ci n'ait pas consenti. Le texte de la Medjellah ne reproduit pas cette exception ; mais elle est admise par le commentateur le plus autorisé de ce document législatif⁽²⁾ ; et elle était déjà enseignée par les anciens auteurs⁽³⁾.

Toutefois, si le créancier passe avec un tiers une convention par laquelle celui-ci se charge de payer la dette, cette convention qui rappelle l'expromission, vaut transport de dette, bien qu'elle ait été faite sans le concours du débiteur (art. 887 S.R., 681 M.)⁽⁴⁾. Mais son défaut de consentement aura cette conséquence, que le tiers, après avoir payé, ne pourra pas recourir contre lui et sera seulement admis à imputer ce paiement sur les sommes qu'il se trouverait lui devoir (art. 887, § 3, S.R.). La Medjellah garde le silence sur ce point. Mais El Libnani, son commentateur, enseigne dans ce cas l'absence de recours, et n'admet même pas l'imputation sur ce que le nouveau débiteur doit au débiteur primitif⁽⁵⁾. Ainsi, d'après le Statut réel, faute de participation du débiteur primitif au contrat, le paiement fait au créancier par le tiers ne fait naître au profit de celui-ci contre

⁽¹⁾ Cette solution est à rapprocher de celle que donne le Code féd. suisse des obligations (art. 175 et 176). V. *suprà* pp. 22 et suiv.

⁽²⁾ SELIM ROUSTOUM BAZ EL LIBNANI, p. 373.

⁽³⁾ EBN ABDIN, *Rad al Mohtar*, t. IV, p. 322, lignes 12 et s., se référant à EL SAIHANI.

⁽⁴⁾ Comp. C. civ. allemand, art. 414, *supra* p. 14.

⁽⁵⁾ EL LIBNANI, art. 691 p. 378 et art. 681 p. 373, citant en ce sens *Magma el Anhor* (Confluent des rivières).

le débiteur qu'une obligation naturelle, sanctionnée par voie d'exception, puis qu'il peut imputer sur sa propre dette, mais non sanctionnée par voie d'action. Cela semble, à première vue, fort étrange; car celui qui paie la dette d'autrui devrait avoir un recours basé sur la gestion d'affaire. Mais précisément l'article 205 pose cette règle, qui est rappelée à l'article 892 *in fine*: « Celui qui paie la dette d'autrui sans avoir reçu mandat du débiteur est réputé avoir fait une libéralité. Il ne pourra réclamer le remboursement ni au débiteur pour lequel il a payé, ni au créancier auquel il a payé. »⁽¹⁾ On aurait dû en conclure logiquement, comme le fait El Libnani, qu'il n'a même pas le droit d'imputer ce paiement sur sa propre dette. C'est par tempérament à la rigueur des principes que l'article 887, § 3, le lui permet.

Telles sont les solutions du droit hanafite actuel. Mais elles sont l'aboutissement de longues controverses; et l'on peut dire que tout a été discuté dans cet ordre d'idées.

En ce qui concerne le consentement du débiteur primitif, on a soutenu qu'il n'était pas nécessaire, parce que la prise en charge de la dette par un tiers ne pouvait lui être que profitable⁽²⁾. Mais d'autres auteurs exigeaient ce consentement, parce que, disaient-ils, il peut ne pas convenir à des gens nobles que des tiers s'obligent pour eux⁽³⁾. Enfin, suivant une troisième opinion essayant de concilier les deux autres, le consentement du débiteur primitif n'était nécessaire que si le tiers entendait recourir, après paiement, contre lui, ou imputer ce paiement sur ce qu'il lui devait⁽⁴⁾. C'est de cette dernière opinion que dérive, avec un tempérament, la solution consacrée par l'article 887 du Statut réel.

Le consentement du créancier est généralement considéré comme nécessaire par les auteurs hanafites. El Marghinani en donne cette raison, que sans doute le hadis du Prophète commande au créancier d'accepter le nouveau débiteur solvable,

⁽¹⁾ Compar. EL LIBNANI, art. 698 M., p. 382.

⁽²⁾ EL ZEYADAT, cité par EBN ABDIN, *Rad al Mohtar*, t. IV, p. 322 ligne 15.

⁽³⁾ EL KASSANI, t. VI, p. 16; EBN NOGAÏM, t. VI, p. 246.

⁽⁴⁾ EL KADOURI, cité par EBN ABDIN, *loc. cit.*; EL ZAÏLAÏ, t. IV, p. 171, ligne 11.

mais que les débiteurs même solvables sont plus ou moins exacts à remplir leurs engagements, et que, pour cette raison, le créancier peut tenir à ne pas changer de débiteur. Ebn El Houmam ajoute que ce serait lui causer un préjudice que de l'astreindre à recouvrer son dû sur quelqu'un qui ne le paiera peut-être pas⁽¹⁾. Mais de longues controverses ont eu lieu sur la nécessité de sa présence réelle au contrat, considérée comme indispensable par Abou Hanifa, le fondateur du rite, par son disciple Mohamed et par quelques auteurs postérieurs⁽²⁾, tandis que l'autre disciple du maître, Abou Youssef, disait que le lien de droit pouvait se former sans sa présence, sa ratification étant seulement nécessaire pour le rendre obligatoire, pour le munir de sanctions ; opinion qui fut suivie par d'autres auteurs⁽³⁾. Aujourd'hui le Statut réel passe la question sous silence. Mais la Medjellah dit expressément (art. 683) que « le transfert n'est pas valable tant que le créancier n'a pas exprimé son consentement ». Le commentateur de la Medjellah concède seulement qu'un gérant d'affaire peut accepter pour lui, sous réserve de ratification⁽⁴⁾ ; et c'était peut-être la pensée d'Abou Youssef.

Quant au nouveau débiteur, bien qu'on fût en principe d'accord pour exiger son consentement comme condition de validité⁽⁵⁾, une objection avait été faite pour le cas de transport avec affectation ; car dans ce cas, il ne s'engageait à payer au créancier que ce qu'il devait déjà au débiteur primitif ; mais on répondait que, même alors, son consentement était nécessaire, car il pouvait ne pas lui être indifférent de devoir la somme à un autre créancier peut-être plus exigeant⁽⁶⁾. En outre, la question de sa

⁽¹⁾ EL MARGHINANI dans *Fath el Kadir*, t. VI, p. 347, ligne 1; EBN EL HOUAM, *Ibidem*, ligne 2; EL KASSANI, t. VI, p. 16, ligne 16; EBN NOGAÏM, t. VI, p. 246, ligne 16.

⁽²⁾ EL KASSANI, *loc. cit.*, ligne 17; EBN NOGAÏM, *loc. cit.*, ligne 17.

⁽³⁾ AHMED EL CHALABI sur EL ZAÏLAI, t. IV, p. 171, lignes 1 et suiv.; EBN ABDIN, *Rad al Mohtar*, t. IV, p. 322-323.

⁽⁴⁾ SELIM ROUSTOUM BAZ EL LIBNANI, p. 373 sous art. 682.

⁽⁵⁾ EL KASSANI, t. VI, p. 16, ligne 25; EL MARGHINANI, t. VI, p. 347, ligne 2.

⁽⁶⁾ EBN EL HOUAM, t. VI, p. 347, lignes, 2 et 3; EBN ABDIN, t. IV, p. 322, ligne 12. C'est pour la même raison que l'art. 349 du Code Civil Indigène égyptien exige, pour la cession de créance, le consentement du débiteur cédé.

présence effective a donné lieu à la même controverse que pour le créancier (¹). On a soutenu que le lien de droit se formait sans lui et même sans la présence d'aucun gérant d'affaire, sous réserve de sa ratification. Aujourd'hui, l'article 882 du Statut réel dit bien que sa présence n'est pas nécessaire; mais il ajoute que « tant qu'il n'a pas accepté, la dette n'est pas transférée ». Et l'article 682 de la Medjellah dit expressément que le transfert n'est *valable* qu'à partir de son acceptation. Celle-ci est donc un élément indispensable de formation du contrat; et c'est sans doute par erreur que le commentateur de la Medjellah soutient encore l'opinion d'après laquelle le transfert s'effectue en son absence sous réserve de ratification (²).

En résumé, d'après le rite hanafite, le transport de dette exige, en principe, pour sa validité, le consentement des trois intéressés. Toutefois le transfert peut avoir lieu sans le consentement du débiteur primitif, mais alors le nouveau débiteur n'aura pas de recours contre lui.

Si nous jetons maintenant un regard sur les autres rites, nous allons trouver des solutions bien différentes. Les chaféites ne mettent pas en doute qu'il faille le consentement du créancier et celui du débiteur primitif. Mais ils enseignent que le consentement du nouveau débiteur est inutile. En effet, d'après leur doctrine, celui-ci ne peut être, comme il a été expliqué ci-dessus (³), qu'un débiteur du débiteur. Dès lors, peu lui importe, disent-ils, de payer entre les mains de telle personne ou de telle autre (⁴).

Même raisonnement et même solution chez les malékites, sous cette réserve, cependant, que, s'il y a une inimitié entre le créancier et le tiers désigné par le débiteur primitif, on doit demander le consentement de ce tiers; car le créancier, mal disposé à son égard, pourrait exagérer la rigueur dans ses poursuites (⁵). Suivant l'opinion de Malek lui-même, ce consentement

(¹) Voir, à quelques lignes de distance, les auteurs cités aux notes 2 et 3 de la page précédente.

(²) SELIM ROUSTOUM BAZ EL LIBNANI, *loc. cit.*

(³) *Suprâ*, pp. 37 et suiv.

(⁴) AL BEGERMI sur ZACHARIAH EL ANSARI, p. 21.

(⁵) MOHAMED ELECH sur KHALIL, t. III p. 240; EBN ACEM, vers. 796 et la note des traducteurs.

ment est indispensable pour la validité du transfert, si la cause d'inimitié existait déjà. Et si elle survient après coup, le créancier devra donner procuration à une autre personne pour le recouvrement de la créance sur le nouveau débiteur (¹). Les Malérites admettent aussi, sous réserve d'une controverse, que la présence du nouveau débiteur au contrat, sinon son consentement, est nécessaire, parce que, en laissant faire le transfert, il se reconnaît implicitement débiteur du débiteur primitif et, par suite, ne pourra plus exciper contre le créancier de l'inexistence de cette dette, qui est, comme on l'a vu, dans la doctrine malérite, un élément essentiel de la *hewala* (²).

Les hanbalites, comme les chaféites et les malérites, déclarent que le consentement du nouveau débiteur est inutile, parce qu'il appartient au débiteur primitif, qui, par hypothèse, est son créancier, d'encaisser la somme lui-même ou de la faire encaisser par un autre. Mais ils ajoutent, et ceci est un trait bien spécial de leur doctrine, que le consentement du créancier n'est pas non plus indispensable. En effet, disent-ils, réserve faite du cas où le nouveau débiteur proposé serait insolvable, la parole du Prophète commande au créancier de s'adresser à lui pour le paiement, puisqu'il lui est indiqué par le débiteur primitif; il aurait tort de s'opposer à un arrangement qui ne peut pas lui nuire; ce serait un abus de droit de sa part; et le juge, au besoin, pourrait le contraindre de se plier à cet arrangement (³). Ainsi, dans cette doctrine, la volonté du débiteur primitif est seule indispensable; et le transport de dette, au lieu d'avoir une base contractuelle, peut résulter de la manifestation unilatérale de cette volonté. On voit combien diverse et ondoyante est la théorie musulmane de la *hewala*.

3. CAPACITÉ — Quelle doit être la capacité des personnes appelées à consentir au transport de dette? Le Statut réel et la Medjellah font, à cet égard, une distinction entre le nouveau débiteur et les autres parties.

Le nouveau débiteur doit être conscient et majeur. C'est une

(¹) ED DESOUKI sur ED DARDIR, t. III, p. 295.

(²) ED DESOUKI, loc. cit.

(³) MANSOUR EBÑ IDRIS, *Kachaf al Kendâ*, t. II, p. 187, lignes 21 à 25.

condition de validité du transfert. Celui-ci est nul, et aucun lien de droit ne se forme, non seulement lorsque le nouveau débiteur est un fou ou un enfant en bas-âge, mais aussi lorsque, étant pleinement lucide, il n'a pas atteint sa majorité. Et il en est ainsi alors même que ce mineur aurait été autorisé à faire le commerce (art. 880 S.R., 684 M.). Cette solution traditionnellement admise⁽¹⁾ s'explique fort bien lorsque le nouveau débiteur se charge de la dette d'une personne à laquelle il ne doit rien ; car il assume ainsi un risque, n'étant pas sûr de se faire ensuite rembourser par le débiteur primitif. Elle se justifie moins bien, lorsqu'un mineur se charge d'acquitter, en règlement de sa propre dette, la dette de son créancier, c'est-à-dire en cas de transport avec affectation ; car il ne fait alors que promettre de payer ce qu'il doit déjà. Cependant le texte ne distingue pas ; et les auteurs s'accordent pour dire que, même dans ce cas, le consentement du mineur est nul, parce que, en s'engageant envers un nouveau créancier peut-être plus dur, il risque de rendre sa condition pire. On peut ajouter, mais ce point de vue semble leur avoir échappé, que le nouveau débiteur, en entrant dans la dette du débiteur primitif, change et peut-être aggrave la cause juridique ou les modalités de son engagement ; tenu envers lui comme emprunteur, il va, s'il se charge de payer un prix d'achat, être tenu désormais comme acheteur ; tenu jusqu'à présent à terme, il va peut-être se trouver engagé sans terme ou à un terme plus rapproché. Sa situation peut donc être aggravée en droit aussi bien qu'en fait ; et c'est une raison de plus pour qu'un débiteur mineur ne puisse prendre en charge la dette de son créancier.

Quant au créancier et au débiteur primitif, il faut et il suffit, pour la validité du transport de dette, qu'ils soient conscients au moment de l'acte. Il n'est pas indispensable qu'ils soient majeurs (art. 880 S.R., 684 M.). En effet, le débiteur primitif, qui se décharge sur autrui du paiement de sa dette, ne rend pas sa condition pire. Et le créancier, en acceptant un nouveau débiteur, n'aggrave pas non plus, en principe, sa situation, car la loi lui ménage encore, dans certaines éventualités, la possibilité de revenir

⁽¹⁾ EL KASSANI, t. VI, p. 16 ; EBN NOGAÏM, t. VI, p. 246 ; EL MARGHINANI et EBN HOUAMM, *Fath el Kadir*, t. VI, p. 346 ; EBN ABDIN, *Rad al Mohtar*, t. IV, p. 322.

contre son débiteur primitif; et en tout cas, la cause juridique et les modalités de sa créance restent les mêmes malgré le changement de débiteur. Un mineur doué de discernement peut donc, comme débiteur, transférer sa dette à autrui, comme créancier, consentir à un changement de débiteur.

Toutefois, cette solution, admise jadis par certains auteurs⁽¹⁾, était critiquée par d'autres. Le débiteur primitif mineur, en se déchargeant de sa dette sur autrui, opération en principe avantageuse, ne le fait peut-être qu'à des conditions onéreuses, par exemple en faisant remise au nouveau débiteur d'une créance plus considérable qu'il a contre lui. Et le créancier mineur qui accepte le transport de la dette se prive, au moins pour le moment, du droit de poursuivre son débiteur primitif. Aussi un auteur soutenait-il que le mineur ne pourrait valablement consentir que s'il était autorisé à faire le commerce⁽²⁾. Et d'autres auteurs enseignaient que, si le consentement du mineur suffisait à créer de nouveaux rapports juridiques, ceux-ci ne devenaient obligatoires, n'étaient munis de sanction que le jour où le transport de dette était approuvé par le tuteur ou par la personne exerçant la puissance paternelle sur le mineur⁽³⁾. Ce dernier système finit par prévaloir. C'est pourquoi le Statut réel, après avoir posé en règle (art. 880) la validité du transport de dette consenti par un créancier ou un débiteur primitif mineur doué de discernement, ajoute que, pour qu'il soit « exécutoire », c'est-à-dire sanctionné, il faut que le créancier et le débiteur primitif soient majeurs (art. 881). Et le texte poursuit : « La délégation faite par un mineur jouissant de son discernement est valable; mais elle ne peut être exécutée que si elle est approuvée par son tuteur ou par la personne qui exerce la puissance paternelle sur lui. Il en est de même, si le créancier délégué est mineur. Il faut alors la même approbation et, en plus, que le tiers délégué soit plus riche que le déléguant »⁽⁴⁾. La même solution est consacrée par l'article 685 de la Medjellah.

⁽¹⁾ BOURHAM ED DINE cité par EBN ABDIN dans son commentaire sur *El Bahr et Raek*, p. 246.

⁽²⁾ ESTROUCHINI, cité par EBN ABDIN, *eod. loc.*

⁽³⁾ AL KASSANI, t. VI, p. 16; EBN NOGAÏM, t. VI, p. 246; EBN ABDIN, *Rad al Mohtar*, t. IV, p. 322.

⁽⁴⁾ Nous faisons toutes réserves sur le mot « délégation », employé par le traducteur pour traduire le terme arabe « *hewala* ».

On remarquera que la loi défend au père et au tuteur du créancier mineur d'approuver le transport de dette, si le nouveau débiteur n'est pas plus riche que le débiteur primitif. L'article 889 insiste sur ce point en disant : « Le père et le tuteur peuvent accepter une délégation pour être payés de ce qui est dû au mineur toutes les fois que cette délégation est profitable à ce dernier. Il faut donc que le tiers délégué soit plus riche que le débiteur déléguant. S'il est seulement aussi riche, la délégation ne sera pas valable. » C'est une conséquence du principe général d'après lequel le tuteur ne peut faire ni autoriser les actes d'appauvrissement. Il faut en conclure que le tuteur du débiteur primitif ne saurait autoriser un transport de dette contenant remise d'une créance plus considérable sur le nouveau débiteur.

Tandis que le droit hanafite pose des règles spéciales quant à la capacité des parties dans le transport de dette, les auteurs des autres rites, du moins ceux que nous avons pu consulter, gardent sur ce point un silence complet, se référant par là même au droit commun de la capacité. Il faut donc en conclure que les parties consentantes, qui sont, d'après ces rites, le créancier et le débiteur primitif, ou même, suivant les hanbalites, le débiteur seulement, doivent, suivant le principe général, être douées de discernement. Quant à la question de savoir si elles doivent être majeures ou autorisées conformément au droit de la tutelle, cela dépend, croyons-nous, des conditions dans lesquelles se fait le transport de dette.

II. — EFFETS DU TRANSPORT DE DETTE.

Par la convention de *hewala*, le nouveau débiteur est engagé envers le débiteur primitif, à effectuer pour lui le paiement de sa dette; et le débiteur primitif, de son côté, doit, en principe, lui tenir compte de ce débours.

D'autre part, cette convention a pour but de procurer au débiteur primitif sa libération à l'égard du créancier; et il faut préciser dans quels termes cette libération se produit.

Enfin, par la *hewala*, celui qui s'est chargé de la dette est

engagé envers le créancier originaire ; et il faut définir la nature de cette obligation ainsi assumée.

Nous sommes ainsi amenés à étudier les effets du transport de dette, en droit musulman et surtout d'après le rite hanafite, sous trois aspects différents :

- 1^o Dans les rapports entre le débiteur primitif et le tiers nouveau débiteur, qui se charge de la dette ;
- 2^o Dans les rapports du créancier avec le débiteur primitif ;
- 3^o Dans les rapports du créancier avec le nouveau débiteur.

A. — RAPPORTS ENTRE LE DÉBITEUR PRIMITIF ET LE NOUVEAU DÉBITEUR.

Il importe, dans le rite hanafite, de distinguer ici entre le transport simple et le transport avec affectation.

1. — *En cas de transport simple*, la promesse faite par le tiers au débiteur primitif de payer sa dette est absolument indépendante des relations juridiques qui peuvent par ailleurs exister entre eux. Le cessionnaire de la dette ne peut donc pas, arguant de cette promesse, refuser de payer au débiteur primitif ce qu'il lui doit, ou de lui restituer un bien qu'il se trouve détenir sans cause (art. 892, § 1, S.R.). Supposons qu'ayant acheté un bien du débiteur primitif, il lui en doive le prix, et qu'il ait d'autre part pris en charge le remboursement d'un emprunt qu'avait fait son vendeur. La dette du prix n'ayant pas été expressément affectée au règlement de l'emprunt, le vendeur conserve le droit d'actionner l'acheteur en paiement du prix.

Mais si le transport de dette est suivi d'exécution, c'est-à-dire, dans notre exemple, si l'acheteur rembourse le prêteur de son vendeur, alors ce paiement vient en déduction de ce que le nouveau débiteur, l'acheteur dans notre exemple, devait au débiteur primitif, au vendeur dans notre exemple (art. 892, § 2, S.R. ; art. 691 M.).

Enfin, si le transport de dette a été exécuté alors que le nouveau débiteur ne devait rien au débiteur primitif, le nouveau débiteur, qui a désintéressé le créancier, a un recours contre celui qu'il a payé, tandis qu'au contraire, un tiers qui aurait payé spon-

tanément, sans en être chargé, serait, comme on l'a vu, réputé avoir voulu faire une libéralité, et n'aurait pas de recours (art. 892, § 3 et 4, S.R. ; art. 691 M.).

Tous ces points sont certains (¹); et nous n'avons pas connaissance qu'ils aient jamais donné lieu à discussion. Mais quand un recours est ouvert au nouveau débiteur contre le débiteur primitif, quelle est la nature et quel est l'objet de ce recours? Les textes que nous venons de citer ne le disent pas. Mais on peut suppléer à leur silence soit par d'autres textes, soit par les écrits des jurisconsultes hanafites.

Quant à la nature du recours, l'article 198 du Statut réel, au chapitre du paiement, dispose que celui qui a payé la dette d'une personne sur l'ordre de celle-ci peut recourir contre elle pour ce qu'il a payé; et le texte ajoute: « Il a les mêmes droits que les créanciers désintéressés ». Il y a donc dans ce cas subrogation légale. Le nouveau débiteur qui a payé recourt par l'action même du créancier, dans laquelle il est subrogé de plein droit. Un vieil auteur assimile le cas de paiement à ceux où le nouveau débiteur a acquis la créance par succession ou donation. Dans tous ces cas, dit-il, la propriété de la créance lui a été transmise; et c'est pourquoi il peut agir contre le débiteur primitif (²).

Quant à l'objet du recours, l'article 698 de la Medjellah précise que c'est non pas nécessairement ce qu'il a payé en fait, mais ce qu'il s'était chargé de payer. Si, par exemple, ayant à payer une somme d'argent, il a livré des marchandises au créancier, qui a bien voulu les recevoir comme dation en paiement, son recours aura pour objet la somme d'argent et non les marchandises. Cette solution, bien que non énoncée dans le Statut réel, doit aussi y être admise, d'abord parce qu'elle est la conséquence logique de la subrogation du nouveau débiteur dans les droits du créancier, et aussi parce qu'elle est conforme à l'opinion des auteurs (³). Toutefois les mêmes auteurs enseignent que, s'il n'y a qu'une différence de quantité entre la chose due et la chose

(¹) EBN ABDIN, *Rad al Mohtar*, t. IV, p. 326; ABD EL HAKIM EL AFGHANI, t. II, p. 61.

(²) EL ZAÏLAI, t. IV, p. 175

(³) EBN NOGAÏM, *Bahr el Rael*, t. VI, p. 251, ligne 4; EBN ABDIN, *Rad al Mohtar*, t. IV, p. 326, ligne 12; ABDEL HAKIM EL AFGHANI, t. II, p. 61.

réellement payée par le nouveau débiteur, celui-ci ne peut recourir qu'à concurrence de ce qu'il a payé: et cette autre conséquence de l'idée de subrogation a passé dans l'article 911, § 2, du Statut réel, décidant que, si le créancier a fait remise d'une partie de la dette, le recours du nouveau débiteur est diminué d'autant.

2. — *En cas de transport avec affectation*, le nouveau débiteur promet de payer la dette, mais seulement avec l'argent qu'il doit lui-même au débiteur primitif, ou avec de l'argent provenant de biens appartenant à celui-ci et qu'il se trouve détenir. La promesse de se charger de la dette est donc limitée par cette modalité. Elle est conditionnée par le rapport juridique qui existe déjà entre lui et le débiteur primitif.

D'où les conséquences suivantes :

1^o Le débiteur primitif ne peut plus, jusqu'à concurrence de la dette transférée (¹), réclamer au nouveau débiteur le paiement de ce que celui-ci lui doit ou la restitution des biens qu'il détient; car ce serait le mettre dans l'impossibilité de tenir sa promesse (²). Le nouveau débiteur n'a même pas le droit d'y consentir. S'il payait entre les mains du débiteur primitif la dette affectée, il n'en demeurerait pas moins obligé de payer le créancier, sauf à recourir ensuite contre le débiteur primitif (art. 893, S.R., article 692 M.).

2^o Si l'affectation est faite d'un bien du débiteur primitif, que le nouveau débiteur est chargé de vendre, celui-ci, qui ne peut être immédiatement actionné en paiement par le créancier, peut être constraint, soit par le créancier, soit par le débiteur primitif, à faire la vente pour payer ensuite sur l'argent qui en proviendra (art. 895 S.R., art. 696 M.).

3^o Supposons que survienne, sans faute du nouveau débiteur, la perte d'un bien déposé qu'il était chargé de livrer en nature au créancier; sa promesse de payer en l'acquit du débiteur primitif s'éteint avec la perte de l'objet affecté. Mais au contraire, si la perte provient de sa faute, ou si le bien est détenu injustement,

(¹) EBN ABDIN, *Rad al Mohtar*, t. IV, p. 325.

(²) EBN ABDIN, *Rad al Mohtar*, t. IV, p. 327; EL ZAÏLAI, t. IV, p. 174.

il est responsable de la valeur de l'objet péri, responsable de cette valeur envers le propriétaire de cet objet, le débiteur primitif, et par suite, il n'est pas libéré de sa promesse d'effectuer pour lui le paiement aux mains du créancier (art. 903, 904 S.R.; art. 694, 695 M.). Cette distinction est classique et se retrouve chez la plupart des auteurs (¹).

4º Si l'objet affecté, détenu par le nouveau débiteur à quelque titre que ce soit, même par suite d'usurpation, est revendiqué avec succès par un tiers, le transport de dette, fait avec affectation d'un bien dont le débiteur primitif n'était pas propriétaire et dont il ne pouvait exiger la restitution, se trouve manquer de base. Il est nul; et le nouveau débiteur n'a pas à exécuter sa promesse (art. 903, § 2, 904, § 2, S.R.; art. 694 M.). Solution également traditionnelle (²).

5º Lorsque l'affectation porte sur une obligation dont le nouveau débiteur est tenu envers le débiteur primitif, si cette obligation est nulle ou se trouve déjà éteinte au moment de la convention de transport de dette, ce transport est nul par voie de conséquence, et le nouveau débiteur n'a pas à tenir sa promesse. Exemple: un acheteur a promis de payer, sur son prix d'achat, un créancier de son vendeur. Si la chose vendue est revendiquée avec succès par un tiers, la vente était nulle comme vente de la chose d'autrui; l'acheteur ne doit pas le prix; et comme le prix est affecté au transport de dette, comme il est la cause pour laquelle le nouveau débiteur s'est chargé de la dette, sa promesse de payer le créancier de son vendeur est également nulle (art. 900 S. R., art. 693 M.).

Au contraire, le transport de dette n'est pas annulé par une extinction ultérieure de l'obligation affectée. On en donne pour raison que la situation, valablement établie au jour de la convention, ne peut être modifiée au détriment du créancier par des changements subséquents dans les rapports entre le débiteur primitif et

(¹) Voir notamment **EBN NOGAÏM**, *Bahr el Raek*, t. VI, p. 252, lignes 9 et suiv.; **EBN EL HOUHAM**, *Fath el Kadir*, t. VI, p. 353; **EL ZAÏLAI**, *Tabyin el Hakaek*, t. IV, p. 173; **EBN ABDIN**, t. IV, pp. 326-27; **ABD EL HAKIM**, t. II, p. 60.

(²) Mêmes références.

le nouveau débiteur (¹). On a déjà vu que le paiement qui interviendrait entre eux ne dispenserait pas le nouveau débiteur d'exécuter le transport de dette, de payer le créancier, sauf à recourir ensuite contre le débiteur primitif. Ajoutons que la même solution est admise, alors même que cette extinction de l'obligation affectée surviendrait par suite d'une cause involontaire. Ebn Abdin imagine l'espèce suivante : un acheteur s'est engagé à payer sur son prix d'achat un créancier de son vendeur. La chose vendue pérît chez le vendeur avant livraison. En droit musulman, la perte est pour le vendeur, suivant la règle traditionnelle qu'on retrouve dans les art. 460 du Statut réel, 293 de la Medjellah. L'acheteur ne doit donc plus le prix. Cependant, décide l'auteur, il n'en reste pas moins tenu de désintéresser le créancier de son vendeur, sauf à recourir ensuite contre celui-ci (²). Cette solution a passé dans les articles 901 du Statut réel, 693 de la Medjellah. Il faut convenir qu'elle ne s'harmonise pas avec la solution inverse, mentionnée au 3^e ci-dessus, qui libère le délégué en cas de perte fortuite de l'objet matériel par lui détenu et affecté au transport de dette. Que l'affection porte sur un objet matériel ou sur une obligation, la solution devrait être la même dans les deux cas. La perte du bien affecté devrait toujours entraîner la libération du nouveau débiteur, s'il n'est pas responsable de cette perte.

6^e Supposons enfin que l'obligation affectée soit annulée après que le nouveau débiteur a exécuté le transport de dette en désintéressant le créancier de son créancier. Supposons, par exemple, qu'à un moment où l'acheteur a déjà payé son prix aux mains du créancier de son vendeur, la chose vendue soit revendiquée avec succès par un tiers. L'acheteur, qui a payé son prix indûment, peut certainement le répéter contre son vendeur. Mais peut-il aussi le répéter contre le créancier de son vendeur ? La question est d'une grosse importance pratique en cas d'insolvabilité du vendeur. La Medjellah la passe sous silence. Le Statut réel la tranche par l'affirmative, en déclarant (art. 905) : « Toutes les fois que la chose vendue, dont le prix a été affecté au paiement, a été attribuée à un revendiquant, le délégué qui a payé ce prix au créancier aura

(¹) EBN ABDIN, *Rad al Mohtar*, t. IV, pp. 327-328; SELIM ROUSTOUM BAZ EL LIBNANI, pp. 379-380.

(²) EBN ABDIN, *Rad al Mohtar*, p. 327 *in fine*.

le droit de retourner contre ce dernier pour se faire rendre la somme payée, ou contre le déléguant. » Et cela paraît logique ; car la nullité de l'obligation affectée entraîne nullité du transport de dette, et le nouveau débiteur se trouve avoir payé au créancier ce qu'il ne lui devait pas. Si la revendication avait eu lieu plus tôt, il ne lui aurait rien versé. La revendication se produisant après coup, il doit pouvoir récupérer ce qu'il lui a versé indûment.

Mais comment concilier cet article 905 avec l'article 902 du même Statut réel, ainsi conçu : « Lorsque le vendeur délègue une personne pour recevoir de l'acheteur le prix de vente, si celui-ci paie ce prix au délégué et que, ensuite, la chose achetée soit attribuée à un revendiquant, il n'aura aucun recours contre le délégué, même en cas de déconfiture du vendeur. C'est à ce dernier qu'il devra s'adresser. » A première vue, il semble y avoir contradiction entre ces deux textes. Nous en avons vainement cherché l'explication chez les docteurs hanafites. On trouve bien dans Ebn Abdin l'origine de l'article 905 (¹). Mais nous n'avons pas trouvé de précédents à l'article 902. Nous croyons pouvoir suggérer l'explication suivante : Dans l'article 902 dont la terminologie paraît assez défectueuse, il ne s'agit pas d'un transport de dette avec affectation d'un prix de vente, cas visé par l'article 905. L'opération est toute différente. Le vendeur délègue un tiers ou, plus exactement, *donne mandat* à un tiers, qui n'est pas nécessairement son créancier, pour percevoir le prix chez l'acheteur. On conçoit que, dans ces conditions, le prix, versé indûment entre les mains du mandataire, ne puisse être répété que contre le mandant, pour le compte de qui le mandataire l'a touché en qualité de représentant.

Telles sont les solutions du rite hanafite en ce qui concerne les relations entre les deux débiteurs successifs. Quelles différences importantes sont à relever dans les solutions des trois autres rites ? On se rappelle qu'ils n'admettent pas le transport simple et qu'ils exigent, comme élément essentiel de la *hewala*, une dette préexistante du nouveau débiteur envers le débiteur primitif, dette affectée au règlement de la dette prise en charge. Les auteurs malékités,

(¹) EBN ABDIN, *Rad al Mohtar*, t. IV, p. 328.

examinant le cas où l'on aurait promis d'acquitter et effectivement acquitté la dette d'une personne à qui l'on ne doit rien, se demandent si l'on a, dans ce cas, un recours contre cette personne. El Kherchi soutient la négative : on est alors présumé, dit-il, avoir voulu faire une libéralité. Mais El Zarkani objecte que cette solution, exacte lorsqu'on a payé la dette spontanément et non sur l'invitation du débiteur, n'est pas admissible dans le cas contraire ; qu'en effet celui qui, désigné par le débiteur, s'engage à payer sa dette, bien qu'il ne lui doive rien, se trouve dans la situation d'une caution ; que sans doute sa promesse ne libère pas le débiteur à l'égard du créancier, mais que son paiement le libère ; que, par suite, celui qui a ainsi payé pour le débiteur doit pouvoir se retourner contre lui, comme le ferait une caution ; sinon il y aurait enrichissement injuste du débiteur. El Adaoui dit que c'est une question d'espèce, et qu'il faut rechercher en fait si la personne qui a payé a entendu ou non faire une donation. C'est en ce dernier sens que paraît se prononcer Ed Desouki, qui rapporte cette controverse⁽¹⁾.

On trouve chez les hanbalites et chez les chaféites une doctrine analogue. Mansour Ebn Idris enseigne qu'en principe, et sauf preuve d'une intention libérale de sa part, le nouveau débiteur, qui a consenti à se substituer au débiteur primitif bien qu'il ne lui dût rien, pourra, après paiement, recourir contre lui. Mais au lieu de baser ce recours sur l'idée de cautionnement, il fait intervenir celle de mandat, considérant le nouveau débiteur comme un mandataire chargé de payer, qui, après avoir fait un débours pour le compte de son mandant, le débiteur primitif, a le droit d'exiger son remboursement⁽²⁾.

Lorsqu'il y a transport de dette sur la tête d'un débiteur du débiteur, cela correspond à ce que le rite hanafite appelle un transport de dette avec affectation d'une obligation dont le nouveau débiteur est tenu envers le débiteur primitif. Qu'arrive-t-il, si cette obligation est annulée ou résolue ? La solution est beaucoup plus discutée chez les malékites que chez les hanafites. Suivant l'opinion dominante, le transfert tombe, le nouveau dé-

⁽¹⁾ ED DESOUKI sur ED DARDIR, t. III, p. 295.

⁽²⁾ MANSOUR EBÑ IDRIS, t. II, p. 186, lignes 24 à 30. Comp., pour les chaféites, AL BEGERMI, t. III, p. 19, lignes 20 à 35.

biteur n'a pas à l'exécuter ; et ce sera au créancier à se retourner contre le débiteur primitif. Mais Ebn El Kassem soutient au contraire que le transfert reste valable s'il n'y a pas eu mauvaise foi ; que le nouveau débiteur devra s'exécuter à l'égard du créancier et recourir ensuite contre le débiteur primitif (¹).

Les chaféites, se rapprochant, à cet égard, de la doctrine hanafite exposée ci-dessus (²), distinguent suivant que la cause de nullité ou d'extinction est antérieure ou postérieure au transport de dette, et décident que le nouveau débiteur, non obligé envers le créancier dans le premier cas, reste au contraire tenu envers lui dans le second cas. Mais à la différence des auteurs hanafites, ils enseignent que, si l'obligation affectée est annulée à un moment où le nouveau débiteur a déjà désintéressé le créancier de son créancier, il n'a de recours que contre celui entre les mains duquel il a payé (³), tandis que l'article 905 du Statut réel lui donne aussi recours contre le débiteur primitif dont il avait assumé la dette pour se libérer lui-même d'une obligation qu'il croyait valable.

Les hanbalites ont adopté sur ce point exactement les mêmes solutions que les chaféites (⁴).

B. — RAPPORTS ENTRE LE CRÉANCIER ET LE DÉBITEUR PRIMITIF

Aux termes de l'article 890 S.R., « l'acceptation du transport de dette par le créancier et par le tiers délégué éteint l'obligation du débiteur et de sa caution, s'il en a, et fait disparaître le droit du créancier de lui demander l'exécution de cette obligation. » (Cf. art. 690 de la Medjellah.)

Cependant, d'autre part, l'article 906 déclare : « Le contrat de transport de dette, qu'il soit pur et simple ou avec affectation,

(¹) La controverse est rapportée par ED DESOUKI, t. III, p. 298.

(²) *Suprà*, p. 159.

(³) ZACHARIAH EL ANSARI SUR AL MOKRI, t. II, pp. 232 *in fine* et 233. AL BEGERMI, t. III, pp. 21 *in fine* et 22.

(⁴) MANSOUR EBN IDRIS, t. II, pp. 188-89.

transporte la dette du débiteur à la personne qu'il a déléguée pour faire le paiement, *tout en laissant au déléguant la qualité de débiteur.* »

Ces deux textes, en apparence contradictoires, trouvent leur conciliation dans l'article 890, § 3, ainsi conçu : « Cependant l'extinction de l'obligation du débiteur et de sa caution n'est absolue que si le paiement de la dette par le délégué est certain », ou plus exactement (car la traduction d'Abdel Aziz Kahil Bey ne rend pas tout à fait la pensée du texte arabe), il n'y a libération *qu'autant que le paiement de la dette par le nouveau débiteur ne devient pas impossible.* En d'autres termes, le débiteur primitif et sa caution sont libérés en principe ; mais ils peuvent encore être actionnés dans divers cas où il devient certain que le nouveau débiteur ne paiera pas.

Cette solution complexe semble avoir son origine lointaine dans un hadis du Prophète, rapporté par le Kalife Osman : « Le bien d'un musulman ne peut être perdu. » Ce dire est cité par plusieurs auteurs hanafites (¹), qui en déduisent que le transport de la dette ne peut pas avoir pour conséquence de faire perdre au créancier l'émolumennt de sa créance en la rendant pratiquement inefficace (²). Mais ce n'est qu'une raison pratique ; et les docteurs ont surtout cherché à expliquer théoriquement comment le débiteur primitif, bien que libéré, peut encore être actionné. La controverse, qui remonte aux premiers disciples du grand imam Abou Hanifa, est surtout académique ; car sur les solutions concrètes, il n'y a que peu de divergences entre les auteurs. On verra pourtant qu'elle n'est pas dénuée de tout intérêt pratique. On peut la résumer de la façon suivante :

Tandis qu'Abou Youssef enseignait que la dette était transférée sur la tête du nouveau débiteur (³), son condisciple et ami Mohamed disait que la dette (*ed daïn*) subsistait sur la tête du débiteur primitif, mais que le créancier ne pouvait plus, pro-

(¹) Les docteurs des autres rites semblent ne pas reconnaître ce hadis.

(²) EBN EL HOUAM, *Fath Et Kadir*, t. VI, p. 351 ; EL ZAÏLAI, *Tabyin Et Hakaek*, t. IV, p. 172.

(³) En ce sens, EBN EL HOUAM, t. VI, p. 348 ; EBN ABDIN, t. IV, pp. 321 et 324 ; ABD EL HAKIM, t. II, p. 60.

visoirement, agir contre lui, parce que l'action (*el moutalaba*) était transférée sur la tête du nouveau débiteur (¹) ; et la *hewala* avait pour seul effet d'ajourner les poursuites contre le nouveau débiteur primitif, tout en réservant la possibilité de revenir contre lui quand il serait avéré que le nouveau débiteur n'eût paierait pas (²). Enfin le troisième disciple, Zoufar, dont l'opinion n'a pas été suivie, prétendait qu'il n'y avait transport ni de dette ni d'action, et que la *hewala* n'était qu'une sorte de cautionnement où la caution devait être poursuivie avant le débiteur principal. Nous ne reproduirons pas les argumentations souvent diffuses auxquelles se sont livrés les auteurs, confondant parfois les intérêts pratiques et les arguments, et commettant ainsi des pétitions de principe d'ailleurs très excusables dans un état de droit mal fixé (³). Ce qui ressort de ces discussions, c'est que, suivant l'opinion commune et abstraction faite des explications théoriques, le transport de dette, d'après le rite hanafite, à la différence de la reprise de dette du Droit allemand ou suisse et de la délégation parfaite telle qu'elle existe en Droit français, n'entraîne pas libération définitive du débiteur primitif. Elle produit plutôt *une libération sous condition résolutoire*. Provisoirement et jusqu'à nouvel ordre, le créancier ne pourra plus le poursuivre ; son action contre lui est paralysée. Mais survienne un événement rendant certain que le nouveau débiteur ne paiera pas, le créancier recouvre le droit d'agir contre le débiteur primitif, qui n'a jamais cessé théoriquement d'avoir la qualité de débiteur, comme le dit l'article 906 du Statut réel, consacrant ainsi, semble-t-il, la conception de Mohamed.

L'article 891 S.R. prend d'ailleurs bien soin de distinguer de la *hewala* la délégation en paiement acceptée sous la condition

(¹) La distinction faite par Mohamed correspond assez bien à celle que font les Allemands entre *Schuld* et *Haftung*.

(²) En ce sens **EL ZAÏLAI**, t. IV, p. 171. **TAHTAOUI**, cité par **SELIM ROUSTOUM EL LIBNANI**, p. 371 ; **EBN NOGAÏM**, t. VI, pp. 244 à 246 et p. 249.

(³) Par exemple, **EBN NOGAÏM** dit (t. VI, p. 245, ligne 8) que l'un des intérêts de la question est de savoir si le créancier peut, après transfert, conserver le gage constitué par le débiteur primitif, car, si celui-ci n'est plus débiteur, il doit le rendre. Et à la fin de la page, il cite, parmi les arguments à l'appui de sa thèse, le fait que le créancier peut garder le gage malgré le transfert.

que le déléguant continuera d'être tenu de la dette. Le créancier ayant alors deux débiteurs à poursuivre à son choix, le déléguant et le délégué, ce n'est pas, dit le texte, un transport de dette (*hewala*), c'est un cautionnement (*hemala*) (1).

Il importe de noter que la Medjellah, dont l'article 690 pose en règle la libération du débiteur primitif et de sa caution en des termes analogues à ceux de l'article 890, § 1, S.R. ne contient aucune disposition correspondant aux articles 906 et 890, § 3, S.R. Nulle part elle ne dit que le débiteur primitif conserve la qualité de débiteur. Nulle part elle ne limite par une formule générale les effets de sa libération. Ce n'est pas à dire que les solutions concrètes de la Medjellah diffèrent notablement de celles du Statut réel. Mais on peut en conclure que la Medjellah a suivi la doctrine d'Abou Youssef, tandis que le Statut réel s'est inspiré de celle de Mohamed. Et c'est par ces influences doctrinaires différentes que nous expliquerons plus loin la diversité des solutions pratiques sur quelques points qui, précisément sont signalés par les auteurs comme constituant l'intérêt de la controverse.

Il n'y a d'ailleurs là qu'une nuance. Même dans la doctrine d'Abou Youssef, le débiteur primitif, qui a cessé d'être débiteur, pourra encore être recherché par le créancier, si le droit de celui-ci contre le nouveau débiteur devient irrémédiablement inefficace. Et il nous reste à voir quels sont ces événements qui, rendant certain le non-paiement par le nouveau débiteur, permettent au créancier de *revenir*, comme disent les textes, *contre le débiteur primitif*.

1^o En cas de décès du nouveau débiteur, l'obligation à terme devient immédiatement exigible sur sa succession (art. 896, § 3, S.R.). C'est une application du principe, général en droit musulman, que le décès du débiteur entraîne déchéance du terme (art. 214 S.R.). Et ce principe s'explique par le motif que le paiement des dettes ne peut être poursuivi que sur l'actif successoral; d'où la nécessité pour les créanciers à terme de faire valoir leurs droits.

(1) Notons que l'opération visée par l'art. 891 S.R. ne se confond pas non plus avec la délégation imparfaite du Droit français, où le délégué est tenu envers le déléataire d'une obligation autonome, qui n'est pas accessoire à celle du déléguant et n'a donc pas les caractères d'un cautionnement.

immédiatement dans la liquidation de la succession. Mais si la succession du nouveau débiteur est insolvable, le créancier, qui n'a reçu qu'un dividende, est désormais certain que le reliquat ne sera pas payé par lui ni par ses héritiers, qui ne répondent pas du passif sur leurs biens personnels. C'est pourquoi il peut, après liquidation de la succession et à défaut de tout autre moyen, par exemple de toute action contre une caution du nouveau débiteur, se retourner contre le débiteur primitif, mais seulement à l'échéance, pour lui réclamer le reliquat (aît. 896, §§ 3 et 4, 897, § 2, 908 S.R.).

Tous les auteurs sont d'accord sur ce point⁽¹⁾. Au contraire, très discutée fut la question de savoir si la faillite ou la déconfiture du nouveau débiteur encore vivant ouvrait au créancier le droit de se retourner, pour le reliquat, contre le débiteur primitif. Abou Hanifa répondait par la négative. La richesse disait-il, est un flux et un reflux. Le nouveau débiteur, en faillite aujourd'hui, peut revenir à meilleure fortune. On n'est donc pas certain qu'il sera toujours dans l'impossibilité de payer ce qui reste dû. Donc le créancier n'a pas le droit de revenir contre le débiteur primitif. El Zaïlai, qui adopte cette opinion, remarque que le cas est analogue à celui où le nouveau débiteur est absent; on peut encore espérer qu'il paiera, s'il revient; et le recours contre le débiteur primitif n'est pas ouvert au créancier. D'ailleurs, ajoute-t-il avec une pointe d'ironie, les jugements humains sont sujets à erreur, et au moment même où le juge, dans toute sa majesté, déclare la faillite du nouveau débiteur, peut-être celui-ci est-il appelé à une riche succession, qui le met largement en mesure de payer⁽²⁾. Mais les deux disciples et amis Mohamed et Abou Youssef, dont l'opinion fut suivie par certains auteurs⁽³⁾, enseignaient, au contraire, que la faillite du nouveau débiteur, mettant en péril le droit du créancier, permettait à celui-ci

(¹) V. notamment EBN EL HOUAM, t. VI, p. 352; EL ZAÏLAI, t. IV, p. 172, *in fine*; EBN NOGAÏM, t. VI, p. 250; EBN ABDIN, t. IV, p. 325; ARD EL HAKIM, t. II, p. 60; AL ZEYADAT, cité et combattu par EBN ABDIN, soutenait même que la présence d'une caution n'empêchait pas le recours. Mais son opinion n'a pas prévalu.

(²) EL ZAÏLAI, t. IV, pp. 172-173; EBN NOGAÏM, *loc. cit.*

(³) EBN EL HOUAM, t. VI, p. 352 *in fine*; EBN ABDIN, t. IV, pp. 325-326.

d'actionner le débiteur primitif pour ce qui excédait son dividende. C'est l'opinion d'Abou Hanifa et d'El Zaïlai qui a triomphé dans le Statut réel. Les articles 898 et 899 disent expressément que ni la faillite ni l'absence du nouveau débiteur n'ouvrent au créancier de recours contre le débiteur primitif. La Medjellah ne tranche pas la question, pas plus qu'elle ne vise d'ailleurs le cas de décès du nouveau débiteur en état d'insolvabilité. Sélim Roustoum Baz el Libnani, dans son Commentaire sur la Medjellah (p. 377), cite la controverse et adopte l'opinion d'Abou Hanifa.

2^e Si le nouveau débiteur nie avoir consenti à se charger de la dette, et si l'on ne peut prouver son consentement, dans ce cas encore on est certain qu'il ne paiera pas; et le créancier peut actionner le débiteur primitif (art. 897, § 2, S.R.). Ce cas est signalé sans discussion par tous les auteurs⁽¹⁾. La Medjellah n'en parle pas. Sélim Roustoum Baz El Libnani, dans son Commentaire (p. 377), se rallie à l'opinion unanime.

3^e Si, dans un transport de dette avec affectation d'un objet détenu par le nouveau débiteur, cet objet vient à périr sans que celui-ci soit responsable de la perte, on a vu qu'il n'a plus à tenir sa promesse. Donc il ne paiera sûrement pas. Donc le créancier peut de nouveau agir contre le débiteur primitif (art. 897, § 1, 903, § 1, S. R., art. 695 M.). Solution admise aussi sans controverse⁽²⁾.

4^e Si l'objet affecté est revendiqué avec succès par un tiers, le créancier, toujours en vertu du même raisonnement, recouvre son action contre le débiteur primitif (art. 903, § 2, 904, § 2, S.R., art. 694 M.)⁽³⁾.

5^e Lorsque le transport de dette a été fait avec affectation d'une obligation dont le nouveau débiteur est tenu envers le débiteur primitif, si cette obligation est nulle ou si elle a été éteinte antérieurement, on a vu que le transport de dette est nul. Par suite, le créancier, n'ayant rien à attendre du nouveau débiteur, peut « revenir contre son ancien débiteur » (art. 900, § 2, S.R., art. 693 M.). Mais au contraire, une extinction ultérieure de l'obligation

(1) V. notamment les auteurs cités à la note 1 de la page 166.

(2) Voir les références données à la note 1 de la page 158.

(3) Mêmes références.

affectée au paiement ne libère pas le nouveau débiteur quant à la dette qu'il a prise en charge ; et par suite, le créancier ne peut pas en tirer argument pour agir contre le débiteur primitif (art. 901 S.R., art. 693 M.) (¹).

6º L'article 906 S. R. est ainsi conçu : « Le contrat de délégation, que celle-ci soit pure et simple ou avec affectation, transporte la dette du débiteur à la personne qu'il a déléguée pour faire le paiement, tout en laissant au déléguant la qualité de débiteur. Si donc le tiers délégué a payé une partie de la dette et si, avant le paiement du reste, le débiteur vient à mourir en état de déconfiture, le créancier aura le droit de garder définitivement ce qu'il a reçu du tiers délégué ; mais pour le reste, il devra concourir avec les autres créanciers de son ancien débiteur, sans pouvoir revenir contre le tiers délégué pour la part qu'il n'a pas pu obtenir, une fois la répartition faite. »

Voilà encore un cas où le créancier retrouve son action contre le débiteur primitif ou, plus exactement contre sa succession ; et à première vue, cette disposition ne s'explique pas, comme les précédentes, par la carence du nouveau débiteur rendant illusoire le droit du créancier contre lui. C'est pourtant toujours cette même idée qui est à la base de ce texte, dont la rédaction est d'ailleurs défectueuse. Pour le bien comprendre, il est indispensable de se reporter aux ouvrages des jurisconsultes hanafites. On y voit tout d'abord que la règle est spéciale au cas de transport avec affectation, particularité que n'indique pas le texte du Statut réel. C'est uniquement à propos de ce genre de transport que les auteurs examinent cette question. El Zaïlai dit même expressément qu'en cas de transport simple, la règle est inverse ; que le prédeces du débiteur primitif ne modifie alors en rien la situation du créancier ; que celui-ci n'a pas à concourir sur sa succession, mais conserve tous ses droits contre le nouveau débiteur (²). Et voici comment raisonnent les auteurs pour le cas où le transport a été fait avec affectation. Rigoureusement, dit El Zaïlai, le plus explicite d'entre eux, le créancier ne devrait pas exercer ses droits contre la succession du débiteur primitif.

(¹) Cf. *suprà*, pp. 158-159.

(²) **EL ZAÏLAI**, t. IV, p. 174, *in fine*.

Si on l'y admet, c'est parce que le décès de celui-ci fait rentrer dans l'actif successoral le bien affecté ; que, par suite, le débiteur nouveau, à qui ce bien est enlevé, cesse d'être tenu en vertu du transport fait avec affectation, d'où il résulte que le créancier, n'ayant plus rien à obtenir de lui, doit se retourner contre la succession du débiteur primitif (¹) ; idée essentielle, qui donne la clef de l'article 906, § 2, du Statut réel, mais qui est complètement passée sous silence dans sa rédaction. Ceci posé, les auteurs se sont demandé si, sur ce bien affecté, ainsi rentré dans l'actif successoral, le créancier avait un droit de préférence. Zoufar, dont l'opinion est rapportée par El Zaïlai, soutenait l'affirmative, voyant dans l'objet affecté une sorte de gage constitué en faveur du créancier. Mais son opinion était généralement critiquée. L'affectation est une modalité qui limite l'engagement du nouveau débiteur ; mais ce n'est pas une constitution de gage, puisque l'objet affecté reste entre les mains de ce dernier. Le créancier, s'il avait agi contre le nouveau débiteur, n'aurait eu aucun droit de préférence sur cet objet. Il n'en a pas davantage le jour où l'objet est rentré dans la succession du débiteur primitif. L'opinion avait donc prévalu que le créancier, exerçant ses droits contre cette succession, devait concourir avec les autres créanciers du *de cuius*. Et c'est cette solution qui a passé dans l'art. 906, § 2, S.R.

Le paiement de la dette ou d'une partie de la dette par la succession du débiteur primitif peut d'ailleurs ouvrir un recours des héritiers contre le nouveau débiteur. C'est ce qui a lieu lorsqu'il s'était chargé de désintéresser le créancier en acquit de ce qu'il devait lui-même au débiteur primitif (art. 907 S. R.).

Il faut remarquer ici que, si le Statut réel a suivi sur ce point l'opinion dominante, la Medjellah semble bien avoir consacré la doctrine dissidente de Zoufar. En effet, l'article 692 de ce code, après avoir dit que, dans le transport avec affectation, le débiteur primitif ne peut plus réclamer au nouveau débiteur la prestation de la chose affectée (²), ajoute cette dernière phrase : « Si le

(¹) **EL ZAÏLAI**, t. IV, p. 174, lignes 16 et suiv.; Cf. **EBN EL HOUAM**, t. VI, p. 351; **EBN ABDI**, t. IV, p. 327, lignes 18 et suiv., et p. 321, ligne 13; **EBN NOGAÏM**, t. VI, p. 252 et pp. 245-46.

(²) V. *Suprâ*, p. 157.

cédant de la dette (débiteur primitif) meurt avant que la dette soit payée, et s'il laisse un passif supérieur à son actif, les autres créanciers ne peuvent agir sur la chose qui a été affectée. » Ce texte est manifestement inconciliable avec le *concours* dont parle l'article 906, § 2, S.R. La divergence des solutions s'explique par la controverse qui a divisé sur ce point les jurisconsultes hanafites.

7^e Certains auteurs ont enseigné que le droit de recours du créancier contre le débiteur primitif pouvait aussi résulter, outre les cas ci-dessus énumérés, d'une stipulation expresse du créancier (¹). Mais ce cas, passé sous silence par la plupart des auteurs, ne se retrouve ni dans le Statut réel ni dans la Medjellah. L'article 891 S.R. semble même contraire à cette solution, puisqu'il décide que, s'il est stipulé que le débiteur primitif continuera à être tenu de la dette, à être exposé à l'action du créancier, le contrat n'est pas un transport de dette et doit être interprété comme un cautionnement.

Les auteurs ont agité la question de savoir si, dans les cas ci-dessus énumérés, le créancier recouvrerait de plein droit et automatiquement son droit d'agir contre le débiteur primitif, ou s'il devait, au préalable, faire prononcer la nullité ou la résolution du transport de dette (²). Les articles 897 et suivants du Statut réel et les dispositions correspondantes de la Medjellah ne tranchent pas formellement la question. Mais par leur silence même, ils semblent considérer le créancier comme rétabli automatiquement dans ses droits contre le débiteur primitif. C'est conforme à l'idée que celui-ci n'a été libéré que sous condition résolutoire. A l'événement de la condition, sa libération cesse de plein droit; et le créancier recouvre, sans autre formalité, la faculté de poursuivre ce débiteur, qui, si l'on adopte la théorie de Mohamed, n'a jamais cessé théoriquement d'être débiteur.

Après cet exposé des solutions hanafites, il nous faut jeter un regard sur les autres rites. Les principes en sont moins complexes. On se rappelle que, pour les Malékites, les Chaféites et les Han-

(¹) EBN NOGAÏM, t. VI, pp. 249-50; EL BAZAZIAH, cité par EBN ABDIN, t. IV, p. 325, ligne 5.

(²) Exposé de la controverse dans EBN EL HOUHAM, t. VI, p. 351.

balites, la *hewala* est le règlement d'une dette au moyen d'une créance. Aussi posent-ils en principe que la libération du débiteur primitif est définitive (¹). Ils admettent toutefois, ce qui est logique, que le principe est mis en échec si le transport est annulé pour défaut d'un de ses éléments essentiels. Et sous réserve de controverses, ils tempèrent le principe en cas d'insolvabilité du nouveau débiteur.

On a déjà vu que, suivant l'opinion dominante chez les Malérites, si la dette du nouveau débiteur envers le débiteur primitif est annulée ou résolue, le transport tombe et le créancier recouvre ses droits contre son ancien débiteur (²). Il en est de même si le nouveau débiteur nie sa dette envers le débiteur primitif et si l'on n'a pas de preuve contre lui; car dans ce cas, l'un des éléments essentiels du transport n'est pas établi. Toutefois si, malgré une dénégation antérieure, le créancier a accepté le transport à ses risques et périls, il ne pourra revenir contre le débiteur primitif (³).

Le droit de recourir lui appartient, si le débiteur primitif, sachant que le nouveau débiteur était insolvable ou avait une ininitié contre le créancier, ne l'en a pas averti; car dans ce cas, il a trompé le créancier (⁴).

Enfin, suivant une opinion qui remonte à Al Moughira, l'un des chefs du rite malérite, le créancier peut, par une stipulation expresse, se ménager un recours contre le débiteur primitif pour le cas d'insolvabilité même future du nouveau débiteur. Mais cette opinion suivie par Sahnoun et par Averroès, était combattue par Ebn Arafa, parce que, disait-il, pareille stipulation serait contraire au but même de l'opération, qui est le règlement définitif de la dette et la libération du débiteur originaire (⁵).

Les hanbalites restreignent encore plus le droit de recours du

(¹) V. pour les malérites, **ED DESOUKI** sur **ED DARDIR**, t. III, p. 297; pour les chaféites, **AL BEGERMI**, t. III, p. 18; pour les hanbalites, **MANSOUR EBNI IDRIS**, t. II, p. 185.

(²) V. *Suprà*, pp. 161-62.

(³) **ED DESOUKI**, *loc. cit.*

(⁴) *Ibidem*.

(⁵) **ED DESOUKI**, t. III, pp. 297-98.

créancier contre le débiteur primitif. Ils le lui refusent en cas de dénégation du nouveau débiteur, même si celui-ci confirme sa dénégation par un serment. Ils le lui refusent aussi en cas d'insolvabilité ou de décès du nouveau débiteur, sous réserve toutefois du cas où la garantie de sa solvabilité aurait été expressément stipulée, et du cas où il y aurait eu erreur manifeste ou, à plus forte raison, tromperie sur cette solvabilité au moment du contrat⁽¹⁾.

Les chaféites enseignent qu'en cas de nullité ou à défaut de preuve de l'obligation du débiteur nouveau envers le débiteur primitif, celui-ci reste tenu envers le créancier, parce que la *hewala*, faute d'un élément essentiel dûment établi, était nulle et n'a pu produire son effet libératoire⁽²⁾. Mais ils furent divisés sur la question de savoir si le créancier pouvait s'assurer un recours contre le débiteur primitif en stipulant de lui la garantie de la solvabilité du nouveau débiteur⁽³⁾. Al Begermi, qui semble reproduire l'opinion dominante, dénie tout effet à cette clause, parce qu'elle est contraire au but libératoire de l'opération. Mais il ajoute que, si le créancier en a fait une condition essentielle de son consentement au transport de dette, alors c'est l'opération tout entière qui est nulle, et le changement de débiteur n'a jamais eu lieu⁽⁴⁾.

C. — RAPPORTS ENTRE LE CRÉANCIER ET LE NOUVEAU DÉBITEUR.

L'article 890 S.R., après avoir dit que le transport de dette libère le débiteur primitif, ajoute (alinéa 2) qu'il confère au créancier le droit d'agir contre le nouveau débiteur. Et l'art. 896 pose ce principe important : « La dette ne change pas de qualité en se transférant au tiers délégué. » Ainsi s'affirme la différence essentielle avec la délégation du Droit français, avec la novation par changement de débiteur. Le transport de dette du Droit musulman, tout au moins d'après le rite hanafite, n'est pas une

⁽¹⁾ MANSOUR EBNI IDRIS, *loc. cit.*

⁽²⁾ AL BEGERMI, t. III, p. 21, lignes 18 à 22.

⁽³⁾ V. la controverse dans ZACHARIAH EL ANSARI sur AL MOKRI, t. II, p. 232, ligne 20.

⁽⁴⁾ AL BEGERMI, t. III, p. 21, lignes 26 et suiv.

novation, n'est pas l'extinction d'une obligation et son remplacement par une autre. C'est une succession à la dette; et l'on peut dire, comme dans la reprise de dette du Droit allemand et du Droit suisse, que le nouveau débiteur entre dans la dette, maintenue identique à elle-même, aux lieu et place de l'ancien débiteur.

L'article 896 en déduit que la dette conserve, entre les mains du nouveau débiteur, son caractère de dette pure et simple, conditionnelle ou à terme. Il précise que, la dette à terme reposant maintenant sur la tête du nouveau débiteur, si celui-ci décède, la dette devient immédiatement exigible: que si c'est au contraire, le débiteur primitif qui meurt, le nouveau débiteur continue à jouir du bénéfice du terme (¹). Ces solutions, empruntées aux anciens auteurs (²), se retrouvent dans l'art. 697 de la Medjellah.

D'autres conséquences, non formulées par les textes, doivent aussi, nous semble-t-il, être admises. La dette transférée conserve son caractère civil ou commercial. Le créancier qui a un titre exécutoire peut s'en servir contre le nouveau débiteur. La mise en demeure qu'il a adressée au débiteur primitif continue à produire ses effets contre le nouveau débiteur. Autant de conséquences logiques de la permanence de la dette, où il n'y a de changé que la personne du débiteur.

Le principe entraîne encore, logiquement, deux conséquences, qui ne sont d'ailleurs admises, en droit musulman, comme dans les législations européennes, qu'avec des tempéraments. Il s'agit de l'opposabilité des exceptions par le nouveau débiteur au créancier, et du maintien des sûretés, accessoires de l'obligation. Ces points une fois élucidés, il nous restera à étudier quelques particularités concernant l'extinction de l'obligation du nouveau débiteur à l'égard du créancier.

1. EXCEPTIONS OPPOSABLES. — La dette du nouveau débiteur

(¹) Cette dernière solution ne vise évidemment que le transport simple; car si le transport a été fait avec affectation, on a vu (*suprà*, p. 168) que le décès du débiteur primitif libère le nouveau débiteur à l'égard du créancier, et que celui-ci doit exercer ses droits contre la succession.

(²) V. notamment **EL ZAÏLAI**, t. IV, p. 174, ligne 4; **EBN ABDIN**, t. IV, p. 328 *in fine*.

envers le créancier étant la même que celle du débiteur primitif, il doit en résulter logiquement :

a) Que cette dette a été prise en charge par le nouveau débiteur, telle qu'elle existait à la charge du débiteur primitif ; que par suite, le nouveau débiteur peut opposer au créancier toutes les causes de nullité ou d'extinction dont le débiteur primitif aurait pu se prévaloir avant le transport de la dette.

b) Qu'au contraire, le nouveau débiteur ne peut pas opposer au créancier des exceptions dérivant de ses propres relations juridiques avec le débiteur primitif, alléguer, par exemple, qu'il ne doit pas à celui-ci le prix dont il avait compté s'acquitter en désintéressant le créancier.

Cette double règle, qui est expressément formulée, au sujet de la reprise de dette dans les lois allemande et suisse (art. 417 Code civil allemand ; art. 179 Code fédéral suisse des obligations) (¹), ne se trouve nulle part énoncée en termes généraux par les textes du Droit musulman. Elle résulte cependant, croyons-nous, du principe posé par l'article 896 S.R. : « La dette ne change pas de qualité en se transférant au nouveau débiteur ». Mais elle comporte certains tempéraments, qui ne sont d'ailleurs pas exactement les mêmes que dans les législations européennes.

a) En ce qui concerne la première règle, il paraît hors de doute que le nouveau débiteur peut, en principe, opposer au créancier les exceptions que pouvait lui opposer l'ancien débiteur ; car le créancier n'a pas contre lui plus de droits qu'il n'en avait contre le débiteur primitif. Mais le nouveau débiteur peut-il opposer, en raison d'une créance née au profit du premier débiteur contre le créancier avant le transport de la dette, l'exception de compensation, qui est formellement exclue par la loi allemande (art. 417 Code civil allemand), peut-être aussi par le Droit suisse (²). Il faut, à notre avis, distinguer. Le Droit musulman, à la différence du Droit allemand ou suisse, admet la compensation légale, automatique, entre deux obligations de la même espèce, ayant mêmes qualités, même force et même échéance (art. 225,

(¹) V. *suprà*, pp. 55 et suiv., 63 et suiv.

(²) V. *suprà*, pp. 55 et 63.

226 S. R.). Si ces conditions étaient réalisées avant le jour du contrat de transport de dette, ce contrat est nul faute d'objet, puisqu'il a eu pour objet une dette déjà éteinte à l'insu même des parties ; et il appartient au nouveau débiteur d'opposer au créancier la nullité de ce transfert portant sur une dette déjà compensée. Mais si ces conditions n'étaient pas réalisées avant le jour du contrat, la compensation n'aurait pu s'opérer que si elle avait été demandée par le débiteur primitif ; et alors, comme en Droit allemand ou suisse, le nouveau débiteur ne peut opposer l'exception de compensation, que le débiteur primitif aurait pu soulever, mais n'a pas soulevée en fait ; car ce serait forcer le débiteur primitif à payer par compensation cette dette, et manquer à la promesse que le nouveau débiteur lui a faite de la payer en ses lieu et place.

Autre question : le nouveau débiteur peut-il opposer que l'obligation transférée est nulle, parce qu'elle a été contractée par un débiteur primitif qui était incapable ? Le Droit suisse ne le permet pas ; telle est, on s'en souvient, la portée de l'article 179 du Code fédéral des obligations, aux termes duquel « le nouveau débiteur ne peut faire valoir les exceptions *personnelles*, que l'ancien aurait pu former contre le créancier... »⁽¹⁾. C'est une conséquence de l'idée qu'il n'appartient qu'à l'incapable lui-même ou à ses représentants légaux d'invoquer la nullité tirée de son incapacité. Que décider en Droit musulman, dans le silence des textes ? La question est délicate ; et nous n'avons pas connaissance qu'elle ait été examinée. Nous croyons cependant, que tant qu'il n'y a pas eu confirmation, le nouveau débiteur peut opposer par voie d'exception la nullité de la dette transférée, pour incapacité du débiteur primitif. Sans doute il ne pourrait agir en nullité. Mais il n'en est pas moins vrai qu'il a succédé à une dette annulable. Le jour où il est poursuivi, il doit pouvoir, puisque « la dette ne change pas de qualité par suite du transfert », exciper du vice de cette dette, s'il n'a pas été déjà couvert par une confirmation. Toutefois il importe d'ajouter, et c'est d'une importance pratique considérable, que si le transport de la dette a été consenti par le débiteur primitif devenu capable, on pourra voir dans ce contrat une confirmation implicite ; et le nouveau débiteur ne

⁽¹⁾ V. *suprà*, p. 63.

pourra plus invoquer un vice d'incapacité qui a été purgé au moment même du transfert.

b) En ce qui concerne la seconde règle, à savoir que le nouveau débiteur ne peut opposer au créancier des exceptions tirées de ses propres rapports juridiques avec le débiteur primitif, elle s'applique d'une façon absolue quand le transport de dette a été pur et simple. On sait en effet que, dans ce cas, l'obligation du nouveau débiteur envers le créancier est complètement indépendante des relations pouvant exister entre les deux débiteurs successifs (¹).

Mais quand le transport de dette a été fait avec affectation, il résulte des explications précédemment développées que certaines distinctions s'imposent. Lorsqu'il y a eu affectation d'un bien appartenant au débiteur primitif et détenu par le débiteur nouveau, si ce bien périt sans que le détenteur soit responsable de cette perte envers le propriétaire, ou si ce bien est revendiqué avec succès par un tiers, le détenteur, nouveau débiteur, est libéré. Il est libéré non seulement envers le débiteur primitif, auquel il avait promis de se charger de sa dette, mais aussi envers le créancier; car il ne s'est engagé, même envers celui-ci, qu'à payer avec le bien détenu ou sa valeur. Il pourra donc, dans ce cas, lui opposer une exception étrangère à la dette transférée, une exception provenant de sa propre situation juridique à l'égard du débiteur primitif (²).

De même, lorsqu'il y a eu affectation d'une obligation dont le débiteur nouveau était tenu envers le débiteur primitif, si cette obligation est nulle ou si elle a été éteinte avant le transport de dette, le nouveau débiteur n'est pas plus obligé envers le créancier qu'il ne l'était envers l'ancien débiteur (³). Il peut donc exciper contre lui de la nullité ou de l'extinction antérieure de sa dette personnelle envers le débiteur primitif, c'est-à-dire lui opposer, ici encore, une exception extrinsèque à la dette transférée. Mais si, au contraire, l'extinction de l'obligation affectée

(¹) *Suprà*, p. 155.

(²) Art. 903, 904 S.R., art. 694, 695 M. *Suprà*, pp. 157 et suiv.

(³) Art. 900 S.R., art. 693 M. *Suprà*, p. 158.

ne s'était produite qu'après le transport de dette, le nouveau débiteur ne saurait en tirer argument contre le créancier (¹). On revient, dans ce dernier cas, au principe que son obligation envers le créancier est indépendante de son obligation envers le débiteur primitif.

Dans quelle mesure ces solutions très nuancées, qui se dégagent des règles du rite hanafite, peuvent-elles être appliquées dans les autres rites?

On se rappelle que, pour les trois autres rites, la *hewala* est un arrangement par lequel le débiteur utilise sa créance contre un tiers pour donner satisfaction à son créancier. Donc ils considèrent l'existence d'une créance du débiteur primitif contre le nouveau débiteur comme un élément essentiel de l'opération (²). De là résultent les conséquences suivantes :

1^o La dette prise en charge par le nouveau débiteur n'a pas changé de caractère. Le nouveau débiteur peut donc opposer au créancier toutes les causes de nullité ou d'extinction que le débiteur primitif aurait pu lui opposer avant le transport de dette.

2^o D'après l'opinion dominante, le nouveau débiteur ne peut être tenu que dans la mesure où il l'était envers le débiteur primitif. Il peut donc opposer les exceptions dérivées de sa situation juridique à l'égard du débiteur primitif. L'opération correspond à ce que le rite hanafite appelle transport avec affectation (³).

2. SURETÉS. — Rigoureusement, le maintien de la dette, identique à elle-même, devrait entraîner le maintien des sûretés, qui en sont les accessoires. Mais on sait que les législations européennes qui connaissent la cession de dette dérogent sur ce point, dans l'intérêt des garants, à la rigueur des principes. Le Droit allemand et le Droit suisse, posant à cet égard des règles diamétralement opposées, les tempèrent de telle sorte qu'ils arrivent comme on l'a vu, à peu près au même résultat (⁴).

(¹) Art. 901 S.R., art. 693 M. *Suprà*, pp. 158-59.

(²) V. *Suprà*, pp. 142 et suiv.

(³) V. pour les malékites MOH. ELECH sur KHALIL, t. III, p. 230; — pour les hanbalites, MANSOUR EBN IDRIS, t. II, p. 188; — pour les chaféites, AL FAY-ROUZABADI, t. I, p. 339.

(⁴) V. *Suprà* pp. 56 et 64.

Quelle position prend, à cet égard, le Droit musulman d'après le rite hanafite ? On va voir qu'elle est très originale et se relie à la conception particulière que les jurisconsultes de ce rite se sont faite du transport de dette. Nous n'avons pas à parler de l'hypothèque, inconnue du Droit musulman. Les seules sûretés à envisager sont le cautionnement, sûreté personnelle, le droit de rétention et le gage mobilier ou immobilier, sûretés réelles.

La caution du débiteur primitif n'a pas entendu garantir la solvabilité du nouveau débiteur, qu'elle ne connaissait pas lorsqu'elle s'est engagée. Donc elle ne devient pas sa caution, à moins d'un nouveau consentement de sa part. Les articles 890 S.R., 690 M. la déclarent libérée comme le débiteur primitif dès que le transport de dette est accepté par le créancier. Mais on a vu que le débiteur primitif n'est libéré que sous condition résolutoire. Ainsi en est-il aussi de sa caution, dont le sort est lié au sien. S'il se produit un de ces événements qui rendent certain que le nouveau débiteur ne paiera pas, alors le créancier recouvre le droit d'agir non seulement contre le débiteur primitif, mais aussi contre sa caution (art. 690, § 3, S.R.). Donc la sûreté personnelle n'est pas transférée avec la dette. Mais elle subsiste comme garantie de l'engagement du débiteur primitif, qui n'est pas encore définitivement libéré.

On ne peut se dispenser de remarquer que la Medjellah, qui admet dans certaines hypothèses le créancier à poursuivre de nouveau le débiteur primitif (art. 693, 694, 695), ne parle nulle part de la résurrection de son action contre la caution. Les auteurs de la Medjellah, admettant avec Abou Youssef que le débiteur primitif ne conservait même pas théoriquement la qualité de débiteur (¹), ont peut-être cru devoir en conclure que sa caution était définitivement libérée par le transport de la dette sur la tête d'un nouveau débiteur, et qu'aucun recours n'était plus possible contre elle. Cependant Sélim Roustoum El Libnani, dans son commentaire sur la Medjellah (p. 376) dit formellement que la libération est conditionnelle ; et il ne distingue pas entre le débiteur et la caution.

Quand aux sûretés réelles fournies par le débiteur primitif,

(¹) *Suprà*, p. 165.

elles ont donné lieu entre les docteurs hanafites à une célèbre controverse, d'où est issue peut-être une divergence entre le Statut réel et la Medjellah.

Mettions d'abord à part un point non discuté, qui est réglé par le Statut réel (art. 894, §§ 1 et 2). Si un créancier gagiste charge son débiteur ou si un vendeur charge son acheteur de payer pour lui une somme qu'il doit à un tiers, lequel accepte ce transport de dette, ce créancier gagiste ou ce vendeur n'a pas le droit de retenir le gage ou la chose vendue ; et le tiers, bénéficiaire du transport de dette, ne peut non plus exercer le droit de gage ou de rétention. C'est la conséquence toute simple de cette idée, très bien dégagée par les auteurs⁽¹⁾, que le transport de dette, qui est ici un transport avec affectation, a définitivement éteint le droit de poursuite (créance du prix de vente, créance gagée), qui appartenait au débiteur primitif contre le nouveau débiteur, et que ce dernier est engagé envers le tiers créancier non pas dans les termes où il était tenu envers le débiteur primitif, son vendeur ou son créancier gagiste, mais dans les termes où ce débiteur primitif était lui-même tenu envers ce créancier.

Mais supposons qu'un acheteur, ou un débiteur qui avait constitué un gage à son créancier, transfère, avec le consentement de ce créancier, sa dette à un tiers. Le créancier peut-il conserver le gage, exercer le droit de rétention ? Mohamed et ses partisans⁽²⁾ répondaient par l'affirmative, parce qu'ils considéraient que le débiteur primitif, acheteur ou constituant du gage, n'était pas définitivement libéré, conservait la qualité de débiteur, et que la sûreté réelle pouvait encore être utile au créancier si, n'étant pas payé par le nouveau débiteur, il recourait le droit d'agir contre le débiteur primitif. C'est cette solution qui a passé dans l'article 894, § 3, S.R. ainsi conçu : « Le créancier gagiste ou le vendeur ne perd pas son droit de rétention, si le débiteur ou l'acheteur délègue une troisième personne pour le payer de sa créance. »

⁽¹⁾ EL ZAÜAI, t. IV, p. 172, lignes 4 et suiv., citant le raisonnement d'EL ZEYADAT ; EBN ABDIN, t. IV, p. 321, lignes 15 et suiv. ; EBN EL HOUHAM, t. VI, p. 348 ; EBN NOGAÏM, t. VI, p. 249.

⁽²⁾ V. *Suprà*, p. 164, note 2.

Tout autre était la doctrine d'Abou Youssef et de ses adeptes⁽¹⁾. Considérant le débiteur primitif comme libéré et comme n'ayant plus la qualité de débiteur, ils en concluaient que le créancier ne pouvait garder le gage par lui constitué, ni exercer comme vendeur le droit de rétention, parce que cela aurait constitué de sa part une mesure de contrainte à l'égard de quelqu'un qui n'est plus débiteur⁽²⁾.

Lequel des deux systèmes la Medjellah a-t-elle adopté sur ce point? La dernière phrase de l'article 690 est traduite par M. Griggsby dans les termes suivants: «*A creditor who has a thing of his debtor in pledge, if he accepts the transference to a third person of the debt of his debtor, loses every right of longer keeping the thing pledged.*» — Un créancier qui a en gage une chose appartenant à son débiteur et qui accepte le transfert à une tierce personne de la dette de son débiteur, perd tout droit de garder plus longtemps l'objet donné en gage.» D'après cette traduction, la Medjellah aurait adopté la thèse d'Abou Youssef et admis une solution diamétralement opposée à celle de l'article 894, § 3, S.R. Mais un doute subsiste; car cette traduction ne paraît pas exacte. La dernière phrase de l'article 690 de la Medjellah dit textuellement: « Si le créancier gagiste délègue quelqu'un pour toucher de son débiteur, qui a donné un gage, il n'aura plus le droit de garder le gage. » Cette disposition semble viser non pas le cas de l'article 894, § 3, S.R., où le débiteur constituant du gage se substitue quelqu'un dans sa dette, mais plutôt le cas de l'article 894, §§ 1 et 2, où le créancier gagiste se substitue son débiteur dans une dette dont il est lui-même tenu envers un tiers. C'est ainsi que l'entend Aristarchi Bey, lorsqu'il traduit: « Le créancier gagiste qui met une dette à la charge de son débiteur, n'a plus le droit de retenir le gage. » Et c'est ainsi que l'interprète aussi Roustoum Baz El Libnani dans son commentaire de la Medjellah, lorsqu'il écrit (p. 377): « Par exemple, si le vendeur délègue son créancier pour qu'il se fasse payer par l'acheteur, il n'a plus le droit de retenir la

⁽¹⁾ V. *Suprà*, p. 163, note 3.

⁽²⁾ La thèse, d'ailleurs très discutable, est exposée d'une façon très nette par EBN EL HOUMAM, t. VI, p. 348.

chose vendue. » Quant à l'autre hypothèse, celle de l'article 894, § 3, S.R., celle où l'acheteur adresse son vendeur à un tiers dont il est créancier, le texte de la Medjellah ne la prévoit pas. El Libnani interprète ce silence dans le sens du système de Mohamed et du Statut réel : « Au contraire, dit-il (p. 378), si c'est le débiteur constituant du gage qui délègue son créancier pour toucher de son propre débiteur, ou si c'est l'acheteur qui délègue son vendeur pour toucher le prix de ce tiers débiteur, le droit de gage ou de rétention est maintenu. » Mais cette interprétation du commentateur est elle-même sujette à caution dans le silence du texte.

Reste un point non prévu par les textes et sur lequel nous avons vainement cherché des éclaircissements chez les auteurs. Le créancier qui a accepté le transport de dette peut-il garder le gage *fourni par un tiers*? Si l'on adopte l'opinion d'Abou Youssef, il ne le peut certainement pas, par argument, *a fortiori*. Mais que décider dans le système du Statut réel égyptien? On peut dire, dans un sens, que l'article 894, § 3, qui permet au créancier de garder le gage, vise seulement le gage constitué par le débiteur primitif; d'où résulte, *a contrario*, qu'il n'a pas le droit de garder le gage constitué par un tiers, qui a entendu garantir la solvabilité du débiteur primitif, mais non celle du nouveau débiteur. Mais en sens contraire, on peut observer que l'art. 894, § 3, donne au créancier le droit de *retenir* le gage, non celui de le réaliser; qu'il le lui permet en prévision du cas où, ses droits contre le nouveau débiteur devenant certainement illusoires, il aurait à se retourner contre le débiteur originaire; et que cette disposition, ainsi interprétée, doit aussi s'appliquer par analogie au gage constitué par un tiers, parce que ce tiers, caution réelle, doit, comme le fait la caution personnelle, continuer à garantir éventuellement l'obligation du débiteur primitif, qui reste exposé à être éventuellement recherché.

En définitive et pour résumer tout ce qui vient d'être dit à propos des sûretés tant réelles que personnelles, tandis que la doctrine d'Abou Youssef conduit à la suppression complète et définitive des sûretés dès le jour du transport de la dette garantie, au contraire, la doctrine de Mohamed conduit à leur maintien. Mais elles ne sont pas maintenues pour garantir la solvabilité du nouveau débiteur. En effet, que celui-ci soit déclaré en faillite, le

créancier devra attendre son retour à meilleure fortune, sans pouvoir utiliser les sûretés, qui n'ont été constituées que pour garantir la solvabilité du débiteur primitif. C'est seulement au jour où le créancier recouvrera le droit d'agir contre celui-ci, que les sûretés, maintenues, pourrait-on dire, en état de sommeil, se réveilleront pour avoir leur pleine efficacité.

En regard de cette construction si originale du rite hanafite, quelles sont les solutions des autres rites ? On se rappelle qu'ils considèrent comme essentielle la ressemblance des deux obligations dont l'une doit servir au règlement de l'autre⁽¹⁾. Cette idée fondamentale a pour corollaire la suppression des sûretés, nécessairement dissemblables, dont ces obligations peuvent se trouver munies. L'auteur chaféite El Begermi dit que, si l'une des deux dettes est garantie par un gage ou par une caution, la dette est transférée sans sa garantie, contrairement à ce qui se passe dans le cas d'une succession où l'héritier représente le *de cuius* dans ce qu'il devait⁽²⁾.

Les malékites et les hanbalites, qui posent en principe la libération définitive du débiteur primitif par l'effet de la *hewala*, sauf dans certains cas tout à fait exceptionnels⁽³⁾, ne discutent pas la question des sûretés, si agitée chez les hanafites.

3. LIBÉRATION DU NOUVEAU DÉBITEUR. — L'obligation du nouveau débiteur envers le créancier s'éteint normalement par le paiement ou par une exécution équivalente, telle que dation en paiement ou compensation (art. 699 M.). On a vu ci-dessus⁽⁴⁾ que le nouveau débiteur recourt alors contre l'ancien, s'il ne lui devait rien, et, au cas contraire, impute ce paiement sur ce qu'il lui devait.

Son obligation s'éteint aussi lorsque, par un nouveau transport de la dette, il s'en décharge sur un tiers (art. 910 S.R., art. 699 M.)⁽⁵⁾. Il faut admettre, dans le silence du texte, que cette

(1) V. *Suprà*, p. 143.

(2) AL BEGERMI SUR ZACHARIAH EL ANSARI, t. III, p. 19.

(3) *Suprà*, p. 171.

(4) *Suprà*, p. 155. *Adde EL KASSANI, BADAYEH EL SANAYEH*, t. VI, p. 18.

(5) SELIM ROUSTOUN BAZ EL LIBNANI, dans son commentaire sur la Medjellah, se contente de citer le principe sans le développer (pp. 376 et 383).

libération, à la différence de celle du débiteur primitif, est définitive. En effet, suivant la doctrine de Mohamed, suivie par le Statut réel, la dette elle-même n'a jamais été transmise ; le premier cessionnaire n'a jamais été que le sujet passif d'une action ; et il se substitue définitivement un tiers dans cette situation. Si donc ce tiers vient à mourir insolvable, le créancier pourra se retourner contre le débiteur primitif en vertu de l'article 908, §. 2, ci-dessus commenté⁽¹⁾, mais non contre le cessionnaire intermédiaire, qui est définitivement libéré à son égard, et qui demeure seulement responsable envers le débiteur primitif, pour n'avoir pas assuré le règlement de la dette comme il le lui avait promis⁽²⁾. Dans le système d'Abou Youssef, où la dette passe sur la tête du cessionnaire nouveau débiteur, la nouvelle cession qu'il ferait de la dette le laisserait logiquement exposé, comme le premier débiteur, au recours éventuel du créancier. Toutefois la Medjellah ne contient aucune précision à cet égard, pas plus d'ailleurs que l'article 910 S.R.

Parmi les causes de libération du nouveau débiteur, il faut encore signaler « l'abandon qui lui est fait (ou plutôt notifié) de la dette par le créancier » (art. 911 S.R.). Le texte déclare que le nouveau débiteur est alors libéré, même s'il n'y consent pas, et que la dette elle-même disparaît, de telle sorte que le nouveau débiteur, dans le cas où il n'était pas débiteur du débiteur primitif, ne peut recourir contre celui-ci pour la somme qui lui a été abandonnée. On doit en conclure que s'il était débiteur du débiteur primitif, il ne peut non plus imputer sur cette dette la somme dont le créancier a fait abandon.

La Medjellah (art. 699) cite bien aussi, comme l'article 911 S.R. la remise de dette comme une cause de libération du nouveau débiteur⁽³⁾. Mais elle ne dit pas s'il conserve ou non le droit

⁽¹⁾ *Suprà*, p. 165.

⁽²⁾ Solution analogue à celle que proposait en Allemagne DELBRÜCK, *Die uebernahme fremder Schulden*, lorsqu'il considérait les cessionnaires successifs comme des détenteurs de la dette. V. *Suprà*, p. 47.

⁽³⁾ La traduction anglaise de Grigsby, qui parle d'*arrangements* avec le créancier, ne traduit pas exactement le texte arabe, qui emploie le terme *ibraa*, abandon de la dette, ou, comme dit la traduction d'Aristarchi Bey, "décharge du créancier".

d'agir contre le débiteur primitif pour le montant de la somme dont le créancier a fait remise. Bien que Roustoum Baz El Libnani, dans son commentaire (p. 383), lui refuse cette action comme le fait l'article 911 S. R., peut-être les auteurs de la Medjellah envisageaient-ils la solution inverse ; car nous touchons là à l'un des points que les auteurs signalent comme intérêts pratiques de la grande controverse entre Mohamed et Abou Youssef (¹). Si l'on adopte le système de Mohamed, le créancier qui abandonne sa créance, qui fait remise de dette, doit sans doute notifier sa renonciation au nouveau débiteur, puisque c'est contre lui seulement qu'il a action. Mais cette remise de dette doit profiter au débiteur primitif, qui demeure le véritable débiteur, bien qu'étant jusqu'à nouvel ordre à l'abri des poursuites du créancier. C'est à lui que le créancier fait une libéralité en renonçant à sa créance. Par suite, le débiteur primitif n'aura pas à rembourser au nouveau débiteur une somme que celui-ci n'a pas payée, ni à déduire cette somme de ce que le nouveau débiteur lui doit d'autre part. Si, au contraire, on adopte la thèse d'Abou Youssef, les conséquences doivent être inverses ; et c'est le nouveau débiteur qui doit bénéficier de la remise de dette.

Tout autre est la situation, lorsque le créancier fait au nouveau débiteur, qui l'accepte, donation de la créance (art. 912 S. R., art. 699 M.) ou lorsqu'il la lui transmet à cause de mort (art. 909 S. R., art. 700 M.). L'obligation du nouveau débiteur envers le créancier, dans la mesure où elle existe, s'éteint par confusion. Mais comme cette extinction se produit à son profit, l'article 912, § 2, S.R. en conclut que, s'il était débiteur du débiteur primitif, il est libéré envers lui à due concurrence par compensation, comme s'il avait réellement payé le créancier, et que, s'il ne lui devait rien, il pourra, comme s'il avait payé, agir contre lui pour le montant de cette créance qu'il a acquise à titre gratuit (²).

L'article 913 S.R. déclare que le créancier né peut pas faire

(¹) **EL ZAÏLAI**, t. IV, p. 172 ; **EBN EL HOUHAM**, t. VI, p. 348, ligne 11 ; **EBN NOGAÏM**, t. VI, p. 245, ligne 14 ; **EBN ABDIN**, t. IV, p. 327 *in fine* ; **APD EL HAKIM**, t. II, p. 60.

(²) **EBN ABDIN**, *loc. cit.* Ces solutions sont également admises par le commentateur de la Medjellah, **SELIM ROUSTOUM BAZ**, sous art. 699 et 700, pp. 382-83.

donation de la créance au débiteur primitif. Cette disposition assez étrange, à laquelle nous n'avons pas trouvé de précédents chez les auteurs, s'explique peut-être par le motif suivant. Si le débiteur primitif pouvait devenir donataire de la créance, il pourrait agir en paiement contre le nouveau débiteur, qui, aussitôt, pourrait recourir contre lui. Mais le motif serait insuffisant; car, puisque le débiteur primitif conserve toujours la qualité de débiteur (art. 906), l'obligation se trouverait éteinte par confusion. Il est plus probable que l'auteur du Statut réel a considéré comme un procédé préférable, pour gratifier le débiteur primitif, la remise de dette notifiée à son profit par le créancier au nouveau débiteur conformément à l'article 911.

Il nous reste à signaler les solutions données par les autres rites à cette dernière question de la libération du nouveau débiteur.

Nous avons dit (¹) que chez les malékites, les chaféites et les hanbalites, l'existence d'une créance au profit du débiteur primitif contre le nouveau débiteur est un élément essentiel du transport de dette, et qu'en principe l'opération a pour effet la libération définitive du débiteur primitif. D'où les conséquences suivantes :

a) Le nouveau débiteur est à son tour définitivement libéré, s'il se décharge de la dette sur un tiers. Mais il faut que ce tiers soit débiteur du nouveau débiteur. Sinon, l'opération est un mandat (*hemala*) et non pas un transfert (*hewala*).

b) Le nouveau débiteur est libéré si le créancier lui fait remise de la dette. C'est le nouveau débiteur qui en profite. C'est à lui que le créancier fait une libéralité en renonçant à sa créance.

c) Il en est de même si le créancier fait une donation de la créance au nouveau débiteur, qui accepte.

En d'autres termes l'extinction, dans tous ces cas, se produit au profit du nouveau débiteur (²).

(¹) *Suprà*, pp. 142 et 171.

(²) V. pour les hanbalites, **MANSOUR EBN IDRIS**, *Kachaf Al Kendâ*, t. II, p. 186, lignes 27 et suiv.; — pour les malékites, **ED DESOUKI** sur **ED DARDIR**, t. III, p. 295; — pour les chaféites, **AL BEGERMI**, sur **ZACHARIAH EL ANSARI**, t. III, p. 19, lignes 14 et suiv.

CONCLUSION

LE TRANSPORT DE DETTE EN DROIT ÉGYPTIEN MODERNE

Les développements qui précèdent font assez ressortir la finesse d'esprit et la richesse d'imagination juridique de ces vieux docteurs musulmans, assurément beaucoup moins connus et étudiés que les grands jurisconsultes de l'ancienne Rome. Nous souhaiterions de voir les candidats au doctorat de l'Université égyptienne orienter leurs efforts dans cette direction. Egalement initiés aux conceptions juridiques européennes et à celles de l'Islam, ils pourraient, par une série de monographies où ils mettraient en lumière les idées originales et parfois très hardies des commentateurs du Prophète, rendre un véritable service à la science du Droit comparé.

Mais après avoir ainsi confronté les récentes conceptions germaniques et les vieilles traditions musulmanes sur le transport de dette, nous sommes naturellement amenés à nous demander, en manière de conclusion, dans quelle mesure le Droit égyptien moderne, issu du Droit romain par l'intermédiaire du Droit français, permet de suppléer à une institution qu'il ne prévoit ni ne réglemente.

Les codes civils égyptiens, imités du Code civil français, sont, comme lui, tout à fait muets sur la cession ou reprise de dette. Mais on y trouve, comme en Droit français, deux institutions qui, sans constituer une véritable succession à la dette entre vifs, peuvent cependant remplir une fonction analogue et servir, sinon à faire passer juridiquement la dette elle-même sur la tête d'un nouveau débiteur, du moins à lui en faire assumer la charge économique. Ces deux institutions sont la stipulation pour autrui et la novation par changement de débiteur. Nous voudrions montrer en quoi elles diffèrent de la cession de dette et rechercher dans quelle mesure on peut, par des clauses explicites, atténuer ces différences, réaliser, en vertu du principe de la li-

berté des conventions, des résultats à peu près équivalents à ceux qui résultent de la notion de succession à la dette entre vifs.

I. — La stipulation pour autrui, qui a d'autres emplois, peut servir notamment à faire supporter par un tiers la charge économique d'une dette. — B..., qui a emprunté de A... 600 livres, et qui a, d'autre part, vendu à C... un immeuble pour 600 livres, stipule de C... qu'il paiera cette somme à A... Cette stipulation fait naître, au profit du prêteur A... contre l'acheteur C..., un droit, qui devient irrévocable si A... déclare vouloir en profiter (art. 137, C. civ. indigène, 198, C. civ. mixte, 1121, C. civ. français). Il semble, de prime abord, que C... ait ainsi succédé à l'obligation de rembourser le prêt, dont B... était tenu envers A... L'opération se distingue pourtant de la cession de dette par les traits suivants :

1^o D'après l'interprétation généralement admise, le droit de A..., bénéficiaire de la stipulation pour autrui, contre C... promettant, droit qui naît directement dans le patrimoine du tiers bénéficiaire, est un droit nouveau, également distinct du droit qu'avait le stipulant B... contre le promettant et du droit qu'avait le bénéficiaire contre le stipulant. L'opération n'est donc ni une cession de créance, ni une cession de dette. A..., dans notre exemple, ne succède pas à la créance de B... comme vendeur. Mais C... ne succède pas non plus à la dette de B... comme emprunteur; il est tenu envers A... en vertu d'un acte juridique nouveau, qui est la stipulation pour autrui.

2^o Cet engagement du promettant envers le bénéficiaire de la stipulation, bien que distinct de son obligation envers le stipulant, est pourtant conditionné par elle. C... n'a promis de verser 600 livres à A... que parce qu'il les devait à B...; d'où résulte que, s'il ne les lui doit pas, son obligation envers A... est nulle. Or on a vu qu'au contraire, dans une cession de dette, l'obligation du nouveau débiteur envers le créancier est indépendante des relations entre les deux débiteurs, à moins qu'il n'y ait ce que le Droit musulman hanafite appelle clause d'affection (¹).

3^o La stipulation pour autrui fait bien naître un droit au profit du bénéficiaire A... contre le promettant C... Mais libère-t-elle le stipulant B... à l'égard du bénéficiaire? En aucune façon. Alors

(¹) *Suprà*, p. 141.

même que le bénéficiaire a ratifié l'opération et déclaré vouloir en profiter, le stipulant demeure obligé envers lui comme il l'était auparavant. Et c'est seulement au jour où le promettant aura effectivement payé entre les mains du bénéficiaire, que le stipulant, débiteur primitif, se trouvera libéré. La stipulation pour autrui permet donc d'ajouter un nouveau débiteur à côté du premier, d'accroître ainsi les garanties du créancier, mais non de remplacer un débiteur par un autre.

Mais il est possible d'atténuer considérablement ces différences au moyen de clauses appropriées. Rien n'empêche le stipulant de préciser que le promettant sera obligé envers le bénéficiaire dans les termes où il se trouve lui-même tenu envers lui; que cette obligation, théoriquement distincte, comportera les mêmes modalités et les mêmes exceptions; que d'autre part, elle ne sera pas subordonnée à la validité de l'obligation qui existe à la charge du promettant envers le stipulant. Si le promettant accepte cette convention, et si ensuite le bénéficiaire y adhère rétroactivement, le promettant se trouvera sensiblement dans la même situation que s'il était entré dans la dette même du stipulant, comme dans la reprise de dette du Droit allemand, où le créancier ratifie la convention faite entre les deux débiteurs successifs. Toutefois la possibilité de faire ressembler, par des clauses expresses, la dette nouvelle à la dette primitive, est enfermée dans les mêmes limites que l'autonomie de la volonté. On ne saurait, croyons-nous, transporter de l'une à l'autre, artificiellement, le caractère commercial avec l'attribution de compétence *ratione materiae* qui en résulte et qui est fixée impérativement par la loi. De même, l'exception tirée de l'incapacité du débiteur primitif ne saurait, croyons-nous, être rendue applicable par une clause conventionnelle, à la dette nouvelle issue de la stipulation pour autrui. De même il est très douteux que le titre exécutoire visant la dette originale puisse, par la clause la plus explicite, être rendu utilisable contre un débiteur, qui sera tenu d'une dette semblable, mais pourtant distincte. Il subsistera donc toujours, quoi qu'on fasse, quelques différences pratiques entre la situation d'un cessionnaire de dette à l'égard du créancier et celle d'un promettant à l'égard du bénéficiaire d'une stipulation pour autrui.

Quant à la libération du stipulant, débiteur primitif, envers son créancier, le bénéficiaire de la stipulation, on peut, à notre avis,

y arriver pratiquement par une clause insérée dans la stipulation. Le principe de la liberté des conventions permet au stipulant de subordonner à une condition l'effet de la stipulation pour autrui, de préciser que le promettant ne sera obligé envers le bénéficiaire qu'à la condition que celui-ci libère son débiteur primitif, le stipulant. Si le bénéficiaire ratifie cette convention, il la ratifie dans son ensemble, telle qu'elle est, y compris la condition dont elle est affectée. Par suite, en même temps qu'il acquiert des droits contre le promettant, il libère le stipulant, son débiteur primitif.

On pourrait imaginer d'autres clauses plus complexes, en vertu desquelles le stipulant, débiteur primitif, demeurerait, comme en Droit musulman, obligé subsidiairement pour subvenir à certaines défaillances du promettant, nouveau débiteur.

En ce qui concerne les sûretés, le stipulant, qui peut déclarer maintenir en garantie de la nouvelle dette les sûretés existant sur ses propres biens, ne peut certainement pas, par simple convention avec le promettant, maintenir, en garantie de la nouvelle dette que celui-ci assume, les cautions et les sûretés réelles sur des biens appartenant à des tiers. Il faut obtenir le consentement de ces tiers. Mais on a vu que la solution est la même pour la cession de dette, dans les législations qui ont réglementé cette institution.

II. Si l'on envisage maintenant la novation par changement de débiteur, soit sous la forme d'expromission, par accord entre le créancier et le nouveau débiteur, soit sous la forme de délégation parfaite, par accord entre les deux débiteurs et le créancier (art. 187 et suiv. C. civ. indigène, 251 et suiv. C. civ. mixte, 1274 et suiv. C. civ. français), on ne saurait méconnaître l'analogie que présente l'expromission avec la reprise de dette réalisée, suivant l'article 414 du Code civil allemand, par contrat entre le créancier et la personne qui reprend la dette ; on ne saurait se défendre de faire un rapprochement entre la délégation parfaite et cette cession de dette qui, soit en Droit suisse, soit dans la plupart des rites musulmans, exige pour sa validité le triple consentement du débiteur primitif, du nouveau débiteur et du créancier. Mais ici encore il ne s'agit que d'une ressemblance approximative.

Sans doute la novation par changement de débiteur, à la différence de la stipulation pour autrui et à la ressemblance de la cession de dette, entraîne libération du débiteur primitif. Son ef-

fet libératoire est même plus complet, plus définitif que celui de la *hewala* du Droit musulman, qui laisse le débiteur primitif encore éventuellement exposé à un retour offensif du créancier.

Mais toute novation est, par définition, l'extinction d'une obligation et son remplacement par une obligation nouvelle ; et ce concept est diamétralement opposé à celui de succession dans une dette qui demeure identique à elle-même. Dans la novation par changement de débiteur, le nouveau débiteur n'est pas obligé envers le créancier dans les mêmes termes que l'ancien ; car il n'entre pas dans la dette primitive, celle-ci étant éteinte par la novation. Il assume une dette différente, qui n'a pas les mêmes caractères, dette abstraite dont la validité est indépendante de celle de la dette primitive tout autant que des relations juridiques qui ont pu préexister entre lui et le premier débiteur.

A défaut d'identité, la question se pose de savoir si l'on peut, par des clauses explicites, établir une similitude complète entre la dette nouvelle et la dette éteinte. Cette question comporte la même réponse qu'en matière de stipulation pour aufrui. Les textes prévoient que les parties peuvent rattacher à l'obligation nouvelle les sûretés réelles qui garantissaient l'obligation primitive et même les sûretés personnelles, si les tiers garants y consentent (art. 189, 190 C. civ. indigène, 253, 254 C. civ. mixte, 1278, 1281 C. civ. français). Elles peuvent aussi convenir que l'obligation nouvelle produira le même intérêt, aura la même échéance, sera soumise aux mêmes exceptions que l'obligation qu'elle remplace. Toutefois la liberté des conventions, qui a elle-même ses limites, ne saurait, comme nous l'avons montré, suffire à supprimer toute différence.

Nous sommes ainsi amenés à penser que, dans une législation complète et bien ordonnée, de même que la cession de créance remplit une très utile fonction à côté d'autres institutions qui servent à faire passer des valeurs actives d'un patrimoine dans un autre, de même la cession de dette a sa place marquée à côté d'autres procédés juridiques qui, depuis longtemps, ont été employés pour faire passer sur une nouvelle tête la charge économique d'une dette.

A. CHÉRON
ET MOHAMED SADEK FAHMY.